

AVIS SUR LA PARTIE II "DROITS ET LIBERTES DE L'HOMME ET DU CITOYEN" DU PROJET DE LA CONSTITUTION DE L'UKRAINE

par
M. Gérard BATLINER
Liechtenstein

Observations concernant la partie II (*Droits et libertés de l'homme et du citoyen+) du projet de Constitution de l'Ukraine - s'appuyant sur la traduction anglaise figurant dans le document CDL(95) 28

J'ai sous les yeux l'excellent commentaire établi le 17 août 1995 par le professeur Luzius Wildhaber concernant la partie II du projet de Constitution. Sur le fond, je partage tout à fait l'avis du professeur Wildhaber. C'est pourquoi je me bornerai à formuler quelques remarques complémentaires, à propos de la partie II (*Droits et libertés de l'homme et du citoyen+), qui n'apparaissent pas dans le commentaire de M. Wildhaber (voir ci-après, sous B). J'examinerai néanmoins tout d'abord (voir sous A), quelques autres dispositions du projet de Constitution qui, bien que figurant dans les parties I, III, IV et V, sont de nature à influencer sur la nature, l'application et l'effectivité des droits fondamentaux figurant dans la partie II. Chaque norme constitutionnelle doit en effet être considérée à la lumière de l'ensemble et de l'unité de la Constitution. Cela vaut également pour la situation juridique de l'individu dans l'Etat en général, tout particulièrement en ce qui concerne les droits fondamentaux individuels.

A.

Cadre constitutionnel

1. *Constitution - Hiérarchie des normes - Principe de légalité*

Pour un Etat de droit (*law-based+) (partie I, article 1), l'existence d'un système de normes hiérarchique et cohérent est fondamental. La Constitution est la norme suprême (partie I, article 6, paragraphe 2). Les lois et autres dispositions normatives devraient non seulement ne pas être incompatibles (*not contradict+) avec la Constitution, mais s'appuyer sur celle-ci et être en accord avec elle. La dernière phrase de l'article 6, paragraphe 2, de la partie I est équivoque.

Dans aucun domaine, les organes de l'Etat ne devraient agir sans fondement normatif. Il importerait de prévoir, à la partie I, article 6, paragraphe 1, non seulement la *prééminence+ du droit (*supremacy of law+), mais aussi la nécessité d'une base légale. Aucune action de l'Etat ne doit être admise en l'absence d'un fondement normatif suffisant.

Tout aussi décisif est le rang des normes dans le système normatif (Constitution - Loi - Normes infralégales). La norme inférieure doit, dans son contenu et son étendue, s'appuyer sur la norme supérieure et dépendre de celle-ci. A ce propos, il serait important de savoir quel est le rang des arrêtés et décrets normatifs du Président (partie IV, article 9) ainsi que des arrêtés ministériels obligatoires (partie IV, article 19, paragraphe 1) par rapport aux lois normales.

La traduction anglaise du projet de Constitution éveille l'impression que sont créés côte à côte deux *législateurs+ dont les compétences législatives sont fixées sous le mode de l'énumération (partie III, article 102, paragraphe 1, alinéas 1, 4 et 5, combinés avec l'article 103 pour l'Assemblée suprême; partie IV, article 9, combiné avec l'article 8 pour le Président). Cela peut entraîner des lacunes normatives comme aussi des chevauchements normatifs et des conflits de compétence. Si l'on prévoit deux organes *législateurs+ - ce qui ne va pas sans problèmes - les compétences de l'un des deux organes devraient être fixées par une disposition générale. En vertu de celle-ci, cet organe serait compétent pour la législation dans tous les domaines dans lesquels des compétences précisément définies n'ont pas été expressément attribuées à l'autre. Les dispositions de la partie III, article 103, dernier paragraphe, et de la partie IV, article 8, alinéa 27, et article 9, paragraphe 3, accentuent ce manque de clarté.

Normalement, les actes normatifs de l'exécutif ne sont posés que sur la base et dans le cadre des lois, qui constituent alors la norme supérieure. Ce n'est qu'exceptionnellement et dans des domaines clairement définis en droit constitutionnel que des actes normatifs de l'exécutif peuvent s'appuyer directement sur la Constitution.

