



Strasbourg, 20 décembre 2010

Avis n°599/2010



CDL-AD(2010)044
Or. angl.

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

AVIS

SUR LA SITUATION CONSTITUTIONNELLE
DE L'UKRAINE

Adopté par la Commission de Venise
à sa 85^e réunion plénière
Venise (17-18 décembre 2010)

Sur la base des observations de :

Mme Angelika NUSSBERGER (membre suppléant, Allemagne)
M. George PAPUASHVILI (membre, Géorgie)
M. Evgeni TANCHEV (membre, Bulgarie)
M. Kaarlo TUORI (membre, Finlande)
M. Didier MAUS (expert, France)

I. Introduction

1. Dans une lettre datée du 21 octobre 2010, M. Dick Marty, président de la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, a demandé à la Commission de Venise de formuler un avis sur la situation constitutionnelle de l'Ukraine.

2. La Commission de Venise a désigné Mme A. Nussberger et MM. D. Maus, G. Papuashvili, E. Tanchev et K. Tuori en tant que rapporteurs.

3. Les 29 et 30 novembre 2010, la délégation de la Commission de Venise s'est rendue en Ukraine pour y rencontrer les différentes autorités concernées, parmi lesquelles la Cour constitutionnelle, l'administration présidentielle, le ministre des Affaires étrangères, le ministre de la Justice, la Cour suprême ainsi que les représentants de l'opposition. Le présent avis se base sur les observations des membres et des experts, ainsi que sur les informations obtenues au cours de la visite d'étude en Ukraine.

4. Il a été adopté par la Commission de Venise à sa 85^e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010).

II. Objet du présent avis

5. La présente demande doit être considérée à la lumière des évolutions constitutionnelles récentes en Ukraine. Le 30 septembre 2010, la Cour constitutionnelle d'Ukraine a adopté une décision par laquelle elle déclare inconstitutionnelle la loi n°2222 portant modification de la Constitution, adoptée le 8 décembre 2004, et demande à ce que les lois adoptées par la suite soient mises en conformité avec la précédente Constitution de 1996.

6. L'avis de la Commission de Venise a été sollicité sur les questions suivantes :

- la situation constitutionnelle en Ukraine suite à la décision de la Cour constitutionnelle du 30 septembre 2010 ;
- les mesures à prendre pour rendre le nouveau cadre constitutionnel conforme aux normes européennes.

7. Le but du présent avis n'est donc pas d'évaluer la décision de la Cour constitutionnelle, mais plutôt d'examiner ses conséquences et d'évoquer l'avenir, et en particulier la perspective d'une réforme constitutionnelle plus équilibrée et plus cohérente.

III. Développements constitutionnels en Ukraine depuis 1996

8. L'histoire constitutionnelle récente de l'Ukraine est marquée par la confrontation et la compétition politiques entre divers groupes au sein de la société. En 1996, l'adoption de la Constitution, malgré ses insuffisances au plan juridique, a été considérée comme une étape importante dans l'établissement du cadre institutionnel du pays et du caractère du nouvel Etat.

9. La Constitution de 1996 a établi un régime institutionnel de type présidentiel-parlementaire. Elle prévoit une stricte séparation des pouvoirs entre le Président et le Parlement ; tous deux sont élus pour un mandat de quatre ans, et aucun ne contrôle le mandat de l'autre. Le gouvernement est subordonné au Président et doit rendre compte au Parlement.

10. Dans son avis de 1997 sur ce texte, la Commission a affirmé que « *bien que ce texte crée un exécutif puissant sous la direction d'un président fort, il est suffisamment équilibré, ce qui devrait permettre d'éviter une dérive autoritaire. Les principes de l'Etat de droit sont profondément enracinés dans la Constitution. La création de collectivités territoriales démocratiques, et le rôle essentiel dévolu à la Cour constitutionnelle, devraient contribuer à*

l'enracinement de la culture démocratique en Ukraine ». Elle a toutefois relevé que « *plusieurs des dispositions de la Constitution laissent encore à désirer d'un point de vue juridique. Ces insuffisances ont des raisons politiques et peuvent être expliquées par le fait qu'il fallait arriver à un compromis politique permettant l'adoption de la Constitution* »¹.

11. La Commission a invité l'Ukraine à « *tenir compte de l'avis de la Commission de Venise et des standards pertinents du Conseil de l'Europe* » lors de la mise en œuvre de ces dispositions de la Constitution. Elle a souligné que « *la Constitution va être soumise à l'épreuve des faits et que les difficultés liées à la situation économique risquent de retarder la mise en œuvre des nouveaux principes et de compromettre la concrétisation des idées positives contenues dans ce texte. Il faudra prêter une attention particulière aux dispositions transitoires, pour s'assurer qu'elles ne favorisent pas pendant très longtemps la survie d'éléments de l'ancien système (Conclusions)* ».

12. Dans la pratique, la Constitution de 1996 a toutefois entraîné une concentration de pouvoirs entre les mains du président et une confrontation permanente entre le législatif et l'exécutif.

13. Dès 2003, la Commission de Venise s'est prononcée en faveur d'une réforme constitutionnelle globale visant à renforcer les pouvoirs du Parlement, tout en mettant en garde contre l'établissement d'un système qui ne serait pas cohérent. Dans son avis sur les trois projets de loi sur les amendements à la Constitution d'Ukraine, la Commission a accueilli avec satisfaction et soutenu vivement les « *efforts entrepris pour renforcer la position du Parlement par rapport à celle du Président* », et a souligné que « *la réforme du régime gouvernemental choisie devrait être aussi claire que possible, et les dispositions constitutionnelles ne devraient pas ouvrir inutilement la voie à des complications et des conflits politiques* » (§ 93)².

