

Strasbourg, le 16 octobre 2000
<cdl\doc\2000\cdl-inf\13Inf-F>

CDL-INF (2000) 13

AVIS

SUR LES AMENDEMENTS CONSTITUTIONNELS CONCERNANT LES ÉLECTIONS LÉGISLATIVES EN RÉPUBLIQUE DE SLOVÉNIE

**adopté par la Commission de Venise
lors de sa 44^e réunion plénière
(Venise, 13-14 Octobre 2000)**

sur la base des commentaires de :

**M. Antonio LA PERGOLA (Président)
M. Peter VAN DIJK (Membre, Pays-Bas)
M. Sergio BARTOLE (Membre suppléant, Italie)**

Dans deux lettres datées du 21 juillet et du 7 septembre 2000, M. Andrej Bajuk, Premier ministre de la République de Slovénie, a posé à la Commission européenne pour la démocratie par le droit la question de savoir si les modifications apportées à la Constitution slovène à l'égard des dispositions relatives aux élections législatives, modifications ayant pour effet d'établir un mode de scrutin proportionnel fixant à 4 % des voix le seuil nécessaire à l'octroi d'un siège au parlement, étaient compatibles avec les traditions et les normes démocratiques européennes. La demande précisait que ces modifications étaient contraires à la décision du peuple telle qu'elle s'était exprimée dans le cadre d'un référendum, ainsi qu'aux décisions de la Cour constitutionnelle.

S'appuyant sur le rapport de MM. Antonio La Pergola, Peter Van Dijk et Sergio Bartole, rapporteurs, la Commission a examiné les éléments factuels et juridiques figurant dans la demande d'avis, et ce en présence de plusieurs personnalités slovènes: M^{me} Barabara Brezigar, ministre de la Justice, M. Jelko Kacin, président de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale, M^{me} Tina Bitenc Pengov, directrice adjointe et chef *a.i.* du secrétariat du Service des affaires législatives et juridiques à l'Assemblée nationale slovène, M. Miro Cerar, conseiller constitutionnel auprès de l'Assemblée nationale slovène, et M. Klemen Jaklic, conseiller juridique du Premier ministre.

La Commission note que la question soulevée par le Premier ministre concerne les rapports entre la souveraineté du peuple, exercée conformément à la Constitution (article 90), et la possibilité dont dispose l'Assemblée nationale de procéder à une révision de la Constitution.

Dans sa décision du 8 octobre 1998, la Cour constitutionnelle a estimé que la proposition d'instituer un mode de scrutin majoritaire, soumise à référendum le 8 décembre 1996, avait été approuvée. Elle a également jugé que l'Assemblée nationale était tenue d'adopter, dans un délai raisonnable, une loi réglementant le système électoral conformément aux résultats de ce référendum. La Cour constitutionnelle a par ailleurs précisé que cette obligation n'était pas seulement d'ordre politique, mais également d'ordre juridique. A cet égard, elle a clairement rappelé que, malgré son caractère «préliminaire» (dans la mesure où il s'agissait d'adopter, non pas des normes spécifiques, mais simplement un «concept législatif»), le référendum revêtait indubitablement une nature contraignante. L'Assemblée nationale ne devait par conséquent ni adopter une loi dont le contenu serait contraire à ce concept, ni retarder de façon injustifiée l'adoption d'une loi, faute de quoi le droit constitutionnel des citoyens affirmé à l'article 90 de la Constitution ne serait que théorique et illusoire.

Malgré le message sans équivoque ainsi adressé au législateur par la Cour constitutionnelle, l'Assemblée nationale n'a pas adopté la loi électorale en question.

La situation telle qu'elle vient d'être décrite représentait sans conteste une impasse constitutionnelle risquant d'entraver le bon fonctionnement des institutions démocratiques. Le 20 juillet 2000, en réaction à cette situation, l'Assemblée nationale a procédé à une révision de la Constitution et mis en place un mode de scrutin proportionnel, fixant à 4 % des voix le seuil nécessaire à l'octroi d'un siège au parlement.

La Commission estime qu'il est du devoir tant du législateur, qui représente le peuple souverain, que de la Cour constitutionnelle, gardienne de la Constitution, de faire en sorte que les institutions constitutionnelles de l'Etat soient en mesure de s'acquitter de leur mission et ne soient pas exposées à un risque de paralysie. Elle estime, à la lecture de la

deuxième lettre du Premier ministre slovène, qu'il ne lui est pas demandé de proposer, pour autant qu'il en existe, d'autres solutions à l'impasse décrite plus haut, mais plutôt d'examiner dans quelle mesure les modifications apportées à la Constitution le 25 juillet 2000 représentent une solution compatible avec les normes démocratiques européennes.

La Commission rappelle à cet égard que l'adoption d'un mode de scrutin proportionnel, même s'il est assorti d'un seuil, n'est certainement pas en contradiction avec les normes démocratiques européennes. En outre, la pratique consistant à inscrire dans la Constitution le choix du mode de scrutin, quoique peu fréquente, a été suivie dans plusieurs pays européens (tels que l'Autriche) et ne peut donc pas non plus être considérée comme incompatible avec ces normes.

La Commission fait par ailleurs observer que l'Assemblée nationale a adopté la loi constitutionnelle portant modification de l'article 80 de la Constitution en application de l'article 169 de cette dernière. Elle a, ce faisant, agi en qualité d'organe constituant, conformément à la procédure prévue par la Constitution de la République de Slovénie pour sa révision, et non comme organe législatif au sens habituel du terme. De ce point de vue, il n'existe aucune contradiction entre la décision adoptée par référendum et la révision constitutionnelle du 25 juillet, dans la mesure où cette dernière, en tant qu'elle revêt une valeur constitutionnelle, prévaut et l'emporte nécessairement sur la décision, au caractère législatif «préliminaire», adoptée lors du référendum.

Il serait bien évidemment possible de soutenir que le référendum constitue une manifestation de la souveraineté populaire et que, par conséquent, dans une société démocratique, la validité d'une décision adoptée dans le cadre d'une telle consultation ne saurait en aucun cas être contestée. Une telle approche est toutefois aujourd'hui difficilement défendable. La plupart des constitutions européennes, dont la Constitution slovène, définissent la procédure référendaire et précisent son éventuel champ d'application. De surcroît, il existe aujourd'hui en Europe une nette tendance à recourir plus fréquemment au référendum en tant qu'instrument de la démocratie directe à des fins législatives; la consultation fait alors l'objet d'une vérification de sa compatibilité avec la Constitution. Par conséquent, dans une consultation populaire visant à l'adoption d'une nouvelle loi ou à l'abrogation d'une loi existante, tant la procédure suivie que le contenu de cette consultat sont clairement subordonnés à un examen de leur constitutionnalité¹. Il est évident que, malgré leur incontestable valeur politique, les décisions prises dans le cadre d'un référendum législatif restent subordonnées à la Constitution.

Cela vaut d'autant plus que ce référendum ne peut être considéré comme une forme d'exercice du pouvoir souverain par le peuple, mais plutôt comme l'expression de la volonté du peuple dans le cadre d'un mécanisme prévu par la Constitution. Cela est également vrai des systèmes constitutionnels qui instituent une cohabitation entre la

1. Dans un arrêt récent, le Tribunal constitutionnel portugais a privilégié cette approche en affirmant clairement que l'objet du référendum devait être lui-même constitutionnel. Le fait de soumettre des décisions prises à l'issue d'un référendum à un contrôle de constitutionnalité revient en fin de compte à réconcilier le principe de la majorité avec celui de la constitutionnalité (*Diário da República* n° 91, 18 avril 1998, 1714 (2)-1714 (35); *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*). La Commission de Venise a déjà eu l'occasion d'insister à plusieurs reprises sur la nécessité d'observer strictement les dispositions constitutionnelles relatives aux révisions de la Constitution, y compris lorsqu'il s'agit de référendums constitutionnels (se reporter à son avis sur le référendum constitutionnel organisé en Ukraine le 31 mars 2000, document CDL-INF (2000) 11; se reporter également à la position de la commission concernant le référendum constitutionnel en Moldova).

souveraineté populaire et la souveraineté du parlement, ainsi que cela est le cas en Slovénie, où le peuple n'est pas écarté du processus de révision constitutionnelle (article 170 de la Constitution de la République slovène). La Commission estime qu'il n'existe aucune norme européenne commune qui conduirait à reconnaître aux résultats d'un référendum, quelle qu'en soit la nature, un caractère contraignant à l'égard du pouvoir constituant, même en l'absence d'une disposition constitutionnelle à cet effet. Par conséquent, les résultats du référendum du 8 décembre 1996 ne sauraient empêcher l'Assemblée nationale d'exercer les pouvoirs constituants que lui confère la Constitution.

