



Strasbourg, le 27 septembre 2000

<cdl\doc\2000\cdl\73-f.doc>

Diffusion restreinte

CDL (2000) 73

Or. Anglais

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

(COMMISSION DE VENISE)

**PROJET D'AVIS SUR LA MISE EN ŒUVRE
DU REFERENDUM EN UKRAINE**

préparé par

**M. S. Bartole (Membre, Italie)
M. G. Batliner (Membre, Liechtenstein)
M. G. Malinverni (Membre, Suisse)**

I. Introduction

1. Dans une lettre datée du 13 juin 2000, le président de la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire demandait à la Commission de Venise de rédiger un avis sur les deux projets de réforme constitutionnelle en Ukraine présentés par le Président Kouchma et par des députés du Parlement, à la suite du référendum d'avril dernier, en particulier en ce qui concerne la liberté de décision du Parlement, la compatibilité de ces projets avec les articles 157 et 158 de la Constitution, leur conformité aux normes internationales et leurs conséquences pour la démocratie et la primauté du droit en Ukraine.
2. Il est rappelé que le Président de l'Ukraine a signé le 15 janvier 2000 un décret annonçant la tenue d'un référendum d'initiative populaire en Ukraine le 16 avril 2000. Ce référendum portait sur l'amendement de la Constitution ukrainienne et avait essentiellement pour but d'affaiblir la position de la Verkhovna Rada (parlement ukrainien). Ce référendum a été vivement contesté, en particulier par des membres du parlement; il a été examiné par la Commission de Venise (voir plus loin) et la Cour constitutionnelle a prononcé l'inconstitutionnalité de deux des six questions soumises à référendum.
3. La Commission de Venise a adopté le 31 mars 2000, à la demande de l'Assemblée parlementaire et du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, un avis sur le référendum (document CDL-INF(2000) 11). Ses conclusions ont été les suivantes:

« 53. En ce qui concerne le référendum tel qu'il a été initialement proposé dans le décret du 15 janvier 2000, les conclusions de la Commission peuvent être résumées comme suit:

- la Constitution ne peut être directement révisée par le biais de ce référendum;
- l'admissibilité d'un référendum consultatif d'initiative populaire semble très discutable;
- il appartient à la cour constitutionnelle de l'Ukraine de décider s'il existe à l'heure actuelle un fondement juridique pour la tenue de référendums en Ukraine;
- l'une des questions soumises au référendum est de toute évidence contraire à la Constitution, les autres manquent de clarté et/ou posent de très graves problèmes;
- l'adoption de l'ensemble de ces propositions porterait atteinte à l'équilibre des pouvoirs entre le Président et le Parlement.

Ces éléments mettent gravement en cause la constitutionnalité et la recevabilité du référendum dans son ensemble.

54. Suite à la décision de la Cour constitutionnelle, la situation de fait prise en compte par la Commission a changé. A la suite de cette décision très importante, la Cour a déclaré les questions 1 et 6 anticonstitutionnelles. Elle a décidé en outre, que si d'autres questions étaient approuvées lors du référendum, cela ne pouvait être considéré comme un amendement direct à la Constitution, mais que les organes de l'Etat devaient obligatoirement examiner ces propositions et prendre des décisions y

afférentes en conformité avec le Chapitre XIII de la Constitution sur l'introduction d'amendements à la Constitution de l'Ukraine.

55. La Commission constate que cette décision ouvre la porte à une solution possible sur la base d'un consensus entre les différents pouvoirs de l'Etat. Si les questions sont approuvées par le peuple, leur examen par la Verkhovna Rada et les autres institutions des pouvoirs de l'Etat permettront de faire en sorte que les amendements finalement adoptés ne soient pas incompatibles avec les standards européens et qu'ils traduisent une solution acceptable par tous les organes de l'Etat. La Commission est à la disposition des autorités ukrainiennes pour leur accorder son assistance en la matière.

