



Strasbourg, 12 décembre 2016

CDL-AD(2016)034

Avis n° 870 / 2016

Or. angl.

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

UKRAINE

AVIS
RELATIF AU PROJET DE LOI
SUR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Adopté par la Commission de Venise
à sa 113e session plénière
(Venise, 9-10 décembre 2017)

sur la base des observations de

M. Osman Can (membre, Turquie)
M. Christoph Grabenwarter (membre, Autriche)
M. Wolfgang Hoffmann-Riem (membre, Allemagne)
Mme Hanna Suchocka (Présidente honoraire)

Sommaire

I.	Introduction	3
II.	Analyse	3
A.	Composition de la Cour constitutionnelle.....	4
1.	Sélection par concours – comités de sélection	4
2.	Délai de nomination	6
3.	Majorité pour l'élection des juges par le parlement.....	6
4.	Révocation des juges.....	7
5.	Activités politiques des juges.....	7
B.	Recours constitutionnel	8
1.	Recours constitutionnel intégral c. recours constitutionnel normatif.....	8
2.	Application et extension dans le projet de loi.....	9
C.	Durée de la procédure.....	10
D.	Quorum.....	11
E.	Autres questions	11
III.	Conclusion	13

I. Introduction

1. Lors d'une visite à Kiev du Président de la Commission de Venise, M. Gianni Buquicchio, le 7 octobre 2016, le Président de l'Ukraine, M. Petro Porochenko, a demandé un avis sur le projet de loi sur la Cour constitutionnelle (CDL-REF(2016)066, ci-après « le projet de loi »). Celui-ci est élaboré sur la base des amendements de la Constitution concernant le pouvoir judiciaire qui ont été adoptées en juin 2016.
2. La Commission a invité M. Osman Can, M. Christoph Grabenwarter, M. Wolfgang Hoffmann-Riem et Mme Hanna Suchocka à assurer la fonction de rapporteurs sur cette question.
3. Le 16 novembre 2016, une délégation de la Commission composée de M. Can, M. Hoffmann-Riem et Mme Suchocka, accompagnée de M. Dürr, du Secrétariat, s'est rendue à Kiev, où elle s'est entretenue avec (par ordre chronologique) des ONG, le groupe de travail sur le projet de loi sur la Cour constitutionnelle, instauré par le Conseil des réformes judiciaires, les juges de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine et Mme Valentyna Symonenko, Présidente du Conseil des juges.
4. Le 5 décembre 2016, les autorités ukrainiennes ont fourni une traduction révisée du projet de loi qui contenait également des modifications introduites dans le projet avant sa soumission au Parlement le 17 novembre 2016 (CDL-REF(2016)066add).
5. Le présent avis a été préparé à partir des contributions des rapporteurs, qui se sont appuyés sur une traduction non officielle du projet de loi. Il se peut que cet avis comporte des inexactitudes dues à des erreurs de traduction.
6. Après un échange de vues avec M. Oleksiy Filatov, Chef adjoint de l'Administration présidentielle de l'Ukraine, le présent avis a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 113^e session plénière (Venise, 8-9 décembre 2017).

II. Analyse

7. Le projet de loi sur la Cour constitutionnelle a été préparé à la suite de l'adoption, en juin 2016, de modifications de la Constitution ukrainienne. La Commission de Venise a émis plusieurs avis contenant des recommandations ayant trait à la Cour constitutionnelle, dont certaines demeurent d'actualité¹.
8. Le projet de loi s'inscrit dans le cadre de la Constitution révisée, ce qui impose au législateur certaines contraintes.

¹ CDL-AD(2015)043 Note du Secrétariat sur la compatibilité entre le projet de loi de révision de la Constitution de l'Ukraine concernant la justice, tel que soumis par le président au parlement le 25 novembre 2015 (CDL-REF(2015)047), et l'avis de la Commission de Venise sur les projets d'amendements de la Constitution de l'Ukraine concernant le pouvoir judiciaire, tels qu'approuvés par la Commission constitutionnelle, le 4 septembre 2015 (CDL-AD(2015)027) ; CDL-AD(2015)027 Avis sur les projets d'amendements de la Constitution de l'Ukraine concernant le pouvoir judiciaire approuvés par la Commission constitutionnelle le 4 septembre 2015 ; CDL-PI(2015)016 Avis préliminaire sur la proposition de révision constitutionnelle concernant le pouvoir judiciaire de l'Ukraine ; CDL-AD(2013)034 Avis sur les propositions de modification du projet de loi de révision de la Constitution renforçant l'indépendance des juges de l'Ukraine ; CDL-AD(2013)014 Avis sur le projet de loi de révision de la Constitution renforçant l'indépendance des juges et sur les modifications de la Constitution proposées par l'Assemblée Constitutionnelle d'Ukraine ; CDL-AD(2006)016, Avis sur les améliorations constitutionnelles et législatives possibles pour assurer un fonctionnement ininterrompu de la Cour constitutionnelle d'Ukraine.

A. Composition de la Cour constitutionnelle

9. En vertu de l'article 148 de la Constitution ukrainienne, la Cour constitutionnelle se compose de 18 juges (paragraphe 1). Le Président de l'Ukraine, la Verkhovna Rada (parlement) et le Congrès des juges nomment chacun six juges à la Cour constitutionnelle (paragraphe 2). Le principe de la sélection des juges dans le cadre d'un concours² a été introduit lors de la révision constitutionnelle de juin 2016, mais la Constitution renvoie à la loi la définition des modalités de cette sélection (paragraphe 3). Le paragraphe 4 fixe les critères à respecter pour être juge (avoir la nationalité ukrainienne, maîtriser la langue du pays, être âgé d'au moins 40 ans, avoir suivi des études supérieures de droit et avoir une expérience professionnelle dans ce domaine de 15 ans au moins, et être un juriste de haute moralité et dont la compétence est reconnue). Les juges ne peuvent être membre d'un parti politique ou d'un syndicat, prendre part à une quelconque activité politique, détenir un mandat représentatif, occuper d'autres fonctions faisant l'objet d'une rétribution ni exercer une activité rémunérée, à l'exception des activités universitaires, scolaires ou artistiques (paragraphe 5). Les juges sont nommés pour un mandat unique de neuf ans (paragraphe 6). Celui-ci prend effet lors de la prestation de serment du juge, effectuée en séance plénière de la Cour (paragraphe 7). La Cour élit son président pour un mandat de trois ans, lors d'un scrutin à bulletin secret (paragraphe 8).

