



Strasbourg, 18 mars 2022

CDL-AD(2022)004

Avis n° 1075 / 2022

Or. angl.

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

CHILI

AVIS

**SUR LA RÉDACTION ET L'ADOPTION
D'UNE NOUVELLE CONSTITUTION**

**Adopté par la Commission de Venise
lors de sa 130^{ème} session plénière
(Venise et en ligne, 18-19 mars 2022)**

Sur la base des commentaires de

M. Paolo CAROZZA (membre, États-Unis d'Amérique)
M. Josep Maria CASTELLA ANDREU (membre, Espagne)
Mme Janine OTALORA MALASSIS (membre suppléante, Mexique)
Mme Hanna SUCHOCKA (Présidente honoraire, Pologne)
M. Kaarlo TUORI (membre, Finlande)

Avis co-financé
par l'Union européenne



Contenu

I.	Introduction	3
II.	Contexte.....	3
III.	Remarques générales et portée du présent avis	6
IV.	Réponses aux questions du Sénat	8
	i. Comment la Commission considère-t-elle que le standard de neutralité et de stabilité constitutionnelles devrait être atteint, et ainsi éviter le risque d'une Constitution "contingente" ?	8
	ii. Comment la Commission estime-t-elle qu'il convient d'interpréter la règle énoncée à l'article 133 de la Constitution actuellement en vigueur, selon laquelle "la Convention adopte son règlement et ses règles de vote par un quorum de deux tiers de ses membres en exercice" ?	9
	iii. Quel est l'avis de la Commission sur la possibilité de transformer le Congrès national en un organe monocaméral ? Pensez-vous que cette mesure pourrait affecter la représentation politique en termes de décentralisation ?	11
	iv. Si la forme de gouvernement est remplacée, le mandat présidentiel et le mandat des membres du Congrès national pourraient-ils être modifiés ?	13
	v. Considérez-vous qu'il soit opportun d'éliminer le Tribunal constitutionnel de l'éventuelle nouvelle Constitution du Chili ? Quelle est votre opinion sur la compétence de cet organe pour exercer un contrôle préalable de constitutionnalité, et cette forme de contrôle préalable est-elle conforme à un système démocratique ? Si le Tribunal constitutionnel devait être supprimé, devrait-il y avoir encore un système de contrôle de constitutionnalité ; quelles compétences et quel organe devrait les exercer ?	16
	vi. En ce qui concerne la compatibilité avec les normes internationales	18
	a. Système d'évaluation.....	19
	b. Mandats fixes pour le service judiciaire.....	20
	c. Extinction de l'immunité judiciaire.....	20
	d. Organe autonome qui assure la formation et la sélection des juges	21
	e. Compétence autochtone.....	22
	f. L'introduction d'une perspective de genre dans la fonction juridictionnelle	22
	g. L'exigence de la parité des sexes dans la structure judiciaire	23
	vii. Si le principe du pluralisme juridique (impliquant une justice autochtone parallèle) et l'attribution de sièges réservés aux peuples autochtones sont conformes aux normes internationales et quels seraient leurs avantages et inconvénients.....	23
	viii. La conformité aux normes internationales d'un éventuel retrait des accords internationaux de libre-échange et de ses effets sur les droits acquis dans le cadre de ces accords (en particulier le droit de propriété).	26
	ix. Si la reformulation de la disposition constitutionnelle sur le droit de propriété en des termes plus restrictifs que la disposition constitutionnelle actuelle serait contraire aux normes internationales.	27
	x. La question de savoir si l'option binaire qui sera proposée lors du référendum constitutionnel est compatible avec la nécessité de parvenir à de larges accords et consensus et si des options supplémentaires doivent être proposées aux électeurs... ..	30
V.	Conclusion	31

I. Introduction

1. Par lettre du 5 janvier 2022, Mme Ximena Rincón González, présidente du Sénat de la République du Chili et M. Raúl Guzmán Uribe, Secrétaire du Sénat ainsi que 22 sénateurs ont demandé un avis à la Commission de Venise sur certaines questions relatives à la Convention constitutionnelle de la République du Chili.

2. M. Paolo Carozza, M. Josep Maria Castellà Andreu, Mme Janine Otálora Malassis, Mme Hanna Suchocka et M. Kaarlo Tuori ont été les rapporteurs de cet avis.

3. Du 28 février au 2 mars 2022, une délégation composée de M. Gianni Buquicchio, Représentant spécial de la Commission de Venise, MM. Paolo Carozza, Josep Castellà Andreu, Mme Simona Granata-Menghini, Secrétaire de la Commission de Venise ainsi que M. Sergueï Kouznetsov du Secrétariat a rencontré Mme Ximena Rincón González, présidente du Sénat et un groupe de sénateurs ; M. Sebastian Piñera Echenique, Président de la République et M. Hernán Larraín, ministre de la Justice ; M. Diego Alfredo Paulsen Kehr, président de la Chambre des députés ; Mme Maria Elisa Quinteros Cáceres, présidente, M. Gaspar Domínguez, vice-président et des membres de la Convention constitutionnelle ; la Cour constitutionnelle et la Cour suprême, Mme Antonia Urrejola Noguera, future ministre des affaires étrangères et Mme Macarena del Carmen Lobos Palacios, future sous-secrétaire du ministère du Secrétariat général de la présidence (dans le gouvernement du président élu Gabriel Boric) ; les anciens présidents du Chili, MM. Eduardo Frei Ruiz-Tagle et Ricardo Lagos Escobar ; M. Gonzalo De la Maza, directeur du secrétariat technique pour la participation populaire de la Convention constitutionnelle ; l'ordre des avocats, l'association des juges, le monde universitaire national, plusieurs ONG nationales et la communauté diplomatique internationale. Mme Otálora Malassis a participé aux réunions tenues à la Cour constitutionnelle et dans les locaux du Sénat en ligne. La Commission de Venise est reconnaissante au Sénat et à la Cour constitutionnelle du Chili pour l'organisation de ces réunions.

4. Le présent avis a été préparé sur la base de la traduction anglaise des questions soumises par le Sénat de la République du Chili. La traduction peut ne pas refléter fidèlement la version originale sur tous les points.

5. Cet avis a été rédigé sur la base des commentaires des rapporteurs et des résultats de la visite à Santiago du Chili du 28 février au 2 mars 2022. Il a été examiné par la réunion conjointe des sous-commissions "Amérique latine" et "Institutions démocratiques" le 17 mars 2022. Après un échange de vues avec M. Juan Castro Prieto, membre du Sénat, il a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 130th session plénière (Venise et en ligne, 18 et 19 mars 2022).

II. Contexte

6. La constitution actuelle de la République du Chili a été adoptée en 1980 sous le régime de Pinochet. Elle a été modifiée pour la première fois en 1989 (par référendum) et ensuite près de 60 fois. La réforme de 2019 a été réalisée pour faciliter le processus constituant actuel. En septembre 2005, sous la présidence de M. Ricardo Lagos, des modifications importantes de la Constitution ont été approuvées par le Congrès dans un nouveau texte refondu, supprimant du texte la signature de Pinochet et ajoutant celle de Lagos et supprimant également les dispositions antidémocratiques provenant du régime Pinochet, telles que les sénateurs à vie et les sénateurs nommés, ainsi que les pouvoirs spéciaux des forces armées.

7. Le 15 novembre 2019, à la suite de manifestations civiles initiées le 18 octobre, presque tous les partis politiques ont signé un accord (Acuerdo por la paz social y la nueva constitución) stipulant qu'un référendum serait organisé pour donner aux Chiliens la possibilité

d'approuver ou de rejeter la rédaction d'une nouvelle constitution¹ et le mécanisme par lequel elle serait rédigée.

8. Le " processus constituant " a été formellement lancé le 24 décembre 2019, avec la publication de la loi 21200,² qui a introduit les amendements à la Constitution actuelle, en modifiant son chapitre XV. Le texte amendé comprend deux types de dispositions concernant la procédure de modification de la constitution :

- a) les amendements à la Constitution existante (articles 127 - 129) adoptés par le Parlement (préexistants),
- b) la préparation d'une nouvelle Constitution de la République (article 130 - 143) par un organe spécial (disposition introduite par les amendements de 2019).

9. Le référendum national a eu lieu au Chili le 25 octobre 2020 ("plebiscito de entrada"). Il devait déterminer si une nouvelle constitution devait être rédigée, et si elle devait être préparée par une convention constitutionnelle composée de membres élus directement pour cette convention, ou par une convention constitutionnelle mixte, composée d'un nombre égal de membres en exercice du Parlement (Congreso) et de citoyens élus directement. Soixante-dix-huit pour cent des électeurs (sur un taux de participation total de 50,95 %) ont approuvé la proposition de modification de la constitution et 79 % celle d'une convention constitutionnelle directement élue, permettant ainsi le processus d'élection d'une convention constitutionnelle formée par 155 personnes.

10. Un second vote, qui s'est tenu parallèlement aux élections municipales et gubernatoriales entre les 15 et 16 mai 2021, a permis d'élire les membres de la Convention constitutionnelle³. La composition de la Convention est sans précédent. En premier lieu, 17 sièges ont été réservés aux peuples autochtones. Deuxièmement, l'organe a été élu en respectant la parité des sexes, c'est-à-dire que le système de vote a été modifié de manière à ce que ni les hommes ni les femmes ne puissent avoir plus de 55 % des sièges de la Convention. Et troisièmement, les candidats indépendants ou non affiliés à des partis politiques étaient majoritaires⁴.

11. Les pouvoirs de la Convention sont limités à l'élaboration de la nouvelle constitution. Selon l'article 135 de la Constitution, tant que la nouvelle Constitution n'entrera pas en vigueur de la manière établie dans cette section, la présente Constitution restera pleinement en vigueur, sans que la Convention puisse lui dénier son autorité ou la modifier. Le même article prévoit que "la Convention ne pourra intervenir ni exercer aucune autre fonction ou attribution d'autres organes ou autorités établies dans cette Constitution ou dans les lois." Le Congreso et les autres institutions de l'État continuent d'exercer leurs pouvoirs. Le dernier alinéa de l'article 135 est également important puisqu'il prévoit que le texte de la Nouvelle Constitution soumis à un plébiscite⁵ doit respecter la nature de la République de l'Etat du Chili, son régime démocratique, les décisions judiciaires définitives et exécutoires et les traités internationaux ratifiés par le Chili et qui sont en vigueur.

¹ La constitution actuelle est généralement décrite comme la "Constitution de 1980". Elle a parfois été appelée "Constitution de 2005", car elle a fait l'objet de réformes substantielles en 2005, notamment un nouveau décret de promulgation qui a supprimé les signatures des membres de la junte et les a remplacées par celles du président Ricardo Lagos et des membres de son cabinet, démocratiquement élus. Cette tentative de conférer une nouvelle légitimité à la Constitution est largement considérée comme un échec, et c'est pourquoi la Constitution est le plus souvent appelée la Constitution de 1980.

²Le texte de la loi est disponible à la bibliothèque du Congrès national du Chili : <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340> .

³ Servicio Electoral de Chile (SERVEL) <https://www.servel.cl/estadisticas-2/> .

⁴ Selon les observations envoyées à la Commission par le Sénat chilien, "les indépendants ont participé en pratique en formant de véritables listes de partis, sans être des partis, avec une majorité de candidats qui ont prouvé qu'ils représentaient une certaine vision politico-idéologique."

⁵ le terme "plébiscite" - "plebiscito" en espagnol - est utilisé dans le sens de "référendum".

12. La Convention constitutionnelle a commencé ses travaux en juillet 2021 avec pour mandat de rédiger une constitution démocratique jusqu'au 4 juillet 2022.⁶ Le président convoquera (par décret présidentiel) un référendum dans les trois jours suivant la date à laquelle il aura pris connaissance de la proposition de nouvelle Constitution adoptée par la Convention⁷. Le référendum aura lieu environ deux mois après la publication au journal officiel ("Diario Oficial") du décret présidentiel qui demande le référendum, avec un vote obligatoire pour les citoyens⁸.

13. Selon les informations reçues par la délégation de la Commission de Venise lors de la visite, la Convention constitutionnelle travaille de manière transparente. Cependant, au cours des derniers mois, les discussions ont été accélérées et raccourcies. Des débats publics ont été organisés afin d'obtenir une contribution directe des citoyens, notamment par le biais d'initiatives populaires de propositions de normes constitutionnelles, qui doivent recueillir 15 000 signatures pour être discutées au sein de la Convention⁹. En ce qui concerne la discussion du contenu des initiatives populaires, celles-ci sont transmises à l'une des sept commissions thématiques (sur dix). Leurs propositions sont actuellement en cours de vote en plénière de la Convention. Ces sept commissions permanentes sont :

- Système politique, gouvernement, pouvoir législatif et système électoral ;
- Principes constitutionnels, démocratie, nationalité et citoyenneté ;
- Forme de l'État, décentralisation, équité, justice foncière, gouvernements locaux et structure fiscale ;
- Les droits fondamentaux ;
- Environnement, droits de la nature, biens naturels communs et modèle économique;
- Systèmes de justice, organes de contrôle autonomes, et
- Systèmes de connaissance, science et technologie, culture, art et patrimoine¹⁰.

14. Le processus de préparation des propositions par les commissions de la Convention et d'approbation par la plénière est en cours. Après avoir été approuvée à la majorité simple par la commission compétente, chaque proposition est soumise à l'Assemblée plénière, qui doit l'approuver à la majorité des deux tiers. Si cette supermajorité n'est pas atteinte, une nouvelle discussion au sein de la commission a lieu. Après l'approbation par la plénière de tous les chapitres de la nouvelle constitution, une commission d'harmonisation (qui doit encore être créée) procédera à une révision finale de la constitution, en corrigeant les incohérences formelles et en proposant à la plénière d'autres modifications de fond dans les cas où elle constate des incohérences normatives.

⁶ Le premier paragraphe de l'article 137 de la Constitution actuelle prévoit que la Convention doit élaborer et approuver une proposition de texte pour une nouvelle Constitution dans un délai maximum de neuf mois, à compter de son installation, délai qui peut être prolongé, une fois, de trois mois.

⁷ Selon l'article 142, deuxième alinéa, de l'actuelle Constitution chilienne, "une fois que le projet de texte constitutionnel approuvé par la Convention aura été communiqué au Président de la République, celui-ci devra convoquer dans les trois jours suivant cette communication, par décret suprême, un plébiscite constitutionnel national pour que les citoyens approuvent ou rejettent la proposition".

