



Strasbourg, le 16 mars 2023

CDL-AD(2023)004

Or. Engl.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

UKRAINE

MÉMOIRE *AMICUS CURIAE*

SUR

**CERTAINES QUESTIONS RELATIVES À LA PROCÉDURE
POUR LA NOMINATION ET LA RÉVOCATION
LE DIRECTEUR DU BUREAU NATIONAL DE LUTTE CONTRE
LA CORRUPTION ET LE DIRECTEUR
DU BUREAU D'ÉTAT D'ENQUÊTE**

**Adopté par la Commission de Venise
à sa 134^e session plénière
(Venise, 10-11 mars 2023)**

Sur la base des observations de :

**M. Martin KUIJER (Membre suppléant, Pays-Bas)
Mme Angelika NUSSBERGER (Membre, Allemagne)
M. Tuomas OJANEN (Membre, Finlande)
M. José Luis VARGAS VALDEZ (Membre, Mexique)**

Traduction provisoire

Ce document ne sera pas distribué lors de la réunion. Veuillez apporter cette copie.

www.venice.coe.int

Table des matières

I.	Introduction	3
II.	Le contexte.....	4
A.	Règles relatives à la nomination du directeur du Bureau national anticorruption de l'Ukraine (BNAU) et du directeur du Bureau d'enquête de l'État (BEE).....	4
B.	Jurisprudence antérieure de la Cour constitutionnelle d'Ukraine.....	4
C.	Projets d'amendements constitutionnels en cours d'examen	5
D.	Cadre constitutionnel.....	6
III.	Champ d'application de l'avis	6
IV.	L'analyse.....	7
A.	Question 4.....	7
B.	Question 5.....	11
C.	Questions 1, 2 et 3	11
1.	Remarque préliminaire : les limites du contrôle constitutionnel matériel des amendements constitutionnels	11
2.	Impact des amendements sur la séparation des pouvoirs/les contrepoids et la démocratie	13
3.	Impact des modifications sur l'État de droit.....	14
4.	Impact des amendements sur les droits humain et les libertés	15
V.	Conclusion	16

I. Introduction

1. La Cour constitutionnelle d'Ukraine (CCU) prépare actuellement, à la demande de la Verkhovna Rada, un avis sur le projet de loi portant modification des articles 85 et 106 de la Constitution de l'Ukraine concernant la procédure de nomination et de révocation du directeur du Bureau national anti-corruption de l'Ukraine (BNAU) et du directeur du Bureau d'enquête de l'État (BEE), ci-après dénommé le projet de modifications constitutionnelles.

2. Par lettre du 12 décembre 2022, le président en exercice de la Cour constitutionnelle d'Ukraine a demandé à la Commission de Venise de présenter un mémoire *amicus curiae* sur certaines questions relatives à la procédure de nomination et de révocation du directeur de la BNAU et du directeur de la BEE, dans le cadre de l'affaire pendante sur les projets d'amendements constitutionnels. En particulier, la Commission de Venise a été invitée à répondre aux questions suivantes :

1. La procédure de nomination et de révocation des directeurs de la BNAU et de la BEE par le président de l'Ukraine avec l'accord de la Verkhovna Rada de l'Ukraine, telle que proposée par le projet d'amendements constitutionnels, est-elle conforme au principe de la séparation des pouvoirs dans le cadre de la forme de gouvernement existant en vertu de la Constitution de l'Ukraine en vigueur ?
2. La procédure de nomination et de révocation des deux directeurs par le président de l'Ukraine avec l'accord de la Verkhovna Rada de l'Ukraine, telle qu'elle est proposée dans le projet d'amendements constitutionnels, est-elle conforme aux exigences de contrôle et d'équilibre dans la répartition des pouvoirs entre les branches concernées ?
3. La procédure de nomination et de révocation des deux directeurs par le président de l'Ukraine avec l'accord de la Verkhovna Rada de l'Ukraine, telle que proposée par le projet d'amendements constitutionnels, pourrait-elle avoir un impact négatif sur la démocratie, la protection des droits humains et des libertés, et le respect de l'État de droit ?
4. La Cour constitutionnelle de l'Ukraine, au sens des dispositions de l'article 157.2 de la Constitution de l'Ukraine¹, peut-elle émettre un avis sur la conformité d'un projet de loi modifiant la Constitution de l'Ukraine avec les exigences des articles 157 et 158 de la Constitution de l'Ukraine pendant la période de la loi martiale en Ukraine ? Dans l'affirmative, quelles seront les conséquences juridiques d'un tel avis à la lumière de l'exigence de l'article 157.2 de la Constitution de l'Ukraine ?
5. Les dispositions de l'article 159 de la Constitution de l'Ukraine² permettent-elles à la Verkhovna Rada de l'Ukraine d'examiner les projets d'amendements constitutionnels au sujet desquels la Cour constitutionnelle de l'Ukraine avait émis un avis pendant la loi martiale ? Dans l'affirmative, l'avis émis par la Cour constitutionnelle d'Ukraine conserve-t-il son effet juridique au cas où la Verkhovna Rada d'Ukraine examinerait les projets d'amendements constitutionnels après la levée de la loi martiale ?

3. M. Martin Kuijer, Mme Angelika Nussberger, M. Tuomas Ojanen et M. José Luis Vargas Valdez ont été les rapporteurs de ce mémoire *amicus curiae*.

¹ Qui prévoit que "la Constitution de l'Ukraine ne peut être modifiée en cas de loi martiale ou d'état d'urgence".

² Qui se lit comme suit : "Un projet de loi sur l'introduction d'amendements à la Constitution de l'Ukraine sera examiné par la Verkhovna Rada de l'Ukraine dès que la Cour constitutionnelle de l'Ukraine aura rendu un avis sur la conformité du projet de loi avec les exigences des articles 157 et 158 de cette Constitution. »

4. Ce mémoire *amicus curiae* a été rédigé sur la base des commentaires des rapporteurs. Il a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 134th session plénière (Venise, 10-11 mars 2023).

II. Contexte

A. Règles relatives à la nomination du directeur du Bureau national anticorruption de l'Ukraine (BNAU) et du directeur du Bureau d'enquête de l'État (BEE)

5. La procédure de nomination du directeur du BNAU et du directeur du BEE est régie par la loi sur le Bureau national ukrainien de lutte contre la corruption³ et la loi sur le Bureau d'enquête de l'État⁴.

6. Le directeur de la BNAU est nommé et révoqué par le cabinet des ministres de l'Ukraine⁵, tandis que le directeur de la BEE est nommé et révoqué par le président de l'Ukraine⁶.

B. Jurisprudence antérieure de la Cour constitutionnelle d'Ukraine

7. Le 28 août 2020, la CCU a rendu une décision concernant une pétition constitutionnelle de 51 députés sur la constitutionnalité du décret présidentiel n° 218/2015 « sur la nomination de A. Sytnyk en tant que directeur du Bureau national anti-corruption de l'Ukraine⁷. » En substance, les auteurs de la pétition soutenaient que le décret contredisait les dispositions de la Constitution car le président de l'Ukraine avait agi au-delà de ses pouvoirs constitutionnels en nommant le directeur du BNAU⁸.

