

SEMINAIRE D'EXPERTS DE LA CSCE SUR LES INSTITUTIONS DEMOCRATIQUES
(Oslo, 4-15 novembre 1991)

CONTRIBUTION DE LA COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

Rapport Général

INTRODUCTION

A l'invitation du Gouvernement italien, une conférence pour la constitution de la Commission pour la démocratie par le droit s'est tenue les 19 et 20 janvier 1990 à Venise. Tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont participé à la Conférence; en outre, la Bulgarie, la Tchécoslovaquie, la République Démocratique Allemande, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie, la Yougoslavie et l'URSS y étaient invitées en tant qu'observateurs.

A l'issue de la conférence, les participants ont adopté une résolution portant constitution de la Commission pour la démocratie par le droit sous les auspices du Conseil de l'Europe. En mai 1990, cette Commission (également appelée Commission de Venise) a été établie en tant qu'Accord partiel du Conseil de l'Europe.

Deux raisons essentielles ont inspiré la création d'une Commission européenne pour la démocratie par le droit. La première était le besoin pressant d'une structure institutionnelle capable d'apporter une assistance immédiate aux pays récemment libérés du joug de la dictature. L'un des rôles cruciaux de la Commission de Venise était d'aider ces nations soeurs à mettre en place les infrastructures politiques et juridiques nécessaires en vue de la réalisation de la démocratie pluraliste, des droits de l'homme et de l'Etat de droit.

La seconde était le besoin perçu de renforcer les structures démocratiques actuelles qui ont à faire face à de nouveaux défis dans cette période de notre histoire. Nous vivons une période caractérisée par une transformation géopolitique rapide. Les accords internationaux se multiplient, créant de nouvelles configurations dans l'ordre mondial. Ces accords peuvent avoir pour effet de porter atteinte à la relation harmonieuse entre le droit et la politique, caractéristique d'un Etat démocratique libéral.

Un autre rôle crucial de la Commission est de redéployer le droit au service de la politique et de permettre la réalisation des droits fondamentaux et humains risquant de disparaître lorsque des frontières changent, ou lorsqu'une division constitutionnelle des pouvoirs est modifiée ou lorsque des accords juridiques internationaux sont élaborés sans considération de leurs ramifications politiques et sociales.

La démocratie parlementaire pluraliste est devenue, au fil des années, un trait éminent de l'identité politique de l'Europe et de l'Amérique du Nord; elle fait partie intégrante de notre patrimoine commun et peut-être considérée dans la même perspective que les plus grandes créations culturelles. Ce patrimoine ne saurait être préservé sous une forme statique; il est le produit d'une évolution continue qui ne pourra jamais être considérée comme réellement terminée ou parfaitement accomplie. Tout en respectant la vitalité de cette évolution, la Commission européenne pour la démocratie par le droit cherche à protéger les principes qui constituent l'essence des libertés démocratiques, principes dont nous avons la garde et qui sont le patrimoine des générations à venir.

CADRE INSTITUTIONNEL

La Commission est établie en tant qu'Accord Partiel du Conseil de l'Europe.

Un Accord Partiel consiste en un arrangement pratique destiné à permettre que seuls les Etats membres de l'Organisation qui sont intéressés par une activité particulière choisissent de participer à celle-ci et partagent entre eux la charge budgétaire y relative.

En dehors de cette considération, un Accord partiel est une activité du Conseil de l'Europe, menée dans le cadre de l'Organisation, avec l'assistance du Secrétariat Général.

Pour ce qui concerne la Commission pour la démocratie par le droit, il convient d'insister sur le fait que son rôle doit être regardé dans le cadre plus large des activités du Conseil de l'Europe, dont elle constitue un instrument de travail spécialisé dans les domaines :

- a. *des principes et à la technique constitutionnels, législatifs et administratifs qui sont au service de l'efficacité des institutions démocratiques et de leur renforcements, ainsi qu'au principe de la primauté du droit;*
- b. *des droits et libertés publics, notamment ceux qui concernent la participation des citoyens à la vie des institutions;*
- c. *de la contribution des collectivités locales et régionales au développement de la démocratie.*

COMPETENCE

La Commission a été dotée d'une structure opérationnelle permanente qui lui permet de rester en contact avec des experts et des organismes de recherche; ses tâches essentielles sont les suivantes :

Elaboration d'avis juridiques -

La Commission entreprendra des recherches juridiques sur les questions que lui adresseront l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le Comité des Ministres et les Etats membres et émettra des avis juridiques sur les problèmes liés au fonctionnement de l'Etat démocratique. En suivant la procédure appropriée, tout autre Etat, organisation internationale ou organisme pourra bénéficier de cette activité de la Commission.

Réservoir d'idées pour la résolution juridique de nouveaux problèmes juridiques -

La Commission est devenue un forum de discussion et un atelier pour examiner les garanties fournies par le droit et pour mener des recherches sur les règles qui gouvernent le phénomène politique dans une démocratie. Elle devient ainsi un centre de référence où ses réflexions et propositions permettront de mieux connaître les cultures politiques et juridiques des divers pays et, le cas échéant, fournir une évaluation de problèmes d'intérêt commun en vue de leur solution.

Projets de recherche indépendants -

Dans le cadre de son programme d'activités, la Commission effectue des études et des recherches et, en cas de besoin, pourra élaborer des dispositions normatives et des accords internationaux. Les thèmes des projets de recherche indépendants seront définis dans des domaines qui présentent un intérêt immédiat et pratique pour les pays qui se trouvent dans un processus d'établissement et de renforcement de la démocratie pluraliste. Ont été suggérés comme thèmes de recherche théorique se prêtant à une application pratique immédiate dans l'établissement de la démocratie par le droit les thèmes suivants: l'aide à la création et à la réforme des structures constitutionnelles dans les Etats nouvellement libérés; la structure et la fonction de l'administration locale dans un Etat démocratique; la protection des droits culturels et des droits des minorités dans le contexte du régionalisme économique et politique en évolution; la protection et le renforcement de structures démocratiques efficaces dans une période de transformation géopolitique rapide.

ACTIVITES ACTUELLES ET FUTURES

La Commission a tenu cinq réunions plénières en 1990 et en tiendra quatre en 1991. Un groupe de travail a été créé dans chacun des domaines suivants: réformes constitutionnelles, justice constitutionnelle, Etat fédéral et Etat régional, pouvoirs locaux, minorités.

"Task Force" sur les réformes constitutionnelles

L'une des principales entreprises de la Commission à ce jour a été l'aide extrêmement urgente accordée au processus de réforme constitutionnelle en cours en Pologne, Roumanie et Bulgarie. La Commission a joué, à travers sa "Task Force", un rôle actif en s'attaquant à des questions essentielles dans le processus d'élaboration de la Constitution; questions telles que la formulation de la loi qui assure la séparation des pouvoirs, la démocratie parlementaire, l'Etat de droit, l'indépendance du pouvoir judiciaire, les droits civiques et l'inviolabilité constitutionnelle de la hiérarchie des lois.

Pologne: la "Task Force" sur les réformes constitutionnelles a entamé sa coopération avec ce pays dans un premier temps en répondant à un questionnaire qui lui avait été soumis par un juge de la Cour constitutionnelle polonaise. Par la suite, la "Task Force" a accepté d'examiner le premier chapitre du projet de nouvelle constitution, portant sur les droits, les libertés et les devoirs de l'homme et du citoyen.

Ultérieurement, la Commission a été appelée à commenter l'ensemble d'un avant-projet de Constitution au cours de deux de ses sessions plénières. La Commission a ensuite chargé ses rapporteurs de se rendre en Pologne en juin 1991 et de rencontrer des représentants de la commission constitutionnelle de la Diète avant que le projet de Constitution ne soit arrêté dans sa forme définitive par cette commission.

La Commission vient maintenant d'entreprendre une étude du projet de Constitution élaboré par le Sénat, à la demande de ce dernier.

Roumanie: à l'occasion d'un échange de vues avec la "Task Force", le président de la Commission pour la rédaction du projet de Constitution du Parlement roumain a soumis un avant-projet de Constitution dont le groupe a entamé l'examen. Certains membres de la Commission ont fait partie d'une délégation du Conseil de l'Europe qui s'est rendue en Roumanie en octobre 1990 et en juin 1991, et qui a eu des contacts avec la commission et avec d'autres autorités roumaines. Les rapporteurs sur la Roumanie ont présenté une première évaluation du projet de Constitution, et ont été chargés de poursuivre leur appui aux réformes roumaines.

Bulgarie: le Président de la commission législative du Parlement bulgare a fait part du souhait du Parlement bulgare de bénéficier de l'assistance de la Commission lors des travaux d'élaboration du projet de nouvelle Constitution, travaux qui ont commencé au début de 1991. Lors de sa sixième réunion, la Commission a entendu un exposé présenté sur les traits saillants de la réforme constitutionnelle par le Vice-Président de la Grande Assemblée Nationale bulgare et Président de la commission constitutionnelle, et tenu un échange de vues à ce sujet.

Albanie : une délégation de la Commission s'est rendue à Tirana du 18 au 21 octobre 1991 pour un premier échange de vues avec la Commission constitutionnelle de l'Albanie sur les principes généraux de la future Constitution. La Commission sera bientôt appelée à examiner l'avant-projet de Constitution, dès qu'il aura été rédigé.

Estonie : une délégation de la Commission a été invitée à se rendre à Tallin les 28 et 29 octobre 1991.

Lettonie : une délégation de la Commission a été invitée à se rendre à Riga les 30 et 31 octobre 1991.

En dehors de ces projets en cours, la Commission reste à la disposition de tous les Etats qui voudraient lui demander une aide dans leur

réforme constitutionnelle.

Justice constitutionnelle

Le groupe de travail sur la justice constitutionnelle a eu pour tâche d'étudier les formes de contrôle constitutionnel ouvertes aux nouvelles démocraties et de déterminer avec des représentants des pays intéressés, le mécanisme le plus approprié pour ces derniers.

Le 8 octobre 1990, la Commission a eu une rencontre à Piazzola sul Brenta (Italie) avec les Présidents des Cours constitutionnelles ou des organes juridictionnels équivalents des Etats membres du Conseil de l'Europe et des Etats d'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. A la lumière des résultats de cette rencontre et à la demande des Etats d'Europe centrale et orientale concernés, la Commission a décidé de concentrer ses efforts en priorité, sur la procédure devant la juridiction constitutionnelle.