⁸ La règle pertinente est le paragraphe 8 de l'article 142 de l'actuelle Constitution chilienne qui dispose que "ce plébiscite doit être organisé soixante jours après la publication au Journal officiel du décret suprême visé au premier paragraphe, si ce jour était un dimanche, ou le dimanche suivant immédiatement. Toutefois, si, conformément aux règles précédentes, la date du plébiscite se situe dans la période comprise entre soixante jours avant ou après un vote populaire de ceux visés aux articles 26, 47 et 49 de la Constitution, le jour du plébiscite sera reporté au dimanche suivant immédiatement. Si, par suite de l'application de la règle précédente, le plébiscite tombe dans le mois de janvier ou de février, le plébiscite aura lieu le premier dimanche du mois de mars."

⁹ Plus de 6.000 initiatives ont été envoyées à la plateforme numérique de participation populaire. Un million de personnes participent avec au moins une initiative. Selon le règlement, chaque citoyen peut signer un maximum de 7 initiatives. 2496 propositions remplissant les conditions de recevabilité ont été publiées sur la plate-forme de participation populaire de la Convention : https://plataforma.chileconvencion.cl/m/iniciativa_popular/aprobadas. Soixante-dix-sept initiatives ont atteint le quorum requis de 15 000 signatures, en plus d'une autre initiative émanant d'un peuple autochtone (120 signatures) avant la date limite du 1er février, et sont actuellement examinées par les sept comités thématiques de la Convention. Ces informations ont été fournies par l'équipe de la Faculté de droit de l'Université du Chili qui étudie ces initiatives.

¹⁰ Les trois autres commissions de la Convention constitutionnelle sont : Participation populaire, Droits des peuples autochtones et relations plurinationales et transversales. [Convención Constitucional \(cconstituyente.cl\)](https://www.convencionconstitucional.cl) .

15. La demande adressée à la Commission de Venise par le Sénat de la République du Chili le 5 janvier 2022 comprenait des questions sur la majorité nécessaire pour l'adoption des décisions de la Convention, la neutralité et la stabilité constitutionnelles, l'abolition du Sénat et du Tribunal constitutionnel et les changements concernant les droits fondamentaux. Le 28 février, le Sénat, à l'initiative du sénateur Juan Castro, a envoyé des questions supplémentaires à la Commission. Celles-ci concernaient l'organisation du pouvoir judiciaire, le retrait des traités internationaux, le caractère régional, plurinational et interculturel de l'État, ainsi que l'éventuelle modification de la Constitution actuelle afin de prévoir une procédure à suivre au cas où le nouveau projet de Constitution ne serait pas approuvé lors du référendum final.

III. Remarques générales et portée du présent avis

16. Au début du mois de janvier 2022, la Commission de Venise a reçu du Sénat chilien plusieurs questions relatives au processus de préparation d'une nouvelle Constitution et à certains aspects de son contenu. Lorsque la délégation de la Commission s'est rendue à Santiago du Chili pour tenir des réunions les 28 février, 1er et 2 mars 2022, les questions du Sénat ont été mises à jour et élargies (voir ci-dessus).

17. Au moment de cette visite, le processus d'élaboration de la constitution était déjà bien avancé, et en fait assez proche de sa fin, qui a été fixée au 4 juillet 2022. Le processus semblait être à un stade critique : les différentes commissions thématiques travaillaient en parallèle, adoptant leurs propres textes à la majorité simple, les envoyant à la plénière pour adoption à la majorité des 2/3, recevant souvent le texte en retour pour n'avoir pas atteint la majorité qualifiée et devant le retravailler avant de l'envoyer à nouveau à la plénière pour un vote final. Seuls quelques textes ont été définitivement adoptés, et les discussions ont suivi un rythme très soutenu. Les propositions ont été fréquemment et souvent modifiées sur le fond en l'espace de quelques jours. Les discussions avec les interlocuteurs de la délégation n'ont pas non plus permis de dégager un accord clair sur les solutions proposées dans les domaines touchés par les questions du Sénat.

18. Au moment de la préparation du présent avis, il n'existe toujours pas de texte finalisé ou consolidé de la nouvelle proposition de constitution. Dans ces conditions, les réponses de la Commission aux questions du Sénat ne peuvent qu'être plutôt abstraites et générales. La Commission vise néanmoins à apporter une contribution concrète au succès des travaux de la Convention constitutionnelle du Chili, en fournissant des informations sur les normes internationales et sur l'expérience comparative d'autres démocraties modernes, afin d'aider la Convention constitutionnelle à faire ses choix de la manière la plus éclairée. La Commission de Venise est convaincue que, dans le court laps de temps dont dispose la Convention constitutionnelle pour finaliser ses travaux, elle peut grandement bénéficier de l'expérience longue et variée de la Commission de Venise dans le domaine de l'élaboration de constitutions et, par l'intermédiaire de la Commission, de l'expérience de plusieurs États qui ont connu des processus similaires d'élaboration de constitutions et ont été confrontés à des choix institutionnels comparables.

19. La Convention constitutionnelle du Chili a été investie de la tâche cruciale de préparer une nouvelle constitution qui soit l'expression de l'ensemble de la société chilienne, y compris les peuples autochtones et les minorités. Ce processus a suscité l'intérêt et créé des attentes très élevées dans de larges pans de la société chilienne quant au contenu de la future Constitution et à leur rôle dans sa définition, et les enjeux sont donc très importants. Il est évidemment extrêmement souhaitable que le texte constitutionnel final soit capable de recueillir un large soutien au sein du peuple chilien, afin qu'il puisse être adopté par le vote populaire chilien et ensuite mis en œuvre avec succès. Pour ce faire, la nouvelle constitution devra être un document

unificateur capable de restaurer la confiance de la population ; de l'avis de la Commission de Venise, il est nécessaire que la nouvelle constitution :

- répondre, dans toute la mesure du possible, aux attentes de catégories de personnes et de groupes politiques nombreux et très divers ;
- être suffisamment claire, et techniquement complète et solide ;
- être politiquement viable afin d'être dûment et rapidement mis en œuvre après son adoption.

20. Pour satisfaire à ces trois conditions préalables, il semble nécessaire que la nouvelle constitution établisse un équilibre entre les demandes et aspirations concurrentes. Cela nécessite souvent de recourir à un degré plus élevé de généralité dans le langage constitutionnel et à un degré moindre de détail, laissant une flexibilité appropriée dans le texte pour l'interprétation et le développement des principes fondamentaux contenus dans la constitution par les institutions étatiques ordinaires : le parlement, le gouvernement, le pouvoir judiciaire et la Cour constitutionnelle. La Commission de Venise a précédemment exprimé l'opinion à cet égard que le pouvoir constituant ne devrait pas "cimenter [...] ses préférences politiques et l'ordre juridique du pays [...]"¹¹. Les autorités politiques devraient en général avoir le pouvoir de faire leurs propres choix de politiques économiques, sociales, fiscales, familiales, éducatives, etc. par le biais de majorités simples, sous peine de voir les élections perdre leur sens. Le principe de démocratie exige que seuls les principes constitutionnels les plus fondamentaux et la nomination de certains hauts fonctionnaires (tels que les membres de la Cour constitutionnelle et du Conseil judiciaire, le médiateur...) soient fixés par des exigences de supermajorité (dans la Constitution ou dans des lois organiques), en plus des règles relatives à la modification de la Constitution.

21. Dans ce contexte, la Commission de Venise souhaite également souligner que plusieurs de ses interlocuteurs à Santiago ont souligné que le processus en cours de rédaction d'une constitution entièrement nouvelle représente un nouveau départ et un moment de "refondation" pour la démocratie chilienne ; dans ce contexte, la Convention constitutionnelle s'efforce d'adopter des solutions nouvelles et ne se sent pas liée par les solutions constitutionnelles précédentes. Le mandat de cette Convention constitutionnelle semble en effet très large, de sorte qu'elle peut décider d'adopter de nouvelles dispositions et solutions institutionnelles qui n'existaient pas sous les constitutions précédentes. Néanmoins, il convient de rappeler que la nouvelle constitution n'existera pas dans un vide historique, juridique et politique et qu'elle devra fonctionner dans le contexte de la grande culture et des traditions juridiques qui prévalent au Chili. Les traditions et la culture juridiques influencent nécessairement l'élaboration et la mise en œuvre réussie de chaque constitution¹². Ignorer totalement la culture constitutionnelle du pays lors de la conception de la nouvelle constitution risquerait de créer un obstacle à la compréhension, à l'acceptation, et surtout à l'interprétation et à l'application des nouvelles règles par les politiciens, les juges, l'administration, la profession juridique, les universitaires et tous ceux qui seront appelés à mettre en œuvre la constitution. Cela entraînerait inévitablement des retards et des problèmes, ainsi qu'un degré beaucoup plus élevé d'incertitude systémique. En outre, il faut tenir compte de l'impact des nouveaux choix institutionnels sur la culture constitutionnelle : à titre d'exemple, le choix du monocamérisme sera perçu différemment s'il est maintenu à partir d'expériences antérieures ou s'il est introduit après une période de bicamérisme. Pour ces raisons, la Commission de Venise est d'avis que les traditions juridiques nationales doivent être dûment prises en compte lors de la préparation de la nouvelle constitution.

¹¹ Commission de Venise, CDL-AD(2013)012, Avis sur le quatrième amendement à la loi fondamentale de la Hongrie, §§ 129 et suivants ; voir également CDL-AD(2020)001, Rapport sur l'amendement constitutionnel, §§ 135-137 et suivants.

¹² La Commission de Venise a évoqué la " culture constitutionnelle " comme l'un des facteurs influençant le fonctionnement des règles formelles d'amendement : CDL-AD(2020)001, Rapport sur l'amendement constitutionnel, §§ 18 et suivants.

IV. Réponses aux questions du Sénat

i. Comment la Commission considère-t-elle que le standard de neutralité et de stabilité constitutionnelles devrait être atteint, et ainsi éviter le risque d'une Constitution "contingente" ?

22. Une constitution doit fixer des règles neutres et généralement acceptées pour le processus politique : elle ne fait pas partie du "jeu politique" mais fixe les règles pour qu'il soit équitable¹³ ; elle constitue un cadre dans lequel les différences politiques et sociales peuvent être harmonisées pour une gouvernance pacifique, stable et constructive du pays au fil du temps. La Constitution devrait susciter un sentiment de constitutionnalisme dans la société, le sentiment que la Constitution est véritablement un document fondamental et pas simplement une déclaration politique accessoire.

23. La stabilité et la "neutralité" de la constitution, ainsi que la prévention d'une constitution "contingente", exigent une légitimité et un sentiment d'appartenance collective, qui nécessitent à leur tour un processus constitutionnel transparent, ouvert et inclusif, permettant un pluralisme d'opinions et un débat approprié sur les questions controversées¹⁴. Comme la Commission de Venise l'a toujours souligné¹⁵, l'adoption d'une nouvelle et bonne Constitution doit se fonder sur le consensus le plus large possible au sein de la société ; un débat large et substantiel impliquant les différentes forces politiques, les organisations non gouvernementales et les associations de citoyens, le monde universitaire et les médias est une condition préalable importante à l'adoption d'un texte durable, acceptable pour l'ensemble de la société et conforme aux normes démocratiques¹⁶.

24. La consultation et l'inclusion ne conduisent pas nécessairement à un consensus absolu, car il y aura inévitablement des divergences d'attentes et de programmes et visions politiques. Un large consensus devrait toutefois être atteint sur les choix fondamentaux. La consultation doit être significative, mais c'est à l'organe constituant qu'il incombe de traiter les contributions reçues dans le cadre du processus de consultation et de les traduire dans le texte constitutionnel, le cas échéant.

25. La Commission de Venise a également souligné que la procédure d'adoption des amendements constitutionnels ou, éventuellement, des nouvelles constitutions doit respecter les dispositions de la Constitution en vigueur¹⁷. " Le pouvoir d'amendement n'est pas une technicité juridique mais un ensemble de normes dont les détails peuvent fortement influencer ou déterminer des processus politiques fondamentaux"¹⁸. "En plus de garantir la stabilité constitutionnelle et politique, les dispositions relatives aux procédures qualifiées de modification de la constitution visent à obtenir un large consensus ; cela renforce la légitimité de la constitution et, par conséquent, du système politique dans son ensemble"¹⁹.

26. Ceci est conforme à l'article 4 de la Charte démocratique interaméricaine qui stipule que : " La subordination constitutionnelle de toutes les institutions de l'État à l'autorité civile légalement

¹³ Voir la note de bas de page 9.

¹⁴ CDL-AD(2020)001, Rapport sur l'amendement constitutionnel, §§ 202-205.

¹⁵ Voir parmi beaucoup d'autres : Commission de Venise, CDL-AD(2011)001, Avis sur trois questions juridiques soulevées dans le processus de rédaction de la nouvelle Constitution de la Hongrie, §§ 18,19 ; CDL-AD(2013)010, Avis sur le projet de nouvelle Constitution de l'Islande, § 17.

¹⁶ Commission de Venise, CDL-AD(2019)015 - Paramètres sur les relations entre la majorité parlementaire et l'opposition dans une démocratie : Une liste de contrôle, paras. 66-67, 85, 113-114.

¹⁷ Commission de Venise, CDL-AD(2020)001, Rapport sur l'amendement constitutionnel, § 124. CDL-AD(2011)002, Avis sur le document de réflexion sur l'établissement et le fonctionnement de l'Assemblée constitutionnelle d'Ukraine.

¹⁸ CDL-AD(2020)001, Rapport sur l'amendement constitutionnel, § 5.

¹⁹ Ibidem, §§ 15, 38-39 ; CDL-AD(2015)014, Avis conjoint sur le projet de loi " sur l'introduction de changements et d'amendements à la Constitution " de la République kirghize, § 23.

constituée et le respect de l'État de droit de la part de toutes les institutions et secteurs de la société sont également essentiels à la démocratie"²⁰. L'exigence du respect de l'État de droit (et donc de la Constitution en vigueur) s'applique également à la Convention constitutionnelle, qui est une "institution étatique".

27. Le même point est développé dans l'avis consultatif sur la réélection présidentielle indéfinie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui déclare ce qui suit :

"71. Deuxièmement, l'article 3 de la Charte démocratique interaméricaine établit l'accès au pouvoir et son exercice - sous réserve de la primauté du droit - comme un élément constitutif de la démocratie représentative. *Dans une démocratie représentative, l'exercice du pouvoir doit être soumis à des règles fixées à l'avance et dont les citoyens sont préalablement informés afin d'éviter l'arbitraire. C'est précisément le sens de la notion d'État de droit.* Dans cette mesure, pour protéger les minorités, le processus démocratique exige certaines règles qui limitent le pouvoir de la majorité tel qu'il s'exprime dans les urnes. Par conséquent, ceux qui exercent temporairement le pouvoir politique ne peuvent être autorisés à apporter des changements sans limite aux règles d'accès à l'exercice du pouvoir. Identifier la souveraineté populaire à l'opinion majoritaire exprimée dans les urnes ne suffit pas pour qualifier un système de démocratie. Les véritables systèmes démocratiques respectent les minorités et l'institutionnalisation de l'exercice du pouvoir politique, qui est soumis à des limites légales et à un ensemble de contrôles"²¹.

ii. Comment la Commission estime-t-elle qu'il convient d'interpréter la règle énoncée à l'article 133 de la Constitution actuellement en vigueur, selon laquelle "la Convention adopte son règlement et ses règles de vote par un quorum de deux tiers de ses membres en exercice" ?