8. Dans sa décision, la CCU a souligné que la liste des pouvoirs du Président, telle qu'énumérée à l'article 106 de la Constitution, était exhaustive. Étant donné que la nomination du directeur du BNAU n'est pas énumérée à l'article 106 de la Constitution, la CCU a estimé que le président avait outrepassé ses pouvoirs constitutionnels en promulguant le décret⁹. La CCU a poursuivi en déclarant que le Bureau national anti-corruption est « en fait un organe exécutif » et que « l'organe suprême dans le système des autorités exécutives est le Cabinet des ministres de l'Ukraine ». Elle a donc conclu que « *la nomination par le président de l'Ukraine du chef d'un organe appartenant fonctionnellement au pouvoir exécutif entraînera un déséquilibre dans le système de contrôle et d'équilibre, une violation de la séparation fonctionnelle des pouvoirs et un changement réel de la forme de gouvernement de l'État prévue par la Constitution de l'Ukraine.* »

9. Cette position a été réitérée par la CCU dans une décision du 16 septembre 2020¹⁰ qui concernait une pétition de 50 députés relative à la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi sur le Bureau national anticorruption de l'Ukraine, y compris la disposition habilitant le président à nommer et à révoquer le directeur du BNAU. Les auteurs de la pétition ont fait valoir que les dispositions contestées étaient contraires à la Constitution car elles conféraient au président des pouvoirs supplémentaires qui n'étaient pas prévus par la Constitution. En outre,

³ Voir la loi ukrainienne sur le Bureau national anti-corruption de l'Ukraine, disponible à l'adresse suivante : [Cadre juridique du Bureau national anti-corruption de l'Ukraine \(BNAU.gov.ua\)](https://www.rada.gov.ua/en/legislation/laws/2015/218)

⁴ Voir la loi ukrainienne sur le Bureau d'enquête de l'État, disponible en ukrainien à l'adresse suivante : [Про Державне бюро розслідувань | від 12.11.2015 № 794-VIII \(rada.gov.ua\)](https://www.rada.gov.ua/en/legislation/laws/2015/794-VIII).

⁵ Voir l'article 6.2 de la loi sur la BNAU.

⁶ Voir l'article 11.1 de la loi sur le BEE.

⁷ Voir la décision de la Cour constitutionnelle d'Ukraine, n° 9-p/2020, 28 août 20, disponible à l'adresse : [Рішення Конституційного Суд... | від 28.08.2020 № 9-p/2020 \(rada.gov.ua\)](https://www.rada.gov.ua/en/legislation/decisions/2020/9-p/2020)

⁸ Comme indiqué dans la décision, l'objet de la révision constitutionnelle était la question de la séparation des pouvoirs et de leur fonctionnement dans le cadre de la forme de gouvernement existante et, en Ukraine, seule la CCU disposait des pouvoirs nécessaires pour résoudre ces questions.

⁹ Cette conclusion découle également des positions juridiques de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine, qui a déclaré à plusieurs reprises que les pouvoirs du président de l'Ukraine sont déterminés exclusivement par la Constitution de l'Ukraine et ne peuvent être étendus par une loi ou un autre acte juridique.

¹⁰ Voir la décision de la Cour constitutionnelle d'Ukraine, n° 11-p/2020, 16 septembre 2020, disponible à l'adresse : [Рішення Конституційного Су... | від 16.09.2020 № 11-p/2020 \(rada.gov.ua\)](https://www.rada.gov.ua/en/legislation/decisions/2020/11-p/2020)

les pétitionnaires ont fait valoir que « la *subordination indirecte du Bureau national anti-corruption de l'Ukraine au président de l'Ukraine menace l'indépendance de l'organisme chargé de l'application de la loi* » et conduit à "la création d'un organe exécutif parallèle », ainsi que « *l'établissement de limites incertaines des pouvoirs du chef de l'État, contraire au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, provoque un déséquilibre dans le système constitutionnel existant de freins et de contrepoids dans le mécanisme du pouvoir de l'État en Ukraine.* »

10. Dans sa décision, la CCU a souligné une fois de plus que le pouvoir du président de l'Ukraine de nommer et de révoquer le directeur du BNAU n'appartenait pas à la liste exhaustive des pouvoirs du président énumérés par la Constitution. Elle a donc conclu que la Verkhovna Rada, en introduisant la disposition relative à la nomination du directeur de la BNAU par le président, a élargi les pouvoirs du chef de l'État et a donc outrepassé les pouvoirs définis par la Constitution. En outre, la CCU a estimé que les dispositions de la loi concernant le pouvoir du président de nommer et de révoquer le directeur de la BNAU « *provoquent un déséquilibre dans le système de fonctionnement du pouvoir d'État (système d'équilibre des pouvoirs) et, en conséquence, conduisent à un affaiblissement des garanties constitutionnelles des droits et libertés de l'homme et du citoyen, ainsi qu'à un impact négatif sur la stabilité de l'ordre constitutionnel.* »

C. Projets d'amendements constitutionnels à l'étude

11. Suite aux décisions de la CCU du 28 août 2020 et du 16 septembre 2020 déclarant inconstitutionnels le décret présidentiel n° 218/2015 et les dispositions pertinentes de la loi sur le Bureau national anticorruption de l'Ukraine, un groupe de députés a introduit le projet d'amendements constitutionnels (enregistré le 22.02.21, Reg. n° 5133) qui introduit dans la Constitution un nouveau pouvoir pour le président de l'Ukraine de nommer et de révoquer les directeurs du BNAU et du BEE, suite aux résultats d'une sélection concurrentielle et avec l'accord de la Verkhovna Rada¹¹.

12. Par résolution du 16 mars 2021, la Verkhovna Rada a inscrit le projet d'amendements constitutionnels à l'ordre du jour de la 5^e session de la 9^e convocation de la Verkhovna Rada et, conformément à l'article 159 de la Constitution¹², l'a soumis à la Cour constitutionnelle pour avis.

13. Actuellement, en raison de l'agression de la Russie contre l'Ukraine, la loi martiale est appliquée sur l'ensemble du territoire ukrainien¹³. Cependant, au moment où la Verkhovna Rada

¹¹ Le projet de loi propose notamment

1. Introduire les amendements suivants à la Constitution de l'Ukraine (Bulletin de la Verkhovna Rada de l'Ukraine, 1996, n° 30, article 141) :

1) L'article 85.1 est complété par les paragraphes 25¹ et 25² comme suit :

« 25¹) accordant son consentement à la nomination à un poste à la suite des résultats de la sélection concurrentielle et de la révocation par le président de l'Ukraine du directeur du Bureau national ukrainien de lutte contre la corruption » ;

« 25²) accordant le consentement pour la nomination à un poste à la suite des résultats de la sélection concurrentielle et de la révocation par le président de l'Ukraine du directeur du Bureau d'enquête de l'État » ;

2) L'article 106¹ est complété par les paragraphes 11¹ et 11² comme suit :

« 11¹), conformément à la procédure établie par la loi, nomme à ses fonctions et révoque, avec l'accord de la Verkhovna Rada de l'Ukraine, le directeur du Bureau national anticorruption de l'Ukraine, en sélectionnant des candidats sur une base concurrentielle » ;

« 11²), conformément à la procédure établie par la loi, nomme à ses fonctions et révoque, avec l'accord de la Verkhovna Rada d'Ukraine, le directeur du Bureau national d'enquête, en sélectionnant des candidats sur une base concurrentielle ».

2. La présente loi entre en vigueur le jour suivant celui de sa publication.

¹² Article 159 : « La Verkhovna Rada de l'Ukraine examine un projet de loi portant sur l'introduction d'amendements à la Constitution de l'Ukraine lorsque la Cour constitutionnelle de l'Ukraine a rendu un avis sur la conformité du projet de loi avec les exigences des articles 157 et 158 de la présente Constitution ».

