



Strasbourg, le 19 janvier 2010

CDL-AD(2010)001

Étude n° 469 / 2008

Or. angl.

**COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT**  
**(COMMISSION DE VENISE)**

**RAPPORT**  
**SUR L'AMENDEMENT CONSTITUTIONNEL**

**adopté par la Commission de Venise**  
**lors de sa 81<sup>e</sup> session plénière**  
**(Venise, 11-12 décembre 2009)**

**sur la base des observations de**

**Mme Gret HALLER (Membre, Suisse)**  
**M. Fredrik SEJERSTED (Membre suppléant, Norvège)**  
**M. Kaarlo TUORI (Membre, Finlande)**  
**M. Jan VELAERS (Membre, Belgique)**

**TABLE DES MATIÈRES**

I.	Introduction .....	3
II.	Observations préliminaires .....	3
III.	Aperçu des dispositions constitutionnelles existantes visant à modifier les constitutions nationales .....	7
	A. Initiative.....	8
	B. Procédures parlementaires.....	9
	C. Référendums .....	12
	D. Limites spéciales aux amendements constitutionnels.....	13
	E. Révision totale et adoption d'une nouvelle constitution.....	14
	F. Participation de la Cour constitutionnelle .....	14
IV.	Observations générales sur l'amendement constitutionnel.....	15
V.	But de l'engagement constitutionnel .....	17
VI.	Mécanismes de la contrainte constitutionnelle.....	20
VII.	Trouver un équilibre entre rigidité et souplesse.....	23
	A. Recherche de la stabilité constitutionnelle .....	23
	B. Changement constitutionnel formel et informel .....	24
	C. Origine et caractéristiques de la constitution nationale .....	27
	D. Modifier les différentes catégories de dispositions constitutionnelles.....	29
	E. Procédures d'amendement parlementaire et référendums populaires.....	39
	F. Participation obligatoire de la Cour constitutionnelle.....	42
	G. Des règles d'amendement particulières pour les États en transition démocratique ? ...	43
	H. Transparence et légitimité démocratique du processus d'amendement .....	44
VIII.	Dispositions et principes immuables .....	44
	A. Considérations générales sur l'immutabilité.....	44
	B. Examen juridictionnel de l'immutabilité .....	48
IX.	Conclusions relatives à l'amendement constitutionnel.....	51

## I. Introduction

1. Dans sa Recommandation 1791 (2007) sur la situation des droits de l'homme et de la démocratie en Europe, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) a recommandé au Comité des Ministres d'élaborer des principes directeurs sur l'élimination des défaillances dans le fonctionnement des institutions démocratiques, en prenant en compte les instruments juridiques existants du Conseil de l'Europe. Les questions à examiner étaient notamment de savoir « si les dispositions actuelles sont conformes aux valeurs démocratiques » et si « les dispositions nationales actuellement en vigueur concernant la modification de la Constitution exigent un niveau d'approbation suffisamment élevé pour prévenir les abus de la démocratie » (§§ 17.19 et 17.20).

2. À sa session de 2007, le « Forum pour l'avenir de la démocratie » du Conseil de l'Europe a encouragé la Commission de Venise à réfléchir à ces questions. Sur cette base, la Sous-commission sur les institutions démocratiques a décidé de conduire une étude sur les dispositions constitutionnelles visant à modifier la Constitution.

3. Dans une première étape, la Commission de Venise a compilé les dispositions constitutionnelles nationales pertinentes relatives aux amendements constitutionnels dans les États membres du Conseil de l'Europe et un certain nombre d'autres États. Les résultats figurent dans un document distinct sur les dispositions constitutionnelles visant à modifier la Constitution (CDL (2009) 168add1). Le texte intégral des constitutions peut être trouvé dans la base de données CODICES de la Commission de Venise<sup>1</sup>.

4. Mme Haller et MM. Sejersted, Tuori et Velaers ont été nommés en qualité de rapporteurs. Le présent rapport décrit et examine les procédures et les limites encadrant l'amendement constitutionnel national dans les pays choisis à titre d'exemple. Ses conclusions fournissent un certain nombre d'éléments de réflexion qui peuvent servir pour les évaluations futures des règles existantes ou des projets de règles sur l'amendement constitutionnel. Un examen préliminaire des projets antérieurs a eu lieu à la Sous-commission sur les institutions démocratiques en octobre 2008, ainsi qu'en juin et en octobre 2009. Le rapport a été adopté à la 81<sup>e</sup> session plénière de la Commission (Venise, 11-12 décembre 2009).

## II. Observations préliminaires

5. La question de l'amendement constitutionnel est au cœur de la théorie et de la pratique constitutionnelles. Le constitutionnalisme implique que les règles fondamentales de l'exercice effectif du pouvoir d'État et la protection des droits humains fondamentaux doivent être stables, prévisibles et non susceptibles d'être modifiées aisément. Ce point est crucial pour la légitimité du système constitutionnel. Ceci étant, il est parfois nécessaire de réviser la constitution dans une large proportion pour améliorer la gouvernance démocratique ou s'aligner sur les transformations sociales, économiques et politiques. Dans la mesure où une société est façonnée par sa constitution écrite, la procédure de révision de ce document devient en elle-même une question d'une grande importance. Le pouvoir d'amendement n'est pas une technique juridique mais une norme établie dont les détails peuvent fortement influencer ou déterminer des processus politiques fondamentaux.

6. Toutes les constitutions écrites présentent la caractéristique fondamentale (contrairement aux statuts ordinaires) de renfermer des dispositions leur permettant de se modifier elles-mêmes. Dans presque toutes les constitutions, une telle modification est plus difficile à introduire que dans une législation ordinaire. Elle exige généralement une majorité

---

<sup>1</sup> <http://www.codices.coe.int>.

parlementaire qualifiée, des décisions multiples, un calendrier spécial ou une combinaison de tous ces facteurs. La ratification par un référendum populaire est parfois nécessaire et, dans les systèmes fédéraux, une ratification par les entités peut être exigée.

7. Il s'agit là des éléments fondamentaux communs aux mécanismes de l'amendement constitutionnels, mais leurs agencements et leurs combinaisons sont presque aussi nombreux et variés que les constitutions écrites. Même en Europe, la diversité est grande ; dans certains États, l'amendement constitutionnel est assez facile, dans d'autres, il est quasiment impossible. Il n'existe donc pas de « modèle optimal » européen d'amendement constitutionnel et encore moins de règles juridiques communes contraignantes. Il n'y a pas eu non plus jusqu'ici de tentative d'articuler des normes européennes communes.

8. L'élaboration et l'application de règles relatives à l'amendement constitutionnel posent un problème fondamental qui est de trouver un juste équilibre entre la *rigidité* et la *souplesse*.

9. À ce sujet, deux défis potentiels sont à relever. Le premier est celui qui est mentionné dans la recommandation de l'APCE qui invite les pays à examiner « *si les dispositions nationales actuellement en vigueur concernant la modification de la Constitution exigent un niveau d'approbation suffisamment élevé pour prévenir les abus de la démocratie* ». En d'autres termes, les constitutions des États membres sont-elles suffisamment robustes et rigides pour créer des conditions stables favorisant le développement démocratique ?

10. Cette question, qui pourrait viser *a priori* n'importe quel État membre, se pose avec le plus d'acuité dans les pays qui ont fait l'objet d'une réforme démocratique dans un passé relativement récent et qui sont encore dans une phase de développement d'une nouvelle culture et d'un nouveau modèle constitutionnels.

11. Le second défi, inverse, se pose lorsqu'une constitution présente certains signes de rigidité. Il s'agit là d'un problème qui concerne aussi bien les nouvelles démocraties que les anciennes. Dans les démocraties établies depuis longtemps, des constitutions qui étaient adaptées initialement peuvent se rigidifier avec le temps et bloquer les réformes nécessaires. Quant aux nouvelles démocraties, leurs constitutions portent parfois encore la marque des régimes antidémocratiques précédents, ou bien elles ont été adoptées pendant une période de transition. Les règles strictes qu'elles renferment, justifiées à une certaine époque, ne le sont plus au fur et à mesure que la démocratie se développe.

12. Sur cette base, la Commission de Venise estime que le système constitutionnel est confronté aux deux écueils potentiels suivants :

1. Les règles relatives au changement constitutionnel sont trop rigides. Les règles de fond ou de procédure, trop strictes, créent un blocage et cimentent des procédures de gouvernance inadaptées empêchant tout changement nécessaire. Cette rigidité impose des limites trop contraignantes au développement démocratique et frustre la majorité qui souhaite la réforme.
2. Les règles relatives au changement constitutionnel sont trop souples. Les règles de fond ou de procédure, trop souples, créent de l'instabilité, un manque de prévisibilité et du conflit. Les procédures démocratiques, les valeurs essentielles et les intérêts minoritaires ne sont pas suffisamment protégés. La question de la réforme constitutionnelle devient en elle-même un objet de débat politique permanent qui accapare les acteurs politiques et les détourne de ce qui est leur mission première, c'est-à-dire gouverner dans le cadre existant.

13. Ces deux écueils seront traités dans le présent rapport. L'analyse est fondée sur une compilation systématique des dispositions relatives aux amendements constitutionnels des

États membres du Conseil de l'Europe et d'un certain nombre d'autres États (voir supra, § 3). Les compilations illustrent clairement la grande variété et la richesse de la tradition constitutionnelle européenne.

14. La Commission de Venise a eu plusieurs fois dans le passé la possibilité d'évaluer les procédures et les clauses relatives à l'amendement constitutionnel, mais jusqu'ici uniquement dans le contexte d'avis spécifiques sur les réformes constitutionnelles dans un pays particulier, ce qui n'a pas pu donner lieu à un débat sur des normes et des principes plus généraux. C'est donc la première fois que la Commission a été invitée à étudier la question en général et sur le plan abstrait.

15. En général, les dispositions relatives aux procédures permettant de modifier la constitution garantissent la stabilité politique et constitutionnelle et visent à établir un large consensus ainsi que la légitimité de la constitution et, par extension, du système politique dans son ensemble.

16. La pertinence de la présente étude est surtout évidente pour les États qui élaborent actuellement des constitutions entièrement nouvelles ou qui modifient la formule d'amendement de leurs constitutions existantes. Elle pourrait également intéresser ceux qui évaluent si les dispositions sur l'amendement fonctionnent d'une manière satisfaisante, soit pour essayer de les réformer, soit pour identifier les problèmes constitutionnels qui pourraient être traités par d'autres moyens. Enfin, la présente étude peut présenter un intérêt pour les pays non-européens qui entament une réforme constitutionnelle et cherchent des sources d'inspiration.

17. Le présent rapport est essentiellement un texte analytique et descriptif qui ne vise pas à formuler un nouveau « modèle optimal » européen ou des normes en matière de changement constitutionnel. Cela n'est ni possible ni souhaitable. Il n'a pas non plus pour objet d'évaluer les procédures nationales d'amendement constitutionnel. Son but est d'identifier et d'analyser certaines caractéristiques fondamentales de l'amendement constitutionnel ainsi que les écueils à éviter, tout en présentant des réflexions à caractère normatif.

18. La portée de l'étude est limitée à l'amendement constitutionnel *formel*, c'est-à-dire à toute modification du document constitutionnel écrit introduite par des décisions formelles conformément aux procédures d'amendement prescrites. Le contenu fondamental d'une constitution peut bien entendu être modifié de nombreuses autres manières : par une interprétation juridictionnelle, par de nouvelles conventions constitutionnelles, par l'adaptation politique, par la désuétude, ou par des moyens irréguliers (illégaux et anticonstitutionnels). La présente étude n'examinera pas ces questions en profondeur, mais elle traitera dans une certaine mesure la question de la relation entre l'amendement et d'autres formes de révision constitutionnelle.

19. La Commission n'a pas réalisé une étude empirique sur la manière dont les formules d'amendement ont fonctionné au fil du temps dans les États membres du Conseil de l'Europe, sachant qu'il existe une abondante littérature sur le sujet dans le domaine de la science politique. Des références seront d'ailleurs apportées en la matière<sup>2</sup>. Les études publiées

---

<sup>2</sup> Voir par exemple, A. Roberts *The politics of constitutional amendment in post communist Europe*, Const. Polit. Econ (2009) 20:99-117, et Rasch and Congleton, *Amendment Procedures and Constitutional Stability*, Congleton et Swedenborg (éditeurs), *Democratic Constitutional Design and Public Policy: Analysis and Design*, Cambridge 2006. Des études empiriques ont déjà été publiées par D.S. Lutz, notamment ses contributions aux ouvrages intitulés *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, Sanford Levinson (éditeur.) et *Responding to Imperfection, The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton University Press 1995) pp 237-274. Ce volume contient un certain nombre d'articles sur le sujet, notamment celui de S. Holmes et C. Sunstein, intitulé *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe* (pp. 275-306). Dans le domaine de la théorie politique, l'amendement constitutionnel a été examiné en détail par J. Elster dans *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Cambridge University Press 2000.

indiquent que la rigidité ou la souplesse formelles d'une constitution ne déterminent pas nécessairement le niveau réel du changement constitutionnel, le nombre de fois que la procédure d'amendement a été utilisée dans la pratique, ou l'importance de chaque réforme (mineure ou majeure)<sup>3</sup>. Les facteurs économiques, politiques et sociaux sont aussi importants, ainsi que la « culture constitutionnelle » nationale.

20. Néanmoins, dans des conditions politiques normales, on trouvera généralement une corrélation importante entre la manière dont les règles d'amendement formelles sont conçues et la fréquence à laquelle les constitutions sont modifiées. Les règles formelles ont donc leur importance.

21. L'étude traite la question des amendements aux constitutions *existantes* et celle de l'adoption d'une nouvelle constitution selon la procédure prescrite dans la précédente. Il s'agit de cas où la continuité constitutionnelle est préservée. En revanche, l'étude ne concerne pas la création de constitutions entièrement nouvelles ou le remplacement d'un ancien système par un nouvel ordre suite à une rupture ou une révolution constitutionnelles. Du point de vue formel, ces deux modes de production constitutionnelle se distinguent immédiatement par l'application ou non des procédures d'amendement existantes<sup>4</sup>. Du point de vue du fond, la distinction n'est pas si claire. Premièrement, il existe une possibilité que des réformes constitutionnelles limitées puissent être proposées sous la forme d'une constitution entièrement nouvelle<sup>5</sup>. Deuxièmement, on trouve de nombreux exemples dans lequel un nouvel ordre politique, incarné par une nouvelle constitution, a été introduit au moyen de la continuité constitutionnelle et en respectant les dispositions sur l'amendement énoncées dans l'ancienne constitution. C'est la façon dont le changement constitutionnel s'est produit dans presque toutes les nouvelles démocraties de l'Europe centrale et orientale dans les années 1990.

22. L'étude, cependant, n'aborde pas la question de la *légitimité* du changement constitutionnel, tant que celui-ci est introduit par des moyens constitutionnels (et non irréguliers et « anticonstitutionnels »). Parfois, même une réforme constitutionnelle irrégulière ou des actes révolutionnaires peuvent être considérés comme légitimes et nécessaires, par exemple pour instaurer une gouvernance démocratique dans des pays non démocratiques ou surmonter d'autres obstacles au développement de la démocratie. Des actes de changement anticonstitutionnels à l'origine peuvent ainsi au fil du temps susciter l'adhésion générale et acquérir une légitimité auprès d'une large majorité<sup>6</sup>, tout comme des constitutions parfaitement démocratiques peuvent avoir besoin d'une réforme radicale. Dans le même ordre d'idée, la Commission de Venise souhaite poser comme principe général que tout changement constitutionnel majeur doit être introduit de préférence conformément aux procédures d'amendement formel prescrites, d'autant que l'un des objectifs centraux des procédures strictes est de garantir la légitimité du changement constitutionnel.

---

<sup>3</sup> La Commission de Venise a traité la question de l'écart entre l'énoncé de la constitution et la réalité politique à plusieurs occasions, notamment dans ses avis sur le Bélarus (CDL-INF (96) 8 § 74) puis sur la République fédérale de Yougoslavie (CDL-AD (2001) 023 § 5).

<sup>4</sup> Certaines constitutions prescrivent différentes procédures d'amendement pour une révision partielle et totale, comme l'Espagne par exemple. Cependant, dans de tels systèmes, même une révision totale n'aboutira pas à une « nouvelle » constitution, car ses principes de base découlent de la procédure d'amendement prescrit dans l'ancien système.

<sup>5</sup> Un problème potentiel surgit si cela sert à contourner les exigences liées à l'amendement, par exemple la nécessité d'une majorité qualifiée au parlement. Voir la section VII.E pour de plus amples informations à ce sujet.

<sup>6</sup> Un exemple est donné à cet égard par l'amendement à la Constitution française de 1958 introduit par De Gaulle en 1962, établissant le suffrage universel pour l'élection du président français. De Gaulle a soumis cette proposition d'amendement à un référendum populaire, ignorant les dispositions relatives à l'amendement de la Constitution. Cette manière de procéder a été acceptée par la communauté politique et n'a pas été rejetée par le Conseil constitutionnel, qui a déclaré ne pas être compétent pour examiner l'affaire. On peut bien sûr se demander si cet exemple doit être suivi.

23. Il s'ensuit que l'étude n'approfondira pas la question des *origines* des constitutions, même si elle est souvent étroitement liée à la question de la réforme. L'âge des constitutions européennes écrites actuelles varie de près de deux cents ans, ce qui complique toute analyse comparative sur les origines de la démocratie<sup>7</sup>.

24. Le présent rapport n'étudie pas particulièrement la question des systèmes constitutionnels non écrits (Royaume-Uni), ou celle des constitutions qui sont le fruit d'accords internationaux. Il fait remarquer en revanche qu'au cours de ces dernières années, dans de nombreux pays, le processus d'intégration européenne ainsi que les règles et principes fondamentaux élaborés par des tribunaux et des organisations à l'échelon européen et international ont servi non seulement de source indirecte d'inspiration mais aussi de force motrice directe pour la réforme constitutionnelle nationale. Bien que l'amendement constitutionnel ait été traditionnellement considéré comme une question intérieure et nationale (à quelques rares exceptions près postérieures à la seconde guerre mondiale), il est désormais devenu également une question européenne en ce qui concerne les normes de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme.

25. Le présent rapport s'appuiera le cas échéant sur des conclusions et des recommandations formulées dans des avis et rapports précédents de la Commission de Venise.

### **III. Aperçu des dispositions constitutionnelles existantes visant à modifier les constitutions nationales**

26. Aux fins de la présente étude, la Commission de Venise a examiné les procédures d'amendement figurant dans les constitutions écrites des États membres du Conseil de l'Europe et d'un certain nombre d'autres États (voir supra, § 3). Ces procédures sont très variées bien que les principaux éléments qui font obstacle au changement constitutionnel soient pour la plupart identiques : une majorité qualifiée, des décisions multiples, des délais, un référendum ou une combinaison de ces facteurs. Elles sont cependant élaborées et combinées de tant de façons différentes qu'elles produisent autant de formules d'amendement qu'il y a de pays.

27. Les modalités procédurales spécifiques des différentes constitutions ne seront pas traitées en détail dans la présente étude. Les sections qui suivent donnent un aperçu général, descriptif, des procédures constitutionnelles actuellement en vigueur dans les pays considérés. L'aperçu s'appuie sur le texte des dispositions, ce qui ne donne pas nécessairement une idée précise de la manière dont elles sont interprétées et appliquées. Il donne néanmoins un contexte utile pour procéder à une analyse approfondie.

28. Diverses procédures d'amendement constitutionnel sont examinées dans la mesure où elles sont liées ; a) à l'initiative pour introduire l'amendement, b) à la procédure parlementaire ; b), à l'intervention d'acteurs autres que le parlement ; c) à la procédure conduisant à la révision

---

<sup>7</sup> Les constitutions les plus anciennes encore en vigueur en Europe sont celles des Pays-Bas et de la Norvège, qui datent toutes deux de 1814 (elles suivent la Constitution des États-Unis d'Amérique, élaborée en 1787, qui est la plus ancienne du monde). La constitution norvégienne a cependant été modifiée plus de deux cents fois et seuls près d'un tiers des 112 articles restent complètement dans leur forme originale. La constitution néerlandaise a été modifiée vingt-quatre fois : en 1983, son texte a été entièrement modernisé et aucune disposition n'a été laissée en l'état. Des éléments et des restes de règles constitutionnelles antérieures peuvent être trouvés dans de nombreuses constitutions actuelles, comme la référence à la Déclaration de 1789 qui figure dans le préambule de la constitution française de 1958. Quelques dispositions de la Magna Charta anglaise (1215) feraient partie des textes les plus anciens et sont toujours en vigueur. Ajoutons que la Magna Charta peut être considérée comme un document constitutionnel. La nouvelle constitution la plus récente en Europe est celle du Monténégro (2007).

totale d'une constitution et à l'adoption d'une nouvelle constitution ; d) et aux limites imposées à l'amendement constitutionnel. Certaines répétitions et omissions seront inévitables.

## A. Initiative

29. Les propositions d'amendement constitutionnel peuvent survenir de façons très différentes, à l'instigation du peuple ou dans le cadre d'un projet politique venant des élites, d'une manière spontanée ou en tant que processus planifié à long terme. Ces propositions doivent être canalisées dans la procédure institutionnelle formelle, et toutes les constitutions ont des règles sur le droit d'initiative visant à modifier la constitution. Dans certains pays, le niveau est bas, dans d'autres il est assez élevé. De nombreux pays comptent deux, voire plusieurs moyens parallèles pour déclencher une procédure d'amendement, lesquels donnent compétence à plusieurs acteurs.

30. Dans toutes les constitutions examinées, le **Parlement** a le droit de lancer une procédure d'amendement. Un certain nombre de constitutions donnent compétence à chaque membre du Parlement pour présenter une proposition d'amendement constitutionnel<sup>8</sup>. D'autres exigent qu'un pourcentage spécifique de membres appuie l'initiative. En général, une minorité qualifiée est demandée : un sixième<sup>9</sup>, un cinquième<sup>10</sup>, un quart<sup>11</sup>, ou un tiers<sup>12</sup>. Mais certaines constitutions exigent une majorité ordinaire<sup>13</sup>, voire une majorité qualifiée des deux tiers<sup>14</sup> des membres pour déclencher une procédure d'amendement. Dans d'autres pays, il faut un certain nombre de parlementaires (mais pas un pourcentage)<sup>15</sup>.

31. Un nombre plus élevé de membres du parlement peut être requis si la proposition d'amendement concerne les dispositions constitutionnelles les plus importantes. La Constitution d'Ukraine, par exemple, exige une majorité des deux tiers des députés pour initier une procédure visant à modifier les dispositions sur les principes généraux, les élections, le référendum et la procédure d'amendement elle-même. En Suisse, une révision totale de la Constitution fédérale peut être proposée par le peuple ou l'une des chambres, voire par décret du Parlement fédéral.

32. Certaines constitutions donnent aussi le droit au **Gouvernement**<sup>16</sup>, au **Chef d'État**,<sup>17</sup> et aux **autorités locales**<sup>18</sup> d'ouvrir la procédure d'amendement.

---

<sup>8</sup> Y compris la Belgique, Chypre, la France, l'Islande, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal et la Suisse.

<sup>9</sup> Par exemple la Grèce.

<sup>10</sup> Y compris l'Albanie, la Croatie, l'Estonie, la Pologne, la Russie (un cinquième du nombre total de l'une des Chambres).

<sup>11</sup> Par exemple la Bulgarie, la Lituanie, la Roumanie, l'ex-République yougoslave de Macédoine.

<sup>12</sup> Par exemple Andorre, la Moldavie, la Serbie, l'Ukraine et la Turquie.

<sup>13</sup> Y compris l'Arménie, la République d'Azerbaïdjan, la Géorgie, la Corée.

<sup>14</sup> Par exemple le Japon, les Etats Unis d'Amérique (les deux Chambres).

<sup>15</sup> Le Monténégro (25 membres sur un total de 81 membres du Parlement unicaméral) et la Slovénie (20 députés sur un total de 90 députés de l'Assemblée nationale unicamérale).

<sup>16</sup> Y compris la Belgique, la Croatie, Chypre, le Kazakhstan, le Liechtenstein, la Moldavie, le Monténégro, les Pays-Bas, la Serbie, la Slovénie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Russie et la Suisse.