28. La Convention constitutionnelle du Chili a le droit d'adopter son propre règlement intérieur, mais elle est liée par les principes fondamentaux de la législation propre découlant de la Constitution existante telle que modifiée en 2019. Il doit y avoir une cohérence entre les règles telles qu'édictées dans la Constitution et le règlement de la Convention, et, plus généralement, entre les règles de la Constitution et son application par la Convention. La Convention, même si elle a un rôle aussi spécifique et fondamental à jouer, doit néanmoins respecter les principes fondamentaux de la procédure législative. Cela relève de l'exigence standard de la règle de droit, à savoir la congruence entre les règles juridiques et le comportement des fonctionnaires qui sont soumis à ces règles²². Les règles de procédure ont un impact majeur sur les résultats du processus. Elles jouent un rôle important pour que la future constitution soit considérée comme un bien commun.

29. Selon l'article 133 de la réforme de 2019, la Constitution établit un quorum de 2/3 pour l'adoption des normes (et des règles de procédure), et ce quorum ne peut pas être modifié par le Congrès. Le peuple a voté lors du référendum d'octobre 2020 sur la base et en supposant le respect des règles fixées dans la réforme constitutionnelle dans la loi 21.200, qui comprenait la majorité des 2/3 de l'article 133. La Convention a compris dans le règlement intérieur (Reglamento General de la Convención Constitucional) que ce quorum s'applique à l'approbation des "normes constitutionnelles" par la session plénière et aux nouvelles formulations et révisions par la Commission d'harmonisation de l'ensemble du texte (article 96). Il est clair pour tous les acteurs concernés que cette règle exige l'approbation à la majorité des 2/3 de chacune des normes constitutionnelles. Il y a eu un débat sur la question de savoir si la majorité des 2/3 s'étendait également à une dernière approbation, finale, de l'ensemble du texte (plutôt qu'à la seule approbation de chaque norme). Ce débat semble avoir été résolu dans le règlement de la

²⁰ <https://www.oas.org/en/democratic-charter/default.asp>

²¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, Serie A No. 28, § 71, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf. (Soulignement ajouté.)

²² Commission de Venise, CDL-AD(2016)007rev, Liste de contrôle de l'État de droit, A.2.

Convention, qui a approuvé l'exigence des 2/3 pour chaque norme, mais n'a pas exigé un vote final sur l'ensemble du texte²³.

30. Seule une majorité simple est requise pour l'approbation des propositions de normes par les Commissions –Ainsi, la Plénière de la Convention a pour tâche d'approuver la Constitution, et les Commissions ont une fonction délibérative et filtrent les propositions. Toutefois, si une proposition de la Commission est approuvée à la majorité mais par moins de 2/3 des membres de la Plénière, alors le texte retourne à la Commission et après une nouvelle délibération et une nouvelle proposition est présentée à la Plénière pour un second vote. Si le quorum des 2/3 n'est pas atteint, elle est rejetée, sauf dans le cas où les 3/5 des voix de la Plénière sont réunies (art. 97). Dans ce cas, le Règlement prévoit un référendum populaire ("plebiscito dirimente"), développé plus avant par le Reglamento de mecanismos, orgánica y metodologías de participación y educación popular constituyente²⁴. Cependant, nonobstant son inclusion dans le règlement de la Convention, un tel référendum nécessiterait d'abord une nouvelle réforme constitutionnelle, car il n'est pas envisagé dans le titre XV de la Constitution et ajoute une exigence qui change la règle des 2/3 des membres de la Convention pour leur approbation, introduisant un appel direct aux citoyens pour chaque proposition. Cette proposition de "plebiscito dirimente" est différente du référendum final (appelé "plebiscito de salida") exigé par le nouveau titre XV de la Constitution (voir paragraphe 32 ci-dessous).

31. Le règlement intérieur de la Convention et les règles de participation populaire ont ajouté certains mécanismes participatifs pendant les travaux de la Convention : des auditions avec la société civile et des experts, et l'initiative populaire pour les propositions à la Convention (avec au moins 15.000 signatures de 4 régions) ("iniciativa popular de normas"). Soixante-dix-huit initiatives ont obtenu le nombre minimum de signatures nécessaires avant le 1er février 2022, date de clôture du processus²⁵. Actuellement, elles sont examinées par une commission et font l'objet d'un vote en vue de leur examen et de leur approbation en plénière, en appliquant les mêmes règles qu'une proposition émanant d'un membre constitutif. Il convient d'évaluer positivement le fait que la Convention, en plus des mécanismes traditionnels de la procédure législative, a introduit des formes de démocratie participative. Il appartient à la Convention constitutionnelle de donner un suivi approprié et significatif à ces initiatives, sous peine de voir naître un éventuel sentiment de frustration, voire un manque de confiance dans le système.

32. Le référendum du nouveau Titre XV de la Constitution prévoit un vote obligatoire des citoyens pour approuver la nouvelle Constitution dans un délai d'environ 60 jours après la publication du décret du Président convoquant un référendum pour décider de l'approbation ou du rejet de la nouvelle Constitution, en termes binaires (Art. 142). Ce référendum donne aux citoyens le dernier mot sur la proposition de changement constitutionnel. En cas de rejet par les citoyens, la

²³ Ainsi, l'article 96 du Règlement de la Convention se lit comme suit :

"Artículo 96.- Aprobación de las normas constitucionales.

Finalizado el debate, la propuesta de norma constitucional será sometida a votación en el Pleno y se aprobará sin más trámite en caso de obtener el voto a favor de dos tercios de las y los convencionales en ejercicio.

El mismo quorum se requerirá para la aprobación de nuevas redacciones o de rectificaciones que, de conformidad al párrafo 6º de este Título, se realicen a las normas constitucionales ya incluidas en el proyecto de Constitución.

A medida que las normas constitucionales sean aprobadas por el Pleno se publicarán en el sitio web de la Convención".

Après l'approbation des normes par une majorité de 2/3, il y aura une "Commission d'harmonisation" qui élaborera des propositions d'amendement concernant le style, la cohérence et d'autres questions formelles. La Convention recevra des propositions sur ces amendements formels, et après avoir voté sur ces propositions, la Présidence de la Convention déclarera que le processus de révision du texte est terminé. Le texte qui en résulte sera la proposition de nouvelle Constitution (voir article 102 du Règlement de la Convention). Le Règlement de la Convention est disponible ici : <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-version-para-publicar-enero-2022.pdf> .

²⁴ Les art. 37-41 de ce Reglamento prévoient un vote obligatoire pour les personnes âgées de 18 ans et plus, et un vote volontaire pour les jeunes de 16 à 18 ans ; il s'agirait d'un plébiscite unique avec toutes les questions ; et le dernier mot sur les conséquences du vote reviendrait à la Commission d'harmonisation.

²⁵ Voir la note de bas de page n° 7.

Constitution actuelle reste en vigueur, sans que le nouveau titre XV ne prévoie rien pour l'avenir. Dans ce cas, la règle générale s'applique : la première (et ancienne) partie du titre XV sur la modification constitutionnelle. L'exigence d'un référendum final pour l'approbation de la Constitution est une autre raison de rechercher un consensus substantiel entre les forces politiques et la pluralité de la société civile chilienne, afin d'éviter que le plébiscite ne polarise davantage la société chilienne et que le soutien aux différentes alternatives (en faveur et contre la nouvelle Constitution) ne se divise selon les lignes partisans ordinaires.

iii. Quel est l'avis de la Commission sur la possibilité de transformer le Congrès national en un organe monocaméral ? Pensez-vous que cette mesure pourrait affecter la représentation politique en termes de décentralisation ?

33. Les questions relatives à la structure du pouvoir législatif appartiennent à un groupe de solutions constitutionnelles dans lesquelles le champ de liberté des États est très large. En fait, il est difficile de trouver une norme européenne ou internationale commune en ce qui concerne la structure organisationnelle du pouvoir législatif.

34. Il n'existe pas de règle générale en faveur ou contre le bicamérisme. Il existe différentes solutions en droit constitutionnel comparé aujourd'hui et dans le passé. Un certain nombre de pays démocratiques comme la Suède, la Finlande, la Hongrie, le Portugal, la Slovaquie, le Danemark et la Bulgarie n'ont pas de seconde chambre. Il est également intéressant de se référer à la discussion dynamique qui a lieu en Italie ou en Espagne autour du bicamérisme. Chaque pays a une tradition et des règles spécifiques sur la composition du Parlement, ainsi que sur les règles électorales et les fonctions de chaque chambre. Mais il ne s'agit pas d'une approche statique. Chaque tradition constitutionnelle évolue, et la tradition constitutionnelle applicable n'est donc pas en soi un obstacle définitif au passage d'un système bicaméral à un système monocaméral. Néanmoins, dans d'autres expériences constitutionnelles, une réforme de la seconde chambre a été plus fréquente que sa suppression (par exemple, les cas du Royaume-Uni, où la Chambre des Lords a été réformée le plus récemment en 1999 et 2014, de la Belgique en 2014 ou du Bundesrat allemand en 2007). Lorsqu'on parle de monocamérisme ou de bicamérisme, la théorie politique et constitutionnelle considère différents modèles. D'un premier point de vue, le bicamérisme institue le principe des freins et contrepoids au sein du pouvoir législatif. Après une longue évolution, la seconde chambre au Royaume-Uni et au Canada a pour fonction de "refroidir" ou de modérer la Chambre des communes. Aux États-Unis, le Sénat remplit la même fonction, mais fait également office de chambre territoriale ou fédérale, représentant les États. De nombreux pays dotés de structures fédérales, voire régionales et décentralisées, ont adopté ce système, avec des différences notables entre eux concernant les pouvoirs spécifiques et la composition de la seconde chambre. En revanche, le monocamérisme a souvent été lié à des moments révolutionnaires ou de démocratie radicale, depuis les Constitutions françaises de 1791 et 1793 (plus tard, la troisième Constitution de l'an III ou Thermidor a adopté le bicamérisme). En Espagne, la Constitution de Cadix de 1812 et la Constitution de la IIe République de 1931 sont également monocamérales. Depuis au moins 1828, la tradition chilienne est systématiquement bicamérale. Enfin, il est important de voir où et quand le Sénat a été aboli au cours des dernières décennies : dans le contexte latino-américain, cela s'est produit au Pérou (dans le cadre de la Constitution de 1993 de Fujimori et il n'a pas été réintroduit en 2018) et au Venezuela (dans le cadre de la Constitution de 1999 de Chavez), tous deux à l'époque de régimes autoritaires. Bien qu'il s'agisse d'un petit échantillon, ces cas suggèrent une corrélation possible en Amérique latine entre les régimes autoritaires ou populistes et l'élimination de la seconde chambre.

35. La Commission de Venise a produit quelques observations et réflexions sur la question du bicamérisme. Tout d'abord, dans les petits pays, un Sénat est moins fréquent que dans les grands²⁶ :

"Il semblerait que les secondes chambres soient particulièrement peu utiles dans les pays les plus petits ou les moins peuplés d'Europe (Danemark, Norvège, Suède, Finlande, Estonie, Lettonie, Lituanie, Portugal, Chypre, Malte, Grèce, Slovaquie, Bulgarie et Hongrie). En d'autres termes, tous ces pays de moins de 15 millions d'habitants jugent inutile le fonctionnement d'une seconde chambre. (...) De plus, l'absence d'une seconde chambre a obligé ces pays à créer des organes alternatifs pour représenter leurs divers intérêts économiques, culturels et sociaux en complément de leur chambre unique"²⁷.

36. Deuxièmement, dans le contexte du débat sur la décentralisation, également présent dans la discussion constitutionnelle actuelle au Chili, le rôle du Sénat est important :

"L'évolution récente de la régionalisation ou de la décentralisation inscrite dans la Constitution va dans le même sens. Tout État fortement décentralisé a besoin d'une seconde chambre pour assurer le dialogue entre le centre et la périphérie. Comme le Conseil de l'Europe considère la décentralisation, ou plus précisément l'autonomie locale, comme une composante essentielle de la démocratie, les secondes chambres ont manifestement un bel avenir"²⁸.

37. Troisièmement, un Sénat peut également avoir d'autres rôles importants. " Les secondes chambres sont souvent caractérisées comme incarnant une mesure particulière de sagesse, d'équilibre et d'expertise. Certaines chambres ont apporté des contributions exceptionnelles au processus législatif et à l'amélioration de la qualité de la législation"²⁹. Cela résulte en partie du temps supplémentaire dont elles disposent généralement pour mieux étudier les questions : " Les secondes chambres ont souvent plus de temps à leur disposition et peuvent s'intéresser à des sujets trop souvent négligés par les chambres basses confrontées à des questions plus urgentes"³⁰. Cette contribution qualitative compense le retard qui peut résulter de la discussion d'un projet de loi dans les deux chambres du Parlement au lieu d'une seule.

38. Une autre critique à l'encontre d'un Sénat est le coût des secondes chambres. Cependant, la Commission de Venise a constaté que :

"En pratique, ces arguments sont trop simplifiés et méritent une analyse plus approfondie. Le coût soi-disant élevé des secondes chambres est en réalité très relatif (...) le nombre de parlementaires dans les Etats monocaméraux et bicaméraux ne diffère pas significativement. Enfin, les systèmes monocaméraux comportent souvent une forme de chambre "fantôme", comme le Conseil d'État luxembourgeois, qui fait appel à des groupes d'experts, notamment des universitaires, pour examiner les projets de loi et les projets d'avis. Ces institutions ont également un coût"³¹.

39. La dernière critique est liée au caractère moins démocratique de certains Sénats, lorsque les membres sont sélectionnés au suffrage indirect (notamment dans certains Etats fédéraux). "Le suffrage indirect n'est pas en soi antidémocratique, mais il doit être fondé sur des règles claires et transparentes. Il n'est pas non plus mauvais d'utiliser une variété de méthodes pour sélectionner les membres des secondes chambres"³². Les différentes méthodes d'élection des secondes chambres sont souvent liées à d'autres types de représentation ou à la présence

²⁶ Le Chili, selon les données de 2020, compte plus de 20 millions d'habitants. CDL(2006)059rev, Rapport sur les secondes chambres en Europe, "Complexité parlementaire ou nécessité démocratique ?" par Patrice Gélard ;

²⁷ CDL-AD(2006)059rev, Rapport sur les secondes chambres en Europe, § 31.

²⁸ Ibidem, § 33.

²⁹ Ibidem, § 40.

³⁰ Ibidem, § 42.