¹³ Le président Volodymyr Zelensky a déclaré la loi martiale le 24 février 2022. Le 14 mars 2022, la loi martiale a été prolongée par le président (avec l'aval de la Verkhovna Rada le 15 mars 2022) pour 30 jours, avec effet au 26 mars 2022. Le 18 avril 2022, la loi martiale a été prolongée par le président (avec l'aval de la Verkhovna Rada le 21 avril 2022) à nouveau pour 30 jours, avec effet au 25 avril 2022 ; Le 17 mai 2022, la loi martiale est à nouveau

a déposé l'amendement constitutionnel pour examen et où elle a soumis son recours constitutionnel à la CCU, la loi martiale n'était pas en vigueur. Selon l'article 157.2 de la Constitution : « *la Constitution de l'Ukraine ne peut être modifiée en cas de loi martiale ou d'état d'urgence.* »

D. Cadre constitutionnel

14. La Constitution ukrainienne prévoit un examen *a priori* obligatoire d'un projet de loi sur les amendements constitutionnels.¹⁴ L'article 159 de la Constitution dispose que « *Un projet de loi visant à introduire des amendements à la Constitution de l'Ukraine est examiné par la Verkhovna Rada de l'Ukraine dès lors que la Cour constitutionnelle de l'Ukraine a rendu un avis sur la conformité du projet de loi avec les exigences des articles 157 et 158 de la présente Constitution.* »

15. L'article 157 de la Constitution dispose que :

« la Constitution de l'Ukraine ne peut être amendée si les amendements prévoient l'abolition ou la restriction des droits et libertés de l'homme et du citoyen, ou s'ils sont orientés vers la liquidation de l'indépendance ou la violation de l'indivisibilité territoriale de l'Ukraine.

La Constitution de l'Ukraine ne peut être modifiée en cas de loi martiale ou d'état d'urgence. »

16. Conformément à l'article 158 de la Constitution :

« le projet de loi visant à introduire des amendements à la Constitution de l'Ukraine, examiné par la Verkhovna Rada de l'Ukraine et non adopté, peut être soumis à la Verkhovna Rada de l'Ukraine au plus tôt un an à compter du jour de l'adoption de la décision relative à ce projet de loi. »

Pendant la durée de son mandat, la Verkhovna Rada d'Ukraine ne peut pas modifier deux fois les mêmes dispositions de la Constitution.

17. La Constitution semble rester silencieuse sur certains aspects de la participation au processus d'amendement, tels que le délai de révision et les conséquences en cas d'avis négatif ou d'absence d'avis de la Cour constitutionnelle¹⁵.

III. Champ d'application de l'avis

18. Il n'appartient pas à la Commission de Venise d'examiner les décisions des Cours constitutionnelles nationales¹⁶ ou de fournir une interprétation officielle des lois fondamentales de ses Etats membres¹⁷. La Commission s'abstient donc de procéder à un examen de fond

prologée par le président (avec l'aval de la Verkhovna Rada le 22 mai 2022) pour 90 jours, avec effet au 25 mai 2022; Le 12 août 2022, la loi martiale a été prorogée une nouvelle fois par le Président (avec l'aval de la Verkhovna Rada le 15 août 2022) pour 90 jours, avec effet au 23 août 2022 ; Le 07 novembre 2022, la loi martiale a été prorogée une nouvelle fois par le Président (avec l'aval de la Verkhovna Rada le 16 novembre 2022) pour 90 jours, avec effet au 21 novembre 2022 ; Enfin, le 07.02.2023, la loi martiale a été à nouveau prolongée par le Président (avec l'aval de la Verkhovna Rada le 07 février 2023) pour 90 jours, avec effet au 19 février 2023. Des informations détaillées sont disponibles à l'adresse suivante : [Про введення воєнного стану ... | від 24.02.2022 № 64/2022 \(rada.gov.ua\)](https://rada.gov.ua)

¹⁴ Voir la décision de la Cour constitutionnelle d'Ukraine, n° 8-rp/98, 9 juin 1998, paragraphe 6 de la partie 2 de la motivation. 6 de la partie 2 de la partie motivation.

¹⁵ Certaines conclusions concernant le caractère contraignant de l'avis de la CCU sur la conformité des amendements constitutionnels avec les articles 157 et 158 de la Constitution peuvent être déduites de l'article 151² de la Constitution et de l'arrêt de la CCU n° 8-rp/98 du 9 juin 1998. Toutefois, la Constitution ne contient aucune disposition décrivant les conséquences en cas d'avis négatif ou d'absence d'avis de la CCU.

¹⁶ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2007\)045](#), Avis sur la situation constitutionnelle en République Kirghize, para. 9 ; Voir aussi [CDL-AD\(2010\)044](#), Avis sur la situation constitutionnelle en Ukraine, para. 29.

¹⁷ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2021\)037](#), Mémoire de l'Amicus Curiae sur la compétence de la Cour constitutionnelle concernant la validité des élections locales tenues le 30 juin 2019, paragraphe 5.

de la jurisprudence de la CCU ainsi qu'à l'interprétation formelle de la Constitution de l'Ukraine ou de ses dispositions pertinentes. Il appartiendra en dernier ressort à la Cour constitutionnelle d'Ukraine, institution habilitée à fournir une interprétation finale de la Constitution, de décider si les amendements constitutionnels proposés concernant la procédure de nomination des directeurs de la BNAU et de la BEE sont conformes au principe de la séparation des pouvoirs, aux exigences de l'équilibre des pouvoirs, ou s'ils peuvent avoir un impact négatif sur la démocratie, la protection des droits humain et des libertés et le respect de l'État de droit. De même, il appartiendra à la Cour constitutionnelle de l'Ukraine de décider si les articles 157.2 et 159 de la Constitution permettent à la CCU de produire son avis pendant la période d'application de la loi martiale et si la Verkhovna Rada peut examiner le projet de loi concerné sur la base d'un tel avis.

19. Néanmoins, la Commission de Venise formulera quelques observations sur les possibilités d'interprétation de la Constitution à la lumière des normes internationales applicables, étant entendu que cela pourrait aider la CCU à parvenir à sa conclusion finale.

20. Les cinq questions posées par la CCU peuvent être divisées en deux groupes : d'une part, les questions concernant le fond (questions 1 à 3 qui traitent de la compatibilité des projets d'amendements constitutionnels proposés avec certains principes prévus par la Constitution); et d'autre part, les questions concernant la procédure (questions 4 à 5, qui traitent de l'(im)possibilité pour le Parlement et la Cour constitutionnelle de procéder à l'examen et à l'adoption de ces amendements pendant la loi martiale). La Commission de Venise abordera d'abord les questions de procédure.

IV. Analyse

A. Question 4

21. Dans la question 4, la CCU demande si elle peut poursuivre l'examen de cette demande par la Verkhovna Rada pendant la loi martiale. La Commission de Venise considère que deux interprétations opposées de la Constitution semblent possibles. Comme expliqué dans les paragraphes suivants, la Commission de Venise a une légère préférence pour une deuxième interprétation, moins stricte, des dispositions pertinentes de la Constitution.

22. Premièrement, on peut faire valoir que la Constitution de l'Ukraine exclut la possibilité pour la CCU de produire un avis, car cela fait partie intégrante du processus de modification de la Constitution, ce qui n'est pas possible pendant la loi martiale.

23. Il est clair que l'article 157.2 de la Constitution de l'Ukraine interdit *l'adoption* des amendements constitutionnels proposés pendant l'état d'urgence ou lorsque la loi martiale s'applique. La question de savoir si certaines *étapes préparatoires* de la procédure d'amendement menant à l'adoption d'un amendement constitutionnel peuvent être franchies lorsque la loi martiale est en vigueur - comme l'adoption d'une position de fond de la CCU en réponse à la demande de la Verkhovna Rada telle que formulée dans la résolution du 16 mars 2021 - est plus ambiguë.

24. Afin d'aider la CCU à répondre à la question, il peut être utile d'examiner la (les) raison(s) sous-jacente(s) de l'existence d'une disposition constitutionnelle interdisant les amendements constitutionnels pendant un état d'urgence / lorsque la loi martiale s'applique¹⁸.

¹⁸ L'existence d'une telle disposition est assez courante dans les juridictions constitutionnelles. En 2010, la Commission de Venise a répertorié les pays suivants disposant d'une telle disposition constitutionnelle : Albanie, Belgique, Estonie, France, Géorgie, Lituanie, Luxembourg, République de Moldova, Monténégro, Portugal, Roumanie, Serbie, Espagne et Ukraine (Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2010\)001](#), Rapport sur l'amendement constitutionnel para. 54).