Il est difficile, sans aucun doute, dans une phase de transition juridique, de satisfaire aux exigences précitées pour la création d'un ordre juridique cohérent et logique. Toutefois, le but législatif doit être, aussi bien pour les organes d'application du droit que pour les individus, de créer un ordre normatif qui soit le plus clair et le plus transparent possible, afin que chacun puisse déterminer son comportement en fonction de lui. Dans la pratique, cette exigence du *principe de légalité+ - à côté de la protection des droits fondamentaux - est pour l'individu, qui doit du matin au soir se conformer aux lois, d'une importance capitale.

2. **Pas de droit sans protection+*

Selon une maxime du droit romain, un droit ne vaut que dans la mesure où il est protégé: *Ubi ius, ibi remedium+. L'article 43 (partie II) semble garantir la protection des droits par les tribunaux, lorsque les droits constitutionnels fondamentaux de la partie II sont mis en question. Cette garantie est extraordinairement importante.

Mais dans la vie quotidienne, il est élémentaire que tout individu ait accès, également lorsqu'il s'agit de ses droits et obligations simplement légaux, à des tribunaux indépendants et impartiaux, et qu'il jouisse d'une protection juridique. Cela vaut non seulement en matière pénale et civile, mais aussi fondamentalement en matière administrative. En matière administrative, où l'Etat est souverain, l'accès de l'individu à un tribunal indépendant, impartial et traitant les deux parties de la même manière, est essentiel.

3. *Séparation des pouvoirs*

Le projet de Constitution prévoit à la partie I, article 3, paragraphes 4 à 6, la séparation des pouvoirs. La séparation des pouvoirs est un élément constitutif de l'Etat de droit et de sa modération institutionnelle. En particulier, il est essentiel de prendre des mesures institutionnelles pour garantir une justice indépendante et impartiale, dotée de compétences suffisantes et claires.

A propos de l'indépendance des tribunaux, une attention particulière doit être accordée à la nomination des juges par des organes politiques (partie III, article 102, paragraphe 1, alinéa 15, et partie IV, article 8, alinéas 14 et 18, ainsi que partie V, article concernant la nomination des juges à la page 44 du document CDL(95) 28).

Concernant les compétences normales des tribunaux, voir ce qui a été dit plus haut sous A.2.

Les tribunaux sont également le *garant+ des droits fondamentaux constitutionnels (partie II, article 43). Tous les autres organes doivent respecter les droits fondamentaux mais ne doivent pas à proprement parler les *garantir+. Que signifie, à la partie IV, article 1, paragraphe 2, que le Président est le *garant du (...) respect des droits et libertés fondamentales de l'homme et du citoyen+. Ou le serment, à la partie IV, article 7, paragraphe 3, *de ... protéger les droits et libertés fondamentaux de l'homme et du citoyen+. Ou, à la partie IV, article 8, alinéa 19, la compétence *est (...) le garant de l'indépendance des tribunaux (...)?. Que contient la compétence des ministères *de prendre des mesures pour protéger les droits et libertés de l'homme et du citoyen+ (partie IV, article 18, alinéa 2)?

Normalement, les tribunaux sont compétents pour interpréter les dispositions normatives et pour vérifier la conformité des normes infraconstitutionnelles avec la Constitution. Je suppose que la compétence de l'Assemblée suprême, *d'interpréter officiellement la Constitution+ (partie III, article 102, paragraphe 1, alinéa 5) correspond à l'interprétation *authentique+. L'interprétation authentique n'est au fond rien d'autre qu'un acte constituant ou législatif normal. S'il devait s'agir ici de l'interprétation de la Constitution et des lois au sens technique, cela serait l'affaire des tribunaux. De même, les tribunaux et non les autorités politiques centrales (Assemblée suprême, Président) devraient être compétents pour annuler les décisions contraires à la Constitution ou à la loi prises par l'Assemblée ou le Gouvernement de la République autonome de Crimée (partie III, article 102, paragraphe 1, alinéa 29, ainsi que partie IV, article 8, alinéa 6). Que signifie, à la partie III, article 113, la dernière phrase: *Les lois de l'Ukraine, les décisions (...) si elles sont contraires à la Constitution (...) peuvent être sans effet+. Qui décide?