³¹ Ibidem, § 30.

³² Ibidem, § 36.

d'autres groupes : "On n'a pas accordé suffisamment d'attention à la possibilité qu'ils offrent de représenter des groupes dont la présence à la chambre basse est limitée ou inexistante"³³.

40. Le bicamérisme était une tendance commune dans les pays d'Europe centrale et orientale au début de la transformation politique des années 1990. Dans la plupart de ces pays, le parlement bicaméral était considéré comme un retour à une tradition démocratique, après une période de régime autoritaire. À la lumière de cette expérience européenne, le Forum des Sénats 2000 a souligné, entre autres, les caractéristiques suivantes concernant le rôle du bicamérisme:

- renforcer les systèmes démocratiques en diversifiant la représentation et en intégrant tous les membres de la nation ;
- faciliter le processus de décentralisation et contribuer à la régulation des relations entre les autorités locales et régionales et le gouvernement central³⁴.

41. L'analyse de la nécessité du bicamérisme et la réponse à la question de savoir s'il s'agit d'une nécessité démocratique doivent donc être faites dans la situation concrète d'un État particulier. C'est également le cas au Chili où le bicamérisme fait partie de la tradition constitutionnelle du système politique dans le contexte des freins et contrepoids de la forme présidentielle du gouvernement.

42. La Commission de Venise considère que le débat sur le bicamérisme est lié à ceux de la forme de l'Etat et de la forme du gouvernement, et que les solutions proposées doivent être cohérentes avec eux. En effet, le bicamérisme est souvent une réponse aux différences régionales, à la multiethnicité et au multiculturalisme. Dans une société où ces aspects revêtent une importance accrue, le bicamérisme est à recommander³⁵. La seconde chambre peut jouer un rôle fondamental dans le maintien de l'équilibre entre le centre et les composantes de l'Etat et être ainsi une sorte de garant de la répartition verticale du pouvoir entre le centre et les parties ou régions composantes, voire les groupes, d'un Etat, comme le souligne l'avis du Forum des Sénats cité plus haut. Une seconde chambre conçue de manière appropriée peut jouer un rôle important en termes de représentation territoriale en : (a) renforçant les systèmes démocratiques par la diversité de la représentation et (b) renforçant la garantie des droits des populations autochtones. En outre, le bicamérisme est également une garantie pour les freins et contrepoids typiques d'un système présidentiel et deux organes différents sont nécessaires pour la mise en accusation du président et de certaines autres autorités.

iv. Si la forme de gouvernement est remplacée, le mandat présidentiel et le mandat des membres du Congrès national pourraient-ils être modifiés ?

43. Il n'est pas tout à fait clair si la question est censée s'appliquer uniquement aux mandats de l'actuel président et des membres du Congrès en vertu de la Constitution actuelle du Chili, ou également aux modifications des mandats du président et des législateurs en vertu de la nouvelle constitution. La Commission de Venise abordera donc les deux questions.

44. En ce qui concerne les conséquences d'un éventuel changement de régime sur le mandat actuel du Président et des membres du Congrès, la Commission de Venise tient à souligner d'emblée qu'elle n'a exprimé aucune préférence pour un système parlementaire ou présidentiel. Il s'agit d'un choix qui appartient au pouvoir constituant dans chaque cas. La tradition et

³³ Ibidem, § 38.

³⁴ Forum des Sénats du monde : Le Bicamérisme, une idée d'avenir, Paris, Publications du Sénat, 2000, p. 113,

³⁵ Selon Patrice Gélard, il est "parfaitement compréhensible que les petits pays et ceux qui sont en train d'établir leur système démocratique estiment que les secondes chambres ne sont pas indispensables. Mais elles sont nécessaires, et le deviendront de plus en plus, dans les Etats ... constitutionnellement régionalisés ou fortement décentralisés, où les secondes chambres représentent des zones géographiques alors que les premières chambres représentent des peuples" : CDL(2006)059rev, Rapport sur les secondes chambres en Europe, "Complexité parlementaire ou nécessité démocratique ?".

l'expérience pratique antérieure peuvent jouer un rôle dans ce choix. Ce qui est pertinent pour la Commission de Venise, c'est la manière de préserver une véritable séparation des pouvoirs avec un système efficace d'équilibre des pouvoirs entre les institutions :

"Le choix entre un système présidentiel et un système parlementaire est un choix politique qui doit être fait librement par chaque État. Cependant, le système choisi doit être aussi clair que possible, et les dispositions ne doivent pas créer de place pour des complications inutiles et des conflits politiques. Si un système présidentiel est choisi, certaines exigences minimales en matière d'influence et de contrôle parlementaires doivent être remplies. Dans un système parlementaire, en revanche, les exigences fondamentales découlant du principe de la séparation des pouvoirs doivent être respectées"³⁶.

45. En outre :

"Chaque État a le droit de choisir son propre système politique, qu'il soit présidentiel ou parlementaire, ou mixte. Ce droit n'est cependant pas inconditionnel. Les principes de la séparation des pouvoirs et de l'État de droit doivent être respectés, ce qui exige que des contrôles et des équilibres suffisants soient intégrés dans le système politique conçu. Chaque constitution est un ensemble complexe de freins et de contrepoids et chaque disposition, y compris celles qui existent déjà dans la constitution d'un autre pays, doit être examinée au regard de ses mérites pour l'équilibre des pouvoirs dans son ensemble"³⁷.

46. Une première question à étudier est celle de la limitation de la durée du mandat présidentiel. Il n'existe pas de droit de l'homme spécifique et distinct à la réélection³⁸. Dans son rapport sur la limitation des mandats (Partie I-Présidents)³⁹, la Commission de Venise note qu'il existe une variété de régimes juridiques différents sur la limitation des mandats présidentiels, en fonction de chaque constitution et tradition constitutionnelle. La constitution actuelle du Chili est un exemple de limitation des mandats consécutifs (sans nombre maximum), comme celles du Pérou, de l'Uruguay et de la Suisse. La tendance générale est d'inclure certaines limitations dans les systèmes présidentiels : "Presque tous les États qui ont adopté un système présidentiel ou semi-présidentiel imposent des limitations constitutionnelles au nombre de mandats (successifs) d'un président afin de préserver un système d'équilibre des pouvoirs constitutionnel"⁴⁰. C'est le cas de la Colombie depuis 2015, où elle est revenue à une interdiction absolue de réélection, ajoutant que cette interdiction ne peut désormais être modifiée que par référendum ou assemblée constituante. La constitution équatorienne de 2018 n'autorise qu'une seule réélection pour un même poste. Dans les systèmes semi-présidentiels, nous pouvons mentionner le cas du système français qui, depuis 2008, limite à deux mandats les mandats présidentiels consécutifs. L'important est d'éviter une réélection illimitée, comme c'est le cas au Venezuela depuis 2009. Le cas de la Bolivie va également à l'encontre de la tendance à la limitation des mandats. Toutefois, "de l'avis de la Commission, et à la lumière de l'analyse comparative des constitutions des 58 pays considérés, l'abolition des limites à la réélection présidentielle représente un recul en termes d'acquis démocratique, du moins dans les systèmes présidentiels ou semi-présidentiels"⁴¹.

47. Le lieu d'ancrage de la limitation des mandats présidentiels est la Constitution⁴². L'objectif de la limitation des mandats est d'empêcher l'abus de pouvoir par le président :

³⁶ Commission de Venise, CDL-AD(2003)019, Avis sur trois projets de loi proposant des amendements à la Constitution de l'Ukraine, paragraphe 14.

³⁷ Commission de Venise, CDL-AD(2017)005, Avis sur les amendements à la Constitution de la Turquie, paragraphe 124.

³⁸ Voir Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Série A n° 28 ., paragraphe 102.

³⁹ Commission de Venise, CDL-AD(2018)010, Rapport sur la limitation des mandats, partie 1 - Présidents.

⁴⁰ Ibidem, § 90.

⁴¹ Ibidem, § 101.

⁴² Ibidem, § 127.

"La limitation du mandat présidentiel est courante dans les systèmes présidentiels et semi-présidentiels, et existe également dans les systèmes parlementaires (dans lesquels le chef de l'État est élu directement ou indirectement), alors que dans ces derniers systèmes, elle n'est pas imposée aux premiers ministres, dont le mandat, contrairement à celui des présidents, peut être retiré par le Parlement à tout moment. Dans les systèmes présidentiels et semi-présidentiels, la limitation de la durée du mandat présidentiel constitue donc un frein au risque d'abus de pouvoir de la part du chef de l'exécutif. En tant que telles, elles poursuivent les objectifs légitimes de protection des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit. (...) La restriction du droit d'éligibilité des présidents en exercice découle d'un choix souverain du peuple dans la poursuite des buts légitimes d'intérêt général susmentionnés, qui prévalent sur le droit du président en exercice. Les critères d'une telle restriction doivent être à la fois objectifs et raisonnables et ne peuvent être discriminatoires dans la mesure où ils doivent être neutres et ne doivent pas être imposés ou supprimés de manière à écarter prématurément une personne de ses fonctions ou à garantir le maintien en fonction d'une personne actuellement en poste (c'est-à-dire en supprimant la limitation des mandats). Ce risque peut être écarté si ces changements ne profitent pas au titulaire du poste." (paragraphe 120).

48. En conclusion, "la limitation des mandats peut favoriser la responsabilisation des élus en aidant à prévenir les concentrations inappropriées de pouvoir " (paragraphe 126)⁴³.

49. En ce qui concerne les délais pour les membres du parlement, la Commission de Venise a souligné que :

"69. Les députés, contrairement aux présidents, exercent un mandat représentatif et font partie d'un organe collégial. Il n'est donc pas nécessaire de limiter la durée des mandats des députés pour empêcher l'équivalent d'un exercice illimité du pouvoir par l'exécutif. Des recherches universitaires soutiennent l'idée que la limitation du nombre de mandats des députés peut avoir un effet positif en évitant la concentration du pouvoir entre les mains de quelques politiciens professionnels et en favorisant une représentation plus précise et une plus grande réactivité des représentants élus envers l'électorat. Cependant, elles affaiblissent également le pouvoir du législateur vis-à-vis de l'exécutif et diminuent le rôle du législateur, même lorsque les deux branches sont soumises à des limites similaires. Ils peuvent également accroître l'influence des dirigeants des partis, ainsi que des groupes de pression et du personnel législatif, contribuant ainsi à une migration du pouvoir des représentants élus vers des fonctionnaires non élus, ce qui risque d'avoir un impact sur la capacité des électeurs à demander des comptes aux représentants.

70. Dans l'ensemble, la Commission ne recommande donc pas l'introduction d'une limitation des mandats pour les parlementaires, bien qu'elle reconnaisse qu'il appartient à chaque système constitutionnel ou juridique de décider de leur opportunité à la lumière des circonstances particulières qui prévalent et de la volonté de la population. La Commission est néanmoins d'avis que si des limites de mandat doivent être introduites pour un organe législatif, elles devraient être moins strictes que celles qui s'appliquent à un organe exécutif⁴⁴.

50. Passons plutôt à la deuxième interprétation de la question posée : un changement fondamental du système politique chilien pourrait-il entraîner la fin du mandat de l'actuel président et des membres actuels du Congrès ? Il est important de noter tout d'abord que les termes de la Constitution actuelle qui établissent et délimitent les travaux de la Convention

⁴³ Voir aussi, généralement, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, Serie A No. 28.

⁴⁴ Commission de Venise, CDL-AD(2019)007, Rapport sur la limitation des mandats - Partie II, Membres du Parlement, et Partie III, Représentants élus au niveau sous-national et local et responsables exécutifs élus au niveau sous-national et local, §§ 69-70.

constitutionnelle imposent certaines restrictions à la capacité de la nouvelle Constitution de mettre fin au mandat des représentants actuellement élus. L'article 138 stipule : " La nouvelle Constitution ne pourra pas mettre fin de manière anticipée au mandat des autorités élues en votation populaire, à moins que les institutions qui en font partie ne soient supprimées ou soumises à une modification substantielle". "Plus généralement, la question de la garantie du mandat des organes élus diffère de celle de l'inamovibilité des juges ou des membres d'institutions étatiques telles que l'Ombudsman ou le Conseil supérieur de la magistrature (qui n'existent pas dans le système constitutionnel chilien actuel), qui vise à protéger ces institutions de toute ingérence dans leur travail indépendant. Le Président et le Congrès chiliens ont été élus au suffrage direct pour exercer les fonctions prévues par la Constitution actuelle. Si les dispositions institutionnelles et les tâches qui leur sont attribuées devaient changer de manière substantielle, le mandat qui leur a été confié par l'électorat serait affecté et il est raisonnable d'attendre que l'électorat ait la possibilité de choisir qui doit accomplir les nouvelles tâches⁴⁵. Si la nouvelle Constitution entraîne un changement de régime, il sera essentiel à la fois de respecter l'article 138 existant et d'inclure des dispositions transitoires adéquates pour régler l'expiration du mandat des titulaires de fonctions élus sous la précédente Constitution et la tenue de nouvelles élections, tout en assurant la stabilité et la continuité institutionnelles.

v. Considérez-vous qu'il soit opportun d'éliminer le Tribunal constitutionnel de l'éventuelle nouvelle Constitution du Chili ? Quelle est votre opinion sur la compétence de cet organe pour exercer un contrôle préalable de constitutionnalité, et cette forme de contrôle préalable est-elle conforme à un système démocratique ? Si le Tribunal constitutionnel devait être supprimé, devrait-il y avoir encore un système de contrôle de constitutionnalité ; quelles compétences et quel organe devrait les exercer ?

51. La Commission de Venise a toujours soutenu l'existence d'un contrôle constitutionnel, bien que ce contrôle judiciaire puisse prendre différentes formes institutionnelles :

"La Commission de Venise recommande généralement de prévoir une cour constitutionnelle ou un organe équivalent. Ce qui est essentiel, c'est une garantie effective de la conformité de l'action gouvernementale, y compris la législation, avec la Constitution. Il peut y avoir d'autres moyens d'assurer cette conformité. Par exemple, le droit finlandais prévoit à la fois un contrôle a priori de la constitutionnalité par la Commission du droit constitutionnel et un contrôle judiciaire a posteriori dans le cas où l'application d'une disposition législative entraînerait un conflit évident avec la Constitution. Dans le contexte national spécifique, cela s'est avéré suffisant"⁴⁶.