25. La première *raison d'être* d'une disposition constitutionnelle interdisant les amendements constitutionnels pendant la loi martiale concerne les possibilités de garantir un processus approprié de réforme constitutionnelle¹⁹. Une bonne procédure d'amendement prévoit normalement un certain délai afin d'assurer « une période de débat et de réflexion ». La réforme constitutionnelle est un processus qui nécessite un débat public libre et ouvert, et suffisamment de temps pour que l'opinion publique puisse examiner les questions et influencer le résultat²⁰. Cet élément important²¹ d'une bonne procédure d'amendement ne peut être garanti sous la loi martiale, ne serait-ce que parce que la liberté de la presse et des plateformes médiatiques ainsi que la diversité du paysage politique peuvent être affectées par les mesures prises sous la loi martiale²².

26. La deuxième *raison d'être* peut-être résumée comme suit : les besoins *ad hoc* dans une situation où la loi martiale s'applique (qui sont souvent caractérisés par des pouvoirs accrus de l'exécutif²³ et un affaiblissement consécutif du système constitutionnel de contrôle et d'équilibre) ne devraient pas avoir d'impact sur la conception constitutionnelle à long terme d'un pays. La caractéristique la plus importante de tout régime d'urgence est son *caractère temporaire*. C'est ce que soulignent les Normes minimales des droits humains en cas d'état d'urgence (Paris, Normes minimales en matière de droits de l'homme dans un état d'urgence)²⁴, adoptées par l'Association de droit international en 1984. La Commission de Venise l'a affirmé dans son avis sur le projet de loi constitutionnelle sur la « protection de la nation » en France²⁵. Par conséquent, les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence doivent éviter autant que possible d'avoir un effet permanent. Un tel effet permanent se produit par définition en cas d'introduction de dispositions structurelles (institutionnelles)²⁶. Ces changements permanents doivent être introduits dans le cadre du processus politique démocratique normal²⁷. Ceci est particulièrement important pour les mesures qui renforcent (davantage) les pouvoirs constitutionnels de l'exécutif²⁸.

27. Les limitations temporelles des amendements constitutionnels visent à protéger la Constitution contre des amendements dans une situation de troubles, lorsque le processus

¹⁹ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2017\)005](#), Turquie - Avis sur les amendements à la Constitution adoptés par la Grande Assemblée nationale le 21 janvier 2017 et devant être soumis au référendum national du 16 avril 2017, para. 30.

²⁰ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2010\)001](#), Rapport sur l'amendement constitutionnel, paragraphes. 241 et 245.

²¹ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2013\)010](#), Avis sur le projet de nouvelle Constitution de l'Islande, para. 14, Voir *a contrario* [CDL-AD\(2013\)012](#), Avis sur le quatrième amendement à la loi fondamentale de la Hongrie, para. 135.

²² Le 19 mars 2022, le président Zelensky a signé deux décrets : Décret (n° 152/2022) sur la mise en œuvre d'une politique d'information unifiée sous la loi martiale selon lequel toutes les chaînes de télévision nationales ont été fusionnées en une seule plateforme en raison de la loi martiale, disponible à l'adresse suivante : [Щодо реалізації єдиної інформаційної п... | від 18.03.2022 \(rada.gov.ua\)](#) ; et le décret (n° 153/2022) sur la suspension des activités de certains partis politiques (11 partis au total) pour la période de la loi martiale, disponible à l'adresse : [Щодо призупинення діяльності окремих п... | від 18.03.2022 \(rada.gov.ua\)](#).

²³ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2011\)049](#), Avis sur le projet de loi sur le régime juridique de l'état d'urgence en Arménie, para. 44 et [CDL-STD\(1995\)012](#), p. 17.

²⁴ Voir section A, p. 3 (a)45.

²⁵ Voir [CDL-AD\(2016\)006](#), para. 65 : « L'état d'urgence est par définition un état qui doit être exceptionnel et temporaire. Il doit donc aussi être provisoire. [...] »

²⁶ Dans un avis sur la Turquie, [CDL-AD\(2016\)037](#), Turquie - Avis sur les décrets-lois d'urgence n° 667-676 adoptés à la suite du coup d'État manqué du 15 juillet 2016), la Commission de Venise a souligné que « les décrets-lois d'urgence ne devraient pas introduire de changements structurels permanents dans les institutions, procédures et mécanismes juridiques. » Voir également [CDL-AD\(2019\)014](#), Roumanie - Avis sur les ordonnances d'urgence GEO n° 7 et GEO n° 12 modifiant les lois sur la justice, paragraphe 20 : « les ordonnances d'urgence émises par le gouvernement roumain contiennent des dispositions établissant des règles d'une durée indéterminée, et pas seulement des solutions temporaires ou transitoires. »

²⁷ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2017\)021](#), Avis sur les dispositions du décret-loi d'urgence n° 674 du 1er septembre 2016 qui concernent l'exercice de la démocratie locale en Turquie, para. 58.

²⁸ Voir Commission de Venise. [CDL-AD\(2010\)001](#), paragraphe 249. Voir aussi : [CDL-AD\(2019\)015](#), Paramètres sur les relations entre la majorité parlementaire et l'opposition dans une démocratie : une liste de contrôle, para.121.

démocratique participatif est réduit ou absent et que le débat manque de transparence. En outre, une telle restriction peut être comprise comme une mesure visant à maintenir la stabilité du cadre constitutionnel lorsqu'elle est encore plus nécessaire qu'en temps « normal ». Une telle interprétation des règles restrictives pour les amendements constitutionnels en temps de crise est également conforme au point de vue de la Commission de Venise selon lequel « les règles fondamentales pour l'exercice efficace du pouvoir de l'Etat et la protection des droits humains individuels devraient être stables et prévisibles, et ne pas être sujettes à des changements faciles²⁹. »

28. Compte tenu des raisons qui justifient l'existence d'une disposition constitutionnelle interdisant les amendements constitutionnels pendant la loi martiale, on peut soutenir que l'interdiction devrait s'appliquer à l'ensemble de la procédure d'amendement, y compris aux étapes préparatoires précédant l'adoption effective de l'amendement constitutionnel. Cela impliquerait qu'une cour constitutionnelle compétente n'adopte pas de position de fond sur la compatibilité des amendements proposés pendant que la loi martiale est en vigueur. Une telle approche n'empêcherait pas le CCU de s'exprimer sur le champ d'application de l'article 157.2 de la Constitution de l'Ukraine.

29. Deuxièmement, une autre ligne de raisonnement est également possible : on peut établir une distinction entre les différentes étapes du processus d'amendement constitutionnel. Ainsi, la prise de décision politique, qui peut être affectée par l'état d'urgence ou la loi martiale et qui a lieu au Parlement et dans la société en général, doit être différenciée de l'évaluation juridique des projets d'amendements, qui est la fonction de la Cour constitutionnelle, laquelle n'est pas affectée de la même manière. De ce point de vue, il est possible de conclure que la Constitution de l'Ukraine n'exclut pas la possibilité pour la CCU de produire un avis, puisque la Cour constitutionnelle fournit une analyse *juridique* de la situation et n'est donc pas affectée par les mêmes considérations que celles liées à l'impossibilité d'avoir une discussion *politique* appropriée pendant la loi martiale.

30. Il pourrait être utile de prêter attention au libellé de l'article 157.2 de la Constitution ukrainienne, qui est formulé de manière très différente de certaines autres dispositions similaires dans d'autres constitutions. Par exemple, l'article 169 de la Constitution espagnole dispose que « *[l]e processus de révision constitutionnelle ne peut être engagé en temps de guerre ou [d'alarme, d'urgence et de siège (loi martiale)]* ». De même, l'article 289 de la Constitution portugaise stipule que « *[a]ucun acte impliquant la révision de cette Constitution ne peut être entrepris pendant l'état de siège ou l'état d'urgence.* » En raison de la formulation, on pourrait déduire de ces dispositions qu'elles interdisent également toutes les étapes préparatoires de la procédure d'amendement menant à l'adoption de l'amendement constitutionnel. Cependant, l'article 157.2 de la Constitution ukrainienne est formulé de manière tout à fait différente et parle plutôt de la fin du processus (qui culmine avec l'amendement de la Constitution) et non des étapes préliminaires. La question qui se pose est de savoir si l'émission de l'avis (en vertu de l'article 159 de la Constitution) constitue une « modification » de la Constitution qui est interdite par l'article 157.2 pendant la loi martiale.