La Commission note enfin que l'Assemblée nationale est politiquement responsable devant le peuple de toute décision de modifier la Constitution et d'inscrire dans celle-ci le choix d'un mode de scrutin proportionnel. A cet égard, le fait que des élections législatives doivent se tenir sous peu et que la souveraineté populaire aura alors la possibilité de manifester son approbation ou sa désapprobation vis-à-vis de la position prise par l'Assemblée nationale constitue en soi une garantie pour la démocratie.

Compte tenu de ce que:

– une réaction urgente s'imposait, du fait de la proximité des élections, face au risque de voir paralysé le fonctionnement démocratique de l'Etat;

– l'Assemblée nationale a agi en tant qu'organe constituant, alors que le référendum du 8 décembre 1996 ne revêtait qu'une nature législative «préliminaire»;

– la révision de la Constitution s'est effectuée en conformité avec cette dernière; et de ce que

– la responsabilité de l'Assemblée nationale sera engagée lors des prochaines élections législatives,

la Commission estime que la réaction de l'Assemblée nationale face au risque d'impasse constitutionnelle, à savoir l'adoption, le 25 juillet 2000, d'un certain nombre de modifications à la Constitution, dans le plein respect des dispositions de cette dernière, n'est pas contraire aux normes démocratiques européennes.

La Commission souhaite en outre suggérer à l'Assemblée nationale d'examiner, dans un proche avenir, les modifications d'ordre législatif et, éventuellement, constitutionnel, nécessaires pour éviter qu'une situation similaire ne se reproduise en Slovénie. Elle rappelle à cet égard que, plus d'une fois, les organes constitutionnels d'autres pays européens se sont trouvés confrontés à un risque similaire. Dans un arrêt rendu le 18 janvier 1995 (*Gazetta Ufficiale, Prima Serie n° 3; Bulletin de jurisprudence constitutionnelle ITA-95-1-001*), la Cour constitutionnelle italienne, saisie d'une demande de contrôle de la régularité d'un référendum tendant à l'abrogation d'une série de dispositions relevant du droit électoral, a énoncé un certain nombre de principes à suivre lorsqu'il s'agit de se prononcer, par référendum, sur des questions affectant le fonctionnement d'institutions constitutionnelles. La Cour constitutionnelle italienne a fait remarquer que, si la Constitution exige en effet du parlement qu'il coopère, en ce sens que, lorsqu'un référendum conclut à la nécessité d'abroger une législation en vigueur, le corps législatif est tenu d'introduire, de sa propre initiative, une législation conforme au souhait exprimé par le peuple lors du référendum, il n'en demeure pas moins que si le législateur n'introduit pas, à l'issue de ce référendum, une nouvelle législation tendant à combler un vide juridique ou à modifier des dispositions

électorales, il n'existe aucune voie de recours effective permettant de le contraindre à adopter une loi, et que l'on se trouve dès lors dans une situation de crise du fonctionnement de la démocratie représentative. Pour éviter une telle situation, un référendum affectant les dispositions régissant le fonctionnement d'organes constitutionnels ne devrait être autorisé que si les règles demeurant en vigueur à l'issue du référendum permettent à l'organe constitutionnel concerné de fonctionner sans qu'une nouvelle action législative ne soit nécessaire.

A N N E X E S

**Conformément à la décision prise par la Commission de Venise
lors de sa 44^e réunion plénière,
les contributions suivantes de M. Peter Jambrek,
en collaboration avec M. Klemen Jaklič,
et de M^{me} Tina Bitenc Pengov,
s'exprimant au nom de l'Assemblée nationale de la République slovène,
sont annexées au présent avis.**

A N N E X E I

Contribution à l'avis rendu par la Commission de Venise sur la révision constitutionnelle concernant les élections législatives en République de Slovénie²

par Peter Jambrek³, membre de la Commission de Venise au titre de la Slovénie,
en collaboration avec Klemen Jaklic⁴

La révision de la Constitution comme issue à l'impasse

1. M. Bajuk, Premier ministre slovène, a adressé à la Commission de Venise la question suivante: «Est-il conforme aux normes et à la tradition constitutionnelles européennes de modifier une disposition de la Constitution relative aux élections législatives de façon à valider une nouvelle loi électorale, laquelle n'en va pas moins à l'encontre de celle retenue lors du référendum, dont les résultats ont été confirmés à deux reprises par la Cour constitutionnelle slovène?»⁵.

Quant aux faits, l'affaire est celle, selon nous, d'une révision de la Constitution contraire aux résultats d'un référendum ainsi qu'à deux arrêts contraignants de la Cour constitutionnelle. Quant au droit, les normes juridiques applicables ne doivent pas nécessairement se limiter aux dispositions constitutionnelles slovènes, mais également à l'ensemble des normes qui relèvent d'un ordre public européen en évolution. On pourra se référer à cet égard au droit des droits de l'homme européen, aux principes, aux normes et au patrimoine constitutionnel communs de l'Europe, ainsi que – et c'est là un élément qui n'est pas sans importance – aux dispositions constitutionnelles slovènes qui touchent à l'Etat de droit, à la démocratie, aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

2. L'avis utilise, pour décrire la situation constitutionnelle régnant en Slovénie avant la révision controversée de la Constitution, des expressions telles que «impasse constitutionnelle», «risque de paralysie», ou encore «crise du fonctionnement de la démocratie représentative». Il est clair que, concrètement, trois issues se présentaient à cette impasse constitutionnelle, à savoir: *a.* adopter la loi instituant un mode de scrutin majoritaire, conformément aux résultats du référendum et aux deux arrêts de la Cour constitutionnelle; *b.* suivre la proposition du Gouvernement slovène tendant à réviser la Constitution selon les résultats d'un nouveau référendum législatif calqué sur le modèle suisse; *c.* modifier la Constitution de façon à instituer un scrutin proportionnel. Il existait bien sûr encore une quatrième possibilité, qui aurait consisté, pour l'Assemblée nationale, à s'abstenir d'intervenir, de telle sorte que l'ancienne loi électorale serait demeurée en vigueur.

2. Avis n° 135/2000, Commission de Venise, 22 septembre 2000 (document restreint).

3. Ph. D (University of Chicago), ancien juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme, ancien président de la Cour constitutionnelle slovène, professeur de droit.

4. LL.M (Harvard Law School), conseiller juridique du Premier ministre slovène.

5. Lettres du Premier ministre des 21 juillet 2000 et 7 septembre 2000.

La Commission de Venise n'a pas estimé qu'il lui était demandé d'évaluer ces quatre solutions possibles offertes au parlement en tant qu'organe constituant, pas davantage qu'elle n'a proposé d'autres solutions. Cette décision de la Commission n'était pas, à notre sens, inéluctable. Elle n'en était pas moins à la fois prudente et pragmatique dans la mesure où une solution avait déjà été adoptée, et où, de ce fait, «une nouvelle situation constitutionnelle était ainsi née»⁶. L'avis n'exclut toutefois pas la possibilité, pour la Commission de Venise, de coopérer avec les autorités slovènes dans l'étude des «modifications d'ordre législatif et, éventuellement, constitutionnel, nécessaires pour éviter qu'une situation similaire ne se reproduise en Slovénie»⁷, pas davantage qu'il n'exclut une réponse – qui pourrait, le cas échéant, figurer dans le prochain avis de la Commission de Venise – au Premier ministre slovène, qui souhaitait obtenir le sentiment de la Commission quant aux moyens qui permettraient d'éviter tout conflit ou retard futur⁸. Nous nous félicitons d'une telle coopération future.

