

# REVUE UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

RUDH

29 décembre 1995

Vol. 7 N° 11-12

ISSN 0937-714X

Pages 357 - 468

## Vers un droit constitutionnel européen Quel droit constitutionnel européen ?

Jean-François FLAUSS (Dir.) · Actes du colloque des 18 et 19 juin 1993  
40<sup>e</sup> anniversaire de l'Institut des hautes études européennes, Université Robert Schuman, Strasbourg

<b>Louis FAVOREU</b> , Aix-en-Provence Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s) ? / Débats .....	357/361
<b>Philippe LAUVAUX</b> , Bruxelles/Lille Le modèle parlementaire dans les constitutions d'Europe de l'Est / Débats .....	364/371
<b>Jean-François FLAUSS</b> , Strasbourg La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen / Débats .....	373/383
<b>Giorgio MALINVERNI</b> , Genève L'expérience de la Commission européenne pour la démocratie par le droit / Débats .....	386/394
<b>Jean-Paul JACQUÉ</b> , Bruxelles La Constitution de la Communauté européenne / Débats .....	397/424
<b>Olivier GOHIN</b> , Paris Les facteurs communs de l'organisation des pouvoirs publics des Etats membres des CE .....	428
<b>Georg RESS</b> , Sarrebruck Les incidences du droit constitutionnel de la Communauté européenne sur les droits constitutionnels nationaux, en particulier sur la Loi fondamentale allemande / Débats .....	434/443
<b>Vlad CONSTANTINESCO</b> , Strasbourg L'émergence du droit constitutionnel européen / Rapport de synthèse .....	445
<b>Jörg GERKRATH</b> , Strasbourg Bibliographie de droit constitutionnel européen .....	451

\* \* \*

<b>Parlement européen</b> , Strasbourg – La Constitution de l'Union européenne Rapport du 9 février 1994 de Fernand HERMAN .....	457
Résolution du 10 février 1994 / Annexe : Projet de Constitution européenne .....	461/462



Editions N. P. Engel

Kehl

Strasbourg

Arlington, Va.

## L'expérience de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)

par Giorgio MALINVERNI, Genève

I.	Les acquis constatés par la Commission .....	387
	A. La primauté de la Constitution .....	387
	B. La primauté du droit international .....	389
II.	Le standard européen exigé par la Commission .....	391
	A. Des régimes politiques basés sur le principe de la séparation des pouvoirs .....	391
	B. Le respect du standard minimum constitué par la Convention européenne des droits de l'homme .....	392
	C. La protection des minorités nationales .....	393
	Conclusion .....	394

1. Aux termes de son Statut, le Conseil de l'Europe a pour but de réaliser une union plus étroite entre ses membres, afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun (art. 1er). L'institution de Strasbourg est donc le dépositaire des valeurs communes des nations européennes, au premier rang desquelles figure la règle de la prééminence du droit, base de la démocratie pluraliste et des libertés.

Ce sont ces mêmes valeurs et ces mêmes objectifs qui ont inspiré la création de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (ci-après la Commission). Le but et la composition en ont été définis lors d'une conférence internationale qui s'est réunie les 19 et 20 janvier 1990 à Venise,<sup>1</sup> et à laquelle ont participé tous les États membres du Conseil de l'Europe, de même que, en tant qu'observateurs, plusieurs États de l'Europe centrale et orientale.

A l'issue de cette conférence, les États participants ont adopté une résolution par laquelle ils ont créé la Commission. Quelques semaines plus tard, en mai 1990, cette commission a été établie en tant qu'accord partiel du Conseil de l'Europe.<sup>2</sup>

La Commission, dont les membres sont des experts indépendants, a été conçue comme un instrument supplémentaire pouvant contribuer à la réalisation des objectifs du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit constitutionnel. Aux termes de l'art. 1er de son statut, elle est en effet «un organe consultatif qui coopère avec les États membres du Conseil de l'Europe ainsi que les États non membres, en particulier ceux de l'Europe centrale et orientale». Toujours selon la même disposition, son champ d'action spécifique est celui des garanties offertes par le droit au service de la démocratie.

2. L'une des raisons majeures à l'origine de la création de la Commission a été le besoin pressant de disposer d'une structure institutionnelle capable d'apporter une assistance aux pays de l'Europe de l'Est récemment libérés du joug de la dictature. L'une des activités principales de la Commission a donc consisté, dès sa création, à aider ces nations sœurs à mettre en place les infrastructures politiques et juridiques nécessaires en vue de réaliser la démocratie pluraliste, l'État de droit et le respect des droits de l'homme.

La Commission réserve ainsi toujours une place importante, et même prioritaire, lors de chacune de ses réunions, à l'aide qu'elle peut apporter à la rédaction des textes constitutionnels des nouvelles démocraties. La tâche est considérable. Il s'agit en effet, pour ces pays, de jeter les fondements d'institutions entièrement nouvelles et différentes, en rupture avec le passé. Leur source d'inspiration peut bien sûr être leur propre tradition nationale, telle qu'elle existait avant l'établissement des régimes commu-

nistes, mais semble plutôt devoir être puisée, en tout premier lieu, dans les expériences des États démocratiques, notamment des États membres du Conseil de l'Europe.<sup>3</sup>

3. L'œuvre à entreprendre est d'autant plus difficile à mener qu'elle se déroule dans un contexte tendu de transition politique et économique et qu'elle doit aboutir à bref délai.

Les nouvelles constitutions élaborées ou en voie d'élaboration dans divers pays d'Europe centrale et orientale, sont toutes marquées par le même contexte historique. L'analyse comparative fait ressortir des similitudes assez nettes et des thématiques communes.

L'une des questions les plus importantes à résoudre était dès lors celle de savoir si la Commission allait privilégier une approche thématique, c'est-à-dire travailler par thèmes communs à travers plusieurs projets de constitutions ou, au contraire, envisager chaque projet dans son ensemble. C'est cette seconde approche qui a été d'abord suivie. La Commission a rendu et continue de rendre des avis sur des projets qui sont présentés à sa réflexion, le plus souvent sur la base de rapports préparés par certains de ses membres, qui se sont le plus souvent rendus dans le pays concerné.<sup>4</sup>

Cependant, cette approche ne doit pas être exclusive de l'autre, qui consiste à comparer, sur un point particulier, plusieurs constitutions. Ceci est d'autant plus vrai que les nouvelles constitutions en voie d'élaboration en Europe présentent de nombreuses caractéristiques communes.

Lorsqu'un thème commun à plusieurs constitutions, voire à toutes, présente des difficultés importantes de technique juridique et est suffisamment détachable de l'œuvre constitutionnelle dans son ensemble, une analyse comparative, voire l'élaboration de modèles, peut se révéler nécessaire.<sup>5</sup>

La Commission a ainsi sélectionné certains thèmes, qu'elle a approfondis soit au cours de séminaires qu'elle a organisés, soit en confiant à l'un de ses membres le soin de rédiger un rapport détaillé, soit encore en instituant un groupe de travail.

La Commission a en particulier organisé une série de séminaires universitaires pour la démocratie (séminaires

\* Giorgio MALINVERNI, Professeur à l'Université de Genève, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit.

Manuscrit mis à jour au 31 mai 1996.

<sup>1</sup> Pour cette raison la Commission est souvent appelée également Commission de Venise, ville où elle siège.

<sup>2</sup> Résolution (90) 6, adoptée par le Comité des Ministres le 10 mai 1990 lors de sa 86<sup>e</sup> session. Un accord partiel consiste en un arrangement destiné à permettre que seuls les États membres du Conseil de l'Europe qui sont intéressés par une activité particulière choisissent d'y participer et partagent entre eux la charge budgétaire y relative. Actuellement la Commission compte 32 membres, 6 membres associés et 7 observateurs.

<sup>3</sup> J.-C. SCHOLSEM, *Les réformes constitutionnelles*, dans Contributions de la Commission européenne pour la démocratie par le droit au Séminaire d'experts de la CSCE sur les institutions démocratiques (Oslo, 4-15 novembre 1991), Conseil de l'Europe, document CDL (91) 31, pp. 19-20.