10. S'agissant de l'absence de dispositions constitutionnelles détaillées, la Commission de Venise a indiqué que « [s]elon les normes de la Commission de Venise, il n'est pas nécessaire de décrire en détail la procédure de nomination des magistrats dans la Constitution même³ ». Elle a toutefois également estimé, à propos de la Constitution de la Finlande, que « [l]a nomination des juges étant capitale pour garantir leur indépendance et leur impartialité, il est recommandé de réglementer la procédure de nomination de façon plus détaillée dans la Constitution⁴ ».

11. Le critère de compétence juridique reconnue peut s'avérer difficile à vérifier dans la pratique, mais il est acceptable. Cette formulation a pour objet de bien préciser que les juges de la Cour constitutionnelle doivent avoir des connaissances juridiques spécifiques « supérieures ». De telles dispositions existent également dans d'autres pays⁵.

1. Sélection par concours – comités de sélection

12. Il convient de saluer le choix d'une procédure de sélection des juges par concours, qui correspond aux bonnes pratiques européennes et internationales en matière de système judiciaire⁶. La disposition la plus notable à cet égard est l'article 12 du projet de loi, qui prévoit que la sélection des juges sur concours sera effectuée par trois comités mis en place respectivement par le président, le parlement et le Congrès des juges d'Ukraine, « selon les modalités définies dans la présente loi ». L'idée de créer un comité de sélection unique a été débattue, mais finalement repoussée par les rédacteurs du projet de loi. La délégation de la Commission de Venise a été informée que le choix de créer trois comités distincts avait été retenu afin que le Congrès des juges dispose du sien propre – une structure composée de juges indépendants des deux autres pouvoirs (politiques).

² La Commission de Venise a accueilli favorablement cette disposition dans son Avis sur les projets d'amendements de la Constitution de l'Ukraine concernant le pouvoir judiciaire approuvé par la Commission constitutionnelle le 4 septembre 2015 (CDL-AD(2015)027), paragraphe 24.

³ CDL-AD(2013)010, Avis sur le projet de nouvelle constitution islandaise, paragraphe 135.

⁴ CDL-AD(2008)010, Avis sur la Constitution de la Finlande, paragraphe 112.

⁵ Par exemple l'Albanie : « des juristes hautement qualifiés » (article 125 de la Constitution) ; la Croatie : « des juristes de premier plan, notamment des juges, des procureurs publics, des avocats et des professeurs de droit à l'université » (article 122) ; la Pologne : « des personnes se distinguant par leur connaissance du droit » (article 194 de la Constitution) ; la Roumanie : « un diplôme supérieur de droit, une haute compétence professionnelle et au moins 18 ans d'expérience dans l'exercice ou l'enseignement du droit » (article 143 de la Constitution) ; la Slovénie : « expert en droit » (article 163 de la Constitution).

⁶ CDL-AD(2013)014 Avis sur le projet de loi de révision de la Constitution renforçant l'indépendance des juges et sur les modifications de la Constitution proposées par l'Assemblée constitutionnelle d'Ukraine, paragraphe 27.

13. L'article 12 fixe les règles générales s'appliquant aux trois comités : les membres de chaque comité doivent être des juristes « d'un niveau de compétence reconnu, qui ne sont pas candidats à un poste de juge à la Cour constitutionnelle » (paragraphe 3). Le paragraphe 4 donne également une liste détaillée des documents qui doivent être soumis avec une candidature pour devenir juge de la Cour constitutionnelle.

14. Curieusement, le projet de loi ne fixe aucune exigence concernant le nombre total de membres des comités, ni aucun critère pour le choix de l'autre moitié des membres. Le risque existe que des personnes guidées par des considérations autres que la compétence professionnelle d'un juge soient choisies. Rien ne précise non plus si ces comités sont permanents ou créés de manière ad hoc à chaque vacance de poste à la Cour. Pour éviter tout abus, le projet de loi devrait contenir des dispositions claires sur les qualifications de la seconde moitié des membres et sur la façon dont les comités sont mis en place.

15. L'article 12.3 du projet de loi dispose que le comité de sélection du parlement « comprend au moins un représentant d'un groupe parlementaire ». La délégation de la Commission a été informée que cette traduction n'était pas correcte et que le texte ukrainien indiquait que « chaque » groupe parlementaire devait envoyer au moins un représentant. Il y a lieu de s'en féliciter. Cependant, outre que le critère de taille du comité entre en jeu, cela ne garantit pas une composition équilibrée, avec une représentation proportionnelle de toutes les forces politiques présentes au parlement. Pour parvenir à une composition équilibrée, il est recommandé que les groupes parlementaires soient représentés au comité de manière proportionnelle.

16. « Après avoir examiné les documents et informations fournis par les candidats et s'être entretenus avec eux, les comités de sélection établissent une liste de candidats recommandés pour le poste de juge de la Cour constitutionnelle » (article 12.5). La liste doit comprendre un nombre de candidats au moins trois fois supérieur au nombre de postes vacants. Les dispositions relatives à la procédure de nomination par les trois pouvoirs (articles 13 à 15) ne font toutefois pas référence à ces listes. On ne sait donc pas exactement si le président, le parlement et le Congrès des juges sont liés par la liste de candidats recommandés par leur comité de sélection respectif. Le projet de loi dispose simplement que ces organes de l'État nomment le juge de la Cour constitutionnelle « [à] l'issue de la sélection par concours ».