Il semble que, d'après la partie IV, article 26, le procureur soit simultanément ministre public, juge d'instruction, organe de contrôle sur les services chargés de l'enquête et sur l'exécution de la peine. Une telle concentration des pouvoirs est inadmissible dans un Etat de droit et partiellement incompatible avec la Convention européenne des Droits de l'Homme.

4. *Loi martiale*

Des dispositions d'une formulation très abstraite sur la déclaration de la loi martiale ou de la guerre peuvent compromettre l'effectivité des droits fondamentaux (voir partie IV, article 8, alinéa 21, et partie III, article 102, paragraphe 1, alinéas 17 et 18). Une certaine protection est assurée par le fait que la déclaration de la loi martiale doit être approuvée par l'Assemblée suprême. Il serait préférable que les conditions à remplir pour la déclaration de la loi martiale ou de la guerre soient réglées par la Constitution plutôt que par des lois (voir partie III, article 103, paragraphe 1, alinéa 28).

B.

Observations concernant la partie II *Droits et libertés de l'homme et du citoyen+ (article 13-58)

1. La partie II est substantielle et très généreuse. Je renvoie aux commentaires *généraux+ et *systématiques+ du professeur Wildhaber. La claire classification des divers types de droits (et obligations) me paraît importante. Les droits fondamentaux classiques devraient être réunis dans un premier sous-chapitre. Un deuxième sous-chapitre rassemblerait les droits et libertés sociaux, culturels, écologiques et économiques. Un dernier sous-chapitre pourrait être consacré aux obligations. Les sous-chapitres se distingueraient également sur le plan linguistique. La formule *toute personne a le droit de (...)+ devrait être employée pour les droits fondamentaux classiques; il serait également souhaitable, dans le cas des droits fondamentaux classiques, de prévoir une disposition disant que ces droits fondamentaux sont directement applicables (*directly applicable*) pour tous les organes de l'Etat et que leur non-application peut faire l'objet d'un recours direct par les individus devant les tribunaux ordinaires ou devant un tribunal constitutionnel afin qu'ils soient effectivement pris en considération (article 43).

2. L'article 42 contient une disposition sur les limitations possibles des droits fondamentaux. Mais il y a des droits fondamentaux, comme par exemple à l'article 18, le droit à la vie (par principe), l'interdiction de la torture (article 23), le principe de *nulla poena sine lege* (article 49), qui ne peuvent souffrir absolument aucune limitation. Ces exceptions devraient être mentionnées expressément dans l'article 42.

Il y aurait peut-être lieu également d'inclure une *garantie de l'essence, comme, par exemple, la Loi fondamentale allemande le prévoit en son article 19, paragraphe 2: *Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à l'essence d'un droit fondamental+.

3. Particulièrement précieuse pourrait se révéler la disposition de l'article 58, paragraphe 2: *Les dispositions relatives aux droits de l'homme figurant dans les instruments juridiques internationaux qui ont été ratifiés par l'Ukraine ont un effet constitutionnel+. Il serait peut-être utile d'y ajouter: *et sont directement applicables+. Cette adjonction éliminerait d'éventuelles incertitudes si, par exemple, l'Ukraine ratifiait la Convention européenne des Droits de l'Homme. Mais à ce propos, il faut également tenir compte de la partie III, article 102, paragraphe 1, alinéa 10. Que signifie: *Le mandat de l'Assemblée suprême de l'Ukraine inclut (...) la suspension de l'observation de ces traités (internationaux) conformément à la loi+?

En droit international, une telle dénonciation d'obligations acceptées sur le plan international, pendant la durée de validité des traités, est inadmissible.

La disposition de l'article 28, paragraphe 2, aura comme conséquence que les droits fondamentaux reconnus à l'échelon international qui vont plus loin que les droits fondamentaux nationaux non seulement seront constitutionnellement obligatoires, mais, en tant que *Lex constitutionalis posterior*, auront le pas sur les droits fondamentaux nationaux. Si toutefois les droits fondamentaux nationaux contiennent des dispositions plus favorables pour l'individu, les droits fondamentaux nationaux seront applicables.