<sup>4</sup> *Idem* p. 21

<sup>5</sup> *Idem*.

UniDem), souvent en coopération avec des Universités d'Europe centrale et orientale sur des thèmes choisis. Ces séminaires réunissent des juristes spécialisés des Etats membres et tous ceux qui, dans le pays, interviennent dans la mise en œuvre de la Constitution (députés, fonctionnaires, professeurs d'Université, juges, etc.) Le but des séminaires UniDem est de contribuer à recréer une culture démocratique dans les cercles juridiques des nouvelles démocraties.

Dans son activité de donneuse d'avis sur les projets qui lui sont proposés et sur les questions qui lui sont posées, la Commission s'inspire bien entendu des grands principes constitutionnels qui constituent la toile de fond des démocraties occidentales.

4. Les lignes qui suivent se proposent de montrer d'abord comment, au cours de son activité, la Commission a pu assister à l'émergence des premières esquisses de ce qui pourrait devenir le droit constitutionnel européen de demain (I). Notre propos est également de montrer comment la Commission s'efforce de favoriser la consolidation de ce futur droit, par l'exigence, dans les avis qu'elle exprime, du respect de ce que l'on pourrait appeler le standard européen (II).

Il convient toutefois de préciser d'emblée les limites du présent travail, qui peut de prime abord paraître ambitieux.

En premier lieu, le jugement que l'on peut porter aujourd'hui sur les constitutions des nouvelles démocraties de l'Europe de l'Est ne peut être que sommaire et incomplet. Certaines ne sont encore qu'à l'état de projet et celles qui sont en vigueur ne le sont que depuis fort peu de temps. Si les textes sont connus, les institutions mises en place fonctionnent depuis trop peu de temps pour qu'il soit permis de porter sur elles un jugement définitif. L'élaboration de théories doit ainsi céder le pas à des analyses approximatives. Il ne saurait en aller autrement s'agissant de phénomènes qui sont en voie de formation.<sup>6</sup>

Ensuite, les exemples sur lesquels est basée la présente étude ne se rapportent pas à tous les pays de l'Europe centrale et orientale, mais seulement à certains d'entre eux. Outre le fait que, dans le cadre d'une brève étude comme celle-ci, une sélection était nécessaire, nous nous sommes plus spécialement penchés sur les textes constitutionnels les plus significatifs pour le sujet qui nous préoccupe.

Enfin, s'agissant d'apprécier les expériences faites par la Commission de Venise, en tant qu'organe du Conseil de l'Europe, à l'élaboration d'un droit constitutionnel européen, nous nous sommes concentrés principalement sur les chapitres du droit constitutionnel qui constituent le champ d'action spécifique du Conseil de l'Europe, à savoir l'Etat de droit, les droits fondamentaux, la démocratie pluraliste.

Notre attention s'est en outre portée sur les institutions qui ont contribué dans une mesure plus importante que d'autres au façonnement d'un droit constitutionnel européen. Un dernier critère de sélection a été l'apport de la Commission. Ayant vu le jour il y a quatre ans à peine, elle n'a en effet pu œuvrer que dans certains domaines bien déterminés.

### I. Les acquis constatés par la Commission

5. Au vu des limites qui viennent d'être indiquées, il convient de s'attarder maintenant sur deux principes fondamentaux, qui constituent à notre avis les deux pièces maîtresses de l'édifice constitutionnel en voie de construction en Europe centrale et qui apportent certainement une contribution décisive à la création d'une nouvelle architecture constitutionnelle européenne. Ces deux principes sont celui de la primauté de la Constitution et celui de la primauté du droit international.

#### A. La primauté de la Constitution

6. Dans un Etat de droit, les actes juridiques doivent être conformes à la Constitution, par définition règle suprême et supérieure à toute autre. Pour assurer le respect de ce principe, il faut qu'une autorité publique puisse annuler ou paralyser les actes contraires à la Constitution. Pour les actes juridiques autres que la loi, la chose est relativement facile : les tribunaux peuvent annuler ou priver d'effet un règlement ou une ordonnance qui méconnaîtrait la Constitution.

Des difficultés peuvent surgir lorsqu'il s'agit de contrôler la constitutionnalité des lois votées par le Parlement, car celui-ci représente la nation et que le contrôle de constitutionnalité peut paraître contraire au principe de la souveraineté du peuple. L'annulation d'une loi a par ailleurs toujours des incidences politiques.

La première difficulté peut être surmontée par un raisonnement juridique : c'est la Constitution, acte suprême, qui définit les pouvoirs des divers organes de l'Etat. Elle confère aux membres du Parlement le pouvoir de voter la loi, mais seulement dans le respect de la Constitution. S'ils ne la respectent pas, ils ne peuvent plus se prévaloir de la représentation du peuple, qui ne leur est reconnue qu'en vertu de la Constitution.<sup>7</sup>

Quant à la deuxième difficulté, c'est-à-dire le choix d'un organe indépendant et impartial, elle peut être résolue, on le sait, par des moyens divers. Dans leur majorité, les Etats de l'Europe occidentale ont opté pour la création de cours constitutionnelles. C'est dans cette voie que se sont achevinées également les nouvelles démocraties.

7. Un premier signe de l'ouverture aux principes de l'Etat de droit dans ces pays est sans doute constitué par la généralisation de la juridiction constitutionnelle. Ce phénomène marque une nette rupture avec les régimes antérieurs, où l'idée même d'un contrôle et d'une censure des autorités suprêmes par un organe judiciaire indépendant était tout simplement inconcevable. En permettant de réaliser le principe de la primauté de la Constitution et de la subordination de la loi, le contrôle de constitutionnalité rend également possible le respect d'autres principes de l'Etat de droit, comme celui de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs ou celui de la sauvegarde des libertés.

Il est vrai qu'un premier pas dans cette direction avait déjà été franchi, avant même la chute du communisme, dans certains pays, notamment en Pologne et en Hongrie. Ces tentatives ne font que confirmer que, dans ces deux pays, les événements de 1989 ne représentent que la poursuite d'un processus de renouveau qui avait déjà été engagé dans les années précédentes.

Les premières expériences tentées dans ces deux pays étaient fort timides. Ainsi, le Conseil constitutionnel introduit en Hongrie en 1983 était à ce point subordonné au Parlement que la durée du mandat de ses membres coïncidait avec celle de la législature. Ses pouvoirs étaient fort limités, dès lors qu'il n'avait pas la compétence pour casser

<sup>6</sup> Voir S. BARTOLE, *Trasformazioni costituzionali nell'Est europeo*, Quaderni costituzionali 1992, p. 383 ss. et G. CONTINI, *Processi formativi delle nuove Costituzioni nei paesi dell'Europa dell'Est*, *Nomos, Le attualità del diritto*, 1992 (vol. 4), p. 31. Sur la problématique de l'émergence d'un droit constitutionnel européen, voir, de manière générale, P. HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, *EuGRZ* 1991, p. 261.

<sup>7</sup> Voir G. VEDEL, *Les options juridiques fondamentales*, in *Le processus constitutionnel, instrument pour la transition démocratique*, Actes de la Conférence UniDem organisée par la Commission européenne pour la démocratie par le droit en octobre 1992, Conseil de l'Europe, document CDL-UD (92) 4, p. 40.

les dispositions qu'il avait jugées contraires à la Constitution si celles-ci étaient adoptées par l'Assemblée nationale et par son Présidium.<sup>8</sup>

La faiblesse de la justice constitutionnelle face au Parlement se perçoit également dans la révision partielle de la Constitution polonaise du 26 mars 1982, qui a marqué la naissance de la Cour constitutionnelle dans ce pays. Le nouvel art. 33 a) déclare en effet que les jugements par lesquels la Cour constitutionnelle prononce l'inconstitutionnalité d'une loi doivent être soumis à la Diète pour examen. Le pouvoir de cassation de la Cour constitutionnelle est donc limité aux actes infra-législatifs.<sup>9</sup>

On sait que la Hongrie a par la suite substitué à son Conseil constitutionnel une nouvelle Cour constitutionnelle<sup>10</sup> aux compétences nettement plus étendues. Le régime introduit en 1982 est en revanche encore en vigueur en Pologne, en raison des difficultés auxquelles se heurte la révision totale de la Constitution dans ce pays.