17. Il reste que si l'on ne lie pas le processus de sélection à la nomination, toutes ces dispositions pourraient être vidées de leur sens. La liste doit mentionner au moins trois candidats pour chaque poste vacant, et c'est parmi ces candidats que le comité de sélection peut effectuer des recommandations. Le rôle du comité de sélection est donc double : dans un premier temps il élimine les candidats qui ne remplissent pas les conditions requises, puis il établit un classement parmi les candidats restants. Le président, le parlement et le Congrès des juges conservent bien entendu une réelle liberté de choix, dans le cadre de la liste, et peuvent opter pour un candidat ne figurant pas en tête de liste. Une certaine pression de l'opinion publique peut s'exercer en faveur du choix d'un candidat bien classé, mais la décision appartient à l'autorité de nomination. Pour éviter que des candidats n'ayant pas franchi l'étape de la sélection sur concours soient nommés ou élus, il faudrait que le projet de loi précise expressément que seuls les candidats des listes établies par les comités de sélection peuvent être nommés ou élus.

18. À la suite des dispositions générales énoncées à l'article 12, le projet de loi précise les procédures spécifiques pour la nomination ou l'élection des juges par le Président de l'Ukraine (article 13), le parlement (article 14) et le Congrès des juges (article 15).

19. S'agissant de la nomination par le parlement, l'article 14.2 du projet de loi prévoit une procédure spéciale pour le cas où le parlement n'élit pas de juge. Un second scrutin est alors organisé pour départager les deux candidats ayant obtenu le plus grand nombre de voix lors du premier scrutin. Il faudrait préciser que le second scrutin doit se tenir dans un court délai après le premier.

20. L'article 16.2 du projet de loi dispose qu'un juge reste en fonction jusqu'à la nomination d'un nouveau juge – mais pour une durée maximum de trois mois – si la fin de son mandat fait passer le nombre de juges sous le quorum. Cette disposition vise à remédier à un problème qui a provoqué une crise constitutionnelle en 2005. À l'époque déjà, le parlement avait compétence pour élire un tiers des juges de la Cour, mais il lui appartenait aussi d'accepter le serment de tous les juges, y compris ceux nommés ou élus par les deux autres branches du pouvoir. Outre qu'il n'a pas procédé à l'élection de juges au titre de son quota, il a refusé d'accepter le serment de juges nommés ou élus par les deux autres pouvoirs. De ce fait, après l'expiration du mandat d'un certain nombre de juges, le quorum nécessaire n'était pas atteint et la Cour n'a pas pu siéger pendant un an et demi⁷.

21. Dans l'avis élaboré à la suite de cette crise⁸, la Commission recommandait la mise en place d'un mécanisme par défaut pour recevoir la prestation de serment. La Commission se félicite vivement que ce problème soit désormais réglé par l'instauration du système de prestation de serment devant la Cour elle-même⁹. La Commission recommandait dans le même avis que les juges dont le mandat venait à expiration restent en poste jusqu'à la prise de fonction de leur successeur. Cette recommandation demeure pleinement valide. La solution mise en place par l'article 16.2 du projet de loi est trop limitée. Elle ne s'applique que lorsque le nombre de juges restants correspond exactement au quorum. Si un autre juge était alors empêché d'exercer pour cause de maladie, ou venait à mourir, la Cour ne pourrait plus siéger. Les juges devraient rester en poste jusqu'à la prise de fonction de leur successeur, y compris au-delà de la période de trois mois. Cette solution pourrait exiger une modification de la Constitution.

2. Délai de nomination

22. À l'expiration du mandat d'un juge, un successeur doit être nommé dans un délai de trois mois prévoit le projet de loi (articles 13.2, 14.3 et 15.3). Ce calendrier resserré devrait permettre d'éviter une vacance de poste trop longue et une situation telle que celle de 2005. Il y a lieu de s'en féliciter car cette disposition a pour but d'empêcher que la nomination de nouveaux juges ne soit repoussée pour des raisons tactiques, par exemple afin de peser sur la majorité à la Grande Chambre, dans les chambres et dans les commissions.

23. Aucune disposition n'est toutefois prise pour régler la situation à l'issue de ces trois mois. Une solution serait de prévoir que la personne placée en tête de liste par le comité de sélection prête serment devant la Cour. Une autre possibilité serait que les organes politiques – le président et le parlement – perdent à l'expiration de la période de trois mois leur droit de nommer un nouveau juge. Le Congrès des juges d'Ukraine – en tant qu'organe non politique – pourrait alors être habilité à élire un juge à la place du président ou du parlement. Cette solution ne peut certes fonctionner si c'est le Congrès des juges qui n'a pas élu de juge, mais ce cas de figure est peut-être le moins probable. Ces solutions pourraient nécessiter une modification de la Constitution.

3. Majorité pour l'élection des juges par le parlement

24. Un autre problème se pose au sujet de l'élection des juges par le parlement. L'article 14.2 du projet de loi dispose que celui-ci élit les juges à la majorité simple, ce qui risque de faire peser sur tous les juges élus une suspicion de proximité avec la majorité parlementaire. Si cette majorité a de surcroît des positions proches de celles du président, on pourrait aboutir à une composition déséquilibrée de la Cour.

⁷ La Commission de Venise et la Présidence lituanienne de la Conférence des cours constitutionnelles européennes ont publié une déclaration commune demandant au parlement de mettre un terme à cette situation : http://www.venice.coe.int/files/2005_12_17_ukr_declaration_appointment_cc_judges_F.htm.

⁸ CDL-AD(2006)016, Avis sur les améliorations constitutionnelles et législatives possibles pour assurer un fonctionnement ininterrompu de la Cour constitutionnelle d'Ukraine adopté par la Commission de Venise lors de sa 67^e session plénière (Venise, 9-10 juin 2006).

⁹ Voir aussi CDL-AD(2016)001, paragraphe 108.

25. La Commission de Venise a recommandé que les juges de la Cour constitutionnelle nommés par le parlement soient élus à la majorité qualifiée. Les autorités ukrainiennes n'ont pas repris cette proposition lorsqu'elles ont procédé à la révision de la Constitution en juin 2016, et le système de la majorité simple demeure en vigueur¹⁰. La Commission de Venise maintient cette recommandation, qui devrait faire l'objet d'une modification de la Constitution.