Un rapport sur cette question, intitulé "Modèles de juridiction constitutionnelle", a été présenté à la réunion plénière de mai 1991, où il a été adopté et où la décision a été prise de le publier.

La principale conclusion de ce rapport est que la création d'une Cour constitutionnelle spéciale permanente devrait être recommandée, en particulier aux démocraties nouvellement apparues, qui ne disposent pas toujours, dans leurs tribunaux ordinaires de juges en exercice formés aux matières constitutionnelles. Cette Cour aurait notamment compétence dans les domaines suivants : examen de la constitutionnalité des lois, résolution des conflits entre les organes de l'Etat; résolution des conflits entre l'Etat central et l'Etat régional ou d'autres subdivisions, protection des droits constitutionnels des particuliers.

Un autre sujet qui a été examiné à la réunion de Piazzola sul Brenta a été la possibilité d'établir un centre de documentation. La jurisprudence des cours constitutionnelles, ou des organes analogues au sommet de l'ordre juridictionnel, est souvent très étendue et concerne des questions qui se posent simultanément dans divers pays. Ces décisions reflètent souvent les demandes sous-jacentes de la société, demandes qui franchissent souvent les frontières nationales et concernent les principes communs et les règles clés de la coexistence entre les citoyens et le système démocratique lui-même. Il a été suggéré que le centre englobe également, parmi les tâches institutionnelles, la publication d'un recueil ou annuaire, en plusieurs langues, dans lequel les décisions marquantes des cours constitutionnelles ou des organes analogues seraient réunies et diffusées sur une grande échelle.

Protection des minorités

A la demande de l'Italie et de la Hongrie, la Commission a étudié le problème de la protection des minorités. Dans ce contexte, elle a adopté une liste de principes concernant les minorités nationales, qui 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 poursuivi son travail en vue de transformer la liste de principes en une proposition de convention, qui est à présent soumise au Comité des Ministres pour examen.

La Commission a en outre chargée un de ses membres d'élaborer un rapport sur les relations entre la notion d'Etat fédéral et la protection des minorités.

Pouvoirs locaux

Le groupe de travail sur les pouvoirs locaux, après avoir étudié la Charte européenne de l'autonomie locale, a conclu que la Charte fournissait un cadre juridique adéquat; aucun autre texte contraignant apparaît donc nécessaire pour répondre aux besoins particuliers des Etats d'Europe centrale et orientale. Toutefois, l'élaboration de modèles d'instruments d'application de la Charte pourrait s'avérer souhaitable et le groupe se penche actuellement sur cette question à la demande de la Pologne.

L'Etat fédéral et l'Etat régional

Un certain nombre de problèmes liés au régionalisme et au fédéralisme frappent au coeur le constitutionnalisme actuel.

Des recherches sont en cours sur la résolution de problèmes qui peuvent se poser lorsqu'une union d'Etats existants doit s'adapter à des forces centrifuges qui l'entraînent en direction du système plus lâche de simple confédération.

Durant cette période de notre histoire, les problèmes du régionalisme et du fédéralisme sont mis en relief par une conception radicalement nouvelle de l'ordre international, de la sécurité internationale et de la coopération internationale. Des solutions pacifiques aux problèmes du régionalisme et du fédéralisme peuvent être trouvées par la voie de processus légaux. La Commission pour la démocratie par le droit, qui réunit la riche expérience constitutionnelle de deux continents, est fondamentalement apte à effectuer les recherches et à formuler les recommandations requises à cet effet.

Le droit est un instrument approprié pour traduire des idéaux ambitieux en règles concrètes de comportement : il a pour objectif de préserver la paix, tout autant que d'assurer la liberté, les deux valeurs jumelles de notre civilisation. La Commission de Venise, atelier d'ingénierie constitutionnelle et organe expert de juristes, sait qu'elle peut servir ces idéaux. C'est là la force motrice qui inspire ses efforts. Elle est fière de participer aux activités du Conseil de l'Europe et sera heureuse de coopérer plus étroitement avec la CSCE dans son processus d'évolution en tant que force pour des relations internationales harmonieuses.

La Commission a adopté les rapports suivants, rédigés par certains de ses membres et relatifs à des thèmes figurant à l'ordre du jour des groupes de travail :

- "Les réformes constitutionnelles" par M. Scholsem
- "L'Etat de droit et l'indépendance des tribunaux" par M. Economides
- "L'organisation des élections" par M. Özbudun
- "L'organisation des partis politiques - Partis politiques et institutions démocratiques" par M. Laporta
- "La structure des organisations non-gouvernementales indépendantes (syndicats, associations patronales)" par Mme Suchocka
- "La mise en oeuvre des droit sociaux" par M. Malinverni

ANNEXES

- Statut
- Liste des membres
- "Les réformes constitutionnelles" par M. Scholsem
- "L'Etat de droit et l'indépendance des tribunaux" par M. Economides
- "L'organisation des élections" par M. Özbudun
- "L'organisation des partis politiques - Partis politiques et institutions démocratiques" par M. Laporta
- "La structure des organisations non-gouvernementales indépendantes (syndicats, associations patronales)" par Mme Suchocka
- "La mise en oeuvre des droit sociaux" par M. Malinverni

APPENDIX I

RESOLUTION (90) 6

RELATIVE A UN ACCORD PARTIEL PORTANT CREATION DE LA COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

(adoptée par le Comité des Ministres le 10 mai 1990
lors de sa 86e Session)

Les représentants au Comité des Ministres de l'Autriche, de la Belgique, de Chypre, du Danemark, de la Finlande, de la France, de la Grèce, de l'Irlande, de l'Italie, du Luxembourg, de Malte, de la Norvège, du Portugal, de Saint Marin, de l'Espagne, de la Suède, de la Suisse et de la Turquie,

Vu la Résolution adoptée par la Conférence pour la constitution de la Commission pour la démocratie par le droit (Venise, 19-20 janvier 1990), qui a créé la Commission européenne pour la démocratie par le droit pour une période transitoire de deux ans ;

Considérant que les participants à la Conférence ont invité les organes compétents du Conseil de l'Europe à étudier, en consultation avec la Commission, des propositions visant à préciser et développer des liens institutionnels entre celle-ci et le Conseil de l'Europe ;

Se félicitant qu'un grand nombre d'Etats membres aient déjà manifesté l'intention de participer aux travaux de la Commission ;

Considérant que la Commission constituera un instrument fondamental pour le développement de la démocratie en Europe ;

Vu la décision du 23 avril 1990 par laquelle le Comité des Ministres a autorisé à l'unanimité les Etats membres qui le souhaitent à poursuivre ces objectifs dans le cadre du Conseil de l'Europe grâce à un Accord Partiel ;

Décident d'instituer la Commission européenne pour la démocratie par le droit, qui sera régie par le Statut joint à la présente Résolution ;

Convient de réexaminer avant le 31 décembre 1992 les liens institutionnels entre la Commission et le Conseil de l'Europe à la lumière de l'expérience acquise, notamment en vue de les resserrer davantage, le cas échéant par l'incorporation des activités de la Commission dans le programme d'activités intergouvernemental du Conseil de l'Europe.

Annexe à la Résolution (90) 6

Statut de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

Article 1er

1. *La Commission européenne pour la démocratie par le droit est un organe consultatif qui coopère avec les Etats membres du Conseil de l'Europe ainsi que les Etats non membres, en particulier ceux de l'Europe centrale et orientale. Son champ d'action spécifique est celui des garanties offertes par le droit au service de la démocratie. Elle poursuit les objectifs suivants :*

- *la connaissance de leurs systèmes juridiques, notamment en vue du rapprochement de ces systèmes ;*
 - *la compréhension de leur culture juridique ;*
 - *l'examen des problèmes posés par le fonctionnement, le renforcement et le développement des institutions démocratiques.*
2. *La Commission donne priorité aux travaux relatifs :*
- a. *aux principes et à la technique constitutionnels, législatifs et administratifs qui sont au service de l'efficacité des institutions démocratiques et de leur renforcement, ainsi qu'au principe de la primauté du droit ;*
 - b. *aux droits et libertés publics, notamment ceux qui concernent la participation des citoyens à la vie des institutions ;*
 - c. *à la contribution des collectivités locales et régionales au développement de la démocratie.*

Article 2

1. *Sans préjudice de la compétence des organes du Conseil de l'Europe, la Commission peut effectuer de sa propre initiative des recherches et élaborer, le cas échéant, des schémas de lois, de recommandations et d'accords internationaux. Toute proposition de la Commission peut être discutée et adoptée par les organes statutaires du Conseil de l'Europe.*
2. *La Commission formule des avis sur demande de l'Assemblée parlementaire, du Secrétaire Général ainsi que de tout Etat membre du Conseil de l'Europe, faite par l'entremise du Comité des Ministres dans sa composition restreinte aux Etats membres de l'Accord Partiel (ci-après : Comité des Ministres).*
3. *Tout Etat non membre ainsi que toute organisation inter-gouvernementale peuvent bénéficier de l'activité de la Commission en faisant la demande au Comité des Ministres en vue d'obtenir l'accord de ce dernier.*
4. *Dans l'exécution de ses tâches, la Commission coopère avec l'Institut International de la Démocratie créé sous l'égide de la Conférence de Strasbourg sur la démocratie parlementaire.*
5. *La Commission peut en outre établir des liens avec des instituts et des centres de documentation, d'étude et de recherche.*

Article 3

1. *Font partie de la Commission des 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.*
2. *Les experts, membres de la Commission, sont désignés à raison d'un par pays, par les Etats membres du Conseil de l'Europe, membres de l'Accord Partiel. Ils restent en fonction pour une durée de 4 ans; leur mandat peut être renouvelé. Le Président de l'Assemblée parlementaire et le Président de la Giunta de la Région de la Vénétie ou leur représentant peuvent assister aux travaux de la Commission.*
3. *Le Comité des Ministres peut décider à l'unanimité d'admettre tout Etat européen non membre du Conseil de l'Europe à participer*

aux travaux de la Commission. Après concertation avec la Commission, l'Etat concerné peut désigner soit un membre associé, soit un observateur qui siègera dans la Commission.

4. Tout autre Etat peut être invité selon les mêmes modalités à désigner un observateur.

5. Chaque Etat qui a désigné un membre ou un membre associé peut désigner un suppléant. Les modalités de participation des suppléants aux travaux de la Commission sont définies dans le règlement intérieur de la Commission.