52. Il existe des systèmes constitutionnels dans lesquels une Cour suprême de compétence plus générale est responsable du contrôle constitutionnel et où aucune Cour constitutionnelle distincte n'a été établie. Cependant, la Commission de Venise a toujours été favorable à la création d'une cour constitutionnelle séparée et spécialisée, en particulier dans les démocraties plus récentes⁴⁷. Une cour constitutionnelle spécialisée peut offrir une protection plus efficace des droits de l'homme, de la séparation des pouvoirs, de la légalité constitutionnelle et de la suprématie de la constitution qu'une Cour suprême où le contrôle constitutionnel est une tâche

⁴⁵ La Commission de Venise a déclaré : " Il est légitime de remplacer des ministres et d'autres titulaires de fonctions politiques à la suite d'élections ; mais si, dans le système national, une institution jouit d'une certaine autonomie ou, a fortiori, est définie comme " indépendante ", remplacer des titulaires de fonctions clés en raison du changement de majorité politique et sous prétexte d'une réforme législative semble aller à l'encontre de la Constitution et de l'Etat de droit " : CDL-AD(2021)012, Avis sur les projets d'amendements à la loi sur le service de poursuite de l'Etat et le projet de loi sur le bureau du procureur pour le crime organisé et la corruption du Monténégro, §30). Voir également, pour les institutions indépendantes, CDL-PI(2020)014, Urgent Mémoire Amicus Curiae conjoint de la Commission de Venise et de la Direction Générale des Droits de l'Homme et de l'Etat de Droit (DGI) du Conseil de l'Europe sur trois questions juridiques concernant le mandat des membres des organes constitutionnels en République de Moldova, § 19, § 28).

⁴⁶ Commission de Venise, CDL-AD(2016)007rev, liste de contrôle de l'Etat de droit, paragraphe 108.

⁴⁷ CDL-AD(2016)025, Avis conjoint sur le projet de loi " sur l'introduction d'amendements et de changements à la Constitution " de la République kirghize, paragraphe 47 ; Liste de contrôle de l'état de droit, § 108.

parmi d'autres. En outre, l'expertise nécessaire au contrôle constitutionnel peut être différente de celle typique d'une cour d'appel. En outre, la légitimité du contrôle constitutionnel, y compris le rôle de "législateur négatif", pose des exigences particulières pour la composition de la cour et la procédure de nomination de ses membres - exigences qui diffèrent de celles qui s'appliquent à une Cour suprême en tant que juridiction d'appel ordinaire. Tous ces points de vue plaident en faveur d'une cour constitutionnelle distincte et spécialisée.

53. Des exigences plus spécifiques pour un système adéquat de contrôle judiciaire constitutionnel peuvent également être identifiées :

" Le contrôle juridictionnel complet de la constitutionnalité est en effet le moyen le plus efficace d'assurer le respect de la Constitution et comporte plusieurs aspects.... Tout d'abord, la question du *locus standi* est très importante : laisser la possibilité de demander un contrôle de constitutionnalité au seul pouvoir législatif ou exécutif peut limiter fortement le nombre de cas et donc la portée du contrôle. L'accès individuel à la juridiction constitutionnelle a donc été développé dans une grande majorité de pays, du moins en Europe. Cet accès peut être direct ou indirect (par le biais d'une objection soulevée devant une juridiction ordinaire, qui renvoie la question à la juridiction constitutionnelle)⁴⁸. Deuxièmement, il ne devrait pas y avoir de limitation quant aux types d'actes qui peuvent être soumis au contrôle de constitutionnalité : il doit être possible de le faire pour les actes normatifs (généraux) ainsi que pour les actes individuels (administratifs ou judiciaires). Toutefois, un intérêt individuel peut être exigé de la part d'un requérant privé"⁴⁹.

54. En ce qui concerne la nomination/élection des juges d'une Cour constitutionnelle, la Commission de Venise a déjà déclaré que la composition d'une Cour constitutionnelle et la procédure de nomination des juges de la Cour constitutionnelle sont parmi les questions les plus importantes et les plus délicates de l'arbitrage constitutionnel et de la préservation d'un système crédible de primauté du droit constitutionnel⁵⁰. Il est nécessaire de garantir à la fois l'indépendance des juges de la Cour constitutionnelle et d'impliquer les différents organes de l'État et les forces politiques dans le processus de nomination, afin que les juges soient perçus comme n'étant pas simplement l'instrument de l'une ou l'autre force politique⁵¹. La Commission de Venise a également recommandé que, si les juges constitutionnels sont élus par le Parlement, leur élection se fasse à la majorité des deux tiers avec un mécanisme contre les blocages, et que le mandat des juges constitutionnels ne soit pas renouvelable⁵².

55. En ce qui concerne le nombre de juges, la Commission de Venise a déclaré dans le passé qu'" il serait préférable que le nombre de juges de la Cour constitutionnelle soit impair. Un nombre pair de juges ferait peser une responsabilité trop lourde sur le président qui, en cas d'égalité des voix, serait en pratique contraint de prendre seul la décision en utilisant sa voix prépondérante."⁵³

56. En droit constitutionnel comparé, la forme paradigmatique du contrôle juridictionnel est le contrôle *a posteriori*. Il existe néanmoins au moins quelques mécanismes de contrôle *a priori* dans de nombreux systèmes constitutionnels. La France est probablement l'exemple le plus connu, mais le contrôle *ex ante* ou préventif pour certaines questions existe également dans

⁴⁸ Commission de Venise, CDL-AD(2021)001, Rapport révisé sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2021\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)001-e), §§ 42 et suivants.

⁴⁹ Liste de contrôle de l'état de droit, para. 109

⁵⁰ Commission de Venise, CDL-AD(2013)032, Avis sur le projet final de Constitution de la République tunisienne, § 126.

⁵¹ CDL-AD(2004)043 Avis sur la proposition d'amendement de la Constitution de la République de Moldova (introduction de la plainte individuelle auprès de la cour constitutionnelle), paragraphes 18-19.

⁵² Avis sur les projets d'amendements à trois dispositions constitutionnelles relatives à la Cour constitutionnelle, au Procureur suprême de l'État et au Conseil judiciaire du Monténégro ; voir également : CDL-AD(2007)047, §§ 122,123 ; CDL-AD(2012)024, § 35 ; CDL-AD(2011)040 § 24 ; CDL-AD (2017)001 §§ 58-59.

⁵³ CDL(1995)045, Avis sur les projets d'amendements à la Constitution de la République de Hongrie, § 11 ; CDL-JU(1997)034rev2 Rapport sur la composition de la Cour constitutionnelle et tableau comparatif, page 23, section 9.

d'autres pays. Par exemple, en Espagne, le contrôle *ex ante* existe pour les traités internationaux (article 95 de la Constitution espagnole) et pour les statuts d'autonomie des communautés autonomes (article 79 de la loi organique du Tribunal constitutionnel, introduite en 2015). Bien qu'il s'agisse de l'exception à la règle plus générale du contrôle *ex post*, les objectifs de ces mécanismes semblent justifier un tel contrôle préventif : prévenir l'incompatibilité entre la Constitution et les traités internationaux ou prévenir un conflit de légitimité entre le Parlement régional et le Parlement national. Pour ces raisons, la Commission de Venise a noté dans le passé que,

"Le contrôle constitutionnel *ex ante* est considéré dans de nombreux pays, c'est-à-dire avant la promulgation de la législation, comme un dispositif très important pour garantir la constitutionnalité de la législation. Néanmoins, il n'existe pas de norme européenne commune en ce qui concerne les initiateurs et les modalités concrètes de ce contrôle. Les États décident, en fonction de leurs propres traditions constitutionnelles et de leurs besoins spécifiques, quels organes, et dans quelle mesure, sont autorisés à effectuer un contrôle *a priori* et qui devrait avoir le droit de l'initier"⁵⁴.

57. Parmi ces différents modèles institutionnels, la Commission de Venise a conclu dans le passé, sur la base de la pratique constitutionnelle comparée, que " la Cour constitutionnelle doit être considérée comme le seul organe et le mieux placé pour effectuer un contrôle contraignant *ex ante*"⁵⁵. En même temps, il est vrai que le contrôle *ex ante* peut être considéré comme plus problématique du point de vue de la séparation des pouvoirs. Pour cette raison, " pour éviter de politiser à l'excès le travail de la Cour constitutionnelle et son autorité en tant qu'organe judiciaire, le droit d'initier un contrôle *ex ante* devrait être accordé de manière plutôt restrictive"⁵⁶. En outre, le contrôle *ex ante* peut être organisé de manière à minimiser le risque ou l'impression d'ingérence inappropriée d'un organe judiciaire dans le processus législatif démocratique. Si l'on entend par contrôle constitutionnel *ex ante* le contrôle qui a lieu après l'adoption par le Parlement mais avant l'entrée en vigueur de la loi, par exemple, le risque est un peu moins prononcé. En revanche, exiger un seuil de voix plus bas pour l'exercice du contrôle *ex ante* que pour le contrôle *ex post* de la législation (comme c'est actuellement le cas au Chili) semble à la Commission de Venise être sans précédent et augmenter le risque de politisation.

vi. En ce qui concerne la compatibilité avec les normes internationales

- a. du système d'évaluation pour tous les juges ;
- b. des mandats fixes pour les juges des Cours d'appel et de la Cour suprême ;
- c. de la suppression de l'immunité judiciaire ;
- d. de la création d'un organe autonome chargé de la gestion du pouvoir judiciaire (Conseil judiciaire), composé de représentants des pouvoirs publics, de membres de la société civile et de peuples autochtones ;
- e. de l'introduction d'une juridiction autochtone spéciale, chargée de rendre justice aux membres des peuples autochtones ;
- f. de l'introduction d'une perspective de genre dans la fonction juridictionnelle ;
- g. de l'exigence de la parité des sexes dans la structure judiciaire.

58. Il convient de souligner d'emblée que l'indépendance du pouvoir judiciaire est un élément clé de l'État de droit : "L'exercice du pouvoir législatif et exécutif devrait pouvoir être contrôlé quant à sa constitutionnalité et sa légalité par un pouvoir judiciaire indépendant et impartial. Un pouvoir judiciaire performant, dont les décisions sont effectivement appliquées, est de la plus

⁵⁴ CDL-AD(2011)001 Avis sur trois questions juridiques soulevées dans le cadre du processus de rédaction de la nouvelle Constitution de la Hongrie, paragraphes 34-35.

⁵⁵ CDL-AD(2011)001 Avis sur trois questions juridiques soulevées dans le cadre du processus de rédaction de la nouvelle Constitution de la Hongrie, paragraphe 37.

⁵⁶ CDL-AD(2011)001 Avis sur trois questions juridiques soulevées dans le cadre du processus de rédaction de la nouvelle Constitution de la Hongrie, paragraphe 37.

haute importance pour le maintien et le renforcement de l'État de droit⁵⁷. "Le pouvoir judiciaire doit être indépendant. L'indépendance signifie que le pouvoir judiciaire est libre de toute pression extérieure et qu'il n'est pas soumis à une influence ou à une manipulation politique, en particulier de la part du pouvoir exécutif. Cette exigence fait partie intégrante du principe démocratique fondamental de la séparation des pouvoirs. Les juges ne doivent pas être soumis à une influence ou à une manipulation politique⁵⁸.

59. Selon la Commission de Venise " Les principes fondamentaux garantissant l'indépendance du pouvoir judiciaire doivent être énoncés dans la Constitution ou dans des textes équivalents⁵⁹. Ensuite, la Constitution ou une loi organique ou équivalente, et non un statut ordinaire, devrait définir les mécanismes de préservation de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

60. L'indépendance judiciaire n'est pas une fin en soi, mais son objectif est lié à la préservation des droits fondamentaux des citoyens : "L'indépendance du pouvoir judiciaire a à la fois une composante objective, en tant que qualité indispensable du pouvoir judiciaire en tant que tel, et une composante subjective en tant que droit d'un individu à voir ses droits et libertés déterminés par un juge indépendant. Sans juges indépendants, il ne peut y avoir de mise en œuvre correcte et légale des droits et libertés. L'indépendance du pouvoir judiciaire n'est pas un privilège personnel des juges mais elle est justifiée par la nécessité de permettre aux juges de remplir leur rôle de gardiens des droits et des libertés du peuple"⁶⁰.

a. Système d'évaluation

61. Concernant la possibilité que les juges soient soumis à un système d'évaluation :
"Les évaluations régulières des performances d'un juge sont des instruments importants permettant au juge d'améliorer son travail et peuvent également servir de base à une promotion. Il est important que l'évaluation soit principalement qualitative et qu'elle se concentre sur les compétences professionnelles, les compétences personnelles et les compétences sociales du juge. Il ne devrait pas y avoir d'évaluation sur la base du contenu des décisions et des verdicts, et en particulier, des critères quantitatifs"⁶¹.

62. En ce qui concerne les critères quantitatifs, la Commission a ajouté que " la qualité de la performance d'un juge ne peut être mesurée en comptant le nombre d'affaires traitées, quelle que soit leur complexité, ou le nombre de jugements confirmés en instance supérieure"⁶².

63. En outre, " l'évaluation ne doit pas être considérée comme un outil de contrôle des juges, mais au contraire, comme un moyen de les encourager à s'améliorer, ce qui se répercutera sur le système dans son ensemble "⁶³. A cet égard, le principe de la primauté de l'indépendance doit être respecté. Comme l'a expliqué le Conseil Consultatif des Juges Européens :

⁵⁷ CDL-AD(2016)007, Liste de contrôle de la règle de droit, § 39.

⁵⁸ Ibidem, § 74. Voir également Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C n° 268, paragraphe 188 : " l'un des principaux objectifs de la séparation des pouvoirs publics est de garantir l'indépendance des juges. L'objectif de protection découle de la nécessité d'éviter que le système judiciaire, en général, et ses membres, en particulier, soient soumis à d'éventuelles contraintes indues dans l'exercice de leur fonction par des organes extérieurs au pouvoir judiciaire ou même par les juges qui exercent des fonctions de révision ou de recours."

⁵⁹ CDL-AD(2010)004, Rapport sur l'indépendance du système judiciaire Partie I : l'indépendance des juges, paragraphe 22.

⁶⁰ Ibidem, § 6.

⁶¹ CDL-AD(2011)012, Avis conjoint sur la loi constitutionnelle relative au système judiciaire et au statut des juges du Kazakhstan, § 55.

⁶² CDL-AD(2014)007, Avis conjoint de la Commission de Venise et de la Direction des droits de l'homme (DHR) de la Direction générale des droits de l'homme et de l'État de droit (DGI) du Conseil de l'Europe sur le projet de loi modifiant et complétant le code judiciaire (système d'évaluation des juges) de l'Arménie ; § 34.

⁶³ Ibidem, § 24.

" la règle fondamentale pour toute évaluation individuelle des juges doit être le respect total de l'indépendance judiciaire. Lorsqu'une évaluation individuelle a des répercussions sur la promotion, le salaire ou la retraite du juge, voire entraîne sa révocation, le juge évalué risque de ne pas rendre la justice en s'appuyant sur l'interprétation objective des faits et du droit, mais en agissant de manière à plaire aux évaluateurs"⁶⁴.

b. Mandats fixes pour le service judiciaire

64. La Commission de Venise a clairement indiqué que "Des mandats limités ou renouvelables peuvent rendre les juges dépendants de l'autorité qui les a nommés ou qui a le pouvoir de les renommer"⁶⁵. "Tout renouvellement éventuel d'un mandat pourrait nuire à l'indépendance et à l'impartialité des juges"⁶⁶. Pour cette raison, la Commission de Venise recommande vivement que le mandat des juges prenne fin avec la retraite⁶⁷.

