

# VERS UN ESPACE CONSTITUTIONNEL COMMUN? LE ROLE DE LA COMMISSION DE VENISE

*Gianni Buquicchio et Pierre Garrone*

## Introduction

La création d'un espace juridique commun ne saurait se concevoir sans reconnaissance de principes, de valeurs communs, qui, évidemment, se traduisent sur le plan juridique. Ces principes, pour s'imposer à l'ensemble de l'ordre juridique national, doivent figurer dans la norme juridique fondamentale, la Constitution. La construction européenne a entraîné leur reprise par les textes conventionnels fondamentaux communs aux Etats européens, le Statut du Conseil de l'Europe et la Convention européenne des Droits de l'Homme (ci-après la CEDH). A leur tour, ces instruments influencent le droit constitutionnel national, dans un "cercle vertueux", mouvement constant d'enrichissement réciproque. C'est à l'identification de ces principes constitutionnels communs que nous allons nous consacrer ici, en mettant l'accent sur la contribution, à leur définition et à leur promotion, de la Commission européenne pour la démocratie par le droit ou Commission de Venise.

En effet, la Commission de Venise a pour rôle de garantir la diffusion, la consolidation et le développement, à l'échelle du continent, de ces valeurs constitutionnelles communes. La création de cette Commission, à l'heure où les murs qui avaient divisé notre continent s'effondraient, a permis au Conseil de l'Europe de saisir une occasion historique unique pour la réalisation d'objectifs partagés. La démocratie, les Droits de l'Homme et la prééminence du droit ne seront plus l'apanage exclusif de l'Ouest.

La Commission de Venise est composée d'experts indépendants de renommée internationale en raison de leur expérience au sein des institutions démocratiques ou de leur contribution au développement du droit et des

sciences politiques (art. 3 du Statut). Ses membres sont en particulier des professeurs d'université, notamment de droit constitutionnel ou de droit international, des juges des cours suprêmes ou constitutionnelles, des membres du pouvoir législatif, des hauts fonctionnaires.

Les membres de la Commission sont désignés par les Etats membres de l'accord partiel. A ce jour, presque tous les Etats membres du Conseil de l'Europe sont membres de l'accord partiel, à savoir: Albanie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Danemark, Estonie, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Irlande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldova, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, Saint-Marin, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suède, Suisse, "l'ex-République yougoslave de Macédoine", Turquie, Ukraine.

En outre, sont associés à la Commission des Etats qui pourront être appelés à adhérer au Conseil de l'Europe. Il s'agit de l'Arménie, de l'Azerbaïdjan, du Bélarus, de la Bosnie et Herzégovine et de la Géorgie. Certains autres Etats sont observateurs: Argentine, Canada, Etats-Unis, Japon, Kirghyzstan, Saint-Siège, Uruguay. L'Afrique du Sud a un statut spécial de coopération.

Dans une première partie, nous allons chercher à définir brièvement les principes constitutionnels communs aux Etats membres du Conseil de l'Europe. Nous examinerons s'il existe un droit conventionnel commun aux Etats membres, duquel se dégageraient des principes de nature constitutionnelle. Ensuite, nous chercherons à savoir si, en dehors du droit conventionnel, certains principes communs au droit interne des Etats membres peuvent être considérés comme relevant d'un patrimoine constitutionnel commun.

Dans une deuxième partie, nous examinerons l'activité de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, tout spécialement au travers de deux exemples spécifiques: l'avis sur la Constitution russe<sup>1</sup> et l'avis sur la Constitution de l'Ukraine<sup>2</sup>.

## **I. A la recherche des principes constitutionnels communs**

C'est déjà à l'Article 1er du Statut du Conseil de l'Europe que figure la notion d'idéaux et de principes qui sont le patrimoine commun des Etats membres<sup>3</sup>. Le Statut prévoit expressément, parmi ces principes, "le principe de la prééminence

---

<sup>1</sup> Avis sur la Constitution de la Fédération de Russie adoptée en votation populaire le 12 décembre 1993, CDL (94) 11.

<sup>2</sup> CDL-INF (97) 2.

<sup>3</sup> Art. 1er let. a du Statut (STE 1).

du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous la juridiction (des Etats membres) doit jouir des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>4</sup>. En outre, dans le préambule du Statut, il est question des "principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable"<sup>5</sup>.

Ainsi sont clairement exprimées les trois valeurs centrales de l'activité du Conseil de l'Europe:

- les droits de l'homme;
- la démocratie;
- la prééminence du droit.

Nous allons examiner successivement ces trois principes, afin de déterminer comment ils sont consacrés tant par le droit conventionnel que par le droit interne.

## A. Les Droits de l'Homme

### 1. Droit conventionnel

La garantie des Droits de l'Homme est concrétisée de manière détaillée par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des Droits de l'Homme)<sup>6</sup>. Notre propos n'est pas ici de présenter ce texte fort connu et objet d'une abondante doctrine, mais plutôt de souligner son caractère universel en Europe, puisque l'adhésion à celui-ci est désormais une condition imposée aux nouveaux Etats membres<sup>7</sup>.

Les divers Protocoles à la Convention européenne des Droits de l'Homme ont également été ratifiés par une grande majorité des Etats membres. Les droits qu'ils garantissent, en particulier la protection de la propriété<sup>8</sup> et l'abolition de la peine de mort en temps de paix<sup>9</sup>, sont ainsi en train de s'intégrer dans le patrimoine conventionnel commun. Il est à noter à cet égard que les chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats membres, dans leur déclaration finale proclamée solennellement à l'issue du sommet des 10-11 octobre 1997, ont

---

<sup>4</sup> Art. 3 du Statut.

<sup>5</sup> 3<sup>e</sup> alinéa du Préambule.

<sup>6</sup> STE 5.

<sup>7</sup> Voir entre autres la Déclaration de Vienne, adoptée par le premier Sommet du Conseil de l'Europe le 9 octobre 1993.

<sup>8</sup> Art. 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel (STE 9).