<sup>17</sup> Par exemple l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la France (sur proposition du Premier ministre), la Géorgie, la Corée, le Kirghizistan, Monaco, le Monténégro, la Roumanie (sur proposition du Gouvernement), la Russie, la Serbie, l'ex-République yougoslave de Macédoine et l'Ukraine. En vertu de la constitution *kazakhe*, les amendements ne peuvent être introduits qu'au terme d'un référendum, mais celui-ci doit être organisé à l'initiative du Président, ou sur recommandation du Parlement ou du Gouvernement.

<sup>18</sup> Liechtenstein (au moins quatre communes).



33. Plusieurs constitutions donnent aux **citoyens**<sup>19</sup> la possibilité de présenter une proposition d'amendement constitutionnel.

34. Même si le droit formel d'initiative reste exclusivement du ressort des acteurs politiques nationaux, l'initiative réelle peut parfois venir de l'étranger<sup>20</sup>. On a couramment observé en Europe au cours de ces dernières années que des pays modifiaient leurs constitutions afin d'être conformes aux exigences requises par une adhésion, par exemple, à l'Union européenne ou au Conseil de l'Europe. Dans le cadre du processus de suivi de la conformité aux engagements acceptés par les États membres, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et le Comité des Ministres ont souvent incité les pays à réformer leur constitution pour respecter les engagements pris lorsqu'ils sont devenus membres de l'organisation<sup>21</sup>.

## B. Procédures parlementaires

35. Dans la plupart des pays, le Parlement sert de législateur ordinaire et de législateur constitutionnel<sup>22</sup>. La fonction de législateur constitutionnel est presque toujours soumise à des procédures et des exigences particulières. Les caractéristiques les plus communes sont le délai entre l'initiative et la première lecture, la nécessité de recourir à plusieurs lectures, des exigences particulières concernant le scrutin et parfois l'appel à des élections.

36. Certaines constitutions exigent qu'un certain **délai** soit respecté entre l'initiative et le premier débat au Parlement, délai qui peut-être d'un mois<sup>23</sup>, de trois à six mois<sup>24</sup> et de six à douze mois<sup>25</sup>.

37. Dans plusieurs pays, les amendements constitutionnels exigent **plusieurs lectures** au parlement<sup>26</sup>, la durée entre deux lectures pouvant aller de trois<sup>27</sup> à six mois<sup>28</sup>. En Norvège,

---

<sup>19</sup> Par exemple la Géorgie (au moins 200 000 votants), le Kirghizistan, uniquement pour certaines dispositions (300 000 votants), la Lettonie (pas moins d'un dixième de l'électorat), le Liechtenstein (1500 votants), la Lituanie (300 000 votants), la Moldavie (200 000), la Roumanie (500 000, dans certaines conditions), la Serbie (150 000 votants), la Slovénie (30 000 votants), la Suisse (100 000 votants), l'ex-République yougoslave de Macédoine (150 000 votants).

<sup>20</sup> Dans certains cas, l'influence internationale peut être telle que ce sont les acteurs internationaux qui ont le contrôle du processus et du fond de la réforme constitutionnelle (par exemple le Bosnie-Herzégovine, l'Irak et le Soudan).

<sup>21</sup> Par exemple en ce qui concerne l'Arménie, le Monténégro, la Turquie et l'Ukraine.

<sup>22</sup> Dans quelques pays cependant, un organe spécial doit être élu ou convoqué afin d'adopter des amendements constitutionnels. La constitution *bulgare* exige des élections en vue de créer un organe spécial, la Grande assemblée nationale, afin d'adopter une nouvelle constitution ou modifier des dispositions particulières. L'établissement de cet organe spécial conduit à la dissolution du Parlement et de nouvelles élections parlementaires ont lieu dès que la Grande assemblée parlementaire a rempli son mandat, qui est celui d'adopter les amendements constitutionnels. Selon la constitution *russe*, l'Assemblée constitutionnelle « confirme l'immutabilité de la Constitution ou élabore un projet de nouvelle Constitution ».

<sup>23</sup> Par exemple la Géorgie et la Pologne.

<sup>24</sup> La constitution *bulgare* indique qu'un projet de loi doit être examiné dans un délai d'un mois au plus tôt et de trois mois au plus tard après son introduction. Les projets de loi soumis ensuite à la Grande assemblée nationale bulgare peuvent être examinés dans un délai de deux mois au plus tôt et de cinq mois au plus tard après leur introduction à l'Assemblée nationale.

<sup>25</sup> Par exemple la Moldavie.

<sup>26</sup> Deux lectures sont exigées par exemple en Azerbaïdjan, au Danemark, en Italie, en Lituanie, aux Pays-Bas, au Monténégro et en Turquie. Trois lectures sont exigées, par exemple en Bulgarie, en Croatie, en Estonie, en Finlande, en Géorgie, en Grèce, en Islande, en Lettonie, en Serbie et dans l'ex-République yougoslave de Macédoine.

<sup>27</sup> Par exemple l'Estonie, l'Italie et la Lituanie.

l'amendement constitutionnel est soumis au parlement un an avant les prochaines élections, et il incombe au parlement suivant de statuer sur la proposition après les élections.

38. Le degré de consensus et de protection des intérêts des minorités est le plus souvent accru par des exigences particulières concernant le scrutin. Dans presque tous les pays européens, l'adoption d'amendements constitutionnels exige une **majorité qualifiée** au parlement<sup>29</sup>.

39. Dans les *systèmes à une chambre*, le nombre de votes exigés peut être équivalent aux trois cinquièmes<sup>30</sup>, aux deux tiers<sup>31</sup> et aux trois quarts<sup>32</sup> des membres du Parlement.

40. Les *systèmes à deux chambres* exigent en principe – mais pas exclusivement – des approbations distinctes des deux chambres de représentants. Le nombre de votes requis est, selon le système choisi : une majorité des votants<sup>33</sup>, une majorité absolue des membres de chaque chambre<sup>34</sup>, une majorité des deux tiers dans chaque chambre<sup>35</sup>, une combinaison des deux majorités précédentes<sup>36</sup>, les trois cinquièmes des membres de chaque chambre<sup>37</sup>, une majorité des deux tiers dans une seule des deux chambres<sup>38</sup> ou une majorité des trois cinquièmes<sup>39</sup>. En Russie, les amendements constitutionnels sont adoptés selon la procédure

---

<sup>28</sup> L'Azerbaïdjan (en fait, seuls les ajouts apportés à la Constitution par une loi constitutionnelle exigent deux lectures pour être adoptés, ce qui n'est pas le cas pour des modifications du texte de la Constitution).

<sup>29</sup> Il existe néanmoins quelques pays dans lesquels une majorité parlementaire ordinaire est suffisante, comme le Danemark, l'Islande, Israël, Malte (sauf en ce qui concerne les dispositions constitutionnelles énumérées dans les sections 2 et 3 de l'article 169 de la Constitution), et la Suède. D'autres exigences peuvent compléter ce dispositif, comme le référendum (Danemark, Irlande). En Islande et en Suède, l'amendement doit être de nouveau adopté par le parlement suivant (après les élections), mais les deux scrutins sont à la majorité simple, ce qui constitue un seuil relativement bas pour introduire un changement.

<sup>30</sup> Y compris l'Estonie, la Grèce, la Slovaquie et la Turquie.

<sup>31</sup> Par exemple l'Albanie, l'Andorre, l'Autriche (en la présence d'au moins la moitié des membres du Conseil national), la Croatie, la Finlande, la Géorgie, la Hongrie, la Corée, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg (les trois quarts des membres des Chambres doivent nécessairement être présents), Malte, la Moldavie, le Monténégro, la Norvège, le Portugal, Saint-Marin, la Serbie, l'Ukraine, « l'ex-République yougoslave de Macédoine ». La constitution *finlandaise* exige une majorité des deux tiers *des suffrages exprimés*. En Croatie, le Parlement doit disposer d'une majorité absolue de ses membres pour décider de poursuivre la procédure d'amendement. Le projet d'amendement doit donc être déterminé par une majorité absolue des membres avant d'être soumis à l'adoption. L'amendement lui-même a ensuite besoin d'une majorité des deux tiers pour être adopté.

<sup>32</sup> Par exemple la Bulgarie, le Liechtenstein, la Suède.

<sup>33</sup> La Suisse (dans chaque chambre).

<sup>34</sup> L'Italie.

<sup>35</sup> La Belgique (qui exige également la présence des deux tiers des membres composant chaque chambre), l'Allemagne, le Japon, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie (mais les deux chambres peuvent aussi voter conjointement et l'amendement n'est approuvé que s'il est appuyé par une majorité des trois quarts du nombre total de députés et de sénateurs), la Russie.

<sup>36</sup> En *Pologne*, une majorité des deux tiers d'au moins une moitié des membres de la chambre basse et une majorité absolue des suffrages d'au moins la moitié des membres de la chambre haute sont nécessaires. En Espagne, si l'approbation ne réunit pas la majorité qualifiée des trois cinquièmes dans les deux chambres, le projet d'amendement peut être adopté à la majorité absolue dans la chambre haute et par une majorité des deux tiers des suffrages dans la chambre basse).

<sup>37</sup> L'Espagne, la République slovaque.

<sup>38</sup> La Bosnie-Herzégovine, qui exige la majorité qualifiée des suffrages des membres présents et votant de la seule chambre des représentants. Chypre exige un vote majoritaire comprenant les deux tiers du nombre total de représentants appartenant à la communauté grecque et les deux tiers du nombre total des représentants appartenant à la communauté turque. La Slovénie, dont la constitution stipule que l'approbation doit réunir la majorité qualifiée dans la seule chambre basse (l'Assemblée nationale).

<sup>39</sup> La République tchèque, la France (lorsque le Président soumet le projet de loi au Parlement réuni en Congrès), l'Espagne.

d'adoption des lois constitutionnelles fédérales, c'est-à-dire par une majorité au moins égale aux trois quarts du nombre total de députés du Conseil de la Fédération et au moins égale aux deux tiers du nombre total de députés de la Douma.

41. La majorité requise pour adopter un amendement peut différer d'une lecture à une autre pour certaines dispositions de la constitution ou d'une chambre à une autre. La constitution espagnole, par exemple, exige une majorité des deux tiers des membres de chaque chambre s'il s'agit d'une révision totale de la constitution qui est proposée, ou d'une révision partielle concernant le préambule, les dispositions relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, aux ressortissants espagnols ou aux étrangers<sup>40</sup>. Pour l'adoption d'un amendement relatif aux droits des membres des communautés, la constitution de l'ex-République yougoslave de Macédoine exige une majorité des deux tiers des suffrages de tous les députés, laquelle doit inclure une majorité des suffrages du nombre total de députés déclarant qu'ils appartiennent aux communautés qui ne sont pas majoritaires dans la population du pays.

42. Dans certains pays, la constitution exige de **convoquer des élections** avec le consentement de deux parlements différents, celui qui siège avant les élections et celui qui siège après celles-ci<sup>41</sup>. Il peut s'agir d'une procédure ordinaire ou d'une procédure uniquement réservée pour l'amendement de certaines dispositions particulièrement importantes. Dans un cas recensé, lorsqu'un projet d'amendement constitutionnel est présenté, le Parlement est dissous sans que cette proposition d'amendement ne soit votée<sup>42</sup>.

43. Dans au moins deux pays, un amendement peut néanmoins être adopté au cours de la même législature mais certaines conditions doivent être remplies<sup>43</sup>, notamment dans les cas urgents.

44. Plusieurs constitutions stipulent qu'un organe spécial doit se réunir pour amender des dispositions spécifiques ou adopter une nouvelle constitution<sup>44</sup>.

45. Dans la grande majorité des pays, l'exécutif ne joue pas un rôle direct dans le processus d'amendement constitutionnel parlementaire, mais des représentants du gouvernement peuvent bien entendu participer au débat selon les procédures ordinaires. Dans quelques pays cependant, le chef de l'État s'est vu confier un rôle formel et a compétence pour soumettre des propositions relatives aux projets d'amendement<sup>45</sup>. Au Pays-Bas, le gouvernement joue en général un rôle essentiel dans le processus législatif ; c'est lui qui, notamment, introduit la proposition de modifier la constitution.

---

<sup>40</sup> Pour d'autres amendements, une majorité des trois cinquièmes des membres de chaque chambre est exigée.

<sup>41</sup> La Belgique, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la Grèce, l'Islande, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, l'Espagne, la Suède.

<sup>42</sup> Le Luxembourg.

<sup>43</sup> En *Finlande*, il peut être adopté à condition que les cinq sixièmes des membres du Parlement le déclarent urgent et en *Estonie*, une proposition d'amendement peut être adoptée pendant la même législature si le Parlement décide, à une majorité des quatre cinquièmes des suffrages, qu'il s'agit d'une question urgente.

<sup>44</sup> La Bulgarie et la Russie.

<sup>45</sup> Par exemple en Arménie (dans un délai de 21 jours après la réception du projet d'amendements par le Président de la République) et en Turquie (lorsqu'un projet d'amendement est soumis au Président pour promulgation).

### C. Référendums

46. Dans de nombreux pays européens, le processus d'amendement constitutionnel se déroule entièrement au parlement. Dans d'autres, un référendum populaire est requis, qui peut être obligatoire ou facultatif.

47. L'analyse des constitutions des pays sélectionnés montre qu'un référendum sur des amendements peut être :

- obligatoire pour tout amendement adopté par le Parlement<sup>46</sup>;
- obligatoire dans le cadre d'une procédure renforcée visant à modifier des dispositions particulières faisant l'objet d'une protection spéciale<sup>47</sup>;
- obligatoire pour une « révision totale » ou l'adoption d'une nouvelle constitution<sup>48</sup>;
- facultatif, à la demande du parlement<sup>49</sup>, à l'initiative du peuple<sup>50</sup>, à l'initiative des autorités locales<sup>51</sup> ou sur décision du chef de l'État<sup>52</sup>.

48. Un délai limite est souvent prescrit pour organiser le référendum suite à la décision du parlement de réviser la constitution. Ce délai, quand il est prévu, peut être de trois mois après la décision du parlement d'organiser un référendum<sup>53</sup>, à quinze<sup>54</sup>, trente<sup>55</sup>, soixante<sup>56</sup>, quatre-vingt-dix<sup>57</sup> jours, ou six mois<sup>58</sup> voire douze mois<sup>59</sup> après l'adoption du projet d'amendement par le parlement<sup>60</sup>.

---

<sup>46</sup> Par exemple l'Andorre, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Danemark, la France (le Président peut cependant décider de soumettre la proposition au Parlement réuni en congrès et de ne pas recourir au référendum), l'Irlande, le Japon, la Corée, la Roumanie, la Suisse et la Turquie (lorsqu'un amendement est adopté par les trois cinquièmes ou moins des deux tiers de la majorité du nombre total de votes du parlement).

<sup>47</sup> Par exemple l'Estonie, l'Islande, la Lituanie, Malte, la Moldavie, le Monténégro, la Pologne, la Serbie, l'Espagne et l'Ukraine.

<sup>48</sup> L'Autriche, la Russie, l'Espagne et le Liechtenstein.

<sup>49</sup> L'Albanie (à la demande des deux tiers de ses membres), l'Autriche, l'Estonie, l'Italie (par un cinquième des membres d'une chambre), le Liechtenstein, la Slovaquie, l'Espagne (à la demande d'un dixième des membres d'une des deux chambres) et la Suède (sur proposition d'un dixième des membres, à condition qu'au moins un tiers des membres consentent à appuyer la proposition).

<sup>50</sup> L'Italie (par 500 000 électeurs lorsque l'amendement a été adopté avec moins des deux tiers de la majorité dans les deux chambres au second tour de scrutin), et le Liechtenstein (à condition qu'au moins quatre communes en fassent la demande).

<sup>51</sup> L'Italie (par 5 conseils de région lorsque l'amendement a été adopté avec une majorité inférieure aux deux tiers dans les deux chambres) et le Liechtenstein (au moins quatre communes doivent en faire la demande).

<sup>52</sup> La Turquie.

<sup>53</sup> L'Estonie.

<sup>54</sup> L'Espagne.

<sup>55</sup> Par exemple la Corée et la Roumanie.

<sup>56</sup> Par exemple, l'Albanie, la Pologne et la Serbie.

<sup>57</sup> L'Italie.

<sup>58</sup> Le Danemark, Malte.

<sup>59</sup> La Suisse.

<sup>60</sup> En ce qui concerne les calendriers des référendums, la Cour constitutionnelle moldave a déclaré que l'organisation des référendums n'était pas constitutionnelle parce que les délais fixés, jugés excessifs, empêchaient les citoyens d'exercer leur droit constitutionnel (Décision de la Cour constitutionnelle du 7/12/2000, MDA 2000-3-10 (CODICES)).

49. Plusieurs constitutions indiquent explicitement la majorité nécessaire pour que l'amendement soit approuvé par référendum<sup>61</sup> ou transfèrent la détermination de la majorité à une loi spéciale<sup>62</sup>. La majorité requise est en général supérieure à plus de la moitié des suffrages valables<sup>63</sup> ou des suffrages exprimés<sup>64</sup>. En Arménie, le projet d'amendement est considéré comme approuvé si plus d'une moitié des participants au scrutin mais pas moins d'un quart des citoyens inscrits vote en sa faveur. La constitution du *Monténégro* exige une majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. L'instrument de gouvernement (constitution) suédois stipule que la proposition d'amendement est rejetée avant d'être soumise pour approbation au deuxième parlement si une majorité de ceux qui participent au scrutin référendaire votent contre elle et si le nombre des opposants est supérieur à la moitié du nombre de ceux qui ont exprimé un suffrage valable lors de l'élection.

50. Quelques constitutions exigent une participation électorale minimale au référendum. Il faut par exemple qu'au moins une moitié des votants éligibles y participent<sup>65</sup>. La constitution *danoise* requiert une majorité des suffrages *exprimés*, à condition qu'au moins 40 pour cent de l'électorat participe. La constitution *lituanienne* impose une majorité de plus des trois quarts de l'électorat si l'article 1 de la constitution doit être modifié (« La Lituanie est une république démocratique indépendante »).

#### D. Limites spéciales aux amendements constitutionnels

51. Dans la plupart des pays, les exigences relatives au droit d'amendement constitutionnel sont assez strictes. Dans de nombreuses constitutions, certaines formes d'amendement font l'objet de limites spéciales qui rendent la révision constitutionnelle encore plus difficile. Il en existe deux catégories : les limites au fond et les limites temporelles.

52. Certaines constitutions prévoient explicitement qu'un nombre limité de dispositions ou de dispositions sont **immuables** quelles que soient le moment ou les circonstances<sup>66</sup>. Il s'agit en général de questions liées à l'intégralité territoriale, aux droits fondamentaux, à la forme fondamentale du gouvernement ou au fédéralisme.

53. D'autres constitutions établissent une distinction entre différentes catégories de dispositions constitutionnelles en utilisant des **procédures spéciales**<sup>67</sup> qui rendent certaines dispositions plus difficiles à modifier que d'autres. Ces procédures peuvent exiger une majorité qualifiée accrue au parlement, un référendum, la dissolution du parlement ou la convocation d'un organe

---

<sup>61</sup> L'Autriche, le Danemark, l'Irlande, l'Italie, le Japon, le Kazakhstan, la Corée, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lituanie, Malte, le Monténégro, la Pologne, la Fédération de Russie, la Serbie, la Slovénie, la Suisse et la Turquie.

<sup>62</sup> L'Albanie, le Kirghizistan.

<sup>63</sup> L'Italie, le Liechtenstein, Malte, la Turquie.

<sup>64</sup> L'Arménie, l'Autriche, l'Irlande, l'Italie, le Japon, le Kazakhstan, la Corée, la Lettonie, le Liechtenstein, la Pologne, la Serbie, la Slovénie, la Suisse (la majorité des votants et des cantons doivent approuver l'amendement) et la Turquie.

<sup>65</sup> Le Kazakhstan, la Corée, la Lettonie, la Fédération de Russie et la Slovénie.

<sup>66</sup> Il s'agit des constitutions des pays suivants : Azerbaïdjan, Belgique, République tchèque, Chypre, Allemagne, France, Italie, Luxembourg, Moldavie, Roumanie, Russie, Turquie et Ukraine. La constitution portugaise stipule également qu'un certain nombre de principes fondamentaux ne peuvent pas être modifiés par un amendement. La question de l'« immuabilité » est examinée ci-dessous dans la section VIII.

<sup>67</sup> On trouvera de telles procédures dans les constitutions des pays suivants: Albanie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Canada, République tchèque, Estonie, Grèce, Israël, Kazakhstan, Lettonie, Lituanie, Moldavie, Monténégro, Pologne, Russie, Serbie, Afrique du Sud, Espagne, Suisse (ce point ne concerne que les dispositions obligatoires du droit international), Ukraine et « l'ex-République yougoslave de Macédoine ».

spécial (assemblée) pour adopter l'amendement. Selon leur rigueur, ces procédures spéciales peuvent dans certains cas conduire à une quasi inaltérabilité des dispositions.

54. Les **limites temporelles** les plus courantes concernent des situations d'urgence telles que la guerre, l'application de la loi martiale, l'état de siège ou des mesures extraordinaires<sup>68</sup>.

55. Il existe un autre type de limite temporelle qui consiste à définir un laps de temps pendant lequel une constitution ne peut pas être modifiée<sup>69</sup> ; son but principal est d'éviter que les constitutions soient modifiées trop souvent<sup>70</sup>. Un certain nombre de constitutions prévoient également qu'une proposition d'amendement constitutionnel rejetée ne peut pas être présentée de nouveau pendant la même législature<sup>71</sup> ou pendant une certaine période, qui peut être de deux à cinq mois<sup>72</sup>, voire d'un an<sup>73</sup>.

#### **E. Révision totale et adoption d'une nouvelle constitution**

56. Dans la plupart des constitutions, la procédure d'amendement est la même, que l'amendement ne concerne qu'une disposition, de larges extraits ou la totalité. Cependant, un certain nombre de constitutions prévoient expressément une procédure spéciale renforcée dans le cas d'une révision totale de la constitution<sup>74</sup> ou de l'adoption d'une nouvelle constitution<sup>75</sup>. Sur ce dernier point, il faut souligner que l'intention n'est pas de rompre avec la continuité constitutionnelle.

#### **F. Participation de la Cour constitutionnelle**

57. Dans quelques pays, la Cour constitutionnelle a été investie d'un rôle formel dans les procédures d'amendement constitutionnel<sup>76</sup>. En Moldavie par exemple, une proposition d'amendement constitutionnel ne peut être soumise au Parlement que si elle a obtenu le soutien d'au moins quatre juges de la Cour constitutionnelle<sup>77</sup>. En Ukraine, l'avis de la Cour constitutionnelle sur la conformité de la proposition d'amendement constitutionnel avec les dispositions constitutionnelles pertinentes est la condition préalable pour que le Parlement examine cette proposition.

---

<sup>68</sup> Par exemple l'Albanie, la Belgique, l'Estonie, la France, la Géorgie, la Lituanie, le Luxembourg (pendant la durée de la régence, eu égard aux dispositions concernant les prérogatives constitutionnelles du Grand-Duc, son statut et l'ordre de succession), la Moldavie, le Monténégro, le Portugal, la Roumanie, la Serbie, l'Espagne et l'Ukraine.

<sup>69</sup> La Grèce et le Portugal. Dans ces deux pays, une constitution ne peut être modifiée que cinq ans après le dernier amendement adopté. Cependant, au *Portugal*, le Parlement peut décider de modifier la constitution plus tôt sous réserve de recueillir une majorité des quatre cinquièmes.

<sup>70</sup> Voir CDL-DEM(2008)002add, A.

<sup>71</sup> Par exemple l'Ukraine (un amendement sur la même question et lié au chapitre I sur les principes généraux, au chapitre III sur les élections et le référendum, ou au chapitre XIII sur la procédure d'amendement).

<sup>72</sup> Par exemple la Bulgarie. Cependant, la même proposition peut être réintroduite si elle a obtenu moins des trois quarts mais plus des deux tiers de la majorité à l'Assemblée nationale.

<sup>73</sup> Par exemple l'Albanie (trois ans si l'amendement a été rejeté par référendum), l'Estonie, le Kirghizistan, le Lituanie, le Monténégro, la Serbie et l'Ukraine.