3. L'avis rappelle que ni le fait d'adopter un mode de scrutin proportionnel, ni le fait d'intégrer cette disposition à la Constitution ne sont «contraires aux normes démocratiques européennes». Il note également que la révision de la Constitution s'est effectuée selon une procédure régulière. Nous partageons pleinement cette évaluation, laquelle représente néanmoins une affirmation incidente, qui n'est pas directement liée à l'affaire considérée.

4. L'avis rappelle également à plusieurs reprises que tant la constitutionnalisation du référendum que le contrôle a posteriori de la constitutionnalité d'une telle consultation sont conformes à la pratique constitutionnelle européenne⁹. Nous partageons également ce point de vue. Les observations qui, dans l'avis, lui font suite, représentent elles aussi une affirmation incidente par rapport à l'affaire¹⁰.

5. C'est avec le passage suivant que l'avis aborde l'élément central de la question: «(...) il n'existe aucune contradiction entre la décision adoptée par référendum et la révision constitutionnelle du 25 juillet, dans la mesure où cette dernière, en tant qu'elle revêt une valeur constitutionnelle, prévaut et l'emporte nécessairement sur la décision (...)». Nous partageons ce point de vue, en ce qu'il renvoie à la légalité au sens strict de la loi sur le scrutin proportionnel récemment adoptée et compte tenu de ce que la Cour constitutionnelle slovène n'a pas appliqué à cette affaire la doctrine des révisions inconstitutionnelles de la Constitution¹¹. Du point de vue de la technique juridique et du droit positif, une modification de la Constitution l'emporte sur une décision adoptée par voie de référendum. Les élections législatives slovènes peuvent, sous cet angle, être considérées comme conformes à la loi. Elles ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité du moment que la Cour constitutionnelle slovène ne choisit pas d'appliquer la doctrine allemande des révisions inconstitutionnelles de la Constitution.

6. Lettre du Premier ministre du 7 septembre 2000.

7. Avis n° 135/2000 du 22 septembre 2000.

8. Lettre du Premier ministre en date du 7 septembre 2000, fin.

9. Se reporter aux trois derniers paragraphes de l'avis.

10. Les rapporteurs notent qu'une telle «consultation [est] clairement subordonné[e] à un examen de [sa] constitutionnalité» et citent un arrêt rendu en ce sens par le Tribunal constitutionnel portugais (voir note en bas de page n° 1 de l'avis). Il n'y a pas lieu de contester ce point de vue, mais les rapporteurs auraient peut-être pu faire référence – ce qui eût été plus pertinent – à un certain nombre de dispositions constitutionnelles et d'éléments de jurisprudence slovènes qui avaient été communiqués à la Commission de Venise et pouvaient être directement rapportés à l'affaire considérée.

11. Pour plus de précisions concernant cette doctrine, voir plus loin, dernier chapitre du présent document.

Ce point n'a d'ailleurs pas non plus été directement soulevé par la question du Premier ministre slovène, qui a fait référence aux «normes et traditions constitutionnelles européennes».

6. L'avis aborde également cette dernière question. Il affirme que: «(...) il n'existe aucune norme européenne commune qui conduirait à reconnaître aux résultats d'un référendum, quelle qu'en soit la nature, un caractère contraignant à l'égard du pouvoir constituant (...)»¹², et conclut que la révision constitutionnelle du 25 juillet 2000 «n'est pas contraire aux normes démocratiques européennes»¹³.

Exposant les motifs justifiant ce point de vue, l'avis fait état: *a.* de la responsabilité politique de l'Assemblée nationale dans la constitutionnalisation du choix d'un système de scrutin proportionnel; *b.* de la nécessité de réagir rapidement au risque de paralysie du fonctionnement démocratique de l'Etat; et *c.* du fait que les élections législatives doivent se dérouler d'ici peu (ce qui sera l'occasion pour le peuple de manifester son approbation ou sa désapprobation à l'égard de la position adoptée par l'Assemblée nationale).

7. Concernant les deux premiers arguments, nous reprendrons les quatre solutions envisagées plus haut au point 2. Nous proposons de classer de la manière suivante les quatre solutions en fonction de leur plus ou moins grande conformité aux normes de la démocratie constitutionnelle; tout d'abord, respect du référendum et des arrêts de la Cour constitutionnelle, ce qui suppose l'adoption d'un scrutin électoral majoritaire; deuxième solution: révision de la Constitution permettant un référendum législatif «véritable» (et non «préliminaire»), suivi d'un nouveau référendum électoral; troisième solution (et c'est la situation présente): constitutionnalisation du mode de scrutin proportionnel; enfin, poursuite de l'impasse constitutionnelle en raison d'une inaction du corps législatif. Il est à notre avis difficile de soutenir que la «responsabilité politique du législateur», ou encore «la nécessité de réagir rapidement à un risque de paralysie» ressortissent à «des normes démocratiques européennes» sans aborder la question du choix entre les quatre possibilités d'exercer la responsabilité politique afin d'éviter la paralysie des institutions de l'Etat.

8. L'argument qui s'appuie sur la proximité des élections législatives en tant que norme implicite d'une société démocratique européenne pourrait, dans ce contexte spécifique, être utilisé par les deux parties. Le principal objectif du référendum avorté était de modifier les règles électorales, ce que l'on peut supposer avoir un effet sur le résultat des élections. L'argument selon lequel des élections organisées selon des règles contraires à la volonté exprimée lors d'un référendum seraient un exemple de normes démocratiques européennes semble quasiment une réfutation de lui-même.

Le patrimoine constitutionnel commun de l'Europe et les normes correspondantes

9. Nous nous permettons plutôt de suggérer un examen des normes constitutionnelles européennes communes qui semblent avoir été violées par la révision de la Constitution du 25 juillet 2000. A cette fin, il importe de cerner clairement l'objectif et la nature de cette intervention des constituants.

12. Paragraphe 11 de l'avis.

13. Paragraphe 13.

Tout d'abord, l'objectif immédiat de cette nouvelle norme constitutionnelle était de supprimer une chose existante, et non d'en réglementer une. Son propos était de rejeter et d'annuler *ex tunc* le référendum et les décisions de la Cour constitutionnelle.

En second lieu, la révision de la Constitution a exercé un effet rétroactif sur les droits acquis par ceux des citoyens qui avaient eu la possibilité de mettre directement en application leur droit constitutionnel d'intervenir dans l'exercice de la démocratie au travers d'un référendum législatif.

En troisième lieu, cette révision de la Constitution a rendu nulle et non avenue une décision contraignante de l'organe judiciaire suprême, privant ainsi *ex tunc* les victimes de cette révision de leur droit à ester en justice, droit protégé à la fois par la Constitution slovène et par la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Nous estimons par ailleurs que la révision en question a eu un effet d'annulation, et s'écarte donc par conséquent, a priori, d'une disposition constitutionnelle «normale». Les constituants auraient pu éviter cet effet d'annulation en limitant explicitement l'application de cette nouvelle norme à des situations futures, ce qui aurait écarté toute rétroactivité.

10. L'intention, la méthode et l'effet de la révision constitutionnelle contestée sont donc à notre avis contraires aux principes constitutionnels généralement reconnus de la prévisibilité du droit et de la sécurité juridique, qui sont inhérents à la conception européenne de la prééminence du droit et à la doctrine du *Rechtsstaat*. Cette doctrine fait d'ailleurs partie intégrante de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle slovène depuis 1991.

11. Quant à la référence faite en dernier lieu par l'avis à un arrêt italien important¹⁴, nous nous permettons de faire observer que celui-ci ne présente qu'un intérêt limité pour l'affaire considérée. Le référendum slovène ne visait pas à l'abrogation d'une quelconque disposition de la législation existante; son caractère constitutionnel était proche du type de référendum législatif que connaît la Bavière.