Article 4

1. La Commission élit, parmi ses membres, un Bureau constitué par le Président, trois Vice-Présidents et quatre autres membres. La durée du mandat du Président, des Vice-Présidents et des autres membres du Bureau est de 2 ans ; toutefois, le mandat d'un Vice-Président et de deux des autres membres du Bureau désignés lors de la première élection, choisis par tirage au sort, prendra fin après un an. Le Président, les Vice-Présidents et les autres membres du Bureau sont rééligibles.

2. Le Président dirige les travaux de la Commission et assure sa représentation extérieure. Les Vice-Présidents remplacent le Président en cas d'empêchement de ce dernier.

3. La Commission se réunit en réunion plénière, aussi souvent que nécessaire, sur convocation du Président qui fixe le lieu de la réunion. La Commission peut également créer des comités restreints pour traiter de questions spécifiques.

4. La Commission définit ses procédures et ses méthodes de travail dans son règlement intérieur et décide de la publicité à donner à ses activités. Les langues de travail de la Commission sont l'anglais et le français.

Article 5

1. La Commission peut se faire assister, lorsqu'elle l'estime nécessaire, par des consultants particulièrement compétents dans le domaine du droit ou de la pratique institutionnelle du ou des pays concernés.

2. La Commission peut en outre procéder à des auditions ou inviter à participer à ses travaux, de manière ponctuelle, toute personne qualifiée ou toute organisation non gouvernementale oeuvrant dans les domaines de la compétence de la Commission et susceptible d'aider la Commission dans la poursuite de ses objectifs.

Article 6

1. Les frais correspondant à la mise en oeuvre du programme d'activités et les frais communs de secrétariat font l'objet d'un budget d'Accord partiel qui sera financé par les Etats membres de l'Accord Partiel et soumis aux mêmes dispositions réglementaires que celles prévues pour les autres budgets de l'Organisation.

2. En outre, la Commission peut accepter des contributions volontaires qui sont versées sur un compte spécial ouvert aux sens de l'article 4.2 du Règlement financier du Conseil de l'Europe. D'autres contributions volontaires peuvent être destinées à des recherches spécifiques.

3. La Région de la Vénétie met gracieusement un siège à la disposition de la Commission. Les frais relatifs au secrétariat local et au fonctionnement du siège de la Commission sont assumés par la Région de la Vénétie et par le gouvernement italien, selon des modalités à déterminer entre lesdites autorités.

4. Les frais de voyage et de séjour de chacun des membres de la Commission sont à la charge du pays qui l'a désigné.

Article 7

Une fois par an, la Commission transmet au Comité des Ministres un rapport d'activité contenant aussi les grandes lignes de ses activités futures.

Article 8

1. La Commission est assistée par le Secrétariat Général du Conseil de l'Europe, qui assure en outre la liaison avec le personnel détaché par les autorités italiennes auprès du siège de la Commission.

2. Le personnel détaché par les autorités italiennes auprès du siège ne fait pas partie du personnel du Conseil de l'Europe.

3. Le siège de la Commission est établi à Venise.

Article 9

1. Le Comité des Ministres peut adopter tout amendement au présent Statut à la majorité prévue à l'article 20.d du Statut du Conseil de l'Europe, après avoir recueilli l'avis de la Commission.

2. La Commission peut proposer tout amendement au présent Statut au Comité des Ministres, qui décidera à la majorité mentionnée ci-dessus.

APPENDIX II

LISTE DES MEMBRES DE LA COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

- AUTRICHE** : M. Franz MATSCHER, Professeur à l'Université de Salzburg, Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme
- BELGIQUE** : M. Jean-Claude SCHOLSEM, Professeur à l'Université de Liège
- CHYPRE** : M. Michael TRIANTAFYLIDES, Attorney General de la République
- DANEMARK** : M. Christian TRØNNING, Sous-Secrétaire d'Etat au Ministère de la Justice
- FINLANDE** : M. Antti SUVIRANTA, Président de la Cour Supérieure administrative
- FRANCE** : M. Jacques ROBERT, Membre du Conseil constitutionnel
- ALLEMAGNE** : M. Helmut STEINBERGER, Professeur à l'Université de Heidelberg
- GRECE** : M. Constantin ECONOMIDES, Professeur à l'Université Pantios, Directeur du département juridique, Ministère des Affaires Etrangères
- HONGRIE** : M. Géza HERCZEGH, Vice-Président de la Cour constitutionnelle
- IRLANDE** : M. Matthew RUSSELL, Conseiller juridique auprès de l'Attorney General
- ITALIE** : M. Antonio LA PERGOLA (Président), membre du Parlement Européen
- LIECHTENSTEIN** : M. Gérard BATLINER, Président du Conseil Scientifique du Liechtenstein Institut
- LUXEMBOURG** : M. Gérard REUTER, Président de la Chambre des Comptes
- MALTE** : M. Giovanni BONELLO, Avocat
- NORVEGE** : M. Jan HELGESEN, Professeur, Université d'Oslo
- PORTUGAL** : M. José Menéres PIMENTEL, Juge à la Cour Suprême de Justice
- SAINT-MARIN** : M. Giovanni GUALANDI, Vice-Président du Conseil de Présidence de l'Institut juridique de Saint-Marin
- ESPAGNE** : M. Francisco LAPORTA, Directeur, Centro de Estudios Constitucionales
- SUEDE** : M. Hans RAGNEMALM, Ombudsman
- SUISSE** : M. Giorgio MALINVERNI, Professeur à l'Université de Genève
- TURQUIE** : M. Ergun ÖZBUDUN, Professeur à l'Université d'Ankara, Président de la Fondation turque pour la Démocratie

**"Les réformes constitutionnelles"
par M. Jean-Claude SCHOLSEM (Belgique)**

I. INTRODUCTION

Parmi les thèmes qui seront étudiés lors du Séminaire d'Experts sur les Institutions Démocratiques dans le cadre de la CSCE (Oslo, 4-15 novembre 1991), le groupe d'études A abordera la question des "réformes constitutionnelles".

Ce problème compte parmi les plus importants de ceux qui seront traités. Il est aussi de loin le plus vaste. Il est clair en effet que la plupart des autres thèmes mis à l'agenda de ce séminaire (par exemple, Etat de Droit et tribunaux indépendants, séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, organisation des élections et des partis politiques, protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales) font partie du processus de réforme constitutionnelle entendu au sens large du terme et en constituent même les éléments essentiels. Ces thèmes font d'ailleurs l'objet de rapports distincts de la part de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (CEDD). Dès lors, le présent rapport se borne à envisager de manière générale l'approche suivie par la CEDD en matière de réformes constitutionnelles et les moyens d'améliorer la coopération internationale en ce domaine.

II. Objectifs de la CEDD et réformes constitutionnelles

Selon ses statuts, la CEDD est "un groupe consultatif qui coopère avec les Etats membres du Conseil de l'Europe ainsi que les Etats non membres, en particulier ceux de l'Europe centrale et orientale" (art. 1, paragraphe 1er). "La Commission donne priorité aux travaux relatifs : a) aux principes et à la technique constitutionnels, législatifs et administratifs qui sont au service de l'efficacité des institutions démocratiques et de leur renforcement, ainsi qu'au principe de la primauté du droit" (art. 1, paragraphe 2).

Dans le contexte actuel caractérisé par l'établissement de constitutions nouvelles, visant à marquer le retour à la démocratie des pays de l'Europe centrale et orientale, il est normal que la CEDD ait toujours réservé une place importante, et même prioritaire, lors de chacune de ses réunions, à l'aide qu'elle pourrait apporter à la rédaction de ces nouvelles constitutions. A cet égard, le mot "réformée" paraît un peu faible et même trompeur. Il ne s'agit en rien pour ces pays de réformer des institutions anciennes qui subsisteraient pour l'essentiel (et encore moins de "réviser" des constitutions existantes), mais 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 avant l'établissement des régimes communistes, mais semble devoir être puisée, en tout premier lieu, dans les expériences des Etats démocratiques, notamment des Etats membres du Conseil de l'Europe.

En outre, la nouvelle vague de constitutionnalisme, née de l'effondrement des régimes communistes vise à établir des institutions qui organisent sur le plan juridique une société fondée à la fois sur la démocratie pluraliste, le concept d'Etat de Droit et l'économie de marché. Le processus de réforme constitutionnelle ne peut être séparé de ce contexte global de réforme sociale dont il constitue à la fois le soubassement et le couronnement. Il ne s'agit donc pas uniquement de réformer les seules institutions politiques (comme cela a pu être le cas lors d'autres changements de régime), mais de reformuler des pans entiers de l'organisation juridique du pays. Ceci implique une activité législative intense qui, par ailleurs, est susceptible d'interférer avec le processus de réforme constitutionnelle au sens propre du terme et de le compliquer.

L'oeuvre à entreprendre est donc considérable et 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 brefs délais. Ceci justifie amplement la priorité donnée par la CEDD à la problématique des réformes constitutionnelles. Il s'agit d'une part de constituer un pool de données et d'en faciliter la circulation rapide et, d'autre part, d'établir un cadre de caractère multilatéral aux travaux et missions d'expertise et de conseil.

III. Méthodes de travail adoptées par la CEDD

Les nouvelles constitutions 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, des thématiques communes.

Dès le début de ses activités, la CEDD a constitué une "Task Force" en matière de réformes constitutionnelles. Une des questions les plus importantes à résoudre était de savoir si la CEDD allait privilégier une approche thématique, c'est-à-dire travailler par thèmes communs à travers plusieurs constitutions ou projets de constitution (par ex. : le contrôle de constitutionnalité des lois, le catalogue des droits et libertés) ou, au contraire, envisager chaque projet dans son ensemble. En principe, cette seconde approche a été suivie. La Commission rend des avis sur les projets qui sont présentés à sa réflexion, sur base de rapports préparatoires élaborés par certains de ses membres, en contact étroit avec le pays concerné.

Cette méthode de travail semble devoir être préférée. Chaque texte (ou projet) constitue en effet un ensemble dont les qualités essentielles sont la cohérence interne et l'équilibre institutionnel. Il est, par exemple, artificiel de dissocier les dispositions relatives aux droits et libertés de celles relatives à l'organisation et l'indépendance du pouvoir judiciaire et au contrôle de la constitutionnalité des lois. De même, on ne peut comprendre la portée exacte des dispositions qui réservent à la loi le droit d'apporter certaines restrictions ou limitations à l'exercice des droits et libertés sans s'interroger sur les sens du mot "loi" tel qu'il apparaît à d'autres endroits du texte constitutionnel. De manière générale, l'étude d'ensemble d'une constitution favorise une vision plus globale et met l'accent sur la cohérence interne du système normatif et institutionnel.