<sup>74</sup> Par exemple l'Autriche, l'Espagne, la Suisse (les deux chambres sont dissoutes si le peuple exige l'adoption d'une nouvelle constitution).

<sup>75</sup> Par exemple la Bulgarie, le Monténégro, la Slovaquie, l'Espagne et la Russie.

<sup>76</sup> Par exemple l'Azerbaïdjan, le Kirghizistan, la Moldavie, la Turquie et l'Ukraine.

<sup>77</sup> La Cour constitutionnelle est composée de 6 juges.

58. L'intervention de la cour constitutionnelle dans la procédure d'amendement peut être soumise à certaines conditions<sup>78</sup>.

#### **IV. Observations générales sur l'amendement constitutionnel**

59. L'aperçu des dispositions relatives à l'amendement constitutionnel illustre la richesse du patrimoine constitutionnel européen, qui est lui-même un héritage de la démocratie et de l'État de droit. La Commission de Venise a souvent commenté cette richesse et cette diversité.

60. Le défi consistant à trouver un juste équilibre entre la rigidité et la souplesse constitutionnelles tout en tenant compte des exigences de la légitimité constitutionnelle est commun à tous les États démocratiques. Les États, pour la plupart, ont su le relever en introduisant des dispositions qui rendent l'amendement constitutionnel plus difficile – mais non impossible - à mettre en œuvre que la modification de la législation ordinaire.

61. Cette tradition commune, largement répandue, est néanmoins très diverse sur le plan des détails car il existe à peu près autant de formules d'amendement que d'États.

62. Quelques États se distinguent des autres par la rigidité ou la souplesse particulières de leurs règles, mais en général, la grande majorité des États européens se situe à mi-chemin de ces deux extrêmes. S'il n'y a pas de « modèle optimal », il existe néanmoins un modèle assez répandu, qui exige une certaine majorité qualifiée au parlement (le plus souvent les deux tiers), et un ou plusieurs obstacles supplémentaires : des décisions multiples du parlement (et donc un délai), ou des décisions d'autres acteurs (multiples intervenants), le plus souvent sous la forme d'une ratification par référendum.

63. Les différences entre les règles relatives à l'amendement sont dans une large mesure aussi anciennes que les systèmes constitutionnels européens écrits, qui datent en général de la fin du 18<sup>e</sup> ou du début du 19<sup>e</sup> siècle. Les premiers théoriciens constitutionnalistes n'étant pas d'accord sur la meilleure formule d'amendement à adopter, chaque pays a donc élaboré la sienne, parfois en s'inspirant d'autres exemples, mais toujours en fonction du contexte et de compromis politiques nationaux. Ces formules d'amendement sont souvent plus anciennes que les constitutions actuelles, car nombre d'entre elles ont été suivies et conservées lorsque, au vingtième siècle, de nouvelles constitutions étaient introduites pour remplacer les précédentes.

64. Dans la mesure où il est possible d'identifier une tradition continentale de l'Europe de l'Ouest de l'amendement constitutionnel, on conviendra qu'il s'agit d'une approche équilibrée qui est par comparaison plus souple que, par exemple, les règles assez strictes encadrant l'amendement constitutionnel dans l'article V de la Constitution des États-Unis d'Amérique. Prenons comme exemples les procédures allemandes et françaises. En Allemagne, il faut une majorité des deux tiers dans chacune des deux chambres (le Bundestag et le Bundesrat), sans autres exigences externes et sans délais, à condition que les principes inscrits dans certaines dispositions soient inaltérables, soumis à un examen juridictionnel. En France, il existe deux procédures alternatives : par une décision prise à la majorité simple dans chaque chambre suivie d'un référendum populaire (majorité simple), ou sur proposition du président et une majorité des trois cinquièmes du parlement, mais sans référendum. La forme républicaine de gouvernement ne peut pas être modifiée, mais cela ne fait pas l'objet d'un examen juridictionnel. De nature assez dissemblable, les procédures d'amendement françaises et

---

<sup>78</sup> En Azerbaïdjan par exemple, la cour constitutionnelle doit rendre ses conclusions avant le vote de la proposition si les modifications du texte de la constitution sont proposées par le Parlement ou le Président. En Turquie, la Cour constitutionnelle n'intervient dans le processus que lorsqu'elle y est invitée par le Président ou par un cinquième des membres du Parlement. Elle peut examiner la conformité des exigences procédurales, mais pas le fond de l'amendement constitutionnel considéré.

allemandes sont suffisamment souples pour laisser de grandes possibilités à l'amendement constitutionnel lorsqu'il existe un consensus politique nécessaire.

65. Même les pays européens qui sont politiquement, historiquement et culturellement proches peuvent avoir des cultures constitutionnelles différentes et des règles d'amendement très diverses. L'exemple des trois pays scandinaves voisins que sont le Danemark, la Norvège et la Suède est pertinent à cet égard car ce sont des pays qui ont des procédures et des règles matérielles très différentes concernant la révision constitutionnelle. Si elles sont comparativement assez souples dans la constitution suédoise de 1975, elles sont assez rigides dans la constitution danoise de 1953, la constitution norvégienne de 1814 se situant entre les deux. Le fait que ces trois pays aient par ailleurs des systèmes politiques assez semblables rappelle qu'il ne faut pas exagérer l'importance des différences constitutionnelles formelles.

66. Dans les années 1990, pendant les processus de rédaction des constitutions en Europe centrale et orientale, de vastes débats ont eu lieu sur la question de savoir qu'elle était le seuil correct à définir pour les amendements futurs. Le courant dominant maintenait que les nouvelles démocraties devaient adopter des constitutions rigides et des règles strictes en matière d'amendement, afin de protéger le nouvel ordre démocratique et d'encadrer le pouvoir exécutif. D'autres soutenaient avec vigueur que les aspects particuliers de la transition vers la démocratie imposaient une forme plus souple de constitutionnalisme et un accès plus aisé à l'amendement afin que ces nouvelles démocraties puissent s'ajuster aux changements fondamentaux qui se produisaient<sup>79</sup>.

67. Différentes règles d'amendement ont ainsi vu le jour, mais la majorité des nouvelles démocraties a choisi une solution médiane imposant une majorité parlementaire des deux tiers et un certain délai, sans autres obstacles trop stricts. Dans certains pays, cependant, la procédure d'amendement est plus difficile (notamment en Bulgarie, en Roumanie et en Russie), dans d'autres elle est relativement plus facile (notamment en République tchèque, en Estonie et en Slovénie).

68. Dans les années 1990, les processus constitutionnels qui se sont déroulés en Europe centrale et orientale ont été caractérisés par le fait que les tout nouveaux régimes constitutionnels élaborés et adoptés ont été introduits dans la grande majorité des cas en se fondant sur des procédures d'amendement formelles existantes (voir *supra*, § 21)<sup>80</sup>. Cette procédure a été appuyée par la Commission de Venise car il s'agissait d'un instrument de réforme pacifique ayant également servi à renforcer le principe de l'État de droit. En général, la Commission approuve vigoureusement le principe de « continuité constitutionnelle » en vertu duquel les constitutions, même nouvelles, doivent être adoptées conformément aux procédures d'amendement prescrites dans les anciennes, ce qui renforce la stabilité, la légalité et la légitimité du nouveau système. Les référendums qui ne sont pas prévus dans la Constitution ne doivent pas servir à contourner les procédures d'amendement constitutionnel inscrites dans la Constitution.

69. Il a déjà été mentionné qu'il existait une certaine correspondance entre la rigidité/souplesse des règles formelles encadrant l'amendement constitutionnel et la fréquence à laquelle elles sont appliquées. Cependant, un certain nombre d'autres facteurs peuvent s'avérer au moins aussi importants (voir *supra*, § 19).

---

<sup>79</sup> Thèse notamment défendue par *S.Holmes et C.Sunstein, cit. note 2, pp. 275-306.*

<sup>80</sup> S'applique également, par exemple, à la transition pacifique de l'Espagne vers la démocratie constitutionnelle au milieu des années 70, laquelle s'est déroulée sans rupture de la légalité et a abouti à la Constitution de 1978, qui a été plusieurs fois modifiée depuis et de manière importante.



70. Ce point semble en particulier s'appliquer aux amendements adoptés en Europe centrale et orientale après l'introduction des nouvelles constitutions. Une étude récente de la révision constitutionnelle dans dix-sept pays post-communistes montre que le contexte social et politique a joué un rôle beaucoup plus important en ce qui concerne le nombre d'amendements que les règles formelles encadrant l'amendement<sup>81</sup>. Le développement de la démocratie et l'influence intégratrice de l'Europe ont été les principales forces génératrices d'amendements et ont entraîné des changements même dans des États ayant instauré des règles d'amendement relativement rigides. L'étude montre également qu'en moyenne, on dénombre *moins* d'amendements adoptés dans les pays de l'Europe centrale et orientale depuis l'introduction des nouvelles constitutions que dans les pays d'Europe de l'Ouest<sup>82</sup> sur une période comparable.

71. En ce qui concerne les changements constitutionnels en Europe centrale et orientale ces dernières années, la Commission de Venise note qu'ils ont contribué dans une large mesure à réduire le pouvoir exécutif (et à renforcer le parlement), à améliorer les droits de l'homme et à appuyer l'intégration dans les organes européens et internationaux. Il s'agit d'une tendance très positive qui est due en partie au fait que de nombreux pays étaient, sur le plan intérieur, plutôt d'accord pour promouvoir et améliorer la démocratie constitutionnelle libérale, et en partie aux conseils et à l'inspiration donnés par des instances européennes et internationales (y compris la Commission de Venise). Cependant, la Commission de Venise note qu'il existe également des exemples de processus de réforme constitutionnelle moins positifs, notamment plusieurs tentatives, parfois réussies, de renforcer les pouvoirs présidentiels d'une manière préjudiciable pour le développement de la démocratie<sup>83</sup>.

## **V. But de l'engagement constitutionnel**

72. Afin de comprendre les mécanismes de l'amendement constitutionnel, il faut d'abord examiner pourquoi les constitutions sont et devraient être plus rigides que la législation ordinaire. Une bonne approche en la matière consiste à poser la question suivante : pourquoi une société démocratique devrait-elle se pré-engager, c'est-à-dire établir des règles constitutionnelles qui ne peuvent pas être changées par la majorité en cas de besoin, même en appliquant des procédures parfaitement démocratiques ?

73. Selon certains théoriciens, cette question est au cœur du « constitutionnalisme ». Un point fondamental est que les constitutions sont des « dispositifs de pré-engagement ou d'autocontrainte créés par le corps politique afin de se protéger contre sa tendance prévisible à prendre des décisions déraisonnables » (Elster).

74. Dans le même ordre d'idée, il a été affirmé que les « constitutions sont des chaînes avec lesquelles les hommes se ligotent dans les moments où ils sont sains d'esprit pour ne pas mourir d'une main suicidaire dans leurs moments de folie » (Stockton), et qu'une « constitution est un lien imposé par Pierre lorsqu'il est sobre à Pierre lorsqu'il est saoul » (Hayek). Une métaphore largement utilisée est celle d'Ulysse qui ordonne à l'avance à son équipage de le ligoter à un mât afin de ne pas être tenté par le chant des Sirènes<sup>84</sup>. De la même façon, une

---

<sup>81</sup> Voir *A. Roberts, cit.*, note 2, pp. 99-117.

<sup>82</sup> Des écarts existent cependant par rapport à cette tendance générale tant en Europe de l'Ouest qu'en Europe de l'Est. Ainsi la constitution macédonienne a fait l'objet de trente et un amendements depuis 1991 alors que la constitution danoise n'a pas été modifiée depuis 1953.

<sup>83</sup> Cela s'est produit plusieurs fois, notamment en appelant les électeurs à voter lors d'un référendum populaire d'une manière qui a été critiquée par la Commission de Venise ; la section VII.E fournit de plus amples informations à ce sujet.

<sup>84</sup> La métaphore d'Ulysse a été utilisée par de nombreux observateurs constitutionnels, mais elle a été particulièrement étudiée par le théoricien politique *J. Elster* dans deux ouvrages: *Ulysses and the Sirens*, Cambridge

société qui adopte une constitution rigide « se ligote elle-même au mât », afin de ne pas être tentée ou dévoyée par les gains et les passions politiques à court terme.

75. Un autre point de vue veut que la constitution devrait être élevée au-dessus de la « politique ordinaire ». La constitution devrait être « un cadre pour l'action politique et non un instrument à son service » (Elster). Et dans la mesure où la révision constitutionnelle est autorisée, elle devrait être, de préférence, lente et progressive, et suivre d'autres procédures que celle de la politique de tous les jours.

76. Parmi les raisons les plus importantes expliquant pourquoi un système politique devrait opter pour un « pré-engagement » constitutionnel, citons les suivantes :

- la stabilité et la prévisibilité politiques et économiques ;
- la protection des procédures démocratiques ;
- la protection de l'opposition politique ;
- la protection des droits et des intérêts minoritaires et individuels ;
- la protection de l'indépendance de certaines institutions ;
- accroître la légitimité de l'ordre constitutionnel.

77. Ces raisons sont complémentaires et, dans une certaine mesure, interdépendantes. La stabilité et la prévisibilité politiques devraient être considérées, dans les systèmes démocratiques, comme un but en soi, mais elles contribueront également à l'efficacité de la prise de décision et faciliteront la planification à long terme. Un système politique prévisible bénéficiera à l'économie, créant des conditions stables pour l'investissement et le développement. La prospérité économique bénéficiera également des garanties constitutionnelles de l'État de droit, de la protection de la propriété, ainsi que de la protection constitutionnelle de l'indépendance d'institutions comme les tribunaux et la banque centrale. La légitimité de l'ordre constitutionnel dépendra de l'existence d'autres éléments, qui bénéficieront à leur tour du surcroît de légitimité obtenu.

78. La fonction la plus importante de la contrainte constitutionnelle dans une démocratie est peut-être de protéger la démocratie elle-même, contre toute tentative de l'affaiblir directement ou indirectement. En gravant dans le marbre les règles encadrant les élections et la représentation démocratiques, la constitution sert à protéger la règle de la démocratie majoritaire contre toute violation commise par ceux qui sont temporairement au pouvoir. Cela s'applique en particulier aux règles qui définissent la relation entre les pouvoirs législatif et exécutif. Un grand nombre de règles constitutionnelles sur la gouvernance servent également à protéger l'opposition politique, à garantir la représentation et l'expression, et donc la possibilité pour l'opposition de concourir pour obtenir le pouvoir majoritaire aux futures élections.

79. Enfin, et surtout, les constitutions répondent à la préoccupation constitutionnaliste classique qui est de protéger les droits et les intérêts des individus et des minorités. Aujourd'hui, presque toutes les constitutions démocratiques contiennent une liste de droits fondamentaux, qui font généralement l'objet d'un contrôle juridictionnel, et qui bloquent ou, à tout le moins, réduisent la capacité de la majorité de violer les droits fondamentaux de l'individu.

80. Cette liste montre qu'il y a en principe plusieurs bonnes raisons pour lesquelles une société devrait « se ligoter au mât » et s'engager envers certaines règles et normes qui ne peuvent pas être supprimées ou changées du jour au lendemain, même par une majorité légitime élue démocratiquement.

81. Cela étant, il existe également des arguments *contre* la restriction constitutionnelle. Premièrement, l'observation empirique et historique montre que parfois, la contrainte constitutionnelle n'est simplement pas possible. Si les forces qui exigent la réforme politique sont suffisamment puissantes, alors les changements seront faits quelles que soient les règles constitutionnelles formelles. Dans ce cas, il sera en général hautement préférable que les changements soient introduits par un amendement constitutionnel formel et non par la révolution et l'agitation sociale ; certes celles-ci casseraient les chaînes constitutionnelles formelles trop strictes mais le prix à payer pour la société serait énorme<sup>85</sup>.

82. Deuxièmement, même si la révolution ou d'autres formes de changement anticonstitutionnel ne sont pas une solution, il existe bien d'autres situations dans lesquelles l'amendement constitutionnel formel sera hautement souhaitable, pour les raisons principales suivantes :

- la démocratie au sens traditionnel (règle de la majorité)
- l'amélioration des procédures de prise de décision
- l'ajustement aux transformations de la société (politiques, économiques, culturelles)
- l'ajustement à la coopération internationale
- la souplesse et l'efficacité dans la prise de décision
- garantir, ajuster et reconformer les droits fondamentaux.

83. Il s'agit là des principales raisons pour lesquelles presque toutes les constitutions contiennent des règles relatives à leur révision, plus ou moins strictes au demeurant. Cette diversité montre que de l'avis général les rédacteurs ne peuvent tout simplement pas créer un texte qui est éternel, et qui peut servir la société par le biais de processus de développement et de transformation.

84. Bien qu'il soit largement admis que les constitutions ne peuvent ou ne devraient pas être totalement immuables, la question de leur souplesse laisse une large part au débat. Ce point est étroitement lié à la question de savoir ce qu'une constitution est et devrait être. Citons à ce propos Holmes et Sunstein qui établissent une distinction entre le constitutionnalisme positif et négatif :

*« Une constitution n'est pas uniquement un dispositif pour empêcher la tyrannie. Elle a également plusieurs autres fonctions. Par exemple, les constitutions ne visent pas seulement à limiter le pouvoir et à empêcher la tyrannie ; elles bâtissent et guident également le pouvoir et empêchent l'anarchie. Plus globalement, les constitutions libérales sont conçues pour contribuer à résoudre toute une série de problèmes politiques : la tyrannie, la corruption, l'anarchie, l'immobilisme, les problèmes de l'action collective, l'absence de délibération, la myopie, le manque de transparence, l'instabilité et la stupidité des politiciens. Les constitutions sont multifonctionnelles. [...] Les théoriciens devraient donc porter un regard beaucoup plus attentif que dans le passé sur le constitutionnalisme positif. L'enjeu est de créer un gouvernement limité qui soit néanmoins en mesure de gouverner pleinement »<sup>86</sup>.*

---

<sup>85</sup> Comme l'a déjà observé Tocqueville: « J'ai longtemps pensé qu'au lieu d'essayer de rendre nos formes de gouvernement éternels, nous devrions faire en sorte que le changement méthodologique soit une chose simple. Tout bien considéré, je trouve cela moins dangereux que le choix inverse. J'estime qu'on devrait traiter les Français comme ces fous que l'on prend soin de ne pas ligoter par peur que la contrainte les rende furieux » (cité par Elster, p. 95).

<sup>86</sup> Cf. Holmes et Sunstein, *cit.*, note 2, pp. 302-3.

85. Une vision négative du constitutionnalisme suppose une défiance à l'égard du changement constitutionnel, alors qu'un point de vue plus positif reconnaît que des amendements peuvent être nécessaires ou souhaitables afin de promouvoir une gouvernance démocratique efficace et de garantir la légitimité.

86. À un niveau plus profond, on peut aussi estimer que la légitimité même d'un système constitutionnel donné repose sur l'idée que l'électorat du moment peut le modifier et l'amender. Ce point a été souligné par Holmes et Sunstein pour qui « la légitimité politique dans les systèmes libéraux dépend en fin de compte de la possibilité d'introduire le changement, utilisée ou tenue en réserve. La légitimité d'une constitution libérale a un fondement analogue, paradoxalement, dans son obligation de révision. Elle est acceptée, ou mérite d'être acceptée, en partie parce qu'elle peut être modifiée<sup>87</sup>. »

87. Il y a également lieu de se demander si la métaphore d'Ulysse, bien qu'elle saisisse un élément important du constitutionnalisme, est tout à fait précise à cet égard. En effet, la contrainte constitutionnelle est rarement un acte « auto-contrainant », d'autant que la contrainte est souvent externe. Parfois, les constitutions sont imposées par des régimes politiques à bout de souffle qui veulent protéger leurs intérêts contre la volonté démocratique de leurs successeurs. Et même si tel n'est pas le cas, toutes les constitutions d'une certaine maturité reflètent non le pré-engagement de la génération présente, mais celle des générations antérieures. Les critiques ont souvent fait remarquer qu'une résistance trop grande à l'amendement et à la réforme était le signe, contestable du point de vue démocratique, d'une société qui se laisse « diriger de la tombe » en laissant la volonté (parfois érigée en mythe) des « pères fondateurs », telle qu'interprétée par les juges et les experts du droit, déterminer les problèmes et relever les défis contemporains.

88 La Commission note qu'il y a de bonnes raisons pour lesquelles les constitutions doivent être relativement rigides et pourquoi il faut laisser des possibilités d'amendement. Le défi consiste à trouver un juste équilibre entre ces deux conditions, afin que les réformes nécessaires puissent être adoptées sans remettre en cause la stabilité, la prévisibilité et la protection offertes par la constitution et sans verrouiller le système en rendant l'adoption de l'amendement constitutionnel trop difficile voire impossible à réaliser<sup>88</sup>. L'équilibre final ne peut être trouvé que dans chaque système constitutionnel, en fonction de ses caractéristiques propres. Mais cet équilibre peut être plus ou moins atteint, selon l'interprétation générale des mécanismes et des principes en jeu.

## VI. Mécanismes de la contrainte constitutionnelle

89. Comme l'illustre l'aperçu des dispositions nationales relatives à l'amendement constitutionnel, il existe un certain nombre de mécanismes juridiques qui peuvent être utilisés pour créer des obstacles au changement constitutionnel. Ces obstacles peuvent être classés de plusieurs façons. On trouvera une liste pertinente dans l'ouvrage d'Elster<sup>89</sup>, qui a identifié six « obstacles principaux aux amendements constitutionnels » :

- l'intangibilité absolue (dispositions ou principes immuables)
- l'adoption par une majorité qualifiée au parlement (« super majorité »)
- l'imposition d'un quorum supérieur à celui qui est nécessaire pour une législation ordinaire

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 279, et p. 301 sur le fait que la légitimité démocratique repose sur la possibilité prévisible de « mettre la racaille à la porte ».

<sup>88</sup> Voir l'avis de la Commission de Venise sur la réforme constitutionnelle en Roumanie (CDL-AD(2002)012), en Ukraine (CDL-AD(2004)030) et en Serbie (CDL-AD(2007)004).

<sup>89</sup> Cf. J. Elster, 2000, cit., note 85, p. 101.

- les délais
- la ratification de l'État (dans les systèmes fédéraux)
- la ratification par référendum populaire (y compris les référendums d'État dans les systèmes fédéraux)

90. Certaines constitutions n'utilisent qu'un de ces mécanismes, mais la plupart en combinent deux, voire plusieurs, agencés d'une manière plus ou moins complexe. En général, plus ces instruments sont appliqués, plus la procédure d'amendement est difficile à mettre en œuvre.

91. Chacun des six mécanismes peut être conçu plus ou moins strictement. L'intangibilité absolue peut couvrir des parties importantes ou non de la constitution. La nécessité de disposer d'une majorité parlementaire qualifiée peut varier, celle des deux tiers étant la plus répandue en Europe. La longueur des délais varie également. Le laps de temps peut être court entre deux lectures dans le même parlement ou très long comme dans le cas où le deuxième vote ne peut avoir lieu qu'après la tenue de nouvelles élections générales. La ratification par les entités dans les systèmes fédéraux peut exiger que l'amendement soit approuvé à l'unanimité ou par une certaine majorité d'entre elles. Enfin, le référendum populaire exige en général une majorité simple mais il peut être également assorti de contraintes, par exemple qu'un certain pourcentage de l'électorat se déclare favorable (voir ci-dessus, section III).

92. Les deux mécanismes les plus largement utilisés dans les constitutions européennes sont (i) la majorité qualifiée au parlement et (ii) les délais. La plupart des constitutions ont ces deux mécanismes dans leurs procédures d'amendement, qui sont agencés et combinés de différentes manières. Dans la majorité des systèmes constitutionnels, ces mécanismes sont considérés comme suffisants et n'exigent pas de faire appel à d'autres conditions, d'autant qu'ils maintiennent le processus d'amendement dans le système parlementaire. Dans quelques rares pays, cependant, la ratification en dehors du parlement est aussi exigée, le plus souvent par un référendum populaire, qui peut être obligatoire ou facultatif.

93. Tous les mécanismes énumérés peuvent avoir pour effet de consolider le système constitutionnel existant et donc d'accroître la stabilité économique et politique au détriment de la souplesse et de l'efficacité démocratiques. Ils peuvent avoir également des fonctions assez différentes.