Par ailleurs, l'arrêt italien fait référence à des actes dans lesquels figuraient des dispositions électorales concernant des institutions prévues par la Constitution ou des institutions présentant une certaine importance de ce point de vue, et dont l'abrogation doit être soumise à référendum. Dans l'affaire en question, l'arrêt disposait entre autres que, lorsque le vote populaire est favorable à l'abrogation, le reste de la législation doit être immédiatement applicable, de façon à garantir que l'institution concernée soit néanmoins en

14. *Gazzetta Ufficiale, Prima Serie n° 3; Bulletin de jurisprudence constitutionnelle* ITA-95-1-0001.

situation de fonctionner sans qu'il soit nécessaire d'adopter une nouvelle législation. Tout le reste du raisonnement s'applique à une situation juridique totalement spécifique, qui ne saurait se comparer, même par analogie, à la situation slovène.

La doctrine de l'inconstitutionnalité de certaines révisions constitutionnelles

12. Nous nous attarderons ci-après sur la doctrine allemande de l'inconstitutionnalité de certaines révisions constitutionnelles et sur la possibilité de l'appliquer à la situation slovène qui nous intéresse.

Dans son premier arrêt important, en 1951 (affaire *Südweststaat*)¹⁵ – arrêt comparé par beaucoup à celui de *Marbury c. Madison* de la Cour suprême des Etats-Unis –, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a mis en avant la cohérence interne et l'unité structurelle de la Loi fondamentale considérée dans sa totalité. Selon la cour, en effet, «aucune disposition constitutionnelle ne saurait être retirée de son contexte et interprétée indépendamment de celui-ci». Toute disposition constitutionnelle doit être systématiquement interprétée de façon à assurer sa compatibilité avec les principes fondamentaux de la Constitution et avec les intentions de ses auteurs¹⁶. Le juge Gerhard Leibholz, commentant cet arrêt, devait plus tard ajouter: «la cour estime que chaque disposition constitutionnelle entretient un rapport précis avec toutes les autres dispositions, contribuant ainsi à la formation d'une entité en soi. Elle considère que certains principes constitutionnels et concepts fondamentaux tirent leur origine de la Loi fondamentale, à laquelle sont subordonnés tous les autres textes constitutionnels.¹⁷» Dans une autre affaire importante, la cour a fait allusion à l'«unité de la Constitution en tant qu'entité logico-téléologique», concept que l'on peut faire remonter à la théorie de Rudolf Smend, qui voyait dans la Constitution un facteur d'intégration¹⁸. Smend considérait la Constitution comme une réalité vivante fondée sur les valeurs communes incarnées dans la nation allemande et unifiées par celle-ci. Dans la théorie de Smend, la Constitution ne représente pas seulement un ensemble de valeurs, elle fonctionne également en tant que mécanisme d'intégration et d'unification de la nation autour de ces valeurs¹⁹.

Parmi les doctrines importantes nées de ce point de vue selon lequel la Constitution formerait une unité structurelle en même temps qu'un système hiérarchique de

15. I. BvervGE 14 (1951); affaire dite de l'Etat du Sud-Ouest (*Südweststaat-Streit*).

16. *Idem*.

17. Voir Leibholz, *Politics and Law* (Leiden A.W. Sythoff (1965) p. 289).

18. Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), 188-89.

19. La théorie de Smend a influencé bon nombre de théoriciens du droit constitutionnel. Voir, par exemple, Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, 8^e édition (Tübingen J.C.B Mohr, 1982), p. 250-253. Pour une évaluation critique de la théorie telle qu'elle est appliquée par la Cour constitutionnelle fédérale, se reporter à Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 3^e édition (Berlin, Dunker und Humboldt (1989)), p. 217-219).

valeurs figure celle de l'inconstitutionnalité de certaines révisions constitutionnelles²⁰. C'est dans son arrêt rendu dans l'affaire *Südweststaat* (1951) que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a pour la première fois explicité ce concept d'inconstitutionnalité d'une révision de la Constitution, concept qu'elle a par la suite considéré comme une doctrine valide dans le cadre de l'affaire dite de l'article 117 (1953)²¹. Elle est également apparue plus récemment dans l'affaire *Klass* (1970), dans laquelle les juges semblaient prêts à annuler une modification constitutionnelle apportée à l'article 10 de la Loi fondamentale limitant le droit «inviolable à la confidentialité des communications postales et téléphoniques»²².

Dans l'affaire *Südweststaat*, la cour avait indiqué: «(...) une disposition constitutionnelle particulière ne peut être considérée comme une disposition isolée devant être interprétée isolément. La Constitution jouit d'une unité intrinsèque, et chacun de ses éléments revêt une signification liée à celle des autres dispositions. Considérée comme une unité, une Constitution reflète certains principes supérieurs et certaines décisions fondamentales auxquels les différentes dispositions se trouvent subordonnées. Il ressort clairement de l'article 79.3 que la Loi fondamentale repose sur cette hypothèse. La présente cour partage donc le point de vue de la Cour constitutionnelle bavaroise selon laquelle, "d'un point de vue conceptuel, le seul fait qu'une disposition fasse partie intégrante de la Constitution n'empêche pas qu'elle puisse être considérée comme nulle et non avenue. Il existe en effet des principes constitutionnels tellement fondamentaux et qui sont tellement l'expression d'une norme préexistant à la Constitution qu'ils lient les auteurs de celle-ci, alors que d'autres dispositions constitutionnelles d'un rang inférieur peuvent être considérées comme nulles dans la mesure où elles sont contraires auxdits principes". Il ressort de cette règle d'interprétation que toutes les dispositions constitutionnelles doivent être interprétées de manière à assurer leur compatibilité avec ces principes élémentaires et avec les intentions des auteurs de la Constitution...»²³.

La doctrine de l'inconstitutionnalité de certaines révisions de la Constitution n'est donc que l'un des principes constitutionnels non écrits que la Cour constitutionnelle fédérale a déduits à partir de cette vaste structure que constitue la Loi fondamentale. Elle estime que même une disposition constitutionnelle particulière, qu'elle figure dans la Constitution depuis l'origine de celle-ci ou y ait été insérée à l'occasion d'une révision constitutionnelle, peut être considérée comme inconstitutionnelle si elle est contraire aux «principes supérieurs et aux décisions fondamentales». Dans son arrêt sur l'affaire *Südweststaat*, la cour a indiqué que la démocratie et le fédéralisme figuraient au rang de ces principes supérieurs. Outre l'argument de l'unité structurelle de la Loi fondamentale en tant qu'elle constituerait le fondement de la

20. Cette notion de révision inconstitutionnelle apparaît pour la première fois dans un *obiter dictum* de l'affaire *Südweststaat* (I BVerfGE 14; 32 (1951)) et semble tirer son origine d'une décision de la Cour constitutionnelle bavaroise du 24 avril 1950, laquelle avait estimé que: «d'un point de vue conceptuel, il n'est pas impossible de considérer comme nulle une disposition constitutionnelle même si celle-ci figure dans la Constitution. Certains principes constitutionnels revêtent un caractère si fondamental et sont tellement l'expression d'un principe juridique antérieur à la Constitution qu'ils lient les auteurs de la Constitution eux-mêmes. D'autres dispositions constitutionnelles qui ne sont pas d'un rang équivalent peuvent être considérées comme nulles si elles contreviennent auxdits principes» (cité dans un avis consultatif rédigé pour la Cour constitutionnelle fédérale par la première chambre civile de la Haute Cour de justice fédérale – 6 *Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes* 47). La meilleure analyse critique de ce principe est celle d'Otto Bachof, «Verfassungswidrige Verfassungsnormen», dans Bachof, *Wege zum Rechtsstaat* (Königstein, Athenäum Verlag, 1979), p. 1-48.

21. 3 BVerfGE 225, 230-236 (1953).