14. La Commission comme l'APCE étaient préoccupées en particulier par le conflit de pouvoirs constant entre les différents organes de l'Etat, auquel le pays était confronté depuis le référendum national controversé de 2000. La loi sur le gouvernement, qui visait à clarifier le statut, les pouvoirs et les responsabilités du gouvernement vis-à-vis du Président et du Parlement, est devenue le symbole du blocage exécutif-législatif sur les questions constitutionnelles³.

15. La Constitution de 1996 a été modifiée en décembre 2004 par la loi n°2222 sur les amendements à la Constitution. Ces changements constitutionnels ont contribué à la transformation du système politique ukrainien d'un système présidentiel-parlementaire en un système plus parlementaire. Dans son avis sur les amendements à la Constitution d'Ukraine adopté le 8 décembre 2004, la Commission a salué les changements positifs apportés par les amendements, et en particulier ceux qui « *renforcent la dimension parlementaire du régime politique* ». Les prérogatives autrefois très importantes du Président ont cependant été réduites de manière fâcheuse⁴. Selon l'avis de la Commission sur la Constitution de 2004, « *plusieurs dispositions, comme le droit d'initiative législative conféré à la fois au Cabinet et au Président ou le rôle de ce dernier dans la politique étrangère et de défense, risquent d'entraîner de vains conflits politiques et compromettre ainsi l'indispensable renforcement de l'état de droit dans le pays. D'une manière générale, les changements constitutionnels adoptés ne permettent pas vraiment d'atteindre l'objectif de la réforme constitutionnelle, qui est d'établir un régime gouvernemental équilibré et opérationnel* »⁵.

16. Par conséquent, la Commission a estimé que « *pour mettre la Loi relative aux amendements à la Constitution en conformité avec les principes de la démocratie pluraliste et de la primauté du droit, il convient d'en poursuivre l'examen et de lui apporter des améliorations* ».

¹ Avis sur la Constitution de l'Ukraine, adopté en juin 1996, CDL-INF(1997)002.

² Avis sur les trois projets de loi sur les amendements à la Constitution d'Ukraine CDL-AD(2003)019.

³ Le Président Koutchma a opposé son veto à la loi huit fois et ce n'est qu'en 2007 qu'elle a finalement été adoptée.

⁴ Cf. Evaluation de la Commission de Venise dans son Avis sur les amendements à la Constitution d'Ukraine adopté le 8 décembre 2004, CDL-AD(2005)015.

⁵ *Ibid.*

17. Elle a également souligné que les amendements constitutionnels avaient été adoptés trop rapidement et avec quelques irrégularités de procédure, un avis largement partagé par de nombreux acteurs politiques dans le pays. Par conséquent, elle a fait remarquer dans son avis qu'il fallait « *prendre le temps nécessaire pour parvenir à un réel consensus entre toutes les forces politiques et la société civile sur une réforme constitutionnelle équilibrée et cohérente, afin de garantir la légitimité de la nouvelle Constitution et du régime politique ukrainien* »⁶.

18. Depuis, la question de la poursuite de la réforme constitutionnelle est restée au premier rang des préoccupations politiques.

19. Fin 2007, 102 députés ont demandé à la Cour constitutionnelle d'Ukraine (ci-après : CCU) de déclarer inconstitutionnelle la loi n°2222 sur les amendements à la Constitution d'Ukraine. Ils affirmaient que la procédure de révision et d'adoption de la loi n'avait pas été respectée car la loi avait été adoptée en décembre 2004 sans avoir reçu l'avis – obligatoire – de la Cour constitutionnelle d'Ukraine concernant sa conformité avec les articles 157 et 158 de la Constitution (comme le requiert l'article 159 de la Constitution). Dans sa décision du 5 février 2008⁷, la Cour constitutionnelle d'Ukraine a déclaré que lorsque la loi n°2222 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, ses dispositions sont devenues partie intégrante de la Constitution, et que la loi elle-même a perdu sa force juridique⁸. Elle a rejeté la demande, en raison de sa non-conformité avec les règles relatives aux requêtes constitutionnelles figurant à l'article 39 de la loi sur la Cour constitutionnelle⁹.

20. Les initiatives visant à réviser la version de 2004 de la Constitution se sont poursuivies, et plusieurs nouveaux projets d'amendement à la Constitution ont été élaborés par différentes forces politiques du pays. La Commission de Venise a à nouveau été associée à ce processus. En 2008, elle a adopté un avis sur le projet de Constitution « Shapoval »¹⁰ ; un an plus tard, elle a donné son évaluation juridique du projet de Constitution présenté par le Président de l'époque M. Iouchtchenko¹¹. Dans cet Avis, la Commission s'est félicitée des améliorations contenues dans le projet présidentiel par rapport à la Constitution de 2004, mais a considéré qu'il n'atteignait pas son objectif principal, qui était de mettre fin aux conflits institutionnels permanents entre les principaux organes de l'Etat. Cette situation était principalement due au fait que ce projet maintenait un système semi-présidentiel avec un double exécutif, et qu'il restait des domaines de conflit potentiel entre le président et le gouvernement.

21. En l'absence de consensus, la *Verkhovna Rada* d'Ukraine (Parlement) a retiré de son ordre du jour toutes les propositions de modification de la Constitution, en octobre 2009.

22. En février 2010, M. Ianoukovitch a remporté les élections présidentielles dans le pays. Il y a eu quelques difficultés pour la formation du nouveau gouvernement, car il manquait sept voix à la coalition de la majorité (composée du Parti des régions du Président Ianoukovitch, du bloc éponyme de M. Litvin et du parti communiste) sur une majorité requise de 226 membres. Début mars, la *Verkhovna Rada* ukrainienne a modifié la loi sur le règlement intérieur du Parlement s'agissant des dispositions relatives à la formation d'une coalition dirigeante. Les nouvelles dispositions prévoient maintenant qu'une majorité parlementaire est établie sur la base du nombre de députés qui soutiennent une telle coalition. Ces changements apportés au règlement intérieur ont permis la mise en place d'une nouvelle coalition dirigeante.