31. D'un point de vue strictement grammatical, la réponse semble négative pour les raisons suivantes :

- L'article 159 de la Constitution prévoit que l'avis de la CCU est une condition préalable à l'examen par la Verkhovna Rada d'un projet de loi portant modification de la Constitution. Il apparaît donc que l'avis de la CCU n'est qu'une condition nécessaire pour que la Verkhovna Rada puisse analyser - et pas nécessairement approuver - un projet d'amendements constitutionnels.

²⁹ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2010\)001](#), paragraphe. 5.

- En outre, selon les articles 155 et 156 de la Constitution, « *un projet de loi sur l'amendement de la Constitution [...est réputé adopté si, lors de la prochaine session ordinaire de la Verkhovna Rada d'Ukraine, au moins deux tiers de la composition constitutionnelle de la Verkhovna Rada d'Ukraine ont voté en sa faveur* » (article 155) ou « *à condition qu'il soit adopté par au moins deux tiers de la composition constitutionnelle de la Verkhovna Rada d'Ukraine et qu'il soit approuvé par un référendum panukrainien désigné par le président de l'Ukraine* » (article 156). En d'autres termes, seuls des actes spécifiques de la Verkhovna Rada et/ou un référendum ont pour effet d'adopter ou de faire entrer en vigueur un amendement constitutionnel.

32. Par conséquent, étant donné que l'avis émis par la CCU en vertu de l'article 159 de la Constitution en tant que tel ne peut avoir pour effet de modifier la Constitution, non seulement en raison de sa nature intermédiaire, mais aussi en raison de sa nature interprétative non modificative, il pourrait être considéré comme ne violant pas l'interdiction établie par l'article 157.2 de la Constitution.

33. Un autre argument à l'appui (bien qu'indirectement) de cette interprétation peut être trouvé dans l'article 12.2 de la loi ukrainienne sur le régime juridique de la loi martiale, qui dispose que « *[l]es pouvoirs des tribunaux, des organes et des institutions du système judiciaire prévus par la Constitution de l'Ukraine ne peuvent être restreints sous le régime juridique de la loi martiale.* » Cette disposition est conforme aux normes établies par la Commission de Venise selon lesquelles « *[l]e fonctionnement du système judiciaire ne devrait pas être limité [pendant les états d'urgence], sauf en cas d'absolue nécessité ou d'impossibilité de fait* ³⁰. » Il est raisonnable de limiter le pouvoir de l'exécutif (qui joue un rôle clé pendant la loi martiale) de proposer des changements structurels dans la structure constitutionnelle qui pourraient accroître son pouvoir dans le système d'équilibre des pouvoirs ; en revanche, il peut être dangereux de permettre à l'exécutif, en se référant à la situation de la loi martiale, de réduire les pouvoirs du pouvoir judiciaire et, par voie de conséquence, de la Cour constitutionnelle.

34. En conclusion, étant donné que l'article 157.2 ne semble pas interdire explicitement et sans équivoque toutes les mesures, y compris les mesures préparatoires, relatives à la révision constitutionnelle, la Commission de Venise est encline à conclure que l'élaboration d'un avis par la CCU pendant la loi martiale n'est pas nécessairement exclue.

35. Quant à la deuxième partie de la question n° 4 concernant les *conséquences juridiques possibles* d'un avis du CCU émis pendant la loi martiale (à la lumière de l'exigence de l'article 157.2 de la Constitution de l'Ukraine), qui est également liée à la première partie de la question n° 5 concernant la possibilité pour la Verkhovna Rada, conformément à l'article 159 de la Constitution, *d'examiner* (c'est nous qui soulignons) le projet d'amendement constitutionnel, au sujet duquel le CCU a émis un avis pendant la loi martiale, l'article 159 doit être lu en même temps que l'article 157 de la Constitution.

36. L'article 157 interdit les amendements qui « *prévoient l'abolition ou la restriction des droits et libertés de l'homme et du citoyen, ou s'ils sont orientés vers la liquidation de l'indépendance ou la violation de l'indivisibilité territoriale de l'Ukraine.* » L'article 159 de la Constitution charge la Cour constitutionnelle d'examiner la conformité des projets d'amendements avec cette interdiction. Le contrôle de la Cour constitutionnelle n'aurait pas de sens si la Verkhovna Rada était libre d'ignorer l'avis négatif de la Cour constitutionnelle.

37. L'article 151.2 de la Constitution prévoit que les avis adoptés par la CCU « *sont contraignants, définitifs et ne peuvent être contestés.* » Par conséquent, si la CCU considère que les projets d'amendements constitutionnels violent les dispositions non modifiables de la Constitution, cela

³⁰ Voir Commission de Venise, [CDL-PI\(2020\)005rev](#), Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit en période d'état d'urgence - Réflexions, paragraphe 89.

empêche la Verkhovna Rada de les adopter ou nécessite une reformulation des amendements et leur nouvelle soumission à la CCU.

B. Question 5

38. En ce qui concerne la question de savoir si l'avis produit par la CCU *conserve son effet juridique* dans le cas où la Verkhovna Rada d'Ukraine examine un projet de loi sur l'introduction d'amendements à la Constitution de l'Ukraine *après la levée de la loi martiale*, la Commission de Venise note ce qui suit.

39. L'article 151.2 de la Constitution dispose que « *les décisions et les avis adoptés par la Cour constitutionnelle d'Ukraine sont contraignants, définitifs et ne peuvent être contestés.* » Cela pourrait signifier qu'une fois l'avis émis, il n'y a aucune possibilité de le contester ou de le modifier et qu'il conserve sa validité et son caractère contraignant jusqu'à ce qu'un nouvel acte de même nature et de même hiérarchie modifie les critères (par exemple, un nouveau projet d'amendement constitutionnel sur le même sujet pourrait ouvrir la possibilité d'une interprétation nouvelle ou plus poussée). De plus, en supposant que l'avis émis par la CCU n'aille pas à l'encontre de l'interdiction constitutionnelle de modifier la Constitution pendant la loi martiale, sa validité est indépendante de la loi martiale elle-même. Ceci est d'autant plus vrai que la réponse à la question de la compatibilité ne change pas avec le temps.

C. Questions 1, 2 et 3

1. Remarque préliminaire : les limites du contrôle constitutionnel matériel des amendements constitutionnels

40. Dans les questions 1, 2 et 3, la CCU demande si les projets d'amendements constitutionnels sont conformes au principe de *séparation des pouvoirs*, aux exigences de *contrôle et d'équilibre* entre les branches concernées, et s'ils ont un impact négatif sur la *démocratie*, le respect de l'*État de droit* et la protection des *droits humain et des libertés*.

41. Avant d'aborder ces questions, la Commission de Venise estime nécessaire de faire une remarque préliminaire sur les limites du contrôle de constitutionnalité des amendements constitutionnels dans la présente affaire et en général.

42. Une lecture littérale de l'article 159 de la Constitution ukrainienne implique que le contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour constitutionnelle à l'occasion d'une requête présentée par la Verkhovna Rada se limite à vérifier la conformité des projets de révision constitutionnelle avec les articles 157 et 158 de la Constitution. Les limitations *substantielles* à la révision constitutionnelle prévues par ces articles sont les suivantes :

- les modifications ne doivent pas prévoir l'abolition ou la restriction des droits et libertés de l'homme et du citoyen ;
- les modifications ne doivent pas viser à liquider l'indépendance ou à violer l'indivisibilité territoriale de l'Ukraine.