22. 30 BVerfGE I, 33-47 (1970).

23. Voir plus haut, note 1, I BVerfGE, 14, 32 (1951).

doctrine de l'éventuelle inconstitutionnalité d'une révision constitutionnelle, les juges ont également reconnu, à l'occasion de cette affaire, l'existence d'un droit qui serait au-dessus des lois (*übergesetzliches Recht*), transcendant le droit positif et liant aussi bien le constituant que le législateur. La cour a, en conclusion, très clairement indiqué que toute disposition ou modification constitutionnelle qui serait contraire aux grands principes du droit (*übergesetzliches Recht*) ou aux grands principes de la Loi fondamentale serait jugée inconstitutionnelle²⁴.

13. Deux ans après l'affaire *Südweststaat*, dans l'affaire dite de l'article 117 (1953), la Cour constitutionnelle fédérale allemande reconnaissait (en s'appuyant sur l'argument des «principes supérieurs du droit») le concept de révision inconstitutionnelle de la Constitution comme une doctrine valable²⁵. La cour a expliqué que le fait de considérer comme illimité le contenu potentiel d'une Constitution représenterait un retour à un positivisme arbitraire rejeté depuis longtemps aussi bien par les théoriciens que par les praticiens. Dans le cas, improbable, où une disposition de la Loi fondamentale outrepasserait les limites du principe de justice («*die äußersten Grenzen der Gerechtigkeit*»), lequel se trouve au-dessus de la loi («*übergesetzlich*»), il serait du devoir de la cour de rechercher son annulation²⁶.

14. Cette doctrine a été une nouvelle fois énoncée (mais en s'appuyant sur l'argument de la «Constitution en tant qu'unité structurelle») dans l'affaire bien connue dite du parti communiste (1956)²⁷. Un chapitre important de cet avis est consacré par la cour à la signification de l'article 21.2 de la Loi fondamentale²⁸. Ce chapitre commence par examiner la question de savoir si l'article 21.2 est contraire à un «principe fondamental de la Constitution» – à savoir la liberté d'expression – et doit de ce fait être considéré comme inconstitutionnel²⁹. Le raisonnement de la cour s'appuyait sur le fait que la Constitution comporte, de façon explicite ou implicite, une hiérarchie de dispositions parmi lesquelles celles qui occupent un rang subalterne doivent donner lieu à un contrôle de leur conformité aux principes occupant un rang plus élevé. Dans son examen de l'article 21.2, la cour n'a toutefois constaté aucune contradiction entre la disposition contestée et des principes constitutionnels «supérieurs»: l'article 21.2 reflétait une décision délibérée des auteurs, selon

24. «L'Allemagne regrette peut-être d'avoir trois constitutions. La première est la Constitution intangible, celle que l'article 79.3 de la Loi fondamentale établit à perpétuité. De fait, ainsi qu'a pu le déclarer la Cour constitutionnelle fédérale allemande, toute modification apportée à la Loi fondamentale qui affaiblirait ou altérerait l'une quelconque des valeurs essentielles qui y sont affirmées représenterait une modification inconstitutionnelle de la Constitution. La seconde est la Constitution susceptible d'être modifiée, à savoir les passages de ce texte écrit qui peuvent être modifiés sans pour autant affecter les principes essentiels de la Loi fondamentale. Il existe enfin un certain nombre de principes non écrits, "suprapositifs", implicites dans des termes tels que "justice", "dignité" et "code moral". Ces principes directeurs, tout comme cet ordre de valeurs hiérarchique que la Cour constitutionnelle a déduit du texte de la Loi fondamentale, représentent un élément important de l'ordre constitutionnel allemand. La véritable Constitution allemande dépasse donc le seul texte écrit de la Loi fondamentale» (Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, London and Durham (1997), 38).

25. 3 BVerfGE 225, 230-236 (1953).

26. *Idem*, p. 234. Voir également David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (1994), p. 219, note 201. Voir également Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (1997), 48.

27. 5 BVerfGE 85, (1956).

28. Article 21.2 de la Loi fondamentale: «Les partis qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs adhérents, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, (...), à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont inconstitutionnels. La Cour constitutionnelle fédérale statue sur la question de l'inconstitutionnalité.»

29. 5 BVerfGE, p. 137.

lesquels les principes fondamentaux de la démocratie constitutionnelle ne pouvaient être préservés qu'en limitant la liberté de ceux qui pourraient les détruire. La cour en a par conséquent conclu que l'intention du constituant était de toute évidence légitime: il s'agissait de préserver les principes fondamentaux de la démocratie constitutionnelle. Toutefois, en ce qui concerne l'affaire qui nous intéresse, à savoir l'intervention du constituant slovène, la situation qui se présente est exactement contraire: il y a absence d'intention légitime. Nous soutenons que les efforts inconstitutionnels déployés par le Parlement slovène pour rejeter les résultats du référendum sur l'introduction d'un mode de scrutin majoritaire, suivis du refus, par ce même parlement, de respecter deux arrêts rendus par la Cour constitutionnelle quant à l'effet contraignant des résultats du référendum, ainsi que l'intervention finale du constituant (à savoir les deux tiers des membres du parlement), dont le seul objectif était d'acquiescer un avantage pour lui-même, montrent très clairement que, dans son intention, l'acte constitutionnel adopté par le parlement était à la fois arbitraire et illégitime.

15. Cette doctrine a également joué un rôle important lors de l'affaire *Klass* (1970)³⁰, dans laquelle les juges ont semblé prêts à invalider une modification apportée à l'article 10 de la Loi fondamentale. Par certains aspects, l'affaire *Klass* est similaire à la situation slovène actuellement soumise à l'examen de la Commission de Venise. La partie de cette affaire qui ressortit à la question de l'Etat de droit (*Rechtsstaat*), et dans laquelle les efforts déployés par l'organe constituant pour interdire tout contrôle judiciaire dans certains types d'affaire avaient été examinés par la cour, présente un intérêt tout à fait particulier pour l'analyse de la situation slovène, dans laquelle, à l'occasion d'une affaire bien précise, la protection judiciaire de la démocratie directe (et des droits constitutionnels correspondants) telle que garantie par la Constitution a également été empêchée³¹.

avaient été examinés par la cour, présente un intérêt tout à fait particulier pour l'analyse de la situation slovène, dans laquelle, à l'occasion d'une affaire bien précise, la protection judiciaire de la démocratie directe (et des droits constitutionnels correspondants) telle que garantie par la Constitution a également été empêchée³².

En conséquence des activités menées par des mouvements extrémistes à la fin des années 60, l'article 10 de la Loi fondamentale fut modifié de telle sorte qu'il devenait possible, dans certaines situations mettant en jeu la sécurité nationale, de se passer du contrôle judiciaire de la légalité des mesures de surveillance des communications postales et téléphoniques. La Cour constitutionnelle fédérale, dans une décision à la fois serrée et controversée, parvint à affirmer la constitutionnalité de cette nouvelle disposition, malgré

30. 30 BverfGE I, (1970).

31. Nous affirmons que, dans l'affaire slovène, l'intervention du constituant – qui, en passant outre aux résultats du référendum, en a de fait annulé les effets – ne visait pas un but légitime, mais traduisait en réalité une intention arbitraire. Nous reconnaissons que, si le constituant avait agi avec une intention légitime (par exemple, si les membres du corps constituant avaient été d'avis qu'un système proportionnel convenait davantage à la situation de la Slovaquie que le scrutin majoritaire qui a remporté le référendum), et si cette intention n'avait pas été simplement simulée ou feinte, son action tendant à rejeter, dans un cas précis, le contrôle juridictionnel ne prêterait nullement à controverse (voir plus loin à la fin du paragraphe 17).