⁶ *Ibid.*

⁷ Décision de la Cour constitutionnelle, affaire n°6 -u/2008 du 5 février 2008.

⁸ Voir point 3 des motivations de la décision.

⁹ L'article 39§2.3 demande à ce que l'objet de la requête constitutionnelle donne « le titre complet, le numéro, la date d'adoption, la source de publication (le cas échéant) du texte de loi dont la constitutionnalité (dispositions distinctes) est contestée ou qui nécessite une interprétation officielle ».

¹⁰ Voir CDL-AD(2008)015.

¹¹ CDL-AD(2009)024.

23. Toutefois, cette modification législative semblait être contraire à l'article 83 de la Constitution aux termes duquel la coalition dirigeante au sein de la *Verkhovna Rada* doit être formée par une « coalition de factions parlementaires » et non par des députés individuels¹². D'après la décision de la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de l'article 13 de la loi sur le statut des représentants du peuple de l'Ukraine, rendue en juin 2008, le fait, pour un député, de quitter, voire de ne pas adhérer à la faction du parti politique sur la liste duquel il a été élu, est contraire à la Constitution¹³. Pour citer la Cour, « le fait, pour un député, de rester dans le groupe parlementaire du parti politique (ou du bloc électoral de partis) sur la liste duquel il a été élu, est son devoir constitutionnel, et non un droit »¹⁴ (sans italiques dans l'original).

24. Toutefois, le 6 avril 2010 – se prononçant sur une requête déposée par plusieurs députés de l'opposition demandant une interprétation officielle de l'article 83 de la Constitution¹⁵ et l'examen de la constitutionnalité de l'article 59 de la loi sur le règlement intérieur du Parlement –, la CCU semble avoir donné une interprétation différente de la question, interprétation qui tend à autoriser les députés individuels de la *Verkhovna Rada* à participer à la formation d'une coalition parlementaire¹⁶.

25. Par la suite, en juillet 2010, 252 députés d'Ukraine ont présenté à la Cour constitutionnelle une demande de reconnaissance de la non-conformité avec la Constitution de la loi n°2222 sur les amendements à la Constitution (ci-après « loi n°2222 ») en raison d'une violation de la procédure constitutionnelle prévue pour son adoption (article 159 de la Constitution).

26. Comme indiqué précédemment, le 30 septembre 2010, la CCU a rendu une décision (ci-après « la décision du 30 septembre ») déclarant la loi n°2222 inconstitutionnelle en raison d'une « violation de la procédure constitutionnelle relative à son examen et à son adoption »¹⁷. Le principal argument avancé est que la *Verkhovna Rada* a outrepassé ses compétences, telles qu'elles sont prévues dans l'article 159 de la Constitution, puisqu'elle ne peut modifier la Constitution sans l'avis de la Cour constitutionnelle. En fait, aux termes de l'article 159 de la Constitution, un projet de loi portant amendement à la Constitution ne peut être examiné par la *Verkhovna Rada* que s'il existe « un avis de la Cour constitutionnelle d'Ukraine sur la conformité de ce projet de loi avec les dispositions des articles 157 et 158 de la Constitution ». Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle examine trois points : les droits de l'homme et du citoyen sont-ils abolis ou restreints ? La révision de la Constitution vise-t-elle la suppression de l'indépendance ou une violation de l'indivisibilité territoriale de l'Ukraine ? Les modifications ont-elles déjà été introduites ?

27. La décision du 30 septembre de la Cour constitutionnelle repose exclusivement sur l'analyse des différences entre la loi n°2222 et la loi n°4180, car cette dernière, contrairement à la première, avait obtenu un avis favorable de la Cour constitutionnelle. La Cour n'examine pas si les amendements auraient pu, à l'époque, être déclarés non conformes aux dispositions des articles 157 et 158 de la Constitution.

28. Si l'on se base sur le raisonnement de la Cour constitutionnelle dans sa décision du 30 septembre, il semble que c'est la version de 1996 de la Constitution qui est en vigueur en Ukraine depuis le 1^{er} octobre 2010.

¹² Cette disposition a été introduite dans la Constitution par les amendements de 2004 dans le but d'accroître le niveau de responsabilité politique du gouvernement et du Parlement. La *Rada*, après avoir formé le gouvernement, était supposée travailler en coopération plus étroite avec ce dernier.

¹³ Voir décision de la CCU, affaire n°12-rp/2008 du 25 juin 2008, point 5.1 des motivations.

¹⁴ *Ibidem*, point 5.3.

¹⁵ Concernant la formation d'une coalition dirigeante.

¹⁶ Voir décision de la Cour constitutionnelle d'Ukraine, affaire n°11-rp/2010 du 6 avril 2010, point 1 des conclusions.

¹⁷ Voir décision de la Cour constitutionnelle d'Ukraine, affaire n°1-45/2010 du 30 septembre 2010, point 1.

IV. Evaluation de la situation constitutionnelle actuelle

A. Cour constitutionnelle – Décision du 30 septembre

29. Il n'appartient pas à la Commission de Venise de réexaminer les décisions prises par les Cours constitutionnelles nationales, qui sont les institutions habilitées à donner une interprétation définitive de la Constitution. Par conséquent, la Commission s'abstient de prendre position sur la question de savoir si la décision précitée de la Cour constitutionnelle d'Ukraine est justifiée ou non. Cela étant, quelques remarques générales semblent appropriées.