L'exemple donné par ces deux pays, qui ont fait œuvre de pionnier dans ce domaine, a par la suite été imité par les autres Etats de l'Europe centrale. A la faveur des révisions de leurs constitutions, ils se sont dotés de juridictions constitutionnelles.

8. Le contrôle de constitutionnalité peut être confié à une juridiction à compétence générale, non spécialisée dans le contrôle de constitutionnalité, ou à une Cour constitutionnelle spécialisée. Les Etats-Unis sont l'exemple le plus ancien et le plus illustre de la première solution. Pourtant, bien que le système américain se retrouve dans certains autres pays, les Constitutions européennes recourent à peu près toutes, sous des dénominations diverses, au système de la Cour constitutionnelle spécialisée.

Dans les nouvelles démocraties, la préférence a également été donnée au modèle européen, qui privilégie la concentration des fonctions de contrôle dans les mains d'un seul et même organe.

9. S'il y a uniformité s'agissant de l'organe de contrôle institué, les modalités de contrôle se caractérisent en revanche par leur très grande variété et fournissent parfois des modèles inédits.

Le pouvoir de saisir la Cour constitutionnelle est le plus souvent réservé aux organes de l'Etat. Ainsi la Constitution roumaine prévoit-elle que toute loi peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité préventif à la demande du Chef de l'Etat, du Gouvernement, des Présidents des deux Chambres du Parlement, de 50 députés ou de 25 sénateurs. Comme en Pologne, les Chambres peuvent toutefois ne pas tenir compte de l'avis exprimé par la Cour constitutionnelle. Elles doivent dans ce cas l'approuver à la majorité qualifiée des deux tiers dans chaque Chambre.<sup>11</sup> Aux termes de l'art. 125 al. 2 de la Constitution russe du 12 décembre 1993, le droit de saisir la Cour constitutionnelle est également réservé aux seuls organes de l'Etat.

Parfois, comme en Pologne, la saisine de la Cour constitutionnelle est ouverte également à des organisations telles que des associations syndicales. En Bulgarie aussi seuls ont qualité pour recourir le Chef de l'Etat, le Gouvernement, un cinquième des députés, les Cours suprêmes et le Procureur général (art. 150 de la Constitution bulgare). Ici, cependant, l'acte déclaré inconstitutionnel est abrogé dès le prononcé de l'arrêt (art. 151 de la Constitution bulgare).<sup>12</sup>

Dans plusieurs cas cependant, les particuliers participent indirectement à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité, notamment lorsque ce contrôle intervient à la demande d'un tribunal dans le cadre d'un procès auquel ils sont parties. Tel est le cas en Roumanie.<sup>13</sup>

Ce n'est finalement qu'en Hongrie qu'existe, à côté du contrôle préventif calqué sur le modèle français, un

contrôle a posteriori pouvant être déclenché par le recours du simple citoyen. Dans ce cas, pour saisir la Cour constitutionnelle, le recourant n'a même pas besoin d'apporter la preuve de l'existence d'un intérêt personnel.<sup>14</sup>

10. L'introduction, dans les pays d'Europe centrale et orientale, de la juridiction constitutionnelle, représente sans nul doute un phénomène d'une très grande importance sur la voie qui conduit à la réalisation de régimes politiques basés sur les principes de l'Etat de droit. Le jugement et l'appréciation qu'il convient de donner sur cette institution varient naturellement d'un Etat à l'autre.

S'agissant de l'accès aux juridictions, on peut constater une certaine tendance à privilégier les organes de l'Etat et les institutions politiques. Le souci d'assurer l'équilibre entre les pouvoirs semble l'emporter sur celui de garantir le respect des droits fondamentaux. Le système en vigueur en Pologne est très illustratif à cet égard. La protection du citoyen s'y effectue non pas en lui reconnaissant des prérogatives personnelles, mais à travers l'action de certaines autorités.

Un débat est actuellement en cours dans plusieurs pays de la CEI sur l'opportunité de reconnaître aux particuliers le droit de saisir la Cour constitutionnelle. Une solution de compromis, qui recueille de nombreux suffrages, consiste à conférer ce droit à un médiateur.<sup>15</sup>

Cette première constatation doit cependant être nuancée par l'existence, dans certains pays, notamment en Hongrie, en Bulgarie et en Albanie, de voies de droit permettant aux particuliers de saisir eux-mêmes, directement ou indirectement, la Cour constitutionnelle.

<sup>8</sup> Voir G. LIPSCHITZ, *Prime considerazioni sugli emendamenti della costituzione ungherese*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1983, p. 830 ss; G. RACZ, *L'introduction du contrôle constitutionnel des normes juridiques en Hongrie*, Revue internationale de droit comparé 1985, p. 136 ss.

<sup>9</sup> L. GARLICKI, *Pologne*, Annuaire international de justice constitutionnelle, 1985, p. 607 ss.

<sup>10</sup> Art. 32a de la Constitution hongroise et loi n° XXXII de 1989; voir G. RACZ, *Une nouvelle Cour constitutionnelle en Hongrie*, in Revue internationale de droit comparé 1990, p. 1329; G. HALMAI, *Hongrie*, Annuaire international de justice constitutionnelle 1990, p. 745 et Ch. GOUAUD, *La Cour constitutionnelle de la République de Hongrie*, Revue du droit public 1993, p. 1243.

<sup>11</sup> Voir V. GIONEA, *La nuova Costituzione rumena, garanzia dello Stato di diritto e di democrazia*, Quaderni costituzionali 1992, pp. 489-490. Voir également B. LIME, *Le système constitutionnel roumain*, Revue du droit public 1994, p. 353. Sur le contrôle de constitutionnalité dans les pays de l'Est en général, voir Th. SCHWEISFURTH, *Der Start der Verfassungsgerichtsbarkeit in Russland*, EuGRZ 1992, p. 281; *idem*, *Die Verfassung Russlands*, EuGRZ 1994, p. 473. Voir également, sur la nouvelle Constitution russe, les articles de M. LESAGE et P. FRAISSEX dans la Revue du droit public 1994, pp. 1735 et 1769.

<sup>12</sup> S. BOTOCHAROVA/A. DJEROV, *Fondamenti costituzionali e legislativi del periodo post-comunista nella repubblica di Bulgaria*, Quaderni costituzionali 1992, p. 446.

<sup>13</sup> M. CRISTE, *Un contrôle juridictionnel des lois en Roumanie*, Décision du 14 janvier 1991 de la Cour suprême de justice, Revue française de droit constitutionnel 1992, p. 179 ss. Voir également F. JULIEN-LAFERRIERE, *La Constitution roumaine du 8 décembre 1991 ou le difficile apprentissage de la démocratie*, Revue du droit public 1993, p. 1238 ss.

<sup>14</sup> G. HALMAI (note 10), p. 747 et A. ADAM, *Lo sviluppo costituzionale in Ungheria dopo il crollo del regime comunista*, Quaderni costituzionali 1992, pp. 429-430.

<sup>15</sup> Conseil de l'Europe, document CDL-UD (92) 4, p. 64.

11. Les rôles d'une Cour constitutionnelle sont multiples. Trois paraissent être essentiels.

Tout d'abord, la Cour constitutionnelle assure le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et, le cas échéant, par l'interprétation qu'elle donne de la Constitution, règle les conflits entre l'exécutif et le législatif ou entre l'Etat central et les Etats fédérés.

Ensuite - c'est là une fonction secondaire - elle peut être chargée de missions qui ne sont pas celles du contrôle de constitutionnalité, mais qui intéressent le fonctionnement des institutions : contrôle des élections et des votations par exemple.

