



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, 26 mai 2003

Diffusion restreinte
CDL (2003) 33
Or. fr.

Avis n° 230 / 2002

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

OBSERVATIONS SUR
LE PROJET DE LOI SUR LES AMENDEMENTS
A LA CONSTITUTION DE L'UKRAINE

par

M. Gérard BATLINER (membre, Liechtenstein)

Commentaires sur le projet "On Amendments to the Constitution of Ukraine" publié par décret du Président de l'Ukraine en mars 2003 en vue d'une discussion à l'échelle nationale.

1. Le projet du Président de l'Ukraine "On Amendments to the Constitution of Ukraine", comme publié par décret présidentiel début mars 2003 en vue d'une discussion nationale jusqu'au 15 mai 2003 (deux mois environ), semble poursuivre deux objectifs:
 - a. D'ouvrir une nouvelle voie législative pour la révision de la Constitution qui s'ajoute et se distingue de la procédure en vigueur, étant prévue et réglée au chapitre XIII de la Constitution de 1996. Selon la procédure en vigueur, toute révision constitutionnelle passe nécessairement par la Verkhovna Rada. A cette procédure s'ajouterait, selon le nouveau projet, une autre voie de réviser la Constitution. Si ainsi une révision constitutionnelle est déclenchée par une initiative populaire, cela oblige le Président de proclamer la tenue d'un référendum national, dans lequel le projet serait directement adopté ou non par le peuple, sans qu'il y ait intervention de la Verkhovna Rada.
 - b. De reprendre et régler plusieurs points principaux qui
 - d'une part, étaient à l'ordre du jour du référendum du 16 avril 2000 à la suite d'une initiative populaire, publiée le 18 janvier 2000 et étant modifiée à la suite d'une décision ("Ruling") y-respective de la Cour constitutionnelle du 27 mars 2000. Dans cette décision la Cour constitutionnelle s'était exprimée, aussi, sur les effets non-obligatoires comme tels du référendum. Sur ce dernier point, voir la nouvelle voie proposée pour réviser la Constitution (supra 1 a);
 - d'autre part, font l'objet d'une initiative de plusieurs députés nationaux, enregistrée le 23 février 2001 et introduite par 168 députés à la Verkhovna Rada le 14 mai 2002.

I. Nouvelle proposition concernant le référendum national à la suite d'une initiative populaire sur une révision constitutionnelle.

2. En vertu de l'ordre existant de 1996, les amendements de la Constitution s'effectuent selon les règles du chapitre XIII (art. 154-159).

Un projet d'amendements constitutionnels peut être soumis à la Verkhovna Rada par le Président ou par un certain nombre de députés. En cas d'une initiative populaire, approuvée dans un référendum national, toute révision constitutionnelle passe également par la Verkhovna Rada (voir Ruling of the Constitutional Court of 27 March 2000 [Case no. 1-26/2000] point 4.3). C'est la Verkhovna Rada qui formule en définitif le texte qu'elle adopte finalement, sous réserve d'amendements concernant les chapitres I, III et XIII de la Constitution. Dans ce dernier cas d'une révision des chapitres I, III et XIII de la Constitution, tout texte adopté par la Verkhovna Rada dans les limites et conditions des art. 156-159 est soumis à un référendum national pour approbation finale. Egalement présentées pour référendum national sont des modifications du territoire de l'Ukraine

(art. 73). Aussi, de telles modifications passent d'abord par la Verkhovna Rada et sont soumises par celle-ci au peuple pour être adoptées (art. 85 par. 1 point 2 resp. nouvel art. 85 par. 1 point 10).