4. Révocation des juges

26. La Commission de Venise se félicite de la nouvelle disposition établissant que le président, le parlement et le Congrès des juges ne disposent pas du pouvoir de révocation des juges de la Cour constitutionnelle. Cela supprime un risque de pression sur le juge. Un juge ne peut être révoqué que sur décision des deux tiers au moins du nombre total des juges siégeant à la Cour constitutionnelle.

27. Il faut se réjouir aussi de la suppression, qui reflète l'une des avancées de la révision constitutionnelle, de l'un des motifs de révocation des juges, le « parjure ». Ce motif, qui avait fait l'objet de vives critiques, avait été utilisé de manière abusive – en particulier dans le système de justice ordinaire – pour révoquer des juges qui ne manifestaient pas une loyauté sans faille à l'égard des responsables publics. L'article 21 du projet de loi prévoit qu'un juge peut être révoqué pour infraction disciplinaire grave, négligence grave ou systématique dans l'exercice de ses fonctions officielles, qui est incompatible avec son statut de juge ou démontre son insuffisance professionnelle. Cette formulation offre une meilleure protection que le « parjure ».

5. Activités politiques des juges

28. En vertu de l'article 148.5 de la Constitution, un juge de la Cour constitutionnelle ne peut, entre autres, être membre d'un parti politique ou prendre part à une quelconque activité politique. Dans un avis conjoint concernant la Géorgie, la Commission de Venise et l'OSCE/BIDDH ont accepté que les juges n'aient pas le droit d'être membre d'un parti politique ou de participer à des activités politiques¹¹. « De plus, les juges ne devraient pas se retrouver dans une situation où leur indépendance ou leur impartialité puissent être mises en doute. C'est ce qui justifie les règles nationales concernant l'incompatibilité de la fonction judiciaire avec d'autres fonctions. C'est aussi pourquoi de nombreux Etats restreignent les activités politiques des juges¹². »

29. Dans le contexte ukrainien, les juges ont été soumis pendant quelque 70 ans à un parti qui occupait une place prépondérante. C'est la raison pour laquelle le principe de neutralité a été retenu. L'interdiction d'appartenance à un parti politique permet d'isoler les juges de la sphère politique et apporte des garanties quant à leur indépendance.

30. Toutefois, l'article 11.3 du projet de loi fait courir l'obligation de s'abstenir de toute activité politique sur une durée de trois ans avant la nomination au poste de juge constitutionnel, et écarte toute personne qui, pendant cette période, (a) a été membre d'un parti politique ou d'une organisation similaire, ou a occupé des fonctions au sein d'une telle formation, (b) a été candidat ou a été élu à un poste au sein des pouvoirs publics, au niveau national ou au niveau local ou (c) a participé à la gestion ou au financement d'une campagne politique ou d'autres activités politiques.

31. Si la Commission de Venise juge positive la démarche visant à faire en sorte que les juges de la Cour constitutionnelle ne soient pas sous influence politique, il reste que l'engagement politique citoyen est un élément central d'une démocratie pluraliste et devrait à ce titre être encouragé. Cela comprend

¹⁰ CDL-AD(2015)027, paragraphe 25.

¹¹ CDL-AD(2005)003, Joint Opinion on a Proposal for a Constitutional Law on the Changes and Amendments to the Constitution of Georgia by Venice Commission and OSCE/ODIHR, paragraphe 104.

¹² CDL-AD(2010)004, Rapport sur l'indépendance du système judiciaire Partie I: l'indépendance des juges, paragraphe 62.

les activités menées au sein des partis politiques, même pour les personnes susceptibles de prétendre ultérieurement à un poste de juge constitutionnel.

32. Il faut concilier les deux principes importants – la protection de l'impartialité judiciaire en tant que juge et la valeur de l'engagement politique dans une démocratie. La Commission de Venise estime que la simple appartenance à un parti politique ne devrait pas exclure quiconque, mais aussi que l'obligation de s'abstenir de toute responsabilité politique pendant une période de trois ans est trop stricte pour permettre un équilibre de ces principes. Il faudrait envisager de supprimer cette restriction.

B. Recours constitutionnel

1. Recours constitutionnel intégral c. recours constitutionnel normatif

33. Dans son étude sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle, la Commission de Venise distingue le « recours constitutionnel normatif » du « recours constitutionnel intégral » ; le premier est formé contre l'application d'actes normatifs (lois) contraires à la Constitution tandis que le second l'est contre des actes individuels contraires à la Constitution, que ces actes reposent ou non sur un acte normatif inconstitutionnel¹³.

34. En 2013, la Commission de Venise a recommandé à l'Ukraine de prévoir « la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle dans tous les cas de violation des droits de l'homme résultant d'actes individuels »¹⁴. Elle a ajouté : « En Ukraine, il n'est possible de faire recours individuellement devant la Cour constitutionnelle qu'en cas de non-conformité de la législation avec la Constitution et non en cas d'actes individuels inconstitutionnels »¹⁵. En 2015, elle a rappelé cette recommandation aux autorités ukrainiennes, dans son avis préliminaire concernant le pouvoir judiciaire et expliqué que : « Le recours en inconstitutionnalité proposé à l'article 151-1 va plus loin que la possibilité actuelle de demander une interprétation officielle de la Constitution, dans la mesure où il permet à la Cour constitutionnelle d'annuler les lois inconstitutionnelles à la demande de particuliers. Il faut s'en féliciter même si cela ne va pas jusqu'à établir un recours en inconstitutionnalité intégral, contre des actes individuels, comme la Commission de Venise l'a recommandé »¹⁶.

35. Le projet de loi définit le recours constitutionnel sur la base de l'article 151¹ de la Constitution et ne prévoit donc pas de recours constitutionnel intégral comme celui qui existe en Allemagne (*Verfassungsbeschwerde*) ou en Espagne (*amparo*)¹⁷. La différence a trait au fait que le plaignant ne peut prétendre qu'un acte individuel porte atteinte à ses droits en raison d'une interprétation et d'une application d'une loi contraires à la Constitution si la loi n'est pas contestée au motif qu'elle est

¹³ CDL-AD(2010)039rev, étude sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle adoptée par la Commission de Venise lors de sa 85^e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010), paragraphes 77 et 79.