Enfin - et c'est là la fonction la plus importante - le contrôle de la constitutionnalité des lois peut amener le juge constitutionnel à annuler non seulement les lois votées selon une procédure non conforme à la Constitution, mais aussi et surtout les lois qui méconnaissent les droits et les libertés garantis par cette même Constitution.

Alors que, en Europe occidentale, c'est cette troisième fonction qui explique surtout le développement et l'extraordinaire succès des Cours constitutionnelles, dans les nouvelles démocraties, en tout cas au regard des textes, c'est en revanche la première fonction mentionnée ci-dessus qui semble pour le moment revêtir une influence répondérante. Mais la pratique pourra peut-être un jour, sinon démentir, du moins nuancer cette affirmation.

12. Il est symptomatique à cet égard de constater que, dans la plupart des nouvelles démocraties, le paramètre auquel doit se référer le juge constitutionnel n'est plus constitué de la seule constitution, mais également des traités internationaux de sauvegarde des droits de l'homme qu'elles ont ratifiés. Le contrôle de constitutionnalité vient ainsi se doubler d'un contrôle de conventionnalité.<sup>16</sup> Cette obligation constitue incontestablement l'un des apports les plus significatifs et les plus importants sur la voie de la création d'un droit constitutionnel européen.

13. La démocratie en tant qu'ensemble de règles n'est pas façonnée uniquement par les chartes fondamentales et les textes de lois, mais également par l'activité judiciaire, qui opère la jonction entre les grands principes et les problèmes particuliers, par l'application pratique de ces principes. L'idée d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité s'est matérialisée sur le vieux continent sous la forme de la cour constitutionnelle, élément désormais bien ancré dans bon nombre de constitutions européennes. Les cours constitutionnelles témoignent d'une confiance croissante dans le droit en tant que source fiable de stabilité politique et de juste équilibre entre des revendications contradictoires, par exemple entre la liberté individuelle et l'autorité, ou entre l'intérêt local et la centralisation, quel que soit l'échelon des pouvoirs concernés. La conviction s'est répandue à travers l'Europe qu'une bonne cour constitutionnelle est la pierre angulaire d'une démocratie saine. La reprise de cette institution par les Etats de l'Europe centrale leur permet de s'intégrer encore davantage au club des démocraties occidentales.

14. Consciente de l'importance que revêt l'administration d'une bonne justice constitutionnelle pour la réalisation de l'Etat de droit, la Commission a organisé, le 8 octobre 1990, une rencontre avec les Présidents des Cours constitutionnelles des Etats membres du Conseil de l'Europe et des Etats de l'Europe centrale et orientale intéressés, dans le but de mettre en commun l'expérience acquise par les pays dans lesquels de tels organes existent et fonctionnent depuis longtemps.

Les participants avaient à leur disposition le document de travail intitulé *Modèles de juridiction constitutionnelle*, rédigé par un membre de la Commission.<sup>17</sup>

La présentation des systèmes en vigueur dans les divers Etats a naturellement fait apparaître une grande diversité dans les modalités de constitution et dans la composition des organes appelés à exercer le contrôle de constitutionnalité, qu'il s'agisse d'une cour constitutionnelle proprement dite ou d'un autre organe. Toutefois, des lignes communes ont pu être dégagées sur un certain nombre de points fondamentaux.

A la lumière des résultats de cette rencontre et à la demande des Etats de l'Europe centrale et orientale concernés, la Commission a décidé de concentrer ses efforts en priorité sur la question de la procédure devant les juridictions constitutionnelles. Elle a chargé l'un de ses membres de préparer un rapport sur cette question. Elle a également organisé, sur ce sujet, des séminaires UniDem sur le rôle de la Cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit (Bucarest, 1994), sur la protection des droits fondamentaux par la justice constitutionnelle (Brioni, 1995) et sur la justice constitutionnelle et la démocratie référendaire (Strasbourg, 1995). Les actes de ces séminaires ont été publiés dans la collection de la Commission intitulée «Science et technique de la démocratie».

La deuxième action entreprise par la Commission en vue de faciliter les échanges et les expériences dans le domaine de la justice constitutionnelle a été la création d'un centre de documentation sur la jurisprudence en matière de droit constitutionnel, qui est à même de fournir aux tribunaux nouvellement établis un choix d'éléments de jurisprudence facilement accessibles, fondé sur les décisions d'organes judiciaires établis depuis plus longtemps. La Commission publie à cet effet, trois fois par an, un *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle* fort apprécié.

#### B. La primauté du droit international

15. Un Etat de droit est un Etat dans lequel tous les organes de l'Etat sont soumis à des règles de droit et dans lequel leur action n'est légitime que dans le respect de ces règles. Or, de toute évidence, les règles que se doit de respecter un Etat de droit ne sont pas seulement celles du droit interne qu'il se donne lui-même, mais également celles du droit international. Une démocratie ne peut donc agir que dans le respect du droit des gens.

D'une manière générale, les Constitutions des nouvelles démocraties se caractérisent par leur ouverture au droit international. Avec des formules variées et plus ou moins heureuses, presque toutes prévoient que le droit interne doit se conformer à l'ordre juridique international.

Certaines d'entre elles, comme celles de la Roumanie et de la Bulgarie, reconnaissent il est vrai aux seuls traités la supériorité sur le droit interne.<sup>18</sup> D'autres, moins jalouses de la souveraineté des Etats, admettent en revanche la suprématie de l'ensemble des règles de droit international, y compris celles d'origine coutumière, et des principes généraux du droit. Il en va ainsi par exemple de l'art. 15 al. 4 de la Constitution russe et de l'art. 7 de la Constitution hongroise. Tout en obligeant les organes de l'Etat à assurer l'harmonie entre les engagements internationaux et le droit interne, ces dispositions prévoient également que doivent être respectées, dans l'ordre interne, les règles générales du droit international. Toutes ces constitutions prévoient

<sup>16</sup> Voir P. KRESAK, *Le riforme costituzionali nella repubblica federale cecoslovacca*, Quaderni costituzionali 1992, p. 440.

<sup>17</sup> H. STEINBERGER, *Modèles de juridiction constitutionnelle*, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1992.

<sup>18</sup> Voir S. BOTOUCAROVA / A. DJEROV (note 12), p. 460.

cependant que les règles de droit international l'emportent sur celles de droit interne qui leur seraient contraires.<sup>19</sup>

16. Les dispositions les plus intéressantes dans ce domaine sont toutefois celles par lesquelles les Constitutions s'efforcent d'éviter tout conflit entre les deux ordres juridiques en présence. La technique utilisée est celle de l'examen de la conformité du traité soumis à ratification aux exigences de la Constitution. On veut par là, bien entendu, éviter que des dispositions constitutionnelles ne soient modifiées par l'effet de traités internationaux, mais également, et peut-être surtout, assurer l'harmonie et la cohérence entre les deux ordres juridiques. Le contrôle préventif de la conformité des traités à la Constitution est le plus souvent confié à la Cour constitutionnelle. Ainsi l'art. 149 al. 1<sup>er</sup> ch. 4 de la Constitution bulgare prévoit-il que la Cour constitutionnelle doit examiner la conformité à la Constitution des accords internationaux avant leur ratification. Quant à l'art. 144 a) de la Constitution roumaine, il dispose que la Cour constitutionnelle peut être appelée à juger la constitutionnalité des lois de ratification des traités internationaux avant leur ratification.

Devant à la fois, comme nous l'avons vu précédemment, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, prendre en compte non seulement les catalogues de droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales, mais également ceux que consacrent les traités internationaux et étant chargées, d'autre part, d'examiner la conformité des traités internationaux à la Constitution avant leur ratification, les Cours constitutionnelles nouvellement créées se trouvent ainsi investies de fonctions nouvelles et importantes, qui leur attribuent un rôle clé, à la charnière entre le droit interne et le droit international.<sup>20</sup>

17. L'osmose entre le droit international et le droit interne trouve un terrain de prédilection dans le domaine des droits de l'homme. Le premier permet en effet de compléter les éventuelles lacunes du second.

