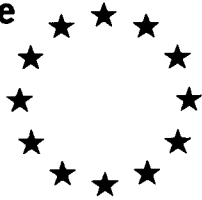


Council of Europe
Conseil de l'Europe



COE273143

Strasbourg, 17 September 1996
<s:\cd\doc\96\cd\pdg>
N° 24/96

96/3365
Restricted
CDL (96) 67
Or.fr./eng.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW

**COMMENTS
ON THE
CONSTITUTION OF UKRAINE**

submitted by
Mr S. BARTOLE (Italy)
M. G. BATLINER (Liechtenstein)
Mr J. KLUCKA (Slovakia)
Mme A. MILENKOVA (Bulgarie)

REMARKS ON THE CONSTITUTION OF UKRAINE ADOPTED ON JUNE 1996
by prof. Sergio BARTOLE, University of Trieste

1) Art. 132 concerning the territorial structure of Ukraine still keeps its features of a political programme: the normative content is very poor and the provision entrust the national legislator with the task of implementing some very broadly drafted principles. An evaluation of the territorial structure of Ukraine has to be given on the basis of the following articles of the Constitution and will depend on the future decisions of the Parliament.

2) The Crimean Autonomy.

The present text is more coherent and more technically precise than the draft submitted to the Commission. In any case it is evident that the Verkhovna Rada preferred to downgrade the crimean autonomy to an administrative and executive level than give it a constitutional status similar to that of a Land of the german Federation or rather that of the italian or spanish Regions. It carefully avoids speaking about crimean laws: the autonomous Republic can adopt normative regulations only which have to comply not only with the Constitution of Ukraine but also with the laws of Ukraine. This feature of the system of the sources of law could be used to restrict the scope of the constitutional guarantee of the crimean autonomy. Even though art. 137 very wisely makes a list of the issues which are given to the competence of the Republic and art. 138 specifies it with regard to the acts which can be adopted, it would be possible to say that the crimean authorities don't have a reserved area of competence if the ukrainian legislation has to be complied with by the crimean normative regulations and is therefore allowed to interfere in the issues assigned to the autonomous Republic. But, on the other side, it could be said that the ukrainian legislator should refrain from providing for a detailed regulation of the crimean issues and should limit his legislation to statements of principle whose implementation should be the task of the crimean authorities. It is evi-

dent that only in this last hypothesis it makes sense the provision of art. 150 entrusting the crimean Verkhovna Rada with the power of suing in the constitutional Court for a decision on the constitutionality of the ukrainian legal acts. It will depend on the constitutional Court the choice between these two different alternatives, even if art. 135 providing for the execution of the ukrainian law by the crimean normative regulations apparently implies that the ukrainian legislator has a large space of freedom of movement in the matter as far as he is allowed to define the scope of the executive tasks of the crimean legislator.

Unfortunately the ukrainian legislator has not followed the suggestion of requiring a special majority for the adoption of the Constitution of the autonomous Republic: from this point of view art. 135 does not differ from art. 91, the same majority is required both for the approval of laws, resolutions and other acts by the ukrainian Verkhova Rada, and the adoption of the crimean Constitution. This is another symptom of the weakness of the constitutional guarantee of the crimean autonomy.

It is evident that the suggestions of the Commission on the crimean autonomy have been partially followed only. If the original intent of the solution agreed during the negotiations concerning Crimea was the concession to the autonomous Republic of a constitutional status similar to the status of the german Laender or rather to the status of the italian or spanish Regions, the relevant constitutional provisions are not satisfying, even though the adopted arrangement can look as a first step toward an adequate recognition of the crimean speciality.

3) Local Self-Government.

The text of this Chapter looks satisfying.

4) Amendments to the Constitution.

The procedure is clearly designed by different provisions dealing - on one side - with the amendments to Chapters I, III and XIII, and -

on the other side - with the amendments of the other parts of the Constitution. The legislator has wisely adopted the suggested solution of entrusting with the power of introducing amendments to the Constitution not only to the President of Ukraine but also to a quota of the national Deputies of Ukraine. Perhaps the quota provided for by art. 156 (two-thirds of the constitutional composition of the Verkhovna Rada of Ukraine) is too high: it corresponds to the majority required for the adoption of amendments to Chapters I, III, XIII.