<sup>9</sup> Voir le Protocole N° 6 (STE 114).

appelé à l'abolition universelle de la peine de mort, y compris en temps de guerre.

La protection des Droits de l'Homme garantie par les traités élaborés au sein du Conseil de l'Europe ne se limite pas aux libertés "classiques", mais s'étend à deux autres domaines: les droits sociaux et les droits des minorités.

En ce qui concerne les droits sociaux, la Charte sociale européenne<sup>10</sup> remonte déjà à 1961. Ratifiée par la quasi totalité des Etats d'Europe occidentale<sup>11</sup>, elle ne s'est pas encore imposée dans les nouvelles démocraties. Il ne paraît dès lors pas possible d'affirmer qu'elle fait partie d'un patrimoine juridique commun à l'ensemble du continent<sup>12</sup>.

Quant à la garantie internationale des droits des minorités, il s'agit, sur le plan multilatéral du moins, d'un phénomène trop récent pour que les traités en la matière soient applicables sur l'ensemble du continent. La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales<sup>13</sup> n'est entrée en vigueur que le 1er février 1998, et la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires<sup>14</sup> le 1er mars 1998.

Le patrimoine *conventionnel* commun dans le domaine des droits de l'homme est donc constitué par la Convention européenne des Droits de l'Homme et, peut-être, ses protocoles. Les traités en matière de droits sociaux et de droits des minorités ne peuvent, à ce jour, pas encore être considérés comme parties d'un patrimoine commun à l'ensemble du continent, mais cette appréciation pourra être révisée lorsque davantage d'Etats y auront adhéré.

L'approche qui précède peut paraître restrictive, dans la mesure où elle ne tient compte que de l'état actuel des ratifications. Les principes constitutionnels que nous cherchons à définir ici sont cependant des principes juridiques, qui ne sauraient se fonder que sur le droit en vigueur. Du point de vue purement juridique, les Etats membres ne peuvent être considérés, dans leur ensemble, comme liés par des instruments juridiques auxquels ils ne sont pas parties, dans le domaine des droits sociaux et des droits des minorités. Le contenu de ces traités n'a pas (encore) acquis la qualité de coutume régionale. Par contre, si l'on étend le patrimoine constitutionnel commun au-delà des règles juridiques obligatoires, aussi bien la protection des personnes appartenant à des minorités nationales que la Charte sociale européenne en font partie. Leur mention

---

<sup>10</sup> STE 35.

<sup>11</sup> A l'exception de la Suisse et des trois plus petits Etats (Andorre, Liechtenstein et Saint-Marin).

<sup>12</sup> Il en va *a fortiori* de même de la Charte sociale révisée (STE 163), qui n'a jusqu'à présent été ratifiée par aucun Etat.

<sup>13</sup> STE 157.

<sup>14</sup> STE 148.

expresse dans la déclaration finale du sommet des chefs d'Etat et de Gouvernement du Conseil de l'Europe d'octobre 1997 l'atteste.

## 2. *Droit interne*

Même si la Convention européenne des Droits de l'Homme doit être considérée comme un standard minimum plutôt que comme un instrument exhaustif de protection des libertés fondamentales<sup>15</sup>, ce traité, voire ses protocoles, constituent déjà un solide patrimoine commun, qui explique en partie la similitude des dispositions constitutionnelles nationales en matière de droits de l'homme. Existe-t-il cependant, dans ce domaine, des valeurs communes européennes qui vont au-delà de ce que garantit le droit conventionnel?

La réponse est affirmative: l'objet principal des constitutions est devenu aujourd'hui les dispositions relatives aux droits et libertés fondamentaux; les catalogues des diverses constitutions vont au-delà de la garantie conventionnelle<sup>16</sup>. La liberté économique, la liberté d'entreprendre, doivent être considérées comme faisant aujourd'hui parties des valeurs communes d'une Europe soumise à l'économie de marché. La liberté de l'enseignement, qui n'est pas garantie expressément par le système de Strasbourg<sup>17</sup>, peut aussi être considérée comme commune au continent<sup>18</sup>.

En outre et surtout, contrairement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>19</sup>, la Convention européenne des Droits de l'Homme ne contient pas de garantie générale du principe d'égalité<sup>20</sup>. Pourtant, le respect de ce principe en toutes matières fait partie du patrimoine constitutionnel européen: depuis deux siècles au moins, les Etats se réclamant de principes libéraux le proclament avec force; les tribunaux garantissent toujours plus sa mise en œuvre dans les domaines les plus variés<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Cf. l'art. 60 CEDH.

<sup>16</sup> Cf. ROUSSEAU Dominique, "La notion de patrimoine constitutionnel européen", in *Le patrimoine constitutionnel européen, Science et technique de la démocratie* no. 18, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1997, pp. 16-37, 25.

<sup>17</sup> Voir toutefois l'art. 2, 2e phrase du Protocole additionnel.

<sup>18</sup> ROUSSEAU D., *op. cit.*, p. 25.

<sup>19</sup> Art. 26.

<sup>20</sup> Art. 14 CEDH: le principe d'égalité n'est garanti que dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention.

<sup>21</sup> Sur le caractère central du principe d'égalité dans le patrimoine constitutionnel européen, voir notamment PÉCES-BARBA Gregorio, "De la fonction des droits fondamentaux", in *Le patrimoine constitutionnel européen* (note 16), pp. 210-222, 217-218.

Malgré le caractère non – encore – universel (sur le plan du continent) des traités conférant des droits sociaux, il convient de se demander s'il existe un patrimoine commun en la matière. Comme nous le verrons plus tard dans un cas d'application (l'avis de la Commission de Venise sur la Constitution russe<sup>22</sup>), il n'y a pas, à ce jour, de consensus au niveau du continent dans le domaine des droits sociaux et, *a fortiori*, des droits économiques et culturels. La réponse est donc en principe négative, mais doit être nuancée: le droit à une protection sociale, et notamment le droit à la sécurité sociale, s'il n'est pas toujours reconnu sur le plan constitutionnel, l'est au moins sur le plan législatif. En d'autres termes, l'économie sociale de marché relève du patrimoine commun du continent<sup>23</sup>. Son caractère social est l'expression du principe commun plus général de solidarité<sup>24</sup>.

