



9513748

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

AVIS

**SUR LES
PROPOSITIONS D'AMENDEMENT
DE LA CONSTITUTION
DE LA REPUBLIQUE DE HONGRIE**

I. PRINCIPLES RELEVANT TO A NEW CONSTITUTION

II. INTRODUCTORY AND GENERAL PROVISIONS

VI. INTERNATIONAL AGREEMENTS

XVII. CONSTITUTIONAL COURT

par

**M. Giorgio MALINVERNI
(Italie)**

**COMMENTAIRES SUR
LES PROPOSITIONS D'AMENDEMENT DE
LA CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE DE HONGRIE
(DOC. CDL [95], 21)**

Prof. Giorgio MALINVERNI (Suisse)

I. The principles relevant to a new Constitution

Ce premier chapitre, de caractère introductif, n'appelle pas beaucoup de commentaires. On ne peut en effet qu'être d'accord avec les principes généraux qui y sont mentionnés. Je me limiterai par conséquent à faire deux brèves remarques.

1. Au chiffre 3a) (p. 5), désireux de décharger le Parlement d'une partie de ses tâches législatives, les auteurs du rapport souhaitent accroître en conséquence le pouvoir réglementaire du Gouvernement. Compte tenu des problèmes que ce transfert de compétences ne peut manquer de soulever sous l'angle de la séparation des pouvoirs, il importe que les domaines de la loi (du Parlement) et du décret (du Gouvernement) soient clairement délimités dans la Constitution, qui doit énoncer de manière précise à quelles conditions et dans quelles matières le pouvoir exécutif peut légiférer sous la forme de décrets ou de règlements. Il conviendrait d'ailleurs de distinguer à cet égard entre les décrets proprement législatifs, ayant un contenu propre, et les simples décrets d'application ou d'exécution de lois du Parlement, qui se limitent à reprendre ces lois, en les détaillant et en les précisant. Les premiers soulèvent beaucoup plus de problèmes que les seconds, toujours sous l'angle du principe de la séparation des pouvoirs.

La Constitution devrait également indiquer à quelles conditions la délégation législative (du Parlement au Gouvernement) est possible: les grandes lignes de la réglementation devraient figurer dans une loi au sens formel (= du Parlement).

Par ailleurs, les lois qui autorisent des ingérences graves dans les droits fondamentaux de l'individu devraient être des lois du Parlement. La base légale de toute restriction importante aux libertés doit donc être une loi au sens formel. Il en va ainsi en particulier des lois pénales et fiscales.

2. Le chiffre 4a) (p. 6) distingue les droits de la première et ceux de la deuxième génération, les premiers étant justiciables alors que les seconds ne le sont pas. Si cette distinction conserve encore toute sa valeur, elle doit cependant être nuancée et quelque peu relativisée. Parmi les droits dits de la deuxième génération (droits économiques et sociaux), certains peuvent en effet être considérés comme justiciables, et peuvent être invoqués directement devant les tribunaux. On pourrait donc distinguer à l'intérieur des droits sociaux, entre de simples objectifs sociaux à atteindre, des programmes à réaliser, des mandats donnés à l'État (droit au logement, droit à l'instruction, etc.) et de véritables droits sociaux, qui confèrent des droits subjectifs aux particuliers (droit au minimum vital, droit à un gîte digne, etc.). Contrairement aux premiers, ces derniers seraient donc justiciables, à l'instar des droits de la première génération, c'est-à-dire les droits et les libertés classiques.

II. Introductory and General Provisions of the Constitution

3. Le chiffre 2k) (p. 13) revient sur la distinction entre les libertés classiques et les droits économiques, sociaux et culturels. A mon avis, ces derniers sont, à l'instar des premiers, de véritables droits fondamentaux de l'homme, aussi importants que les premiers (indivisibilité des droits de l'homme). Il ne fait par conséquent aucun doute qu'ils doivent figurer dans le chapitre sur les droits fondamentaux, pour que soit bien marqué leur caractère de droits de l'homme. Ce serait les dévaloriser que de les faire figurer uniquement parmi les dispositions générales. Ceci dit, il est vrai que, compte tenu de leur différence de nature, aussi bien au niveau de leur justiciabilité que des obligations qui pèsent sur les États (simple abstention ou fourniture de prestations positives), ces deux catégories de droits fondamentaux devraient figurer dans des sections différentes d'un seul et même chapitre.

VI. International Agreements

4. Au chiffre 1a) (p. 42), les auteurs du document se réfèrent à la théorie dualiste et à la théorie moniste des rapports entre le droit interne et le droit international, et indiquent leur préférence pour la seconde. Ce choix ne peut être qu'approuvé, le monisme étant la méthode la plus moderne, la plus simple et la plus rapide d'incorporation du droit international.

Il n'est toutefois pas exact d'affirmer que, selon la théorie moniste, le droit international prime l'ensemble du droit interne, sauf la Constitution. Il y a là confusion entre deux questions conceptuellement bien distinctes: celle de la manière dont les traités internationaux s'incorporent au droit interne – ou y pénètrent – (avec transformation = dualisme; sans transformation = monisme) et ensuite, celle de leur rang parmi les actes normatifs d'origine interne. Il y a donc un premier problème à résoudre, celui de la validité interne des traités internationaux. C'est là qu'interviennent les théories moniste et dualiste. Une fois résolu ce problème se pose celui du rang des traités dans l'ordre juridique interne. A mon avis, on peut parfaitement concevoir que les traités occupent un rang supérieur à l'ensemble des actes normatifs internes, y compris la Constitution. Cette solution est même la seule qui soit en harmonie avec la Convention de Vienne sur le droit des traités. Un troisième problème, dont il n'est d'ailleurs pas fait mention dans le document, est celui de l'efficacité directe ou de l'effet direct (caractère *self executing*) des traités internationaux.