30. Il n'y a pas dans le droit constitutionnel comparé de norme communément admise concernant la participation des Cours constitutionnelles au processus de modification de la Constitution. Dans son récent rapport sur l'amendement des Constitutions¹⁸, la Commission de Venise a fait observer que, si certains pays européens prévoient expressément une telle possibilité¹⁹, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des amendements constitutionnels adoptés est un mécanisme de procédure relativement rare. Dans certains pays, le contrôle de constitutionnalité des amendements à la Constitution est possible en théorie, mais n'est jamais appliqué dans la pratique²⁰. Dans d'autres, cette possibilité a été rejetée au motif que les Cours, en tant qu'organes de l'Etat, ne peuvent se placer au-dessus du législateur constitutionnel agissant en tant que pouvoir constituant. Un système qui a rejeté fermement tout contrôle de constitutionnalité des amendements à la Constitution est le système français, qui considère que cela ne relève pas de la compétence du Conseil constitutionnel (ni de toute autre juridiction), le législateur constitutionnel étant souverain ; les amendements constitutionnels ne peuvent donc être examinés par d'autres organes (eux-mêmes créés par la Constitution)²¹.

31. Si la Constitution ukrainienne (dans ses deux versions, de 1996 et 2004) prévoit expressément un examen *préliminaire* obligatoire de tout projet de loi sur les amendements constitutionnels (voir ci-dessus, paragraphe 24), elle ne dit rien au sujet de la possibilité, pour la CCU, d'examiner les amendements constitutionnels après leur entrée en vigueur. En 2006, un amendement à la loi sur la Cour constitutionnelle excluait spécifiquement de la compétence de la CCU « *les lois d'Ukraine portant amendement à la Constitution qui entrent en vigueur* »²².

32. Néanmoins, un tel contrôle a été rendu possible suite à une décision de la CCU adoptée en juin 2008, dans laquelle la Cour a déclaré inconstitutionnelle la disposition précitée de la loi sur la Cour constitutionnelle²³.

33. A ce propos, la Commission de Venise a constaté une certaine incohérence dans la jurisprudence de la CCU : comme indiqué précédemment, dans sa décision adoptée tout juste quatre mois plus tôt (en février 2008), la CCU considérait qu'après leur entrée en vigueur, les amendements constitutionnels devenaient *partie intégrante de la Constitution* et que la loi sur laquelle ils étaient basés cessait d'exister (voir ci-dessus, paragraphe 19 du présent avis).

34. La Commission a également noté avec un certain étonnement que la décision du 30 septembre ne fait pas référence à la décision de février 2008 et n'explique pas la différence entre la requête de 2007 et celle de juillet 2010.

¹⁸ Voir CDL-AD(2010)001.

¹⁹ Voir par exemple, Allemagne, Bulgarie, Roumanie ou Turquie (cf. CDL-AD(2010)001, paragraphe 230).

²⁰ Par exemple, Norvège.

²¹ Cf. Conseil constitutionnel, n°92 – 312 du septembre 1992, § 34 : « *Considérant que, dans les limites précédemment indiquées, le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée* ».

²² Section IV.3.1 de la loi sur la Cour constitutionnelle.

²³ Cf. Décision de la Cour constitutionnelle n°13-rp/2008 du 26 juin 2008.

35. Elle juge également très inhabituel le fait que des amendements constitutionnels de vaste portée, et en particulier le passage du système politique du pays d'un système parlementaire à un système parlementaire-présidentiel, soient déclarés inconstitutionnels par une décision de la Cour constitutionnelle²⁴ après une période de 6 ans. Elle note toutefois que ni la Constitution d'Ukraine, ni la loi sur la Cour constitutionnelle ne prévoient de limite de temps pour contester la constitutionnalité d'une loi devant la CCU.

36. Les Cours constitutionnelles étant liées par la Constitution et n'étant pas au-dessus de cette dernière, de telles décisions posent d'importantes questions de légitimité démocratique et de primauté du droit.

37. Il est clair qu'un changement du système politique d'un pays reposant sur une décision d'une Cour constitutionnelle ne jouit pas de la légitimité que seule la procédure constitutionnelle ordinaire d'amendement constitutionnel, précédée d'un large débat public ouvert, peut apporter. Comme l'a souligné la Commission dans son avis de 2005 sur les amendements à la Constitution d'Ukraine, « *prendre le temps nécessaire pour parvenir à un réel consensus entre toutes les forces politiques et la société civile sur une réforme constitutionnelle équilibrée et cohérente permettrait de garantir la légitimité de la nouvelle Constitution et du régime politique ukrainien* »²⁵.

38. De l'avis de la Commission de Venise, la jurisprudence d'une Cour constitutionnelle doit être cohérente et reposer sur des arguments convaincants pour être acceptée par la population. Les changements de jurisprudence doivent être bien fondés et expliqués pour ne pas porter atteinte à la sécurité juridique. Ce principe, qui est l'un des éléments essentiels de l'état de droit, requiert également de prendre en compte la durée qui s'est écoulée depuis l'adoption d'un amendement constitutionnel lorsque celui-ci est déclaré inconstitutionnel. En outre, lorsque la décision de la Cour ne repose que sur des motifs formels ou procéduraux, l'effet d'une telle décision sur le fond doit également être pris en considération. En d'autres termes, la décision finale doit reposer sur une épreuve de proportionnalité, dans laquelle l'exigence de constitutionnalité est mise en balance avec les conséquences négatives de l'annulation de l'amendement constitutionnel en question.

39. Enfin, il importe également qu'une telle décision inclue des dispositions transitoires non ambiguës et qu'elle fixe une date limite précise pour l'harmonisation des normes d'ordre inférieur et du fonctionnement des institutions de l'Etat avec la Constitution en vigueur.

B. Conséquences juridiques de la décision de la Cour constitutionnelle

40. La principale conséquence de la décision du 30 septembre de la Cour constitutionnelle est le rétablissement des dispositions juridiques préexistantes de la Constitution de 1996.

41. Le principe du rétablissement automatique des normes juridiques préexistantes est expressément consacré dans la Constitution de certains pays²⁶. Dans d'autres, qui disposent de systèmes de contrôle de constitutionnalité similaires au système ukrainien – comme la Bulgarie –, l'effet de rétablissement automatique a été proclamé dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle²⁷. Dans tous les cas, ce principe ne concerne que les normes de niveau inférieur, et non la Constitution elle-même.