4. Le référendum a eu lieu le 16 avril 2000 (conformément à la législation ukrainienne, le vote a commencé dix jours plus tôt). D'après les résultats officiels, 81,1 % des électeurs ont pris part au référendum et une majorité se situant entre 80 et 90 % a approuvé les quatre propositions retenues pour le référendum.
5. Afin d'appliquer les résultats du référendum, deux projets de loi ont été soumis au Parlement, l'un par le Président de l'Ukraine (CDL (2000) 41), l'autre par 152 députés (CDL (2000) 42). Ces deux projets font l'objet du présent avis. Conformément à la Constitution ukrainienne, les deux projets ont été soumis à la Cour constitutionnelle pour avis quant à leur conformité aux articles 157 et 158 de la Constitution. La Cour n'a fait aucune objection au projet présenté par le Président, mais a déclaré inconstitutionnelle celle des députés relative à l'immunité parlementaire, estimant que leur proposition de deuxième chambre était incomplète et ne pouvait en l'état être retenue pour examen (voir plus loin).
6. Du 13 au 15 septembre 2000, une délégation de la Commission composée de trois membres (M. Bartole, de l'Italie, M. Batliner, du Liechtenstein, et M. Malinverni, de Suisse) s'est rendue en Ukraine et s'est longuement entretenue avec des représentants de l'administration présidentielle, du Parlement ukrainien, de la Cour constitutionnelle, du ministère de la Justice, du ministère des Affaires étrangères et de la commission centrale électorale et a aussi rencontré de manière informelle des opposants politiques.

II. La procédure de mise en œuvre du référendum

7. Ainsi que l'a fait observer la Commission dans son avis du 31 mars 2000, la loi ukrainienne sur les référendums nationaux et locaux a été adoptée en 1991 (puis modifiée en 1992), bien avant la Constitution ukrainienne (du 28 juin 1996), et n'a jamais été harmonisée avec celle-ci. Tous les interlocuteurs de la délégation de la Commission en Ukraine ont reconnu la nécessité d'adopter une nouvelle loi sur les référendums. Il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition législative applicable pour appeler à un référendum et le mettre en œuvre. La mise en pratique des résultats du référendum ne repose que sur la décision du 27 mars 2000 de la Cour constitutionnelle relative à sa constitutionnalité, selon laquelle:

«si elles sont approuvées par un référendum national d'initiative populaire, les questions énoncées aux paragraphes 2, 3, 4, 5 de l'article 2 du Décret du Président de l'Ukraine appelant à un référendum national d'initiative populaire, doivent être obligatoirement examinées et faire l'objet de décisions conformément à la procédure établie par la Constitution de l'Ukraine, en particulier sous le chapitre XIII «De la

révision de la Constitution de l'Ukraine», et par les lois de l'Ukraine».

8. Cette décision ne saurait compenser l'absence de dispositions juridiques applicables. Diverses questions de procédures se posent encore. En particulier, il n'est pas clairement établi si à la suite du référendum le Parlement ukrainien est automatiquement saisi de ses résultats ou si quelqu'un (qui?) doit faire une proposition à cet effet. En pratique, le problème a été résolu en recourant à la procédure de révision de la Constitution prévue à l'article 154 de la Constitution. Cette disposition donne le droit d'initiative au Président ou au tiers du parlement.
9. Autre fait important, la législation ukrainienne ne propose aucune solution au conflit qui naîtrait si la majorité des deux tiers du parlement requise pour modifier la Constitution n'était pas atteinte. La Constitution ne peut être révisée sans un vote favorable du parlement et les députés sont libres d'approuver les propositions, de les modifier ou de les rejeter. En première lecture, le projet présidentiel a obtenu 251 voix. Il en fallait 300 en dernière lecture pour modifier la Constitution. Il est donc possible que les résultats du référendum tels qu'ils ont été exprimés ne soient pas mis en œuvre. Après un référendum national, ce serait décevant.
10. Cela confirme l'appréciation critique du référendum et de son fondement juridique, formulée par la Commission dans son avis du 31 mars 2000. Néanmoins, c'est certainement un moindre mal par rapport à ce que signifieraient l'abandon du principe de la liberté d'exercice du mandat de député et le mépris des dispositions claires concernant la révision de la Constitution, qui exige l'approbation des deux tiers du parlement. La Commission se félicite donc que tous les interlocuteurs officiels rencontrés lors de la visite de la délégation aient reconnu que la Verkhovna Rada ne peut être contrainte à approuver les amendements à la Constitution. Tant les représentants de l'administration présidentielle que ceux du ministère des Affaires étrangères ont signalé que, lors d'une réunion avec les ambassadeurs ukrainiens auprès des pays européens les 26 et 27 août 2000, le Président Kouchma avait déclaré qu'il respecterait les dispositions constitutionnelles relatives à l'amendement de la Constitution et ne dissoudrait pas le parlement si la majorité requise pour l'adoption des modifications n'était pas atteinte.
11. En conclusion, la Commission se félicite de cet engagement et souligne la nécessité d'une nouvelle législation sur les référendums en Ukraine.