65. En outre, la Commission a précisé que "l'âge de la retraite des juges doit être clairement défini dans la législation. Tout doute ou ambiguïté doit être évité et un organe prenant des décisions sur la retraite ne doit pas pouvoir exercer de pouvoir discrétionnaire[...]"⁶⁸. "[...] La Commission de Venise a exprimé de fortes critiques à l'égard de la réduction de l'âge de la retraite lorsqu'elle s'applique aux juges en exercice, mais n'a pas exprimé d'objection de principe à l'allongement de l'âge de la retraite, si les juges en exercice conservent la possibilité de prendre leur retraite selon les règles actuelles"⁶⁹.

66. Selon les normes internationales, les juges ne peuvent être démis de leurs fonctions que par une décision d'un organe indépendant pour cause de violation grave des dispositions disciplinaires ou pénales établies par la loi, à l'issue d'une procédure régulière et avec la possibilité de faire appel de la décision de révocation devant une autorité judiciaire supérieure⁷⁰. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a également confirmé ces principes de manière décisive⁷¹.

c. Extinction de l'immunité judiciaire

67. La Commission de Venise a déclaré que "Il est indiscutable que les juges doivent être protégés contre toute influence extérieure induue. À cette fin, ils devraient bénéficier d'une immunité fonctionnelle - mais uniquement fonctionnelle - (immunité de poursuites pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, à l'exception des délits intentionnels, par exemple l'acceptation de pots-de-vin)"⁷².

⁶⁴ Avis n° 17 (2014) du Conseil consultatif de juges européens (CCJE), " L'évaluation du travail des juges, la qualité de la justice et le respect de l'indépendance des juges ". Par. 6.

⁶⁵ CDL-AD(2016)007, Liste de contrôle de la règle de droit, §76.

⁶⁶ CDL-AD(2002)012, Avis sur le projet de révision de la Constitution de la Roumanie, §57.

⁶⁷ CDL-AD(2010)004, Rapport sur l'indépendance du système judiciaire Partie I, § 35.

⁶⁸ CDL-AD(2013)034, Avis sur les propositions modifiant le projet de loi sur les amendements à la constitution visant à renforcer l'indépendance des juges d'Ukraine, §52.

⁶⁹ CDL-AD(2018)028, Avis sur les dispositions constitutionnelles et la séparation des pouvoirs et l'indépendance du pouvoir judiciaire et des forces de l'ordre de Malte, § 42.

⁷⁰ CDL-AD(2010)007, Liste de contrôle de l'état de droit, page 20, repères ii, iii et iv..., §78 ; CDL-AD(2016)009, Avis final sur le projet révisé d'amendements constitutionnels sur le pouvoir judiciaire (15 janvier 2016) de l'Albanie, §34 ; CDL-AD(2014)006, Avis conjoint de la Commission de Venise et de la Direction des droits de l'homme (DHR) de la Direction générale des droits de l'homme et de l'État de droit du Conseil de l'Europe, et du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'OSCE (OSCE/BIDDH) sur le projet de loi sur la responsabilité disciplinaire des juges de la République de Moldavie, §12.

⁷¹ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, para. 67-68, 75-79.

⁷² CDL-AD(2010)004-e. *Rapport sur l'indépendance du système judiciaire Partie I : L'indépendance des juges adopté par la Commission de Venise lors de sa 82e session plénière (Venise, 12-13 mars 2010)*. Par. 61.

68. Ce qui précède, compte tenu du fait que " [s]i des sauvegardes fonctionnelles sont nécessaires pour garantir l'indépendance des juges contre toute influence extérieure induite, une large immunité ne l'est pas "⁷³.

69. En outre, il convient de noter que " [l]'immunité judiciaire n'est pas une fin en soi, mais sert l'indépendance du juge qui doit pouvoir statuer sur des affaires sans craindre une responsabilité civile ou pénale pour une décision judiciaire rendue de bonne foi"⁷⁴. "[L]a justification de l'immunité procédurale des juges - lorsqu'elle existe - ne peut être de protéger le juge contre des poursuites pénales, mais seulement contre les fausses accusations portées contre un juge afin d'exercer des pressions sur lui"⁷⁵.

d. Organe autonome qui assure la formation et la sélection des juges

70. La Commission de Venise tient tout d'abord à souligner que, quel que soit le type d'organisme chargé de la formation et de la sélection des juges, il doit être établi que " les règles institutionnelles doivent être conçues de manière à garantir la sélection de juges hautement qualifiés et personnellement fiables"⁷⁶. En outre, la réglementation de la formation et de la sélection des juges doit être garantie par la Constitution, au même titre que les "principes fondamentaux assurant l'indépendance du pouvoir judiciaire"⁷⁷. De plus, les normes internationales favorisent un système avec " une dépolitisation importante du processus"⁷⁸. De même, "[l]'autorité qui prend les décisions relatives à la sélection et à la carrière des juges doit être indépendante des pouvoirs exécutif et législatif"⁷⁹. Par conséquent, " toutes les décisions concernant la nomination et la carrière professionnelle des juges doivent être fondées sur le mérite, en appliquant des critères objectifs dans le cadre de la loi"⁸⁰.

71. La Commission de Venise estime que le fait qu'un conseil judiciaire indépendant exerce une influence décisive sur les décisions relatives à la nomination et à la carrière des juges constitue une méthode appropriée pour garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire⁸¹.

72. Le conseil judiciaire doit avoir une composition pluraliste, avec une partie substantielle et au moins la moitié de ses membres étant des juges. A l'exception des membres de droit, ces juges doivent être élus ou nommés par leurs pairs. [Parmi les membres du Conseil judiciaire, il doit y avoir une représentation équilibrée de juges de différents niveaux et tribunaux⁸².

73. Afin d'assurer la légitimité démocratique du Conseil judiciaire, les autres membres doivent être élus par le Parlement parmi des personnes possédant les qualifications juridiques appropriées, en tenant compte des éventuels conflits d'intérêts⁸³. En outre, "afin d'isoler le Conseil judiciaire de la politique, ses membres ne doivent pas être des membres actifs du

⁷³ CDL-AD(2015)013-e. Avis sur les projets d'amendements constitutionnels relatifs à l'immunité des membres du Parlement et des juges de l'Ukraine, adopté par la Commission de Venise lors de sa 103e session plénière (Venise, 19-20 juin 2015). Par. 25.

⁷⁴ CDL-AD(2013)008-e. Mémoire d'amicus curiae sur l'immunité des juges pour la Cour constitutionnelle de Moldova, adopté par la Commission de Venise lors de sa 94e session plénière (Venise, 8-9 mars 2013). Par. 20.

⁷⁵ CDL-AD(2013)008-e. Mémoire d'amicus curiae sur l'immunité des juges pour la Cour constitutionnelle de Moldova, § 23.

⁷⁶ CDL-AD(2010)004-e. Rapport sur l'indépendance du système judiciaire Partie I : L'indépendance des juges, § 8.

⁷⁷ Ibidem, § 22.

⁷⁸ CDL-AD(2007)028-e. Nominations judiciaires, § 3.

⁷⁹ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (2010)12 du 17 novembre 2010 sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, p. 46 et 47 ; Commission de Venise, CDL-AD(2011)019, Avis sur le projet de loi sur le conseil de sélection des juges du Kirghizistan. § 11.

⁸⁰ CDL-AD(2010)004-e. Rapport sur l'indépendance du système judiciaire Partie I : L'indépendance des juges, § 27.

⁸¹ Ibidem, § 32.

⁸² CDL-AD(2012)024, Avis sur deux séries de projets d'amendements aux dispositions constitutionnelles relatives au pouvoir judiciaire du Monténégro, §23.

⁸³ Ibidem, §29

Parlement⁸⁴. Les élections de la composante parlementaire doivent se faire à la majorité qualifiée des deux tiers, avec un mécanisme contre les blocages éventuels ou par une méthode proportionnelle qui garantit que l'opposition a une influence sur la composition du Conseil⁸⁵.

74. La Commission de Venise a précédemment, en ce qui concerne la composition des Conseils supérieurs des juges et des procureurs, soutenu fermement les politiques visant à assurer l'équilibre entre les sexes dans les institutions publiques et a exprimé l'avis qu'elles devaient être saluées et que tous les efforts dans ce sens devaient être loués. Toutefois, la Commission a également mis en garde contre le fait qu'une disposition légale inflexible fixant un quota selon des critères ethniques et de genre par rapport à ceux de la compétence professionnelle - en tenant compte de la taille et de la population du pays - pourrait compromettre le fonctionnement efficace du système⁸⁶.

e. Compétence autochtone

(voir section vii.a) ci-dessous)

f. L'introduction d'une perspective de genre dans la fonction juridictionnelle

75. Outre l'indépendance judiciaire, l'impartialité est un principe constitutionnel crucial en ce qui concerne l'exercice du pouvoir judiciaire. Tant la Convention américaine des droits de l'homme que la Convention européenne des droits de l'homme consacrent l'impartialité comme une exigence du droit à un procès équitable⁸⁷. Il en découle que le principe directeur devrait être que toute exigence imposée au pouvoir judiciaire devrait contribuer à l'impartialité judiciaire plutôt que d'y porter atteinte. En ce sens, l'introduction d'une "perspective de genre" dans le jugement est certainement un choix politique et social légitime, et elle peut être utile pour garantir les droits de l'homme tant qu'elle est spécifiée de manière appropriée afin de promouvoir l'impartialité - par exemple, pour tenir compte des situations spécifiques qui désavantagent les femmes, dans le but de garantir l'impartialité en évitant les préjugés à leur égard dans le jugement. En aucun cas, cette perspective ne doit entraîner une position privilégiée ou prédéterminer l'issue d'une affaire.

76. L'introduction de telles perspectives peut se faire dans l'intention de sensibiliser aux barrières et aux obstacles qui ont historiquement limité l'accès égal des femmes à la justice. Dans ce sens, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a statué sur l'obligation des États de garantir une protection plus forte dans les affaires impliquant des femmes : "[d]ans les cas de violence contre les femmes, les obligations générales établies dans les articles 8 et 25 de la Convention américaine sont complétées et renforcées par les obligations découlant pour les États parties d'un traité interaméricain spécifique, la Convention de Belem do Pará. L'article 7(b) de cette Convention oblige spécifiquement les États parties à appliquer la diligence requise pour prévenir, punir et éradiquer la violence contre les femmes"⁸⁸.

77. Lorsque les États intègrent cette stratégie analytique, ils doivent le faire de manière à ce qu'elle serve d'outil d'identification des inégalités susceptibles d'entraîner des biais dans les procédures judiciaires, au service du renforcement de l'impartialité judiciaire, et sans sacrifier l'impartialité judiciaire à d'autres objectifs sociaux.

⁸⁴ CDL-AD(2007)028-e. *Nominations judiciaires - Rapport adopté par la Commission de Venise lors de sa 70e session plénière (Venise, 16-17 mars 2007)*. Par. 32.

⁸⁵ Parmi beaucoup d'autres : CDL-AD(2013)007, Avis sur le projet d'amendements à la loi organique sur les tribunaux de juridiction générale de Géorgie, §§52-53.

⁸⁶ CDL-AD(2014)008, Avis sur le projet de loi relatif au Conseil supérieur des juges et des procureurs de Bosnie-Herzégovine, §§32 et 35.

⁸⁷ Voir l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 8.1. de la Convention américaine des droits de l'homme.

⁸⁸ I/A Court H.R., Affaire Fernández Ortega et al. c. Mexique. Objection préliminaire, fond, réparations et frais. Jugement du 30 août 2010. Série C n° 215. Par. 193. Plus récemment, voir aussi Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27. párr. 65 ; Corte IDH.

g. L'exigence de la parité des sexes dans la structure judiciaire

78. Un certain nombre de traités internationaux exigent que des mesures soient prises pour promouvoir la participation égale des femmes aux institutions publiques, par exemple, la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes⁸⁹ et la Déclaration et la Plate-forme d'action de Pékin (1995)⁹⁰. Cet objectif légitime et important s'applique également aux institutions judiciaires.

79. Comme on l'a vu, la Commission de Venise a précédemment, en ce qui concerne la composition des Conseils supérieurs des juges et des procureurs, soutenu fermement les politiques visant à assurer l'équilibre entre les sexes dans les institutions publiques et a exprimé l'avis qu'elles devaient être saluées et que tous les efforts dans ce sens devaient être loués.⁹¹ Toutefois, la Commission a également mis en garde contre le fait qu'"une disposition juridique inflexible fixant un quota selon des critères ethniques et de genre par rapport à ceux de la compétence professionnelle - en tenant compte de la taille et de la population du pays - peut compromettre le fonctionnement efficace du système"⁹². L'objectif global est l'administration plus efficace et impartiale de la justice.

vii. Si le principe du pluralisme juridique (impliquant une justice autochtone parallèle) et l'attribution de sièges réservés aux peuples autochtones sont conformes aux normes internationales et quels seraient leurs avantages et inconvénients.

a) Pluralisme juridique (justice autochtone)

80. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones proclame que les peuples autochtones "ont le droit de jouir pleinement, en tant que collectivité ou en tant qu'individus, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales reconnus dans la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques". Déclaration universelle des droits de l'homme et du droit international des droits de l'homme", "sont libres et égaux à tous les autres peuples et individus et ont le droit de ne faire l'objet d'aucune forme de discrimination dans l'exercice de leurs droits, en particulier celle fondée sur leur origine ou leur identité autochtone" ; "ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel" ; et "ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit de participer pleinement, s'ils le souhaitent, à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État"⁹³.

81. L'article 2 de la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989 (n° 169)⁹⁴, ratifiée par le Chili le 15 septembre 2008, prévoit ce qui suit ;

"1) Les gouvernements doivent avoir la responsabilité de développer, avec la participation des peuples concernés, une action coordonnée et systématique pour protéger les droits de ces peuples et garantir le respect de leur intégrité.

2. Cette action comprend des mesures pour :

⁸⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. CEDAW/C/CHL/CO/7. Observations finales sur le septième rapport périodique du Chili. 14 mars 2018. Par. 15.a.

⁹⁰ Nations Unies. A/CONF.177/20/Rev.1. Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes Beijing, 4-15 septembre 1995. Objectif stratégique G.1. Par. 190.a.

⁹¹ CDL-AD(2014)008, Avis sur le projet de loi sur le Conseil supérieur des juges et des procureurs de Bosnie-Herzégovine, § 35.