Les droits des minorités sont rarement garantis par les ordres juridiques nationaux européens comme des droits collectifs, mais beaucoup plus souvent comme des droits individuels, des droits des personnes appartenant à des minorités nationales<sup>25</sup>. Il en va de même des droits garantis aux minorités par des conventions bilatérales et la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales<sup>26</sup>. De tels droits individuels sont reconnus, de manière plus ou moins étendue, dans tous les pays européens, même si ce n'est souvent le cas qu'au niveau législatif et non constitutionnel<sup>27</sup>.

La variété des législations nationales est trop grande pour qu'il puisse être question de règles détaillées communes. Comme en matière sociale, il existe cependant un principe commun, le respect des particularismes, qui ne s'applique pas sans restrictions, pas plus que le principe de solidarité ou même les libertés publiques classiques.

<sup>22</sup> Voir *infra* ch. B.I.I.

<sup>23</sup> ROUSSEAU D., *op. cit.* (note 16), p. 25.

<sup>24</sup> Cf. PECES-BARBA G., *op. cit.*, pp. 217–218.

<sup>25</sup> HOFMANN Rainer, "Du titulaire des droits fondamentaux, l'individu et/ou les groupes?", *in* Le patrimoine constitutionnel européen, *op. cit.*, pp. 180–209, 205.

<sup>26</sup> HOFMANN R., *op. cit.*, p. 208.

<sup>27</sup> Sur la question, voir l'ouvrage de ROULAND Nicolas, PIERRE-CAPS Stéphane, POUMAREDE Jacques, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Presses universitaires de France, Paris 1996; en particulier, on lira le chapitre relatif à la France, pp. 307 ss, qui démontre que, malgré le refus officiel de reconnaissance des minorités, il est tenu compte dans une certaine mesure des particularismes; cf. HOFMANN R., *op. cit.*, p. 183.

## B. La démocratie

### 1. Droit conventionnel

La démocratie figure, nous l'avons vu, dans le Préambule du Statut du Conseil de l'Europe<sup>28</sup>. Elle est garantie plus spécifiquement par le Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme<sup>29</sup>, qui prévoit l'organisation, "à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif". Combinée avec l'interdiction des discriminations<sup>30</sup>, cette disposition garantit notamment le suffrage universel et égal. En outre, la démocratie est en toile de fond de la protection des autres droits de l'homme, qui serait bien incomplète si les citoyens n'avaient leur mot à dire sur le contenu du droit national, et notamment les restrictions à ces droits.

### 2. Droit interne

Le droit conventionnel n'explique que de manière partielle le patrimoine constitutionnel européen en matière de démocratie. Il convient donc de se référer au droit national pour préciser le contenu de ce patrimoine. Toutes les Constitutions européennes prévoient que la souveraineté réside dans le peuple et que, par conséquent, la seule origine légitime du pouvoir est le suffrage universel. Le vote est l'instrument indispensable à l'exercice de cette souveraineté populaire, et celle-ci ne peut se réaliser que s'il est non seulement universel et égal, mais aussi libre et sincère. La liberté de vote implique à son tour un égal accès des candidats aux moyens de propagande, une liberté d'information et de réunion politiques, et le secret du vote. De manière générale, le principe électif ne concerne pas que le niveau national, mais aussi les niveaux régional et local, ce qui entraîne la reconnaissance d'une certaine autonomie locale un peu partout.

En outre, la démocratie européenne actuelle rejette la confusion des pouvoirs qui était pratiquée dans les anciens systèmes socialistes de l'Est du continent. La séparation des pouvoirs s'est généralisée, même si la prééminence de l'exécutif est souvent une réalité.

Le concept même de séparation des pouvoirs tend alors à changer de sens, et à signifier moins la séparation entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif que la séparation entre le pouvoir majoritaire et le pouvoir d'opposition, qui implique la possibilité d'une alternance démocratique<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> 3<sup>e</sup> alinéa du Préambule.

<sup>29</sup> Art. 3.

<sup>30</sup> Art. 14 CEDH.

<sup>31</sup> ROUSSEAU D., *op. cit.* (note 16), pp. 22-24.

En résumé, le principe démocratique ne se résout pas en un simple mécanisme électoral, mais est fondé sur le principe de la souveraineté populaire, dont la mise en œuvre exige aussi bien des élections libres au suffrage universel, égal et secret, que la séparation des pouvoirs au sens large, garantie de la possibilité d'une alternance démocratique.

### C. La prééminence du droit

#### 1. Droit conventionnel

Plus encore que la démocratie, la prééminence du droit est traitée laconiquement par les traités. Mentionnée expressément par le Statut du Conseil de l'Europe<sup>32</sup>, elle n'est pas concrétisée explicitement par un autre texte. Elle n'est pas non plus définie.

Bien sûr, combinée avec les principes de la bonne foi et *pacta sunt servanda*, d'une importance capitale en droit international, elle est à la base du système même des conventions du Conseil de l'Europe. Celles-ci n'auraient pas de sens si les Etats ne s'engageaient à appliquer les règles de droit qui les lient. En outre, les garanties procédurales de la Convention européenne des Droits de l'Homme – droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial<sup>33</sup>, droit à un recours effectif<sup>34</sup> – sont l'expression de la prééminence du droit<sup>35</sup>.

#### 2. Droit interne

Cependant, dans ce domaine plus encore que dans les autres, le droit interne joue un rôle central dans la définition du patrimoine constitutionnel européen. D'une part, il détermine le contenu du principe de la prééminence du droit. D'autre part, le concept de prééminence du droit ne vise évidemment pas les seules conventions internationales mais, avant tout, les textes de droit interne.