4. La partie II contient également des obligations constitutionnelles. A propos des obligations, il devrait être mentionné que leur non-respect par une personne n'a pas pour effet de priver cette personne de ses droits fondamentaux. Si par exemple quelqu'un ne respecte pas l'obligation du service militaire et s'expose ainsi à une sanction, l'intéressé peut néanmoins faire valoir son droit fondamental à l'accès à un tribunal et à un procès équitable.

5. Observations concernant divers articles (ces observations ont pour seul objet de compléter le commentaire du professeur Wildhaber).

Article 13: La notion de *lawful interests+ (intérêts légaux) employée dans la traduction anglaise n'est pas claire. On la rencontre également à l'article 32, paragraphe 2 et à l'article 43. Il serait bon d'en préciser le contenu. Recouvre-t-elle les *droits et libertés de l'homme et du citoyen+ particuliers énoncés dans les articles 13 et suivants? Ou bien s'agit-il d'intérêts simplement légaux qui sont élevés au rang d'intérêts constitutionnels? Ce serait assurément contradictoire. Ou pense-t-on par là à la garantie de certains droits (par exemple le mariage, la propriété) qui n'existent pas en tant que tels dans le monde des faits objectifs, mais qui ont besoin d'une institution juridique (institution juridique du mariage, de la propriété) pour pouvoir simplement être protégés constitutionnellement?

Au paragraphe 1 de l'article 13, on peut également se demander s'il ne conviendrait pas peut-être d'ajouter le mot *coutumes+: *aux principes, coutumes et règles du droit international+.

Les mots *from his birth+ (dès sa naissance) figurant à l'article 13, paragraphe 2, sont peut-être une erreur de traduction. Il vaudrait mieux employer la notion de *inhérents+: *et sont inhérents à chaque personne+. Un tel éclaircissement notionnel pourrait se révéler très important à l'avenir, eu égard aux possibilités d'intervention croissantes sur les plans médical et biotechnique.

Article 16: Nous recommandons d'ajouter, paragraphe 2, les mots *conformément au droit international+.

Article 18: Paragraphe 1, deuxième phrase, il est bien impliqué que l'Etat a l'obligation de protéger juridiquement la vie contre des interventions de tiers. Cela est essentiel.

Article 22 et article 23, paragraphe 1: Ces dispositions sont tellement fondamentales que nous recommandons de mentionner de manière exhaustive, au niveau constitutionnel, les motifs permettant la privation de liberté, et de ne pas en laisser le soin à la simple législation. Voir l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Article 28: Il serait utile, paragraphe 1, première phrase, de mentionner également la *vie familiale+ *la vie privée et la vie familiale d'une personne (...)+. La vie familiale n'est pas identique à la notion juridique de famille (article 20, paragraphe 3) et n'est pas non plus suffisamment protégée par l'inviolabilité du domicile (article 24, paragraphe 1).

Article 32: Il est réaliste de prévoir la possibilité d'une expropriation de biens autorisée par la loi moyennant une indemnisation matérielle correspondante.

Article 33: Peut-être pourrait-on y ajouter le droit au *libre choix de la profession+, à titre de droit subjectif individuel.

Article 42: Je renvoie à mes observations ci-dessus sous B.2.

- Le paragraphe 3 de l'article 42 est d'une sévérité assez irréaliste. D'après cette disposition, on ne pourrait pas toucher, en situation d'urgence, par exemple, aux droits figurant aux articles 14 (égalité), 26 (association), 28 (vie privée), etc.

Article 43: Voir mes observations ci-dessus sous A.2.

Personnes morales: Si je comprends bien la partie II dans sa traduction anglaise, il n'est pas prévu de droits fondamentaux pour les personnes morales. Or, les personnes morales méritent également, dans le cadre de leur spécificité, de se voir reconnaître des droits et une protection constitutionnelle (par exemple, liberté d'expression, droit de propriété, droit au secret professionnel, accès aux tribunaux). La Loi fondamentale allemande, par exemple, prévoit en son article 19, paragraphe 3: *Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet.+

Vaduz, le 13 septembre 1995

Liechtenstein

D^r h.c. Gérard Batliner