III. Le projet présenté par le Président

Caractéristiques générales

12. Le projet présenté par le Président est un texte concis. Il contient uniquement les propositions d'amendements constitutionnels approuvés lors du référendum en réponse à trois des quatre questions. S'agissant de la quatrième question, l'introduction d'une deuxième chambre, le Président n'a pas fait de proposition dans son projet, mais a constitué une commission d'experts avec des représentants de divers organes étatiques chargés d'élaborer une proposition concrète. Cette commission est aussi chargée de préparer les modifications à la législation ordinaire, requises à la suite du référendum.

Proposition de révision constitutionnelle tendant à réduire le nombre des députés

13. La première proposition du Président est de modifier, conformément aux résultats du

référendum, l'article 76 de la Constitution visant à ramener le nombre des députés au parlement de 450 à 300. Il appartient à la Verkhovna Rada de se prononcer sur cet amendement auquel la Commission ne voit pas d'objection, à condition qu'il entre en vigueur uniquement à l'issue de nouvelles élections.

Proposition de limitation de l'immunité parlementaire

14. Conformément aux résultats du référendum, le président propose de supprimer le paragraphe 3 de l'article 80 de la Constitution qui dispose que: «les députés du peuple d'Ukraine ne peuvent pas faire l'objet de poursuites pénales, être appréhendés ou arrêtés sans l'accord de la Verkhovna Rada d'Ukraine». Cette proposition continue d'inspirer de sérieuses craintes à la Commission.
15. Il est vrai que certaines démocraties occidentales, en particulier celles régies par le common law, ne reconnaissent pas le principe de l'immunité parlementaire des députés en matière d'arrestation et de détention et reconnaissent seulement leur immunité pour leurs déclarations faites au parlement. Cependant, il s'agit de pays qui ont une longue tradition démocratique et où une arrestation arbitraire d'opposants politiques pour des motifs fallacieux paraît impensable. Il en va bien autrement de l'Ukraine où la démocratie est très récente et où les opposants politiques redoutent d'être arrêtés sous de faux prétextes s'ils ne sont pas protégés par cette proposition. En outre, selon la disposition transitoire n° 13 de la Constitution, la procédure antérieure à la Constitution concernant l'arrestation des personnes demeure en vigueur jusqu'au 28 juin 2001 et suivant cette disposition transitoire, la Procuration est encore régie par les anciennes lois. Les députés, une fois privés de leur immunité, pourraient donc être arrêtés et détenus sans intervention judiciaire. C'est certainement une situation qui risque de nuire à la liberté d'opinion et de décision des députés.
16. Les interlocuteurs officiels de la délégation en Ukraine ont reconnu la nécessité de dispositions juridiques assurant un certain degré de protection aux députés, après la suppression du paragraphe 3 de l'article 80 de la Constitution. L'intention semble être d'assurer une protection relative par le biais de la loi ordinaire.
17. La Commission estime que c'est dans la Constitution que doit se situer la disposition fondamentale relative à l'immunité parlementaire et fait observer que des dispositions parallèles sur l'immunité des juges, par exemple, figurent dans la Constitution (article 126, paragraphe 3) Le fait de supprimer maintenant le paragraphe 3 de l'article 80 de la Constitution, sans attendre l'adoption d'une loi, expose les députés à une absence totale de protection dans l'intervalle, puisque les nouvelles dispositions constitutionnelles concernant l'arrestation et la détention ne sont pas encore entrées en vigueur. Cela paraît inacceptable. Pour prendre en compte les résultats du référendum, on pourrait envisager de réduire l'immunité des députés au niveau dont jouissent actuellement les juges en vertu du paragraphe 3 de l'article 126 de la Constitution: «le juge ne peut pas, sans l'accord de la Rada Suprême d'Ukraine, être appréhendé ou arrêté avant qu'un jugement de condamnation ait été prononcé par un tribunal.» Une disposition analogue pour les députés du parlement devrait être incluse dans la Constitution et non dans une loi ordinaire et devrait entrer en vigueur simultanément avec l'abrogation de la disposition actuelle.

Proposition visant à faciliter la dissolution de la Verkhovna Rada

18. La troisième proposition du Président consiste à ajouter un nouveau paragraphe 3 à l'article 90 de la Constitution, ainsi libellé:

«Le Président de l'Ukraine peut aussi mettre fin à l'autorité de la Verkhovna Rada» avant l'expiration de son mandat, si dans le délai d'un mois la Verkhovna Rada de l'Ukraine ne parvient pas à constituer une majorité parlementaire permanente ou si dans le délai de trois mois elle ne parvient pas à approuver le budget de l'Etat élaboré et présenté par le cabinet ministériel de l'Ukraine conformément à la procédure établie.»

et à procéder à l'amendement technique correspondant de l'article 106 de la Constitution.