3. Le nouveau projet présidentiel ajouterait une nouvelle voie pour la révision constitutionnelle qui ne passerait plus par la Verkhovna Rada (nouvel art. 74 par. 1 et 2). Ainsi, malgré le nouveau texte de l'art. 75 et du nouvel art. 85 par. 1 point 1, la Verkhovna Rada ne serait plus le "sole body of legislative power". "Laws and other decisions adopted by an All-Ukrainian referendum has [have] the highest legal force and do not require approval by the bodies of state power or officials" (nouvel art. 74 par. 2). C'est ainsi, que, à la lumière du nouvel art. 74 par. 2, aussi la qualité et les effets de l'initiative populaire et du référendum (art. 72 par. 2) seraient transformés (voir les explications infra par. 5, 6, 8, 9).
4. Dans l'ordre en vigueur, toute initiative de révision constitutionnelle est introduite à la Verkhovna Rada et passe nécessairement par celle-ci. Selon le modèle proposé, une initiative populaire qui a recueilli le nombre nécessaire de signatures (art. 72 par. 2) serait soumise directement (par le Président [art. 72 par. 1, 106 par. 1 point 6 dernier membre de phrase]) au peuple pour son adoption définitive (nouvel art. 74 par. 2), en excluant le concours de la Verkhovna Rada de toute procédure de révision constitutionnelle.
5. De cet ordre de procéder, on peut conclure que les textes préformulés dans l'initiative sont définitifs dans leur libellé et soumis ainsi au référendum et ne peuvent être modifiés par aucune autorité (voir nouvel art. 74 par. 2), ni par le peuple. Le peuple vote par oui (adoption) ou non (rejet) sur le texte de l'initiative.
6. L'objet de la décision (à prendre par le peuple), son contenu et son étendue peuvent, semble-t-il, comprendre tout texte constitutionnel ou de loi ordinaire ou d'autres décisions ("laws and other decisions") sous les réserves suivantes (infra par. 7). La partie de phrase de "other decisions adopted by All-Ukrainian referendum" est très générale et vague. L'ampleur de ce texte n'est pas claire. Est-ce que, p. ex., le peuple pourrait dans un référendum national prendre une décision de non-confiance envers la Verkhovna Rada (première question de l'initiative populaire du 18 janvier 2000 mentionnée en haut)?
7. Exceptions de la nouvelle procédure visée à l'art. 74 par. 2 et initiée par initiative populaire (art. 72 par. 2):
 - a. Sont exclus du référendum "laws on taxes, budget and amnesty" (nouvel art. 74 par. 1). Il n'est que logique que, dans ce domaine, les initiatives populaires sont pareillement inadmissibles.
 - b. Est-ce que, également les "issues of altering the territory" (art. 73) sont exceptés de l'initiative populaire? La question peut rester ouverte ici. Même si une initiative populaire concernant des changements territoriaux est admise, toute décision sur des changements du territoire doit passer par la Verkhovna Rada qui soumettra sa décision au référendum national (nouvel art. 85 par. 1 point 10).

- c. Aux termes du nouveau par. 3 de l'art. 74, l'adoption de lois concernant les chapitres I, III et XIII de la Constitution par un référendum national se fait "in the order provided for by Chapter XIII of the Constitution". Est-ce que ce texte exclut la mise en œuvre d'une initiative populaire? Supposé que l'initiative populaire sur les chapitres I, III et XIII soit admise, le caractère de cette initiative subirait nécessairement des adoptions spécifiques. Dans ce sens, les propositions introduites par initiative populaire devraient passer par la Verkhovna Rada, qui demeure maître du texte final des amendements soumis au vote définitif du peuple. En vertu du nouvel art. 74 par. 3, tout amendement des chapitres I, III et XIII est effectué "in the order provided for by Chapter XIII". Les garanties de ce chapitre XIII seraient encore mieux assurées, si le texte proposé se lisait p. ex.: "Adoption ... shall be done in the order and in compliance with the substantive requirements provided for by Chapter XIII ...". Le chapitre XIII contient, outre les garanties procédurales, institutionnelles et *ratione temporis*, aussi des limitations matérielles (art. 157 par. 1).
8. Effets: Si, à la suite d'une initiative populaire, une loi ou une autre décision est adoptée par le peuple dans un référendum national, telle loi ou décision jouisse de la plus haute qualité normative, voire constitutionnelle ("has the highest legal force") en vertu du nouvel art. 74 par. 2 (combiné avec art. 8 par. 2). Ainsi, toute adoption d'une loi ou d'une autre décision, initiée par le peuple (art. 72 par. 2) et adoptée conformément à la nouvelle procédure directement par le peuple dans un référendum (selon le nouvel art. 74 par. 2), équivaut à un amendement constitutionnel, sans que d'autres autorités puissent efficacement intervenir ("do not require approval by the bodies of state power or officials").
9. Appréciation générale: Tel nouvel instrument court-circuite les procédures. Abstraction faite des exceptions (mentionnées supra par. 7), la nouvelle voie de légiférer par le peuple, de passer d'une initiative populaire sur une loi ou une autre décision immédiatement à la tenue d'un référendum national, dans lequel le peuple adopte (ou non) un texte (loi ou décision) constitutionnel, permettrait, au moins en droit, de renverser en quelque mois une grande partie de la Constitution. Le nouvel instrument raccourci et simple, à qui manquent des garanties procédurales et institutionnelles, des "checks and balances", pourrait ouvrir - l'histoire connaît de multiples exemples - une boîte de Pandore pour des actions et manœuvres populistes et comprend un potentiel énorme pour d'amples pressions. Tel régime plébiscitaire direct, sinon précaire, risque de faire ébranler le système hautement développé et complexe et en même temps équilibré, contrôlé et modéré qui sont la démocratie moderne et l'état de droit.