Ainsi, l'art. 3 de la Charte tchèque et slovaque des droits fondamentaux prévoyait-il que les garanties qu'elle offrait ne se limitaient pas aux droits qui y étaient expressément garantis, mais comprenaient également ceux que consacrent les conventions internationales ratifiées. Il en va de même de l'art. 4 de la loi constitutionnelle provisoire albanaise, qui stipule expressément que la République albanaise reconnaît les droits et libertés fondamentaux de l'homme garantis par les accords internationaux auxquels elle est partie. Ce n'est probablement pas un hasard si l'art. 8 de la Constitution hongroise, relatif aux droits de l'homme, est placé immédiatement après la disposition qui régit les rapports entre le droit international et le droit interne dans ce pays.

Toujours dans ce contexte, l'art. 20 al. 1<sup>er</sup> de la Constitution roumaine mérite une attention particulière. En vertu de cette disposition, en effet, les garanties constitutionnelles en matière de droits fondamentaux doivent recevoir une interprétation conforme à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux autres traités auxquels la Roumanie est partie.<sup>21</sup> Une formule analogue se trouve à l'art. 17 al. 1<sup>er</sup> de la Constitution russe.

18. Cette ouverture au droit international, et spécialement au droit international des droits de l'homme, prend un relief tout particulier si l'on considère le rôle capital que joue l'interprétation judiciaire des droits fondamentaux pour leur concrétisation, en raison de l'inévitable généralité de leurs consécutions constitutionnelles. Or celle-ci fait cruellement défaut dans ces pays, qui manquent de tradition et de pratique en matière de juridiction constitutionnelle. On peut donc penser que ce déficit pourra être en partie comblé par la jurisprudence des instances internatio-

nales, en particulier par celle de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme.<sup>22</sup>

Au fur et à mesure que les nouvelles démocraties accepteront de se soumettre à leur juridiction, ces instances seront donc très vraisemblablement appelées à voir leur rôle s'amplifier, non seulement au travers d'interventions directes dans des affaires qui les concernent, mais également par les effets indirects de leur jurisprudence. Le contrôle de conventionnalité opéré par les instances de Strasbourg pourrait également, dans une certaine mesure, venir compenser certaines faiblesses du contrôle de constitutionnalité que nous avons relevées, surtout dans les Etats où ce contrôle vise davantage à faire respecter l'équilibre des pouvoirs étatiques que les droits fondamentaux. Là aussi, il est donc possible, voire très probable, que l'on assiste à l'éclosion d'un droit constitutionnel européen.

19. Consciente de l'importance que revêt pour les Etats issus du bloc communiste la réglementation des rapports entre le droit international et le droit interne, la Commission de Venise a constitué un groupe de travail chargé d'étudier ces questions. Le rapporteur de ce groupe a rédigé un questionnaire à l'intention des membres de la Commission. Sur la base des réponses reçues, il a établi un rapport contenant non seulement une étude comparative des solutions apportées à ces problèmes par les dispositions et pratiques constitutionnelles des Etats européens, mais également, à la demande expresse de certains Etats, des modèles de solutions.<sup>23</sup> Ceux-ci ont été présentés au Séminaire sur les rapports entre le droit international et le droit interne que la Commission a organisé à Varsovie en mai 1993.

Dans ce rapport, on peut lire ce qui suit :

«Il serait souhaitable et ce serait incontestablement un pas en avant que les Etats, et notamment les nouvelles démocraties, reconnaissent..., dans leurs constitutions et leur législation, la supériorité du droit international sur le droit interne. De telles solutions ... auraient entre autres l'avantage de rapprocher les Etats sur la base de la légalité internationale et de faciliter l'application du droit international dans les ordres juridiques internes.

Chaque Etat, avant d'accepter un engagement conventionnel international, doit s'assurer de sa compatibilité avec son droit interne et notamment sa constitution. S'il y a incompatibilité et que l'Etat désire devenir partie au traité, il doit préalablement adapter sa constitution ou sa législation, de façon qu'il n'y ait pas conflit avec la norme internationale.

Chaque Etat, et notamment celui qui reconnaît au traité international une valeur égale à celle d'une loi interne, doit veiller... à ne pas adopter des lois nouvelles qui pourraient enfreindre les dispositions des traités en vigueur déjà acceptés.

<sup>19</sup> Voir, par exemple, l'art. 5 al. 4 de la Constitution bulgare, l'art. 8 du projet de Constitution de l'Ukraine et l'art. 15 al. 4 de la Constitution russe. D'un avis légèrement différent, D. GOMIEN, *La mise en œuvre du droit international relatif aux droits de l'homme en Europe centrale et orientale*, RUDH 1992, pp. 379/80.

<sup>20</sup> S. BARTOLE, «Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale», Bologna 1993, pp. 207/208 et Ch. GOUAUD (note 10), p. 1257.

<sup>21</sup> V. GIONEA (note 11) p. 478; D. GOMIEN (note 19), p. 383 et A. VASILIU, *Bref exposé historique concernant l'évolution de la législation roumaine dans le domaine des droits de l'homme depuis le 22 décembre 1989*, RUDH 1992, p. 389. Pour la Bulgarie, voir S. BOTOCHAROVA/A. DJEROV (note 12), p. 463.

<sup>22</sup> S. BARTOLE (note 20), p. 158-159; D. GOMIEN (note 19), p. 386.

<sup>23</sup> Conseil de l'Europe, document CDL-UDP (93) 4, rapport de C. ECONOMIDES.

Chaque Etat, et notamment son pouvoir judiciaire, en appliquant et en interprétant le traité international, devrait lui assurer la prééminence chaque fois que cela est réalisable. Dans le cas contraire, il doit s'efforcer de concilier, dans toute la mesure du possible, la norme interne avec le traité international, de façon que la première ne transgresse pas le second.

Chaque Etat, dans le cas où un conflit entre un traité international et une norme interne est inéluctable, doit amender le plus rapidement possible cette dernière pour l'aligner sur l'obligation internationale.

Chaque Etat, en adoptant des lois qui réglementent des rapports qui sont ou qui peuvent également être régis par le droit international conventionnel auquel il est ou peut devenir partie, devrait inclure dans ces dernières des clauses de sauvegarde en faveur du traité international : non-application de la loi dans la mesure où elle est contraire au traité par exemple.<sup>24</sup>

Dans le même contexte, la Commission a également entrepris une étude sur les incidences de la succession d'Etats sur la nationalité.

## II. Le standard européen exigé par la Commission

20. Le droit constitutionnel européen que les nouvelles démocraties sont prêtes à assimiler, grâce notamment à leur ouverture au droit international et à la généralisation de la juridiction constitutionnelle, sert en même temps d'étalon à la Commission, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur des projets de Constitution qui lui sont soumis. L'une des principales questions qu'elle se pose toujours est en effet celle de savoir si le projet en question satisfait aux exigences du standard européen : suffrage universel libre et authentique, respect du principe de la séparation des pouvoirs et garantie des droits et libertés des individus et des groupes. Nous nous limiterons ici à l'examen de quelques points seulement.

### A. Des régimes politiques basés sur le principe de la séparation des pouvoirs

21. La classification traditionnelle des régimes politiques oppose les régimes de confusion des pouvoirs à ceux qui sont régis par le principe de la séparation des pouvoirs. En optant pour les seconds, les nouvelles constitutions ont très clairement marqué leur répugnance pour le totalitarisme, tant il est vrai que la séparation des pouvoirs est une pièce essentielle de l'agencement démocratique.

Le principe de la séparation des pouvoirs peut être respecté dans deux formes de régimes : le régime de séparation rigide des pouvoirs, illustré par le régime présidentiel américain, et le régime de séparation souple, ou de collaboration des pouvoirs, représenté par le régime parlementaire.

