



Strasbourg, le 27 janvier 1993
<S:\CDL\TASK\CDL934.F>

Restricted
CDL (93) 4

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

OBSERVATIONS SUR LE PROJET DE CONSTITUTION DE L'UKRAINE

PAR M. MATTI NIEMIVUO

1. Généralités

Le projet de Constitution de l'Ukraine constitue une bonne base pour l'élaboration de la nouvelle Constitution. Bien entendu, plusieurs problèmes pratiques et théoriques restent à résoudre. Dans la présente note, on s'attachera particulièrement aux articles concernant les droits et les libertés de l'homme et du citoyen (Partie I), le pouvoir exécutif (Chapitre 20) et le Gouvernement local et régional (Partie V). Avant d'aborder ces questions, je voudrais commenter la structure de ce projet et m'arrêter sur certains problèmes de techniques de droit.

Une Constitution unique

On trouve actuellement dans le monde diverses sortes de systèmes constitutionnels. Certains n'ont pas de Constitution écrite, d'autres ont plusieurs lois constitutionnelles et d'autres enfin ont une Constitution unique. Bien entendu, on ne peut affirmer que tel ou tel système soit meilleur que les autres : cela dépend de nombreux facteurs, en particulier des traditions juridiques et historiques des pays concernés.

En théorie du moins, on peut juger préférable une Constitution unique. De ce point de vue, c'est une bonne chose que l'Ukraine ait fait ce choix. Toutefois, la possibilité d'ajouter à ce texte des lois constitutionnelles pose problème. Il faudrait peut-être envisager d'y renoncer. Naturellement, rien ne s'oppose à ce qu'une majorité qualifiée (par exemple, une majorité des deux tiers) soit exigée pour l'adoption d'une loi sur certaines questions.

La longueur de la Constitution

Le projet de Constitution de l'Ukraine est un document assez long (258 articles), mais cela correspond à ce que l'on attend de nos jours du texte constitutif unique d'un Etat-nation.

Idéologie

On ne peut appliquer à ce projet de Constitution l'adjectif d'idéologique, bien qu'il affirme très clairement certaines valeurs libérales et démocratiques. Selon l'article 1, l'Ukraine est un Etat *démocratique* et *social* et adhère au principe de *la prééminence du droit*. D'autre part, la partie introductive, qui présente les principes généraux du système constitutionnel met en avant *le caractère prioritaire des droits de l'homme et du citoyen* (articles 2 et 5), *la souveraineté du peuple* (art. 3.1-2), *la séparation des pouvoirs* (art. 3.3) et le *pluralisme* (art. 6).

L'équilibre entre les diverses parties

La première question que doit se poser le rédacteur d'une constitution, est celle des sujets à y faire figurer et ; la deuxième, celle du niveau de détail des diverses dispositions.

Toute Constitution devrait traiter, au moins, les sujets suivants :

- Nomination, autorité et fonctions des organes suprêmes de l'Etat; leurs compétences relatives;
- Les droits civils;
- La révision de la Constitution et l'adoption d'autres normes juridiques.

Le présent projet n'omet aucun de ces sujets, pas plus qu'un certain nombre d'autres qui figurent généralement dans une Constitution (par exemple, les symboles de l'Etat). On peut cependant se demander s'il n'est pas inutilement précis. Certains articles entrent trop dans le détail (par exemple, ceux qui concernent les réunions et les manifestations). A l'inverse, certaines dispositions sont trop générales (par exemple, celles qui traitent de l'élection du Président et du Conseil des Ministres en général).

Certes, c'est une tâche ardue que de rédiger une Constitution équilibrée. Cela dit, la grande règle est sans doute de rechercher une formulation concise, mais claire. De plus, une certaine dignité doit émaner du texte. Les articles doivent en être comme gravés dans la pierre. Ce dernier point est, de plus, particulièrement important sur le plan pédagogique, si l'on veut que la Constitution devienne familière aux citoyens et fasse partie de leur vie quotidienne.

L'ordre des articles

Le projet de Constitution forme un tout assez cohérent. Dans certaines parties (les droits civils), les articles sont disposés de manière nouvelle. Nous y reviendrons ultérieurement, lors de l'examen détaillé.

Dans une Constitution, il convient d'éviter les renvois à d'autres articles. Le projet y réussit assez bien, à quelques exceptions près, par exemple, l'article 208. En tout cas, il ne devrait être fait référence qu'à des articles précédents, et non à des articles ultérieurs.