43. Cependant, la CCU demande si les projets d'amendements constitutionnels respectent des principes qui *ne sont pas explicitement prévus* par les articles 157 et 158, si ces dispositions sont interprétées de manière stricte. Par conséquent, les questions 1, 2 et 3 posées par la CCU ne peuvent pas être répondues de la manière dont elles sont posées par la CCU. C'est aussi parce que les amendements proposés visent précisément à modifier cet équilibre des pouvoirs en accordant de nouveaux pouvoirs au président et à la Verkhovna Rada de l'Ukraine. Il est impossible d'évaluer la constitutionnalité d'un projet de disposition constitutionnelle sur la base des dispositions mêmes qu'il entend modifier.

44. Une interprétation plus large des attributions du contrôle constitutionnel exercé par la CCU dans de tels cas est également possible. Ainsi, on peut soutenir qu'un changement radical dans le système d'équilibre des pouvoirs ou un écart évident par rapport à certains préceptes fondamentaux de l'État de droit peut finalement conduire à « l'abolition ou la restriction des droits et libertés de l'homme et du citoyen » et que, par conséquent, la CCU est constitutionnellement habilitée à procéder à une telle analyse. Même si la Commission elle-même ne souscrit pas nécessairement à une interprétation aussi large des articles 157 et 158, la CCU peut conclure que les articles 157 et 158 lui donnent un *pouvoir implicite* d'évaluer la conformité des projets d'amendements constitutionnels avec les principes qu'elle a mentionnés dans ses questions à la Commission de Venise³¹.

45. La formulation choisie par la CCU dans sa décision de septembre 2020 (à savoir que l'octroi de tels pouvoirs au président peut conduire à « l'affaiblissement des garanties constitutionnelles des droits et libertés de l'homme et du citoyen ») pourrait être considérée comme pertinente dans ce contexte. On peut affirmer que dès 2020, la CCU a considéré que la modification de l'équilibre des pouvoirs introduite par la loi sur la BNAU mettait en danger les droits humains, créant ainsi un lien avec l'article 157.1 de la Constitution (qui interdit les amendements constitutionnels qui conduisent à la « restriction des droits et des libertés de l'homme et du citoyen »).

46. Cela dit, la Commission de Venise note qu'en septembre 2020, la CCU a examiné la compatibilité d'une loi ordinaire avec la Constitution dans son ensemble, y compris les dispositions définissant le système d'équilibre des pouvoirs.

47. Ainsi, même si la CCU a rendu deux décisions sur la constitutionnalité des lois ordinaires relatives à la nomination et à la révocation du directeur de la BNAU, ces décisions ne peuvent être considérées comme une source pour la présente analyse car elles traitent de la constitutionnalité de la législation ordinaire, qui a une force et une hiérarchie complètement différentes, parce que l'inconstitutionnalité des actes juridiques contestés était fondée sur l'argument selon lequel les lois ordinaires ne peuvent accorder plus de pouvoirs au président que ceux explicitement prévus par la Constitution alors que, dans le cas présent, la Verkhovna Rada tente de modifier la Constitution pour accorder de tels pouvoirs constitutionnels. En outre, selon les dispositions pertinentes de la loi, qui a été jugée incompatible avec la Constitution, le transfert de pouvoir était différent puisque le Président n'était pas tenu d'agir après l'approbation du Parlement.

48. La Commission de Venise renvoie la CCU à son précédent mémoire *amicus curiae*³² qui concerne le rôle de la Cour constitutionnelle dans le contrôle des amendements constitutionnels et l'interrelation entre le pouvoir d'une autorité constituante et le pouvoir de la Cour constitutionnelle. En examinant la compatibilité des projets d'amendements constitutionnels avec les principes inamendables de la Constitution, la CCU doit respecter le rôle du pouvoir constituant qui peut modifier l'équilibre des pouvoirs, redéfinir les caractéristiques du système démocratique ou ajuster la définition de certains droits humains, à condition que ces changements n'entraînent pas « l'abolition ou la restriction des droits et libertés de l'homme et du citoyen » ou « la liquidation de l'indépendance ou la violation de l'indivisibilité territoriale de l'Ukraine. »

49. En résumé, il appartient à la CCU de décider si la Constitution l'habilite à évaluer les projets d'amendements constitutionnels à la lumière des principes de la séparation des pouvoirs, de l'équilibre des pouvoirs, de la démocratie et de l'État de droit. Rien dans cette analyse de la

³¹ La Commission de Venise accepte qu'une constitution puisse contenir des dispositions implicitement non modifiables. L'exemple le plus évident d'une disposition implicitement non modifiable dans la Constitution de l'Ukraine serait l'article 157 de la Constitution elle-même.

³² Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2022\)012](#), Mémoire *Amicus Curiae* sur les limites du contrôle a posteriori des amendements constitutionnels par la Cour constitutionnelle.

Commission de Venise ne doit être interprété comme confirmant que la CCU dispose ou non d'un tel pouvoir.

50. La question 3, dans la mesure où elle concerne l'effet possible du projet d'amendement constitutionnel sur le niveau de protection des droits humain et des libertés, sera traitée séparément.

2. Impact des amendements sur la séparation des pouvoirs, les contrepoids et la démocratie

51. D'une manière générale, la Commission de Venise a reconnu que les principes de « séparation des pouvoirs » et de « freins et contrepoids » exigent que les trois fonctions d'un État démocratique - exécutive, législative et judiciaire - ne soient pas concentrées dans une seule branche, mais réparties entre différentes institutions³³. La Commission a expliqué que l'étendue de la séparation dépend du système politique tel qu'il est déterminé par la Constitution et qu'en général, il existe trois modèles : « *Dans les systèmes présidentiels, il y a une séparation claire, où les présidents directement élus ne dépendent pas de la confiance du corps législatif. Dans les systèmes semi-présidentiels, le gouvernement doit répondre à la fois devant un président directement élu et devant le corps législatif. Dans les systèmes parlementaires, la séparation est généralement moins marquée, car l'exécutif (le gouvernement) est nommé par la majorité parlementaire. Cela implique que l'exécutif dépend de l'approbation du parlement*³⁴. »

52. La Commission a observé que chaque État peut faire un choix politique libre entre un système présidentiel et un système parlementaire. Toutefois, « *le système choisi doit être aussi clair que possible et les dispositions ne doivent pas donner lieu à des complications inutiles et à des conflits politiques*³⁵. » Si un système présidentiel est choisi, certaines conditions minimales d'influence et de contrôle parlementaire doivent être remplies³⁶. »

53. Dans le passé, la Commission de Venise a observé que « *les tentatives passées (réformes de 2009, 2014) pour transformer le système semi-présidentiel avec de larges pouvoirs du chef de l'Etat en un système plus parlementaire n'ont pas abouti* » et « *on peut observer une tendance contraire vers le renforcement d'un système semi-présidentiel*³⁷. »

54. Les amendements proposés aux articles 85 et 106 de la constitution ukrainienne stipulent que le président a le pouvoir de nommer et de révoquer, avec l'accord de la Verkhovna Rada de l'Ukraine, le directeur de la BNAU et le directeur de la BEE, conformément à la procédure établie par la loi et par le biais d'une sélection de candidats sur une base concurrentielle.

55. La Commission de Venise a observé que « *les propositions les plus importantes de modification des règles constitutionnelles relatives à l'appareil d'Etat sont souvent celles qui visent à modifier l'équilibre des pouvoirs entre le législatif et l'exécutif, dans un sens ou dans l'autre. Ces propositions doivent également faire l'objet d'une attention et d'un examen particuliers. En général, les amendements renforçant le parlement visent à rendre le système plus démocratique, tandis que les amendements renforçant l'exécutif visent à le rendre plus efficace et efficient*³⁸. »

³³ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2013\)018](#), Avis sur l'équilibre des pouvoirs dans la Constitution et la législation de la Principauté de Monaco, paras. 14-16.

³⁴ Voir Ibid.

³⁵ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2003\)019](#), Avis sur trois projets de loi proposant des amendements à la Constitution de l'Ukraine, paragraphe 14.