Les questions qui se posent le plus fréquemment à cet égard sont les suivantes : telle disposition de caractère constitutionnel n'aurait-elle pas mieux sa place au niveau législatif? La liste des droits et libertés ne mêle-t-elle pas dispositions susceptibles de sanction juridictionnelle directe et simples objectifs? Le même terme est-il toujours employé avec le même sens tout au long du texte? N'y a-t-il pas lieu de regrouper une série de dispositions dispersées traitant du même objet? La hiérarchie des normes et le champ de la compétence normative de chaque organe sont-ils suffisamment précisés et garantis? L'équilibre global des pouvoirs est-il assuré?

Cependant, cette approche ne doit pas être exclusive de l'autre consistant à comparer, sur un point particulier, plusieurs constitutions en vigueur ou en projet. Ceci est d'autant plus vrai que, comme déjà souligné, les nouvelles constitutions en voie d'élaboration en Europe présentent de nombreuses caractéristiques communes. A titre d'exemples, toutes ou la plupart de ces constitutions contiennent les traits

suiuants : catalogue détaillé des droits et libertés, dispositions spécifiques relatives à la place du droit international dans la hiérarchie des normes, régime de parlementarisme amendé, pouvoirs présidentiels assez étendus, recours dans certaines limites aux techniques référendaires, institution d'un ombudsman, instance de contrôle de la constitutionnalité des lois.

Lorsqu'un thème commun à plusieurs constitutions, voire à toutes, présente des difficultés importantes de technique juridique et est d'autre part suffisamment détachable de l'oeuvre constitutionnelle dans son ensemble, une analyse comparative s'impose. Tel est, de toute évidence le cas en ce qui concerne la justice constitutionnelle au sujet de laquelle la CEDD poursuit par ailleurs des études distinctes de caractère approfondi. Il en va de même en ce qui concerne les délicats problèmes des relations entre l'ordre juridique international et l'ordre interne. Il semble souhaitable qu'à l'avenir une étude comparative systématique soit menée sur le terrain des droits de l'homme et libertés fondamentales, mettant en rapport les divers projets en cours, les dispositions constitutionnelles des Etats membres du Conseil de l'Europe (ou les pays associés ou invités à la CEDD) et les textes internationaux en la matière.

Par contre, d'autres questions paraissent spécifiques à certains Etats ou voient leur solution répondre plus à des traditions nationales. Tel est le cas de la problématique de la structure de l'Etat (fédéralisme, régionalisme), de la protection des minorités (problème qui bien que se posant de manière assez différente d'un Etat à l'autre est cependant presque toujours présent) ou encore du choix entre système bicaméral et unicaméral. Cependant, même sur ces questions, une étude comparative avec les Etats ayant adopté les mêmes structures ou institutions (fédéralisme, régionalisme, bicaméralisme) ou confrontés aux mêmes problèmes (protection des minorités ethniques, linguistiques ou religieuses) ne peut manquer d'être fructueuse.

IV. Conclusions

Le présent rapport n'avait d'autre objectif que de situer les travaux que la CEDD a consacrés au processus de réformes constitutionnelles dans l'ensemble de l'activité de la Commission, en insistant plus particulièrement sur la méthode de travail adoptée.

En synthèse, il convient de faire ressortir les éléments suivants:

- *les "réformes constitutionnelles" en cours dans divers pays d'Europe centrale et orientale d'une part dépassent le cadre de simples réformes, au sens usuel du terme; d'autre part, elles débordent largement le cadre constitutionnel et touchent quasiment toutes les branches du droit.*
- *en général, l'approche "pays par pays" adoptée en principe par la CEDD paraît la plus appropriée. Elle doit cependant être complétée par une analyse thématique et comparative. en ce sens, les diverses activités de la CEDD s'épaulent l'une l'autre.*
- *les besoins d'information, d'échange de renseignements, de missions d'expertise sont et resteront importants. L'adoption des nouvelles constitutions n'y mettra pas fin.*

Les réformes institutionnelles entreprises auront à se prolonger sur le plan législatif. Des moyens importants, matériels et humains, devraient être dégagés à cette fin dans le cadre de la coopération européenne et internationale.

"L'Etat de droit et l'indépendance des tribunaux" par M. Constantin ECONOMIDES (Grèce)

Selon ce qui a été convenu par la Commission pour la Démocratie par le droit, ce bref rapport aborde la question de l'Etat de droit et des tribunaux indépendants d'une façon essentiellement pragmatique.

1. *La notion d'Etat de droit (Rechtstaat, rule of law, stato di diritto) renferme, dans son sens usuel, l'impératif du respect du droit : droit interne à l'intérieur de l'état, droit international dans le cadre de la société internationale. En d'autres termes, l'état - dans son acception la plus large - doit bannir la force, l'arbitraire et l'injustice et se soumettre scrupuleusement au droit, c'est-à-dire aux principes de la légalité interne aussi bien qu'internationale. Ce principe fondamental constitue le noyau de la notion d'Etat de droit.*

2. *Cependant, pour qu'existe un véritable Etat de droit sur le plan interne, il faut que ce droit soit celui d'une société démocratique. Il s'agit là d'un impératif absolu. L'histoire nous a suffisamment et clairement enseigné qu'il ne saurait exister un Etat de droit à l'intérieur d'un état totalitaire ou dictatorial. Ces dernières formes de gouvernement relèvent de l'état policier et non de l'Etat de droit.*

Par conséquent, les notions d'Etat de droit et de démocratie vont de pair. Elles sont indissociables. La première ne peut exister que dans le cadre de la seconde, sans toutefois que l'on puisse affirmer que tout régime démocratique crée dans tous les cas un Etat de droit satisfaisant. Il est vrai que l'Etat de droit est, dans une grande mesure, un idéal que tout état véritablement démocratique doit poursuivre de toutes ses forces et continuellement dans le but d'un incessant perfectionnement.

L'Etat de droit étant ainsi lié à la démocratie, toutes les conditions qui commandent cette dernière sous-tendent également la notion d'Etat de droit. Citons la souveraineté du peuple, le régime représentatif, le multipartisme, la séparation des pouvoirs à l'intérieur de l'état, l'égalité de tous devant la loi, la prééminence du droit, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3. *L'Etat de droit dans les sociétés démocratiques contemporaines est, en particulier, étroitement lié à la séparation des pouvoirs ou fonctions fondamentales de l'état : législative, exécutive et juridictionnelle, fonctions qui sont confiées à des organes différents. Le pouvoir législatif légifère sur la base de la constitution, le pouvoir exécutif exécute les lois par l'intermédiaire des actes administratifs et le pouvoir judiciaire rend la justice et est le garant de la légalité, de l'application correcte du droit, tant de la part du parlement (conformité des lois à la*

constitution) que de celle du gouvernement (conformité des actes administratifs aux lois). Au pouvoir judiciaire revient donc essentiellement le rôle de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales face, en particulier, à l'administration.

4. Dès lors, il importe que le pouvoir juridictionnel soit indépendant des deux autres fonctions étatiques : législative et exécutive, afin qu'il puisse remplir sa mission en toute liberté objectivement, impartialement et efficacement dans l'intérêt commun. Nous pouvons même dire que cette indépendance est la condition primordiale de l'Etat de droit. Elle est assurée dans les faits par une série de garanties fonctionnelles d'abord, personnelles ensuite en faveur des magistrats, inhérentes enfin, pour la plupart, à la procédure juridictionnelle.

A. Garanties fonctionnelles

La fonction juridictionnelle est exercée par les tribunaux établis par la loi, qui sont composés de magistrats indépendants. Leur mission est de trancher sur la base du droit, selon une procédure judiciaire organisée, toute question relevant de leur compétence, au moyen de décisions contraignantes pour les parties.

L'indépendance fonctionnelle des tribunaux est assurée par rapport aux deux autres pouvoirs étatiques de la manière suivante:

a. Vis à vis du pouvoir législatif

1) Les tribunaux, chaque fois qu'ils se trouvent en face d'actes législatifs dont le contenu est contraire à la constitution, doivent, selon le cas, soit mettre en marche, par l'intermédiaire de l'organe compétent, la procédure du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de ces actes, soit, s'ils sont habilités à le faire, exercer eux-mêmes ce contrôle et refuser d'appliquer les lois anticonstitutionnelles.

Le contrôle de la constitutionnalité de lois par les tribunaux est une fonction fondamentale dans un Etat de droit.

2) Le pouvoir législatif ne doit pas influencer de quelque façon que ce soit, et encore moins exercer de contrôle parlementaire à l'égard du pouvoir judiciaire pour ce qui est des procès qui sont encore pendants.

3) Le pouvoir législatif ne doit pas, par des lois spécialement votées à cet effet, abroger des décisions judiciaires ou arbitrales définitives.

Les actions visées dans les points 2 et 3 constitueraient une immixtion du législatif dans le pouvoir judiciaire et seraient contraires au principe de la séparation des pouvoirs.

4) Des lois avec effet rétroactif concernant en particulier les droits et libertés des particuliers ne doivent être votées qu'exceptionnellement et dans le cadre strict de la constitution.

L'Etat de droit exige que les droits et libertés de chacun soient régis par le droit qui est en vigueur au moment du jugement et non pas par une loi postérieure, à effet rétroactif. Les lois rétroactives peuvent aller à l'encontre du principe de l'égalité devant la loi.

b. Vis à vis du pouvoir exécutif

1. Les juges, dans l'exercice de leurs fonctions et les tribunaux en tant qu'organes juridictionnels ne sont soumis à aucun contrôle hiérarchique, à priori ou à posteriori, de la part du ministre de la justice ou de tout autre organe du pouvoir exécutif.

Cette garantie d'indépendance va de soi.

2. Les juges ne peuvent recevoir de conseils, instructions, directives ou ordres pour ce qui est de l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. En tant que magistrats, ils agissent à titre individuel. Sans cette garantie élémentaire, les juges ne seraient pas indépendants.

3. Les jugements des tribunaux ne sont soumis à l'approbation d'aucun organe administratif. Au contraire, ils lient le pouvoir exécutif qui doit, selon les cas, les exécuter ou prêter main forte à cette fin.

4. Les magistrats ne doivent pas exercer de fonctions politiques ou administratives, à l'exception de certaines tâches spécifiques d'une durée limitée, comme, par exemple, la participation à des commissions chargées de la rédaction de codes juridiques ou d'autres textes de lois importants.