32. Nous affirmons que, dans l'affaire slovène, l'intervention du constituant – qui, en passant outre aux résultats du référendum, en a de fait annulé les effets – ne visait pas un but légitime, mais traduisait en réalité une intention arbitraire. Nous reconnaissons que, si le constituant avait agi avec une intention légitime (par exemple, si les membres du corps constituant avaient été d'avis qu'un système proportionnel convenait davantage à la situation de la Slovaquie que le scrutin majoritaire qui a remporté le référendum), et si cette intention n'avait pas été simplement simulée ou feinte, son action tendant à rejeter, dans un cas précis, le contrôle juridictionnel ne prêterait nullement à controverse (voir plus loin à la fin du paragraphe 17).

l'argument selon lequel elle était contraire à l'article 79.3 de la Constitution, car violant les principes fondamentaux de la dignité humaine, de la séparation des pouvoirs et de l'Etat de droit, non sans avoir toutefois insisté sur le fait que cette affaire était exceptionnelle et que la juridiction à laquelle cette fonction de contrôle serait confiée était aussi indépendante que les tribunaux eux-mêmes. Il semble que, si tel n'avait pas été le cas (c'est-à-dire si la juridiction *ad hoc* n'avait pas été aussi indépendante que les tribunaux eux-mêmes), les juges auraient annulé cette modification de la Constitution en s'appuyant sur les principes de la dignité humaine, de la séparation des pouvoirs et de l'Etat de droit. Trois avis nettement divergents furent néanmoins rendus qui, contestant l'affirmation selon laquelle la juridiction *ad hoc* aurait été indépendante, concluaient au caractère anticonstitutionnel de cette révision.

La décision de la majorité a été critiquée à la fois par Wassermann³³ et par Schmidt-Assmann³⁴, pour lequel «la protection judiciaire des droits individuels contre des actes de l'autorité publique est intangible, même par le biais d'une révision de la Constitution». Récemment, Hesse³⁵ a également soutenu que, en consacrant la possibilité d'exclure un contrôle judiciaire, cette décision avait «sacrifié un principe fondamental de l'Etat de droit».

16. Si une démocratie constitutionnelle donnée décide d'adopter cette doctrine de l'inconstitutionnalité de certaines révisions de la Constitution, alors la question suivante revêt une importance primordiale: comment définir la nature d'une disposition qui, dans les limites d'une société particulière, s'impose jusqu'à l'organe constituant de telle sorte que sa modification doit être conforme aux orientations et aux principes fondamentaux de la Constitution? Cette question revient à se demander quels sont les principes et les idéaux politiques qu'une société ou un Etat donné considère comme étant à ce point fondamentaux qu'il les définit en même temps comme des conditions préalables à son fonctionnement légitime. La réponse à cette question risque de varier en fonction du contexte historique, culturel et politique de tel ou tel type de société. Le fait est, cependant, que tout gouvernement démocratique moderne s'appuie par définition sur les prémisses que sont la démocratie (expression de la souveraineté populaire) et la prééminence du droit, en tant qu'ils figurent au rang des principes fondamentaux qui, par le biais de la Constitution, représentent des conditions préalables à l'existence et au fonctionnement de l'Etat (dans la mesure où il s'agit d'un Etat «démocratique» régi par le principe de la prééminence du droit).

Il apparaît très clairement, si l'on observe la démocratie constitutionnelle allemande, que ces deux principes – démocratie et prééminence du droit – figurent au rang des facteurs fondamentaux qui limitent la marge de manœuvre même de l'organe constituant démocratique (mais pas celle, par exemple, d'un organe constituant totalitaire) lorsqu'il entend exercer sa capacité de révision de la Constitution. Les Allemands ont même fait figurer explicitement ce raisonnement dans l'article 79.3 de leur Loi fondamentale, qui dispose que: «Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20 est interdite.» A son article 1, la Loi fondamentale déclare explicitement, à l'égard d'une longue liste de droits fondamentaux, que ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'une révision constitutionnelle, quelle que soit la majorité

33. *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (1984): 1 AK-GG, article 19, Abs. 4, Rdnr. 62.

34. 2 Maunz/Dürig, article 19 (4), Rdnr. 30.

35. *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1991, 18^e édition), Rdnr. 377.

par laquelle les Allemands pourraient souhaiter les abroger. Compte tenu de cette attitude sans équivoque, la Cour constitutionnelle serait parfaitement en droit d'émettre un avis tendant à invalider une révision constitutionnelle de toute évidence contraire à l'un des droits fondamentaux. S'appuyant sur cette conception fondamentaliste, les juges seraient parfaitement en droit de continuer à résister: si la majorité politique dominante insistait, dans son acharnement à détruire les droits fondamentaux, sur l'abrogation d'une disposition, elle serait obligée de remplacer toute la Constitution par une nouvelle³⁶.

Comme indiqué plus haut, selon l'article 79.2, la même garantie que pour l'article 1 devrait également s'appliquer au fond de l'article 20, lequel, à son paragraphe 1, dispose que: «La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social»; son paragraphe 2 est consacré à la souveraineté du peuple, à la démocratie et à la séparation des pouvoirs: «Tout pouvoir d'Etat émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.» Son paragraphe 3 dispose que: «Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit»³⁷.

Application de la doctrine allemande à l'affaire de la révision constitutionnelle slovène

17. La doctrine allemande montre donc très clairement que, dans certaines circonstances, même une révision de la Constitution peut être déclarée inconstitutionnelle et que la compétence de contrôle de la Cour constitutionnelle ne peut être a priori et dans l'absolu écartée à l'égard d'une telle révision de la Constitution. La question est bien évidemment de savoir dans quelle mesure une Cour constitutionnelle donnée va adopter cette doctrine et, dans l'affirmative, vis-à-vis de quel type d'affaire. Cela dépendra probablement du contexte historique et culturel spécifique du pays, de sa tradition constitutionnelle, de sa réceptivité à l'égard de solutions constitutionnelles comparative³⁸, du niveau de sa culture juridique, etc. L'étude de ces facteurs et d'autres encore dépasserait le cadre du présent chapitre, lequel entend mettre en garde contre toute tentative d'exclure a priori la possibilité que la Cour constitutionnelle slovène décide d'appliquer la doctrine allemande et, par voie de conséquence, de conclure à l'inconstitutionnalité de la loi constitutionnelle. Cela semble être d'autant plus le cas que cette doctrine n'est guère familière à la pensée et à la pratique constitutionnelles slovènes, par manque d'expérience et de connaissance à l'égard de la tradition constitutionnelle démocratique. Avant d'affirmer qu'une révision constitutionnelle échappe a priori et dans l'absolu à la compétence de contrôle de la Cour constitutionnelle slovène, il conviendrait que soient exposées en détail (par exemple, par la cour elle-même) les raisons motivant une telle position³⁹.

18. Selon la doctrine de l'inconstitutionnalité de certaines révisions constitutionnelles, la loi constitutionnelle telle qu'elle a été adoptée par l'organe constituant

36. Pour une bonne analyse comparative (Etats-Unis et Allemagne) de cette question, voir Bruce Ackerman, *We The People, Foundations* (6^e édition, 1999, pages 10-16).

37. Le paragraphe 4 de cet article dispose également que «Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible».

38. La jurisprudence constitutionnelle slovène a été particulièrement réceptive à la pratique constitutionnelle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

39. Dans sa décision U-I-32/93 du 13 juillet 1993 (OdiUS II 68), la Cour constitutionnelle slovène a déclaré: «La Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour examiner les normes juridiques de la nature constitutionnelle (...)» (voir également sa décision U-I-214/OO). La cour n'a toutefois nullement explicité son raisonnement à cet égard. Cette absence d'argumentation confirme qu'elle a simplement considéré ce raisonnement comme allant de soi.

slovène pourrait être considérée comme anticonstitutionnelle si elle violait des principes fondamentaux inscrits dans la Constitution. Le principe de la démocratie – qui, selon la Constitution slovène, consiste explicitement en une démocratie directe aussi bien qu’indirecte⁴⁰ – ainsi que le principe de l’Etat de droit (*Rechtsstaat*)⁴¹ figurent indubitablement au rang de ces principes fondamentaux.