Neutralité quant au genre

L'emploi d'une terminologie neutre quant au genre dans tout le projet est un bon exemple à suivre par les rédacteurs de la Constitution d'autres pays.

Approbaton de la Constitution par un referendum

Il est vraisemblable que la nouvelle Constitution sera approuvée par un référendum, qui est un des moyens conformes à l'état de droit de légitimation directe par le peuple. L'autre possibilité serait l'approbation par une assemblée nationale spécialement élue.

2. Droits et libertés de l'homme et du citoyen (Partie I)

Généralités

La liste des droits civiques est assez complète. Le projet de Constitution comporte même quelques innovations en matière d'ordre des sujets. Par exemple, le droit de propriété, qui, pour beaucoup d'Etats, figure au nombre des libertés civiles et politiques, fait ici partie du chapitre 4 concernant les droits économiques, sociaux, écologiques et culturels.

Dans certains pays, le droit de participer et les droits linguistiques sont inscrits dans la Constitution. On peut ajouter qu'en Finlande, où une réforme des droits civils est en cours, on envisage d'inclure les droits des enfants dans la Constitution.

Il faut prêter attention à la description des droits en poursuivant la rédaction de cette Constitution. On doit viser à réduire au minimum l'écart entre les dispositions constitutionnelles et la réalité sociale. La Constitution doit être réaliste. Mais il importe que toutes les grandes valeurs y figurent.

Dispositions générales (Chapitre 1) Art. 11.

Il n'est probablement pas nécessaire de préciser dans un article que la liste des droits civils n'est pas complète. Quoiqu'il en soit, la formulation ici n'en est pas satisfaisante.

Clauses restrictives

La possibilité de restreindre les droits constitutionnels est inscrite parmi les *clauses générales* (art. 12.2 : droits d'autrui, art. 14.2 : raison légitime, art. 14.3 : restrictions prescrites par la loi, proportionnelles et conformes à l'ordre démocratique). Cette solution présente sans doute certains avantages, mais réduit la force normative des dispositions relatives aux droits spécifiques. Formuler séparément pour chacun des droits la portée des restrictions autorisées en assurerait une meilleure protection. Certains articles comportent d'ailleurs une clause distincte de limitation (par exemple, art. 29 et 30).

Clause dérogatoire

Le sens de l'art. 14, par. 4, n'est pas très clair. Sous-entend-il que les droits et libertés autres que ceux qui sont énumérés dans la disposition ne souffrent pas de limitations ? Ou bien que ces autres droits et libertés peuvent être également limités dans des situations autres que celles que mentionne la disposition ? De toute façon, il faut envisager des conditions plus strictes, notamment le devoir de respecter pleinement les obligations internationales (droits de l'homme et droit humanitaire).

Droits des minorités

Les droits des minorités sont garantis par l'article 13, dont les deux premiers paragraphes suivent de près l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies. De plus, le troisième paragraphe prévoit explicitement des mesures positives de l'Etat. Le critère subjectif d'appartenance à une minorité, énoncé dans l'article 13, par. 2, peut toutefois poser des problèmes d'interprétation et d'application du par. 3 de cet article 13. Faire du libre choix de l'individu le seul critère risque de réduire indirectement la portée des mesures positives de l'Etat en faveur des minorités ethniques.

Citoyenneté (Chapitre 2)

Ce projet de Constitution illustre un phénomène qu'on pourrait qualifier de "renouveau" de la notion de citoyenneté, dont les Etats baltes donnent un exemple. Alors qu'on observe en Europe de l'Ouest un affaiblissement de cette institution, les nouveaux Etats qui se créent dans la zone géographique de l'ex-URSS semblent rechercher une solution à leurs problèmes ethniques et politiques dans des catégorisations fondées sur cette notion. Cela risque d'entraîner des violations des droits de l'homme, par exemple, la discrimination envers les non-citoyens.

Le projet de Constitution (art. 15) ne précise pas les critères de citoyenneté. En règle générale, les sujets des droits ne sont pas définis comme les citoyens nationaux (voir toutefois encore que les articles 33-36, 114, 119, 127-128, 175 et 240, ainsi que l'article 18, semblent indiquer que, normalement, les droits *constitutionnels* ne s'appliquent pas aux non-citoyens). En se fondant seulement sur le texte, il est difficile de dire si, en pratique, l'institution de la citoyenneté peut entraîner des problèmes de droits de l'homme au regard de la Constitution ukrainienne. En tout cas, le paragraphe 2 de l'article 15 risque bien de susciter des difficultés juridiques dans la vie de tous les jours. Il peut aussi entrer en conflit avec le paragraphe 3 du même article. Dans le monde moderne, où les contacts internationaux sont actifs, il ne semble guère possible d'interdire totalement la double citoyenneté.