¹⁴ CDL-AD(2013)034, avis sur les propositions de modification du projet de loi de révision de la Constitution renforçant l'indépendance des juges de l'Ukraine, paragraphe 11.

¹⁵ CDL-AD(2013)034, avis sur les propositions de modification du projet de loi de révision de la Constitution renforçant l'indépendance des juges de l'Ukraine, paragraphe 11 (avec la note de bas de page dans le texte original).

¹⁶ CDL-PI(2015)016, avis préliminaire sur la proposition de révision constitutionnelle concernant le pouvoir judiciaire de l'Ukraine, paragraphe 52. Avant l'introduction du recours constitutionnel, les particuliers ne pouvaient demander qu'une « interprétation officielle » au titre de l'article 147 de la Constitution. Cette dernière précisait qui pouvait demander une décision sur une question (« requête » constitutionnelle d'organes officiels), mais ne disait rien sur les personnes qui pouvaient demander des interprétations. La loi sur la Cour constitutionnelle qui est toujours en vigueur s'est appuyée sur cette lacune et permet également aux particuliers de demander une interprétation au moyen d'un recours constitutionnel (article 42 de la loi). D'après l'article 62 de la loi, si lors de l'examen d'une requête (d'organes de l'Etat) ou d'une interprétation, la cour juge une disposition contraire à la Constitution, elle peut l'abroger.

¹⁷ Certains systèmes de justice constitutionnelle (même des systèmes anciens comme celui de l'Autriche) ne vont pas jusqu'à prévoir l'annulation des décisions de juridictions (ordinaires, pénales ou civiles) ayant interprété une loi d'une manière inconstitutionnelle. En Autriche, jusqu'en 2014, il n'était même pas possible de contester une décision judiciaire au motif de l'application d'une loi contraire à la Constitution. Ce n'est qu'en 2015 qu'il a été possible de faire recours contre la loi appliquée par une juridiction (et non contre la décision de justice proprement dite), mais seulement une juridiction de première instance.

inconstitutionnelle. La décision de la Cour doit porter sur la constitutionnalité de la loi proprement dite même si le plaignant doit montrer que l'application de la loi, jugée contraire à la Constitution, a porté atteinte à ses droits.

36. Le recours constitutionnel ukrainien vise le contrôle de la constitutionnalité des lois même si le particulier est à l'origine de ce contrôle. Si sa demande aboutit, le requérant a un avantage en ce sens que son affaire est rouverte par les juridictions ordinaires.

37. Des recours constitutionnels normatifs analogues existent par exemple en Arménie¹⁸, en Pologne¹⁹ ou en Fédération de Russie²⁰. Par rapport au système précédent, le système mis en place en Ukraine peut être considéré comme une première étape vers le renforcement du système de protection des droits de l'homme. Le recours constitutionnel relie fondamentalement l'intérêt privé (cas concret d'un particulier) et l'intérêt public (la protection de la Constitution par le retrait de l'ordre juridique des lois contraires à la Constitution).

38. En Allemagne par exemple, les requérants contestent le plus souvent l'application inconstitutionnelle d'une loi constitutionnelle. La Cour constitutionnelle prend aussi la Constitution comme critère de contrôle et ne se prononce pas sur l'application correcte de la loi à d'autres égards. Elle exerce donc un contrôle constitutionnel subsidiaire et spécifique et ne joue pas le rôle de « 4^e instance ». En conséquence, toutes les décisions relatives à la bonne application de la loi ordinaire relèvent des juridictions de droit commun. La seule exception est la suivante : la Cour constitutionnelle peut interpréter une loi ordinaire lorsque cela évite de l'annuler si elle peut l'interpréter comme étant conforme à la Constitution (« *verfassungskonforme Auslegung* »).

39. La situation constitutionnelle actuelle est conforme aux normes européennes, car il existe des systèmes de justice constitutionnelle (même des systèmes anciens comme le système autrichien) qui ne prévoient pas l'annulation des décisions des juridictions (ordinaires, pénales ou civiles) ayant interprété une loi de manière inconstitutionnelle. Cela étant, un recours constitutionnel intégral aurait un effet positif en ce sens que les particuliers auraient la possibilité de protéger leurs droits fondamentaux effectivement au niveau national devant les juridictions ukrainiennes sans devoir saisir la Cour européenne des droits de l'homme. La Commission de Venise maintient sa recommandation tendant à mettre en place un recours constitutionnel intégral dans le cadre d'une révision future de la Constitution.

2. Application et extension dans le projet de loi

40. Le recours constitutionnel fait l'objet des articles 55 et 56 du projet de loi. Il permet à une « personne » de faire recours devant la Cour constitutionnelle en soutenant qu'une loi appliquée par une juridiction ordinaire dans une décision définitive la concernant est contraire à la Constitution. Le

¹⁸ Article 169 de la Constitution de l'Arménie :

« 1. La Cour constitutionnelle peut être saisie par :

8) Toute personne, dans un cas particulier où l'acte judiciaire définitif a été adopté, où toutes les voies de recours judiciaires ont été épuisées et où la personne conteste la constitutionnalité d'une disposition d'un acte légal normatif appliqué à son endroit par l'acte en question ayant conduit à une violation de ses droits et de ses libertés fondamentaux consacrés par le chapitre 2 de la Constitution, compte tenu également de l'interprétation de cette disposition donnée par la jurisprudence ; ... »

¹⁹ Article 79 de la Constitution de la Pologne

« 1. Toute personne dont les libertés ou les droits constitutionnels ont été enfreints a le droit, selon les règles fixées par la loi, de déposer une plainte devant le Tribunal constitutionnel pour statuer sur la conformité à la Constitution de la loi ou d'un autre acte normatif, sur la base duquel le tribunal ou l'organe de l'administration publique a statué définitivement sur ses libertés et droits ou ses obligations fixées par la Constitution. ... »

En Pologne, 80 % environ des recours sont individuels.

²⁰ « Article 125 de la Constitution de la Fédération de Russie :

...