La stabilité de la démocratie signifie, entre autres, la stabilité de l'exécutif, sans laquelle tout gouvernement, quel qu'en soit le type, s'enliserait tôt ou tard dans la crise. C'est, dans le fonctionnement d'un régime, l'un des nœuds complexes qu'il convient de démêler. La meilleure réponse possible serait une vision équilibrée selon laquelle un système démocratique viable doit suivre un cap se situant à mi-chemin entre la forme extrême du gouvernement parlementaire, connu sous l'appellation de gouvernement d'assemblée, et le présidentielisme pur et dur.<sup>25</sup>

22. Avec beaucoup de précautions, on peut estimer qu'une jeune démocratie, dans laquelle les structures et les partis sont faibles et mal dessinés, peut avoir intérêt à articuler les institutions autour de l'élection d'un Président au suffrage universel et à adopter un régime présidentiel.<sup>26</sup> La personnalisation de la lutte électorale et du pouvoir prési-

dential a l'avantage de donner un cadre à la vie politique. Il est cependant un cas où cette solution doit être écartée : c'est celui où il existe, au sein de l'Etat considéré, une tension inter-ethnique sérieuse. Dans ce cas, en effet, l'élection présidentielle risque d'apparaître comme une occasion de confrontation ethnique et de construire la vie politique autour d'un thème de division. Le régime parlementaire peut alors paraître préférable, parce que l'essentiel du combat politique se déroule dans le cadre d'élections au Parlement. En raison de l'existence de circonscriptions, le débat et la vie politiques ne s'articuleraient pas sur un système de victoire ou de défaite absolue pour les diverses composantes de la nation.<sup>27</sup>

23. Un problème majeur en ce qui concerne la séparation des pouvoirs dans les nouvelles démocraties est constitué par le rôle de la *procuratura*, sorte de quatrième pouvoir. Dans certains projets de constitution, son rôle en tant qu'organe suprême de contrôle de la légalité a été maintenu. La question de l'opportunité de maintenir cette institution a fait l'objet de débats nourris et animés lors de plusieurs sessions de la Commission.<sup>28</sup>

24. Le totalitarisme ne consiste pas seulement dans la concentration dans les mêmes mains (homme ou parti) de toutes les compétences politiques, mais également dans le fait que le pouvoir politique prétend contrôler toutes les activités des citoyens : éducation, formation intellectuelle, croyances, travail, loisirs, vie privée, etc.<sup>29</sup> Lutter contre le totalitarisme implique donc toute une série d'autres séparations : de l'Etat et de la vie privée; de l'Etat et de l'Eglise; de l'Etat et du travail.

25. Dans une vraie démocratie, il convient de séparer également l'Etat de l'économie, même si la démocratie admet des solutions variables quant aux relations entre le pouvoir politique et l'économie, l'Etat démocratique pouvant être plus ou moins actif en matière économique et sociale.

En refusant toute confusion entre le pouvoir politique et le pouvoir économique et en garantissant le droit de propriété privée sur la plupart des moyens de production et les lois du marché,<sup>30</sup> les nouvelles démocraties ont non seulement opté pour une meilleure gestion économique, mais également consacré une garantie fondamentale de la liberté des citoyens.

Afin d'aider les nouvelles démocraties à résoudre les problèmes délicats que soulève la transition d'une économie planifiée vers un système d'économie libérale, la Commission a organisé un séminaire sur ces questions à Moscou en février 1993 et un autre à Sofia quelques mois plus tard.

<sup>24</sup> Document précité (note 23), ch. 6.1 à 6.6. Sur le problème général de la mise en œuvre du droit international dans les pays d'Europe centrale et orientale, voir D. GOMIEN (note 19).

<sup>25</sup> Sur cette question, voir J.J. LINZ, *Conséquences politiques et sociales du choix entre un régime présidentiel et un régime parlementaire*, dans Actes de la Conférence UniDem organisée à Istanbul; Conseil de l'Europe, document CDL-UD (92) 4, p. 66 ss. Voir également, pour la Roumanie, F. JULIEN-LAFERRIERE (note 13), p. 1226 ss.

<sup>26</sup> Voir G. VEDEL (note 7), p. 59. A l'exception de quelques cas, comme la Hongrie, où l'élection du Président par le Parlement a été voulue par le peuple lors d'un référendum, dans les Etats de l'Europe centrale et orientale le Chef de l'Etat est élu directement par le corps électoral (voir p. ex. l'art. 93 de la Constitution bulgare). Pour la Pologne, voir K. WOJTYCZEK, *Un nouveau régime parlementaire nationalisé : la Pologne*, Revue du droit public 1994, p. 379.

<sup>27</sup> G. VEDEL (note 7), p. 59

<sup>28</sup> Voir p. ex. Conseil de l'Europe, document CDL-UD (92) 4, p. 64.

<sup>29</sup> G. VEDEL (note 7), p. 52.

<sup>30</sup> Voir, parmi d'autres, l'art. 19 de la Constitution bulgare.

*B. Le respect du standard minimum constitué par la Convention européenne des droits de l'homme*

26. Les constitutions des nouvelles démocraties contiennent toutes un catalogue de droits fondamentaux. Aux libertés individuelles classiques viennent s'ajouter, avec parfois des correctifs importants, les droits sociaux déjà consacrés sous les précédents régimes. L'influence de ces derniers continue d'ailleurs de marquer la structure des droits fondamentaux, qui sont souvent combinés avec des devoirs et où aux attentes et prétentions des citoyens viennent s'ajouter des obligations de l'Etat (voir par exemple les art. 67 et 83 de la Constitution polonaise).

Souvent, la distinction entre les deux catégories de droits résulte clairement du texte constitutionnel, comme en Hongrie, où les droits sociaux sont consacrés après les libertés individuelles (art. 54 ss. de la Constitution hongroise), ou comme en Bulgarie et en Russie, où la transition entre les deux générations de droits s'effectue, sans rupture de continuité, par la consécration de droits de nature mixte, tels que ceux relatifs à la famille (art. 25 ss. de la Constitution bulgare, notamment les art. 46 ss. ; art. 17 ss. de la Constitution russe).

A plus d'une reprise, cependant, la Commission a dû insister sur l'utilité de bien distinguer les deux catégories de droits, trop souvent mélangés par les auteurs des nouvelles Constitutions.

27. La lecture des catalogues de droits et libertés est révélatrice de la profonde influence exercée par la tradition des Constitutions occidentales et par la Convention européenne des droits de l'homme. Parfois les articles de cette dernière sont repris presque textuellement.

Il n'est pas rare que les droits et libertés soient par exemple déclarés inaliénables (art. 17 al. 2 de la Constitution russe, art. 8 de la Constitution hongroise et art. 57 al. 1<sup>er</sup> de la Constitution bulgare), qu'ils échappent à toute possibilité de révision constitutionnelle (art. 148 al. 2 de la Constitution roumaine), que les plus importants d'entre eux doivent être respectés même en cas de guerre ou de danger grave menaçant l'ordre public (art. 8 al. 4 de la Constitution hongroise; art. 57 al. 3 de la Constitution bulgare) et que les restrictions ne puissent porter atteinte à leur substance (art. 8 al. 2 de la Constitution hongroise, art. 49 al. 2 de la Constitution roumaine).

Certaines constitutions garantissent même des droits nouveaux, allant au-delà de ce que garantissent plusieurs constitutions occidentales ou la Convention européenne des droits de l'homme. Il en va par exemple ainsi du droit du citoyen d'accéder aux informations d'intérêt public qui concernent le fonctionnement de l'Etat (art. 41 al. 2 de la Constitution bulgare, art. 31 de la Constitution roumaine, art. 61 al. 3 de la Constitution hongroise). Il en va ainsi également du droit à un environnement sain, qui implique d'ailleurs également des obligations à la charge du citoyen (art. 55 de la Constitution bulgare).