II.

Les autres propositions du projet "On Amendments to the Constitution of Ukraine" reprennent en particulier des thèmes de l'initiative populaire, publiée le 18 janvier 2000, et de l'initiative de députés introduite à la Verkhovna Rada le 14 mai 2002. Abstraction faite des modifications substantielles quant au pouvoir direct du peuple de réviser la Constitution (voir supra I), le projet de réforme envisage, d'après le décret présidentiel (par. 1 et 3) de début mars, une "redistribution of constitutional powers between the President of Ukraine, the

Verkhovna Rada of Ukraine and the Cabinet of Ministers of Ukraine, transition from the Presidential-Parliamentary to Parliamentary-Presidential form of governing". A ces thèmes s'ajoutent de nouveaux points concernant le pouvoir judiciaire. Une sélection des sujets est considérée ci-après.

1. Le nouveau parlement

10. La Verkhovna Rada existante serait remplacée par trois organes distincts: la Chambre des Régions, l'Assemblée nationale et la Verkhovna Rada qui réunirait les deux Chambres (voir nouveaux art. 75ss). Les trois organes futurs seraient composés de "people's deputies".
11. Les élections des "people's deputies" se font, semble-t-il, "on the basis of universal, equal and direct suffrage by secret ballot" (nouvel art. 71 par. 1). La nouvelle Assemblée nationale serait composée de 300 députés, élus sur base proportionnelle (nouvel art. 76 par. 1). La Chambre des Régions comporterait trois représentants de chaque Région etc. (nouvel art. 76 par. 2). A la différence du scrutin proportionnel pour l'élection des députés de l'Assemblée nationale, le projet reste muet sur le système électoral relatif aux "people's deputies" de la Chambre des Régions. C'est une question ouverte.
12. La législature ordinaire des trois nouveaux organes serait de 5 ans (voir nouvel art. 77). L'Assemblée nationale peut, elle seule, être dissoute prématurément (nouveaux art. 77 par. 3, 90 et 106 par. 1 point 7). Dans tel cas, l'Assemblée nationale est élue pour le reste de la période législative pour rejoindre la législature ordinaire des autres organes. Ce point n'est pas explicité dans les nouveaux textes, mais se laisse, semble-t-il, déduire du système (voir nouvel art. 77).
13. Les compétences attribuées à la Verkhovna Rada actuelle seraient, pour l'essentiel, réparties aux trois nouveaux organes (nouvel art. 85). La Chambre des Régions obtiendrait, entre autres, des compétences d'élire d'autres organes (nouvel art. 85 par. 3). A l'Assemblée nationale serait transmise, principalement, la législation, mais aussi de nouveaux pouvoirs concernant la nomination et la destitution du gouvernement (voir nouvel art. 85 par. 4). A la Verkhovna Rada, qui réunit les deux Chambres, semblent revenir les affaires les plus importantes (nouvel art. 85 par. 1). Aussi, tout sujet étant de la compétence d'une des Chambres peut être soumis à la Verkhovna Rada. A qui appartient l'autorité de demander la saisine de la Verkhovna Rada et de soustraire une affaire à la Chambre compétente: à l'organe qui est autorisé à soumettre une affaire à une des Chambres, ou à la Chambre saisie, ou à la Verkhovna Rada qui décide sur l'attraction d'une affaire?
14. Certes, il appartient au législateur constitutionnel de choisir le système approprié quant au pouvoir législatif (voir Avis de la Commission de Venise sur le référendum constitutionnel en Ukraine, CDL-INF [2000] 11, adopté le 31 mars 2000, par. 44). Toutefois, dans un Etat unitaire (art. 2 par. 2), la nécessité de quitter le système en vigueur avec un seul parlement n'est pas évidente. Le système proposé, quand il fonctionne bien, peut contribuer à améliorer la qualité de la législation, mais il faut tenir compte du fait qu'il ralentit et alourdit la procédure législative. Dès lors, le modèle proposé avec effectivement trois organes du parlement est peu clair, déjà pour l'électeur, et est compliqué et guère transparent dans ses structures et son