Dans l'Europe d'aujourd'hui, la prééminence du droit ne peut pas – plus – se confondre avec le principe de la légalité, qui comprend lui-même les deux aspects de la suprématie de la loi et de l'exigence de la base légale. La prééminence du droit va plus loin: dans tous les Etats européens – à l'exception historique du Royaume-Uni – non seulement il existe une constitution écrite, mais la primauté de celle-ci est reconnue, en ce sens que tous les organes de l'Etat, y compris le législateur, doivent la respecter<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> 3e alinéa du Préambule et art. 3.

<sup>33</sup> Art. 6 CEDH.

<sup>34</sup> Art. 13 CEDH.

<sup>35</sup> Voir aussi l'art. 1er du Protocole no. 7 (garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers) et, dans une certaine mesure, l'article 2 du même Protocole (droit à un double degré de juridiction en matière pénale).

<sup>36</sup> ROUSSEAU D., *op. cit.* (note 16), pp. 25–26.

Cette primauté implique-t-elle le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois? Question classique, discutée depuis deux siècles et l'arrêt *Marbury v. Madison* de la Cour suprême des Etats-Unis. Question qui, à notre sens, appelle aujourd'hui encore une réponse plus nuancée que celle apportée au début du siècle dernier par les *brethren*. Le contrôle de constitutionnalité ne nous paraît à ce jour pas encore assez général pour être considéré comme un élément du patrimoine constitutionnel commun du continent. Ignoré – hormis le cas particulier du Royaume-Uni – dans des Etats tels que le Danemark ou les Pays-Bas, il n'a qu'une portée restreinte en Suède ou en Finlande (où il n'intervient qu'en cas de vice manifeste), s'exerce exclusivement *a priori* en France, ou encore ne concerne pas les lois fédérales suisses. Cela n'exclut évidemment pas que, dans un avenir prévisible, un contrôle général de constitutionnalité s'étende à toute l'Europe. Le contrôle de constitutionnalité sera alors devenu un élément du patrimoine constitutionnel commun à tout le continent, ce qui n'est pas encore le cas à ce jour<sup>37</sup>.

## II. La définition d'un espace constitutionnel commun: les travaux de la Commission de Venise

Dans cette deuxième partie, nous allons examiner la contribution de la Commission de Venise à la définition d'un espace juridique commun. Après une présentation générale de ces activités, nous nous arrêterons, pour illustrer nos propos, sur les avis qu'elle a donnés sur les constitutions des deux Etats les plus peuplés de la Communauté des Etats indépendants (Russie et Ukraine).

### A. L'activité de la Commission de Venise: généralités

En premier lieu, la Commission de Venise (ci-après la Commission) est un organe spécialisé chargé de débattre de questions de réforme constitutionnelle, tout spécialement au bénéfice des Etats d'Europe centrale et orientale qui font appel à son assistance pour faire pleinement partie de la famille des nations démocratiques. Les avis sur les Constitutions russe et ukrainienne seront étudiés ci-dessous à titre d'exemple de cette activité.

---

<sup>37</sup> Les débats du séminaire UniDem qui s'est tenu à Montpellier les 22-23 novembre 1996 sur "Le patrimoine constitutionnel européen" démontrent l'absence d'unanimité sur l'appartenance du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois au patrimoine constitutionnel européen. Voir, pour une synthèse du débat et une position nuancée, SCHOLSEM Jean-Claude, Conclusions, in *Le patrimoine constitutionnel européen*, *op. cit.*, pp. 223-230.

En deuxième lieu, la Commission étudie de façon comparative des thèmes généraux liés au fonctionnement de la démocratie dans tous les pays membres. Après avoir dressé un tableau comparatif de la législation (et de la pratique) suivies, elle est à même d'identifier les points de dysfonctionnement éventuel et de faire, le cas échéant, des propositions d'amélioration. Des avis généraux ont été demandés à la Commission de Venise par l'Assemblée parlementaire, notamment dans le domaine de l'immunité parlementaire<sup>38</sup>. La plupart de ces avis s'inscrivent dans le cadre de l'activité des sous-commissions créées par la Commission, notamment sur les thèmes de la justice constitutionnelle, de l'Etat fédéral et de l'Etat régional, des rapports entre le droit international et le droit interne, des pouvoirs d'exception du Gouvernement, de la protection des minorités et des institutions démocratiques.

En outre, la Commission organise régulièrement des séminaires dans le cadre du programme sur les Universités pour la démocratie, appelé aussi "UniDem". Le programme UniDem vise à promouvoir le développement d'une culture, d'une maturité juridique et d'une classe politique bien formée, par le biais de séminaires spécifiques, d'échanges universitaires et de conférences sur des questions de démocratie et de droit. Il rassemble des personnalités politiques éminentes, occupant des postes de responsabilité, et des universitaires prestigieux, pour traiter de la science et de la technique de la démocratie et surtout de cette composante essentielle qu'est le *Rechtsstaat*, l'Etat de droit. Des rapports sont présentés par des intervenants de tous horizons, et concernent aussi bien la situation dans des Etats spécifiques que des aspects particuliers du thème discuté.

Les recherches sur les "thèmes transnationaux" donnent en principe lieu à des publications dans la Collection "Science et technique de la démocratie" qui comprend, par exemple, des ouvrages sur la transition vers une économie de marché, les rapports entre droit international et droit interne, le rôle des Cours constitutionnelles, la protection des minorités ou les pouvoirs d'exception.

L'étude des thèmes généraux permet de faire progresser la connaissance spécialisée et approfondie du droit constitutionnel tel qu'il est pratiqué par les Etats membres. Cela est encore plus vrai du troisième volet de l'activité de la Commission, qui a créé un Centre sur la justice constitutionnelle, pour mettre l'accent sur l'évaluation comparative des décisions rendues par les cours constitutionnelles ou autres organes comparables. La démocratie, ensemble de règles pour ainsi dire vivant, est façonnée non seulement par les textes fondamentaux et les recueils de lois, mais aussi par le travail des juges qui "font oeuvre de médiateur entre les grands principes et les problèmes particuliers". Comme le disait Paul Freund, inoubliable spécialiste de droit constitutionnel,

---

<sup>38</sup> Voir le rapport sur l'immunité parlementaire, CDL-INF (96) 7.