Droits civils et politiques (Chapitre 3)

Peine capitale.

Les conditions d'application de la peine de mort (art. 21, par. 3) sont assez succinctes. L'article 6 du Pacte des Nations Unies contient davantage de garanties. En outre, le deuxième Protocole facultatif de ce Pacte abolit entièrement la peine de mort dans les Etats qui décident d'y adhérer. J'ajouterai que la réforme en cours d'examen en Finlande prévoit une disposition indiquant explicitement que nul ne sera condamné à mort.

Objection de conscience

Le par. 4 de l'art. 28 semble inutile. De la jurisprudence des tribunaux nationaux et internationaux, il ressort clairement que la liberté de religion et de conscience ne donne pas le droit *général* de refuser d'obéir à des lois contraires aux convictions personnelles. Toutefois, la tendance actuelle des sociétés multiculturelles d'Europe de l'Ouest est à une plus grande tolérance dans l'application des obligations légales. Aussi est-il tout à fait possible que l'objection de conscience à certaines de ces obligations soit interprétée, dans certains cas *concrets*, comme un droit inscrit dans la loi. La Constitution ukrainienne ne devrait peut-être pas exclure une telle évolution.

La clause particulière concernant l'objection de conscience au service militaire (art. 28, par. 5), soigneusement formulée dans une volonté de non-discrimination, prévoit un service civil de même durée. Toutefois, les motifs recevables sont beaucoup plus restrictifs que les normes internationales actuelles (Conseil de l'Europe, Nations Unies, CSCE, Communauté européenne), puisque seules sont retenues les convictions religieuses.

Droits économiques, sociaux, écologiques et culturels (Chapitre 4)

La liste en est impressionnante. L'inclusion du droit à la propriété (art. 36) dans cette catégorie paraît justifiée et la clause le restreignant dans l'intérêt de la société (art. 36, par. 3) est une innovation intéressante. Dans son ensemble, le projet n'explique pas clairement la nature juridique des droits économiques et sociaux. Le texte semble indiquer qu'ils peuvent être déterminés par voie de justice et aussi contraignants que les droits civils et politiques. Cela dit, les moyens et mécanismes de protection de ces droits sont tout à fait traditionnels. Y-a-t-il un risque qu'en pratique, le rôle central de la Cour constitutionnelle entraîne un déséquilibre en ce sens que les droits économiques et sociaux seront interprétés comme seulement "politiquement contraignants"?

De nos jours, tous les rédacteurs de constitution doivent tenir compte du fait que la relation entre l'homme et la nature exige de protéger l'environnement. L'article 47 du projet, ainsi que les dispositions relatives aux devoirs envers l'environnement (article 63), sont tout à fait fondés.

Garanties des droits et des libertés (Chapitre 5)

Il faudrait peut-être envisager de modifier la place de certaines dispositions de ce chapitre. Par exemple, on pourrait mettre parmi les libertés civiles et politiques la disposition relative à l'égalité (art. 50) et celles qui concernent la procédure. On pourrait également reconsidérer la place de la disposition concernant la publication des lois et autres instruments normatifs.

La disposition relative aux ordres de caractère manifestement criminel (art. 52), qui s'inspire des principes de Nuremberg, est une innovation constitutionnelle très intéressante. L'adverbe "manifestement" est-il nécessaire? Peut-être pourrait-on le conserver au paragraphe 2, mais le supprimer du paragraphe 1?

Principales obligations du peuple et des citoyens (Chapitre 6)

Le chapitre 6 sur les devoirs du peuple et des citoyens est-il nécessaire? En 1992, la commission de rédaction du projet de loi finlandais est parvenue à la conclusion que les devoirs envers l'environnement sont les seules obligations constitutionnelles intrinsèquement justifiées, car l'environnement n'a pas de capacité juridique.