Sur certains points toutefois, la Commission a dû à plusieurs reprises relever l'incompatibilité de certains projets qui lui ont été soumis avec les exigences du standard européen. Il en a été par exemple ainsi de dispositions qui réservaient la titularité de certains droits fondamentaux aux seuls citoyens. Il en a été ainsi, également, de dispositions qui assureraient une protection insuffisante aux personnes privées de liberté. Se fondant sur les dispositions détaillées de l'art. 5 CEDH, la Commission a insisté sur la nécessité d'énumérer de manière limitative les motifs autorisant l'arrestation et la détention d'une personne et, en cas de détention, de lui reconnaître certains droits fondamentaux, en particulier celui du contrôle judiciaire de la mesure privative de liberté.

Un autre domaine dans lequel la Commission a dû intervenir à plusieurs reprises est celui des garanties judiciaires et du procès équitable. Suite aux interventions et aux recommandations de la Commission, plusieurs dispositions trop sommaires ou lacunaires ont été amendées en prenant inspiration de l'art. 6 CEDH.

Sans vouloir multiplier les exemples, relevons encore que c'est en s'inspirant de la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier des paragraphes 2 des art. 8 à 11, que les auteurs de plusieurs projets de constitution ont, suite aux indications de la Commission, énuméré les conditions qui permettent de restreindre l'exercice des droits fondamentaux : existence d'une base légale, d'un intérêt public et respect du principe de proportionnalité.

28. Si la Convention européenne des droits de l'homme constitue l'étalon auquel la Commission confronte les catalogues de droits fondamentaux des nouvelles constitutions, la Charte sociale européenne est le texte de référence s'agissant des droits sociaux. On sait que ces derniers ont toujours été privilégiés par les textes constitutionnels des régimes aujourd'hui disparus, mais que le problème majeur qu'ils soulèvent est celui de la difficulté de leur mise en œuvre.<sup>31</sup> La réalisation des droits sociaux suppose en effet des prestations de l'Etat, lesquelles impliquent le plus souvent des moyens financiers. A cela s'ajoute que, dans leur grande majorité, les droits sociaux ne sont pas justiciables. Pour cette raison, ils sont souvent considérés, en Occident, comme des droits de seconde catégorie.

Il est toutefois évident que, pour réaliser une société idéale, il convient de promouvoir les deux groupes de droits, car ils revêtent en définitive la même importance. Qu'ils soient individuels ou sociaux, les droits fondamentaux sont en effet indivisibles et la réalisation des uns suppose le respect des autres.

29. Dans l'une des contributions qu'elle a présentées au séminaire d'experts de la CSCE sur les institutions démocratiques, qui s'est tenu à Oslo en novembre 1991,<sup>32</sup> la Commission a avancé des propositions concrètes en vue de réaliser une meilleure mise en œuvre des droits sociaux, aussi bien d'ailleurs en Occident que dans les nouvelles démocraties.

Il conviendrait de sélectionner, parmi les droits sociaux, ceux qui sont plus facilement justiciables. Une distinction pourrait être établie à cet égard entre les droits sociaux proprement dits d'une part et les buts sociaux de l'autre. Les droits sociaux seraient de véritables droits fondamentaux, dont on peut obtenir l'application par une décision judiciaire, le juge pouvant en déterminer lui-même le contenu. Il est certes difficile de dresser la liste de ces droits. Ceux sur lesquels un accord pourrait éventuellement être trouvé paraissent être les suivants : le droit de toute personne qui tombe dans le besoin aux moyens nécessaires à une vie digne et aux soins médicaux essentiels (droit au minimum vital); le droit de chaque enfant à une formation scolaire gratuite; le droit des personnes sans abri à un gîte digne et le droit des victimes de délits graves à une aide qui leur permette de surmonter leurs difficultés.

Les droits sociaux qui ne peuvent pas être formulés avec une précision suffisante devraient en revanche être considérés comme de simples buts sociaux à atteindre, qui ne peuvent pas être appliqués directement par les tribunaux,

<sup>31</sup> Voir, à ce sujet, F. MATSCHER (éd.), «La mise en œuvre des droits économiques et sociaux», N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington 1991.

<sup>32</sup> Voir Conseil de l'Europe, document CDL (91) 31, p. 45 ss.

mais qui s'adressent en premier lieu aux autorités législatives. Au juge, ces dispositions servent de guide pour l'interprétation de la législation. A titre d'exemple, on peut mentionner le droit au travail ou le droit au logement.

Les distinctions entre droits sociaux, conférant de véritables droits subjectifs aux particuliers, et simples buts sociaux n'est certes pas aisée et l'on peut à coup sûr hésiter sur la question de savoir si un droit doit être inclus dans l'une ou l'autre des deux catégories.

Il est difficile de traduire le droit social en droits sociaux, c'est-à-dire en droits fondamentaux invocables devant l'administration et les tribunaux. Cette difficulté tient à deux raisons principales.

D'abord le droit social réclame, plus systématiquement que les droits fondamentaux classiques, une action positive des pouvoirs publics, qui suppose presque inévitablement la médiation du législateur. Ensuite, le droit social coûte cher à l'Etat, beaucoup plus que les droits fondamentaux classiques, et le financement des dépenses qu'il implique doit aussi reposer sur une base légale.

Pour cette raison, les constitutions contemporaines préfèrent en général recourir à la technique des tâches sociales, c'est-à-dire des mandats donnés au législateur.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il y ait incompatibilité absolue entre la matière sociale et celle des droits fondamentaux. Certains éléments du droit social, son noyau dur, sont peut-être susceptibles d'être inscrits dans les constitutions à la manière des droits fondamentaux. Outre à être inscrits dans les Constitutions des Etats, les droits qui forment ce noyau dur pourraient le cas échéant faire l'objet d'un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et bénéficier ainsi du mécanisme de contrôle institué par cette Convention.<sup>33</sup>

### C. La protection des minorités nationales

30. S'ils assurent une protection efficace des particuliers, en tout cas lorsque leur violation peut être invoquée devant des tribunaux indépendants et impartiaux, les droits et libertés classiques, y compris le principe de non-discrimination, peuvent se révéler insuffisants lorsqu'il s'agit de protéger des groupes, en particulier des groupes minoritaires. Or les événements tragiques auxquels l'actualité nous confronte quotidiennement illustrent bien jusqu'à quel point le problème de la protection des minorités est un problème crucial en Europe de l'Est.

Au moins dans les textes, certains Etats l'ont réglé en détail et de manière satisfaisante. Ainsi l'art. 68 de la Constitution hongroise qualifie-t-il les minorités d'éléments constitutifs de l'Etat et les appelle à participer au pouvoir exercé par le peuple. Cet Etat s'est d'ailleurs doté d'une loi sur les minorités nationales, souvent citée en exemple, et à propos de laquelle la Commission a exprimé un avis favorable.<sup>34</sup> Il en allait ainsi également de la loi constitutionnelle de la fédération tchèque et slovaque du 9 janvier 1991. L'interdiction de toute discrimination et le droit des minorités de développer leur culture et de se servir de leur langue étaient proclamés non seulement en faveur des deux nations majoritaires, mais également et surtout en faveur des minorités numériquement moins importantes.

Tout en reconnaissant aux membres des minorités nationales le droit de conserver et de développer leur identité et de parler leur langue, d'autres constitutions insistent en revanche davantage sur l'unité nationale du peuple. Le principe de non-discrimination devrait suffire à assurer une protection adéquate des minorités. Tel est le cas en particulier de la Constitution roumaine (art. 4 et 6)<sup>35</sup> et de la Constitution bulgare. Cette dernière se limite à consacrer

l'interdiction de toute discrimination fondée sur la race, la nationalité ou l'appartenance ethnique et interdit la création de partis politiques basés sur des principes ethniques, raciaux ou religieux (art. 6 par. 2, 11 par. 4, 13 par. 4 et 44 par. 2 de la Constitution bulgare).<sup>36</sup>

31. Une protection constitutionnelle insuffisante des minorités nationales constitue à la fois une grave lacune et un symptôme préoccupant. Cette situation a dès lors conduit la Commission à se pencher sur ce problème. Elle l'a fait en suivant deux orientations différentes.