“les tribunaux sont des transformateurs qui convertissent la haute tension émise par les philosophes en voltage réduit utilisable pour la vie quotidienne”. Rien ne s’applique mieux que ce commentaire à la scène européenne actuelle: nos institutions nationales et européennes ne seraient pas ce qu’elles sont sans les tribunaux qui ont rendu à la démocratie l’insigne service de conférer aux traités et aux constitutions la certitude et la dignité de la loi suprême.

Le Centre sur la justice constitutionnelle est un centre de documentation, qui collecte et diffuse la jurisprudence constitutionnelle afin de la rendre accessible au plus grand nombre. Le Bulletin de jurisprudence constitutionnelle reproduit les résumés des décisions et des informations sur les Cours constitutionnelles et les autres juridictions équivalentes en Europe, et dans un certain nombre d’autres pays<sup>39</sup>, y compris la Cour européenne des Droits de l’Homme et, depuis 1995, la Cour de Justice des Communautés européennes. Le Bulletin paraît en anglais et en français trois fois par an, chaque numéro signalant l’essentiel de la jurisprudence pendant une période de quatre mois. Il a pour but d’informer rapidement les magistrats, les spécialistes du droit constitutionnel du monde universitaire ainsi que le public intéressé des principaux arrêts rendus dans ce domaine. Il est de la plus haute importance de favoriser les échanges d’informations et d’idées entre anciennes et nouvelles démocraties dans le domaine du droit jurisprudentiel. Ce type d’échange et de coopération profite non seulement aux cours constitutionnelles nouvellement créées en Europe centrale et orientale, mais enrichira aussi la jurisprudence de leurs homologues dans d’autres pays. Le Bulletin de jurisprudence constitutionnelle a pour principal objectif d’encourager ces échanges et d’aider les magistrats à résoudre des points de droit délicats qui, souvent, se posent simultanément dans différents pays.

Une base de données, appelée CODICES, a été créée au Secrétariat à Strasbourg. CODICES comprend notamment les résumés des décisions, le texte intégral de celles-ci et le thésaurus systématique. CODICES est disponible sur CD-ROM ainsi que par Internet<sup>40</sup>. La mise à jour de CODICES se fait au rythme de la publication du Bulletin, c’est-à-dire trois fois par an.

Grâce aux diverses activités qui viennent d’être mentionnées, la Commission de Venise est reconnue comme une tribune ouverte permettant de faire

---

<sup>39</sup> Afrique du Sud, Albanie, Allemagne, Argentine, Arménie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Canada, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Etats-Unis d’Amérique, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, “L’ex-République yougoslave de Macédoine”, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Moldova, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Russie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine.

<sup>40</sup> “<http://www.coe.fr/codices>”.

progresser la connaissance du droit constitutionnel et de la culture politique européens.

## B. Exemples concrets

### 1. L'avis sur la Constitution russe

Afin d'illustrer de manière plus précise l'activité de la Commission dans le processus constitutionnel, nous allons nous étendre maintenant sur deux des principaux avis qu'elle a rendus.

Le premier est l'avis sur la Constitution russe<sup>41</sup>, adoptée en votation populaire le 12 décembre 1993. L'adoption d'une loi fondamentale conforme aux valeurs communes européennes était un préalable important à l'adhésion de la Russie au Conseil de l'Europe. C'est pourquoi la Commission avait déjà été sollicitée, dès mars 1992, pour étudier divers avant-projets de Constitution. Compte tenu de l'accélération du processus de révision constitutionnelle après la dissolution du Parlement et l'assaut donné à celui-ci, ainsi que de l'absence de projet parvenu à un stade final de préparation avant ces événements, l'avis de la Commission ne put être donné qu'*a posteriori*, ce qui est en général évité. En effet, l'intervention de la Commission vise avant tout à influencer la rédaction du texte, afin qu'il respecte pleinement et sans ambiguïté les standards européens. En cas d'intervention *a posteriori*, la marge de manœuvre est évidemment plus limitée. Des changements d'orientation ne sont plus possibles qu'au niveau de l'application, ce qui n'est toutefois pas négligeable, compte tenu du caractère souvent indéterminé des notions juridiques... à moins évidemment qu'une révision constitutionnelle ait lieu, ce qui est difficilement concevable lorsque le mécanisme de révision de la Constitution est aussi rigide qu'en Russie<sup>42</sup>. C'est donc après l'adoption du texte que le Comité des Ministres a demandé à la Commission d'étudier celui-ci de façon approfondie.

La Commission a dès lors élaboré des commentaires chapitre par chapitre sur la Constitution russe. L'accent a été mis notamment sur les droits et libertés de l'homme et du citoyen, sur le chapitre consacré au système fédéral et sur les relations entre le Président de la Fédération de Russie, l'Assemblée fédérale et le gouvernement de la Fédération. C'est sur ces aspects fondamentaux qu'il sera revenu ici.

#### 1.1 Les droits de l'homme et du citoyen

La Commission a examiné si le texte était conforme aux standards du patrimoine constitutionnel européen, et notamment aux principes qui se

<sup>41</sup> Avis sur la Constitution de la Fédération de Russie adoptée en votation populaire le 12 décembre 1993, CDL (94) 11.

<sup>42</sup> Art. 134-137 de la Constitution.

dégagent de la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui doit être considérée comme posant des exigences minimales<sup>43</sup>.

La Commission a constaté que le projet reconnaît et garantit tous les droits fondamentaux et sociaux qu'on trouve d'ordinaire dans les constitutions démocratiques modernes. Il devrait permettre d'asseoir un ordre politique démocratique fondé sur les droits de l'homme et la prééminence du droit. Les dispositions en cause s'inscrivent donc dans le cadre de la réalisation des trois piliers du patrimoine constitutionnel européen (démocratie, droits de l'homme et prééminence du droit).