⁹² Ibidem.

⁹³ Articles 1 à 5.

⁹⁴ Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones ; Convention de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989 (n° 169).

- (a) en veillant à ce que les membres de ces peuples bénéficient, sur un pied d'égalité, des droits et des chances que les lois et règlements nationaux accordent aux autres membres de la population ;
- (b) promouvoir la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels de ces peuples dans le respect de leur identité sociale et culturelle, de leurs coutumes et traditions et de leurs institutions ;
- (c) aider les membres des peuples concernés à éliminer les écarts socio-économiques qui peuvent exister entre les autochtones et les autres membres de la communauté nationale, d'une manière compatible avec leurs aspirations et leurs modes de vie.

L'article 8 prévoit :

1. Dans l'application des lois et règlements nationaux aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leur droit coutumier.
2. Ces peuples ont le droit de conserver leurs propres coutumes et institutions, lorsque celles-ci ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme internationalement reconnus. Des procédures doivent être établies, chaque fois que cela est nécessaire, pour résoudre les conflits qui peuvent surgir dans l'application de ce principe.
3. L'application des paragraphes 1 et 2 du présent article ne doit pas empêcher les membres de ces peuples d'exercer les droits reconnus à tous les citoyens et d'assumer les devoirs correspondants.

L'article 9 prévoit :

1. Dans la mesure compatible avec le système juridique national et les droits de l'homme internationalement reconnus, les méthodes habituellement pratiquées par les peuples concernés pour traiter les infractions commises par leurs membres doivent être respectées.
2. Les coutumes de ces peuples en matière pénale doivent être prises en considération par les autorités et les tribunaux chargés de ces affaires.

82. L'État chilien doit donc mettre en place les mécanismes juridiques nécessaires pour protéger les droits des peuples autochtones, notamment afin de garantir l'égalité devant la loi, l'égalité de traitement et la non-discrimination. La Commission de Venise rappelle que "[l]a participation des minorités à la vie publique est essentiellement fondée sur la reconnaissance formelle du principe d'égalité".⁹⁵ Il est pertinent de noter qu'environ 1 565 915 Chiliens s'identifient comme autochtones, ce qui représente 9 % de la population.⁹⁶

83. La Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a souligné que "les peuples autochtones peuvent exercer leur droit à l'autonomie ou à l'auto-gouvernement par le biais de leurs propres autorités et institutions, qui peuvent être traditionnelles, mais aussi de création récente",⁹⁷ et a fait remarquer que cela peut être bénéfique puisque "le respect des droits à l'autonomie ou à l'auto-gouvernement autochtones permet aux États de garantir la stabilité et la coexistence harmonieuse et démocratique de tous les habitants de leurs territoires"⁹⁸.

84. Par conséquent, l'existence d'un pluralisme juridique et culturel, au sein du système d'État régional, plurinational et interculturel qui est actuellement débattu au sein de la Convention

⁹⁵ CDL-MIN(1998)001rev. *Rapport de synthèse sur la participation des membres des minorités à la vie publique*. Pg. 2.

⁹⁶ IWGIA - Groupe de travail international pour les affaires autochtones. *Les peuples autochtones au Chili*. Disponible sur : <https://www.iwgia.org/en/chile.html> . 02/18/2022

⁹⁷ CIDH. OEA/Ser.L/V/II. *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones et tribaux*. (ES) Par. 150

⁹⁸ CIDH. OEA/Ser.L/V/II. *Droit à l'autodétermination des peuples autochtones et tribaux*. (ES) Par. 150 Voir aussi Groupe de développement des Nations Unies, *Directives sur les questions relatives aux peuples autochtones*, UNDG. HR/P/PT/16, p. 15 (reconnaissant que " le droit à l'autodétermination peut s'exprimer par la reconnaissance officielle des institutions traditionnelles, des systèmes de justice interne et de résolution des conflits, et des modes d'organisation sociopolitique ").

constituante de la République du Chili, doit être comprise comme une stratégie constitutionnelle légitime visant à garantir le droit à l'autodétermination des peuples autochtones de ce pays, nonobstant l'unité et l'intégrité du pays. Des précédents de juridictions autochtones existent dans d'autres systèmes constitutionnels d'Amérique latine (par exemple, en Équateur, en Bolivie et, dans une certaine mesure, en Colombie⁹⁹), ainsi qu'aux États-Unis et au Canada.

85. La Constitution et l'État doivent respecter le droit collectif à la culture et à l'autodétermination des peuples autochtones. A son tour, le système de justice autochtone doit respecter les droits de l'homme reconnus par l'État chilien dans sa constitution et dans les traités internationaux auxquels il est partie. Dans un avis sur la Bolivie, la Commission de Venise a estimé qu'en prévoyant un système autochtone parallèle, la Constitution doit contenir des garanties des droits de l'homme internationalement reconnus, notamment (i) la reconnaissance explicite des principes de procès équitable et d'égalité d'accès à la justice comme principes directeurs dans l'application de la juridiction autochtone et (ii) l'interdiction expresse des traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁰⁰.

86. L'établissement d'une juridiction autochtone spéciale devrait également respecter le principe de l'État de droit, qui exige un certain degré d'unité et de cohérence entre la juridiction autochtone et la juridiction étatique.

87. En conclusion, de l'avis de la Commission de Venise, un système de justice autochtone doit avoir un degré significatif d'autonomie s'il doit être un moyen de réaliser l'autodétermination. En même temps, il doit y avoir un système minutieux et substantiel de coordination entre le système de justice autochtone et le système de justice ordinaire. Lorsque le choix constitutionnel est fait de maintenir un système de justice autochtone autonome et parallèle, la CIDH a également indiqué qu'" il appartient à l'État de faire des efforts pour que, dans la pratique, il y ait une coexistence harmonieuse entre le système d'administration et de justice étatique et autochtone "¹⁰¹ et, dans cette mesure, " il est nécessaire de promouvoir la coordination entre [ces systèmes] afin d'éviter les désaccords dans la résolution des conflits et dans l'administration des projets et des ressources économiques"¹⁰².

88. Selon la Commission de Venise, pour la conception constitutionnelle du système de justice autochtone et de la législation connexe, une consultation libre, préalable et informée devrait être mise en place afin que les populations autochtones puissent participer de manière réelle et significative et exposer leurs idées, leurs besoins et leurs attentes concernant un nouveau système de justice.

89. Afin de réussir cette coordination sans compromettre l'état de droit, un nombre important de questions cruciales et complexes devront être abordées. Par exemple : la compétence du système autochtone est-elle applicable uniquement aux litiges entre autochtones ; doit-il être compétent uniquement en matière civile ou également en matière pénale ; s'il a une compétence pénale, est-elle déterminée par l'identité du délinquant ou de la victime ; les parties peuvent-elles choisir de revenir à la juridiction ordinaire ; quelles sont les limites du droit autochtone matériel ; comment seront résolues les questions difficiles de coordination entre les tribunaux autochtones et ordinaires, etc. En résumé, si la nouvelle constitution chilienne inclut la reconnaissance d'un système de justice autochtone parallèle, il reste encore beaucoup de choses à résoudre pour le rendre viable et compatible avec l'État de droit en général.

⁹⁹ Il convient de souligner que le pourcentage de la population totale qui s'identifie comme appartenant à des communautés autochtones au Chili est beaucoup plus proche de celui de la Colombie que de celui de l'Équateur ou de la Bolivie.

¹⁰⁰ CDL-AD(2011)038 à 50 %.

¹⁰¹ CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Droit à l'autodétermination des peuples autochtones et tribaux. (ES) § 161.

¹⁰² Ibidem.

90. Il est proposé que des représentants des peuples autochtones siègent au nouveau Conseil judiciaire proposé. Il n'est pas clair si cela impliquera une certaine compétence du Conseil en matière de justice autochtone. Il s'agit d'une question qui nécessitera une attention particulière.

b) Des sièges réservés aux autochtones

91. En ce qui concerne l'inclusion dans le système électoral de sièges réservés aux populations autochtones, le Code de bonne conduite en matière électorale de la Commission de Venise prévoit que "conformément aux principes du droit international, la loi électorale doit garantir l'égalité des personnes appartenant à des minorités nationales, ce qui implique l'interdiction de toute discrimination à leur égard. En particulier, les minorités nationales doivent être autorisées à créer des partis politiques. Les délimitations des circonscriptions et les règles de quorum ne doivent pas être de nature à faire obstacle à la présence de personnes appartenant à des minorités dans l'organe élu. Certaines mesures prises pour assurer une représentation minimale des minorités, soit en leur réservant des sièges, soit en prévoyant des exceptions aux règles normales de répartition des sièges, par exemple en supprimant le quorum pour les partis des minorités nationales, ne portent pas atteinte au principe d'égalité. Il peut également être prévu que les personnes appartenant à des minorités nationales ont le droit de voter à la fois pour la liste générale et pour la liste des minorités nationales. Toutefois, ni les candidats ni les électeurs ne doivent être tenus d'indiquer leur appartenance à une quelconque minorité nationale"¹⁰³.

92. Considérant que les populations autochtones appartiennent à des groupes qui ont été historiquement discriminés et souffrent des conséquences des inégalités sociales et structurelles, l'instauration de diverses formes d'action positive peut servir de mécanisme adéquat pour les faire participer au processus de prise de décision dans les organes politiques démocratiquement élus de l'Etat. Par conséquent, la Commission de Venise considère que le fait d'envisager, au niveau constitutionnel, des sièges réservés au parlement pour les populations autochtones est une mesure compatible avec la réalisation du principe d'égalité dans le droit à la participation politique, conformément aux articles 23.1.c et 24 de la Convention américaine des droits de l'homme ; 1 et 21.2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; et 25.c et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

93. La réalisation de la proposition de réserver des sièges aux peuples autochtones nécessiterait des spécifications supplémentaires considérables pour qu'elle soit équitable et fonctionnelle. Elle doit être réalisée sur la base de mesures qui tiennent compte du contexte historique, politique et culturel du Chili, ainsi que par le biais de mécanismes de consultation préalable, libre et éclairée. Cela peut se faire par le biais de partis politiques, de candidatures indépendantes, ainsi que de candidatures déterminées par leurs autorités traditionnelles. Il sera également nécessaire de préciser comment ces sièges réservés permettront d'équilibrer et de répondre de manière appropriée aux besoins des multiples communautés autochtones du Chili, de taille très variable, dont certaines sont très dispersées dans tout le pays et d'autres géographiquement plus concentrées dans certaines régions.

viii. La conformité aux normes internationales d'un éventuel retrait des accords internationaux de libre-échange et de ses effets sur les droits acquis dans le cadre de ces accords (en particulier le droit de propriété).

94. Les accords de libre-échange sont la conséquence de politiques économiques et sociales particulières qu'un État peut privilégier à un moment donné. Leur conclusion, de même que leur retrait, relève de la décision souveraine de chaque État.

¹⁰³ CDL-AD(2002)023rev2, Code de bonne conduite en matière électorale, I.2.4. ; voir également CDL-AD(2005)009, Report On Electoral Rules And Affirmative Action For National Minorities' Participation In Decision-Making Process In European Countries, §§ 67-68.

95. Cependant, "[L]e principe *pacta sunt servanda* (les accords doivent être respectés) est la manière dont le droit international exprime le principe de légalité. Il ne traite pas de la manière dont le droit international coutumier ou conventionnel est mis en œuvre dans l'ordre juridique interne, mais un État "ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité" ou le non-respect du droit international coutumier... Le principe de l'État de droit n'impose pas un choix entre le monisme et le dualisme, mais *pacta sunt servanda* s'applique quelle que soit l'approche nationale des relations entre le droit international et le droit interne..."¹⁰⁴.

96. En outre, il est nécessaire de considérer les éventuelles limites imposées par la Constitution actuelle au nouveau texte approuvé par la Convention. L'article 135 de la Constitution actuelle stipule que le nouveau texte doit préserver la forme républicaine de gouvernement et le régime démocratique du Chili, ainsi que garantir le respect des décisions de justice définitives, et de même pour les "traités internationaux ratifiés". Une observation importante ici est que l'article 135 fait référence à tous les traités internationaux ratifiés actuellement en vigueur, et ne se limite pas seulement, par exemple, aux traités relatifs aux droits de l'homme ou aux traités concernant l'adhésion à des organisations internationales. Ces deux points suggèrent que les traités de libre-échange doivent être inclus parmi les obligations juridiques internationales que la nouvelle Constitution doit respecter, et que la dénonciation ou le retrait de ces traités ne doit être entrepris que dans le cadre des règles et procédures juridiques du droit international public ; la nouvelle Constitution ne peut pas abroger ces obligations conventionnelles simplement par le biais d'une règle constitutionnelle automatique ou d'une nouvelle règle de droit municipal. Bien entendu, la nouvelle constitution peut prévoir les mécanismes par lesquels les futurs gouvernements chiliens pourront, d'une manière compatible avec le droit international public des traités, se retirer des accords de libre-échange existants, et peut imposer des limitations de fond ou de procédure à la conclusion de nouveaux accords de libre-échange ou d'autres traités.

ix. Si la reformulation de la disposition constitutionnelle sur le droit de propriété en des termes plus restrictifs que la disposition constitutionnelle actuelle serait contraire aux normes internationales.

Considérez-vous que l'idée de non-abolition des droits fondamentaux inclut le principe de non-régression des droits et libertés ?

Quels sont les critères et les normes à suivre dans le cas où il est décidé de reconnaître un droit ou une liberté d'une manière différente de celle qui était reconnue dans le texte constitutionnel précédent ?

97. Les constitutions modernes contiennent normalement de vastes catalogues de droits fondamentaux. Ces dispositions sont généralement susceptibles d'être modifiées, tandis que dans certains pays, certains droits sont considérés comme tellement fondamentaux (tels que le droit à la dignité humaine en Allemagne ou la dignité et l'égalité en Afrique du Sud) que la constitution prévoit que leur contenu essentiel n'est pas susceptible d'être modifié.

98. Les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme sont destinés à établir des normes minimales. Les États sont autorisés et même encouragés à prévoir des droits plus étendus dans leur constitution, pour autant qu'ils ne violent pas les normes internationales minimales. Les États ont également le droit, dans le cadre de la marge d'appréciation qui leur est accordée, de trouver un équilibre entre différents droits concurrents qui conviennent le mieux à leurs traditions et à leur culture constitutionnelle. Les traités internationaux, qui constituent un système subsidiaire de protection des droits fondamentaux, ne doivent pas nécessairement être figés dans le système primaire de protection des droits.