The meaning of art. 157, prohibiting the abolition or restriction of the human rights and the " liquidation " of independence and indivisibility of Ukraine, could look not sufficiently clear: in any case it is evident that it leaves a large scope of discretion to the judgement of the constitutional Court (art. 159).

5) Transitional Provisions.

A lot of these provisions delay the entering in force of many provisions of the Constitution. I find specially worrying articles 9 (which does not provide for a fixed deadline) and 13, but also the second alinea of art. 12, which was criticized by the Commission in its previous opinion.

Trieste, September 4th, 1996


(prof. Sergio Bartole)

Commentaires concernant la Constitution ukrainienne du 28 juin 1996 (ci-après "Constitution") du point de vue des droits de l'homme et de la primauté du droit

Gerard Batliner

Les commentaires suivants se réfèrent d'une part à la Constitution et d'autre part à l'Avis de la Commission de Venise CDL-INF(96)6 (ci-après "Avis de la CDL") sur le Projet de constitution de l'Ukraine du 11 mars 1996 (ci-après "Projet").

(I) Chapitre Ier de la Constitution (Principes généraux)

Ce chapitre est élargi et amélioré par rapport au Projet. Ce chapitre, mais aussi la Constitution en général, exprime la détermination de l'Ukraine d'être un Etat démocratique, social et de droit, protégeant les droits de l'homme. La Constitution est la norme juridique suprême (art. 8), et les lois et les autres actes normatifs sont adoptés sur base de la Constitution et doivent se conformer avec celle-ci (art. 8 par. 2). Les organes des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire exercent leurs fonctions dans les limites établies par la Constitution et en conformité avec les lois (art. 6). Le principe de légalité régit tout acte du pouvoir public (art. 19). Les normes constitutionnelles ont un effet direct, et celles concernant les droits de l'homme sont appliquées directement par les tribunaux (art. 8 par. 3).

Quelques faiblesses concernant des articles spécifiques du chapitre Ier et énoncées dans l'Avis de la CDL n'ont pas été supprimées.

(II) Chapitre II (Droits et libertés et devoirs de la personne et du citoyen)

1. En général

Les commentaires d'ordre général concernant des faiblesses de l'ensemble du chapitre II et énoncés dans l'Avis de la CDL (évaluation générale, absence de structuration du chapitre, l'étendue des droits protégés) et les commentaires concernant les personnes morales valent toujours aussi pour la nouvelle Constitution.

Par contre, il y a lieu de mentionner comme nouveauté dans la Constitution l'effet direct des normes constitutionnelles; les droits de l'homme sont appliqués directement par les tribunaux (art. 8 par. 3). Voir supra I.

Les restrictions possibles des droits et libertés fondamentaux: Les restrictions possibles sont indiquées spécifiquement dans chaque article. La clause générale et problématique de possibles restrictions figurant à l'ancien art. 60 par. 1 du Projet a été corrigée de bonne façon dans la Constitution (voir le nouvel art. 64 par. 1).

D'autre part, la clause très utile à l'ancien art. 60 par. 2 du Projet (principe de proportionnalité) a malheureusement été biffée dans la Constitution (voir art. 64).

Selon l'art. 64 par. 2 de la Constitution (cf. art. 60 par. 3 du Projet) le catalogue des droits et libertés qui résistent à des restrictions spécifiques en état d'urgence est toujours très long et à mon avis un peu irréaliste (par exemple art. 47 ou 56 de la Constitution). Le soin de régler l'état d'urgence est (comme déjà dans le Projet) toujours renvoyé au législateur simple au lieu de régler cette matière au niveau constitutionnel (voir art. 92 par. 1 point 19, mais aussi art. 43 par. 3, 64 par. 2, 83 par. 3 et 4, 85 par. 1 point 31, art. 106 par. 1 point 21, art. 157 par. 2). D'autre part, il semble être possible que la Cour

constitutionnelle ait la compétence de contrôler aussi des décisions du Président concernant l'état d'urgence (art. 150 par. 1: "acts of the President of Ukraine").