19. La question essentielle qu’il convient de se poser est donc la suivante: dans quelle situation peut-on affirmer qu’un organe constituant viole les principes fondamentaux de la démocratie et de l’Etat de droit et quels sont les cas dans lesquels telle violation ne peut, par définition, être avalisée? La réponse à cette question se trouve à notre avis dans la distinction qu’il y a lieu d’opérer entre, d’une part, une intention et une action peu ou prou légitimes d’un organe constituant et, d’autre part, une intention et une action absolument arbitraires d’un tel organe. Une modification constitutionnelle adoptée par un organe constituant, modification qui viole de façon totalement arbitraire un principe constitutionnel fondamental, ne sera pas légitime et risque de ne même pas être constitutionnelle. L’essence même de la doctrine selon laquelle une révision de la Constitution peut être anticonstitutionnelle consiste après tout à préserver la légitimité en défendant les valeurs et les principes que la Constitution considère comme fondamentaux. Elle le fait en protégeant ces valeurs et ces principes contre des révisions constitutionnelles portant sur des éléments qui ne sont pas eux-mêmes fondamentaux. La doctrine des révisions inconstitutionnelles de la Constitution permet aux concepts de la légitimité et de la constitutionnalité de se trouver réunis. Nous estimons qu’une révision de la Constitution dont l’effet est pour l’essentiel de supprimer une chose préexistante et qui empiète en même temps de façon arbitraire (c’est-à-dire en échappant à toute motivation ou intention légitime) sur des principes constitutionnels fondamentaux se démarque à première vue d’une disposition constitutionnelle «normale».

Conclusion

20. Sur la base du raisonnement qui précède, une révision constitutionnelle adoptée pour des raisons et dans une intention totalement arbitraires – à savoir dans le but de passer outre aux résultats du référendum et de deux arrêts contraignants de la Cour constitutionnelle – pourrait être déclarée inconstitutionnelle. Dans l’affaire *Klass* (Cour constitutionnelle fédérale allemande) dont il a été fait état plus haut⁴², par exemple, les juges, s’appuyant sur le principe du *Rechtsstaat* analysé conjointement avec les principes de la dignité humaine et de la séparation des pouvoirs, étaient disposés à annuler une révision constitutionnelle qui aurait eu pour effet d’exclure, dans certains cas, tout contrôle judiciaire. Cette exclusion arbitraire du contrôle judiciaire, que le constituant slovène a établie en l’espèce en adoptant cette révision constitutionnelle, peut elle aussi être considérée comme une violation du principe de l’Etat de droit (*Rechtsstaat*) considéré conjointement avec celui de démocratie, et, ainsi, être jugée inconstitutionnelle.

Là encore, nous ne prétendons pas que la Cour constitutionnelle slovène aurait dû agir selon la doctrine allemande des révisions inconstitutionnelles de la Constitution. Nous faisons simplement observer qu’il existe en Europe une doctrine et une pratique constitutionnelles qui auraient autorisé un tel choix.

40. L’article 3, paragraphe 2, de la Constitution slovène dispose que: «En Slovénie, le pouvoir appartient au peuple. Les citoyennes et les citoyens l’exercent directement par les élections, conformément au principe de séparation des pouvoirs en pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.»

41. L’article 2 de la Constitution slovène dispose que: «La Slovénie est un Etat de droit et social.»

42. Voir *supra*, point 15.

21. Nous convenons que, lorsqu'une révision constitutionnelle est adoptée sur la base de motifs et d'intentions légitimes dépourvus d'arbitraire (c'est-à-dire, par exemple, si l'organe constituant avait été d'avis, sans que cela ne soit ni feint ni simulé, que le choix exprimé, lors du référendum, en faveur d'un mode de scrutin majoritaire était, dans le contexte slovène, nuisible ou inadapté), sa constitutionnalité ne fait aucun doute. Une telle décision serait par définition conforme à la Constitution, en tant qu'expression politique normale de la souveraineté constituante. Nous soutenons toutefois que, dans le cas de cette intervention du constituant slovène, la situation est exactement l'inverse: il y a absence d'intention légitime. Nous affirmons que la façon dont se sont enchaînés les efforts inconstitutionnels du Parlement slovène pour passer outre aux résultats du référendum sur le mode de scrutin majoritaire, la façon dont le parlement a ensuite méconnu par deux fois un arrêt de la Cour constitutionnelle confirmant le caractère contraignant des résultats du référendum, ainsi que l'ultime mesure adoptée par celui-ci en tant qu'organe constituant (à savoir par plus des deux tiers des membres du parlement), montrent clairement que l'intention sous-jacente à l'adoption de cette révision de la Constitution était aussi arbitraire qu'illégitime.

22. La révision constitutionnelle slovène contestée, ainsi que le mode de scrutin qu'elle a introduit, ne peuvent, à notre avis, se défendre que d'un point de vue légaliste et uniquement dans le cadre de l'ordre juridique constitutionnel national. Or, une telle approche peut aujourd'hui être difficilement considérée comme la seule envisageable et ne représente qu'un aspect de la légitimité d'un acte juridique donné. L'évolution du droit en Europe va de plus en plus clairement dans le sens d'un contrôle national et international des actes juridiques internes à partir de normes et de principes juridiques transnationaux et communs.

Nous rappelons à cet égard une évidence, à savoir que la Constitution et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité fixent à l'action législative une marge d'appréciation toujours plus précise.

23. En outre, une évolution comparable se manifeste, par l'effet de laquelle des normes juridico-constitutionnelles reconnues par une communauté de nations telle que le Conseil de l'Europe ou l'Union européenne tendent à fixer une marge similaire au constituant national.

La possibilité d'un contrôle national d'«abus de pouvoir constituant» est envisagée avec un intérêt croissant. Des mécanismes sont en cours d'élaboration qui permettront d'invalider des actes constitutionnels douteux, en particulier lorsque ceux-ci portent atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

24. L'importance des questions soulevées ici exige à notre sens une approche équilibrée s'appuyant sur des principes nationaux et transnationaux, ainsi que sur des techniques juridiques et des principes relevant des traditions constitutionnelles européennes. Nous ne cachons pas notre déception devant le fait que l'avis de la Commission de Venise a, dans une large mesure, négligé les tendances actuelles, tant nationales que transnationales, du droit constitutionnel.

ANNEXE II

Observations de l'Assemblée nationale de la République de Slovénie

par M^{me} Tina Bitenc Pengov,

directrice adjointe et chef *a.i.* du secrétariat aux Affaires législatives et juridiques de l'Assemblée nationale

Le président de l'Assemblée nationale a informé le secrétariat aux Affaires législatives et juridiques de l'Assemblée nationale des éléments de la correspondance qu'il a eue avec votre Commission; concernant la question que le président du Gouvernement de la République slovène vous a demandé d'examiner, le président de l'Assemblée nationale a demandé à notre secrétariat de formuler un avis qui, d'une part, résumerait la position de l'Assemblée nationale et, d'autre part, jetterait quelque lumière sur les principales circonstances dans lesquelles l'Assemblée nationale a délibéré et sur les motifs qui l'ont poussée à intégrer dans la Constitution de la République slovène l'organisation du système électoral.

Compte tenu de ce qui précède, nous pensons devoir rappeler un certain nombre d'éléments.