fonctionnement. Il l'est aussi dans la répartition des compétences sur trois "plate-formes" parlementaires, dont l'une d'elles peut être saisie de toute affaire (nouvel art. 85 par. 2). Enfin, le partage du pouvoir législatif en trois organes risque plutôt de diminuer l'autorité du parlement (comme le fait déjà la nouvelle voie directe de réviser la Constitution en excluant tout concours du parlement, voir supra I) et tend à créer des possibilités de manœuvres de dehors et de marchandages entre les organes et les forces politiques. Vu de l'extérieur, il n'est pas facile d'entrevoir l'idée directrice des propositions quand, de l'autre côté, le projet essaie de renforcer le poids du parlement ("from Presidential-Parliamentary to Parliamentary-Presidential form of governing").

2. Mandat libre des députés du peuple?

15. "The authority of a people's deputy of Ukraine terminates prior of the expiration of their term in the event of: ...6.) Leaving (expulsion) of a people's deputy elected on the list of a political party (electoral bloc of political parties), from the parliamentary faction of this political party (electoral bloc of political parties)" (nouvel art. 81 par. 2 point 6). "In the event of departure (exclusion) of a people's deputy of Ukraine, elected on the list of a political party (electoral bloc of political parties) from the parliamentary faction of this political party (electoral bloc of political parties), the authority of the people's deputy are pre-terminated on the ground provided for by law on the decision of the highest governing body of this political party (electoral bloc of political parties)" (nouvel art. 81 par. 6).

A ce sujet la Commission de Venise s'est déjà exprimée dans son Avis sur le projet de réforme constitutionnelle de l'Ukraine, CDL-INF (2001) 11, du 6-7 juillet 2001 (voir les pages 2 et 3 (point 1) de l'Avis):

16. "L'établissement d'un lien entre le mandat de député [du peuple] et la qualité de membre d'un groupe ou bloc parlementaire porte atteinte à l'indépendance des députés [...], attendu que les membres du parlement sont censés représenter le peuple et non pas leur parti."

La grande tradition et les principes des démocraties pluralistes libres reposent "notamment: a) sur le principe de la représentation du peuple et de la nation toute entière, et non pas d'une partie ou d'un groupe spécifique de personnes ou d'une partie du territoire national, et b) sur l'autonomie de la volonté et de sa manifestation par un membre du parlement (mandat non impératif)."

"La proposition tendant à ajouter [des additions à l'art. 81 (par. 2 point 6 et par. 6)] placerait, d'une certaine manière, le bloc ou groupe parlementaire au-dessus de l'électorat qui, pour sa part, n'a pas la possibilité de révoquer individuellement un mandat parlementaire conféré par l'élection pour une durée de quatre ans."