²⁴ Les exemples de pratiques similaires sont très rares ; la Décision de la Cour constitutionnelle du Kirghizistan déclarant inconstitutionnelle l'ancienne et la nouvelle version de la Constitution en est un (voir l'avis de la Commission de Venise sur le Kirghizistan (CDL-AD(2007)045). Un autre exemple est la Décision de la Cour suprême de Colombie de 1983, qui a déclaré inconstitutionnelle la loi sur la réforme de la Constitution dans son intégralité, pour des motifs procéduraux (voir décision de la Cour suprême de Colombie, loi n°51 du 3 novembre 1981, *Inexequibilidad de la reforma constitucional. Acto Legislativo Numero 1 de 1979*).

²⁵ Cf. CDL-AD(2005)015, par. 53.

²⁶ Par exemple, la Constitution autrichienne de 1920 et la Constitution portugaise de 1976.

²⁷ Il est intéressant de préciser que cette règle a été remise en cause au motif que les normes rétablies automatiquement ont été modifiées ultérieurement par d'autres normes déclarées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle, une situation qui est non seulement source d'ambiguïtés et d'insécurité juridique, mais qui est

42. Bien que la Constitution d'Ukraine ne contienne aucune disposition spécifique sur ce point, la Cour constitutionnelle a répondu à cette question dans les motivations de sa décision du 30 septembre, qui indiquaient que « *le fait de reconnaître la loi n°2222 comme étant inconstitutionnelle en raison d'une violation de la procédure relative à son examen et à son adoption a pour conséquence le rétablissement du texte précédent des normes de la Constitution d'Ukraine, qui ont été modifiées et exclues par la loi n°2222 (p. 12)* ».

43. Il subsiste un certain nombre d'ambiguïtés en ce qui concerne les répercussions de la décision du 30 septembre. Par exemple, la CCU n'a pas apporté de réponse à la question du fonctionnement des institutions de l'Etat ; le Premier Ministre, qui était nommé conformément à la procédure définie dans la version de 2004 de la Constitution, peut maintenant être révoqué par le Président, sans l'accord du Parlement.

44. Le présent avis se limitera toutefois à l'examen de deux grandes questions : la durée de la législature et la mise en conformité de la législation nationale avec la Constitution de 1996.

a) *Durée de la législature*

45. Le Président et le Parlement ont tous deux été élus sur la base de la Constitution de 2004 : le Parlement en septembre 2007 pour un mandat de cinq ans, et le Président en janvier 2010 pour un mandat de cinq ans. Aux termes de la Constitution de 1996, qui est celle actuellement en vigueur d'après la décision de la CCU, la législature est de quatre ans, ce qui signifie que les prochaines élections parlementaires devraient se tenir au printemps 2011, le dernier dimanche de mars de la quatrième année du mandat des députés (article 77 de la Constitution). En revanche, selon la version de 2004 de la Constitution, les élections ordinaires de la *Verkhovna Rada* devraient avoir lieu le dernier dimanche du dernier mois de la cinquième année du mandat des députés (article 77 de la Constitution), c'est-à-dire en septembre 2012.

46. Cette situation a récemment donné lieu à deux requêtes constitutionnelles.

47. Début octobre, la majorité parlementaire a présenté un projet d'amendement de la Constitution, visant à augmenter d'un an (de quatre à cinq ans) la durée de la législature et du mandat des organes de l'autonomie locale. Cette initiative du Parlement peut être interprétée comme une reconnaissance implicite du fait que, dans les circonstances actuelles, la durée de la législature est de quatre ans.

48. Conformément aux dispositions constitutionnelles relatives aux amendements, ce projet d'amendement constitutionnel a été transmis à la CCU pour examen. La Cour a donné un avis favorable à ce projet d'amendement le 19 novembre 2010. Cependant, l'approbation finale de l'amendement constitutionnel ne sera pas donnée avant début février 2011 (début de la prochaine session du Parlement).

49. Parallèlement à cela, la Commission électorale centrale (ci-après « CEC »), à qui il incombe de prendre l'initiative du lancement officiel des élections 105 jours avant la date du scrutin (c'est-à-dire le 22 novembre 2010 en application de la Constitution de 1996), a demandé l'interprétation par la Cour constitutionnelle de l'article 77 de la Constitution²⁸. Au moment de la rédaction du présent avis, l'affaire était toujours en instance devant la Cour constitutionnelle, et la CEC n'avait toujours pas proclamé le lancement de la campagne électorale.

également contraire à l'article 22.4 de la Loi sur la Cour constitutionnelle de Bulgarie. Aux termes de cette disposition, l'effet des normes inconstitutionnelles doit être examiné au cas par cas par le Parlement lui-même.

²⁸ L'article 77(a) est rédigé comme suit : « Les élections ordinaires à la *Verkhovna Rada* d'Ukraine se tiennent le dernier dimanche de mars de la quatrième année du mandat de la *Verkhovna Rada* d'Ukraine. Les élections anticipées à la *Verkhovna Rada* d'Ukraine sont annoncées par le président de l'Ukraine et se tiennent dans les 60 jours suivant la date de publication de la décision relative à l'expiration anticipée des pouvoirs de la *Verkhovna Rada* d'Ukraine. La procédure d'élection des représentants du peuple d'Ukraine est établie par la loi ».

50. Il n'appartient pas à la Commission de Venise d'émettre des hypothèses quant à la future décision de la CCU sur cette question. Elle tient toutefois à souligner qu'il est primordial de rétablir la sécurité juridique, de surmonter la crise constitutionnelle et de mettre en place une base légitime pour l'exercice du pouvoir dans le pays.