4. La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, pour les recours relatifs à la violation des droits et libertés constitutionnels des citoyens et à la demande des tribunaux, vérifie la constitutionnalité de la loi appliquée ou applicable dans un cas concret selon la procédure fixée par la loi fédérale. ... »

recours ne peut porter que sur une décision de justice définitive, et non sur une décision d'organes de l'administration publique. Il n'est possible de saisir la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire de former un recours devant la plus haute instance judiciaire possible, qu'après épuisement de toutes les autres voies de recours internes. Le recours constitutionnel recouvre tous les droits constitutionnels, y compris les droits sociaux.

41. La « personne » (requérant) peut aussi être une personne morale (article 56.3), ce qui est positif. Toutefois, conformément à l'article 55.1 du projet de loi, le mot « personne » ne s'entend pas des entités publiques. En d'autres termes, le recours constitutionnel n'est pas ouvert aux organes de l'administration locale autonome. Les modifications constitutionnelles sur l'autonomie locale n'ont pas encore été adoptées et cette question devrait être réglée dans le cadre d'une procédure distincte.

42. Le projet d'article 88.3 va dans le bon sens ; il renforce en effet les chances d'une personne d'obtenir justice lorsque la loi n'est pas contraire à la Constitution, mais que la Cour constitutionnelle a estimé qu'une juridiction de droit commun avait interprété une norme légale d'une manière qui n'était pas conforme à la Constitution.

43. L'article 88.3 dispose que lorsqu'elle en vient à la conclusion dans le cadre d'un recours constitutionnel que la loi contestée est conforme à la Constitution mais qu'elle a été interprétée d'une manière non conforme à cette dernière par un tribunal de droit commun, la Cour constitutionnelle l'indique dans le dispositif de sa décision. Bien que cela ne soit malheureusement plus explicitement indiqué à l'article 89.3 (suppression de la dernière phrase de l'article 89.3 dans CDL-REF(2016)066add), cela servira ensuite de base au réexamen de la décision judiciaire définitive par les juridictions de droit commun. De fait, la disposition finale 8, points 2 et 4 à 6, du projet de loi modifie aussi les divers codes de procédure pour obliger les juridictions de droit commun à rouvrir les affaires en cause, non seulement lorsque la Cour constitutionnelle a déclaré une loi de l'Ukraine ou tout autre acte (ou certaines de leurs dispositions) inconstitutionnels, mais aussi lorsque l'interprétation officielle des dispositions de la Constitution ukrainienne donnée par la Cour constitutionnelle de l'Ukraine [...] est différente de celle retenue par le tribunal dans sa décision²¹.

44. L'article 89.3 du projet de loi sur la Cour constitutionnelle va dans le bon sens, car il permet un nouvel examen de la constitutionnalité des actes même s'il n'est pas possible d'introduire un recours constitutionnel intégral. Il a été dit à la délégation de la Commission de Venise que cette solution avait fait l'objet de débats animés au sein du groupe de travail sur le projet de loi.

45. Dans la pratique, il se pourrait qu'une personne conteste une disposition légale, tout en sachant que cette disposition est conforme à la Constitution, uniquement pour permettre à la Cour constitutionnelle de relever une application non constitutionnelle de la loi. Ce problème peut être traité par la Cour lors de l'examen de la recevabilité de l'affaire. Lorsqu'elle conclut que le recours ne conteste pas réellement la constitutionnalité de la loi, mais uniquement son application, la commission peut le rejeter en vertu de l'article 76.4 du projet de loi au motif qu'il est « manifestement infondé ». Un tel contrôle ne devrait pas faire peser une charge excessive sur la Cour constitutionnelle.

C. Durée de la procédure

46. Le projet de loi prévoit la durée de la procédure. A compter de la date de la décision d'ouverture de la procédure, celle-ci ne doit pas dépasser six mois (article 75.2). Dans des cas particuliers, l'article 75.3 prévoit un mois, notamment (a) lorsque la Cour constitutionnelle se prononce sur la question de savoir si un projet de révision de la Constitution est conforme ou non aux articles 157 et 158 de la Constitution, (b) lorsqu'elle est saisie par le Président qui conteste le caractère

²¹ Les dispositions en ce sens qui ont été modifiées sont les suivantes : article 361 du Code de procédure civile de l'Ukraine (Journal officiel du Parlement ukrainien, 2004, n° 40–42, page 492) ; article 245 du Code de procédure administratif de l'Ukraine ; article 112 du Code de procédure économique de l'Ukraine (Journal officiel du Parlement ukrainien, 1992, n° 6, page 56) ; article 459 du Code de procédure pénale de l'Ukraine (Journal officiel du Parlement ukrainien, 2013, n° 9–13, page 88).

non constitutionnel d'actes du gouvernement qu'il a suspendus (article 106.1.15 de la Constitution), (c) lorsque la chambre ou la Grande Chambre considèrent la procédure constitutionnelle urgente.

47. Pour les recours individuels, le projet d'article 61.4 dispose qu'une commission doit prendre la décision d'ouvrir ou de rejeter la procédure dans le mois qui suit l'attribution de l'affaire à un juge rapporteur. La Grande Chambre peut toutefois allonger ce délai à la demande du juge rapporteur ou du président d'une chambre. Si ce délai est retenu dans le projet de loi, il faudrait aussi l'appliquer aux requêtes et recours d'institutions de l'Etat.

48. Par principe, la Commission de Venise se félicite que le projet de loi s'attaque au « grave problème des procédures dilatoires ou tracassières, et donc cherche à protéger le droit à un procès équitable »²², notamment parce qu'avec l'introduction du recours individuel normatif, les droits des particuliers sont directement concernés. Pour ce qui est des articles 6 et 13 de la CEDH, « les Etats contractants ont une large marge de liberté dans le choix de la façon de s'acquitter de ces engagements »²³. Toutefois la fixation, à l'avance, de la durée de la procédure judiciaire risque de peser sur la qualité juridique de ces affaires qui sont compliquées et dont l'examen approfondi prend du temps ou de déboucher sur des situations dans lesquelles de nombreuses procédures sont pendantes devant la Cour constitutionnelle. Des durées respectives de six et un mois risquent très souvent de ne pas être suffisantes pour garantir l'examen de questions juridiques (complexes). La Commission recommande de faire en sorte que la Grande Chambre puisse allonger ces délais dans des cas exceptionnels.