2. Commentaires portant sur des articles particuliers

Art. 27: Il semble que la peine de mort n'est malheureusement pas abolie.

Sur plusieurs articles je me réfère au commentaires dans l'Avis de la CDL (selon l'ancien numérotage).

Art. 55 (art. 50 du Projet): Selon cet article les droits de l'homme sont protégés par les tribunaux. D'autre part, le droit fondamental, et en pratique d'une valeur capitale, d'avoir accès à des tribunaux indépendants et impartiaux et compétents en matière civile et pénale n'est malheureusement toujours pas prévu dans cet article. Le par. 2 de l'art. 55 semble viser seulement les actes administratifs des autorités - ce qui est déjà très important.

(III) Quelques commentaires sur la protection des droits de l'homme et sur l'état de droit selon certains articles spécifiques dans d'autres chapitres de la Constitution

Art. 92: La technique d'énumérer point par point (au lieu par une clause générale) les compétences législatives de la Suprême Rada risque d'obscurcir la séparation du pouvoir législatif par rapport au compétences du pouvoir exécutif (état de droit).

Art. 102 par. 2 et art. 104 par. 3: L'obligation du Président de "garantir" (au lieu de respecter) les droits et libertés de la personne et du citoyen peut impliquer des risques de mêler les compétences. Les garants de la protection des droits de l'homme sont les tribunaux (art. 55 par. 1, et ce-ci exclusivement). Aussi, le texte de l'art. 116 point 2 n'est pas très claire.

Art. 124 par. 1 (art. 122 par. 1 de l'ancien Projet): La nouvelle formule se distingue favorablement de l'ancien texte ("Justice in Ukraine is administred exclusively by the courts. ").

Art 150: Il résulte de la Constitution que les droits et libertés constitutionnels sont garantis et appliqués par les tribunaux ordinaires, au niveau de toutes les instances judiciaires. La pratique dans d'autre pays témoigne que souvent des violations des droits de l'homme résultent de l'application pure et simple des lois ou autres normes qui, quant à elles, sont contraires à la Constitution. Si de telles violations se présentent, tout tribunal qui doit respecter les lois jusqu' à une cassation éventuelle d'une loi par la Cour constitutionnelle devrait, dans le cas concret, avoir la compétence de s'adresser directement à la Cour constitutionnelle pour le contrôle de la norme en question (contrôle incident). La règle prévue à l'art. 150 par. 1 point 1 subpar. 2 que, en tel cas, la saisine de la Cour constitutionnelle ne peut se faire que par la Cour suprême et doit passer par cette instance, constitue un obstacle pour la défense des droits de l'homme et en réalité un affaiblissement majeur de leur efficacité.

Dans chaque pays, mais surtout si les compétences ne sont pas réparties d'une façon très claire, il importe d'avoir une instance qui tranche des conflits de compétence entre les puissances publiques (état de droit). Telle règlement n'est pas prévu dans la Constitution - à moins que la faculté d'interpréter officiellement la Constitution et les lois (art. 150 point 2) soit considérée comme impliquant la possibilité de résoudre des conflits de compétence.

O p i n i o n
to the Chapter XII. of the Constitution of Ukraine
adopted on 28. June 1996 - Revised Version

1. This revised version of my Opinion to the Chapter XII. of the Constitution of Ukraine has been required by the Secretariat of the Venice Commission (JDem. 234 - July 29, 1996) and observes the implementation of Venice Commission's recommendations (as contained in its Opinion on the Draft Constitution of Ukraine - CDL - INF (96) 6) into the final text of the Constitution of Ukraine.

2.a. General Comments - Final text of Constitution of Ukraine founds the Constitutional Court of Ukraine as a "sole body of constitutional jurisdiction of Ukraine" (article 147). The independent judicial body shall guarantee therefore the constitutionality of laws and other general binding legal regulations in Ukraine.