94. La finalité principale et l'effet d'une exigence de *majorité qualifiée* sont (i) d'obtenir un large consensus politique (et donc de renforcer la légitimité et la durabilité de l'amendement) et (ii) de protéger les intérêts et les droits de l'opposition politique et des minorités. Cette exigence confère en effet à une minorité (d'une certaine taille) un droit de veto sur l'amendement constitutionnel.

95. Quant à la finalité et l'effet des *délais* (entre les lectures ou les décisions multiples), ils ont plutôt pour but de donner à la majorité du temps pour retrouver la sérénité et réexaminer les textes, et à la passion politique du moment de s'apaiser<sup>90</sup>. Les délais donnent également du temps pour approfondir le processus de décision et le débat public. Dans des systèmes qui imposent que la deuxième décision soit adoptée uniquement après les élections générales, l'électorat est en effet invité à examiner l'amendement proposé ; dans la pratique, ceci peut varier considérablement selon le fait que celui-ci soit ou non une question d'importance dans les élections<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Voir l'avis de la Commission de Venise sur les principes directeurs de la Constitution de la République de Hongrie (CDL-INF(1996)002), §.17.

<sup>91</sup> Ce type de système a cours par exemple en Suède, qui a des règles comparativement souples concernant l'amendement constitutionnel. En effet, l'adoption d'un amendement requiert une majorité simple au parlement ainsi que deux décisions, une avant et une après des élections parlementaires. Par ailleurs, des amendements peuvent être adoptés par le parlement par une seule décision, mais prise avec une majorité des cinq sixièmes.

96. La rigidité réelle de chacun des mécanismes peut souvent dépendre de *facteurs externes* au contenu même de la disposition. Cela s'applique en particulier à la règle de la majorité parlementaire qualifiée. Qu'une condition exigée, par exemple une majorité parlementaire aux deux tiers, soit souple ou rigide dans les faits dépend beaucoup du système électoral. Les systèmes électoraux caractérisés par une représentation proportionnelle et un seuil relativement bas faciliteront la présence d'un grand nombre de partis au parlement, ce qui peut énormément compliquer l'obtention d'une majorité qualifiée. En revanche, dans les systèmes électoraux ayant des circonscriptions uniques et un scrutin majoritaire à un tour (« first-past-the-post »)<sup>92</sup>, le parti au pouvoir aura généralement une majorité confortable au parlement, qui peut être suffisamment importante pour atteindre une majorité qualifiée. On ne peut donc pas parler dans de tels systèmes d'une exigence très stricte.

97. Dans les systèmes parlementaires à deux chambres, il est généralement exigé que l'amendement constitutionnel soit adopté *dans les deux chambres*, à une majorité simple ou qualifiée. Si les deux chambres sont élues et composées selon différents critères (ce qui est généralement le cas), même la nécessité d'obtenir une majorité ordinaire dans les deux chambres devra refléter un consensus politique plus large<sup>93</sup>. Dans le même ordre d'idée, si une majorité qualifiée est nécessaire dans les deux chambres, comme par exemple au parlement allemand, il peut s'agir d'une exigence plus stricte que celle des deux tiers dans un système à une chambre. Au Pays-Bas, les deux chambres doivent adopter l'amendement deux fois, avant et après les élections, avec une majorité simple au premier tour et une majorité des deux tiers au second. En Irlande, il faut une majorité simple dans les deux chambres et une majorité simple à l'issue d'un référendum populaire, mais même ce système devra refléter un consensus plus large.

98. Selon une vision traditionnelle assez répandue, la majorité qualifiée au parlement est le seul, et le plus important, mécanisme défini dans les dispositions relatives à l'amendement constitutionnel et il est nécessaire et suffisant pour obtenir un nombre d'amendements modéré et stable. Cette vision a cependant été contestée par des études empiriques récentes qui indiquent et démontrent que d'autres facteurs sont plus importants pour déterminer la rigidité ou la souplesse réelle d'un système constitutionnel, ainsi que le nombre de fois où la constitution est révisée. Premièrement, cela dépend de la tradition constitutionnelle nationale, du contexte politique concret et des forces qui sous-tendent la demande de changement. Deuxièmement, il est également possible que l'exigence d'une majorité très importante ne soit pas souvent aussi stricte qu'il puisse sembler au premier abord, soit parce qu'il existe un large consensus sur des questions constitutionnelles au parlement, soit parce que le parti au pouvoir peut obtenir un large soutien.

99. Une étude récente de Rasch et Congleton montre que le *nombre de décisions et le nombre d'acteurs* engagés (« points de veto » et « acteurs du veto ») sont les deux éléments les plus importants pour déterminer la rigidité ou la souplesse réelle d'une procédure d'amendement constitutionnelle<sup>94</sup>. Leurs résultats empiriques indiquent qu'il existe une faible correspondance générale entre la rigidité des règles imposant une majorité qualifiée au parlement et le nombre d'amendements adoptés. En revanche, « le facteur déterminant semble être les décisions multiples avec participation des votants ». Il peut s'agir d'un système exigeant deux décisions

---

<sup>92</sup> Les parlements peuvent aussi être fragmentés pour d'autres raisons que les systèmes électoraux ; en général, lorsque le système est nouveau au point qu'aucun parti n'a encore eu le temps de s'installer et de se développer. Selon la situation politique, cela peut fonctionner de deux façons : rendre plus facile ou plus difficile l'obtention de la majorité qualifiée nécessaire pour adopter un amendement constitutionnel.

<sup>93</sup> Voir l'avis de la Commission de Venise sur la réforme constitutionnelle en Roumanie (CDL-AD(2002)012, § 7).

<sup>94</sup> Cf. *Rasch et Congleton, cit.*, note 2; ce point est développé par *Rasch* dans *Foundations of Constitutional Stability: Veto Points, Qualified Majorities, and Agenda-Setting Rules in Amendment Procedures*, paper 2008.

parlementaires entrecoupées d'une élection générale, ou d'une décision parlementaire suivie d'une ratification par référendum populaire (ou par les États dans les systèmes fédéraux). Ces systèmes constitutionnels apparaissent en général comme les plus rigides, bien que dans un pays, le degré réel de rigidité dépendra aussi d'autres facteurs.

100. Dans certains pays, le parlement doit être dissous à la suite de la première adoption d'un amendement constitutionnel, la décision étant confirmée par le nouveau parlement élu. Si une telle règle signifie qu'il faut procéder à une dissolution extraordinaire du parlement pour changer la constitution, il faut que les parties politiques évaluent la portée de cette éventualité à la lumière d'autres considérations, qui peuvent avoir pour effet de restreindre considérablement les possibilités de changement.

101. Lorsque les règles relatives au référendum exigent non seulement une majorité des suffrages mais également le consentement d'un certain pourcentage de l'électorat, le résultat dépendra alors de la participation électorale, ce qui, dans la pratique, peut rendre l'amendement pratiquement impossible. C'est le cas notamment au Danemark, où le référendum exigé pour amender la constitution doit réunir une majorité de voix qui doit aussi refléter 40 pour cent de l'électorat. Même dans une petite démocratie aussi développée politiquement que le Danemark qui, par tradition, compte une participation électorale élevée, cette exigence constitue un obstacle majeur pour la réforme constitutionnelle.

102. Les effets des différents mécanismes d'amendement sont donc complexes et dépendront d'un certain nombre de facteurs s'ajoutant aux dispositions formelles elles-mêmes. Les obstacles au changement qui semblent stricts du point de vue théorique peuvent parfois ne pas l'être dans la pratique. En revanche, des exigences *a priori* plus souples, comme le référendum populaire, peuvent (ou non) avoir des effets très restrictifs dans la pratique.

103. La Commission souhaite souligner que lorsque l'on rédige et applique des dispositions formelles sur l'amendement constitutionnel, il faut être très conscient des effets potentiels et des fonctions de ces règles, ce qui exige une analyse comparative et générale ainsi qu'une connaissance approfondie du contexte politique et constitutionnel national<sup>95</sup>. Si ce travail n'est pas fait correctement, on peut se retrouver avec des seuils de changement constitutionnel très différents de ceux qui avaient été planifiés et envisagés à l'origine.

## **VII. Trouver un équilibre entre rigidité et souplesse**

### **A. Recherche de la stabilité constitutionnelle**

104. Jusqu'ici, la présente étude a examiné les raisons de l'engagement constitutionnel, les arguments contre des règles trop strictes et les divers mécanismes juridiques qui peuvent être utilisés lors de l'élaboration des règles d'amendement. Se pose dès lors le problème, présenté ci-avant, de trouver un juste équilibre entre la rigidité et la souplesse constitutionnelles tout en respectant la légitimité constitutionnelle. Idéalement, cet équilibre permettra de mettre en œuvre les réformes nécessaires tout en garantissant la protection et la prévisibilité constitutionnelles.

105. La question de savoir si un système constitutionnel a réussi à trouver un juste équilibre constitutionnel peut être évaluée au cas par cas. Même dans des démocraties constitutionnelles anciennes et établies, il n'est pas sûr que cet équilibre soit optimal même si, avec le temps, ces systèmes élaborent des mécanismes pour compenser les déséquilibres d'une manière ou d'une autre, soit en corrigeant des règles d'amendement trop strictes par une interprétation souple, soit en complétant des règles d'amendement trop souples par des

---

<sup>95</sup> Voir CDL-AD(2007)004, Avis sur la Constitution de la Serbie, § 99.

conventions politiques conservatrices. Si ce travail n'est pas entrepris, il sera tôt ou tard exigé de changer radicalement la constitution.

106. Lorsqu'elle a été confrontée à la question des procédures d'amendement constitutionnel, la Commission de Venise a plusieurs fois exprimé sa préoccupation à l'égard des procédures excessivement rigides et prévenu qu'elles rendaient toute réforme constitutionnelle plus difficile<sup>96</sup>. Dans d'autres cas, la Commission a été confrontée au problème inverse, qui est que des amendements trop fréquents (ou tentatives d'amendement) à la constitution ont une incidence négative sur la stabilité politique et constitutionnelle<sup>97</sup>. Elle a souligné à ce propos que la constitution ne peut pas être modifiée « à chaque fois que la situation politique change dans le pays ou qu'une nouvelle majorité parlementaire apparaît »<sup>98</sup>.

107. Il n'est donc ni possible ni souhaitable d'essayer de formuler *in abstracto* un modèle optimal d'amendement constitutionnel. Le point d'équilibre entre la rigidité et la souplesse peut être différent d'un État à un autre, selon le contexte social et politique, la culture constitutionnelle, l'âge, le niveau de détail et les caractéristiques de la constitution, et un certain nombre d'autres facteurs, d'autant que cet équilibre n'est pas statique et peut se déplacer avec le temps en fonction des transformations sociales, économiques et politiques.

108. Il est cependant possible d'identifier les facteurs qui peuvent être pertinents pour l'évaluation d'un système constitutionnel considéré, et qui peuvent être utilisés pour analyser la rigidité d'une formule d'amendement et si celle-ci doit être réformée ou compensée par d'autres moyens. Certains de ces facteurs peuvent être aussi pertinents lorsque l'on évalue si une proposition de révision constitutionnelle est légitime ou non.

## **B. Changement constitutionnel formel et informel**

109. L'amendement formel n'est pas la seule forme de changement constitutionnel, et dans certains systèmes il n'est même pas le plus important. Si l'on excepte les actes illicites et révolutionnaires, les deux moyens les plus importants de modifier la constitution d'une manière légitime sont l'interprétation juridictionnelle et le développement de conventions politiques non écrites qui complètent ou contredisent le texte écrit. La manière dont ces deux moyens fonctionnent dans un système constitutionnel donné influe sur la nécessité d'un amendement formel.

### **1. Interprétation juridictionnelle**

110. Les nombreux systèmes constitutionnels montrent abondamment que même un changement important peut avoir lieu sans altérer le texte, grâce à l'interprétation juridictionnelle. L'exemple classique est la manière dont la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a fait évoluer le contenu de la constitution de 1787 au fil des ans et bien au-delà des 27 amendements formels adoptés. Bien qu'il n'y ait pas d'exemples européens dans

---

<sup>96</sup> Voir par exemple, CDL-AD(2007)004, Avis sur la Constitution de la Serbie, §§ 15, 100 et 104; CDL-INF(2001)023, Rapport intérimaire sur la situation constitutionnelle de la République fédérale de Yougoslavie, § 19; CDL-AD(2005)025, Avis final sur la réforme constitutionnelle en République d'Arménie, où la Commission de Venise se félicitait que le nombre d'électeurs inscrits nécessaire pour valider un référendum sur la réforme constitutionnelle soit passé d'un tiers à un quart, § 42.

<sup>97</sup> Voir par exemple CDL-INF(2001)015, Avis sur les modifications du 9 novembre 2000 et du 28 mars 2001 à la constitution croate, paragraphe 4 et conclusions, où la Commission de Venise regrettait que la Constitution ait été révisée deux fois dans un laps de temps très court (5 mois) et que la suppression de la deuxième chambre rende trop aisée l'adoption de futures révisions constitutionnelles et fragilise la stabilité constitutionnelle; CDL-AD(2007)047, Avis sur la constitution du Monténégro, § 126; CDL-AD(2008)015, Avis sur le projet de constitution d'Ukraine, § 105.

<sup>98</sup> CDL-INF(2001)003, Rapport sur la coopération entre la Commission de Venise et la République de Moldova sur la réforme constitutionnelle, § 26.



lesquels les tribunaux jouent un rôle aussi déterminant dans la formation de la constitution, il existe néanmoins en Europe un certain nombre de tribunaux qui ont contribué d'une manière importante à l'élaboration de leurs constitutions par l'interprétation et l'application dynamiques. Il s'agit notamment des pays dotés de « cours constitutionnelles », un modèle qui a été adopté ces dernières années par quasiment tous les pays d'Europe centrale et orientale.

111. La mesure à laquelle les tribunaux se déclarent compétents pour élaborer leurs constitutions au moyen de l'interprétation varie selon les juridictions, la doctrine, la tradition et le contexte d'un pays. Avec le temps, leur action peut jouer sur le degré de rigidité des procédures d'amendement constitutionnel. Plus il est difficile de modifier une constitution donnée, plus il est probable que les demandes de changement seront encadrées par l'action juridique et que les tribunaux répondront à ces sollicitations, réduisant ainsi la nécessité de l'amendement formel. En revanche, dans un système doté de règles souples en matière d'amendement, la nécessité de recourir à l'interprétation juridictionnelle dynamique sera moindre, ainsi que, souvent, la légitimité. L'interaction et les effets de compensation mutuels entre les deux sont complexes et varient clairement d'un pays à l'autre.

112. La Commission de Venise a maintes fois salué et approuvé le modèle des « cours constitutionnelles » qui est maintenant répandu en Europe. Ce modèle est en général favorable à l'interprétation constitutionnelle juridictionnelle. De telles cours peuvent légitimement contribuer à développer leurs systèmes constitutionnels nationaux. Néanmoins, la Commission de Venise maintient que pour une révision constitutionnelle importante, une procédure politique démocratique et délibérative conforme aux procédures prescrites pour l'amendement constitutionnel est clairement préférable à une approche purement juridictionnelle.

113. Un rôle comparable à celui des cours constitutionnelles dans le changement constitutionnel peut être également joué par des organes non judiciaires engagés dans la révision de la constitution, tel que la Commission de droit constitutionnel du Parlement de Finlande.

114. Le changement constitutionnel par l'interprétation juridictionnelle est le système le plus répandu en ce qui concerne les dispositions relatives aux droits fondamentaux, qui sont par nature plus souvent invoqués devant les tribunaux que les dispositions institutionnelles ou d'autres. Ces dispositions sont en général formulées d'une manière ouverte et ont donc besoin d'être interprétées et spécifiées constamment. Pour les États membres du Conseil de l'Europe, les droits constitutionnels nationaux en matière de droits fondamentaux sont complétés par les droits inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et développés par le biais de la jurisprudence dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme, qui est contraignante pour les autorités nationales. Cette cour n'interprète pas bien entendu les dispositions constitutionnelles nationales en tant que telles. Son interprétation des droits inscrits dans la CEDH complète et, dans de nombreux pays, influence directement l'interprétation des dispositions relatives aux droits constitutionnels nationaux en matière de droits de l'homme (par exemple en Belgique). De cette façon, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg joue un rôle important dans la formation d'une tradition constitutionnelle européenne pour la protection des droits humains fondamentaux<sup>99</sup>.

## 2. Conventions et coutumes constitutionnelles

115. Il existe une forme légitime et assez commune de changement constitutionnel qui est celle du développement d'une coutume politique dans les organes législatifs et exécutifs. Dans de nombreux systèmes, le statut d'une telle coutume est incarné dans le concept établi de

---

<sup>99</sup> Pour les États membres de l'Union européenne, la même chose s'applique a fortiori à la jurisprudence dynamique de la Cour européenne de justice dans la mesure où cela influence directement ou indirectement la loi constitutionnelle nationale.

« convention », voire de « convention constitutionnelle ». Cette coutume est particulièrement caractéristique au Royaume-Uni, mais elle se retrouve également dans un certain nombre de pays dont les constitutions sont écrites. Une convention constitutionnelle n'est pas « écrite » au sens où elle n'est pas énoncée dans un document formel, mais elle peut être reconnue par les tribunaux, bien qu'elle soit rarement considérée comme étant du domaine du « droit contraignant ». Ces conventions ne sont pas créées par les tribunaux, et elles ne sont ni « décidées » ni « adoptées ». Elles évoluent au fil du temps, reflétant les actions et les perceptions normatives des acteurs politiques.

116. La question de savoir si un système national reconnaît ou non qu'une « convention » fait partie du système constitutionnel varie, tout comme les critères utilisés pour les identifier, ainsi que leur importance et leur poids relatifs. Mais dans de nombreux pays, surtout ceux qui ont des constitutions anciennes ou très strictes, ces conventions jouent un rôle important. En général, elles complètent les dispositions de la constitution écrite ou font que les dispositions sont interprétées et appliquées d'une manière assez différente de celle qui est formulée. Dans certains cas, la convention peut même directement contredire voire annuler les dispositions écrites. Dans d'autres, la convention peut déboucher sur la non-utilisation de certains articles, qui peuvent être ou non être juridiquement reconnus comme « désuets ». D'une manière analogue à ce qui se produit avec l'interprétation juridictionnelle, l'existence et la reconnaissance du concept de « convention » constitutionnelle influenceront sur la nécessité et les possibilités de l'amendement formel. Le rôle des conventions constitutionnelles est surtout important comme complément des dispositions institutionnelles de la constitution.

117. La Commission considère que la convention est une partie intégrale et importante de l'ordre constitutionnel dans un certain nombre d'États européens, et qu'elle contribue à la souplesse et à l'adaptabilité du système national. Elle considère néanmoins qu'il est préférable que toute modification au fond de la constitution soit introduite par les procédures prescrites et non par les actions des organes d'États, et que si les conventions contraignantes évoluent, elles doivent de préférence être mises à l'épreuve de la codification formelle, pour voir si elles remplissent les conditions.

### 3. Culture constitutionnelle

118. Outre l'interprétation juridictionnelle et la convention politique, la manière dont les dispositions relatives à l'amendement formel fonctionnent dépend aussi du concept plus vague de « culture constitutionnelle ». On entend par là les normes nationales relatives à l'interprétation constitutionnelle (rigide ou souple), les métanormes non écrites définissant dans quelle mesure le changement est considéré comme légitime, la valeur symbolique du texte constitutionnel, le conservatisme ou le dynamisme des principaux acteurs constitutionnels (politiciens, juges, professeurs, hauts fonctionnaires) ainsi que d'autres facteurs pertinents.

119. Certains États possèdent une culture du « conservatisme constitutionnel » qui restreint le changement même si les procédures formelles ne sont pas très restrictives. Or, comme l'écrit Elster : « Dans des pays ayant une longue tradition constitutionnelle, des conventions non écrites puissantes peuvent également empêcher les hommes politiques de bricoler avec la constitution pour promouvoir des fins à court terme ou partisans. » En revanche, dans d'autres pays, l'amendement constitutionnel peut être considéré comme un domaine assez commun, pas très différent de la législation ordinaire. Cela peut être le cas dans des pays dont les systèmes constitutionnels sont relativement nouveaux, dans lesquels les « pères fondateurs » (et les mères fondatrices) sont encore politiquement actifs, ou dans des systèmes établis, comme celui de la Suède, où les règles relatives à l'amendement constitutionnel sont souples et souvent appliquées.

120. La culture constitutionnelle se développe et évolue avec le temps dans le contexte national, et varie d'un pays à l'autre. Il s'agit là d'un élément important du patrimoine constitutionnel européen et il n'est ni souhaitable ni possible d'essayer de l'harmoniser. Cela signifie cependant qu'un système d'amendement constitutionnel donné ne peut être évalué correctement que dans son propre contexte, en tenant compte d'un certain nombre d'autres facteurs qui s'ajoutent aux règles formelles.

121. L'interprétation juridictionnelle, la « convention » constitutionnelle ainsi que le contexte et la culture constitutionnels d'un pays influent clairement sur la manière dont les dispositions relatives à l'amendement formel sont appliquées. Ces facteurs peuvent aussi servir à corriger les déséquilibres du système d'amendement. Dans les systèmes où les règles qui encadrent l'amendement sont très souples, la souplesse peut être compensée par une convention conservatrice. Dans les systèmes où les règles sont trop rigides, la rigidité peut être compensée par la tradition de l'interprétation juridictionnelle ou par les conventions « non-écrites » qui permettent d'ajouter, contourner ou ignorer des obstacles constitutionnels immuables à la réforme nécessaire.

### **C. Origine et caractéristiques de la constitution nationale**

122. Ce qui représente un bon équilibre entre la rigidité et la souplesse constitutionnelles dépend considérablement du caractère et de la teneur du texte constitutionnel écrit, par exemple ses origines, sa légitimité démocratique, son âge, sa longueur, sa formulation, le degré de détail et le niveau de justiciabilité. Ici encore, on note de grandes différences entre les constitutions d'Europe.

#### **1. Les origines**

123. Dans tout système constitutionnel, quel qu'il soit, il est impossible d'évaluer les demandes d'amendement sans aborder la question des *origines* de la constitution nationale. Il convient ici d'établir une distinction fondamentale entre les constitutions qui sont le résultat de vastes processus démocratiques et les constitutions qui ont été à l'origine imposées par des moyens antidémocratiques ou par des régimes sortants désireux de consolider certaines règles et intérêts avant que leur pays entame une transition vers la démocratie. Le pré-engagement constitutionnel est-il le résultat d'une « autocontrainte » légitime ou d'une contrainte extérieure imposée par d'autres intérêts que ceux défendus par la majorité démocratique ? Il est clair que les constitutions peuvent incarner ces deux tendances, mais la distinction est importante pour établir la légitimité des demandes de changement et donc pour trouver un juste équilibre entre la rigidité et la souplesse.

124. Dans plusieurs avis rendus sur certains pays, la Commission a souligné que la procédure d'adoption d'amendements constitutionnels, voire de nouvelles constitutions, devait être conforme aux dispositions de la constitution en vigueur<sup>100</sup>. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les constitutions qui ont été initialement adoptées par des procédures non démocratiques doivent être remplacées. Ces constitutions peuvent prouver progressivement qu'elles sont adaptées à un gouvernement démocratique et efficace et donc gagner la légitimité qu'elles n'avaient pas au départ, tout comme des constitutions bâties d'une manière parfaitement démocratiques peuvent avoir besoin de subir des transformations radicales au bout d'un certain temps. Ceci étant, la Commission estime que ces constitutions ne devraient pas être trop rigides et qu'il devrait être assez facile pendant la phase de transition d'ouvrir le débat sur la révision constitutionnelle dans de tels systèmes, débat pouvant conduire soit à la réforme, soit à une confirmation renouvelée des règles existantes et donc au renforcement de leur légitimité.

---

<sup>100</sup> Voir par exemple CDL-INF(2001)003, cit. note 96.