B. Garanties personnelles

L'indépendance personnelle des magistrats est assurée par l'octroi de certaines garanties qui leur permettent d'exercer leur fonction en toute indépendance et impartialité et les mettent à l'abri de toute crainte, menace ou pression de la part du pouvoir exécutif, notamment. Ces garanties sont, en particulier, les suivantes :

1. L'immovibilité des magistrats, c'est-à-dire le fait d'être nommés à vie, et de ne pas pouvoir être démis de leurs fonctions avant la

limite d'âge fixée par la Constitution, sauf pour certaines raisons déterminées - condamnation pénale, peine disciplinaire, invalidité, insuffisance professionnelle etc. - raisons toujours constatées par une décision judiciaire. Cette inamovibilité est la garantie fondamentale de l'indépendance des magistrats.

2. Le principe de l'auto-administration du corps judiciaire qui exige qu'un certain nombre de questions importantes intéressant la carrière des magistrats soient du ressort du pouvoir judiciaire, c'est-à-dire des tribunaux eux-même ou d'autres organes collectifs composés de magistrats : conseils judiciaires suprêmes et conseils disciplinaires, ces derniers étant des autorités ou organes judiciaires.

Ces questions importantes sont les suivantes :

- l'avancement, l'affectation, la mutation et le détachement des magistrats. De même, la nomination des présidents et des procureurs des Cours Suprêmes de l'état ne devraient pas relever de la compétence du gouvernement, comme c'est le cas dans plusieurs Etats.
- l'inspection des magistrats
- la direction et la gestion des tribunaux
- le pouvoir disciplinaire
- les congés annuels et les congés pour formation professionnelle.

On sait que pour toutes ces questions, la plupart des gouvernements interviennent dans une certaine mesure qui varie d'Etat en Etat. Il serait souhaitable cependant que cette immixtion de l'exécutif s'amenuise et si possible disparaisse, afin que le pouvoir judiciaire puisse être totalement autonome.

3. Un troisième élément, non moins important, qui contribue au renforcement de l'indépendance personnelle des magistrats est la question de leurs émoluments qui doivent être fixés en tenant compte de l'importance des fonctions qu'ils exercent. Aucune catégorie de fonctionnaires n'a en particulier le droit d'avoir des émoluments supérieurs à ceux des magistrats.

C. Autres garanties découlant notamment des exigences de la procédure judiciaire

Ces garanties qui ont pour but de renforcer l'indépendance, l'efficacité, l'objectivité et la neutralité des tribunaux sont notamment les suivantes :

1. La responsabilité civile des juges

L'indépendance dont jouit le magistrat ne l'exempte pas de la responsabilité qu'il peut encourir dans le cas où il exercerait mal ses fonctions. Ainsi, en dehors de la responsabilité disciplinaire et pénale qui obéit aux règles communes, il est, à juste raison, prévu, à l'encontre des magistrats, un régime spécial de responsabilité civile relevant de la compétence du pouvoir judiciaire, lorsque le magistrat, dans l'exercice de ses fonctions, provoque à une partie un dommage par dol, erreur grave ou déni de justice.

2. La procédure de récusation

Le juge, pour être vraiment indépendant, doit toujours être dans la position d'un tiers impartial et neutre. Dès lors, chaque fois que des raisons légitimes peuvent susciter un manque d'impartialité, il faut appliquer la procédure de récusation, à l'initiative du juge lui-même ou des parties au procès.

3. La publicité de l'audience

Le fait que l'audience soit publique protège les justiciables contre une justice secrète et garantit leur confiance dans les tribunaux. Ce principe ne doit souffrir que des exceptions prévues à l'article 6 paragraphe 1er de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui ont essentiellement pour but la protection des intérêts des mineurs, de la vie privée et des intérêts de la justice.

4. La publicité du jugement

Le jugement doit être rendu publiquement. Ce principe qui est absolu et ne souffre aucune exception est inspiré par les mêmes raisons que celles que nous avons déjà citées au numéro 3.

5. La motivation du jugement

Cette motivation doit être aussi complète et fondée que possible par rapport à l'affaire jugée. De cette motivation découle la pertinence du raisonnement juridictionnel. En outre, le jugement doit également comprendre, dans tous les cas, l'opinion de la minorité, ce qui constitue en soi une expression de l'indépendance des juges.

Nous terminerons ce bref rapport en rappelant que l'indépendance de la justice, question capitale qui constitue le critère par excellence de l'Etat de droit, ne peut pas être réglée seulement par des dispositions légales, même de niveau constitutionnel. Il faut, en plus, appliquer ces textes, strictement et intégralement, pour que l'indépendance de la justice se traduise dans la pratique de tous les jours et devienne une règle

courante, ce qui demande de la part de tous un effort continu et constant.

"L'organisation des élections" **par M. Ergun OZBUDUN (Turquie)**

Quand nous parlons de système électoral, nous voulons en général désigner les "formules électorales" qui permettent de traduire les votes de la population en sièges parlementaires. Mais, au sens plus large, un système électoral comporte d'autres aspects dont les implications constitutionnelles sont souvent importantes. Certains des problèmes qui se posent ont désormais été définitivement résolus dans les démocraties occidentales; Il y a fallu, parfois, des efforts de plusieurs décennies pour assurer une équité et représentativité véritables au matière électorale, notamment à l'universalité des suffrages, l'égalité des votes, le principe "un homme, une voix", le secret du scrutin ainsi qu'à un certain nombre de règles et moyens techniques destinés à prévenir l'intimidation, la corruption, la fraude électorale et d'autres abus. En fait "les élections dans des sociétés européennes contemporaines, donnent peu d'occasions de fraude ni de contestation des résultats. Mais tant que cette possibilité existe, il est nécessaire d'établir des règles pour traiter les contestations électorales".^[4]

Un deuxième problème important concernant l'organisation des élections concerne le tracé ou la modification des limites des circonscriptions électorales. "Le charcutage électoral auquel procède un parti pour gagner la plupart des sièges à de faibles scores, alors que ses rivaux perdent des voix, se constituer d'écrasantes majorités dans des circonscriptions soigneusement découpées, sont des phénomènes qu'ont connu la plupart des pays.... Aucun d'entre eux n'a établi les règles ou les usages qui gouvernaient la totalité des avantages accompagnant l'exercice du pouvoir, mais les bénéfices que les gouvernements et les législateurs individuels tirent de la campagne pendant la durée de leur mandat sont extrêmement variables selon le cas."^[5]

Concernant le premier point - le règlement des différends électoraux - on peut distinguer deux grands procédés.^[6] Un certain nombre de pays dont les Etats-Unis, le Royaume-Uni, la Belgique, les Pays-Bas, le Luxembourg, le Danemark, la Norvège et la Suède confient le soin de régler ces litiges à leurs assemblées parlementaires.

Ce choix s'appuie sur la vieille idée de la suprématie parlementaire, le Parlement étant considéré comme le juge au dernier ressort pour tout ce qui touche à sa propre composition et la disqualification de ses membres. Si l'on ne peut guère supposer que les parlements occidentaux actuels usent de ce privilège à des fins partisans, la formule est néanmoins critiquable en ce qu'elle confie une fonction essentiellement judiciaire à un organe politique. Mais dans des démocraties nouvellement instaurées ou restaurées et où l'esprit de fair play entre partis politiques n'est pas encore bien ancré, ce système ouvre la porte à tous les abus.

Ces considérations ont amené à concevoir un deuxième procédé qui consiste à soumettre les litiges électoraux à la justice. L'idée de base est ici que ces litiges sont, pour l'essentiel, de caractère judiciaire. Une majorité de démocraties occidentales ont choisi cette formule, mais dans cette catégorie générale on distingue plusieurs variations. L'une est d'octroyer la compétence en la matière aux Cours constitutionnelles. C'est le cas en Autriche, en France et à Malte. Une sous-variante est apportée par la Constitution allemande dont l'article 40 stipule: "C'est au Bundestag qu'incombe la responsabilité de contrôler les résultats des élections. Il devra également dire si un député a perdu son siège au Bundestag. Un recours contre ces décisions du Bundestag peut être soumis à la Cour constitutionnelle fédérale". La méthode allemande associe donc, pour les litiges électoraux, compétences législative et judiciaire, laissant toutefois le dernier mot à la justice.

On trouve une autre sous-variante dans la Constitution grecque dont l'article 58 dispose que: "L'examen et le jugement en cas d'élections parlementaires dont la validité est contestée soit pour violation des modalités de scrutin, ou pour manque de qualification juridique, sont du ressort de la Cour spéciale mentionnée à l'article 100". Cette Haute Cour spéciale régie par l'article 100 est à la fois cour constitutionnelle, Cour de règlement des conflits et Juge en dernier ressort des litiges électoraux. Elle est composée du Président du Conseil d'Etat, du Président de la Cour Suprême et du Président de la Cour des comptes, de quatre Conseillers d'Etat et quatre membres de la Cour suprême, choisis par tirage au sort et nommés pour deux ans.

Confier la responsabilité de statuer les litiges électoraux à une Cour constitutionnelle ou organe équivalent peut se défendre en arguant que ces litiges sont, de par leur nature, mi-judiciaires et mi-politiques, et relèvent donc du secteur de la justice le plus compétent et le plus expérimenté en matière de questions politiques. Dans la plupart des pays cependant, les contestations électorales sont tranchées par les cours suprêmes: Finlande (cour administrative suprême), Chypre, Irlande et Liechtenstein. La Constitution de l'Espagne et celle du Portugal se bornent à déclarer les compétences en la matière des autorités judiciaires. Selon la Constitution espagnole (article 70 nE 2) "la validité des certificats d'élection et les lettres de créance des membres des deux chambres sont soumises à un contrôle judiciaire selon des modalités à déterminer dans la loi électorale". De même, la constitution du Portugal (article 116 nE 7) stipule que: "les tribunaux sont compétents pour juger de la régularité et de la validité des actes de la procédure électorale." La principale critique contre ce système est que les tribunaux ordinaires, en raison du bagage et de l'expérience habituels de leurs juges, ne paraissent pas, en général, bien équipés pour statuer sur des différends électoraux comportant souvent des aspects très spécialisés et semi-politiques.

Les constitutions turques de 1961 et 1982 fournissent un mécanisme intéressant pour la résolution judiciaire des litiges électoraux. L'article 79 de la Constitution de 1982 stipule:

"Les élections se déroulent sous la direction et le contrôle des organes judiciaires.