b. The number of subjects entitled to appoint the judges of the Constitutional Court of Ukraine has increased, by article 148. of the Constitution. Instead two subjects originally proposed in the Draft of the Constitution (article 146 - President and Senate) the Constitution determines three subjects entitled to appoint the judges viz. President of Ukraine, Verkhovna Rada of Ukraine and Congress of Judges of Ukraine. Transitional Provisions of the Constitution (Chapter XV) point 6 states that: "The Constitutional Court of Ukraine is formed in accordance with this Constitution within three months after its entry into Force". These provisions of the Constitution (or any other of the Chapter XII) do not precise however the number of judges authorized to start practical "decision making activity" of the Constitutional Court within the scope of its competences listed in Article 150 of the Constitution (quorum). Taking into consideration this fact it is not still clear if one of the appointing subjects fails to appoint its "own" judges (in the term fixed in Transitional Provision of the Constitution) the Constitution Court will be

able to start its decision making activity.

c. As regards as own budget of Constitutional Court article 124 of the Constitution of Ukraine includes the Constitutional Court into whole justice system of Ukraine whereas: "Judicial proceedings are performed by the Constitutional Court of Ukraine and courts of general jurisdiction". According to Article 130 of the Constitution "The state ensures funding and proper conditions for the operation of courts and the activity of judges. Expenditures for the maintenance of courts (constitutional court and ordinary courts - J. K.) are allocated separately in the State Budget of Ukraine". It means that according to quoted articles of the Constitution the Constitutional Court of Ukraine has not its own budget and its expenses will be covered from the budget common for all judiciary of Ukraine.

d. The Chapter XII. of the Constitution do not confirm "expressis verbis" that the decision on pre-term office of the judge of the Constitutional Court falls into exclusive competence of the Court itself. Article 130 of the Constitution only states that: "Judges self-management operates to resolve issues of the internal affairs of courts" and article 126 of the Constitution determined that only a body which appointed the judge (including judge of the Constitutional Court) is able to dismiss him/her from office if the conditions of such dismissal (specified under points 1. - 10. article 126 of the Constitution) have been met. The text of the oath (both for judges and constitutional judges) is not embodied in the Constitution of Ukraine.

e. According to Article 150. of the Constitution Constitutional Court of Ukraine is entitled to give official interpretation both the Constitution and laws of Ukraine (no changes with comparison of the draft).

Among the judicial organs of Ukraine only Supreme Court of Ukraine is entrusted with the competence to bring the case before Constitutional Court. The Constitutional Court has not any special competences to settle disputes among various state organs of Ukraine (conflict of competences disputes) (no

changes with comparison of the draft).

f. To compare the terminology to identify the acts of Constitutional Court (article 150 of the Constitution) "Decisions" ...mandatory for execution throughout the territory of Ukraine) and Article 151 "opinions" of the Constitutional Court the later ones do not represent legally binding decisions of Constitutional Court of Ukraine.

g. Article 152 of the Constitution of Ukraine confirms (similarly as the Draft of Constitution) that: "Laws and other legal acts... that are deemed to be unconstitutional lose their legal force from the day the Constitutional Court of Ukraine adopts the decision on their unconstitutionality" and not from the day of the publication of such judgment of Constitutional Court in the Journal Official of Ukraine.

Košice, September 2, 1996

JUDr. Ján K i ť k a
Member of the Venice Commission
for Democracy through Law

" LE POUVOIR DU PEUPLE "

/Commentaire sur la constitution de l'Ukraine du 28 juin 1996/

La nouvelle constitution de l'Ukraine, adoptée le 28 juin 1996, indiscutablement est un document politique exclusivement intéressant et original. Il est une bonne base juridique pour l'évolution future de la transition vers un gouvernement démocratique et une libre société civile. La constitution donne l'expression de toute une série de tendances progressistes dans le développement du constitutionnalisme orientées surtout vers la formation d'un système de gouvernement relativement effectif.

Le développement ultérieur du principe de souveraineté populaire (en comparaison avec les projets) mérite une attention particulière. Il s'agit, plus concrètement, de la formule acceptée dans l'art. 5, al. 3 de la constitution selon laquelle "le droit de déterminer et de réviser le système constitutionnel de l'Ukraine appartient exclusivement au peuple et ne peut pas être usurpé par l'Etat, ses organes ou fonctionnaires". De cette manière, catégoriquement est profilée et stabilisée la position du pouvoir constituant qui est gardé pour son porteur de base - le peuple. D'ici provient et la plus solide garantie de la souveraineté de la constitution et de la séparation des pouvoirs. Les institutions du pouvoir public inévitablement remontent leurs

moral et certitude dans l'accomplissement des devoirs car leur comportement est réglé par des "règles du jeu" relativement stables.