## 2. L'âge

125. L'âge des documents constitutionnels actuels en Europe varie considérablement. En effet les premières constitutions, qui sont les constitutions norvégienne et néerlandaise, datent de 1814 tandis que la plus récente, celle du Monténégro, date de 2007. La plupart des constitutions sont postérieures à 1945 mais beaucoup d'entre elles contiennent des éléments qui sont en continuité directe avec des constitutions plus anciennes (19<sup>e</sup> siècle). Les constitutions actuelles de l'Europe centrale et orientale sont toutes nouvelles du point de vue du fond, et elles ont été par la plupart adoptées dans les années 90, bien que certaines soient formellement considérées comme une continuité de textes plus anciens.

126. L'âge d'un document peut influencer sur l'amendement de différentes façons. On peut estimer d'un côté que plus un texte est ancien, plus il aura besoin de procédures d'amendement souples afin de capter les transformations fondamentales du monde politique et de la société, et de l'autre que des textes constitutionnels très anciens peuvent au fil du temps revêtir une valeur symbolique particulière et créer une culture constitutionnelle dans laquelle la production d'un amendement est très difficile. Si tel est le cas, le contenu au fond du système constitutionnel peut éventuellement se développer quand même en s'appuyant sur l'interprétation juridictionnelle et la convention politique.

127. La Commission note que l'ancienneté n'est pas un argument contre une constitution nationale. Au contraire, la stabilité constitutionnelle peut sur la durée être très bénéfique pour la gouvernance démocratique, et la valeur symbolique d'un texte constitutionnel ancien peut avoir des fonctions positives et importantes. Toutefois, afin de conserver leur importance en tant que cadre opérationnel et pertinent de l'action politique, les textes constitutionnels anciens ont un besoin particulier de souplesse afin de s'adapter aux transformations de la société.

## 3. Niveau de détail

128. Le besoin d'amendement dans un système donné dépend aussi de la longueur et du niveau de détail du texte constitutionnel. Il existe là encore de grandes variations. La plupart des constitutions européennes comprennent entre 100 et 200 articles<sup>101</sup> mais ceux-ci ont une longueur, un niveau de détail et, bien entendu, une importance qui diffèrent beaucoup. Plus un texte constitutionnel est long et opérationnel, plus il ressemble à une législation ordinaire, et plus il devra et sera l'objet de fréquents amendements<sup>102</sup>. Certaines constitutions européennes font la distinction entre deux catégories distinctes de dispositions constitutionnelles, comprenant des seuils différents pour l'amendement : une qui inclut les règles et les principes les plus fondamentaux et qui est très difficile à modifier, et une autre qui contient des règles plus détaillées sur les mécanismes gouvernementaux et qui est plus facile à réviser. Dans certains États, les règles relatives à la procédure parlementaire sont inscrites dans la partie la plus souple de la constitution, tandis que les autres (ou la plupart) ne font pas du tout partie formellement de la constitution mais restent à un niveau plus bas dans la hiérarchie des normes.

---

<sup>101</sup> Dans son étude récente sur l'amendement constitutionnel dans 17 pays d'Europe centrale et orientale, A. Roberts a indiqué que le nombre moyen d'articles étaient de 143 (*cit.*, note 2).

<sup>102</sup> La constitution suédoise de 1975 est un bon exemple à cet égard. Elle combine quatre textes constitutionnels, dont trois sont assez longs et détaillés, ainsi que des règles souples concernant l'amendement, qui sont souvent appliquées.

#### 4. Justiciabilité

129. Dans le passé, les constitutions de tradition européenne (contrairement à celle des États-Unis d'Amérique) n'étaient pas souvent considérées comme du « droit contraignant » au sens où elles ne pouvaient pas être invoquées devant les tribunaux pour annuler des lois et des décisions administratives. Les dispositions constitutionnelles restaient bien entendu encore importantes comme cadre de l'action politique mais elles n'étaient pas justiciables et leur impact reposait sur l'acceptation politique. On notera avec intérêt qu'aux Pays-Bas, les actes du parlement sont encore aujourd'hui hors de portée des tribunaux, qui ne peuvent pas contrôler leur constitutionnalité. Cet exemple reste cependant exceptionnel. De nos jours, la tradition constitutionnelle européenne s'est « durcie » au fond et les constitutions font désormais l'objet pour la plupart de l'applicabilité directe, de la protection et de l'interprétation juridictionnelles, soit par les tribunaux ordinaires et/ou (dans la plupart des États) par des cours constitutionnelles spéciales. Cette situation a aussi une incidence sur le besoin d'amendement. On peut estimer en général que plus un texte constitutionnel est juridiquement opérationnel, plus il doit être souple<sup>103</sup>. Parallèlement, plus une constitution est invoquée devant les tribunaux, plus l'espace laissée à la réforme est grand grâce à l'interprétation juridictionnelle et moins il est nécessaire de recourir à l'amendement formel.

#### **D. Modifier les différentes catégories de dispositions constitutionnelles**

130. Lorsque l'on analyse un amendement constitutionnel, une distinction devrait être établie entre les diverses catégories de dispositions inscrites dans la plupart des constitutions. Les deux catégories les plus importantes sont :

- Les règles institutionnelles relatives à la « mécanique du gouvernement », c'est-à-dire le système électoral, les compétences et les procédures des principaux organes de l'État, la séparation et l'équilibre des pouvoirs, les procédures législatives, le budget, le système judiciaire, etc.
- La déclaration des droits, c'est-à-dire le catalogue des droits fondamentaux, qui protège l'individu et régit le lien fondamental entre l'État et les individus.

131. Dans la plupart des constitutions, on trouve également certaines dispositions qui n'entrent pas nettement dans ces deux catégories, comme les dispositions sur la souveraineté nationale, la délégation des pouvoirs aux organisations internationales, les symboles nationaux, les langues. Dans les systèmes fédéraux, les règles institutionnelles comprendront aussi une disposition sur la répartition des compétences entre le niveau central et le niveau fédéral de gouvernement ainsi que d'autres questions fédérales.

132. Les différentes catégories de dispositions constitutionnelles soulèvent diverses questions et exigent souvent une approche différenciée concernant l'interprétation, l'application et l'amendement potentiel. Si les exigences et les procédures relatives à l'amendement formel seront généralement (mais pas toujours) les mêmes pour toutes les catégories, mais le contexte politique et juridique varie souvent.

133. Si les « déclarations des droits » sont de nos jours relativement (et de plus en plus) universelles et dotées d'un contenu fondamental plus ou moins identique, les dispositions relatives à la mécanique gouvernementale diffèrent beaucoup plus. Il existe un modèle fondamental de démocratie constitutionnelle caractérisé par une certaine forme de séparation et d'équilibre des pouvoirs entre les branches exécutives, législatives et judiciaires du

---

<sup>103</sup> Qu'un texte constitutionnel essentiellement symbolique soit modifié ou non est à vrai dire d'une moindre importance.

gouvernement, mais autour de ce modèle on compte autant de variations qu'il y a de constitutions. La tentation est grande, donc, d'essayer de « perfectionner » constamment le système en s'inspirant plus ou moins judicieusement des différentes solutions nationales offertes par le droit constitutionnel comparé.

134. Les dispositions institutionnelles et les dispositions sur les droits de l'homme divergent également quant à la manière d'évoluer de manière informelle. Les premières sont complétées par des conventions constitutionnelles tandis que les secondes sont réinterprétées et spécifiées par des tribunaux et d'autres organes engagés dans la révision constitutionnelle.

135. Les dispositions institutionnelles sont généralement plus claires et plus rigides que celles qui concernent les « droits », qui sont formulées comme des normes juridiques ouvertes à l'interprétation et à l'évolution juridiques. Une procédure institutionnelle décrivant une procédure gouvernementale ou une compétence particulière doit être nette et précise afin de créer la stabilité et la prévisibilité, ce qu'elle est en général. On ne peut pas en dire autant des droits fondamentaux, pour lesquels le contenu est déterminant. En conséquence, les arguments pour et contre le changement constitutionnel varient entre les deux ensembles de dispositions.

136. Par ailleurs, chaque État est libre de modifier les dispositions relatives à la mécanique du gouvernement tant que certaines exigences démocratiques fondamentales du droit international sont remplies. Les variations sont légion et, comme il n'existe pas de « modèle optimal » d'applicabilité universelle, le flux de propositions de réforme, mineures ou majeures, sera continu, même dans des démocraties établies, car il est toujours, au moins en théorie, possible de perfectionner un système de gouvernement. Les principaux facteurs à pondérer sont d'un côté le besoin d'une stabilité et d'une prévisibilité politiques, et de l'autre les avantages escomptés du changement, que ce soit en termes d'efficacité, de démocratie ou d'autres. Par rapport aux dispositions sur les « droits », il est plus difficile d'introduire un changement au moyen de l'interprétation juridictionnelle, car ces règles sont rarement invoquées devant les cours<sup>104</sup>. Une modification introduite par une « convention constitutionnelle » est plus courante, car les normes et les procédures politiques évoluent de telle sorte qu'elles complètent ou ajustent le texte de la constitution écrite.

137. En ce qui concerne les modifications apportées aux dispositions constitutionnelles nationales sur les droits de l'homme, le contexte est différent. Premièrement, ces dispositions sont souvent formulées d'une manière générale et abstraite, ouverte à l'interprétation juridique. Deuxièmement, elles sont constamment invoquées devant les tribunaux et donc développées par la jurisprudence. Enfin, les déclarations constitutionnelles nationales sont complétées par le droit international (notamment les traités des Nations Unies sur les droits de l'homme et en Europe, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte de l'Union européenne sur les droits fondamentaux, qui est désormais renforcée par le Traité de Lisbonne). La protection offerte par le droit international complète le catalogue national, surtout en ce qui concerne les pays européens où la CEDH peut être directement invoquée devant les tribunaux.

138. Les sections qui suivent s'efforceront de répondre à des questions plus particulières qui se posent lorsque l'on modifie des dispositions relatives à la mécanique gouvernementale, aux droits de l'homme et à la souveraineté nationale.

---

<sup>104</sup> Cependant, dans certains pays, les cours constitutionnelles ont le pouvoir de statuer sur les litiges concernant l'organisation et le fonctionnement des institutions de l'État et, de cette manière, de contribuer à l'élaboration des dispositions institutionnelles de la constitution.

## 1. Modification des dispositions sur la structure de gouvernement

139. Bien que toutes les constitutions décrivent une structure de gouvernement fondamentale, le niveau de détail varie beaucoup. Certaines constitutions ont des dispositions très détaillées sur les compétences et les procédures des organes d'État, d'autres ne font qu'énoncer les principes fondamentaux, laissant le reste être régulé par la législation ordinaire (ou dans certains systèmes, par les « lois organiques ») ou par des règles de procédure des institutions (parlement, gouvernement, les tribunaux).

140. La nécessité de modifier la constitution correspond naturellement à cela. Plus les dispositions institutionnelles sont détaillées, plus on percevra qu'il est nécessaire de les réformer, par période régulière ou en permanence. Autre facteur important, le degré de souplesse des dispositions, qui détermine dans quelle mesure leur application peut être ajustée aux transformations du paysage politique. Troisième facteur : le degré de formalisme de la culture constitutionnelle et dans quelle mesure celle-ci reconnaît la légitimité de l'évolution des procédures institutionnelles par la « convention », fondée sur les perceptions normatives et le comportement effectif des principaux acteurs politiques.

141. De nombreuses règles constitutionnelles sur la mécanique gouvernementale serviront, directement ou indirectement, à protéger les droits et les intérêts de l'opposition politique, importants ou non. Cela vaut aussi bien pour les règles électorales fondamentales, qui sont souvent inscrites dans la constitution, que pour les règles relatives aux procédures parlementaires fondamentales, qui garantissent que l'opposition (et chaque parlementaire) a le droit de participer aux processus et au débat, de passer au crible et de critiquer les décisions et les actions de la majorité et du gouvernement. L'amendement constitutionnel de ces règles devrait faire l'objet d'une attention particulière ; et il faudrait veiller à ce que les intérêts légitimes des minorités politiques ne soient pas affaiblis.

142. Les propositions les plus importantes concernant la révision des règles constitutionnelles relatives à la mécanique gouvernementale sont souvent celles qui visent à modifier l'équilibre des pouvoirs entre les branches exécutives et législatives du gouvernement d'une manière ou d'une autre. Elles doivent aussi faire l'objet d'une attention et d'une considération particulière. En général, les amendements qui renforcent le parlement ont normalement pour but de rendre le système plus démocratique, tandis que ceux qui renforcent l'exécutif visent à rendre celui-ci plus efficace et efficient. Il peut y avoir également des motivations cachées ou plus personnelles, qui sont moins légitimes<sup>105</sup>.

143. Les nouvelles constitutions qui ont été adoptées dans la plupart des pays d'Europe centrale et orientale au milieu des années 90 ont fait ensuite l'objet d'amendements – dans plusieurs pays – visant à renforcer les parlements nationaux. À cet égard, la Commission a maintes fois déclaré que le choix entre un système parlementaire et présidentiel était un choix politique qui devait être fait par chaque État. Cependant, le système choisi doit être aussi clair que possible et les dispositions ne doivent pas créer de complications inutiles et de conflits politiques. Dans un système parlementaire, les exigences fondamentales découlant du principe de la séparation des pouvoirs doivent être respectées. Si un système présidentiel est choisi, certaines exigences minimales relatives à l'influence et au contrôle du parlement doivent être remplies<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> Voir par exemple CDL-AD(2009)024, Avis sur le projet de loi d'Ukraine modifiant la Constitution présenté par le Président de l'Ukraine ; CDL-INF(2001)003, Coopération entre la Commission de Venise et la République de Moldova sur la réforme constitutionnelle ; CDL-INF(1996)002, Avis sur les principes directeurs de la nouvelle Constitution de la République de Hongrie.

<sup>106</sup> Voir par exemple CDL-AD(2003)019, Avis sur les trois projets de loi sur les amendements à la Constitution d'Ukraine ; CDL-AD(2005)016, Deuxième avis intérimaire sur la réforme constitutionnelle en République

144. Dans presque tous les pays ayant des présidents élus, il existe une limite constitutionnelle au nombre de mandats qu'une personne peut exercer. Dans ces pays, le président en exercice peut parfois être tenté de proposer une révision de la constitution afin d'obtenir un nouveau mandat ou d'abolir la restriction. La Commission de Venise a évalué deux amendements de ce type au cours des années récentes – en Bélarus en 2004 et en Azerbaïdjan en 2009 – et les deux fois, l'évaluation a été extrêmement critique<sup>107</sup>. L'avis le plus récent indique notamment que l'« on peut en général considérer l'abolition des restrictions qui empêchent la réélection illimitée d'un Président comme un recul du point de vue de la démocratie<sup>108</sup>. »

145. Dans la mesure où des amendements constitutionnels renforçant ou prolongeant le pouvoir des organes supérieurs de l'État sont proposés, la motivation devrait être d'améliorer la mécanique du gouvernement en tant que telle et non le pouvoir personnel et les intérêts du président en exercice. Un principe judicieux serait donc que de tels amendements (s'ils sont promulgués) ne prennent effet que pour les *futurs* détenteurs du pouvoir et non pour l'actuel. La Constitution coréenne est un exemple de système constitutionnel qui applique ce type de restrictions<sup>109</sup>. La Commission de Venise estime qu'il s'agit là d'un bon standard général à l'aune de laquelle on peut mesurer l'incidence de tels amendements sur la démocratie.

## 2. Modification des dispositions sur les droits fondamentaux

146. Le contexte politique et juridique de la modification des dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux diffère, sous certains aspects, de celui qui prévaut pour la modification des règles institutionnelles. Premièrement, la base normative et le contenu des droits de l'homme sont différents. Deuxièmement, le lien avec le droit européen et international est différent. Troisièmement, les tribunaux jouent un rôle beaucoup plus important dans le développement des droits de l'homme que dans celui des règles institutionnelles.

147. Dans certains pays, toutes les dispositions de la constitution peuvent en principe faire l'objet d'amendements. Dans d'autres, certains droits sont considérés comme si fondamentaux (comme le droit à la dignité humaine en Allemagne ou le droit à la dignité et l'égalité en Afrique du Sud) que la constitution stipule que leur substance fondamentale ne peut pas faire l'objet d'amendements.

148. Cependant, en général, les droits fondamentaux doivent être débattus et développés en permanence. Un argument est parfois présenté pour expliquer ce besoin. Selon lui, la codification des droits de l'homme traduit souvent, dans une certaine mesure, des expériences historiques négatives. Elle expose donc les souffrances humaines du passé et débouche sur un processus d'apprentissage collectif. Vus sous ce prisme, les droits de l'homme reflètent les injustices et les peurs nées de l'histoire. Et la codification de ces enseignements dans le droit positif garantissant les libertés fondamentales doit « pouvoir être complétée et étendue dès que de nouvelles expériences et injustices doivent être exposées, ou lorsque de nouveaux aspects

---

d'Arménie, §§ 6-8; CDL-AD(2002)033, Avis sur les projets d'amendements à la Constitution du Kirghizistan, §§ 45-47.

<sup>107</sup> Voir CDL-AD(2004)029 sur le Bélarus, et CDL-AD(2009)010 sur l'Azerbaïdjan.

<sup>108</sup> Voir CDL-AD(2009)010 § 13. Voir également § 16, où la Commission de Venise juge que : « La limitation constitutionnelle expresse des mandats présidentiels consécutifs est particulièrement importante dans les pays dont les structures démocratiques et leur présupposition culturelle n'ont pas encore été consolidées. La Commission de Venise estime que l'abrogation de l'actuelle limitation prévue par l'article 101 (V) de la Constitution peut, de ce fait, apparaître comme un sérieux recul dans la voie suivie par l'Azerbaïdjan vers une démocratie consolidée. »

<sup>109</sup> Selon l'Article 128, alinéa 2, de la constitution coréenne : « les amendements à la Constitution visant à prolonger le mandat d'un Président ou à introduire un changement permettant la réélection du Président ne s'appliquent pas au Président en exercice au moment de la proposition de ces amendements à la Constitution. »



des récits du passé sont découverts et reconnus<sup>110</sup>. » L'histoire suit son cours, et les droits de l'homme doivent lui répondre et s'inscrire dans un processus d'apprentissage continu.

149. Pour toute personne appartenant à une communauté constitutionnelle et politique, quelle qu'elle soit, le débat permanent sur les droits fondamentaux garantit que ces droits ne sont pas pris à la légère ou pour acquis. Les débats sur la question des droits fondamentaux sont « importants car ils encouragent chacun de nous à se reconnaître et à reconnaître autrui comme titulaire confiants de ces droits, membres égaux d'une communauté des droits de l'homme qui continuera à exister tant que les titulaires eux-mêmes exerceront leurs droits<sup>111</sup>. » Parallèlement, il faut souligner que le débat démocratique permanent sur le contenu et les incidences des droits fondamentaux ne contredit en aucune façon leur renforcement dans la constitution ou dans des instruments internationaux. À cet égard, il ne faut pas perdre de vue que, au moins dans les pays où les dispositions constitutionnelles sur les droits fondamentaux ne sont pas très détaillées, la réglementation et l'interprétation des droits fondamentaux sont dans une certaine mesure laissées au législateur ordinaire. Les débats sur ces questions déboucheront donc plus souvent sur des changements législatifs que sur des amendements constitutionnels. Les dispositions des traités et des constitutions ont besoin d'être constamment réinterprétées et spécifiées et dans ce contexte le débat démocratique joue un rôle important, même là où la décision dépend concrètement d'une cour constitutionnelle ou d'un organe correspondant de révision constitutionnelle.

150. La plupart des constitutions actuelles renferment un nombre important de dispositions relatives aux droits fondamentaux, la plupart du temps logées dans des sections spéciales, en tant que « déclaration des droits » ou disséminées dans le texte. Ces dispositions réglementent le lien fondamental qui unit l'individu et l'État, assurent une certitude et une prévisibilité juridiques et protègent les intérêts individuels et minoritaires contre l'abus de pouvoir de la majorité. Elles peuvent aussi protéger les individus contre d'autres personnes juridiques ou privées.

151. Certaines constitutions ont incorporé des dispositions relatives aux droits fondamentaux pendant longtemps, par exemple la constitution américaine de 1787 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclamée en France en 1789, mais elles n'étaient pas justiciables devant les tribunaux (la constitution américaine l'est devenue, la française seulement très récemment). Le modèle consistant à présenter des catalogues détaillés de droits en tant que droit positif (contraignant) dans les constitutions nationales est une tradition relativement récente qui a commencé à se répandre en Europe après 1945.

152. Au cours des décennies récentes, la dimension « droit de l'homme » a connu un grand développement dans les constitutions nationales européennes, que ce soit lors de la rédaction des nouvelles constitutions que dans la révision des anciennes<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> K. Günther, Was kann „Universalität der Menschenrechte“ heute noch bedeuten?, in: Evelyn Schulz / Wolfgang Sonne, Kontinuität und Wandel. Geschichtsbilder in verschiedenen Fächern und Kulturen, Zürich 1999, p.177/178.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p.194.

<sup>112</sup> Presque toutes les nouvelles constitutions d'Europe centrale et orientale comprennent des dispositions complètes sur les droits fondamentaux. Il en va de même pour la plupart des pays d'Europe occidentale. La Constitution allemande de 1949 commence, par exemple, par un premier chapitre sur les « Droits fondamentaux » (articles 1-19), tout comme la Constitution néerlandaise (articles 1-23). Dans la Constitution belge, les droits fondamentaux se trouvent dans le deuxième chapitre (articles 8-32). La récente constitution finlandaise de 2000 comprend une première section sur les « Dispositions fondamentales » et la suivante sur les « Droits et libertés fondamentaux », qui énumère 17 droits (articles 6-23), ce qui constitue une grande amélioration pour la protection des droits de l'homme par rapport à la constitution précédente. Autre signe des temps, la décision adoptée par le Parlement norvégien en 2009 de créer une commission pour rédiger une déclaration des droits pouvant être inscrite dans la Constitution de 1814, qui ne comprend aujourd'hui qu'un nombre limité de dispositions sur les droits fondamentaux, disséminées dans l'ensemble du texte.

153. Une question qui s'est fréquemment posée dans ce contexte est celle de savoir si les dispositions constitutionnelles sur les droits de l'homme devraient être formulées d'une manière identique ou analogue à celles des traités relatifs aux droits de l'homme. La Commission a précédemment émis l'avis qu'une telle harmonie linguistique pouvait « favoriser la propension des tribunaux et des autorités administratives à tenir compte de la jurisprudence applicable et des observations générales des organismes de contrôle internationaux. »

154. Il ne faut pas oublier en revanche que la langue des traités relatifs aux droits de l'homme n'est pas nécessairement transposable aisément dans un système juridique particulier ou dans un style en harmonie avec la culture juridique du pays considéré.

155. Les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme visent essentiellement à présenter un corpus minimal de normes. Les États sont autorisés, voire encouragés, à garantir des droits plus complets dans leurs constitutions à condition qu'ils ne violent pas les normes internationales minimales. Les États ont aussi le pouvoir, avec la marge d'appréciation qui leur est permise, de trouver un juste équilibre entre différents droits concurrents qui sont les mieux adaptés à leurs traditions constitutionnelles et leur culture. Les traités internationaux, qui ont pour vocation d'être un système subsidiaire de protection des droits fondamentaux, ne devraient pas nécessairement être gelés dans le système de base de protection des droits.

156. La Commission de Venise a déjà examiné cette question et exprimé l'avis qu'« un pays qui a connu un régime autoritaire, où les traditions en matière de droits constitutionnels étaient limitées, et qui doit mettre rapidement en place un catalogue cohérent de droits optera pour cette harmonisation qu'il jugera particulièrement bénéfique. En revanche, pour un pays qui jouit d'une tradition démocratique relativement longue, qui fait le choix de la continuité dans le développement constitutionnel et dont le catalogue des droits est largement antérieur à l'acceptation des obligations internationales, cette méthode peut sembler moins attrayante – et n'est peut-être même pas applicable [...] ».

157. En général, ce processus, qui consiste à introduire des nouveaux droits et à élargir la portée et la protection des droits existants, est unilatéral et, à l'évidence, se poursuit. Mais il n'est pas impossible qu'à l'avenir, davantage de voix s'élèvent pour ajuster, limiter, voire réduire la portée juridique de certains droits constitutionnels, soit parce qu'ils doivent être mis en balance avec d'autres droits concurrents, soit parce qu'ils ont été jugés dans certains cas comme allant trop loin, limitant abusivement les pouvoirs démocratiques légitimes du parlement et du gouvernement.