Il appartient à la Haute Commission électorale de mettre en oeuvre et de veiller à ce que soient respectées toutes les procédures nécessaires à la conduite équitable et ordonnée des élections, d'examiner et de se prononcer en dernier ressort sur toutes les irrégularités, plaintes et objections se rapportant aux élections pendant et après celles-ci et de certifier la validité des résultats. Il ne peut être fait appel devant une autre instance des décisions de la Haute Commission électorale.

Les attributions et les pouvoirs de la Haute Commission électorale et des autres commissions électorales sont définies par la loi.

La Haute Commission électorale se compose de sept membres titulaires et de quatre membres suppléants. Six de ces membres sont élus par l'assemblée générale de la Cour de Cassation et cinq par l'assemblée générale du Conseil d'Etat en leur sein, au scrutin secret et à la majorité absolue du total de leurs membres. Ces membres élisent à leur tour en leur sein, au scrutin secret et à la majorité absolue, un président et un vice-président.

Les membres suppléants de la Haute Commission électorale sont désignés par tirage au sort, deux d'entre eux faisant partie des membres choisis par la Cour de Cassation et les deux autres de ceux choisis par le Conseil d'Etat. Le président et le vice-président de la Haute Commission électorale sont exclus du tirage au sort.

La soumission à référendum des lois comportant modification de la Constitution ainsi que l'organisation et le contrôle de ces opérations s'effectuent conformément aux dispositions régissant les élections des députés."

On remarquera que le système turc donne à la Haute Commission électorale non seulement le dernier mot en cas de litige électoral mais aussi tous les pouvoirs législatifs pour garantir la conduite équitable et ordonnée des élections. Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif n'ont aucun mot à dire concernant le choix des membres de la Haute Commission électorale, ou toute autre question administrative touchant la conduite des élections. La Constitution turque va jusqu'à réglementer la déchéance d'un député et la levée de son immunité parlementaire. L'article 85 stipule en effet :

"En cas de levée de l'immunité parlementaire ou de déchéance d'un député par un vote de l'Assemblée, l'intéressé ou tout autre membre de l'Assemblée peut, dans la semaine qui suit la décision, demander à la Cour constitutionnelle de l'annuler pour inconstitutionnalité ou parce qu'elle est contraire aux dispositions du Règlement intérieur de l'Assemblée. La Cour constitutionnelle statue dans la quinzaine qui suit sa saisine."

Ainsi, il semble que l'intérêt du système turc est qu'il crée un corps judiciaire spécial ayant une expérience suffisante des questions électorales mais en même temps totalement protégé de toute influence politique du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

Pour ce qui est de la seconde grande question constitutionnelle concernant l'organisation des élections, à savoir le "redécoupage" ou la rectification des limites des circonscriptions électorales, de nombreux pays ont fixé les limites de leurs circonscriptions sans prévoir d'intervalle maximum pour la prochaine rectification: l'Autriche, le Danemark, la Finlande, l'Italie, la Norvège, le Portugal, l'Espagne, la Suède et la Suisse. Certains pays prévoient une durée maximale qui se situe entre cinq ans en Nouvelle-Zélande et dix ans au Canada et aux Etats-Unis et même quinze ans au Royaume-Uni.^[7] Laisser au législateur le soin de fixer les circonscriptions électorales, c'est courir le risque de tous les "trucages" évoqués précédemment. Bien que les pouvoirs du législateur soient de plus en plus contrôlés par l'institution de commissaires neutres des frontières et par l'importance croissante accordée, souvent par les tribunaux eux-mêmes, au principe de l'égalité des nombres et à d'autres critères d'équité,^[8] la garantie la plus efficace à ce sujet serait de reconnaître l'autorité des organes judiciaires en matière de redécoupage des circonscriptions électorales. Là encore, la loi NE. 2839 du 10 juin 1983, qui est la loi électorale turque, apporte un exemple intéressant. Si grosso modo chaque province constitue une circonscription électorale, celles qui élisent plus de six députés à cause de leurs effectifs démographiques sont divisées en plusieurs circonscriptions. Ces divisions et le tracé des limites des nouvelles circonscriptions relèvent entièrement de la compétence de la Haute Commission électorale qui se fonde sur le dernier recensement de la population (articles 4, 5).

"L'organisation des partis politiques - Partis politiques et institutions démocratiques" par M. Francisco LAPORTA (Espagne)

PARTIS POLITIQUES ET INSTITUTIONS DEMOCRATIQUES

1. *S'il se trouve un point, dans le système des institutions démocratiques, où la réalité politique et la trame constitutionnelle se croisent et se rencontrent, c'est bien le parti politique, confluence des processus politiques et sociaux "réels" de formation de pouvoir et des processus formels, constitutionnels, de formation de la volonté politique des institutions de l'Etat, ou, ce qui revient au même, noeud de méditation entre l'Etat et la Société.*

Cependant, comme il est clair que les partis politiques constituent à l'heure actuelle un des sommets et un des acteurs les plus éminents du fonctionnement du système démocratique, il ne s'agit pas simplement de reconnaître l'importance de leur signification pour la vie politique et pour l'Etat de notre temps. Ce dont il s'agit vraiment c'est de signaler que les partis constituent un jalon structurel définitoire de l'Etat démocratique. Du fait que celui-ci est impensable si ce n'est avec la présence et avec l'action des partis, il est précisément conçu et défini comme un "Etat de partis" (Parteienstaat), de même que l'on parle de la démocratie actuelle comme d'une "démocratie de partis".

Pour que cette définition se trouve débarrassée de connotations négatives ou péjoratives, comme elle l'est en fait, il a sans doute fallu vaincre tous les obstacles théoriques qui s'interposaient entre la démocratie et les partis, comme par exemple: la théorie rousseauiste de la volonté générale, le concept idéaliste du peuple également rousseauiste et les idées "classiques" qui en découlent concernant la souveraineté nationale et la représentation, idées selon lesquelles chaque député représente directement l'ensemble de la nation, sans la médiation d'autres instances, notamment des partis. Le dépassement de ces dogmes -théorique, mais encore et surtout pratique, a consacré la légitimation des partis et de leur action politique et a rendu dès lors définitivement possible leur reconnaissance institutionnelle, leur "incorporation" aux institutions (même constitutionnelles) de l'Etat démocratique. Bien entendu, cela n'implique nullement que l'on ne puisse ou qu'il ne faille examiner les

limites de cette action, ni que l'un des efforts prioritaires réside dans la prévention de la dégénération partitocratique du système.

En effet, c'est indéniable, l'Etat de partis est une conséquence politologique de l'Etat démocratique, dans les conditions contemporaines. Mais le fait qu'il ne soit pas tout simplement un Etat démocratique, sans spécification ultérieure, mais un Etat démocratique social de Droit et, par conséquent, un Etat dans lequel tant le processus politique que les acteurs de ce processeur sont sujets à la Constitution et à la loi, fait que cette formule syntagmatique de l'Etat actuel définit le cadre et les procédés au sein desquels la vie des partis est légitime.

2. Malgré tout, on est bien obligé de reconnaître que le cadre normatif des partis politiques n'a fait que quelques pas vers la reconnaissance de ce fait capital que, de nos jours, la participation politique démocratique est fondamentalement articulée à travers les partis, sans tirer à peine les conséquences qui en découlent pour la configuration de la représentation parlementaire, pour la nature du mandat parlementaire même - qu'il faut, sans revenir au système de mandat impératif et par la voie des partis eux-mêmes, détacher de l'individualité excessive du représentant, car cela va contre la réalité et la légitimité du parlementarisme démocratique actuel - pour le régime juridique du système électoral et, plus généralement, pour la relation entre le peuple et les électeurs, d'une part, et les partis élus, d'autre part, sans oublier non plus les changements significatifs qui se sont produits dans l'articulation des partis et des institutions et des organes de l'Etat, et qui attend encore de recevoir une configuration normative adéquate. Il faut également constater un certain retard dans la bibliographie juridique constitutionnelle sur les partis politiques (ce n'est pas le cas dans la bibliographie politologique, beaucoup plus proche de la réalité), qui s'appuie toujours sur des schémas du parlementarisme du XIV^e siècle, sans effet à l'heure actuelle - et il faut par conséquent, insister sur l'urgente nécessité d'études juridiques constitutionnelles menées dans ce sens.

Cependant, l'évolution vers le processus d'incorporation et de reconnaissance institutionnelle normative des partis politiques et de leurs fonctions dans les systèmes démocratiques de gouvernement est définitive et permet de parler de l'existence d'une culture juridique démocratique européenne des partis politiques, si ce n'est d'un véritable **ius commune europeum**. Cette culture est actuellement valable et en vigueur pour l'ensemble des Etats européens - aussi bien pour ceux qui disposent de systèmes constitutionnels déjà éprouvés que pour ceux qui, venant de formes politiques nettement différentes, si ce n'est antithétiques, développent en ce moment leurs processus constitutifs. Elle est susceptible d'intégrer la législation nationale, quelques fois très schématiques.

3. Pour preuve de la fermeté de ce processus et, en définitive, de la solidité du binôme démocratie-partis politiques, il faut souligner que la constitutionnalisation des partis (leur "incorporation", dans les termes de la célèbre périodification de Trieppl) s'est produite pratiquement dans presque toutes les constitutions démocratiques européennes postérieures à la Seconde Guerre Mondiale (ainsi dans la Constitution italienne de 1947, art. 47; la Loi Fondamentale allemande de 1949, art. 21; la Constitution française de 1958, art. 4; l'art. 1, à valeur constitutionnelle, de la Loi autrichienne des partis de 1975; la Constitution grecque de 1975/1986, art. 29; la Constitution portugaise, de 1976/1982, arts. 10, 40 et 117; la Constitution espagnole de 1978, art. 6). Elle se déroule actuellement dans les pays de l'Est européen, en réponse aux différentes situations préalables de manque de liberté politique et de régimes dictatoriaux. L'admission des partis par le droit constitutionnel signifie en effet le rejet des régimes autoritaires ou totalitaires, qui les avaient éliminés de la vie politique ou qui avaient cyniquement institué le monopole du parti unique.

Les idées de démocratie et de liberté, en effet, contribuent à définir le cadre juridique des partis politiques, aussi bien sur le plan constitutionnel que sur celui de la légalité ordinaire (même dans les systèmes dont la régulation est toujours déferée à la loi, sans préjudice de leur incorporation "matérielle"). Dans le catalogue des libertés du citoyen, les partis politiques sont ainsi conçus comme des pièces clés, comme un droit fondamental à caractère subjectif, pourvus de la protection spéciale, face à l'intervention des pouvoirs publics, que mérite leur statut de formes collectives organisées de l'exercice des droits fondamentaux, qu'ils détiennent en dernière instance.