³⁶ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2017\)026](#), para. 18.

³⁷ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2017\)026](#), Avis sur les modifications du règlement intérieur de la Verkhovna Rada d'Ukraine, para. 19.

³⁸ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2010\)001](#), Rapport sur l'amendement constitutionnel, paragraphe 142.

56. Le projet d'amendement constitutionnel exige expressément que la Verkhovna Rada donne son accord pour la nomination et la révocation des directeurs de la BNAU et de la BEE, à la suite des résultats de la sélection concurrentielle. Le consentement de la Verkhovna Rada répond à une exigence d'influence et de contrôle parlementaire sur le pouvoir exécutif/présidentiel dans ce contexte. Par rapport à un modèle dans lequel les deux directeurs sont nommés par le gouvernement sans aucune approbation parlementaire, le modèle proposé augmente le niveau d'implication du Parlement et renforce ainsi le principe démocratique.

57. Cela ne signifie pas que le processus de nomination des deux directeurs ne peut pas être amélioré. La Commission de Venise a précédemment noté que l'une des conditions essentielles à l'exercice correct et efficace des fonctions des agences de lutte contre la corruption est leur indépendance, c'est-à-dire « *un niveau adéquat d'autonomie structurelle et opérationnelle, impliquant des dispositions juridiques et institutionnelles visant à prévenir toute influence politique ou autre*³⁹. » Plus précisément, la Commission a souligné que « *la nécessité de garantir l'indépendance et la neutralité politique des organismes de lutte contre la corruption est soulignée dans de nombreux documents internationaux*⁴⁰. » La neutralité politique des dirigeants de ces organismes peut être renforcée en exigeant un soutien multipartite à leur nomination et à leur révocation. Comme indiqué précédemment dans un contexte largement similaire, le consentement du Parlement à la nomination de certains titulaires de fonctions clés peut nécessiter le soutien d'une majorité qualifiée de ses membres⁴¹, ainsi qu'un mécanisme anti-blocage approprié, afin d'éviter un éventuel dysfonctionnement institutionnel⁴².

58. En outre, certaines mesures visant à améliorer la neutralité politique des deux directeurs peuvent être prises au niveau de la législation de mise en œuvre, notamment en ce qui concerne une procédure de nomination garantissant la sélection des personnes sur la base de critères objectifs et non arbitraires. La Commission de Venise n'a pas le mandat d'examiner la procédure de sélection et de nomination des deux directeurs dans le cadre de la législation actuelle. Toutefois, la Commission de Venise encourage le législateur ukrainien à veiller à ce que la législation d'application garantisse que le mérite, les connaissances, les compétences et le niveau de spécialisation des candidats sont évalués et qu'il s'agit d'une compétition équitable, transparente et ouverte, exempte de toute partisanerie politique. Cette recommandation ne doit pas être interprétée comme suggérant que les réglementations actuelles ne sont pas conformes à ces principes.

59. Cela dit, le choix de la forme de l'approbation parlementaire n'appartient pas à la Cour constitutionnelle mais à la Verkhovna Rada d'Ukraine. Même si d'autres modèles de nomination/révocation des deux directeurs peuvent être envisagés, et même si la législation d'application devrait éventuellement être améliorée afin de garantir une procédure de sélection équitable et fondée sur le mérite, le mécanisme proposé par le projet d'amendements constitutionnels ne semble pas perturber l'équilibre entre les différentes branches du pouvoir, et accroît même l'influence du pouvoir législatif dans ce processus.

3. Impact des amendements sur l'État de droit

60. La Commission de Venise a considéré « *que la notion d'Etat de droit exige un système de droit certain et prévisible, dans lequel chacun a le droit d'être traité par tous les décideurs avec dignité, égalité et rationalité et conformément aux lois, et d'avoir la possibilité de contester les décisions devant des tribunaux indépendants et impartiaux dans le cadre de procédures*

³⁹ *Op. Cit.* [CDL-AD\(2014\)041](#), paragraphe 18.

⁴⁰ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2021\)024](#), Avis sur le projet de loi sur la prévention des conflits d'intérêts dans les institutions de Bosnie-Herzégovine, paragraphe 64.

⁴¹ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2003\)019](#), paragraphes. 34-35 et 67.

⁴² Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2018\)015](#), Avis sur le projet de loi relatif aux amendements à la loi sur le Conseil judiciaire et les juges du Monténégro, para. 19.

*équitable*⁴³. » Afin de déterminer si les projets d'amendements constitutionnels ont un impact sur l'Etat de droit, il est nécessaire d'identifier les éléments de ce concept aux multiples facettes (voir les questions formulées dans la liste de contrôle de l'Etat de droit de la Commission de Venise, par laquelle la Commission définit la notion « d'Etat de droit ») sous lesquels les projets d'amendements constitutionnels peuvent être évalués.

61. L'exigence de clarté et de prévisibilité des projets d'amendements constitutionnels est la plus pertinente dans le contexte actuel. Pour la Commission de Venise, le projet d'amendement constitutionnel détermine avec suffisamment de clarté les rôles respectifs du président et de la Verkhovna Rada dans la procédure de nomination. La Commission de Venise comprend que le mécanisme proposé ne nécessiterait que le vote d'une majorité simple des parlementaires. Comme souligné plus haut, un modèle alternatif (exigeant une majorité qualifiée avec un mécanisme anti-blocage approprié) serait également concevable⁴⁴, mais le choix à cet égard appartient au pouvoir constituant et non à la CCU. Par conséquent, rien dans le texte proposé, tel qu'il est formulé, ne semble pouvoir être mal interprété. En outre, le projet de loi semble indiquer clairement que les amendements proposés affecteraient le contenu des articles 85 et 106 de la Constitution de l'Ukraine. Par conséquent, les amendements proposés semblent être compatibles avec le concept de prévisibilité, qui « signifie (...) que la loi doit (...) être formulée avec suffisamment de précision et de clarté pour permettre aux sujets de droit de régler leur conduite en conformité avec elle⁴⁵. »

62. Cela dit, la Commission de Venise reconnaît que les normes constitutionnelles sont souvent formulées de manière plus large, afin de permettre au législateur, dans les limites fixées par la Constitution et sous le contrôle d'une cour constitutionnelle, d'élaborer des règles plus spécifiques dans la législation d'application. La Commission de Venise comprend que l'adoption de l'amendement constitutionnel sera suivie par des amendements respectifs aux lois sur la BNAU et la BEE, qui pourraient aborder certaines des questions soulevées par la Commission de Venise dans le présent mémoire *amicus curiae*.

4. Impact des amendements sur les droits humain et les libertés

63. La Cour constitutionnelle d'Ukraine doit déterminer si le projet de loi prévoit l'*abolition ou la restriction des droits et libertés de l'homme et du citoyen*. Il est tout d'abord nécessaire d'identifier les droits prévus par la Constitution qui pourraient être potentiellement affectés et d'analyser les implications potentielles de la procédure de nomination et de révocation des directeurs de la BNAU et de la BEE à la lumière des normes internationales existantes.

64. Les droits et libertés de l'homme et du citoyen sont inscrits au chapitre II de la Constitution de l'Ukraine (articles 21 à 68). Certains des droits qui pourraient être pertinents dans le contexte des amendements proposés sont le droit à l'égalité/non-discrimination (article 24), le droit des citoyens à participer à la gestion des affaires de l'État (article 38) et le droit à une procédure régulière (dont certaines caractéristiques sont reconnues à l'article 29).

65. En ce qui concerne le risque de discrimination dans le processus de nomination des deux directeurs, le droit des citoyens à participer à la gestion des affaires de l'État et la garantie d'une procédure régulière, la Commission de Venise observe que la mise en concurrence pour sélectionner ces deux titulaires de poste (avant la nomination par le président et l'accord de la Verkhovna Rada) constitue une garantie contre une éventuelle discrimination et offre aux candidats qualifiés des possibilités suffisantes de concourir pour ces postes. Beaucoup dépendra de la manière dont la procédure de concours sera améliorée dans la loi. Toutefois, il n'est pas nécessaire de réglementer cet élément au niveau constitutionnel. Dans la mesure où les

⁴³ Voir Commission de Venise, Liste de contrôle de l'état de droit, paragraphe. 15.