158. L'amendement constitutionnel des dispositions sur les droits fondamentaux peut servir soit à élargir (ce qui est normalement incontestable) soit à limiter l'étendue de la protection garantie à l'individu<sup>113</sup>, ce qui au contraire peut susciter la polémique<sup>114</sup>.

159. La nécessité de modifier la constitution afin d'obtenir le résultat escompté, qui est de tenir compte des évolutions de la société, dépend de deux facteurs principaux (sans compter les éléments politiques) : le niveau de détail des dispositions constitutionnelles et l'attitude des tribunaux locaux. Par exemple, si les dispositions sont formulées en des termes très généraux, il pourrait s'avérer nécessaire d'introduire les restrictions nécessaires par voie d'amendement

---

<sup>113</sup> Un exemple est donné par l'amendement de l'article 16a, de la loi fondamentale allemande, adopté en 1993, qui a introduit des dispositions plus détaillées visant à préciser la formulation très large du précédent article 16 II 2.

<sup>114</sup> Le 29 novembre 2009, plus de 57 pour cent des électeurs suisses se sont prononcés en faveur de la proposition visant à interdire la construction de minarets rattachés aux mosquées. La proposition consistait à ajouter une ligne dans la Constitution suisse indiquant que la construction de minarets est interdite. Le référendum faisait suite à une proposition soumise par le Parti populaire suisse, qui est majoritaire au Parlement.

constitutionnel si elles sont interprétées trop largement par les tribunaux locaux. Et des dispositions constitutionnelles très détaillées (fixant par exemple les délais limites d'une détention provisoire ou d'une inculpation) exigeront inévitablement des amendements pour réduire ou accroître le niveau de protection.

i. L'interaction entre les droits fondamentaux nationaux et européens

160. La plus grande différence entre la révision des dispositions constitutionnelles nationales sur le gouvernement et les dispositions sur les droits fondamentaux est que cette dernière catégorie est complétée par le droit européen et international, qui octroie aux individus un certain nombre de droits applicables au niveau national et que les individus peuvent défendre devant les tribunaux nationaux contre des autorités nationales.

161. L'internationalisation du droit positif qui s'applique aux droits de l'homme est un phénomène relativement récent qui a commencé après 1945. Cette tendance s'est développée d'une manière spectaculaire au cours des dernières années. Au niveau de l'ONU et d'autres instances internationales, les traités originaux concernant les droits de l'homme ont fait l'objet d'une importance accrue et leur portée a été élargie par l'apport d'un certain nombre de traités plus spécifiques visant la torture, la discrimination, les droits des enfants, l'égalité entre les sexes, les minorités nationales, les droits des travailleurs, etc.

162. Au niveau européen, l'évolution a été encore plus spectaculaire. Le contenu et la portée de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (la CEDH) ont été considérablement renforcés au cours des dernières décennies par l'ajout de nouveaux protocoles et en partie grâce à l'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. La portée géographique de ces règles a été très élargie suite à la démocratisation de l'Europe centrale et orientale. À l'heure actuelle, les règles détaillées de la CEDH peuvent être invoquées devant les tribunaux nationaux dans tous les pays européens<sup>115</sup>, et elles s'ajoutent aux droits constitutionnels nationaux. Dans les 27 États membres, la CEDH est complétée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000, qui est devenue contraignante par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne à la fin de 2009. Le Traité de Lisbonne stipule également que l'Union européenne en tant que telle ratifiera la CEDH en y ajoutant ainsi les effets supranationaux du droit européen. En outre, la CEDH a été rendue directement applicable.

163. L'émergence et l'importance croissante des droits fondamentaux européens positifs et directement applicables, qui revendiquent souvent la primauté sur le droit national, ont naturellement des conséquences sur le rôle et les fonctions des dispositions constitutionnelles sur les droits de l'homme. Les droits fondamentaux sont désormais protégés juridiquement à deux niveaux. Le contenu juridique est largement le même<sup>116</sup>. La liste des droits fondamentaux contenus dans les traités internationaux est souvent reproduite dans les constitutions nationales, en particulier celles qui ont été adoptées après 1990, qui renferment non seulement des droits civils et politiques mais aussi sociaux et économiques. Ces constitutions les décrivent souvent d'une manière beaucoup plus détaillée que les traités internationaux (qui ne constituent qu'une exigence minimale que les États sont encouragés à dépasser).

---

<sup>115</sup> A l'exception du Bélarus.

<sup>116</sup> Il diffère selon que l'on considère que les droits fondamentaux nationaux et européens forment un seul et unique système juridique ou deux systèmes juridiques distincts. Dans certains pays, les deux sont séparés, au sens où les tribunaux nationaux interprètent et testent d'abord l'un puis l'autre. Dans d'autres pays, la doctrine nationale accepte que les règles européennes ou internationales puissent avoir une incidence directe sur l'interprétation des dispositions constitutionnelles nationales. Les deux systèmes sont donc plus ou moins mélangés.

164. Le niveau de protection accordé au niveau national peut en fait être élevé lorsque la déclaration des droits constitutionnels est interprétée *in extenso* par la Cour constitutionnelle, lorsqu'il y en a une, et par les tribunaux locaux, y compris en se référant à la jurisprudence des tribunaux internationaux pertinents, notamment la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ce cas, les mécanismes internationaux complètent le système national par le principe de subsidiarité. En Europe, le droit de requête individuelle en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme a apporté une garantie unique pour les individus.

165. Dans certains pays, cependant, la protection accordée au niveau national est inférieure à celle du niveau international. Une telle différence peut être due à une déclaration des droits constitutionnels imparfaite, mais elle s'explique plus couramment par une mise en œuvre inappropriée ou insuffisante de cette déclaration. Dans ce cas, la possibilité de saisir la Cour européenne des droits de l'homme représente plus qu'une possibilité de subsidiarité pour les individus ; elle devient un élément nécessaire de la protection des droits de l'homme qui leur est accordée. Il peut effectivement en être ainsi, même si la protection accordée par le droit national est en principe préférable car il est normalement plus efficace (voir ci-dessous).

166. Le fait que les droits fondamentaux au niveau international s'ajoutent aux droits fondamentaux nationaux signifie qu'il est désormais considéré problématique, voire impossible, de modifier une déclaration des droits constitutionnelle de manière à réduire la protection de l'individu<sup>117</sup>. Même si tel était le cas, l'effet juridique serait réduit dans la mesure où la CEDH ou d'autres traités applicables et contraignants garantissent les mêmes droits et niveaux de protection<sup>118</sup>. Un pays peut toujours, bien entendu, dénoncer la CEDH, mais pour la plupart cette option reste théorique et ne libère pas l'État de son obligation de garantir des droits fondamentaux qui sont désormais considérés comme faisant partie du *jus cogens*, s'il en est.

167. La possibilité de réduire le niveau de protection constitutionnelle des droits fondamentaux est également liée au niveau de détail des dispositions constitutionnelles pertinentes. Plusieurs constitutions postcommunistes ne sont pas formulées en termes généraux comme les dispositions des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, mais sont très détaillées, parfois à l'excès. Dans ce cas, la réduction possible du niveau de protection accordé par la constitution n'est pas nécessairement en contradiction avec le droit européen ou international. À cet égard, la Commission de Venise a déjà mis en garde contre les effets bloquants possibles que pourraient avoir des dispositions constitutionnelles limitant ou interdisant des amendements constitutionnels, ce qui réduirait le niveau de protection des droits fondamentaux accordés par la constitution<sup>119</sup>.

168. Bien que la dimension internationale de la protection des droits de l'homme diminue l'incidence pratique de la révision des dispositions constitutionnelles nationales sur les droits fondamentaux, l'importance de ces amendements reste élevée pour un certain nombre de raisons. Premièrement, comme susmentionné, les règles constitutionnelles nationales peuvent, dans de nombreux domaines du droit (notamment les droits économiques et sociaux), aller plus loin encore que les règles européennes et internationales et offrir une meilleure protection à l'individu. Deuxièmement, les règles constitutionnelles nationales peuvent avoir dans de nombreux pays plus de poids juridique et d'autorité réelle que les règles européennes, et donc

---

<sup>117</sup> A l'inverse, accroître la protection et élargir les catalogues des libertés n'est certainement pas aussi problématique et cette option s'est répandue au cours de ces dernières années. La constitution italienne (article 111) a été amendée par exemple en 1999 afin de garantir explicitement le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable.

<sup>118</sup> Voir l'Avis conjoint sur une proposition de loi constitutionnelle sur les changements et les amendements à la Constitution de la Géorgie, CDL-AD(2005)003, § 112, qui rappelle la nécessité de prendre en compte la pertinence des traités relatifs aux droits de l'homme dans ce contexte.

<sup>119</sup> Voir CDL-AD(2003)003, para. 112.

être mieux appliquées et mieux acceptées. Troisièmement, la valeur symbolique attachée au fait que les droits fondamentaux ne sont pas seulement protégés par la loi européenne mais aussi par la constitution nationale peut être importante.

169. On ajoutera à cela que le cadre du débat démocratique et du développement des droits fondamentaux est bien meilleur au niveau national. Au niveau européen ou international, les acteurs de la négociation et de l'élaboration des droits de l'homme n'ont qu'une légitimité démocratique limitée et indirecte<sup>120</sup>.

170. À ce propos, les débats démocratiques qui ont lieu sur l'amendement constitutionnel des dispositions relatives aux droits de l'homme au niveau national peuvent avoir également une double fonction au niveau européen et international. Premièrement, ils peuvent faire mieux connaître aux citoyens l'intérêt de ces questions, contribuer à les sensibiliser au droit européen en matière de droits de l'homme et accroître sa légitimité. Deuxièmement, le lien entre le droit européen et le droit national ne devrait pas être un processus unilatéral mais s'appuyer au contraire sur l'interaction, en fonction de quoi les amendements constitutionnels nationaux relatifs aux droits fondamentaux pourront également avoir une incidence sur l'évolution et l'interprétation futures de la CEDH et d'autres traités.

#### ii. Le rôle du système judiciaire dans le développement des droits fondamentaux

171. Le rôle des tribunaux dans le développement des droits constitutionnels relatifs aux droits de l'homme est clairement plus important qu'il ne l'est en matière de règles institutionnelles. En d'autres termes, il s'agit de la partie du système constitutionnel national pour laquelle le contrôle juridictionnel joue un rôle plus important dans la garantie du développement et de la souplesse du système. Contrairement au législateur constitutionnel, les tribunaux sont en mesure d'évaluer la manière dont les dispositions sur les droits fondamentaux fonctionnent en pratique, et de les ajuster le cas échéant (voir supra, § 117).

172. En fait, dans de nombreux pays européens, les tribunaux nationaux contribuent énormément au développement constitutionnel en interprétant et en appliquant dynamiquement les dispositions relatives aux droits fondamentaux. C'est notamment le cas des pays qui ont des cours constitutionnelles. Et c'est encore plus vrai au niveau européen, où la Cour européenne des droits de l'homme poursuit explicitement un mode dynamique d'interprétation des dispositions de la CEDH en accentuant leur portée et leur niveau de détail bien au-delà de leur contenu original. Il en va de même pour la Cour européenne de justice de Luxembourg, malgré des réticences initiales, en ce qui concerne les droits fondamentaux du droit de l'Union européenne.

173. La légitimité normative d'un tel activisme judiciaire, tant au niveau européen qu'au niveau national, est une question vaste et complexe qui n'entre pas dans le champ du présent rapport et sur laquelle les opinions s'opposent. Aux fins de la présente étude, il suffit d'écrire qu'elle existe et qu'elle influe clairement sur la nécessité et les possibilités d'une réforme constitutionnelle nationale.

174. La Commission note qu'en ce qui concerne la réforme constitutionnelle des droits fondamentaux, il est important d'établir une distinction entre la première transformation d'un « droit » donné en disposition du droit constitutionnel positif (la « positivisation ») et l'interprétation et l'application de cette même disposition<sup>121</sup>. La première étape devrait en

<sup>120</sup> Un certain élément de démocratie indirecte est cependant ajouté au niveau européen dans le système du Conseil de l'Europe par l'Assemblée parlementaire (APCE) et dans l'Union européenne par le Parlement européen.

<sup>121</sup> La distinction entre créer de nouveaux droits juridiques et élargir des anciens par le biais de l'interprétation n'est, bien entendu, pas toujours claire, mais elle constitue un point de départ utile.

principe et de préférence être conduite par des procédures démocratiques, la seconde appartenant légitimement aux tribunaux. Cependant, l'examen constitutionnel conduit par les tribunaux devrait aussi être suivi par de larges débats publics impliquant également la société civile.

175. Le développement de droits constitutionnels fondamentaux au moyen du droit jurisprudentiel peut faire l'objet d'un débat et exiger par la suite une demande d'amendement constitutionnel pour modifier ou ajuster les nouvelles règles établies par le tribunal. Cette pratique n'est pas très courante, mais lorsqu'elle a lieu, elle pourrait dans certains cas être problématique. Mais en général, le législateur constitutionnel peut légitimement modifier les nouveaux droits développés par les tribunaux par les procédures d'amendement prescrites, sauf si les amendements entrent en contradiction avec le droit constitutionnel d'un niveau plus élevé (dispositions ou principes inaltérables), et cette possibilité sert à renforcer la légitimité des droits fondamentaux. Souvent, le résultat d'un débat démocratique sera que les jugements ne seront pas changés, mais confirmés, avec une légitimité accrue.

176. Au niveau européen, aligner la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interprétation de la CEDH au moyen de nouveaux amendements aux traités n'est pas une option probable. Ce système judiciaire manque donc, dans une certaine mesure, du surcroît de légitimité démocratique fourni au niveau national, par la possibilité de proposer des amendements constitutionnels. Certains affirmeront que cela devrait empêcher la Cour de Strasbourg d'aller trop loin dans l'interprétation activiste et dynamique. D'autres expliqueront que c'est précisément parce qu'il est impossible à un État membre de modifier les dispositions du traité qu'il est d'autant plus important pour la Cour de donner une certaine souplesse grâce à l'interprétation dynamique.

#### *Conclusions relatives à l'amendement des dispositions constitutionnelles nationales sur les droits fondamentaux*

177. Sur la base de ce qui précède, la Commission de Venise estime que les dispositions constitutionnelles sur les droits fondamentaux devraient être en principe ouvertes au débat et à l'amendement afin d'élargir, de confirmer voire, dans certains cas, restreindre leur portée et leur contenu. Le processus d'amendement doit être néanmoins conduit avec prudence et dans le cadre d'exigences strictes afin de ne pas affaiblir la fonction de ces dispositions, qui est de protéger les intérêts minoritaires et individuels contre la volonté et les lubies de la majorité. Par ailleurs, ces processus d'amendement nationaux doivent tenir compte des obligations juridiques internationales ainsi que du rôle légitime des tribunaux nationaux et internationaux dans le développement et la protection des droits fondamentaux.

#### 3. Modifier les dispositions sur la « souveraineté » et la coopération internationale

178. Il existe une petite, mais importante, catégorie de dispositions constitutionnelles qui sont celles qui réglementent la participation nationale à la coopération internationale et à l'intégration européenne. On trouve d'un côté des dispositions constitutionnelles sur la « souveraineté » ou l'« indivisibilité » de l'État nation qui peuvent être invoquées afin de restreindre ou de limiter les obligations internationales, de l'autre des dispositions constitutionnelles qui autorisent explicitement la délégation de compétence aux institutions européennes ou internationales et décrivent les procédures d'une telle coopération. De nombreux pays ont récemment amendé ces dispositions afin, notamment, d'être membres de l'Union européenne, de l'OTAN ou de ratifier le Traité de Rome.

179. La coopération internationale et l'intégration européenne représentent un moyen de promouvoir la démocratie, l'État de droit et les droits de l'homme. Dans ce contexte, la Commission note que des concepts comme la « souveraineté » nationale sont dynamiques et

complexes, porteurs de significations différentes dans les différentes juridictions, et évoluant au fil du temps aux niveaux national et international. Il en va de même pour le concept de délégation de compétences nationales aux organisations internationales. La Commission considère qu'il est important pour le droit constitutionnel national de reconnaître que ce sont des concepts dynamiques et donc de les interpréter et de les appliquer en tant que tels<sup>122</sup>. Par ailleurs, dans la mesure où l'interprétation dynamique n'est pas possible, les systèmes constitutionnels nationaux devraient être suffisamment souples pour permettre les amendements nécessaires de faciliter la coopération internationale et européenne.

### **E. Procédures d'amendement parlementaire et référendums populaires**

180. Dans presque tous les États européens, le lieu fondamental d'expression de l'amendement constitutionnel est le *parlement*. Dans certains pays, c'est la *seule* institution qui participe au changement constitutionnel.

181. L'*exécutif* peut participer à la procédure d'amendement constitutionnel d'une manière ou d'une autre. Premièrement, l'exécutif partagera souvent le droit d'initiative avec le parlement. Deuxièmement, il peut avoir compétence pour choisir entre différentes procédures d'amendement (France) ou si un amendement constitutionnel doit être approuvé par le chef de l'État avant d'être promulgué<sup>123</sup>.

182. Dans certains systèmes, la compétence du parlement pour adopter des amendements constitutionnels est soumise à l'exigence des *décisions multiples* qui sont prises avant et après les élections parlementaires générales (voir supra, Section III)<sup>124</sup>. En d'autres termes, deux parlements *différents* doivent tous deux adopter l'amendement ; dans certains États, avec une majorité ordinaire lors des deux scrutins, dans d'autres, avec une majorité qualifiée dans l'un ou l'autre des scrutins ou dans les deux. Ce processus d'élection signifie que l'électorat est invité à examiner les amendements proposés, restant à savoir évidemment dans quelle mesure il s'agit d'un élément important dans la campagne électorale, ce qui peut varier beaucoup.

183. La Commission est d'avis que le parlement national est le lieu d'expression le plus approprié pour l'amendement constitutionnel, conformément à l'idée moderne de démocratie<sup>125</sup>.

184. Comme nous l'avons vu précédemment, la légitimité des amendements constitutionnels peut être renforcée par la participation directe du peuple à la procédure d'amendement par voie référendaire (voir supra, Section III.C). À cet égard, la Commission considère que pour une

---

<sup>122</sup> Voir par exemple CDL(2008)096 sur les questions constitutionnelles soulevées par la ratification du Traité de Rome. Voir aussi l'avis exprimé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le concept de « souveraineté » dans la loi fondamentale allemande dans son arrêt du 28 juin 2009, paragraphes 222 et suivants. La Cour a souligné avec force que le principe de souveraineté est compatible avec l'objectif d'intégrer l'Allemagne dans un ordre juridique européen et international. Parallèlement, la Cour a fixé les limites que l'Allemagne ne doit pas dépasser en matière d'intégration européenne sans violer l'ordre constitutionnel national.

<sup>123</sup> Dans les anciennes monarchies, où la constitution stipule encore que le consentement royal est requis, cette exigence est en grande partie une exigence formelle à laquelle le monarque est plus ou moins constitutionnellement tenu.

<sup>124</sup> Dans la plupart des pays, la date des élections parlementaires ordinaires est fixée à l'avance, ce qui signifie que la décision concernant l'amendement constitutionnel ne peut être prise qu'après cette date. Les délais peuvent donc varier, selon la date à laquelle la proposition est soumise pendant la période parlementaire. Une solution possible est de dissoudre le parlement afin d'accélérer le processus d'amendement constitutionnel. Le fait de dissoudre le parlement pour faire adopter un amendement constitue un autre obstacle (de taille) au changement, d'autant que l'adoption dépend également de celui qui a compétence pour convoquer de nouvelles élections (le parlement lui-même, l'exécutif, ou les deux).

<sup>125</sup> Voir par exemple CDL-INF(1996)002, § 17 cit.; CDL-INF(2000)013, Avis sur les amendements constitutionnels concernant les élections législatives en République de Slovénie; CDL-INF(2001)003, § 25.

réforme constitutionnelle, il est aussi légitime d'inclure que de ne pas inclure un référendum populaire dans le cadre de la procédure<sup>126</sup>.

185. Ceci étant, il faut souligner que l'usage du référendum doit être conforme au système constitutionnel national dans son ensemble. En règle générale, un référendum sur l'amendement constitutionnel ne devrait pas avoir lieu sauf si la constitution le stipule explicitement<sup>127</sup>. Dans certains pays, il s'agit d'une partie intégrante et bien établie de la procédure d'amendement. Mais dans les systèmes constitutionnels qui ne mentionnent pas le référendum, le parlement est le législateur constitutionnel légitime et devrait être respecté en tant que tel. La démocratie représentative est certainement aussi légitime que la démocratie directe sur ces questions et peut être souvent la procédure la plus adaptée au débat et à l'évaluation en profondeur.

186. Une tradition nationale s'appuyant sur le référendum peut contribuer à la légitimité démocratique d'une constitution. De l'avis de la Commission, dans certaines circonstances, elle peut aussi réduire le risque que les acteurs politiques essaient unilatéralement de modifier « les règles du jeu »<sup>128</sup>. Les référendums peuvent aussi contribuer au renforcement de la légitimité démocratique de la protection constitutionnelle des droits de l'homme.

187. Simultanément, le fait d'exiger que *tous* les amendements constitutionnels soient soumis au référendum risque de rendre la Constitution excessivement rigide, et l'expansion de la démocratie directe au niveau national peut créer des risques supplémentaires pour la stabilité politique<sup>129</sup>.

188. La pratique du référendum doit être préparée avec prudence et ne pas être imposée de l'extérieur. Il faut par ailleurs conserver la possibilité de lancer et de développer des processus d'apprentissage, par exemple en sensibilisant l'opinion sur le rôle des référendums dans la garantie de la légitimité constitutionnelle.

189. La Commission souhaite également souligner que le recours à un référendum ne doit pas être utilisé par le pouvoir exécutif en vue de contourner les procédures d'amendement parlementaire<sup>130</sup>. Cette pratique est tentante mais dangereuse. En effet, alors qu'une majorité qualifiée est nécessaire pour adopter un amendement constitutionnel dans les parlements de la plupart des pays, une majorité simple suffit en général dans un scrutin référendaire. Un gouvernement qui ne dispose pas de la majorité qualifiée nécessaire au parlement peut donc être tenté de s'adresser directement à l'électorat. La Commission de Venise a plusieurs fois souligné le danger que représente cette initiative, qui a pour effet de contourner les procédures correctes d'amendement constitutionnel<sup>131</sup>. Elle a insisté sur le

---

<sup>126</sup> Voir CDL-INF(2001)003, § 24.

<sup>127</sup> Voir les Lignes directrices sur le référendum constitutionnel à l'échelle nationale (CDL-INF(2001)010), chapitre II.B.3.

<sup>128</sup> Voir CDL(1996)020, Avis sur le projet de constitution d'Ukraine (Conclusions).

<sup>129</sup> Voir CDL-AD(2009)024 § 136; CDL-AD(2004)044, Avis intérimaire sur la réforme constitutionnelle en République d'Arménie, §§ 69-70.

<sup>130</sup> Avis sur les amendements et les addenda à la Constitution de la République du Bélarus, §§ 42-44; CDL-AD(2008)015, Avis sur le projet de constitution d'Ukraine, §§ 106-107; CDL-AD(2009)007, Mémoire amicus curiae présenté à la Cour constitutionnelle d'Albanie sur la recevabilité d'un référendum pour abroger des amendements constitutionnels, §§ 8, 15-16; CDL-INF(2001)023, Rapport intérimaire sur la situation constitutionnelle de la République fédérale de Yougoslavie, §§ 16-17 (dans le contexte d'une déclaration d'indépendance).