3. Les pouvoirs de l'Etat (Partie IV)

La souveraineté du peuple

Le projet comporte plusieurs innovations intéressantes combinant la démocratie directe et la représentation parlementaire. Pour n'en citer que quelques-unes: le référendum sur les frontières nationales (art. 7), le droit à la résistance (art. 9), l'obligation de faire approuver par référendum l'affiliation à une union d'autres Etats ou une alliance militaire ou politique (art. 117), la possibilité que deux millions d'électeurs demandent un référendum visant la dissolution de l'Assemblée nationale ou de l'une de ses deux chambres (art. 154) ou la déposition du Président de la République (art. 186), la désinvestiture des députés (art. 133) par les électeurs, *l'initiative législative* par 300.000 électeurs et *l'initiative constitutionnelle* par deux millions d'électeurs (art. 157).

Toutes ces institutions, et d'autres du même genre, témoignent d'une volonté d'abandonner la *souveraineté de l'Etat* (où l'Etat impose son pouvoir au peuple) en faveur de la *souveraineté populaire* (où le peuple lui-même détient le pouvoir) et, du moins en partie, de supprimer l'échelon de la *souveraineté nationale* (suprématie d'un parlement librement élu). Certes, la démocratie directe dispose de possibilités de plus en plus larges dans le monde contemporain, mais si l'on ajoute à cet aspect du projet de Constitution les pouvoirs relativement grands du Président et la position forte de la Cour constitutionnelle, on doit se demander s'il n'y a pas danger que le rôle du parlement élu ne s'affaiblisse par trop et que la structure démocratique permanente mise en place par la Constitution ne soit trop légère. Une réponse affirmative signifierait que cette structure proposée laisse la porte ouverte à diverses formes de coups d'Etat.

Remarques générales sur le pouvoir exécutif

La subordination du Conseil des Ministres au Président et le fait que ce dernier tient son mandat du peuple entraînent un certain manque de *responsabilité de l'exécutif devant le parlement*.

Certaines des dispositions concernant le Président sont trop générales. Il faudrait au moins traiter de l'investiture des candidats à la présidence. Par ailleurs, les conditions requises pour se porter candidat comportent des éléments inutiles, voir vaguement comiques ("a au moins atteint le niveau correspondant à la fin de la scolarité obligatoire").

Les dispositions relatives au Conseil des Ministres sont assez peu nombreuses, probablement parce que, comme on vient de le voir, le Conseil est subordonné au Président.

Les pouvoirs du Président

Le projet de Constitution donne au Président une position particulièrement forte. Plusieurs fonctions importantes lui sont dévolues. Certaines d'entre elles pourraient sans doute être remplies à un niveau moins élevé. Il semble souhaitable de reconsidérer la sphère des devoirs présidentiels. On devrait au moins examiner les points suivants :

- Convient-il que le Président intervienne, en quelque domaine que ce soit, dans l'administration locale ?
- On pourrait envisager de fixer des limites matérielles à la compétence normative du Président (art. 182).
- Les questions de *droit d'asile* et d'*expulsion* ont été incluses dans la longue liste des pouvoirs présidentiels (art. 178, clause 25), peut-être pour en souligner la nature "politique". Il serait préférable d'en souligner la nature *juridique*, en partie parce qu'elle a des répercussions dans le domaine des droits de l'homme et en partie pour éviter de transformer les décisions individuelles d'octroi de l'asile ou d'expulsion en questions de politique extérieure.

4. Autonomie et gouvernement local et régional

La République autonome de Crimée (Chapitre 17)

On ne saurait considérer, vu le contexte international, que les dispositions concernant la Crimée laissent à cet Etat une grande autonomie. Par exemple, le statut des îles d'Åland, en Finlande, comporte des dispositions les protégeant contre l'ingérence législative de l'Etat-nation.

Gouvernement municipal et régional (Partie VII)

La septième partie du projet de Constitution offre un grand nombre de dispositions relatives au gouvernement local et régional. Plusieurs pays qui ont adopté une Constitution ces dernières années ont jugé important de réglementer ce sujet. Il ne semble pourtant pas qu'il y ait besoin d'entrer dans les détails au niveau de la Constitution. Par exemple, une loi actuellement à l'examen en Finlande, propose de prévoir ce qui suit dans la Constitution :

"Le gouvernement local est assuré par les habitants. Les fondements de ce pouvoir local seront précisés dans une loi. Celle-ci devra définir les conditions nécessaires pour remplir les fonctions confiées à la municipalité. Chaque commune a le droit de lever des impôts. L'assujettissement à l'impôt et l'assiette de celui-ci, ainsi que la protection juridique du contribuable, feront l'objet d'une loi ultérieure.

De même, une loi établira de quelle façon et dans quelle mesure le Gouvernement local pourra être étendu à des régions administratives plus larges que la commune."