19. Jusqu'ici, la Verkhovna Rada ne peut être dissoute que si dans un délai de 30 jours d'une même session ordinaire, les réunions plénières ne peuvent pas commencer. Cela est très restrictif et il est concevable d'envisager d'autres possibilités de dissolution.
20. En ce qui concerne le premier nouveau motif de dissolution proposé, c'est-à-dire l'incapacité de constituer dans un délai d'un mois une majorité parlementaire permanente, l'intention qui sous-tend cette proposition, qui est de contraindre les députés à être cohérents et d'assurer une stabilité gouvernementale, est compréhensible et même positive. L'incapacité de la Verkhovna Rada de constituer une majorité claire a eu indiscutablement des conséquences négatives pour l'Ukraine et a contribué à la lenteur des réformes dans ce pays. Le libellé de cette proposition paraît toutefois gravement biaisé.
21. En ce qui concerne le délai d'un mois, il n'est nullement précisé quand cette période est censée commencer. L'interprétation la plus plausible semblerait être dans le délai d'un mois après les élections ou la première réunion du nouveau parlement élu. Une dissolution à ce moment-là risque cependant de conduire à une reconstitution identique de la Verkhovna Rada et il paraît de toute façon impossible de savoir dans ce cas s'il y a une majorité parlementaire permanente. Une autre interprétation possible, mais un peu extrême, serait d'établir un lien avec l'article précédant et de faire démarrer les 30 jours au début de chaque session ordinaire (la Verkhovna Rada, en vertu de l'article 83 de la Constitution, tient deux sessions ordinaires par an). Il paraît toutefois contradictoire de parler de «constituer» une majorité «permanente» deux fois par an et la logique du lien entre les sessions ordinaires et la constitution d'une majorité n'est pas vraiment visible. Cette disposition manque de clarté.
22. L'autre élément, la constitution d'une majorité permanente, n'est pas beaucoup plus clair. Cette notion n'est nulle part clairement définie. L'autre projet présenté par les 150 députés tentait de la définir comme une sorte de corporation de la majorité au sein du parlement. Cette approche risque d'être contraire au principe de la liberté de mandat des députés. Il paraît également impossible d'exiger légalement d'une manière aussi impérative une majorité stable ou permanente, étant donné qu'aucun membre du parlement ni d'un parti ne peut être empêché de quitter la majorité ou le parti en cas de désaccord. Pour avoir du sens, la notion de majorité doit être liée à un événement spécifique. D'après la Constitution ukrainienne, il semble qu'il y ait deux moments particulièrement importants pour la constitution d'une majorité: l'approbation par la Verkhovna Rada de la

nomination du premier ministre (article 85 n° 12) et de son programme (article 85 n° 11). Au lieu d'introduire un vague concept de majorité permanente, il serait préférable de lier la possibilité d'une dissolution au refus répété du parlement d'autoriser la nomination du premier ministre (proposé par le Président) ou à son incapacité d'approuver le programme du gouvernement.

23. En outre, il ne faut pas négliger un aspect systématique. Selon la Constitution ukrainienne, le Président est libre de présenter un candidat acceptable pour la majorité et le cabinet des ministres est d'abord responsable devant le Président et en second lieu seulement devant le parlement qui contrôle son action. Cela n'encourage pas la constitution d'une majorité stable autour du gouvernement. Si l'on souhaite établir une majorité claire au sein de la Verkhovna Rada, il faudrait logiquement aussi donner à cette majorité la possibilité de jouer un rôle décisif dans la nomination du premier ministre (comme le prévoit le projet des 152 députés).
24. Quant au deuxième motif de dissolution, l'incapacité d'adopter le budget dans les trois mois, il paraît clair et son objectif est compréhensible. Il n'y a aucune objection de principe à cette disposition, bien que dans une situation déjà caractérisée par un exécutif fort et un législatif relativement faible, elle tende à renforcer encore l'exécutif.
25. En conclusion de ce point, la Commission estime que le premier motif de dissolution doit être défini de manière plus précise. Autrement, la liberté de décision de la Verkhovna Rada sera entravée car le parlement se trouvera sous la menace d'une dissolution dans des conditions mal définies par la Constitution.

IV. Le projet présenté par 152 députés

26. Comme il est indiqué plus haut, le projet des députés a été bloqué par la Cour constitutionnelle en ce qui concerne les parties qui diffèrent du projet présidentiel et il a donc perdu sa pertinence. La Commission se bornera donc à un examen sommaire des propositions qu'il contient, dans la mesure où elles diffèrent des propositions présidentielles et se concentrera sur la question de la deuxième chambre à propos de laquelle le président n'a pas fait de proposition mais a constitué une commission chargée de rédiger une proposition concrète.