Au cours des dix-huit mois écoulés, l'Assemblée nationale, en tant qu'organe légiférant et constituant, n'a pas ménagé ses efforts visant à doter la Slovénie d'un système électoral solide, et ce en temps voulu pour les élections législatives de cette année. Comme vous le savez, un référendum sur le système électoral s'est déroulé en Slovénie en décembre 1996. A cette occasion, les électeurs devaient se prononcer sur le mode de scrutin et choisir entre trois méthodes: un mode de scrutin mixte, un mode de scrutin majoritaire à deux tours et un mode de scrutin proportionnel. En décembre 1996, la Commission électorale centrale a procédé à la proclamation des résultats de cette consultation, d'où il est ressorti que, sur 1 537 529 citoyens ayant le droit de vote, 583 380 s'étaient exprimés lors de ce référendum et que, sur l'ensemble des suffrages valides, 14,4 % avaient été exprimés en faveur du système mixte, 44,5 % en faveur du système majoritaire à deux tours et 26,2 % en faveur du système proportionnel. A son article 90, paragraphe 4, la Constitution de la République de Slovénie dispose que «la proposition est adoptée lors du référendum si la majorité des électeurs qui se sont prononcés ont voté en sa faveur». Les résultats officiels montrent clairement qu'aucun des choix proposés lors du référendum n'a remporté la majorité nécessaire et que l'Assemblée nationale ne se trouvait liée par aucun des choix exprimés lors de ce référendum au sens de l'article 90, paragraphe 1, de la Constitution. La conduite d'un référendum comportant plusieurs propositions avait été précédée par une procédure relativement approfondie d'harmonisation des points de vue entre la Cour constitutionnelle et l'Assemblée nationale d'alors concernant un éventuel partage des voix. C'est dans ce contexte que l'Assemblée nationale a finalement adopté, en octobre 1996, une loi relative à l'établissement des résultats du référendum, loi qui, toutefois, ne supprime pas totalement l'effet d'un partage des voix, et c'est sur la base de cette loi que la Commission électorale centrale a établi et proclamé les résultats du référendum en question.

En octobre 1998, la Cour constitutionnelle de la République de Slovénie a, par cinq voix contre trois et une abstention, adopté une décision (U-I-12/97) donnant des résultats du référendum sur le mode de scrutin une interprétation différente de celle de la Commission électorale centrale. Selon cette décision, lors du référendum considéré, c'est le mode de scrutin majoritaire à deux tours qui a été approuvé. En application de l'article 1^{er} de la loi relative à la Cour constitutionnelle, les décisions de cette dernière revêtent un caractère contraignant.

A la suite de cette décision, l'Assemblée nationale s'est penchée et a voté à quatre reprises sur le mode de scrutin majoritaire à deux tours, conformément à la décision de la Cour constitutionnelle. Toutefois, lors de chacune de ses tentatives, moins des deux tiers des membres de l'Assemblée – ce qui constitue la majorité requise par la Constitution pour modifier ou adopter une loi régissant le déroulement des élections législatives – se sont prononcés en faveur du mode de scrutin majoritaire à deux tours, lequel n'a donc pas été adopté. Au cours de ces délibérations, il est clairement apparu que la proposition qui, selon la décision de la Cour constitutionnelle, avait été approuvée ne contenait que les grands principes du mode de scrutin majoritaire à deux tours, alors que de nombreux autres aspects importants appelés à être précisés dans ce contexte devaient l'être par les membres du parlement. C'est ainsi, par exemple, que la proposition soumise à référendum exigeait la création de quatre-vingt-huit circonscriptions, sans toutefois donner aucune indication quant à la façon d'y procéder. Lors des tentatives d'adopter le mode de scrutin majoritaire à deux tours, c'est cette question des circonscriptions qui a gagné en importance pour finir par devenir l'élément déterminant autour duquel il n'a pas été possible de réunir le consensus nécessaire, ni au sein de l'Assemblée nationale, ni, d'ailleurs, parmi les professionnels ou les milieux non gouvernementaux (et en particulier les collectivités locales).

Il convient de rappeler que les décisions de la Cour constitutionnelle exigeant une intervention législative positive de l'Assemblée nationale sont les plus difficiles à appliquer, dans la mesure où leur mise en œuvre dépend, en dernière analyse, de la possibilité de parvenir à un consensus politique et de la qualité des solutions concrètes avancées. Ainsi que nous l'avons donné à entendre plus haut, ce problème est apparu particulièrement flagrant dans le cas de cette décision de la Cour constitutionnelle puisque, en plus de tous les autres aspects, elle a suscité des avis juridiques et politiques extrêmement contradictoires. Cet aspect doit être considéré à la lumière du fait que, lors du référendum sur les modes de scrutin organisé en 1996, seuls 16,9 % de l'électorat slovène se sont prononcés en faveur du mode de scrutin majoritaire à deux tours.

Etant donné que, durant la période précédant les élections, la question de la légitimité du système électoral en vigueur avait enflammé le débat politique, l'Assemblée nationale, au cours de la première quinzaine de juillet 2000, a commencé à examiner une proposition de révision de la Constitution visant à insérer dans cette dernière les principes d'une représentation proportionnelle et d'une responsabilité personnelle des députés devant leur électeur. Cette proposition avait déjà été présentée à la fin du mois de janvier 2000 et les commissions compétentes en avaient entamé l'examen au mois de février. Au cours de ces discussions, un groupe d'experts indépendant et le secrétariat que je dirige avaient explicitement répondu aux questions avancées par les membres de la commission *ad hoc* quant aux conséquences juridiques que pourrait avoir une modification de la Constitution du point de vue des résultats du référendum en question et de la décision de la Cour constitutionnelle qui s'y rapportait (décision n° U-I-12/97). La réponse avait été la suivante:

L'Assemblée nationale est juridiquement liée par le résultat d'un référendum uniquement pour les questions qui ne doivent pas être obligatoirement régies par une loi, ce qui ne s'applique pas aux modifications de la Constitution. Au mois de mai, cette commission *ad hoc* poursuit ses discussions et convint, à l'unanimité, de modifier la Constitution de façon à y faire figurer les principes fixant le mode de scrutin applicable aux élections législatives. Elle adopta également une résolution selon laquelle l'Assemblée nationale devait organiser un référendum sur la révision constitutionnelle adoptée.

C'est ainsi que, le 25 juillet 2000, l'Assemblée nationale, conformément à la procédure prévue par la Constitution, adoptait, par soixante-dix voix contre une, une loi constitutionnelle modifiant (c'est-à-dire complétant) l'article 80 de la Constitution. Compte tenu de ce que l'Assemblée nationale de la République slovène comporte quatre-vingt-dix membres et qu'une majorité absolue des deux tiers est requise pour modifier la Constitution, le consensus qui s'est dégagé en faveur de cette modification apparaît important, ce qui assure sans aucun doute possible la légitimité de cette révision constitutionnelle. En application de l'article 70 de la Constitution, l'Assemblée nationale «doit soumettre [la] proposition de révision de la Constitution à l'adoption des électeurs lors d'un référendum, si au moins trente députés le demandent». Cela n'ayant pas été le cas, l'Assemblée nationale a promulgué, ce même jour, la révision de la Constitution.

Permettez-moi d'attirer votre attention sur le fait que la Cour constitutionnelle de la République de Slovénie, au mois de septembre de cette année, s'est déjà penchée sur la possibilité d'examiner la constitutionnalité des articles 1 et 2 de la loi constitutionnelle portant modification de l'article 80 de la Constitution, le décret convoquant les élections législatives et certains articles de la loi électorale, en raison d'allégations de contradiction entre cette dernière et les résultats du référendum sur le mode de scrutin. Par ses décisions n^{os} U-I-214/00-4 et U-I-204/00-6, la Cour constitutionnelle a rejeté ou écarté le contrôle de constitutionnalité proposé, confirmant ainsi que les actes législatifs en question étaient bien conformes à la Constitution et qu'il n'était pas de son ressort de se prononcer sur des révisions de la Constitution, ce dont, pour autant que nous le sachions, vous avez déjà été informés. Dans l'exposé des motifs annexé à sa décision n^o U-I-204/00-6, la Cour constitutionnelle a explicitement indiqué que «la décision de la Cour constitutionnelle qui se rapporte à la constatation du résultat du référendum législatif lie le parlement seulement comme législateur mais non comme organe constituant dans la révision de la Constitution (...). Par l'adoption de la loi portant modification de l'article 80 de la Constitution, l'astreinte légale de l'Assemblée nationale envers la décision de la Cour constitutionnelle a cessé».

Nous serions heureux de répondre à toute question supplémentaire que vous pourriez vous poser à l'occasion de l'examen de cette affaire et de vous communiquer toute information nécessaire.