L'organisation de l'administration a été précisée par une loi et par des décrets municipaux.

5. Remarques diverses

L'Etat et la société civile (Partie IV)

La subordination de l'Etat à la société civile est une innovation intéressante correspondant à une évolution générale qui donne aux Constitutions un caractère plus social et, par voie de conséquence, leur ôte en partie leur caractère d'instrument de l'Etat. A ce propos, on peut se demander si l'article 88, par.3, sur le rôle de l'Etat en tant que remplaçant des parents naturels de l'enfant n'est pas un peu simpliste.

Examen de la constitutionnalité des lois.

Tribunaux ordinaires

Le système proposé, dans lequel les tribunaux ordinaires saisissent la Cour constitutionnelle en cas d'incompatibilité des lois avec la Constitution (art. 217), ne risque-t-il pas d'entraîner une application très limitée des droits constitutionnels par les tribunaux ordinaires?

La Cour constitutionnelle

Le projet exprime une grande confiance dans les possibilités d'une Cour constitutionnelle de protéger les droits constitutionnels et la Constitution en général. Cette confiance est-elle justifiée? Ne devrait-on pas envisager des mécanismes complémentaires de protection de la Constitution ?

Les énumérations de l'article 245, par. 2, ne sont pas claires, car elles renvoient à un point qui ne figure pas dans l'article 243. Les rédacteurs proposent-ils que chaque contestation de la constitutionnalité soit jugée par un collège de trois membres ? Dans l'affirmative, peut-être faudrait-il que l'article 246 demande l'unanimité des membres du collège.

Si la Cour constitutionnelle est habilitée à imposer quelque forme de décision préjudicielle aux tribunaux ordinaires, il faudra examiner soigneusement la décision finale dans l'affaire *famille Ruiz-Mateos contre Espagne* pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, on sera peut-être alors amené à garantir aux parties à la controverse de départ un procès équitable devant la Cour constitutionnelle.

Traité internationaux et droits de l'homme au niveau international
Monisme et dualisme.

L'article 8 reflète la tendance contemporaine vers le "*monisme*" en matière de droit international comme interne. Le *principe moniste* est exprimé dans l'article 8, par. 2, qui donne directement force exécutoire aux traités, sans qu'il soit nécessaire de les intégrer dans la législation nationale. En revanche, l'article 162 prévoit une méthode *dualiste* d'application des traités, c'est-à-dire, d'abord l'adoption d'une loi nationale comme première solution.

Primauté du droit international.

La question de la *primauté du droit international* est logiquement distincte du principe moniste. A cet égard, le projet ne va pas très loin: il se contente, dans l'article 8, par. 1, d'affirmer le primat des "valeurs humaines générales" et des "principes généralement reconnus du droit international".

Cela soulève deux questions qu'il faudrait examiner: (a) la formulation de l'article 8 ne devrait-elle pas prendre en compte l'évolution rapide de nouvelles formes de normes internationales. Le texte actuel ne couvre que les traités et le droit international coutumier, et laisse de côté des instruments comme les résolutions contraignantes d'organismes internationaux; (b) si l'intention du législateur n'est pas de donner au droit international la prééminence *générale* sur le droit interne, on pourrait réfléchir à la position des *normes internationales de droits de l'homme*. La référence aux "valeurs humaines générales" dans l'article 8, par. 1, est insuffisante en tant que base juridique de la primauté des traités de droits de l'homme.

La participation parlementaire.

L'article 136 aborde de façon très classique la question de la participation du parlement à la conclusion de traités. Etant donné que, de nos jours, la création du droit international recourt à des méthodes manifestement différentes des méthodes traditionnelles d'élaboration des traités, le projet de Constitution risquerait de limiter inutilement la participation de l'Assemblée nationale à la formation de nouvelles obligations internationales. Il faut tenir compte de la possibilité que des organismes internationaux adoptent des résolutions directement (sans ratification ultérieure) contraignantes pour l'Ukraine (et peut-être, comme dans le cas de la CEE, également à l'intérieur de l'Ukraine). Une solution possible est d'inclure une cause prévoyant la possibilité pour l'Assemblée de suivre et d'orienter les négociations sur des questions décidées par les organismes internationaux. On pourrait peut-être utiliser comme point de départ les dispositions relatives au "consentement préalable" du Conseil des députés (article 140, clause 3) et du Conseil des délégués (art. 131, clause 6).