"En particulier, l'établissement d'un lien contraignant entre un député élu [par le peuple] (inscrit sur la liste électorale d'un parti ou d'un bloc de partis) et son groupe ou bloc parlementaire aurait pour conséquence que la rupture de ce lien (par le retrait ou l'exclusion d'un député du groupe ou bloc parlementaire particulier dont il est membre) mettrait fin [...] au mandat parlementaire de ce député. Une telle conséquence serait contraire au principe d'un mandat libre et indépendant. Même si la

question de l'appartenance à un groupe ou bloc parlementaire est distincte de la question de la soumission à la discipline du groupe ou du bloc dans des situations concrètes, la liberté du mandat comporte le droit, pour le député, de suivre ses convictions. Le député peut être exclu du groupe ou bloc parlementaire ou peut le quitter, mais l'exclusion ou le retrait de ce groupe ou bloc ne doit pas emporter la perte du mandat de député. Sans sous-estimer l'importance des groupes parlementaires pour assurer la stabilité et l'efficacité des travaux, l'appartenance à un groupe ou bloc parlementaire n'est pas de la même nature que l'élection d'un député par le suffrage populaire. Cette distinction est fondamentale pour l'existence d'un parlement qui représente le peuple, où les députés se conforment à leurs convictions et à leur serment. La distinction entre l'appartenance à un groupe ou bloc parlementaire et l'exercice d'un mandat parlementaire est aussi essentielle pour la démocratie interne des groupes ou blocs parlementaires car elle protège, en dernier ressort, le libre exercice du mandat de député et les groupes minoritaires contre une pression excessive du groupe ou bloc majoritaire, et atténue donc les problèmes que peut soulever la dissidence d'un député par rapport à son groupe."

3. La "majorité parlementaire permanente" de l'Assemblée nationale

17. Le projet prévoit que soit formée, dans un délai d'un mois à partir de l'ouverture de la première réunion de la Verkhovna Rada nouvellement élue, et dans d'autres cas, une majorité parlementaire permanente de l'Assemblée nationale (nouvel art. 83). Si cette majorité parlementaire permanente n'est pas constituée dans le délai prescrit, l'Assemblée nationale sera dissoute par le Président de l'Ukraine (nouveaux art. 90 par. 3 point 1; 106 par. 1 point 7). En vu de ces aspects, la majorité parlementaire permanente prendrait quasiment la qualité d'un organe constitutionnel (voir aussi nouvel art. 106 par. 1 point 8).

Egalement, sur ce problème la Commission de Venise s'est exprimée dans son Avis CDL-INF (2001) 11, du 6-7 juillet 2001, à la page 4 comme suit:

18. "Il est un fait, que, dans les démocraties pluralistes modernes, les partis politiques jouent un rôle important pour structurer, influencer et faciliter l'activité du parlement et en informer le public. Ceci étant, le statut du député peut lui permettre, au niveau parlementaire, de s'associer avec d'autres députés pour constituer un groupe, un bloc ou une majorité parlementaire. Une telle pratique contribue à la formulation, à la transparence et à la stabilité de la vie publique. Cependant, la consolidation de l'adhésion parlementaire et de la loyauté à l'égard d'une majorité, d'un groupe ou d'un bloc, aussi importantes qu'elles puissent être au niveau politique, contredit la règle selon laquelle la volonté du parlement est formée par les députés qui, dans chaque cas particulier, votent selon leurs convictions. C'est là un élément fondamental du statut des députés élus du peuple."

"Dans ces conditions, l'obligation de constituer d'une manière contraignante [...], une "majorité parlementaire [des députés] ayant la responsabilité de donner forme à la politique de l'Etat par la participation directe à la formation de la composition du gouvernement de l'Ukraine" soulève le problème de la liberté et de l'indépendance de député."

"Si, en revanche, aucune majorité ne se forme, il est néanmoins possible que, dans l'intérêt du pays, un gouvernement s'appuyant sur une minorité ou une autre puisse être constitué. Les propositions qui figurent dans le projet ne paraissent pas prévoir une telle possibilité."

4. Du régime présidentiel-parlementaire au régime parlementaire-présidentiel? Nomination du gouvernement et vote de non-confiance