51. La Constitution elle-même ne précise pas qui doit fixer la date des élections parlementaires. La *Verkhovna Rada* est habilitée à fixer la date des élections présidentielles et des élections locales, mais pas celle de ses propres élections. La CCU est la seule autorité compétente pour donner l'interprétation officielle de la Constitution. L'année dernière, il lui a été demandé de se prononcer sur la requête constitutionnelle du président de l'époque M. Iouchtchenko concernant la date des élections présidentielles²⁹. La CCU a indiqué dans sa décision que, pour fixer la date des élections, elle se base sur le texte de la Constitution *en vigueur à la date à laquelle la décision est rendue*. L'article 17.1 de la loi sur les élections présidentielles et la Résolution de la *Verkhovna Rada* relative à l'organisation des élections présidentielles ordinaires d'Ukraine reproduisant la formulation de la version de 1996 de la Constitution, la Cour a déclaré ces deux lois contraires à l'article 103.5 de la version de 2004 de la Constitution *en vigueur*³⁰.

52. La Commission de Venise tient à rappeler l'importance du rôle des Cours constitutionnelles dans la mise en œuvre de la démocratie, de l'état de droit et de la protection des droits de l'homme. Les Cours constitutionnelles nationales sont les institutions qui, en interprétant le texte de la Constitution, empêchent les autorités d'agir de manière arbitraire en donnant la meilleure interprétation possible d'une norme constitutionnelle spécifique, à un instant donné.

53. Elle espère vivement que la CCU, seule autorité compétente pour donner l'interprétation officielle de la Constitution nationale, prendra sa décision sur cette question très rapidement et de préférence avant la fin de l'année, contribuant ainsi à assurer la primauté du droit et la stabilité du pays à un moment difficile de son histoire constitutionnelle.

b) Mise en conformité de la législation avec la version de 1996 de la Constitution

54. Conformément à la décision du 30 septembre, les autorités de l'Etat sont invitées à harmoniser « d'urgence » les actes juridiques normatifs avec la Constitution de 1996. A nouveau, l'absence de dispositions transitoires ou d'une date limite spécifique a créé de l'insécurité juridique et a été au centre d'une controverse entre la majorité et l'opposition.

55. Les représentants des autorités ukrainiennes ont informé la Commission au cours de sa visite en Ukraine, que le processus de réforme législative était quasiment finalisé, la plupart des lois pertinentes ayant déjà été modifiées pour être conformes à la Constitution de 1996. La loi relative au gouvernement récemment adoptée répond aux principales questions qui se posent dans ce domaine.

56. Cette loi autorise notamment le Président à nommer le Premier Ministre, avec l'accord de plus de la moitié de la composition constitutionnelle du Parlement (article 8), ainsi que les membres du gouvernement, sur proposition du Premier Ministre (article 9). Le gouvernement est responsable devant le Président de l'Ukraine, et il est placé sous le contrôle du Parlement, auquel il doit rendre compte (article 1.3). Le gouvernement peut être révoqué suite à l'adoption d'une motion de censure à son égard, d'une décision du Président concernant la démission du gouvernement, de la démission du Premier Ministre ou de son décès (article 12). Le

²⁹ Traditionnellement, les élections présidentielles ukrainiennes se tiennent le dernier dimanche d'octobre, mais M. Iouchtchenko a pris le pouvoir en janvier 2005, trois mois après les grandes manifestations qui ont suivi la victoire électorale frauduleuse de M. Ianoukovitch.

³⁰ D'après la décision de la CCU : « depuis le 1^{er} janvier 2006, cette disposition de la Constitution (article 103.5) a une nouvelle formulation, aux termes de laquelle les élections présidentielles d'Ukraine doivent se tenir le dernier dimanche de la cinquième année du mandat du Président. Les dispositions de la première partie de l'article 17 de la loi sont donc contraires à l'article 103.5 de la Constitution d'Ukraine » (Cf. Décision de la CCU n°10-pn/2009 du 12 mai 2009, paragraphe 3.3).

gouvernement doit également démissionner après que le nouveau président a été élu (article 11). Le programme du gouvernement est basé sur le programme électoral du Président, à présenter à la *Verkhovna Rada* pour accord (articles 10.1 et 10.2).

57. La loi sur le gouvernement d'Ukraine revêt une importance cruciale pour le fonctionnement de l'exécutif dans le pays. Il est donc primordial que ses dispositions soient dûment coordonnées avec la Constitution en vigueur. La Commission de Venise n'a pas eu l'occasion d'examiner cette nouvelle loi en détail. Elle tient cependant à faire remarquer que plusieurs dispositions de la loi semblent être source de préoccupations. Celles-ci sont de trois types.

58. Tout d'abord, aux termes de l'article 25.2, le gouvernement est tenu, entre autres, d'assurer la mise en œuvre des lois publiées par le Président ainsi que des « instructions » (« *doruchennya* ») de ce dernier. Plusieurs interlocuteurs rencontrés au cours de la visite de novembre à Kiev ont informé la Commission que dans la pratique, ces « instructions » peuvent être données à la fois au gouvernement dans son ensemble et aux différents ministres au sein du gouvernement. Cette prérogative n'est toutefois pas prévue dans l'article 116 de la Constitution de 1996.

59. Deuxièmement, les actes présidentiels publiés dans les limites des pouvoirs définis doivent être « confirmés » par le Premier Ministre et le ministre responsable, qui « apposent leur signature » à l'acte dans un délai de cinq jours (article 25.3). A ce propos, la Commission rappelle que l'obligation de contreseing permet de poser des limites au pouvoir discrétionnaire du président dans certains domaines et l'empêche de poursuivre une politique personnelle. Si cette disposition renvoie expressément au mécanisme de contreseing envisagé par la Constitution (article 106.2), sa formulation ainsi que le délai très court sont susceptibles de nuire à son utilité pratique. En outre, la loi sur le gouvernement ne dit rien des conséquences juridiques possibles d'un refus du Premier Ministre ou du ministre responsable de signer un acte du chef de l'Etat.