Proposition de limitation de l'immunité parlementaire

27. Les députés proposent de remplacer l'autorisation nécessaire de la Verkhovna Rada concernant l'arrestation ou la poursuite de députés par celle de la Cour suprême. La Cour constitutionnelle a déclaré cette disposition inconstitutionnelle, en particulier parce que le consentement de la Cour suprême pourrait être interprété par les juridictions inférieures comme préjugant de la culpabilité du député en cause. La Commission partage les craintes de la Cour constitutionnelle et préfère la solution exposée au paragraphe 17.

Proposition tendant à la création d'une deuxième chambre

28. Dans son avis du 31 mars 2000, la Commission a critiqué la question posée à ce sujet dans le référendum, la considérant beaucoup trop vague pour permettre au citoyen ukrainien d'émettre un jugement éclairé. La question posée dans le référendum ne contenait aucune information quant aux compétences et à la composition de cette deuxième chambre, hormis le fait qu'elle était censée représenter les intérêts des régions.

Il est donc impossible de savoir quelles étaient les intentions de la population lorsqu'elle a approuvé la question et toutes sortes d'hypothèses sont envisageables.

29. Un autre aspect a été souligné par la Commission à cette date: la constitution d'une deuxième chambre risquait d'être en contradiction avec les motifs avancés pour la tenue du référendum. Le référendum a été justifié par la nécessité d'accélérer et de faciliter le processus législatif, or l'existence d'une deuxième chambre le ralentit nécessairement. Cet aspect devra être pris en compte lors de l'élaboration de la proposition visant l'institution d'une deuxième chambre.
30. Quant au contenu de la proposition des 152 députés, la Cour constitutionnelle de l'Ukraine a relevé quelques imperfections techniques sous l'angle de la législation ukrainienne. Du point de vue des normes internationales, la proposition ne soulève pas de problème grave. L'une des principales craintes qu'inspire la création d'une deuxième chambre, c'est qu'elle risque d'affaiblir encore davantage le Parlement -- alors scindé en deux parties-- dans un système déjà caractérisé par un pouvoir exécutif fort, de nature surtout présidentielle. Les auteurs de la proposition ont essayé de compenser ce risque. Ils accordent au nouveau Sénat non seulement des pouvoirs auparavant réservés à la Verkhovna Rada, mais le chargent aussi d'approuver un certain nombre de nominations présidentielles et remplacent le veto présidentiel sur la législation par l'approbation nécessaire du Sénat.

Dispositions transitoires

31. À la fin de leur projet, les députés proposent des amendements aux dispositions transitoires 9 et 13 de la Constitution pour que les dispositions constitutionnelles sur la réforme de la Procuration et sur l'arrestation et la détention entrent en vigueur le 1er janvier 2001. On ne saurait considérer que cela a un rapport avec les résultats du référendum, mais il est urgent de mettre enfin en oeuvre, plus de quatre ans après l'adoption de la Constitution, ces dispositions primordiales pour la protection des droits de l'homme. La Commission en appelle donc à l'Ukraine pour qu'elle prenne rapidement les mesures nécessaires.

V. Conclusion

32. En conclusion, la Commission
 - note avec satisfaction l'engagement pris par le président de l'Ukraine de s'en tenir aux procédures constitutionnelles établies pour l'amendement de la Constitution et de ne pas dissoudre la Verkhovna Rada si celle-ci refuse d'approuver les amendements constitutionnels
 - souligne la nécessité de nouvelles dispositions sur les référendums en Ukraine ;
 - note qu'à la suite de la décision de la Cour constitutionnelle, le projet présenté par les 152 députés n'est plus pertinent en pratique ;
 - note que la proposition des députés d'instituer un Sénat comme deuxième chambre n'est qu'une interprétation possible des résultats du référendum ;

- note que le président soumettra ses propositions de création d'une deuxième chambre ultérieurement, lorsque la commission qu'il a constituée aura terminé ses travaux.
- considère que le projet présenté par le président de l'Ukraine doit être modifié à deux égards :
 - a) les députés du Parlement doivent être protégés contre toute arrestation ou détention arbitraire par une disposition de la Constitution exigeant l'autorisation préalable de la Verkhovna Rada;
 - b) le motif de dissolution proposé « si dans un délai d'un mois la Verkhovna Rada ne parvient pas à constituer une majorité parlementaire permanente » doit être reformulé, car il manque de clarté.