19. Le nouveau projet propose (nouvel art. 85 par. 4 point 3):
"To the competence of the National Assemblée belong: ...3) Appointing on the submission by the President of Ukraine of the Prime-Minister of Ukraine, appointing on the submission by the Prime-Minister of Ukraine of the other members of the Cabinet of Ministers of Ukraine except the cases envisaged by the Constitution of Ukraine, terminating the authority of the persons in these offices, accepting resignation of the Prime-Minister of Ukraine."
20. Ainsi, l'élection du Premier ministre se fait par l'Assemblée nationale "on the submission by the President of Ukraine". Le Président soumet sa proposition à l'Assemblée nationale sur proposition de la majorité parlementaire permanente (nouveaux art. 106 par. 1 point 8 et 114 par. 2 et 3). D'après ces textes, il y a, pour la nomination du Premier ministre, concours successif de la majorité parlementaire permanente, du Président et de l'Assemblée nationale. Les autres membres du Cabinet sont, sous réserve de quatre ministres, élus sur proposition du Premier ministre par l'Assemblée nationale (nouveaux art. 85 par. 4 point 3; 114 par. 4). Par contre, quatre ministres sont nommés par l'Assemblée nationale sur proposition du Président de l'Ukraine (nouveaux art. 85 par. 4 point 3; 106 par. 1 point 9 subpar. 1; 114 par. 4). Il s'agit là des ministères clés, du Ministre de l'intérieur, du Ministre de l'état d'urgence, du Ministre des affaires étrangères et du Ministre de la défense
21. Aux termes du projet, l'Assemblée nationale peut adopter sur proposition du Président, d'un tiers des membres de la Verkhovna Rada ou de deux tiers des membres de la Chambre des Régions une résolution de non-confiance envers le Cabinet (nouveaux art. 85 par. 4 point 3; 87; 115 par. 4). Dans tel cas, le Premier ministre doit présenter la démission du Cabinet à l'Assemblée nationale. La démission du Cabinet est acceptée par l'Assemblée nationale, sous la réserve suivante: L'acceptation d'une démission des quatre ministres (nommés sur proposition du Président) se fait par le Président (nouvel art. 115 par. 6).
22. Ainsi, le tableau du régime parlementaire-présidentiel est mixte et porte les traits d'une certaine inconséquence. Pour la nomination du Premier ministre il y a concours successif de plusieurs organes. Quant aux autres membres du Cabinet il y a, parmi les ministres, des procédures différentes pour leur légitimation. Il se pose la question, si ce mode de nomination des ministres et de légitimation inégales pour un organe politique par excellence qui est le Cabinet de l'exécutif et "responsible before the President and the Verkhovna Rada" (nouvel art. 113 par. 2) ne risque pas d'engendrer des loyautés différentes et s'il ne diminue pas la cohésion du Cabinet et l'autorité du Premier ministre. Il en est de même au vu du traitement inégal des ministres en cas de leur destitution à la suite d'un vote de non-confiance.

5. Initiative législative de la Cour suprême

23. En vertu du nouvel art. 93 par. 1 le droit d'initiative législative reviendrait aussi à la Cour suprême. On peut se demander, s'il est opportun de conférer telle compétence (politique) d'initiative législative à un tribunal.

6. Election des juges

24. D'après la Constitution en vigueur les juges ordinaires sont nommés pour un mandat permanent jusqu'à l'âge de 65 (art. 85 par. 1 point 27; 126 par. 4 et 5; 128). Le projet prévoit la nomination des juges par la Chambre des Régions pour une période de 10 ans (nouveaux art. 85 par. 3 point 13; 128 par. 1). Comme une réélection n'est pas expressément exclue, il semble, que les juges peuvent être réélus. Ainsi, il y a le risque que l'autocontrôle du pouvoir judiciaire et disciplinaire est remplacé par un contrôle politique. Ceci représente un pas en arrière quant à l'indépendance et l'impartialité des juges.
25. Il en est de même pour les juges constitutionnels. D'après la Constitution en vigueur les juges constitutionnels sont élus pour 9 ans et non-rééligibles (art. 148 par. 4). Il est proposé de pouvoir élire les juges constitutionnels pour une seconde période du mandat (nouvel art. 148 par. 4). L'apparence d'une possible politisation est soutenue par la nouvelle proposition d'enlever du Congrès des Juges son droit de nommer un tiers des juges constitutionnels (art. 85 par. 1 point 26; 106 par. 1 point 22; 148 par. 1-2 en vigueur). Suivant le projet, la moitié des juges constitutionnels serait nommée dans le futur par le Président (autorité politique) et l'autre moitié par la Chambre des Régions (autorité politique). Voir nouveaux art. 85 par. 3 point 12; 106 par. 1 point 20; 148 par. 2 et 4.