⁴⁴ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2021\)024](#), paragraphe 67.

⁴⁵ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2021\)004](#), Espagne - Avis sur la loi relative à la sécurité des citoyens, paragraphe 22.

dispositions constitutionnelles autorisent un processus de sélection fondé sur des critères objectifs prouvant le mérite, les connaissances et la spécialisation des candidats, la Commission de Venise ne considère pas que le modèle constitutionnel proposé ou leur nomination entraînerait une discrimination ou une limitation injustifiée du droit de participer à la gestion des affaires de l'Etat. Le fait que la décision finale de nomination sera prise par les acteurs politiques et au moins en partie sur la base de considérations politiques n'est pas inhabituel pour ce type de nomination et n'est pas incompatible avec les droits individuels des candidats.

66. Enfin, la Commission de Venise attire l'attention sur l'article 24.3 de la Constitution ukrainienne, qui dispose que l'égalité des droits des femmes et des hommes doit être assurée en donnant aux femmes des chances égales à celles des hommes dans les activités publiques, politiques et culturelles. Cette obligation est conforme aux normes internationales en la matière, qui ont été analysées en détail par la Commission de Venise. En ce qui concerne plus particulièrement la participation des femmes aux affaires publiques, la Commission de Venise a cité des instruments internationaux qui soulignent que "la participation des hommes et des femmes est une pierre angulaire de la bonne gouvernance⁴⁶. » Bien que cet impératif ne doive pas nécessairement être traité au niveau constitutionnel, le législateur pourrait envisager d'introduire les mécanismes juridiques nécessaires dans la législation de mise en œuvre, afin de garantir que les femmes et les hommes qualifiés aient les mêmes chances d'être nommés directeurs de la BNAU et de la BEE.

V. Conclusion

67. La Cour constitutionnelle d'Ukraine (CCU), à la demande de la Verkhovna Rada, examine actuellement des projets d'amendements constitutionnels concernant la procédure de nomination et de révocation du directeur du Bureau national anticorruption d'Ukraine (BNAU) et du directeur du Bureau d'enquête d'Etat (BEE). Le 12 décembre 2022, le président en exercice de la Cour constitutionnelle d'Ukraine a demandé à la Cour de Venise de présenter un mémoire *amicus curiae* dans le cadre de cette affaire pendante.

68. Les cinq questions posées par la CCU à la Commission de Venise peuvent être divisées en deux groupes. Les questions 1, 2 et 3 portent sur la compatibilité des projets d'amendements constitutionnels avec certains principes inscrits dans la Constitution, à savoir le principe de la séparation des pouvoirs, de l'équilibre des pouvoirs, de la démocratie et du respect de l'Etat de droit. La CCU demande également si ces amendements pourraient avoir un impact négatif sur la protection des droits humains et des libertés.

69. Le deuxième groupe de questions (questions 4 et 5) concerne la procédure d'amendement constitutionnel, à savoir l'(im)possibilité pour le Parlement et la Cour constitutionnelle de procéder à l'examen et à l'adoption de ces amendements pendant le régime de loi martiale déclaré en Ukraine en relation avec l'agression russe. La Commission de Venise abordera d'abord les questions de procédure.

70. La Commission de Venise a examiné deux interprétations alternatives de la disposition constitutionnelle interdisant les amendements constitutionnels pendant l'application de la loi martiale (article 157 de la Constitution). Une ligne d'argumentation possible repose sur l'idée que la Constitution exclut *toute possibilité* pour la CCU de produire un avis sur les amendements constitutionnels pendant la loi martiale, puisqu'un tel avis fait partie intégrante du processus d'amendement constitutionnel qui ne peut avoir lieu pendant la loi martiale.

71. Une autre interprétation repose sur le fait que la Constitution n'interdit que l'adoption finale des amendements constitutionnels, et non les étapes préparatoires ou intermédiaires de ce processus (telles que l'obtention d'un avis de la CCU). Eu égard à des dispositions similaires

⁴⁶ Voir Commission de Venise, [CDL-AD\(2011\)009](#), Bilan sur les notions de "bonne gouvernance" et de "bonne administration", paragraphe. 36.

dans d'autres constitutions, ainsi qu'à l'objectif de l'introduction d'une telle limitation (qui est d'exclure l'adoption précipitée de changements permanents sous la pression du moment et sans une discussion politique appropriée et ouverte), la Commission de Venise a une légère préférence pour la deuxième ligne de raisonnement, mais réitère qu'il appartient à la CCU de donner une réponse finale à cette question, à la lumière de la tradition constitutionnelle du pays. La Commission observe en outre que l'avis de la CCU émis conformément à l'article 159 de la Constitution est contraignant mais n'impose aucune obligation supplémentaire de procéder à la modification de la Constitution.

72. En ce qui concerne les questions 1 à 3, la Commission de Venise observe d'emblée que, s'ils sont interprétés strictement, les articles 157 et 158 de la Constitution ne donnent pas à la CCU le pouvoir d'émettre un avis sur la conformité des projets d'amendements constitutionnels avec des principes tels que la séparation des pouvoirs, l'équilibre des pouvoirs, la démocratie et le respect de la prééminence du droit. Même si la CCU se trouve en position de conclure que la Constitution lui donne un tel pouvoir, qui peut être dérivé du mandat substantiel de la révision tel qu'indiqué dans les articles 157 et 158, la CCU devrait utiliser ce pouvoir avec prudence et dans le respect du rôle du pouvoir constituant qui peut modifier l'équilibre des pouvoirs, redéfinir les caractéristiques du système démocratique ou ajuster la définition de certains droits humains, à condition que ces changements n'entraînent pas « l'abolition ou la restriction des droits et libertés de l'homme et du citoyen » ou « la liquidation de l'indépendance ou la violation de l'indivisibilité territoriale de l'Ukraine. »

73. Laissant de côté la question de la portée éventuelle du contrôle constitutionnel que pourrait exercer la CCU dans ce cas, la Commission de Venise considère que les amendements proposés répondent à une exigence minimale d'influence et de contrôle parlementaires sur l'exécutif et ne dépassent pas les limites des domaines réservés aux pouvoirs législatifs, exécutifs ou présidentiels. La Commission note que d'autres modèles de nomination des deux directeurs pourraient également être envisagés (par exemple, l'approbation par la Verkhovna Rada à la majorité qualifiée et avec un mécanisme anti-blocage approprié), mais il s'agit d'une question de choix politique qui appartient à la Verkhovna Rada, et il n'appartient ni à la CCU ni à la Commission de Venise de proposer de tels modèles alternatifs.

74. Du point de vue de l'État de droit, les projets d'amendements constitutionnels semblent être formulés de manière intelligible, et il est entendu que les amendements constitutionnels, s'ils sont adoptés, seront développés dans la législation de mise en œuvre relative aux deux institutions concernées. Dans cette législation de mise en œuvre, la Verkhovna Rada peut envisager d'autres moyens d'améliorer le processus de nomination des deux directeurs sur une base concurrentielle, afin d'assurer un processus de nomination équitable et fondé sur le mérite et de garantir qu'il est compatible avec les dispositions constitutionnelles en matière de droits humains relatives au droit de participer à la gestion des affaires publiques, à la non-discrimination, à l'égalité et à la régularité de la procédure. La décision finale sur la question de savoir si les amendements proposés créent un conflit avec les dispositions de la Constitution relatives aux droits humains incombe à la Cour constitutionnelle.

75. La Commission de Venise reste à la disposition de la Cour constitutionnelle et des autorités ukrainiennes pour toute assistance supplémentaire dont elles pourraient avoir besoin.