Du reste, cet aspect collectif des partis politiques montre la double perspective sous laquelle ils sont contemplés par le droit constitutionnel démocratique; c'est-à-dire tant au titre de droit public subjectif qu'au titre de déploiement ou d'objectivation d'un droit ayant ces caractéristiques et donc comme un facteur constitutif de la structure démocratique objective de l'Etat. En tant que facteur objectif, les partis "concourent" et "coopèrent" avec les organes de l'Etat dans le processus politique et dans la formation même de la volonté du peuple, ainsi qu'elle est reconnue dans les textes constitutionnels et légaux, dans leur rôle expressément reconnu d'instrument fondamental pour la participation politique et d'expression du pluralisme politique.

Mais, tant pour l'aspect subjectif que pour l'aspect objectif, l'ordonnance démocratique engage les partis avec la démocratie elle-même. Si, à leur création, ils sont libres de choisir leurs objectifs, leur organisation et leur fonctionnement, les seules limites auxquelles ils soient tenus sont précisément celles qu'implique, sur tous les plans, le respect des principes démocratiques de liberté et de pluralisme, ainsi que l'engagement même de loyauté à l'Etat qui les incorpore institutionnellement. Dans ce sens, et il est particulièrement significatif, le mandat de démocratie interne et d'action suivant les méthodes démocratiques, que diverses constitutions - à vocation de validité générale, à partir de **ius commune** établissement pour les partis en échange de leur reconnaissance et d'actions d'aide positives et de financement dont ils font l'objet de la part de l'Etat, pour le mérite aux fonctions publiques d'ordre objectif. C'est sans doute sur ce point, et en général sur tout ce qui a trait aux limites de l'action des partis, que se situe l'un des points cruciaux de l'approche constitutionnelle démocratique de la régulation des partis politiques, étant donné qu'il faut chercher un équilibre, toujours difficile, entre le besoin et l'inévitabilité de la régulation et de la préservation, si nécessaire au fonctionnement des institutions démocratiques de l'Etat, de leur caractère d'institutions de médiation entre l'Etat et la Société et d'expression d'une réalité sociale vivante et concrète dont la dynamique doit être respectée.

"La structure des organisations non gouvernementales indépendantes

(Syndicats, associations patronales)"

par Mme. Hanna SUCHOCKA (Pologne)

I. Données générales

1. *Le passage du système communiste à l'Etat démocratique est étroitement lié à des transformations dans le domaine syndical. En Pologne, ce sont justement la lutte pour les syndicats indépendants, puis l'un de ces syndicats autonomes lui-même, qui ont engagé le processus de sortie du communisme.*

2. *Jusqu'au début de la démocratisation en Europe centrale et de l'Est, deux systèmes syndicaux fonctionnaient en Europe: l'un s'inspirait du principe de la liberté syndicale et du pluralisme, dans les pays d'Europe occidentale, tandis qu'une structure moniste était appliquée aux Etats d'Europe centrale et de l'Est. Dans ces Etats communistes, les syndicats étaient traités comme des organisations gouvernementales qui appuyaient le régime. Ils constituaient une armature uniforme subordonnée à la direction idéologique et politique du parti communiste. Dans ces circonstances particulières où une seule force, celle du parti communiste, menait tous les organes civiques existants, les syndicats ne jouissaient d'aucune indépendance ou autonomie. Leurs fonctions outrepassaient la sphère traditionnelle de l'activité syndicale. Ils jouaient un rôle d'auxiliaires de l'Etat totalitaire. Les dispositions juridiques en vigueur le montraient: en règle générale, les textes concernant les syndicats faisaient partie des constitutions, de préférence aux articles concernant l'action de l'Etat et les principes politiques généraux. Même s'il était fait mention des syndicats dans les dispositions relatives aux droits civiques, les formulations avaient un caractère expressément idéologique et orienté vers le programme, sans aucune référence à la liberté d'association. Les syndicats étaient définis comme des organisations participant à l'élaboration et à la mise en oeuvre de tâches socio-économiques inscrites au programme de développement du pays, donc comme des organisations qui contribuaient à la réalisation des objectifs de l'Etat plutôt que de protéger les droits des salariés. Les textes de cet ordre, incorporés à la législation, ne respectaient pas les conventions n° 87 et 98 de l'OIT sur la liberté syndicale, la protection du droit syndical et le droit d'organisation.*

3. *La première tentative pour soumettre les syndicats à une réglementation conforme aux dites conventions a eu lieu en Pologne, en 1981, mais elle a été réduite à néant par l'introduction de la loi martiale et la promulgation en 1982 d'une loi qui rendait illégal le premier syndicat indépendant et autonome et supprimait pratiquement le pluralisme. Il n'y a pas eu à l'époque, dans les autres pays d'Europe centrale et de l'Est, de tentatives de ce type pour constituer des syndicats totalement indépendants.*

4. *Dans les pays communistes, avec leur fondement centraliste du système de travail, où l'Etat en tant que tel est le seul employeur, les organisations patronales n'avaient pas non plus de raison d'être. On ne s'est donc pas efforcé d'en créer, même en Pologne.*

II. Dispositions constitutionnelles

Avec les processus de démocratisation dans les anciens pays communistes, on a évidemment constaté l'absence de cohérence entre les dispositions juridiques et les transformations qui se matérialisaient dans la pratique. La création de syndicats indépendants a été d'abord un fait social et politique; des modifications du droit ont suivi, après un certain délai seulement, et ont affecté en premier lieu les lois, puis les constitutions. Cette divergence entre la constitution encore valide et la situation réelle est particulièrement frappante dans le cas de la Pologne.

La liberté syndicale est l'un des droits fondamentaux de l'homme, résultant de la dignité inhérente à la personne, et il paraît donc indispensable que la constitution la reconnaisse, dans une partie consacrée aux droits de l'homme. C'est pourquoi la liberté syndicale doit faire l'objet d'un article distinct au lieu d'être liée à la traditionnelle liberté politique d'association. Il convient de libeller la norme constitutionnelle de façon à montrer sans aucun doute possible que la formation d'un syndicat ou d'une organisation patronale ne nécessite pas l'autorisation des autorités publiques (voir article 2 de la Convention n° 87 de l'OIT). On attend également de la constitution qu'elle crée les fondements du pluralisme syndical. Les questions de détail, par exemple celles qui concernent la structure et l'organisation du syndicat, relèvent davantage de la loi. Telle est l'orientation adoptée dans les nouveaux projets de constitutions des pays post-communistes; ainsi, l'article 40 du projet polonais a été rédigé comme suit: "La liberté de former des syndicats et associations patronales est garantie, dans les limites reconnues aux termes des instruments internationaux ratifiés par la République de Pologne".

III. Principes généraux

La loi énonce les principes généraux qui sous-tendent les activités et la structure des organisations syndicales et patronales. Ces principes sont résumés ci-après.

1. *Principe du pluralisme, ou droit de s'associer en un nombre illimité (selon la loi) de syndicats aux structures multiples et en fonction de critères territoriaux et professionnels différents. Le droit syndical ne peut en aucune manière être restreint aux salariés (c'est-à-dire ceux qui conservent une relation d'employeur à employé). Il doit être accordé également à ceux qui exercent une quelconque activité à leur propre compte, par exemple aux agriculteurs, artisans, chauffeurs de taxis, etc. La loi polonaise de 1991 répond à cet objectif. Les seules restrictions à la liberté syndicale admissibles en l'occurrence devraient s'appliquer dans toutes les législations aux fonctionnaires, dont on considère que les activités sont liées à la politique. De telles restrictions ont paru très controversables dans la situation particulière à la Pologne, où les syndicalistes ont créé le premier gouvernement non communiste et occupé des postes de l'administration publique. Il reste à déterminer la portée des restrictions applicables aux fonctionnaires de police et membres des forces armées. On observe dans les pays post-communistes une tendance à des restrictions modérées pour ces catégories. L'interdiction de former des syndicats et d'y adhérer semble inopportune. Bien que l'expression "liberté syndicale" désigne à la fois la création de syndicats et l'adhésion à ces organisations, une distinction s'impose pour ceux qui sont autorisés seulement à adhérer aux syndicats déjà existants, sans pouvoir constituer leur propre association, par exemple les chômeurs, retraités, etc. Toutefois, l'ampleur de ces restrictions reste à débattre. L'extension constante de la protection de type syndical aux nouvelles catégories professionnelles de plus en plus nombreuses est une caractéristique du monde contemporain.*

2. Principe de l'indépendance, à l'égard de l'administration publique qu'il s'agit de l'Etat, ou d'entités territoriales, et d'autres organisations. Ce principe est censé englober l'interdiction de déléguer des salariés pour exercer des fonctions syndicales aux frais de leur employeur car il risquerait d'en résulter une subordination à l'employeur. Pourtant, cette possibilité a été considérée comme un avantage pour le salarié et son abandon se heurte à des difficultés considérables. Des controverses analogues portent sur le principe de la protection des délégués syndicaux quant à la durée de la relation d'emploi. Une protection de grande portée, typique des structures syndicales monistes et d'une économie centralisée, devient improbable dans des conditions de pluralisme et de structuration privée de l'économie.

3. Principe d'autonomie, ou liberté dans l'établissement des objectifs, des programmes d'activités, du système de vote sur les statuts, des structures d'organisation, y compris les structures nationales intersyndicales et l'adhésion aux organisations syndicales internationales.

4. Il découle de la liberté d'association qu'aucune autorisation d'un organe public quelconque n'est nécessaire pour créer un syndicat. Deux formes d'association sont acceptables: par enregistrement ou par notification. Cette dernière est la plus souhaitable, de par la nature même de la liberté visée. En pratique, toutefois, un enregistrement auprès des tribunaux est plus communément adopté, en raison du statut juridique accessible de cette manière.

5. Principe de l'égalité entre syndicats, d'après lequel toutes les organisations ont la même compétence. On peut s'écarter de ce principe dans le cas d'un syndicat particulièrement représentatif dont on juge, en raison de ses dimensions ou du rôle qu'il joue dans la communauté, qu'il fait autorité pour la représentation des salariés face à leurs employeurs. Dans les pays qui viennent de sortir du communisme, cette idée ne recueille guère de suffrages. Elle est considérée comme une sorte de menace pour le pluralisme. En Pologne, par exemple, une telle proposition, présentée dans le projet soumis au parlement a été rejetée au cours du débat.