<sup>131</sup> Avis sur les amendements et les addenda à la Constitution de la République du Bélarus, (CDL-INF(1996)008), §§ 42-44; Avis sur le projet de constitution d'Ukraine, (CDL-AD(2008)015) §§ 106-107; Mémoire amicus curiae présenté à la Cour constitutionnelle d'Albanie sur la recevabilité d'un référendum pour abroger des amendements constitutionnels, (CDL-AD(2009)007) §§ 8, 15-16; dans le contexte d'une déclaration



fait qu'il était « cependant utile, dans un régime démocratique respectueux de la séparation des pouvoirs, de laisser toujours à l'organe législatif le pouvoir de contrôler la production normative et de décider de l'étendue des compétences législatives de l'exécutif<sup>132</sup>. »

190. La Commission de Venise rappelle également qu'au cours des quinze dernières années, elle a été confrontée à plusieurs référendums portant sur la réforme constitutionnelle dans des pays d'Europe centrale et orientale – notamment le Bélarus, l'Ukraine, le Kirghizistan, l'Azerbaïdjan et la Moldavie –, organisés dans le but de renforcer les pouvoirs du chef de l'État et d'affaiblir la position du parlement. La Commission a formulé à ce propos des critiques à l'encontre des textes soumis au vote populaire et de la procédure suivie<sup>133</sup>. Elle a critiqué par ailleurs les amendements à la Constitution du Liechtenstein soumis au référendum par la Maison princière en 2002<sup>134</sup>.

191. Ces cas indiquent qu'il y a un grand risque, en particulier dans les nouvelles démocraties, que les référendums sur l'amendement constitutionnel se transforment en plébiscite pour la direction du pays et qu'ils servent à donner une légitimité à des tendances autoritaires. Les procédures permettant l'adoption d'amendements constitutionnels par référendum sans approbation préalable du parlement posent donc souvent beaucoup de problèmes dans la pratique, au moins dans les nouvelles démocraties.

192. À cet égard, il est également important que les articles pertinents concernant le référendum soient suffisamment clairs et précis<sup>135</sup>. En outre, lorsqu'un référendum est organisé, il est capital qu'il le soit dans les règles, d'une manière qui garantisse la clarté et la transparence, et qui présente à l'électorat plusieurs options claires et précises.

193. Presque toutes les constitutions qui prévoient des règles encadrant le référendum populaire exigent une majorité ordinaire des suffrages exprimés<sup>136</sup>. Certains pays imposent également une participation d'un certain pourcentage de l'électorat, ou exigent qu'un certain pourcentage des électeurs ait émis un vote favorable<sup>137</sup>. La première exigence est un critère

---

d'indépendance, voir également le Rapport intérimaire sur la situation constitutionnelle de la République fédérale de Yougoslavie, (CDL-INF(2001)023) §§ 16-17.

<sup>132</sup> Voir CDL-INF(2001)003, §§24-25.

<sup>133</sup> Il s'agit des propositions d'amendement constitutionnel soumis successivement par le président bélarusse Loukachenko au référendum de 1996, (CDL-INF(96)8) et 2004 (CDL-AD(2004)029) ; du référendum constitutionnel organisé en Ukraine le 14 avril 2000 (CDL-INF(2000)011), qui n'a jamais eu lieu ; de la nouvelle version de la Constitution de la République du Kirghizistan approuvée par référendum le 21 octobre 2007 (CDL-AD(2007)045) ; et des amendements à la Constitution d'Azerbaïdjan approuvés par référendum le 18 mars 2009 (CDL-AD(2009)010). Un référendum consultatif convoqué par le président moldave Lucinschi en juin 1999 a aussi donné lieu à un résultat favorable au renforcement des pouvoirs du président, mais ce renforcement n'a jamais été mis en œuvre (voir le rapport intérimaire sur la réforme constitutionnelle en République de Moldavie, CDL(99)88).

<sup>134</sup> Voir CDL-AD(2002)32, Avis relatif aux amendements que la Maison princière du Liechtenstein propose d'apporter à la Constitution du Liechtenstein, dans lequel la Commission de Venise prévenait que la proposition soumise constituerait « un grave retour en arrière ».

<sup>135</sup> Voir par exemple CDL-AD(2007)047, Avis sur la Constitution du Monténégro, § 127; CDL-AD(2003)002, Avis sur le projet de Constitution de la République tchétchène, § 36; CDL-INF(2001)26, Avis sur le projet de loi constitutionnelle de la République d'Azerbaïdjan sur les sauvegardes pour le vote de confiance du Milli Majlis (Parlement) envers le Gouvernement, §§ 5 et 18; CDL-AD(2009)010, Avis sur le projet d'amendements à la Constitution de la République d'Azerbaïdjan, § 7. Les polémiques sur la recevabilité du recours à la procédure de référendum pour remplacer la procédure d'amendement normale ont aussi éclaté dans des démocraties établies, par exemple en France en 1962, lorsque De Gaulle a introduit l'élection directe du Président par un référendum organisé sur la base de l'Article 11 de la Constitution et non par la procédure d'amendement prévue par l'Article 89 de la Constitution.

<sup>136</sup> Parmi les rares exceptions à cette disposition, citons la Constitution du Monténégro, qui exige une majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés pour certaines formes de changement constitutionnel.

<sup>137</sup> En Suisse, par exemple, un référendum pour amender la constitution requiert une majorité simple des suffrages exprimés ainsi qu'une majorité des cantons (Etats). Sur cette base, la Constitution suisse apparaît

contestable puisque les opposants à la réforme peuvent influencer sur le résultat en restant à leur domicile. La seconde peut être, dans la pratique, un obstacle presque insurmontable au changement constitutionnel, sauf si la tradition nationale est caractérisée par une très forte participation électorale. Ce point peut être problématique lorsque le parlement n'a pas d'autre possibilité d'adopter des amendements.

## F. Participation obligatoire de la Cour constitutionnelle

194. Il existe un mécanisme procédural assez rare, que l'on trouve parfois dans certaines des nouvelles démocraties, qui consiste à demander à la Cour constitutionnelle nationale de procéder à un contrôle systématique et obligatoire *avant* qu'une proposition d'amendement constitutionnel puisse être adoptée par le parlement<sup>138</sup>. Ce mécanisme existe notamment en Azerbaïdjan, au Kirghizistan, en Moldavie et en Ukraine<sup>139</sup>. En Ukraine, justement, la Cour constitutionnelle est invitée à vérifier la conformité avec les dispositions constitutionnelles relatives à l'amendement de la Constitution. Dans les autres pays, la tâche de la Cour n'est pas aussi clairement définie.

195. Autant que la Commission de Venise peut en juger, les enseignements tirés d'un tel contrôle juridictionnel obligatoire des propositions d'amendement à la Constitution, effectué *a priori*, sont mitigés. Certains exemples montrent que les cours constitutionnelles ont fait des contributions utiles qui ont amélioré et orienté les débats publics et parlementaires qui ont suivi<sup>140</sup>. D'autres, en revanche, indiquent que la participation de la Cour a entraîné une rigidité excessive du processus d'amendement. C'est le cas notamment lorsqu'une décision de la Cour introduit un changement (même le plus mineur) dans la proposition d'amendement, ce qui renvoie automatiquement la version révisée devant celle-ci. On peut aussi estimer qu'un tel contrôle juridictionnel *a priori* constitue une limitation plutôt stricte du pouvoir du parlement, le risque étant que certaines propositions soient rejetées sans avoir eu la possibilité d'être débattues démocratiquement.

196. La Commission de Venise a eu également la possibilité d'observer que le contrôle juridictionnel *a priori* des propositions d'amendement constitutionnel peut avoir des conséquences imprévues. C'est ce qui s'est produit en Moldavie en 2000 lors du débat sur la réforme constitutionnelle qui a donné lieu à un vif affrontement entre le parlement et le président. Avec l'aide de la Commission de Venise, il a été possible d'établir une commission parlementaire/présidentielle mixte qui a pu s'entendre sur un texte de compromis<sup>141</sup>. Cependant, en partie parce que la proposition issue du compromis aurait dû être renvoyée à la Cour constitutionnelle pour un nouveau cycle d'examen, la majorité parlementaire décida

---

rigide du point de vue formel. Dans la pratique, elle est en fait assez souple. En effet, depuis 1848, la Constitution a été amendée 172 fois, soit plus d'une fois par an en moyenne. Au total, sur 379 référendums organisés sur des amendements constitutionnels, 207 ont été rejetés. Concernant les rejets, 8 cas (soit 2 pour cent du total) concernent des amendements qui ont été appuyés par la majorité de la population, mais pas par la majorité des cantons. En pratique, la majorité des cantons est donc un critère moins important que ce qui souvent supposé.

<sup>138</sup> Un tel examen *a priori* des propositions d'amendement par la Cour constitutionnelle ne doit pas être confondu avec un examen *a posteriori*, beaucoup plus répandu, qui a pour but de vérifier que les procédures correctes d'amendement à la constitution ont été respectées. Dans certains systèmes constitutionnels, la Cour constitutionnelle peut aussi conduire un examen *a posteriori* au fond pour vérifier que l'amendement adopté ne viole pas des dispositions ou des principes « inaltérables », voir ci-dessous la section VIII B.

<sup>139</sup> Voir l'article 153 de la Constitution d'Azerbaïdjan, l'article 98 de la Constitution de la République du Kirghizistan, l'article 141.2 de la Constitution de Moldavie et l'Article 159 de la Constitution d'Ukraine.

<sup>140</sup> Pour l'Ukraine, voir les références aux décisions relatives à la cour constitutionnelle dans l'Avis relatif à la procédure d'amendement de la Constitution de l'Ukraine, CDL-AD(2004)030.

<sup>141</sup> Voir document CDL-INF(2001)3: Rapport sur la coopération entre la Commission de Venise et la République de Moldova sur la réforme constitutionnelle.

d'adopter un texte qui avait été précédemment validé par la Cour. Le compromis obtenu au sein de la commission mixte fut donc rejeté, et un amendement fut adopté contre la volonté du président, ce qui s'est avéré ultérieurement une source d'instabilité politique considérable.

### **G. Des règles d'amendement particulières pour les États en transition démocratique ?**

197. Holmes et Sunstein ont défendu l'idée que la transition vers la démocratie qui avait lieu en Europe centrale et orientale exigeait une forme plus souple de constitutionnalisme que celle en vigueur dans les démocraties constitutionnelles établies (voir supra, § 70)<sup>142</sup>.

198. L'argument développé est que les changements en Europe centrale et orientale se sont produits rapidement sans donner aux nouvelles démocraties le temps d'élaborer leurs propres traditions constitutionnelles fondées sur leurs besoins et leurs caractéristiques propres. En outre, les transformations en cours nécessiteront un ajustement constitutionnel pour de nombreuses années à venir, lequel devrait être conduit d'une manière politique, au moyen de procédures d'amendement démocratiques, et non en recourant à l'interprétation juridictionnelle ou à d'autres moyens plus informels. Holmes et Sunstein ont défendu cette argumentation avec « une certaine ambivalence », déclarant que « dans de meilleures conditions, une délimitation plus nette entre le droit constitutionnel et le droit ordinaire serait préférable ».

199. En fait, pendant les années 90, les nouvelles démocraties ont adopté différents modèles d'amendement constitutionnel, allant des plus stricts aux plus – relativement – souples, la majorité se situant au milieu. Quant au nombre d'amendements, il était en moyenne inférieur à la moyenne observée alors en Europe de l'Ouest. Les amendements adoptés l'ont été sous l'impulsion de forces qui étaient pour une grande part politiques et sociales, y compris l'intégration européenne. Elles étaient suffisamment puissantes pour faire adopter des réformes même dans des systèmes présentant des règles d'amendement assez strictes (voir supra, § 75).

200. La Commission note que la prudence s'impose lorsque l'on parle de règles d'amendement différentes dans les anciennes et les nouvelles démocraties. Premièrement, toutes les démocraties ont été « nouvelles » à un moment donné de l'histoire, et pour la plupart d'entre elles, ce moment a souvent été une période de transition brutale. Il n'est pas facile pour un système constitutionnel de modifier ses règles d'amendement lorsque la première période de changement est terminée, et les avis divergent sur le point de savoir quand elle prend fin. Une nouvelle démocratie doit donc viser une formule d'amendement qui peut durer un certain temps. Deuxièmement, les nouvelles démocraties ont besoin non seulement de souplesse mais aussi de stabilité et de rigidité constitutionnelles dans une proportion plus forte que les systèmes démocratiques plus établis. Troisièmement, même des systèmes constitutionnels anciens et évolués peuvent avoir besoin d'une réforme constitutionnelle pour améliorer l'efficacité de leur gouvernance démocratique.

201. La Commission considère que tous les systèmes constitutionnels doivent, de préférence, s'appuyer sur des règles d'amendement suffisamment souples pour s'ajuster aux changements fondamentaux du monde politique et de la société, et suffisamment rigides pour garantir le principe de légitimité constitutionnelle.

---

<sup>142</sup> Voir *S.Holmes et C.Sunstein, cit.*, note 2, pp. 275-306.

## H. Transparence et légitimité démocratique du processus d'amendement

202. Les procédures d'amendement constitutionnel doivent être rédigées clairement et simplement, et appliquées d'une manière ouverte, transparente et démocratique. Il s'agit là de critères presque tout aussi importants que les conditions et les détails les plus élaborés des règles elles-mêmes.

203. Dans de nombreux pays, la compétence pour proposer formellement des amendements constitutionnels et lancer des procédures est accordée à plusieurs acteurs, par exemple au Parlement (un membre unique d'une minorité qualifiée) et à l'exécutif. Cette particularité peut donner lieu à des situations dans lesquelles plusieurs propositions sont en concurrence et donc compliquer le processus. Dans de telles situations, il est particulièrement important de pouvoir compter sur des procédures équilibrées et structurées qui impliquent tous les acteurs politiques ainsi que la société civile, comme la Commission de Venise l'a fait observer à plusieurs reprises<sup>143</sup>.

204. C'est pourquoi des procédures d'amendement bien conduites et qui laissent du temps au débat institutionnel et public peuvent à la longue contribuer énormément à la légitimité, au sentiment d'appropriation à l'égard de la constitution ainsi qu'au développement et à la consolidation des traditions constitutionnelles démocratiques. En revanche, des règles et des procédures relatives au changement démocratique qui laisseraient le champ libre à l'interprétation et à la contestation, ou qui seraient appliquées trop rapidement ou sans débat démocratique, pourraient affaiblir la stabilité démocratique et, à terme, la légitimité de la constitution elle-même.

205. En ce sens, la Commission a maintes fois souligné qu'une participation en temps utile, en connaissance de cause, ouverte et en bonne et due forme de toutes les forces politiques et de la société civile au processus de réforme peut contribuer, dans une mesure importante, à établir un consensus et à forger le succès de la révision constitutionnelle, même si cela exige inévitablement du temps et des efforts<sup>144</sup>. Pour que cela se réalise les obligations positives de l'État sont tout aussi importantes, notamment celles qui consistent à veiller à ce que le droit à la liberté de réunion pacifique et le droit à la liberté d'expression ainsi qu'une diffusion complète, adéquate et équitable des arguments puissent être exercés sans entrave<sup>145</sup>.

## VIII. Dispositions et principes immuables

### A. Considérations générales sur l'immutabilité

206. Le mécanisme le plus rigide et conservateur pour brider la constitution est de la déclarer, en partie ou en totalité, immuable (on parle parfois d'« intangibilité absolue »).

207. Déclarer qu'une législation importante est « éternelle » et intangible était chose relativement courante dans le passé. De nos jours, aucune constitution ne se déclare complètement immuable. L'adoption de procédures d'amendement plus strictes est plutôt

---

<sup>143</sup> Voir en particulier l'avis relatif à la réforme constitutionnelle en Ukraine, adopté en 2004 (CDL-AD(2004)030) et l'avis relatif à la réforme constitutionnelle en Arménie, adopté en 2004 (CDL-AD(2004)044).

<sup>144</sup> Voir par exemple CDL-AD(2007)045, Avis sur la situation constitutionnelle en République kirghize, § 57; CDL-INF(2001)023, Rapport intérimaire sur la situation constitutionnelle de la République fédérale de Yougoslavie, § 5; CDL-AD(2009)010, Avis sur le projet d'amendements à la Constitution de la République d'Azerbaïdjan, § 6; CDL-AD(2004)029, Avis sur le Référendum du 17 octobre 2004 en Bélarus, § 14; CDL-AD(2007)004, Avis sur la Constitution de la République de Serbie, § 103-104; CDL-AD(2005)016, Deuxième avis intérimaire sur la réforme constitutionnelle en République d'Arménie, § 31; CDL-INF(2001)015, Avis sur les modifications du 9 novembre 2000 et du 28 mars 2001 à la Constitution croate, point 4 et conclusions.

<sup>145</sup> Voir l'Avis final sur la réforme constitutionnelle en République d'Arménie, (CDL-AD(2005)025), § 42.

considérée comme une partie intégrante et importante du constitutionnalisme (voir supra, Section V).

208. Il existe cependant des constitutions qui déclarent que certaines *parties* – c'est-à-dire certaines dispositions ou principes – sont immuables ou inaltérables. Il s'agit d'un élément ancien de constitutionalisme dans certains systèmes<sup>146</sup>. Mais il n'est absolument pas dominant. Un grand nombre de constitutions européennes n'ont pas de règles sur l'immutabilité, et beaucoup de celles qui en ont leur accordent une très petite place ou font référence à des principes si vagues et si généraux qu'il est impossible d'imposer une limite quelconque. Par ailleurs, l'immutabilité n'est juridictionnelle que dans quelques systèmes constitutionnels qui ont de telles règles (voir la section 8.2). Dans les autres systèmes, ces règles servent plus à formuler des déclarations politiques qu'à imposer des contraintes juridiques sur le législateur constitutionnel.

209. L'analyse des règles relatives à l'immutabilité conduit à établir une distinction entre les dispositions et les principes. Relativement peu nombreuses sont les constitutions qui ont des règles déclarant que certaines *dispositions* ne peuvent pas être altérées, ce qui laisse entendre que toute proposition d'amendement de l'énoncé de l'une de ces dispositions est inacceptable. Plus répandues sont celles qui déclarent que certains *principes* de la constitution ne peuvent pas être modifiés. Cette approche, beaucoup plus souple, permet un certain degré de changement tant que les éléments essentiels des principes protégés sont conservés.

210. Parmi les exemples de constitution qui déclarent que certaines *dispositions* ne peuvent absolument pas être modifiées figure la Constitution turque, qui énonce que « *la disposition de l'article premier de la Constitution spécifiant que la forme de l'État est une République, ainsi que les dispositions de l'article 2 relatives aux caractéristiques de la République et celles de l'article 3 ne peuvent pas être modifiées, ni leur modification ne peut être proposée* » (Article 4)<sup>147</sup>. On trouvera des exemples analogues dans d'autres constitutions<sup>148</sup>.

211. Parmi les *principes* particuliers protégés par l'immutabilité, on citera les suivants : la forme démocratique (ou républicaine) fondamentale du gouvernement, la structure fédérale, la souveraineté, l'indivisibilité du territoire et certains droits et libertés fondamentaux. L'article 89, dernier paragraphe, de la Constitution française, dispose que « *la forme républicaine de*

<sup>146</sup> L'article V de la Constitution de 1787 des Etats-Unis d'Amérique autorise l'amendement (dans le cadre de procédures très strictes) de toutes les parties de la Constitution, sous réserve « *qu'aucun État ne soit, sans son consentement, privé de l'égalité de suffrage au Sénat* ». L'article 112 de la Constitution norvégienne de 1814 autorise la révision de toutes les dispositions, mais précise qu'« *une telle révision ne doit toutefois jamais contrevenir aux principes de la présente Constitution, mais seulement apporter à certaines dispositions des modifications qui ne changent pas l'esprit de ladite Constitution* ». En 1814, les pères fondateurs ont sans doute pensé qu'il s'agissait d'une « intangibilité substantielle », et au 19<sup>e</sup>, il en a certainement été ainsi dans une certaine mesure, bien qu'aucun amendement adopté n'ait jamais été annulé. Au cours du siècle dernier, ce principe n'a pas eu de fonction limitative et le système constitutionnel norvégien a été soumis à de nombreux amendements importants.

<sup>147</sup> Sur l'aspect historique et l'application de ces dispositions, voir par exemple *E. Ozbudun*, *Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey*; in *European Public Law 2009*.

<sup>148</sup> Voir par exemple la Constitution grecque qui stipule que : « *Les dispositions de la Constitution peuvent faire l'objet d'une révision, à l'exception de celles qui déterminent la base et la forme du régime politique en tant que République parlementaire, et de celles des articles 2, paragraphe 1 ; 4, paragraphes 1, 4 et 7 ; 5, paragraphes 1 et 3 ; 13, paragraphes 1 et 26* » (article 110, alinéa 1) ; voir également la Constitution roumaine, qui énonce dans l'article 148, alinéa 1 que : « *Les dispositions de la présente Constitution portant sur le caractère national, indépendant, unitaire et indivisible de l'Etat roumain, la forme républicaine de gouvernement, l'intégrité du territoire, l'indépendance de la justice, le pluralisme politique et la langue officielle ne peuvent faire l'objet d'une révision* », et dans l'article 148, alinéa 2 que : « *De même, aucune révision ne peut être réalisée qui aurait pour résultat la suppression des droits fondamentaux et des libertés fondamentales des citoyens, ou de leurs garanties.* » Selon l'article 158 de la Constitution de l'Azerbaïdjan : « *Il ne peut pas être proposé d'ajouts à la Constitution de la République d'Azerbaïdjan en ce qui concerne les dispositions visées dans le chapitre I de la présente Constitution* ».

*Gouvernement ne peut faire l'objet d'aucune révision* ». Cela ne signifie pas que les dispositions relatives à la forme de gouvernement sont immuables, mais simplement que les réformes ne doivent pas être radicales au point de modifier la forme républicaine fondamentale du gouvernement. On trouve des dispositions analogues dans plusieurs constitutions, notamment dans l'article 139 de la Constitution italienne, qui stipule que « *la forme républicaine ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle* », et dans l'article 9 (2) de la Constitution tchèque selon lequel « *la révision des caractères essentiels de l'État de droit démocratique est inadmissible* ».

212. L'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne stipule que « *toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite* ». Cette disposition a été introduite pour réagir à la montée du régime totalitaire nazi, qui a été établi d'une manière constitutionnelle d'un point de vue formel tout en vidant l'ancienne constitution allemande de toute substance. Sa logique était de devancer toute tentative de coup de force constitutionnel, de le priver de légitimité constitutionnelle, voire de l'empêcher totalement. L'article 1 de la loi fondamentale allemande énonce que « *la dignité de l'être humain est intangible* ». L'article 20 introduit le principe d'un « *État fédéral démocratique et social* » et le principe de l'État de droit. La loi fondamentale n'empêche pas de modifier la forme de la fédération, par exemple la réduction du nombre de Länder, ou de changer la répartition des pouvoirs entre les Länder et le gouvernement fédéral. Les amendements constitutionnels ne sont limités que dans la mesure où ils affectent les « *principes* » énoncés dans les articles 1, alinéa 1, et 20, ce qui laisse une marge d'appréciation au législateur constitutionnel (sachant que tout amendement peut être examiné par la Cour constitutionnelle fédérale).

213. L'article 288 de la Constitution portugaise contient une liste de 14 principes que les lois de révision constitutionnelle « *doivent respecter* », allant de a) l'indépendance nationale et l'unité de l'État à o) l'autonomie politique et administrative des archipels des Açores et de Madère en passant par c) les droits, les libertés et les garanties dont jouissent les citoyens. La liste est longue et détaillée mais on peut se demander dans quelle mesure elle constitue une limite juridique, d'autant qu'elle n'a jamais été invoquée pour rejeter une proposition de révision constitutionnelle<sup>149</sup>.

214. L'article 157, alinéa 1, de la Constitution ukrainienne stipule que « *la Constitution ukrainienne ne doit pas être modifiée si les amendements prévoient l'abolition ou la restriction des droits et libertés fondamentaux et des citoyens, ou s'ils visent à liquider l'indépendance ou à violer l'indivisibilité territoriale de l'Ukraine.* » On trouve des dispositions analogues dans plusieurs des nouvelles constitutions d'Europe centrale et orientale.

215 Les *principes* particuliers protégés par l'immutabilité sont notamment les suivants : la forme démocratique (ou républicaine) fondamentale de gouvernement, la structure fédérale, la souveraineté, l'indivisibilité du territoire et certains droits et libertés fondamentaux.

216. Certaines constitutions n'ont pas de dispositions absolument immuables, mais prévoient des procédures renforcées pour réviser des dispositions protégées, des procédures qui sont si strictes qu'il est presque impossible de les modifier dans la pratique<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> Depuis l'approbation de la nouvelle Constitution portugaise en 1976, celle-ci a fait l'objet de sept révisions (1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 et 2005). Aucune n'a été contestée au nom des principes d'immutabilité énoncés à l'article 288.