32. Dans un premier axe de recherches, elle a étudié, dans une perspective comparative, comment le fédéralisme et le régionalisme peuvent contribuer à résoudre le problème des minorités. Certains de ses membres ont rédigé des rapports sur les solutions que les structures fédérales offrent à la protection des minorités en Suisse, en Autriche, en Belgique et au Canada.<sup>37</sup> Ces formules éprouvées pourraient constituer, sinon un «modèle européen» à reprendre tel quel, du moins une source d'inspiration pouvant permettre aux nouvelles démocraties de trouver des ébauches de solution à leurs problèmes.

Dans le même ordre d'idées, la Commission a commencé à réunir toute la documentation juridique disponible en Europe sur la protection des minorités (législation et pratique nationales, traités internationaux, etc.). Cette collection de données européennes en matière de protection des minorités devrait faciliter l'accès des Etats intéressés à la documentation pertinente.

Toujours dans une perspective comparative, la Commission a enfin chargé l'un de ses membres de rédiger un questionnaire fouillé et détaillé sur les dispositions constitutionnelles et législatives relatives à la protection des minorités dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Sur la base de ce questionnaire, un rapport a ensuite été rédigé, qui permet de donner une image de la réglementation commune européenne en la matière.<sup>38</sup>

33. Les carences et les lacunes des législations nationales peuvent être comblées par des conventions internationales. Par sa nature même, le problème des minorités nationales appelle d'ailleurs souvent des solutions internationales, en tout cas lorsque, comme c'est souvent le cas en Europe centrale, les groupes minoritaires d'un pays appartiennent au groupe ethniquement majoritaire dans un pays voisin.

C'est pour répondre au besoin impérieux d'une réglementation internationale du problème des minorités que la Commission, à la demande de quelques Etats, s'est lancée

<sup>33</sup> Voir à ce sujet le projet de protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, du 5 juillet 1995, Doc. H (95) 8.

<sup>34</sup> Conseil de l'Europe, document CDL-MIN (93) 4 révisé.

<sup>35</sup> Voir V. GIONEA (note 11), p. 483-484 et A. VASILIU (note 21), p. 390.

<sup>36</sup> Dans ce pays, c'est de justesse, à une voix près, que la Cour constitutionnelle n'a pas déclaré inconstitutionnel le Mouvement pour les droits et libertés, qui est en réalité un parti politique de la minorité turque. Voir Report on Eastern Europe du 16 août 1991, p. 1, du 10 janvier 1992, p. 12 et du 3 juillet 1992, p. 4. Voir également S. BARTOLE (note 20), p. 56-57 et S. BOTOUCHA-ROVA/A. DJEROV (note 12), p. 461. Voir, d'une manière générale, F. BENOIT-ROHMER, *La représentation des minorités dans les Parlements d'Europe centrale et orientale*, Revue française de droit constitutionnel, 1993, p. 499.

<sup>37</sup> Conseil de l'Europe, documents CDL-MIN (92) 7 et (93) 1 et 3.

<sup>38</sup> Voir Conseil de l'Europe, «La protection des minorités», Collection Science et technique de la démocratie, n° 9, 1994.

dans l'élaboration d'un projet de convention. Dans un premier temps, elle a dressé une liste de principes devant régir le statut des minorités nationales. Cette liste a été présentée par son Président à la Conférence de Copenhague sur la dimension humaine de la CSCE en juin 1990. La Commission a ensuite transformé la liste de principes, qu'elle a assortie d'un mécanisme de contrôle, en un projet de Convention, qu'elle a adopté le 8 février 1991 et qu'elle a ensuite soumis au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.<sup>39</sup>

34. On sait que ce projet a été suivi par d'autres. Se plaçant dans une optique légèrement différente, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en particulier, a adopté le 1<sup>er</sup> février 1993 un projet de protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.<sup>40</sup> S'il diffère du projet de la Commission par le mécanisme de contrôle qu'il institue, ce texte ne s'en écarte en revanche que fort peu dans sa partie proprement normative.

C'est essentiellement sur la base de ces deux documents qu'a été finalement adoptée la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, ouverte à la signature des Etats le 1<sup>er</sup> février 1995.<sup>41</sup> Au 31 décembre 1995, quatre Etats avaient ratifié cette Convention-cadre : la Hongrie, la Roumanie, la Slovaquie et l'Espagne.

35. Il est incontestable que, au vu de la convergence des différents textes élaborés ces dernières années par différents organes du Conseil de l'Europe, mais également dans le cadre plus large de la CSCE, sur certains principes fondamentaux, l'on assiste aujourd'hui à l'émergence d'un droit européen de la protection des minorités. Le catalogue des droits et libertés que l'on s'accorde à leur reconnaître vient ainsi compléter celui des droits de l'homme qui figure déjà dans la Convention de Rome du 4 novembre 1950 et dans ses protocoles additionnels.

36. En attendant que la Convention-cadre entre en vigueur, les principes qu'elle incorpore, et qui reprennent souvent ceux contenus dans des projets antérieurs, peuvent servir de source d'inspiration pour les Etats. C'est ce qu'on déjà fait certains d'entre eux.

Ainsi, à l'instar de l'art. 2 al. 3 du projet de la Commission, l'art. 24 de la Charte sur les droits et libertés de la République tchèque et slovaque prévoyait-il que l'appartenance à une minorité nationale est une question relevant d'un choix personnel et qu'aucun désavantage ne saurait résulter d'un tel choix. De même, comme les art. 5 à 9 du projet de la Commission, cette même Charte reconnaissait aux personnes appartenant aux minorités le droit d'entre-

tenir entre elles des contacts, de conserver leur culture, de recevoir et de donner des informations dans leur langue, de créer des associations, de recevoir une éducation dans leur langue et de se servir de leur langue dans leurs contacts avec les autorités.<sup>42</sup>

Toujours sur le problème des minorités, la Commission de Venise a organisé à Lausanne, en avril 1996, en collaboration avec l'Institut suisse de droit comparé, un séminaire UniDem sur le thème «Autonomies locales, intégrité territoriale et protection des minorités». Les actes de ce séminaire seront publiés dans la collection «Science et technique de la démocratie».

## Conclusion

37. Le continent européen commence à prendre forme en tant qu'espace indivisible de la même civilisation politique. Assurément, ce n'est encore qu'une tendance. Mais c'est une tendance portée en avant par la logique de l'histoire. Il suffit de considérer les changements intervenus dans la composition du Conseil de l'Europe. Les valeurs dont cette organisation est le dépositaire – pluralisme politique et primauté du droit – prennent racine dans des pays où elles n'avaient auparavant aucune emprise. La démocratie et les droits de l'homme ne sont désormais plus l'apanage exclusif de l'Occident. Le processus constitutionnel en cours dans les Etats de l'Europe centrale et orientale est un procédé de transition entre une époque obscure révolue et une ère nouvelle, plus éclairée.

Parmi beaucoup d'autres, l'ouverture des nouvelles démocraties au droit international et la généralisation des cours constitutionnelles, mais aussi la reconnaissance et le respect des droits fondamentaux de la personne humaine, sont incontestablement des facteurs essentiels, qui contribuent à la formation d'un droit constitutionnel européen. Dans ce processus en pleine évolution, le Conseil de l'Europe et sa Commission européenne pour la démocratie par le droit sont appelés à jouer un rôle de premier plan.

<sup>39</sup> Doc. CM (91) 29. Le texte de ce projet a été publié dans RUDH 1991, p. 189 avec, à la page 157, une présentation générale par l'auteur de ces lignes; voir également HRLJ 1991, p. 265 et p. 269.

<sup>40</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1201 (1993).

<sup>41</sup> Cf. le texte de la Convention et le Rapport explicatif, RUDH 1995, p. 171 et l'introduction de H.KLEBES in RUDH 1995, p.165.

<sup>42</sup> Voir P. KRESAK, (note 16) p. 445.