D. Quorum

49. La Commission de Venise a récemment traité des questions juridiques relatives au quorum de juges des cours constitutionnelles. Elle a fait observer que des dispositions inappropriées sur le quorum nécessaire pour que la cour statue risquaient de bloquer le processus décisionnel et le rendre inefficace²⁴. En pareil cas, une cour constitutionnelle ne peut s'acquitter de sa mission essentielle, à savoir garantir la constitutionnalité de la législation²⁵.

50. La Commission de Venise a précisé qu'à titre de comparaison, le quorum le plus fréquent dans les pays européens pour les juridictions constitutionnelles semble être celui des deux tiers des juges²⁶. Les articles 9, 66.2 et 67.2 du projet de loi sont donc conformes à ces normes européennes. Il est toutefois à noter que le quorum applicable à la Grande Chambre est fixé en chiffres absolus (présence de 12 juges sur 18) tandis que celui qui s'applique aux chambres est défini en pourcentage (deux tiers des juges que compte la chambre). Si les deux méthodes sont possibles du point de vue des normes européennes, le projet de loi devrait adopter une ligne cohérente à cet égard, sauf si le maintien des deux méthodes se justifie. Une règle renvoyant à des pourcentages permettrait cependant d'éviter des problèmes comme ceux qui se sont posés en 2005 en Ukraine.

E. Autres questions

51. L'article 18.6 du projet de loi vise clairement à éviter une mise en cause de l'indépendance des juges de la Cour constitutionnelle, car un juge ne peut accepter aucune rétribution, ne serait-ce que symbolique, d'autres organes de l'Etat (à l'exception des récompenses liées à l'héroïsme au risque de la vie), ce dont il faut se féliciter s'agissant de l'indépendance visible des juges de la Cour constitutionnelle.

²² CDL-AD(2013)005, avis relatif aux projets de modification de lois sur le pouvoir judiciaire de Serbie, paragraphe 87.

²³ CDL-AD(2013)005, avis relatif aux projets de modification de lois sur le pouvoir judiciaire de Serbie, paragraphe 91.

²⁴ CDL-AD(2016)001, paragraphe 67 et suiv.

²⁵ Dans ce contexte, il faut tenir compte du fait que le projet de loi ne prévoit pas de membres suppléants de la Cour constitutionnelle. En Autriche, le bon fonctionnement de la Cour constitutionnelle est préservé par un système de six juges suppléants. Ce modèle n'est cependant pas courant en Europe, on le retrouve à la Cour européenne des droits de l'homme dans un cadre institutionnel toutefois différent.

²⁶ CDL-AD(2016)001, paragraphe 69.

52. Le projet de loi retient, à l'article 29, un modèle selon lequel les conseillers juridiques sont placés sous l'autorité exclusive du juge et ne font pas partie du greffe. Il pourrait être judicieux de créer certains liens entre le conseiller juridique et la Cour proprement dite. Outre les conseillers, l'article 41 du projet de loi institue une commission consultative scientifique. Le rapport entre les conseillers juridiques des juges (article 29), la commission consultative scientifique et le greffe (article 44.2) n'est pas clair, notamment pour ce qui est de l'élaboration des projets de décision.

53. L'article 35.3 attribue à la Grande Chambre la compétence exclusive de résoudre tout problème de procédure, ce qui pourrait laisser entendre que les chambres et les commissions doivent lui renvoyer toutes les questions de procédure, ce qui risque d'être inefficace. Les chambres et les commissions devraient statuer directement sur les questions de procédure mineures.

54. Les commissions de trois juges décident de l'ouverture d'une procédure (recevabilité). En vertu du projet d'article 37.5, un rejet unanime d'un recours constitutionnel par la commission est définitif et l'affaire est close. Pour les affaires soumises par des institutions de l'Etat –requêtes constitutionnelles ou recours constitutionnels – un rejet même unanime de la commission ne clôt pas l'affaire qui est renvoyée devant la Grande Chambre pour qu'elle se prononce (article 37.4 et 61 du projet de loi). La délégation de la commission a appris que cette règle avait été créée par respect des institutions qui saisissent la Cour. Un rejet même unanime par la commission comptant trois juges ne devrait pas clore l'affaire. Toutefois, si tel est le cas, toute décision de la commission, acceptation ou rejet de l'affaire, est alors superflue et est une perte de temps pour les trois juges. Toutes ces affaires devraient être directement déferées à la Grande Chambre et être ouvertes par un acte du Secrétaire général de la Cour.

55. Le projet d'article 42 prévoit un large accès du grand public aux dossiers judiciaires, y compris sur les affaires en cours. Si l'accès du grand public est une bonne chose, certaines exceptions devraient être prévues, par exemple pour les projets de décisions mis en délibéré ou lorsque la vie privée des requérants est en jeu.

56. Pour préserver son indépendance matérielle, la Cour devrait pouvoir défendre son projet de budget devant le parlement (article 48).

57. La distinction qui est faite dans les projets d'articles 51 à 54 entre les requêtes constitutionnelles et les recours constitutionnels semble artificielle. Il est à noter que le recours constitutionnel recouvre des procédures très différentes. La Constitution ne mentionne que les « requêtes » à l'article 150. Il pourrait être plus clair de donner un titre particulier à chaque type de procédure et non de les regrouper sous les termes requête et recours.

58. La délégation de la Commission de Venise a été informée du fait que le projet d'article 58 prévoit une répartition automatique des affaires entre les commissions (tour à tour). Il semble que l'un des trois juges de la commission devienne juge rapporteur de l'affaire. D'après le projet d'article 59.1, l'affaire est attribuée à l'un des juges sur décision de la commission elle-même. Il est bon que l'attribution de l'affaire à un juge rapporteur ne soit pas décidée par le Président de la Cour. Des règles devraient toutefois préciser les modalités de répartition des affaires entre les trois juges. Que se passe-t-il si chacun d'entre eux ou aucun d'entre eux ne veut être juge rapporteur ? Une répartition automatique pourrait résoudre ce problème.