Les droits garantis par la Constitution russe sont de manière générale considérés comme des droits de l'homme<sup>44</sup>, soit des droits garantis à tout un chacun et non aux seuls citoyens. Le contenu et la formulation répondent, en principe, aux critères d'une constitution moderne. L'approche traditionnelle de l'Europe centrale et orientale, reprise ensuite par les constitutions des Etats socialistes, selon laquelle les droits fondamentaux étaient octroyés par l'Etat aux citoyens (et non à chaque être humain) en contrepartie de l'accomplissement de leurs devoirs, est donc abandonnée; dès lors, la Commission a été surprise que le droit de réunion soit reconnu aux seuls citoyens<sup>45</sup>.

La Commission n'est pas unanime à propos du catalogue des droits économiques, sociaux et culturels. Certains membres l'apprécient positivement, tandis que d'autres soulignent au contraire les difficultés de mise en œuvre de ces droits. Cette divergence traduit l'absence de consensus au niveau du continent: il n'est pas encore possible d'affirmer que les droits économiques, sociaux et culturels font partie du patrimoine constitutionnel européen, du moins dans leur ensemble. La Charte sociale européenne n'a d'ailleurs été ratifiée que par un peu plus de la moitié des Etats membres<sup>46</sup>.

La Commission a par contre regretté que la restriction des droits et libertés soit régie par une clause générale. Cette disposition ne fait pas de distinction entre les différents droits et libertés, si bien qu'ils peuvent tous être limités pour des motifs de protection des fondements de l'ordre constitutionnel, de la moralité, de la santé, des droits et intérêts légitimes d'autrui, ainsi que de défense et de sécurité de l'Etat<sup>47</sup>. Cela paraît incompatible avec les normes

---

<sup>43</sup> Cf. l'article 60 CEDH.

<sup>44</sup> Voir les art. 17 ss de la Constitution.

<sup>45</sup> Art. 31 de la Constitution.

<sup>46</sup> Voir *supra*, ch. I.A.I.

<sup>47</sup> Art. 55 par. 3 de la Constitution.

internationales et européennes<sup>48</sup>, qui fixent clairement les droits qui peuvent être limités et les raisons pour lesquelles ils peuvent l'être. L'absence de différenciation entre les différents droits et libertés pourrait ouvrir la voie à des abus de pouvoir de la part du législateur et de l'exécutif. Une grande attention devra donc être portée à la pratique en matière de restrictions aux droits et libertés, notamment de la part du pouvoir judiciaire.

### 1.2 Le système fédéral

Il n'existe pas de structure de l'Etat "européenne". Dès lors que les droits démocratiques du citoyen, les droits de l'homme et la primauté du droit sont garantis, l'Etat peut être aussi bien unitaire centralisé ou unitaire décentralisé que régional ou fédéral. Pour que la prééminence du droit soit garantie, il faut que le système soit cohérent, et tout particulièrement que la répartition des compétences soit claire. En outre, une fédération ne peut exister en tant qu'Etat que si, comme dans la Constitution russe<sup>49</sup>, la primauté du droit fédéral sur le droit des Etats membres est garantie.

De l'avis de la Commission, la répartition des compétences ne ressort pas de manière évidente du texte de la Constitution. En particulier, la liste des compétences exclusives de la Fédération est très large et risque d'entrer en conflit avec celle des compétences conjointes; on peut même se demander quelles pourraient être les compétences qui tomberaient sous le pouvoir résiduel des sujets de la Fédération, tant les listes de compétences fédérales sont exhaustives<sup>50</sup>. Par ailleurs, les entités fédérées sont très nombreuses (89)<sup>51</sup> et ont en outre des statuts constitutionnels différents. Il existe sur ce point un risque non négligeable de problèmes particulièrement complexes sur le plan de la distribution des compétences.

### 1.3 Les relations entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif

La question des relations entre le Président de la Fédération de Russie, l'Assemblée fédérale et le Gouvernement de la Fédération a spécialement retenu l'attention de la Commission. En effet, au moment de l'adoption de la Constitution – qui, rappelons-le, faisait suite à la dissolution *manu militari* du Parlement – la lutte entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif constituait le problème constitutionnel le plus important en Russie. Sur ce point, la Commission a adopté une approche pragmatique. Elle a constaté que les règles

<sup>48</sup> Voir par exemple les art. 18 ss du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les art. 8 ss de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

<sup>49</sup> Art. 4 par. 2 de la Constitution.

<sup>50</sup> Voir les art. 71–73 de la Constitution.

<sup>51</sup> Art. 65 de la Constitution.

adoptées ne soulevaient pas, dans leur ensemble, de problèmes majeurs. Cependant, il convient de voir comment elles seront mises en œuvre.

Par exemple, la procédure de destitution du Président passe par une accusation de la Douma d'Etat, qui doit être confirmée par la Cour suprême. C'est au Conseil de la Fédération qu'incombe la décision finale de destituer le Président, pour haute trahison ou autre infraction grave<sup>52</sup>. La notion d'infraction grave est apparue trop large à la Commission, qui a précisé que la haute trahison doit être une infraction clairement définie en droit pénal. En outre, comme la procédure est de nature fondamentalement politique, on peut se demander s'il est opportun qu'elle fasse intervenir un organe judiciaire.

La question de la nomination du chef du Gouvernement est encore plus délicate. La Constitution n'habilite pas le Président à nommer directement le Président du Gouvernement. Le Chef de l'Etat soumet à la Douma d'Etat une candidature à ce poste. Si la Douma d'Etat a rejeté trois fois la proposition du Président, celui-ci peut nommer lui-même le Président du Gouvernement (mais à titre provisoire seulement), dissoudre la Douma d'Etat et convoquer de nouvelles élections législatives<sup>53</sup>. Cette réglementation apparaît très rigide: on peut légitimement se demander ce qui se passerait si une Douma nouvellement élue refusait de nouveau d'approuver les candidatures présentées par le Parlement. Seule l'expérience dira si un blocage des institutions pourrait être alors évité. Plus généralement, un usage excessif du droit de dissolution du chef de l'Etat risque de mettre la démocratie en danger, ou du moins de voir l'équilibre des pouvoirs se rompre en faveur d'un présidentielisme sans frein.