5. Toujours sous chiffre 1a) (p. 43), deux précisions doivent être apportées:
 - a. Les règles de droit international qui s'imposent de toute façon aux États, indépendamment de leur incorporation, sont les règles relevant du droit coutumier ou les principes généraux du droit international, et non pas, comme l'indique le rapport, "*the generally binding international treaties concluded under the auspices of the United Nations*". Il est vrai que certaines de ces conventions peuvent contenir de tels principes coutumiers de caractère général, mais ce n'est pas nécessairement le cas. De toute façon, si de tels principes généraux s'imposent à tous les États, indépendamment de la ratification (et non, comme l'indique à tort le document, de leur incorporation), c'est précisément en raison de leur caractère coutumier et universel.
 - b. La primauté du droit international sur le droit interne et l'effet direct de ses dispositions sont des caractéristiques des organisations *supranationales*, telles que l'Union européenne, et non pas de toutes les organisations *internationales* (OIT, FMI, etc.), comme semble le laisser entendre, à tort, le rapport. De toute façon, il serait préférable, à mon avis, que la Constitution dise expressément que le

droit des organisations supranationales prime le droit interne (voir aussi, chiffre 1e) (p. 45).

6. Chiffre 1b) (p. 44): De nouveau, en cas de conflit entre le droit international et le droit interne, le premier doit prévaloir, même s'il se heurte à une règle interne de rang constitutionnel. Par sa nature même, le droit international a en effet vocation à être supérieur à l'ensemble du droit interne. La règle de la primauté du droit international sur le droit constitutionnel doit en tout cas et au moins s'appliquer en faveur des traités internationaux de sauvegarde des droits de l'homme qui contiennent plusieurs règles de *jus cogens*.

Il est évident que l'harmonisation entre la règle internationale et la règle constitutionnelle doit être en principe effectuée avant la ratification du traité, soit sous la forme d'une réserve à ce dernier, soit sous celle d'un amendement constitutionnel. Toutefois, si cette harmonisation n'est pas effectuée avant la ratification, en cas de constatation de divergence entre la règle interne et la règle internationale après l'entrée en vigueur du traité, c'est la règle internationale qui doit l'emporter.

XVII. The Constitutional Court

7. Chiffre 2a) (p. 122): Il serait plus exact de dire que la Cour constitutionnelle examine la constitutionnalité (et non pas la légalité) des lois, décrets, etc.
8. Chiffre 2c) (p. 123): La procédure prévue ici est à mon avis contraire aux engagements internationaux que pourrait assumer la Hongrie. Encore une fois, comme je l'ai déjà dit, l'examen de la conformité entre un traité international et la Constitution devrait intervenir avant la ratification. Toutefois, si une contradiction est constatée entre la Constitution et un traité international déjà en vigueur, la Cour constitutionnelle ne doit en aucune façon se voir reconnaître le pouvoir de suspendre l'exécution du traité sur le territoire de la Hongrie. Le traité pourrait à la limite être dénoncé, mais par le gouvernement. L'affirmation selon laquelle un traité peut être inconstitutionnel est d'ailleurs une aberration, dès lors que c'est la Constitution qui doit être conforme au droit international et non l'inverse. Ce n'est donc pas le traité qui peut être inconstitutionnel, mais la Constitution qui peut être "inconventionnelle".

Le pouvoir qui est ici conféré à la Cour constitutionnelle est donc manifestement contraire au principe "*pacta sunt servanda*". On ne peut en effet pas suspendre temporairement et de manière unilatérale un traité en vigueur. En cas de contradiction constatée entre un traité déjà en vigueur et la Constitution, c'est cette dernière qui doit, le cas échéant, être modifiée pour qu'elle devienne conforme au traité. Une renégociation de ce dernier est bien sûr toujours possible, mais, pendant ce temps, il demeure en vigueur. La règle de la Convention de Vienne sur le droit des traités à laquelle il est fait allusion à la p. 124 du rapport vaut en effet pour l'ensemble du droit interne, y compris le droit constitutionnel, contrairement à ce que semblent croire les auteurs du rapport.

9. Le chiffre 1f) (p. 125) distingue entre le contrôle concentré et le contrôle diffus. Il est difficile de dire lequel de ces deux systèmes est le meilleur. Le choix entre les deux est finalement un choix politique.
10. Au chiffre 1i) (p. 127), on peut se demander pourquoi c'est seulement à la requête du Président que la Cour constitutionnelle peut exercer des fonctions en relation avec des référendums.
11. S'agissant du nombre de juges devant siéger à la Cour constitutionnelle (chiffre 3a) (p. 128), il serait préférable que celui-ci soit impair. Si le nombre est pair, une responsabilité trop grande pèse en effet sur le Président qui doit, en cas de partage égal des voix, prendre pratiquement seul la décision en faisant usage de sa voix prépondérante pour départager ses collègues.
12. Le chiffre 5a) (p. 132) relatif au statut des juges constitutionnels, est muet sur la durée du mandat des juges et, surtout, sur le caractère renouvelable ou non de ce mandat. Pour assurer une parfaite indépendance des juges à l'égard des organes qui les élisent, il serait préférable que leur mandat – quitte à ce qu'il soit relativement long – ne soit pas renouvelable. C'est d'ailleurs cette solution qu'ont adoptée plusieurs États (Italie, Allemagne, etc.).