L'essai d'établir une procédure assez compliquée pour la révision de la constitution de l'Ukraine mérite un encouragement. Il en est ainsi car l'idée de la "constitution dure", tracée d'une manière consécutive, est la seule base solide pour un état constitutionnel contemporain. La procédure adoptée coordonne avec succès les exigences de stabilité et de constance relative des principes et éléments fondamentaux de la forme de gouvernement avec une certaine agilité par rapport aux autres ordonnances constitutionnelles. Les majorités qualifiées très élevées qui sont nécessaires pour porter des amendements au texte constitutionnel sont une garantie efficace contre le danger d'initiatives partiales et hâtives.

La régulation constitutionnelle de la matière des référendums mérite une évaluation positive. Evidemment, les objections faites contre le soulignement exagéré du rôle des différentes formes de la démocratie directe, ont été prises en considération lors de la rédaction définitive et l'adoption du texte constitutionnel. De cette manière on crée une corrélation beaucoup plus réussie et plus réaliste entre les formes de la démocratie représentative et la démocratie directe.

L'initiative de fixer les dates des référendums est divisée entre la Rada suprême et le Président de l'Ukraine. C'est correct de limiter le champ appliqué des référendums déterminés sur l'initiative de la Rada suprême.

L'art. 85, al. 1, p. 2 indique qu'elle fixe les dates des référendums généraux ukrainiens sur les questions déterminées par l'art. 73 qui ne vise que des modifications éventuelles du territoire de l'Ukraine. Ayant en vue l'instabilité des frontières des pays de la Communauté des Etats indépendants (CEI) et les problèmes minoritaires inévitables après la désintégration de l'ex-URSS, l'ordonnance qu'on peut effectuer des changements du territoire de l'Ukraine uniquement après un référendum général national est tout à fait légitime. C'est une garantie complémentaire pour la souveraineté de l'état et l'intégrité du territoire du pays contre une éventuelle pression politique venant de l'extérieur.

La question de l'initiative du Président de l'Ukraine de déterminer les dates des référendums est aussi très bien réussie. Son engagement avec la matière concrète (v. l'art. 106, al. 1, p. 6) exclut le danger de ne pas respecter la Rada suprême et de la mettre devant le fait accompli.

Enfin, l'introduction de l'ainsi nommée initiative populaire mérite un compliment car elle ouvre les portes aux citoyens de participer au processus législatif. Cette décision a beaucoup d'avantages devant les autres variantes possibles dans lesquelles le conflit entre les institutions prend le dessus dans des situations extrêmes. Au bout du compte, l'initiative populaire peut devenir le meilleur moyen pour mobiliser l'opinion public et corriger le fonctionnement du pouvoir public.

La matière concernant les impôts, le budget et l'amnistie très raisonnablement est exclue du champ appliqué des référendums.

Le texte définitif de la constitution donne à la situation juridique de la Rada suprême une réglementation plus précise. La formule acceptée dans l'art. 75 est juste et laconique - la Rada suprême est "le seul organe du pouvoir législatif de l'Ukraine".

La durée du mandat de la Rada suprême est fixée à 4 ans. On admet de le lever avant terme dans des hypothèses extrêmes mais il est peu probable qu'elles puissent être réalisées en pratique.

Le status des représentants populaires a subi une évolution en direction correcte. On a accepté l'idée de la nécessité de législateurs professionnels. L'art. 78 prévoit d'une façon catégorique que les députés exercent leur pouvoir sur une base constante. On peut avoir du regret que le principe de l'incompatibilité du mandat de député avec d'autres fonctions n'est pas formulé dans la constitution-même d'une manière plus exacte, et on prévoit le régler ultérieurement par une loi concrète. La triste expérience des pays comme la Bulgarie prouve que les législateurs ne sont pas portés à s'imposer eux-mêmes beaucoup de restrictions sévères. Et cette circonstance donne carte blanche pour différentes manifestations impunies de corruption.