59. En vertu des articles 61.1.1.2, 61.2.2, 66.6 et 84 du projet de loi, la procédure est confiée à la Grande Chambre ou aux chambres selon que la Cour a été saisie par une institution (pétition constitutionnelle et recours constitutionnel institutionnel) ou par un particulier (recours constitutionnel). Cette logique semble renvoyer au nombre sans doute supérieur de recours constitutionnelles individuelles, et non à l'importance des affaires. L'annulation d'une loi sur la base d'un recours individuel peut être aussi importante que celle prononcée sur la base d'une demande d'une institution (pétition /recours institutionnel). Le problème que pose la décision dans les chambres parallèles (il ne

semble pas y avoir de répartition par objet comme en Allemagne) risque d'être celui de la cohérence de leur jurisprudence.

60. Selon l'article 68 du projet de loi, lorsqu'une affaire pendante devant une chambre « soulève une nécessité substantielle d'interpréter la Constitution de l'Ukraine, ou lorsque la résolution d'une question devant la chambre pourrait avoir un résultat incompatible avec une position juridique préalablement approuvée par la Cour, la chambre [...] peut se dessaisir en faveur de la Grande Chambre. » Cette disposition devrait être harmonisée avec l'article 92.3 pour préciser qu'il est obligatoire pour une chambre souhaitant s'écarter de la jurisprudence antérieure de dessaisir en faveur de la Grande Chambre.

61. Le projet d'article 69.3 prévoit que la Cour peut examiner des mémoires *amicus curiae* à sa discrétion. Le projet de loi devrait prévoir la possibilité pour la Cour d'exiger également de tels mémoires. D'après son statut, la Commission de Venise par exemple ne peut rédiger de mémoires *amicus curiae* qu'à la demande d'une juridiction.

62. Le projet d'article 78.2 donne compétence à la chambre pour prendre des mesures provisoires en cas de recours constitutionnel « à l'ouverture d'une procédure constitutionnelle ». Ces mesures sont par définition urgentes. La décision d'ouvrir une procédure est prise par la commission. En conséquence, celle-ci devrait aussi être compétente pour rendre une ordonnance provisoire. A l'inverse, le projet d'article 78.5 met fin à la mesure provisoire lorsque la Cour a rendu son arrêt. Toutefois, lorsque la Cour constitutionnelle constate une violation de la Constitution, cela sera trop tôt, car en cas de recours constitutionnel, les juridictions de droit commun doivent rouvrir l'affaire et statuer de nouveau. La Cour devrait être compétente pour prolonger les mesures intérimaires dans son arrêt jusqu'à ce que la juridiction de droit commun ait rendu une décision dans l'affaire rouverte.

63. La possibilité pour la Cour constitutionnelle de différer l'invalidité de l'acte jugé inconstitutionnel est à saluer (article 91.2). Elle évite la création de vides juridiques à la suite de l'annulation de dispositions légales et permet au parlement d'avoir le temps d'adopter une nouvelle législation.

64. L'article 92.2 a trait à la question de savoir si la Cour est liée par ses propres précédents. En Ukraine, il peut être utile d'indiquer expressément qu'il en est ainsi. La possibilité, pour la Cour, de modifier sa position, à condition qu'elle la justifie par écrit devrait lui laisser une certaine latitude. Quoi qu'il en soit, tous les arrêts devraient être suffisamment motivés par écrit.

65. L'article 94 dispose que l'arrêt doit être publié dès qu'il a été prononcé, ce qui évite les problèmes liés à la rédaction de jugements déjà rendus qui se posent malheureusement dans d'autres pays.

66. La Cour constitutionnelle a fait savoir à la délégation de la Commission de Venise qu'elle rejetait fermement la disposition transitoire 3 selon laquelle un conseiller international, un juge à la retraite d'une Cour constitutionnelle étrangère ou un représentant d'une organisation internationale, sera chargé d'apporter une aide spécialisée en cas de recours constitutionnels jusqu'au 1^{er} janvier 2020. La Cour estime avoir les compétences nécessaires pour connaître des recours constitutionnels.

III. Conclusion

67. Le chapitre XII révisé de la Constitution de l'Ukraine et la loi de l'Ukraine sur la Cour constitutionnelle de l'Ukraine (projet au 1^{er} novembre 2016) améliorent la position de la Cour constitutionnelle par rapport aux dispositions précédentes.

68. Le projet de loi de révision de la Constitution représente une nette avancée et est conforme aux normes juridiques européennes relatives à la justice constitutionnelle. La Commission de Venise se félicite notamment de la sélection des juges sur concours, de la prestation de serment devant la Cour elle-même, des délais fixés pour la nomination et l'élection des juges, de la révocation des juges uniquement par la Cour ; de la suppression de la révocation pour parjure ; de la mise en place d'un

recours constitutionnel et de la règle énoncée dans le projet d'article 89.3, même si elle est limitée, de la fixation de la durée de la procédure, de l'attribution automatique des affaires aux commissions et de la possibilité pour la Cour de différer l'invalidité d'une loi jugée contraire à la Constitution.

69. N'en sont pas moins formulées dans le présent avis un certain nombre de recommandations visant à améliorer le projet de loi. La Commission recommande notamment :

1. Le projet de loi devrait prévoir un nombre maximum de membres des comités de sélection et indiquer clairement si ces comités sont permanents ou créés *ad hoc*. La Commission de Venise comprend que la liste des candidats qui en résulte est obligatoire pour la sélection des juges; dans le comité de sélection de la Rada, les groupes parlementaires devraient être présentés proportionnellement.
2. L'article 68 du projet de loi devrait être harmonisé avec l'article 92.3 pour préciser qu'il est obligatoire pour un Sénat qui souhaite s'écarter d'une jurisprudence antérieure de se dessaisir en faveur de la Grande Chambre.
3. La limitation des activités politiques précédentes des juges à élire devrait être retirée.

70. La Commission de Venise reste à la disposition des autorités ukrainiennes pour toute aide complémentaire.