6. Le droit d'association des employeurs se fonde sur des principes analogues en ce qui concerne la spécificité des intérêts professionnels nécessitant une articulation collective. L'existence d'organisations patronales est un préalable à l'autonomie de la négociation collective. En ce qui concerne la portée des activités, il semble que les organisations patronales ne doivent pas être limitées au domaine du travail et de la politique sociale (comme l'étaient traditionnellement les organisations syndicales) mais s'intéresser à des aspects plus larges de la politique économique.

IV. Compétence des syndicats

1. Pouvoirs servant de garanties à l'autonomie de l'association, par exemple droit de voter librement sur sa réglementation, de convoquer des assemblées, conférences, d'adhérer aux organisations mondiales, etc.

2. Autorité liée à l'exercice des fonctions de base du syndicat, à savoir la protection des droits des salariés. A cet égard, certains droits sont incontestables: conduite de négociations collectives, organisation de protestations et grèves, etc. Les conditions du recours au droit de grève doivent être spécifiées dans la législation, en y indiquant les catégories de personnes qui n'ont pas le droit de grève ou ne peuvent l'exercer qu'avec des restrictions considérables pour que la vie collective tout entière ne puisse être paralysée par la grève. Les limites du droit de grève devraient en principe être énoncées dans la constitution.

3. Les syndicats doivent également être habilités à formuler des avis sur les directives et projets de loi concernant leurs fonctions. On peut se demander, toutefois, dans quelle mesure ils devraient participer aux travaux de commissions parlementaires, bien que les syndicats polonais aient acquis ce droit en pratique (mais non en vertu de la loi).

D'autre part, il n'est pas souhaitable d'attribuer aux syndicats et aux organisations patronales le droit d'initiative en matière législative et le droit d'introduire des appels extraordinaires devant la Cour Suprême sur des questions liées au droit du travail.

Le droit d'établir des listes lors des élections législatives est également contestable.

V. Conclusions

La démocratisation en cours dans les pays d'Europe centrale et de l'Est aura pendant un certain temps encore une influence sur l'évolution des syndicats. Dans les systèmes précédents, les syndicats étaient considérés comme des organisations politiques et le même rôle a été joué par "Solidarité", premier syndicat indépendant apparu en Pologne. Il faudra du temps pour que l'on renonce à ce mode de pensée et à cette façon de percevoir les syndicats.

"La mise en oeuvre des droits sociaux" par M. Giorgio MALINVERNI (Suisse)

1. **Libertés individuelles et droits sociaux**

1. Par rapport aux libertés individuelles classiques, les droits sociaux sont encore aujourd'hui très souvent considérés comme des droits de seconde catégorie, pour les raisons suivantes:

a. D'abord, la réalisation des droits sociaux suppose des prestations de la part de l'Etat, alors que, pour respecter les droits civils et politiques, une attitude d'abstention suffit. Or il est évidemment plus facile d'exiger des Etats une simple abstention que des prestations positives, lesquelles impliquent le plus souvent des moyens financiers.

b. *Ensuite, dans leur grande majorité, les droits sociaux ne sont pas exécutoires. Seuls les droits de la première génération peuvent en effet être invoqués directement devant le juge ou l'administration.*

2. *Ces deux caractéristiques, par lesquelles on distingue traditionnellement les droits sociaux, ont pour conséquence que, d'une manière générale, les Etats sont beaucoup plus réticents à accepter que des organismes de contrôle viennent vérifier comment ils les réalisent. Les procédures de contrôle sont par conséquent beaucoup plus rudimentaires que celles qui ont pu être mises en place pour les droits civils et politiques.*

On constate également que les Etats sont en général moins enclins à intervenir, soit bilatéralement soit dans le cadre d'enceintes internationales, pour obtenir le respect des droits sociaux.

3. *On sait cependant que ces caractéristiques ne s'appliquent pas à tous les droits sociaux et qu'elles doivent par conséquent être relativisées.*

D'abord, la réalisation des droits sociaux n'exige pas toujours et nécessairement des prestations positives de l'Etat. Il en va ainsi, par exemple, du droit de choisir librement sa profession, du droit de former des syndicats ou du droit de grève. Par ailleurs, le respect des droits civils et politiques peut aussi se heurter à des obstacles d'ordre matériel. Tel est par exemple le cas du respect des droits des détenus et des conditions de vie dans les prisons.

La thèse de l'absence d'exécutabilité des droits sociaux ne peut pas non plus être toujours défendue. Il est en effet incontestable que certains droits sociaux sont justiciables. Des exemples récents montrent que, aux Etats-Unis, des tribunaux ont statué sur des recours se rapportant à ces droits et les ont appliqués directement, enjoignant au législateur d'intervenir.

4. *Il est évident que, pour réaliser une société idéale, il convient de promouvoir les deux groupes de droits, car ils revêtent en définitive la même importance. On en prend d'ailleurs de plus en plus conscience (voir p. ex. le Colloque de Salzbourg sur la mise en oeuvre des droits sociaux organisé par l'Institut autrichien des droits de l'Homme du 17 au 20 avril 1991 et le Congrès international du Mouvement international des juristes catholiques sur la justiciabilité des droits sociaux en Europe, qui doit se tenir à Strasbourg du 22 au 24 novembre 1991).*

Pendant longtemps, certains Etats ont privilégié les libertés individuelles classiques. D'autres, en revanche, ont mis en avant les droits sociaux. Ces deux groupes d'Etats sont aujourd'hui réunis dans le cadre de la CSCE. Ils doivent réaliser que les droits fondamentaux, qu'ils soient individuels ou sociaux, sont indivisibles et que la réalisation des uns suppose le respect des autres.

II. Pour une meilleure mise en oeuvre des droits sociaux

1. Le rôle du principe de non-discrimination

Si les droits sociaux sont plus difficiles à réaliser que les libertés classiques, ils devraient pour le moins être appliqués dans le respect du principe de non-discrimination. Il est en effet possible, par ce biais, d'en élargir le nombre des bénéficiaires.

2. Droits sociaux et buts sociaux

Il conviendrait ensuite de sélectionner parmi les droits sociaux, ceux qui sont plus facilement justiciables. Une distinction devrait être établie à cet égard entre les droits sociaux proprement dits d'une part et les buts sociaux de l'autre.

a. *Les droits sociaux sont de véritables droits fondamentaux, dont on peut obtenir l'application par une décision judiciaire. Ils peuvent certes être concrétisés par le législateur. Toutefois, si une loi fait défaut, ou est insuffisante, le juge devrait pouvoir en déterminer lui-même le contenu et se fonder directement sur eux pour rendre un jugement. Les droits sociaux confèrent donc des droits à des prestations sociales. Il est certes difficile de dresser une liste de ces droits. Ceux sur lesquels un accord pourrait éventuellement être trouvé me 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;*
- *le droit des victimes de délits graves à une aide qui leur permette de surmonter leurs difficultés (voir, dans ce sens, le projet de constitution du canton de Berne, du 9 avril 1991 et l'art. 16 al. 1er du canton de Bâle-Ville).*

b. *La garantie constitutionnelle ou conventionnelle des droits sociaux ne se justifie que si leur contenu normatif est suffisamment précis pour qu'un tribunal puisse les appliquer et en imposer le respect. Ceux qui ne peuvent pas être formulés avec une précision suffisante doivent en revanche être considérés comme de simples buts sociaux à atteindre. A la différence des droits sociaux, les dispositions concernant des buts sociaux ne peuvent pas être appliquées directement par les tribunaux.*

Elles s'adressent en premier lieu aux autorités législatives, qui doivent s'efforcer de les réaliser; au juge, elles servent de guide pour l'interprétation de la législation.

A titre d'exemple, on peut mentionner les buts sociaux suivants, que les Etats peuvent s'efforcer d'atteindre:

- *que toute personne puisse subvenir à ses besoins par un travail effectué dans des conditions raisonnables, soit protégée des conséquences du chômage et bénéficie de vacances payées et de possibilités de repos suffisantes ("droit" au travail);*
- *que toute personne puisse se former et se perfectionner conformément à ses goûts et aptitudes ("droit" à l'instruction);*
- *que toute personne puisse vivre dans un logement convenable ("droit au logement).*

La distinction entre droits sociaux, conférant de véritables droits subjectifs aux particuliers, et buts sociaux, que l'Etat doit s'efforcer d'atteindre, n'est 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 dans l'autre des deux catégories. Le but recherché ici est simplement d'essayer de sélectionner, parmi ce qu'il est convenu d'appeler les droits de la deuxième génération, ceux qui peuvent être définis de manière suffisamment précise et qui, en même temps, en constituent le noyau essentiel, pour pouvoir être assimilés, au niveau de leur mise en oeuvre, aux droits de la première génération.

Conclusion

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 - nous l'avons vu - 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 (voir exemples ci-dessus) sont peut-être susceptibles d'être inscrits dans les constitutions à la manière des droits fondamentaux (Voir J.-F. Aubert, Un droit social encadré, Revue de droit suisse, vol. 110 (1991) I 156, 165; J.-P. Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Berne 1991, p. 39).

Ce noyau dur devrait pouvoir être reconnu d'autant plus facilement que ses composantes peuvent, pour la plupart, être déduits de garanties explicitement consacrées par les Constitutions ou par la Convention européenne des droits de l'Homme : la liberté personnelle, la dignité humaine, l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants (art. 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme).

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 (voir, à ce propos, les travaux du Conseil de l'Europe, en particulier le projet de mai 1984).

[4] Richard Rose, "Elections and Electoral Systems: Choices and Alternatives", in Vernon Bogdanor and David Butler, eds. Democracy and Elections: Electoral Systems and Their Political Consequences (Cambridge: Cambridge University Press, 1983), p. 29.

[5] David Butler, "Electoral Systems", in David Butler, Howard R. Penniman, and Austin Ranney, eds., Democracy at the Polls: A Comparative Study of Competitive National Elections (Washington: American Enterprise Institute, 1981), pp. 10-11.

[6] Deux ouvrages récents faisant autorité en matière de mécanismes de résolution des litiges électoraux donnent parfois des informations contradictoires concernant certains pays : Butler op. cit., Tableaux 2-1; et Parliaments of the World: A Comparative Reference Compendium, Volume I (Inter-Parliamentary Union, 1986: Gower Publishing Company), pp. 106-133, Tableaux 3-4.

[7] Butler, op. cit., p. 12-19, Tableaux 2-1.

[8] Idem, p. 10.