L'exception du principe de la nonresponsabilité judiciaire des interventions des députés devant le parlement et ses organes dans les cas de calomnie et d'affront mérite une appréciation positive (v. l'art. 80, al. 2).

C'est correct d'éliminer du texte constitutionnel la possibilité du rappel des députés de la part de leurs électeurs. Pourvu que cette circonstance soit en vue et pour les amendements de la législation ordinaire.

La procédure de l'autodissolution de la Rada suprême est éliminée aussi que les procédures assez étranges et nonargumentées pour le vote de nonconfiance au parlement et au Président de la part des électeurs. Sans aucun doute, ce sont des pas en direction juste.

Mais sur le sujet de la nomination du premier ministre les relations mutuelles entre le Président de l'Ukraine et la Rada suprême restent encore problématiques. La revue systématique du texte constitutionnel (v. l'art. 85, al. 1, p. 12 en lien avec l'art. 106, al. 1, p. 9) n'éclaircit pas d'une manière exacte comment on va surmonter les conflits entre les deux institutions si la Rada suprême refuse à donner son approbation, et le Président, à son tour, décide à ne pas reculer et à persévérer dans ses intentions en nommant la personne préférée par lui?!

Le principe de la double responsabilité politique du Cabinet ministériel - devant le Président de l'Ukraine et en même temps devant la Rada suprême - a trouvé son expression dans la procédure du vote de nonconfiance (v. l'art. 87). La question de la responsabilité du gouvernement peut être discutée sur proposition de 1/3 du nombre total des députés, mais cette exigence trop élevée, fait inutilement lourde une pareille initiative. Le bonus d'une année, donné au gouvernement après l'approbation de son programme

d'action, n'est pas bien argumenté. En fin du compte, la question de la responsabilité du gouvernement peut être provoquée de toute une série de circonstances très sérieuses par elles-mêmes, mais sans être visées au programme de gouvernement. Il ne faut pas oublier que la procédure d'engagement de la responsabilité du gouvernement n'est pas orientée uniquement vers son blâme éventuel. Elle est destinée aussi à provoquer des débats politiques sur des problèmes d'importance primordiale pour le pays qui, à cause de différentes raisons, ne sont pas assez bien traités par le pouvoir exécutif.

L'idée de la succession continue des législatures qui a trouvé sa place dans l'art. 90, mérite une louange particulière - les pouvoirs de la Rada suprême finissent le jour de l'ouverture de la première séance du nouveau parlement récemment élu. Cela n'était pas fait lors de l'adoption de la nouvelle constitution de la Bulgarie de 1991 et le résultat est une inutile tension dans la vie politique du pays. La formule acceptée exclut le danger qu'une ou autre institution profitera de la période "d'interrègne" et éventuellement entreprendra des actions pour usurper le pouvoir public.

Dans l'art. 93 le droit de l'initiative législative est divisé entre quelque institutions et les députés. Par principe, la question si on doit donner le droit de l'initiative législative à la fois au Président de l'Ukraine et au Cabinet des ministres reste discutable. Il ne faut pas oublier que le Chef de l'Etat accomplit des fonctions spécifiques et il ne doit pas s'engager très souvent à la politique courante, même

en déposant devant la Rada suprême des projets de loi. Evidemment, c'est la pratique qui montrera la meilleure résolution de ce problème. Il n'est pas clair pourquoi la Banque nationale a aussi le droit de l'initiative législative. Cette institution, plus que les autres, doit rester à côté de la politique courante.

Dans le texte constitutionnel est restée et l'exigence trop élevée de la majorité de 2/3 du nombre total des députés pour surmonter le veto suspensif du Président de l'Ukraine. Pourvu que cette circonstance ne provoque pas au futur des conflits insurmontables entre les principales institutions du pouvoir public.

*

*

*

Il faut noter en conclusion que l'Ukraine s'oriente vers une variante nontraditionnelle de régime semi-présidentiel ou de système de gouvernement mixte. Cette expérience constitutionnelle offrira des matières de réflexion et, si elle a du succès, elle agitera les horizons traditionnels du droit constitutionnel et des sciences politiques.

Anna Milenkova
Bulgarie