60. Ce dernier point est particulièrement important, certains représentants des autorités ukrainiennes et de l'opposition ayant informé la Commission que le mécanisme de contreseing est très rarement, voire jamais utilisé dans la pratique. Par conséquent, la Commission recommande le recours effectif à ce dispositif important dans la pratique.

61. Troisièmement, l'article 42.1 donne au Président le droit de nommer des « vice-ministres » sur proposition du Premier Ministre. Cette nouveauté semble également aller au-delà de ce que prévoit la version de 1996 de la Constitution.

62. Ces changements entraînent clairement une diminution de l'influence du Parlement et un renforcement du contrôle par le Président de l'activité gouvernementale. En outre, la nouvelle loi sur le gouvernement ainsi que l'ensemble du processus d'harmonisation de la législation avec la version de 1996 de la Constitution se heurtent à des critiques plutôt vives de la part de différents acteurs dans le pays. Lors de la visite de la Commission à Kiev, plusieurs interlocuteurs rencontrés ont dénoncé la rapidité de l'adoption et de la mise en œuvre des réformes législatives, qui ont apparemment donné lieu à plusieurs violations des procédures juridiques habituelles. Il a été souligné que la nouvelle loi sur le gouvernement est entrée en vigueur le 7 octobre 2010, six jours seulement après la décision de la CCU, apparemment sans respecter toutes les étapes de la procédure. Tout cela semble indiquer que le nouveau projet de loi a été préparé à l'avance.

63. N'ayant pas vu le règlement intérieur ni obtenu des informations plus détaillées sur les différentes étapes de la procédure d'adoption des lois au Parlement, la Commission de Venise ne peut se prononcer sur cette question. Elle rappelle toutefois que la version de 2004 de la Constitution a été annulée car la *procédure d'amendement de la Constitution* n'avait pas été respectée. La course à l'adoption de réformes législatives visant à se conformer à la Constitution en vigueur ne doit pas empêcher le respect des procédures démocratiques et des processus consultatifs appropriés. Il convient de garder à l'esprit que toute loi adoptée en violation de certaines règles de procédure peut être abrogée à tout moment par la Cour

constitutionnelle. Cette situation crée une insécurité juridique, et elle est incompatible avec les normes européennes et en particulier le principe de la primauté du droit.

C. Autres mesures à prendre pour rendre le nouveau cadre constitutionnel conforme aux normes européennes

64. Le dysfonctionnement des institutions, l'absence d'équilibre des pouvoirs, notamment en ce qui concerne les pouvoirs du président, les conflits permanents entre les organes de l'Etat et les polémiques intenses au sujet de la Constitution sont autant de problèmes fondamentaux qui se posent en Ukraine depuis maintenant plus d'une décennie. Compte tenu des réalités politiques actuelles, le renforcement des pouvoirs du Président peut devenir un obstacle à l'établissement de structures véritablement démocratiques, voire conduire à un système excessivement autoritaire, comme l'a déjà fait remarquer la Commission de Venise dans son avis sur le projet de Constitution de l'Ukraine tel qu'adopté le 11 mars 1996³¹.

65. Par conséquent, la situation constitutionnelle actuelle et la décision du 30 septembre ne devraient pas servir de prétexte pour ne pas procéder à une réforme constitutionnelle globale, réforme demandée notamment par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe³² et l'Union européenne³³. Il est clair que le cadre constitutionnel actuel, reposant sur une décision de la Cour constitutionnelle, ne jouit pas d'une légitimité suffisante, légitimité que seule la procédure constitutionnelle ordinaire d'amendement constitutionnel au sein de la *Verkhovna Rada* peut assurer.

66. De l'avis de la Commission de Venise, une réforme constitutionnelle globale en Ukraine permettrait de renforcer la stabilité, l'indépendance et l'efficacité des institutions de l'Etat par une répartition claire des compétences et un équilibre effectif entre les pouvoirs. Elle devrait également mettre en place d'autres mécanismes et procédures de contrôle parlementaire sur les actions et intentions de l'exécutif.

67. En outre, une véritable réforme constitutionnelle est essentielle pour veiller à ce que les programmes de réforme en cours d'élaboration respectent pleinement les normes et les valeurs européennes. Cela concerne avant tout la réforme du système judiciaire. Un avis récent de la Commission de Venise³⁴ a mis en évidence un certain nombre de dispositions problématiques dans la Constitution, qui font obstacle à une réforme plus complète. Les amendements constitutionnels devraient également faciliter la réforme indispensable de l'autonomie locale. Enfin, si le retour à la version de 1996 de la Constitution devrait faciliter la réforme de la *Prokuratura* – un engagement de l'Ukraine envers le Conseil de l'Europe –, des amendements supplémentaires seraient également souhaitables en la matière³⁵.

68. Les dispositions transitoires de la version de 1996 de la Constitution ne peuvent plus servir à justifier le maintien de la situation que ce même texte était supposé changer. Cela concerne bien entendu la réforme de la *Prokuratura*, mais également celle de la procédure pénale.

³¹ Voir CDL (1996)20.

³² Voir APCE, Le fonctionnement des institutions démocratiques en Ukraine, Addendum au rapport, doc. 12357 Addendum du 4 octobre 2010.

³³ Voir Résolution du 25 novembre 2010 sur l'Ukraine (Doc. P7_TA-PROV(2010)0444) et la déclaration conjointe du Sommet UE-Ukraine tenu à Bruxelles le 22 novembre 2010 (MEMO/10/600).

³⁴ Voir l'avis conjoint de la Commission de Venise et de la Direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques du Conseil de l'Europe sur la loi relative au système judiciaire et au statut des juges d'Ukraine (CDL-AD (2010)026) et sur la loi portant amendement à certaines lois de l'Ukraine en rapport avec la prévention de l'abus du droit de recours (CDL-AD(2010)029).