## *2. L'avis sur la Constitution de l'Ukraine*

Plus récemment, la Commission a été appelée à s'exprimer sur la Constitution de l'Ukraine. Elle a adopté son avis<sup>54</sup> à la réunion de mars 1997. Ce document s'inscrit dans le cadre de la coopération de la Commission à la révision de la Constitution ukrainienne, qui a commencé en 1993 et qui a conduit, en 1995, à un "avis sur la situation constitutionnelle actuelle en Ukraine à la suite de l'adoption de l'accord constitutionnel entre le Conseil suprême et le Président de l'Ukraine"<sup>55</sup> et, en 1996, à un avis de la Commission sur l'avant-projet de Constitution de l'Ukraine<sup>56</sup>. Ce dernier, tout comme l'avis final sur la Constitution, a été adopté sur demande de l'Assemblée parlementaire.

---

<sup>52</sup> Art. 93 de la Constitution.

<sup>53</sup> Art. 83 let. d et 111 de la Constitution.

<sup>54</sup> CDL-INF (97) 2.

<sup>55</sup> Voir le rapport annuel d'activités pour 1995 de la Commission de Venise, pp. 18 ss.

<sup>56</sup> CDL-INF (96) 6.

La rédaction d'un premier avis sur un projet, et non sur un texte définitivement adopté, a permis aux autorités ukrainiennes de tenir largement compte de la contribution de la Commission de Venise lors de la rédaction de la version finale de la Constitution.

Nous allons maintenant résumer l'avis en question, sous l'angle des trois principes fondamentaux du Conseil de l'Europe – démocratie, droits de l'homme et prééminence du droit.

### 2.1 Les garanties démocratiques

La Constitution ukrainienne met en place un système semi-présidentiel, très proche du système français par de nombreux traits. Le Président dispose de pouvoirs très importants<sup>57</sup>. En particulier, il nomme le Premier ministre. Cependant, cette nomination est soumise à l'accord de la majorité des membres du Parlement, et le Gouvernement est responsable aussi bien devant le Parlement que devant le Président<sup>58</sup>.

La Constitution introduit également certains éléments de démocratie directe. Ainsi, la révision de la Constitution nécessite une approbation par référendum, convoqué à la demande du Président<sup>59</sup>. Une initiative populaire est soumise au vote à la demande de 3 000 000 d'électeurs, répartis dans au moins deux tiers des oblasts à raison d'au moins 100 000 par oblast<sup>60</sup>. Le référendum à la demande du Parlement n'est prévu que pour les modifications du territoire national<sup>61</sup>.

En conclusion, bien que le texte crée un exécutif puissant sous la direction d'un président fort, il est suffisamment équilibré, ce qui devrait permettre d'éviter une dérive autoritaire.

### 2.2 Les droits de l'homme

Le catalogue des droits de l'homme est très complet et traduit une volonté de protéger l'ensemble des droits énumérés par la Convention européenne des Droits de l'Homme et de s'assurer de leur mise en œuvre effective. La Constitution garantit que les droits fondamentaux ne soient pas abolis, ni même restreints, notamment dans le cadre d'un amendement constitutionnel, ce que la Commission a particulièrement apprécié<sup>62</sup>. L'approche des restrictions aux droits fondamentaux, prévues article par article<sup>63</sup> et non sur la base d'une clause

---

<sup>57</sup> Art. 102 ss, notamment 108 de la Constitution.

<sup>58</sup> Art. 113–115 de la Constitution.

<sup>59</sup> Art. 72 al. 1, 106 ch. 6 et 156 al. 2 de la Constitution.

<sup>60</sup> Art. 72 al. 2 de la Constitution.

<sup>61</sup> Art. 72 al. 1 et 85 ch. 2 de la Constitution.

<sup>62</sup> Art. 22 et 157 de la Constitution.

<sup>63</sup> Voir notamment les art. 31 ss de la Constitution.

limitative générale, est la bonne. La faiblesse de la Constitution russe sur ce point n'est pas reprise. Par contre, la Commission regrette vivement que la peine de mort n'ait pas été abolie explicitement<sup>64</sup>.

L'absence de distinction claire entre libertés directement applicables et droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux<sup>65</sup> nécessitant une mise en œuvre législative est par contre beaucoup plus discutable. L'emploi général de l'expression "chacun a le droit de" laisse entendre que de tels droits pourraient être appliqués directement par le juge, ce qui peut faire naître des espérances tout à fait irréalistes, par exemple en ce qui concerne le droit à des conditions de vie décentes<sup>66</sup> ou le droit à un environnement sûr pour la vie et la santé<sup>67</sup>.

### 2.3. La prééminence du droit

La Commission a évalué de manière particulièrement positive le chapitre sur les principes généraux, qui traduit la volonté de l'Ukraine d'être un Etat démocratique, social et fondé sur le droit<sup>68</sup>. Les principes importants de l'Etat de droit se retrouvent dans ce chapitre, qui garantit la séparation des pouvoirs<sup>69</sup>, la légalité<sup>70</sup>, enfin la suprématie et l'applicabilité directe de la Constitution, tout particulièrement de ses dispositions sur les droits de l'homme<sup>71</sup>.

Le chapitre sur la justice énumère également certains principes fondamentaux de l'Etat de droit: la justice n'est administrée que par les tribunaux<sup>72</sup>, l'indépendance et l'immunité des magistrats sont garanties<sup>73</sup>, les juges ne sont soumis qu'à la loi<sup>74</sup>. La Commission a apprécié la création d'une Cour constitutionnelle permanente, pleinement conforme à la pratique des nouvelles démocraties, qui consiste à protéger la constitutionnalité du nouvel ordre juridique en instaurant un organe judiciaire spécialisé, permanent et indépendant<sup>75</sup>.

---

<sup>64</sup> Voir l'art. 27 al. 2 de la Constitution.

<sup>65</sup> Voir les art. 43 ss de la Constitution.

<sup>66</sup> Art. 48 de la Constitution.

<sup>67</sup> Art. 50 de la Constitution.

<sup>68</sup> Voir en particulier l'art. 1er de la Constitution.