<sup>150</sup> Par exemple, l'article 157 de la Constitution du Monténégro stipule que l'amendement de neuf dispositions spécifiées exige un référendum populaire dans lequel les trois cinquièmes du total de l'électorat doivent voter en faveur de la réforme. La mise en pratique de cette règle dépendra de la culture politique et du contexte sur le plan national ainsi que du fond de la proposition de réforme. Il s'agit là d'un obstacle énorme qui peut presque s'apparenter à une immutabilité. Par comparaison, l'article 88 de la Constitution danoise exige l'accord d'au moins 40

217. La Commission n'a pas d'avis général sur la question de savoir si un système national donné doit inclure ou non des dispositions relatives à l'immutabilité. D'un côté, il ne s'agit pas d'un élément de constitutionnalisme nécessaire, d'autant qu'un certain nombre de systèmes constitutionnels fonctionnent très bien sans lui. De l'autre, la présence de telles dispositions dans les systèmes constitutionnels peut souvent s'expliquer par des raisons historiques légitimes, et elles constituent à ce titre une partie intégrante du système constitutionnel national.

218. Le Commission considère cependant que l'immutabilité est un instrument constitutionnel complexe et potentiellement contestable, qui devrait être appliqué avec prudence et n'être réservé que pour les principes de base de l'ordre démocratique. Une démocratie constitutionnelle doit en principe permettre un débat ouvert sur la réforme, même si celle-ci vise ses principes et ses structures de gouvernement les plus essentiels. Par ailleurs, tant que la constitution contient des règles d'amendement strictes – qui fournissent en général une garantie contre tout abus possible – et si la majorité exigée conformément aux procédures prescrites souhaite adopter la réforme, il s'agit dès lors d'une décision démocratique qui ne devrait pas, en général, être limitée.

219. Toutes les données historiques indiquent que pour les constitutions qui fonctionnent pendant un certain laps de temps, quel qu'il soit, l'intangibilité absolue ne sera jamais absolue dans la pratique. Si les circonstances changent suffisamment, ou si la pression politique est trop forte, même des règles « immuables » seront changées d'une manière ou d'une autre. Dans ce contexte, l'immutabilité constitutionnelle peut même avoir l'effet négatif de prolonger indûment les conflits et donc de faire monter la pression et d'augmenter le coût pour la société d'une réforme qui sera par la suite nécessaire.

220. Sur cette base, la Commission de Venise se prononce en général pour une approche prudente et restrictive de l'interprétation et de l'application des dispositions « immuables ».

221. À la lumière de ce qui précède, les principes et les concepts protégés par des dispositions relatives à l'immutabilité devraient, dans une certaine mesure, être laissés ouverts à l'interprétation dynamique. Des concepts comme la « souveraineté », la « démocratie », le « républicanisme », le « fédéralisme » ou les « droits fondamentaux » sont tous des concepts qui ont fait l'objet au fil des ans d'une évolution continue, tant au niveau national qu'international, et qui devraient continuer de l'être dans les années à venir. La notion de « démocratie » et de « principes démocratiques » n'est, par exemple, pas comprise au 21<sup>e</sup> siècle comme elle l'était au 19<sup>e</sup> et au 20<sup>e</sup>. Il en va de même pour des concepts comme la « souveraineté » et l'« intégrité territoriale » qui, en droit international et dans la plupart des États européens aujourd'hui, ont un sens différent de celui qu'ils avaient il y a quelques décennies.

222. Qu'une disposition constitutionnelle sur l'immutabilité soit *elle-même* révisable dépendra de la loi constitutionnelle nationale. Quelques articles de ce type s'incluent eux-mêmes explicitement dans la liste des dispositions qui ne peuvent pas changer, mais la plupart ne le font pas, et il s'agira dès lors d'une question d'interprétation (et de conflit potentiel). La Commission est d'avis que la question de l'immutabilité devrait être, de préférence, réglée par le législateur constitutionnel.

---

pour cent des électeurs participant à un référendum populaire, et ce pour *tous* les amendements constitutionnels. Apparemment moins stricte, cette exigence a néanmoins contribué au fait qu'aucun amendement constitutionnel n'a été adopté depuis 1953. En 2009, la procédure de l'article 88 a été utilisée pour la première fois, mais uniquement pour changer le statut de la maison royale, ce qui n'était pas un amendement à la Constitution elle-même. Voir également l'article 158 de la Constitution bulgare et l'article 44, alinéa 3, de la Constitution autrichienne.

223. S'il n'existe pas de dispositions particulières sur l'immutabilité, on en déduira que toutes les parties de la constitution peuvent faire l'objet d'un amendement éventuel<sup>151</sup>. Dans certains systèmes constitutionnels nationaux, certains principes de base ont été considérés comme protégés au sens où il serait « anticonstitutionnel » de les modifier. Cette question dépend de l'interprétation de la loi constitutionnelle nationale et il n'existe pas de solution générale en la matière, même si on peut affirmer qu'il y a des principes juridiques qui sont si fondamentaux que même le législateur constitutionnel ne devrait pas être autorisé à les modifier. Ce point pourrait être particulièrement important en temps de crise ou d'agitation, ou dans des pays où la légitimité démocratique du législateur constitutionnel pourrait être contestée, même si la question de savoir quels principes de base sont si importants qu'il faille fixer des limites implicites à leur révision constitutionnelle est une question qui mérite d'être débattue et qui est, dans une certaine mesure, subjective. En revanche, on peut estimer que des propositions d'amendement constitutionnel inacceptables doivent faire l'objet d'un débat ouvert et être critiquées au fond (et sur la base du droit international contraignant et des normes européennes) et non en invoquant formellement des principes d'immutabilité implicite imprécis et non écrits.

224. Beaucoup de constitutions contiennent des dispositions qui limitent l'amendement constitutionnel en temps de guerre, d'urgence ou de situations analogues (voir supra, Section III, § 52-53). Bien que cela représente une restriction de l'amendement constitutionnel, celle-ci est *temporelle* par nature et sa logique est très différente de celle de l'immutabilité. À cet égard, la Commission tient à souligner que c'est le législateur constitutionnel lui-même qui devrait, de préférence, décider quand une telle situation extraordinaire existe. Mais cette circonstance peut devenir problématique si ces règles finissent par donner au pouvoir exécutif la possibilité de bloquer une proposition de réforme légitime en déclarant une situation d'urgence. Le concept de « guerre » doit donc être compris d'une façon restrictive et ne pas comprendre par exemple, la participation nationale à des conflits militaires internationaux.

## **B. Examen juridictionnel de l'immutabilité**

225. Pour une constitution, une chose est de contenir des dispositions ou des principes immuables, une autre est de savoir si une telle immutabilité est juridiquement exécutoire, au sens où elle peut faire l'objet d'un examen juridictionnel au fond par les tribunaux ou une cour constitutionnelle spéciale.

226. Il n'y a pas de lien automatique ici, ni de corrélation logique nécessaire. Même sans examen juridictionnel de l'immutabilité, ces règles peuvent toujours avoir une fonction pratique et politique en tant que déclarations, qui peuvent avoir un effet limitatif. En d'autres termes, les dispositions sur l'immutabilité ne relèvent pas souvent du « droit contraignant ». Qu'elles soient ou non respectées dépend de la pratique, comme bien d'autres questions politiques pour lesquelles aucun recours à des procédures formelles n'est possible pour régler les litiges.

227. Dans la tradition constitutionnelle européenne, de nombreuses constitutions n'ont pas de dispositions ou de principes immuables. Il s'agit là du modèle fondamental. Pour celles qui en ont, ces principes ne sont souvent pas justiciables. Il existe néanmoins des pays dans lesquels ils le sont<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Le Constitution irlandaise est précise sur ce point et déclare explicitement dans son article 45 que « n'importe quelle disposition de la Constitution peut être amendée, que ce soit par modification, addition ou abrogation, de la manière prévue par cet article.... ».

<sup>152</sup> Pour une étude comparative, voir Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, Ekin Press 2008. Les pays qui ont des dispositions immuables pouvant faire l'objet d'un examen juridictionnel sont notamment l'Autriche, la Bulgarie, l'Allemagne et le Portugal.



228. Même dans les constitutions contenant des dispositions ou des principes immuables, il n'est pas souvent explicitement indiqué s'ils font l'objet d'un examen juridictionnel ou non, et si oui, en quels termes. Il reviendra alors au système constitutionnel national d'interpréter et de faire le tri. Certains pays n'ont pas encore été confrontés à cette question et la situation juridique n'est pas claire. Dans d'autres, l'examen juridictionnel a été rejeté au motif que les tribunaux ne peuvent pas se placer au-dessus du législateur constitutionnel. Dans d'autres encore, l'examen juridictionnel des amendements constitutionnels est possible en théorie mais n'a jamais été appliqué dans la pratique<sup>153</sup>. Et même dans les pays qui conduisent de temps en temps un examen juridictionnel des amendements constitutionnels, ceux-ci sont rarement, voire jamais, rejetés pour avoir violé des principes ou des dispositions immuables.

229. Le système français est un système qui a rejeté fermement l'examen juridictionnel, qui n'est pas considéré comme relevant de la compétence du Conseil constitutionnel (ou de tout autre tribunal). En 1962, Le Conseil Constitutionnel a déclaré lui-même que les dispositions constitutionnelles lui donnant compétence pour examiner des actes législatifs ne comprenaient pas les amendements constitutionnels, et qu'il n'avait donc pas compétence en la matière<sup>154</sup>. Le même point a été soulevé dans plusieurs arrêts rendus ultérieurement<sup>155</sup>. Mais le Conseil a aussi expliqué que le législateur constitutionnel étant souverain, les amendements constitutionnels ne pouvaient donc pas être examinés par d'autres organes (eux-mêmes créés par la Constitution)<sup>156</sup>.

230. Parmi les États européens qui appliquent un examen juridictionnel au fond de l'amendement constitutionnel, le meilleur modèle connu est celui de l'Allemagne. En vertu de l'article 79, alinéa 3, de la constitution allemande, les amendements sont irrecevables s'ils concernent la division fédérale, les pouvoirs législatifs des États « ou les principes énoncés dans les articles 1 à 20 ». C'est la Cour constitutionnelle fédérale (la Bundesverfassungsgericht) qui a compétence pour examiner les amendements, comme en témoigne son intervention dans un certain nombre d'affaires<sup>157</sup>. L'examen a souvent été rigoureux. La Cour constitutionnelle fédérale n'a jamais rejeté d'amendements constitutionnels

---

<sup>153</sup> La Constitution américaine donne la possibilité de vérifier que des nouveaux amendements constitutionnels ont été adoptés selon des procédures correctes (examen formel). Mais on ne trouve aucun exemple d'action juridique au fond contre l'un des 27 amendements adoptés depuis 1787. La base d'une telle action serait de toute façon limitée car les dispositions immuables de l'article V sont très limitées. En Norvège, l'exigence formelle de l'Article 112 selon laquelle les nouveaux amendements constitutionnels ne doivent pas jamais « contrevenir aux principes de la présente Constitution » peut être en principe examiné juridictionnellement devant les tribunaux ordinaires (il n'y a pas de « cour constitutionnelle »), mais en près de deux cents ans de pratique, les tribunaux n'ont jamais rejeté un amendement constitutionnel, bien que la constitution de 1814 constitution ait été modifiée plus de deux cents fois, et parfois d'une manière importante. Dans la pratique, il est extrêmement difficile d'imaginer que la Cour suprême de Norvège puisse déclarer invalide un amendement constitutionnel ayant été adopté par une majorité parlementaire des deux tiers parce qu'il contrevient aux « principes » fondamentaux de la Constitution.

<sup>154</sup> Voir la décision n° 1962-20DC du Conseil constitutionnel français adoptée le 6 novembre 1962, dans laquelle il est énoncé, notamment, que : « Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution [...] le Conseil ne saurait donc être appelé à se prononcer sur d'autres cas que ceux qui sont limitativement prévus par ces textes. »

<sup>155</sup> Voir notamment la décision n° 2003-469DC du Conseil constitutionnel français adopté le 26 mars 2003.

<sup>156</sup> Voir la décision n° 92 – 312 du Conseil constitutionnel français adoptée le 2 septembre 1992, § 34: « Considérant que, dans les limites précédemment indiquées, le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée. »

<sup>157</sup> BVerfGE (Répertoire officiel) 1, 14 – Southwestern State (1951); 3, 225 – Equality of rights (1953); 4, 157 – Saar Statute (1955); 30, 1 – Eavesdropping (1970); 34, 9 – Standardization of remuneration (1972); 84, 90 – Expropriations before 1949 (1991); 87, 181 – Financing of broadcasting (1992); 89, 155 – Maastricht (1993); 94, 12 – Exclusion of restitution (1996); 94, 49 – Safe Third Countries (1996); 95, 48 – Restitution and avoidance of transactions (1996); 102, 370 – Jehovah's Witnesses (2000); 109, 279 – Acoustic Surveillance (2004); 113, 273 – European Arrest Warrant Act (2005); Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009, 2267 - Lisbon Treaty (2009).

pour violation de l'article 79, alinéa 3, même si en deux occasions, des avis minoritaires dissidents de grande ampleur se sont exprimés pour le demander<sup>158</sup>. De tels exemples peuvent cependant être trouvés dans d'autres pays comme l'Autriche et la Bulgarie, où les Cours constitutionnelles ont invalidé les amendements constitutionnels<sup>159</sup>.

231. Lorsque l'on évalue des amendements constitutionnels, il apparaît que même dans les systèmes où l'examen juridictionnel est établi, les tribunaux laissent généralement une certaine marge d'appréciation au législateur constitutionnel. Dans le système allemand, la majorité de la Cour constitutionnelle fédérale a souligné dans l'affaire des écoutes électroniques (1970) que même si l'article 79, alinéa 3, stipule que les principes énoncés dans les articles 1 et 20 ne peuvent pas faire l'objet d'une révision constitutionnelle, cela ne signifie pas pour autant que la manière même de les appliquer ne puisse pas être *modifiée* par le législateur conformément à la constitution<sup>160</sup>.

232. Dans son récent jugement sur la compatibilité du Traité de Lisbonne avec la Loi fondamentale allemande, la Cour constitutionnelle a examiné les amendements constitutionnels adoptés à cet égard (dans les articles 23, 45 et 93) est estimé qu'ils étaient conformes à l'article 79, alinéa 3. La Cour a cependant saisi l'occasion de s'exprimer en détail sur la nature et la teneur de la « clause d'éternité » de l'article 79, alinéa 3, et les limites qu'elle fixe à l'intégration de l'Allemagne dans l'Union européenne, même si cela est fait par la voie d'un amendement constitutionnel<sup>161</sup>.

233. La Turquie applique également l'examen juridictionnel de l'amendement constitutionnel. Dans l'article 4 de la Constitution turque, il est stipulé que les articles 1, 2 et 3 ne peuvent pas être modifiés et qu'il s'agit de dispositions générales couvrant un certain nombre de principes, y compris la nature unitaire et laïque de l'État. Ces concepts ont aussi été interprétés assez largement, de sorte que la portée de l'« immuabilité » au sens du droit constitutionnel turc est très large par rapport aux traditions européennes. Ils font par ailleurs l'objet d'un examen juridictionnel par la Cour constitutionnelle. Cependant, l'article 148, alinéa 1, précise sur ce point que « *l'examen et le contrôle des amendements constitutionnels ne portent que sur la forme* ». En outre, l'article 148 limite la compétence de la Cour à trois points de procédure spécifiques, c'est-à-dire vérifier que la proposition est signée et adoptée par un nombre suffisant de parlementaires, et qu'elle est débattue deux fois. Dans un arrêt rendu en 2008, la Cour a cependant procédé à un examen au fond d'un amendement constitutionnel adopté qui aurait permis le port du voile dans les universités, et l'a déclaré en violation de la disposition

---

<sup>158</sup> Cf. BVerfGE 30, 1 (33 *et seq.*) – Eavesdropping and BVerfGE 109, 279 (382 *et seq.*) – Acoustic Surveillance.

<sup>159</sup> Pour l'exemple autrichien, voir la décision G 12/00 *et al* de la Cour constitutionnelle adoptée le 11 octobre 2001 (Bulletin 2001/1, AUT-2001-1-003). Pour l'exemple bulgare, voir la décision 03/04 du 5 juillet 2004 de la Cour constitutionnelle (Bulletin 2004/2, BUL-2004-2-001) et la décision 06/06 du 13 septembre 2006 (Bulletin 2006/3, BUL-2006-3-002). On peut également mentionner ici un exemple d'Afrique du Sud.

<sup>160</sup> Voir 30 BVerfGE 1 (1970), dans laquelle la Cour constitutionnelle a déclaré notamment que : « la finalité de l'article 79, alinéa 3, en tant que contrôle de la capacité du législateur de modifier la Constitution, est d'empêcher l'abolition de la substance ou de la base de l'ordre constitutionnel existant par le moyen juridique formel de l'amendement [...] ainsi que violation de la Constitution pour légaliser un régime totalitaire. Cette disposition interdit donc tout abandon fondamental des principes qui y sont mentionnés. Les principes ne sont pas dès lors « affectés » en tant que « principes » s'ils sont pris en compte d'une manière générale et ne sont modifiés que pour des motifs à l'évidence pertinents et pour un cas dont le caractère est particulier ... [...] La restriction appliquée à la capacité du législateur de modifier la Constitution [...] ne doit pas cependant empêcher celui-ci de modifier, par un amendement constitutionnel, même des principes constitutionnels fondamentaux d'une manière immanente au système. »

<sup>161</sup> Voir la décision du 30 juin 2009, §§ 401-404, cf §§ 216-218 et 261-264.

inaltérable de la nature laïque de l'État tel que stipulé dans l'article 2. Cette décision a provoqué une grande polémique juridique et politique<sup>162</sup>.

234. La Commission estime que l'exemple turc illustre les problèmes potentiels qui pourraient se poser si une cour utilisait des dispositions « immuables » pour déclarer nuls des amendements adoptés par le législateur constitutionnel conformément à des procédures démocratiques strictement définies. La Commission souligne également que l'examen juridictionnel ne doit pas être confondu avec l'examen juridictionnel de la législation ordinaire. Il s'agit de deux choses très différentes, en principe et en pratique. Premièrement, il existe un principe, en vigueur dans certains pays, selon lequel le législateur constitutionnel doit être le maître de la constitution et ne peut pas faire l'objet d'un examen par d'autres organes de l'État créés par la même constitution. Deuxièmement, il y a le fait que dans presque tous les pays, les procédures d'amendement constitutionnel sont beaucoup plus strictes que celles qui prévalent pour la législation ordinaire, et impliquent une majorité démocratique qualifiée, des délais et parfois de nouvelles élections ou un référendum populaire (voir supra). Ces exigences constituent normalement une forte garantie contre tout abus de pouvoir. Les décisions constitutionnelles adoptées selon de telles procédures jouiront en général d'un degré très élevé de légitimité démocratique, et un tribunal devrait énormément hésiter avant d'envisager de les annuler.

235. Sur cette base, la Commission estime que l'examen juridictionnel au fond d'un amendement constitutionnel est un instrument problématique qui ne devrait être appliqué que dans les pays où il est défini par une doctrine claire et établie, et que même dans ces conditions, il devrait être exercé avec prudence et laisser une marge d'appréciation au législateur constitutionnel.

236. Par ailleurs, la Commission de Venise considère que tant que les exigences particulières encadrant l'amendement dans les constitutions européennes sont respectées et appliquées, ces exigences devraient constituer une garantie suffisante contre toute forme d'abus. Dans la plupart des pays, l'amendement exige une majorité qualifiée des représentants élus au parlement ainsi que d'autres conditions. Les décisions constitutionnelles adoptées selon de telles procédures jouiront en général d'un degré très élevé de légitimité démocratique, et un tribunal devrait énormément hésiter avant d'envisager de les annuler.

237. Tout ce qui a été écrit précédemment s'applique à l'examen juridictionnel *au fond* des amendements constitutionnels, sur la base de l'« immuabilité ». Il en va tout autrement du contrôle purement *formel* qui consiste à vérifier et à s'assurer que les amendements ont été adoptés conformément aux procédures constitutionnelles prescrites. La Commission de Venise réaffirme ici qu'elle appuie vigoureusement tous les systèmes qui permettent une supervision efficace et démocratique de la manière dont les procédures d'amendement ont été respectées et suivies. Et s'il y a tout lieu de croire que les amendements ont été adoptés en violation des exigences constitutionnelles, alors la question devra être portée devant un tribunal.

## **IX. Conclusions relatives à l'amendement constitutionnel**

238. La Commission de Venise est d'avis que le fait de disposer de procédures plus strictes pour l'amendement constitutionnel que pour la législation ordinaire est un principe important du constitutionnalisme démocratique qui renforce la stabilité politique, la légitimité, l'efficacité et la qualité de la prise de décision ainsi que la protection des droits et des intérêts minoritaires.

---

<sup>162</sup> Voir la décision du 5 juin 2008 de la Cour constitutionnelle de la Turquie annulant la loi 5735. Les juristes turcs ont considéré qu'il s'agissait d'une violation de l'article 148 et que la Cour avait outrepassé sa compétence. Voir *E. Özbudun*, cit., note 138.

239. Il existe de bonnes raisons pour lesquelles les constitutions doivent être assez rigides et suffisamment souples pour être modifiées si nécessaire. Le défi à relever est d'équilibrer ces exigences d'une manière qui permet d'adopter les réformes nécessaires sans affaiblir la stabilité, la prévisibilité et la protection constitutionnelles. L'équilibre final ne peut être trouvé que dans chaque système constitutionnel en fonction de ses caractéristiques spécifiques. Mais la recherche de cet équilibre peut plus ou moins aboutir selon l'interprétation qui est faite des mécanismes et des principes concernés.

240. La Commission considère que le parlement national est le lieu d'expression le plus approprié pour les procédures d'amendement constitutionnel, car il s'agit de l'institution la mieux placée pour examiner ces questions et en débattre.

241. Une bonne procédure d'amendement exigera généralement i) une majorité qualifiée au parlement, qui ne devrait pas être trop stricte, et ii) un certain délai, qui impose une période de débat et de réflexion.

242. Le recours à un référendum populaire pour statuer sur un amendement constitutionnel devrait se limiter aux systèmes politiques dans lesquels il est prévu dans la constitution. Il devrait par ailleurs être appliqué conformément aux procédures établies et ne pas être utilisé pour contourner les procédures parlementaires ou pour affaiblir les principes démocratiques fondamentaux et les droits de l'homme.

243. Lorsque l'on rédige des dispositions relatives à l'amendement constitutionnel, il faut se soucier des effets potentiels de ces règles : cela exige une analyse générale et comparative ainsi qu'une bonne connaissance du contexte politique et constitutionnel national.

244. Les règles et les procédures relatives à l'amendement constitutionnel devraient être aussi claires et simples que possible afin de ne pas donner lieu à des problèmes et des litiges.

245. La réforme constitutionnelle est un processus qui exige un débat public ouvert et libre, et un temps suffisant pour que l'opinion publique puisse examiner les questions et peser sur le résultat.

246. Le changement constitutionnel devrait de préférence être adopté par un amendement formel qui respecte les procédures démocratiques définies dans la constitution et non par un changement informel. Tout changement (non écrit) informel au fond devrait de préférence être confirmé ultérieurement par un amendement formel.

247. Les constitutions qui ont été adoptées à l'origine par des régimes non démocratiques devraient être ouvertes au débat démocratique, à la réévaluation et à une révision relativement souple.

248. Il devrait être possible d'examiner et de modifier non seulement les dispositions constitutionnelles relatives au gouvernement mais aussi les dispositions relatives aux droits fondamentaux et d'autres parties de la constitution.

249. Les amendements constitutionnels qui renforcent la position de l'exécutif devraient faire l'objet d'un examen spécial, et les modifications autorisant une prolongation de mandat du président ne devraient prendre effet que pour les futurs élus.

250. Les dispositions et les principes « immuables » devraient être interprétés et appliqués d'une manière étroite.

251. L'examen juridictionnel, s'il est prévu dans le système constitutionnel national, devrait être conduit avec prudence et mesure, en laissant une marge d'appréciation au législateur constitutionnel national.