99. Bien qu'il soit généralement arrivé que de nouveaux droits soient introduits et que la portée de la protection des droits existants soit étendue, il peut y avoir des demandes d'ajustement ou

¹⁰⁴ CDL-AD(2016)007rev, p. 47-48.

de limitation, voire de réduction de la portée juridique de certains droits constitutionnels, soit parce qu'ils doivent être mis en balance avec d'autres droits conflictuels, soit parce qu'ils ont été jugés dans certains cas comme allant trop loin, restreignant ainsi indûment les pouvoirs démocratiques légitimes du parlement et du gouvernement de légiférer pour le bien commun. La modification constitutionnelle des dispositions relatives aux droits fondamentaux peut soit servir à étendre, soit à restreindre l'étendue de la protection accordée à l'individu, dans les deux cas sous réserve d'un débat et d'un désaccord raisonnables dans une société démocratique.

100. La nécessité de modifier le langage constitutionnel sur les droits fondamentaux afin de prendre en compte les développements de la société au fil du temps dépend en grande partie du niveau de détail des dispositions constitutionnelles et du rôle interprétatif des tribunaux nationaux¹⁰⁵. Par exemple, si les dispositions sont formulées en termes très larges et généraux, il peut s'avérer nécessaire d'introduire les restrictions nécessaires par le biais d'un amendement constitutionnel si elles sont interprétées de manière large par les tribunaux nationaux. Des dispositions constitutionnelles très détaillées (fixant par exemple les délais de garde à vue ou d'inculpation) peuvent inévitablement nécessiter des amendements, tant pour diminuer que pour augmenter le niveau de protection, lorsque les spécifications du droit dans le texte ne correspondent plus aux besoins de la société. Pour ces raisons, l'expérience de la Commission de Venise démontre que l'inclusion de droits plus nombreux et plus détaillés dans une constitution ne correspond pas nécessairement à des niveaux plus élevés ou plus faibles de protection des droits de l'homme dans une société. Mais un plus grand nombre de droits et des spécifications plus détaillées des droits sont plus susceptibles de nécessiter un ajustement au fil du temps, soit par un amendement constitutionnel, soit par un contrôle judiciaire plus actif du catalogue des droits constitutionnels.

101. Il convient de souligner que pour les individus d'une communauté politique et constitutionnelle donnée, un débat continu sur les droits fondamentaux de l'individu permet également de s'assurer que ces droits ne sont pas considérés comme acquis. Les débats sur les questions relatives aux droits fondamentaux ont "une importance en ce qu'ils encouragent les gens à se reconnaître et à se reconnaître mutuellement comme des détenteurs de droits sûrs d'eux-mêmes, comme des membres égaux d'une communauté des droits de l'homme qui ne continuera d'exister que tant que les détenteurs exerceront eux-mêmes leurs droits".¹⁰⁶ Dans le même temps, il convient de souligner qu'un débat démocratique permanent sur le contenu et les implications des droits fondamentaux ne contredit en rien leur inscription dans la constitution ou dans les instruments internationaux. A cet égard, il convient également de garder à l'esprit que, du moins dans les pays où les dispositions constitutionnelles sur les droits fondamentaux ne sont pas très détaillées, la réglementation et la spécification des droits fondamentaux sont dans une certaine mesure laissées au législateur ordinaire ou organique. Les débats sur ces questions déboucheront donc plus souvent sur des modifications législatives que sur des amendements constitutionnels. Les dispositions constitutionnelles et conventionnelles peuvent faire l'objet d'une réinterprétation et d'une spécification, et le débat démocratique joue ici un rôle important, même si la décision dans le cas concret est généralement entre les mains d'une cour constitutionnelle ou d'un organe correspondant de contrôle constitutionnel¹⁰⁷.

102. En ce qui concerne les clauses générales de la constitution interdisant tout amendement qui restreindrait les droits de l'homme et les libertés, la Commission de Venise estime qu'elles ne devraient pas avoir un effet dissuasif sur l'introduction de nouvelles dispositions répondant aux évolutions de la société, sachant que l'étendue de la protection de droits de l'homme concurrents est souvent imbriquée et dépend d'un équilibre entre des revendications opposées. Ce risque est plus grand lorsque les dispositions constitutionnelles sont très détaillées¹⁰⁸.

¹⁰⁵ CDL-AD(2010)001, Rapport sur l'amendement constitutionnel, § 159 et suivants.

¹⁰⁶ Ibidem, § 149.

¹⁰⁷ Ibidem, §§ 146 et suivants.

¹⁰⁸ CDL-AD(2005)003, Avis conjoint sur une proposition de loi constitutionnelle sur les changements et les amendements à la Constitution de Géorgie.

103. De l'avis de la Commission, le législateur constituant du Chili peut introduire des changements dans la formulation des dispositions relatives aux droits de l'homme au niveau constitutionnel, à condition que ces changements n'aillent pas à l'encontre du droit international coutumier et des traités internationaux ratifiés. Ces dispositions doivent être exprimées d'une manière qui n'empêche pas leur développement dans le temps.

104. En ce qui concerne spécifiquement le droit à la propriété, il est protégé par l'article 21¹⁰⁹ de la Convention américaine des droits de l'homme et 17¹¹⁰ de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Le droit à la propriété n'est pas un droit absolu, et il peut être soumis à des restrictions ; la Cour interaméricaine des droits de l'homme a souligné que l'article 21 de la Convention américaine stipule que "la loi peut subordonner [l'] usage et la jouissance [de la propriété] à l'intérêt de la société". Ainsi, la Cour a estimé que, conformément à l'article 21 de la Convention, un État peut restreindre l'usage et la jouissance du droit à la propriété à condition que les restrictions soient : a) préalablement établies par la loi ; b) nécessaires ; c) proportionnelles, et d) visant à atteindre un objectif légitime dans une société démocratique.¹¹¹ Des conditions similaires existent dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, et la Commission de Venise a rappelé que le " droit de propriété peut faire l'objet de certaines limitations dans l'intérêt public et dans les conditions prévues par la loi."¹¹²

105. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé que "dans les cas d'expropriation, le paiement d'une indemnité constitue un principe général du droit international".¹¹³ En ce qui concerne le mode de calcul de l'indemnité, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a statué qu'"il appartient aux États d'établir les normes permettant de déterminer le paiement d'une indemnité en droit interne pour une expropriation, conformément à leurs réglementations et pratiques, à condition que celles-ci soient raisonnables et conformes aux droits reconnus dans la Convention."¹¹⁴ Une juste indemnité doit être garantie, " ce qui découle de la nécessité de rechercher un équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt du propriétaire "¹¹⁵. De même, elle doit être " rapide, adéquate et effective "¹¹⁶. La Convention constitutionnelle du Chili devra veiller à ce que ces exigences minimales soient respectées dans les nouveaux textes relatifs au droit de propriété.

106. En conclusion, en concevant les nouvelles dispositions constitutionnelles concernant la protection du droit de propriété et éventuellement d'autres droits fondamentaux, la Convention constitutionnelle devrait tenir compte de ses obligations internationales. Ceci n'est pas seulement

¹⁰⁹ Article 21. Droit à la propriété

1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt de la société.

2. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est moyennant une juste indemnité, pour des raisons d'utilité publique ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes établis par la loi.

3. L'usure et toute autre forme d'exploitation de l'homme par l'homme sont interdites par la loi.

¹¹⁰ Article 17

1. Toute personne a le droit de posséder des biens, aussi bien seule qu'en association avec d'autres.

2. Nul ne peut être arbitrairement privé de ses biens.

¹¹¹ I/A Court H.R., *Case of the Saramaka People. v. Suriname. Objections préliminaires, fond, réparations et frais. Arrêt du 28 novembre 2007, Série C n° 172*. Par. 127.

¹¹² CDL-AD(2021)011. *Géorgie - Avis conjoint de la Commission de Venise et de la Direction générale des droits de l'homme et de l'Etat de droit (DGI) du Conseil de l'Europe sur les récents amendements à la loi sur les communications électroniques et à la loi sur la radiodiffusion, adopté par la Commission de Venise lors de sa 126e session plénière (en ligne, 19-20 mars 2021)*. Par. 22.

¹¹³ I/A Court H.R., *Affaire Salvador Chiriboga c. Équateur. Réparations et frais. Arrêt du 3 mars 2011 Serie C n° 222*. Par. 60.

¹¹⁴ I/A Court H.R., *Affaire Salvador Chiriboga c. Équateur. Réparations et frais. Arrêt du 3 mars 2011 Serie C n° 222*. Par. 61.

¹¹⁵ I/A Court H.R., *Affaire Salvador Chiriboga c. Equateur. Objections préliminaires et fond. Arrêt du 6 mai 2008, série C n° 179*. Par. 96.

¹¹⁶ I/A Court H.R., *Affaire Salvador Chiriboga c. Equateur. Objections préliminaires et fond. Arrêt du 6 mai 2008, série C n° 179*. Par. 96.

vrai pour le droit de propriété. Au cours de sa visite au Chili, la délégation de la Commission a reçu un certain nombre d'expressions d'inquiétude concernant les propositions avancées par la Convention pour restreindre la portée de divers droits de l'homme - par exemple, la liberté d'expression¹¹⁷, la liberté de religion et de croyance, et la liberté d'éducation - d'une manière qui serait incompatible avec les obligations conventionnelles internationales du Chili. Pour les raisons exposées au début du présent avis, la Commission estime qu'il est prématuré de commenter les spécificités de ces propositions car elles sont toujours en cours d'examen et dans un processus qui les soumet à de fréquentes modifications. Le principe général applicable reste cependant constant : le niveau de protection de tout droit constitutionnellement protégé ne peut être inférieur à la garantie internationale. La nécessité pour le législateur et, en dernier ressort, pour les tribunaux, de procéder à une mise en balance des droits concurrents en vertu des exigences générales de nécessité et de proportionnalité devrait être prise en compte par le législateur constituant également, en gardant à l'esprit ce qui a été dit plus haut : les autorités politiques devraient en général avoir le pouvoir de faire leurs propres choix de politiques économiques, sociales, fiscales, familiales, éducatives, etc. par le biais de majorités simples, de peur que les élections ne perdent leur sens.

x. La question de savoir si l'option binaire qui sera proposée lors du référendum constitutionnel est compatible avec la nécessité de parvenir à de larges accords et consensus et si des options supplémentaires doivent être proposées aux électeurs.

107. Les options de plébiscite de la Convention constituante sont binaires : concrètement, 1) si une nouvelle Constitution doit être adoptée ou 2) si la nouvelle Constitution est rejetée et que la Constitution actuelle continue d'exister. Ceci est conforme à l'article 142 de la Constitution chilienne.

108. Du point de vue des Directives révisées sur les référendums (CDL-AD(2020)031), III,5, la préférence va à une question binaire. Toutefois, un vote " sur deux ou plusieurs alternatives n'est... pas exclu (référendum à options multiples) ", lorsque " deux ou plusieurs alternatives peuvent être proposées ". Dans ce cas, "le vote pour le *statu quo* devrait être possible".

109. La Commission de Venise observe que les règles relatives au plébiscite sont actuellement claires et ont été portées à la connaissance des citoyens et des acteurs politiques. Par conséquent, modifier ces règles risquerait de violer le principe de sécurité juridique.

"La sécurité juridique a plusieurs fonctions : elle permet d'assurer la paix et l'ordre dans une société et contribue à l'efficacité juridique en permettant aux individus d'avoir une connaissance suffisante du droit afin de pouvoir s'y conformer. Elle fournit également à l'individu un moyen par lequel il peut mesurer s'il y a eu de l'arbitraire dans l'exercice du pouvoir étatique. Elle aide les individus à organiser leur vie en leur permettant de faire des plans à long terme et de formuler des attentes légitimes"¹¹⁸.

110. Si des ajustements des questions à soumettre au référendum étaient jugés nécessaires, ils devraient être effectués par le biais d'amendements constitutionnels et faire l'objet d'une discussion en bonne et due forme et en temps utile avec toutes les parties prenantes. À ce stade très avancé du processus de rédaction de la Constitution, il semble peu probable qu'un tel

¹¹⁷ En particulier, voir l'article 23 du Règlement d'éthique de la Convention constitutionnelle, qui dispose que " Le négationnisme (" Negacionismo "). On entend par négationnisme toute action ou omission qui justifie, nie ou minimise, excuse ou glorifie les crimes contre l'humanité qui ont eu lieu au Chili entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1990, ainsi que les violations des droits de l'homme qui se sont produites dans le contexte du bouleversement social d'octobre 2019 et après.

On entend également par négationnisme toute action ou omission qui justifie, nie ou minimise les atrocités et le génocide culturel dont ont été victimes les peuples autochtones et les populations tribales d'ascendance africaine tout au long de l'histoire, pendant la colonisation européenne et depuis la constitution de l'État du Chili."

¹¹⁸ CDL-AD(2012)014-e. *Avis sur la sécurité juridique et l'indépendance du pouvoir judiciaire en Bosnie-Herzégovine adopté par la Commission de Venise lors de sa 91e session plénière (Venise, 15-16 juin 2012)*. Par. 24.

changement des règles puisse éviter de perturber les attentes et la stabilité. Dans le même temps, la Commission reconnaît que presque toutes les personnes qu'elle a consultées, dans un large éventail de l'échiquier politique chilien, reconnaissent qu'il doit y avoir une forme de changement constitutionnel sérieux au Chili, fondé sur le consensus le plus large possible au sein du peuple chilien. Néanmoins, la Commission de Venise est d'avis que si la possibilité d'une troisième option est offerte, ce devrait être par le biais des engagements politiques des acteurs politiques concernés de mener à bien une véritable réforme après le plébiscite, plutôt que de modifier les termes du processus de révision formel à ce stade.

V. Conclusion

111. Le Sénat du Chili a demandé à la Commission de Venise de répondre à une série de questions relatives au processus de préparation et au contenu de la nouvelle Constitution du Chili. Ces questions ont été mises à jour et complétées au fur et à mesure de l'avancement des travaux de la Convention constituante du Chili. Au moment de l'élaboration du présent avis, il n'existe toujours pas de texte finalisé ou consolidé de la nouvelle constitution du Chili. Dans ces conditions, les réponses de la Commission aux questions du Sénat ne peuvent être qu'abstraites et générales. La Commission vise néanmoins à apporter une contribution concrète au succès des travaux de la Convention constitutionnelle du Chili, en fournissant des informations sur les normes internationales et sur l'expérience comparative d'autres démocraties modernes, afin d'aider la Convention constitutionnelle à faire ses choix de la manière la plus éclairée. La Commission de Venise est convaincue que, dans le court laps de temps dont dispose la Convention constitutionnelle pour finaliser ses travaux, elle peut grandement bénéficier de l'expérience longue et variée de la Commission de Venise dans le domaine de l'élaboration de constitutions et, par l'intermédiaire de la Commission, de l'expérience de divers Etats qui ont connu des processus similaires d'élaboration de constitutions et ont été confrontés à des choix institutionnels comparables.

112. La Commission de Venise reste à la disposition des autorités chiliennes pour toute assistance supplémentaire dans cette affaire.