³⁵ Voir l'avis de la Commission de Venise sur le projet de loi de l'Ukraine portant modification des dispositions constitutionnelles relatives à la *Prokuratura* (CDL-AD(2006)029).

V. Conclusion

69. L'histoire constitutionnelle récente de l'Ukraine est caractérisée par des difficultés permanentes et la recherche d'un juste équilibre des pouvoirs entre le Président, le gouvernement et le Parlement. Il est vite apparu que le texte de la Constitution de 1996 n'apportait pas des freins et contrepoids suffisants compte tenu de la situation en Ukraine, et qu'il risquait d'engendrer un système présidentiel autoritaire. C'est pour cela que la Commission de Venise a soutenu dès 2003 les initiatives de réforme constitutionnelle. Ces efforts ont conduit à l'adoption des amendements constitutionnels de 2004. Si les changements apportés par ces amendements étaient positifs sur le principe, ils n'étaient toutefois ni cohérents, ni bien pensés. Ils ont aggravé les tensions, notamment entre le Président et le gouvernement.

70. Le rétablissement de la version de 1996 de la Constitution par une décision de la Cour constitutionnelle d'Ukraine soulève des questions quant à la légitimité des actions passées, les institutions de l'Ukraine ayant fonctionné pendant plusieurs années sur la base de règles constitutionnelles déclarées inconstitutionnelles par la suite. Cela pose également la question de la légitimité des institutions actuelles de l'Etat, car le Président et le Parlement ont été élus conformément à des règles constitutionnelles qui ne sont plus reconnues comme valables. Depuis cette décision, le président de l'Ukraine jouit de pouvoirs bien plus vastes que ce que pouvaient prévoir les électeurs lorsqu'il a été élu. Le fonctionnement des principaux organes de l'Etat repose maintenant sur des règles modifiées par une Cour, et non par la *Verkhovna Rada*, qui est l'organe légitime au plan démocratique.

71. Les questions relatives aux mandats et aux élections sont plutôt complexes et équivoques, et toute décision dans ce domaine doit reposer sur des arguments clairs et convaincants pour être acceptée par la population. Dans la mesure où une interprétation officielle des dispositions de la Constitution relativement à la date des prochaines élections parlementaires semble être requise, il apparaît, de l'avis de la Commission de Venise, qu'une décision de la Cour constitutionnelle d'Ukraine pourrait apporter une réponse à cette question.

72. La Commission considère également qu'il est primordial que les autorités ukrainiennes adhèrent au principe de la primauté du droit et qu'elles respectent toutes les règles de procédure lors de l'adoption et de la révision de la législation nationale mettant en œuvre la Constitution, notamment en associant pleinement les partis d'opposition à ce processus. Cette législation ne devrait pas être utilisée pour élargir les compétences des institutions de l'Etat au-delà de ce qu'envisage le texte de la version de 1996 de la Constitution, comme cela a été le cas récemment avec la loi sur le gouvernement.

73. Pour la Commission de Venise, la crise politique et constitutionnelle récente en Ukraine révèle une nouvelle fois l'urgence d'une véritable réforme constitutionnelle globale dans le pays. La Commission a déjà recommandé une telle réforme à plusieurs reprises³⁶ en soulignant la nécessité d'assurer la légitimité de toute réforme constitutionnelle en Ukraine. Une telle légitimité ne peut être assurée que si les amendements constitutionnels sont adoptés à la suite d'un vaste débat public ouvert et libre associant l'opposition et la société civile, et en stricte conformité avec les dispositions constitutionnelles sur les amendements à la Constitution, par le biais de décisions prises par la *Verkhovna Rada* à la majorité qualifiée. Comme on a pu le voir ces dernières années, une Constitution qui ne s'appuie pas sur un large consensus de tous les acteurs politiques du pays ne peut mener à la stabilité politique.

74. La Commission de Venise encourage vivement les autorités ukrainiennes à veiller à ce qu'une telle réforme constitutionnelle aboutisse à un renforcement effectif de la stabilité, de l'indépendance et de l'efficacité des institutions de l'Etat, grâce à une répartition claire des compétences et à un équilibre effectif entre les pouvoirs. Elle devrait également mettre en

³⁶ Cf. par exemple, l'avis de la Commission de Venise relatif à la procédure d'amendement de la Constitution de l'Ukraine (CDL-AD(2004)030) et l'avis sur les amendements à la Constitution d'Ukraine adoptés le 8 décembre 2004 (CDL-AD(2005)015).

place d'autres mécanismes et procédures de contrôle parlementaire sur les actions et intentions de l'exécutif. Enfin, une telle réforme constitutionnelle devrait inclure des modifications des dispositions relatives au système judiciaire de manière à « poser solidement les bases d'un système judiciaire moderne, efficace et totalement conforme aux normes européennes »³⁷.

75. Comme l'a fait remarquer la Commission dans son récent rapport sur l'amendement constitutionnel, « dans la mesure où les dispositions spéciales d'amendement prévues dans les Constitutions des Etats européens sont respectées et suivies, elles sont et devraient être une garantie suffisante contre les abus. Dans la plupart des pays, ces décisions exigent une majorité qualifiée des représentants élus au Parlement, ainsi que le respect d'autres critères. Les décisions constitutionnelles adoptées conformément à de telles procédures jouissent en général d'un degré élevé de légitimité démocratique, qu'une Cour devrait être extrêmement réticente à contester³⁸ ».

76. Par conséquent, la Commission de Venise encourage vivement les autorités ukrainiennes à entreprendre un processus de réforme constitutionnelle reposant sur la procédure constitutionnelle ordinaire d'amendement constitutionnel, ainsi que sur la participation de tous les acteurs concernés de la société.

77. La Commission de Venise est prête à assister les autorités ukrainiennes dans cette tâche importante, s'il le lui est demandé.

³⁷ Cf. CDL-AD(2010)003.

³⁸ **CDL-AD(2010)001**, paragraphe 236.