<sup>69</sup> Art. 6 de la Constitution.

<sup>70</sup> Art. 19 de la Constitution.

<sup>71</sup> Art. 8 de la Constitution.

<sup>72</sup> Art. 124 al. 1 de la Constitution.

<sup>73</sup> Art. 126 de la Constitution.

<sup>74</sup> Art. 129 al. 1 de la Constitution.

<sup>75</sup> Art. 147 ss de la Constitution.

Par conséquent, les principes de l'Etat de droit sont profondément enracinés dans la Constitution. La création de collectivités territoriales démocratiques<sup>76</sup>, et le rôle essentiel dévolu à la Cour constitutionnelle<sup>77</sup>, devraient contribuer à l'enracinement de la culture démocratique en Ukraine.

Un certain flou règne toutefois en ce qui concerne le statut de la République autonome de Crimée. Il est évident que la Constitution n'a pas reconnu à la Crimée un statut comparable à celui d'un Land allemand ou d'une communauté autonome espagnole. Il est par contre difficile de dire si la Crimée dispose d'une sphère de compétence propre; en l'absence d'une telle sphère, l'autonomie de la Crimée pourrait être purement et simplement supprimée par l'intervention du pouvoir législatif central dans les domaines traités par le droit de la République autonome, qui doit se conformer non seulement à la Constitution, mais à l'ensemble des actes normatifs de l'Ukraine et aux décisions prises pour leur exécution<sup>78</sup>. Il serait dès lors souhaitable que les dispositions relatives à la République autonome de Crimée soient précisées.

## Conclusion

La notion de patrimoine constitutionnel commun à l'ensemble du continent européen, inconcevable il y a encore dix ans, est aujourd'hui une réalité, après la disparition du Rideau de fer. Neuve, cette notion est également évolutive. Une vision conservatrice lui donnera un contenu limité, une vision anticipatrice l'étendra peut-être indûment.

Ce qui est certain, c'est que le patrimoine constitutionnel européen repose sur les trois piliers du Conseil de l'Europe: les droits de l'homme, la démocratie et la prééminence du droit. Le patrimoine commun dans le domaine des droits de l'homme comprend la Convention européenne des Droits de l'Homme et les principes fondamentaux de ses Protocoles, tels que l'abolition de la peine de mort et la protection de la propriété; il s'étend également au principe d'égalité, à la liberté économique et à la liberté de l'enseignement. La place des droits sociaux et des droits des minorités n'est par contre pas encore reconnue de manière unanime.

En matière de démocratie, il est admis sur tout le continent que la souveraineté repose dans le peuple, qui s'exprime au moyen du suffrage universel,

---

<sup>76</sup> Voir les art. 134 ss de la Constitution sur la République autonome de Crimée et les art. 140 ss sur l'auto-administration locale.

<sup>77</sup> Art. 147 ss de la Constitution.

<sup>78</sup> Art. 135 al. 2 de la Constitution.

égal, libre et sincère, dans un système qui garantit la séparation des pouvoirs et la possibilité d'une alternance démocratique.

Enfin, la prééminence du droit se manifeste au travers de règles aussi fondamentales que les principes de la bonne foi et *pacta sunt servanda* sur le plan international, de la légalité et de la primauté de la constitution sur le plan interne. Ces principes ont un caractère commun au continent, ce qui n'est pas encore le cas du contrôle de constitutionnalité des lois.

La Commission européenne pour la démocratie par le droit joue un rôle important dans la mise en œuvre des principes du patrimoine constitutionnel européen à l'échelle du continent, tout spécialement par l'étude des réformes constitutionnelles en Europe centrale et orientale. Les avis donnés sur les Constitutions russe et ukrainienne sont des exemples pratiques de la démarche de la Commission de Venise, qui a examiné si les textes en cause garantissaient effectivement les droits de l'homme, la démocratie et la prééminence du droit.

Il ressort des travaux de la Commission que la seule lecture des textes ne permet pas toujours d'évaluer avec certitude leur portée; il convient d'examiner avec vigilance leur application concrète pour se déterminer sur le respect des principes fondamentaux du patrimoine constitutionnel européen, tout particulièrement lorsque ces textes prêtent à plusieurs interprétations. C'est pourquoi, il faut souligner l'importance d'une coopération étroite avec les auteurs des développements constitutionnels – autorités politiques, certes, mais aussi juges constitutionnels et professeurs de droit constitutionnel – par le biais d'avis spécifiques, mais aussi par la diffusion des connaissances en matière constitutionnelle à travers les séminaires et les publications dont la Commission est responsable.

COUNCIL OF EUROPE'S  
ACTIVITIES IN THE FIELD OF  
SETTING-UP CONSTITUTIONAL  
STANDARDS

*Jerzy Jaskiernia*

When analysing activities of the Council of Europe it is right to suggest that the most important areas deal with problems of democracy and setting-up democratic standards. Traditionally, democratic standards are provided by the constitution of the individual state. One may say that this is a problem of internal sovereignty. But it is obvious that the constitutional construction of the individual state is based on comparative constitutional law knowledge. If we will take into account that basic governmental systems are connected with the conception of the parliamentary (parliamentary cabinet) system, as for example in the UK or with the presidential system as for example in the USA, we must understand that the "foreign" (comparative) influence of the constitutional setting-up process of every individual country is an obvious phenomenon. But additionally, every country must follow the rules of the game when dealing with membership of international organisations. This opens the way for analysing the role of how the Council of Europe is setting-up constitutional standards.

Three complementary and indeed indissociable principles that are original features of the Council of Europe's common heritage, include: respect for universal, indivisible human rights, the rule of law and genuinely democratic systems of government. In taking actions in such fields the Council of Europe retrieves its traditional function as a "think-tank in the building of Europe"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> See C. Debrulle, Opening speech, in: Disillusionment with democracy: political parties, participation and non participation in democratic institutions in Europe – proceedings of the Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the Human Rights Centre of the University of Essex, Colchester (UK, 8–10 July 1993), Strasbourg 1994, p.16.