



Strasbourg, le 8 octobre 2020

CDL-PI(2020)012

Or. angl.

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

COMPILATION

DES AVIS ET RAPPORTS DE LA COMMISSION DE VENISE

CONCERNANT LA SEPARATION DES POUVOIRS(*)

() Ce document sera mis à jour régulièrement. Cette version contient tous les avis et rapports/études adoptés jusqu'à la 124^e session plénière de la Commission de Venise (8-9 octobre 2020).*

Contents

I.	Introduction	3
II.	Définition et principales caractéristiques du principe de la séparation des pouvoirs	4
	A. Définition - les systèmes politiques possibles	4
	B. Principales caractéristiques - contrôles et contrepoids	5
	C. La réélection du Président	9
III.	Relations entre le législatif et l'exécutif	9
	A. En général	9
	B. Pouvoirs législatifs de l'exécutif	11
	1. En général	11
	2. Pouvoirs/actes d'urgence	13
	C. Incompatibilités	15
IV.	Relation du législatif avec le pouvoir judiciaire et d'autres organes	16
	A. Judiciaire	16
	B. Autres organes	17
V.	Relation de l'exécutif avec le pouvoir judiciaire et le ministère public	18
	A. Indépendance du pouvoir judiciaire	18
	B. Autonomie du ministère public	18
	C. Tribunal compétent pour connaître des actes de l'exécutif	19
VI.	Justice constitutionnelle	20
	A. Composition	20
	B. Pouvoirs	21

I. Introduction

1. Ce document est une compilation d'extraits d'avis et de rapports/études adoptés par la Commission de Venise concernant la séparation des pouvoirs. L'objectif de cette compilation est de donner un aperçu de la doctrine de la Commission de Venise dans ce domaine.
2. La présente compilation est destinée à servir de source de références aux rédacteurs de constitutions et de législations relatives à la séparation des pouvoirs, aux chercheurs ainsi qu'aux membres de la Commission de Venise, lorsqu'ils sont invités à préparer des commentaires et des avis sur ces textes. Toutefois, elle ne doit pas empêcher les membres d'introduire de nouveaux points de vue ou de s'écarter des précédents, s'ils ont de bonnes raisons de le faire. Le présent document ne constitue qu'un cadre de référence.
3. Ce document est structuré de manière thématique afin de faciliter l'accès aux sujets traités par la Commission de Venise au fil des ans.
4. Chaque avis auquel il est fait référence dans le présent document concerne un pays spécifique et toute recommandation formulée doit être considérée dans le contexte constitutionnel spécifique du pays. Cela ne veut pas dire qu'une telle recommandation ne peut pas être pertinente pour d'autres systèmes également.
5. Les rapports et études de la Commission de Venise cités dans cette compilation visent à présenter des normes générales pour tous les Etats membres et observateurs de la Commission de Venise. Les recommandations formulées dans les rapports et études seront donc d'application plus générale, bien que la spécificité des situations nationales/locales soit un facteur important qui doit être pris en compte de manière adéquate.
6. Les brefs extraits d'avis et de rapports/études présentés ici doivent être replacés dans le contexte du texte original adopté par la Commission de Venise dont ils sont tirés. Chaque citation comporte donc une référence qui indique sa position exacte dans l'avis ou le rapport/étude (numéro de paragraphe, numéro de page pour les avis plus anciens), ce qui permet au lecteur de la retrouver dans l'avis ou le rapport/étude correspondant. Les références doivent être faites à l'avis ou au rapport/à l'étude et non à la compilation.
7. La présente compilation n'aborde pas les aspects de la séparation des pouvoirs concernant les tribunaux et les juges (y compris l'indépendance du pouvoir judiciaire), les procureurs et la justice constitutionnelle. Ces aspects sont traités dans des compilations spécifiques ([CDL-PI\(2019\)008](#), [CDL-PI\(2018\)001](#) et [CDL-PI\(2020\)004](#)).
8. La position de la Commission de Venise sur un sujet donné peut changer ou évoluer au fil du temps, dans la mesure où de nouveaux avis sont préparés et à la lumière de l'expérience acquise. Par conséquent, en vue d'une compréhension appropriée de la position de la Commission de Venise, il serait important de lire tous les extraits figurant dans la compilation sous un thème particulier. Merci de contacter le Secrétariat de la Commission de Venise si vous estimez qu'il y a des citations manquantes, superflues ou qui ne figurent pas sous le thème approprié (venice@coe.int).

II. Définition et principales caractéristiques du principe de la séparation des pouvoirs

A. Définition - les systèmes politiques possibles

Séparation et équilibre des pouvoirs

14. Les principes de la « séparation des pouvoirs » et de « l'équilibre des pouvoirs » exigent que les trois fonctions d'un Etat démocratique ne soient pas concentrées entre les mains d'un seul pouvoir, mais soient réparties entre différentes institutions.

15. Le concept de séparation des pouvoirs est relativement clair en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire qui doit être indépendant des deux autres pouvoirs.

16. La question de la séparation et de l'équilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif est plus complexe. Le degré de séparation entre ces deux pouvoirs dépend du système politique prévu par la constitution. De manière générale, il y a trois modèles. Dans un système présidentiel, la séparation est nette ; les présidents élus au suffrage direct ne dépendent pas de la confiance d'un parlement. Dans un système semi-présidentiel, le gouvernement est responsable à la fois devant un président élu au suffrage direct et devant le parlement. Dans un système parlementaire, la séparation est généralement moins marquée car l'exécutif (gouvernement) est formé à partir d'une majorité parlementaire et dépend donc de l'approbation parlementaire.

[CDL-AD\(2013\)018](#) – *Avis sur l'équilibre des pouvoirs dans la constitution et la législation de la principauté de Monaco*

117. Les effets des principes de limitation des mandats et d'incompatibilité des fonctions politiques dans un pays donné varient fortement non seulement selon son cadre constitutionnel et législatif, mais surtout en fonction de son modèle de séparation des pouvoirs. Celle-ci a aussi été mise à mal par les pouvoirs technocratiques que l'exécutif en place revendique au détriment des parlements. Les politiques gouvernementales doivent davantage à des exigences pratiques et aux groupes de pression qu'à des considérations électorales.

118. Les démocraties ne sont pas toutes pareilles. Naturellement, certains régimes démocratiques favorisent davantage la représentation que d'autres. Il va sans dire que la qualité de la représentation des intérêts des citoyens dans un pays donné dépend d'un bon nombre de variables telles que la géographie, l'histoire, la tradition, la manière dont la démocratie est née, la culture politique, les systèmes électoral et de partis, les dirigeants politiques, la société civile, les médias.

[CDL-AD\(2012\)027](#) – *Rapport sur la démocratie, la limitation des mandats et l'incompatibilité de fonctions politiques*

10. La séparation des pouvoirs représente la pierre angulaire de l'Etat de droit. Dans les pays dotés d'un régime présidentiel (ou quelquefois semi-présidentiel), le pouvoir a tendance à se concentrer entre les mains du Président, tandis que les pouvoirs législatif et judiciaire sont relativement plus faibles. L'alternance régulière du pouvoir grâce aux élections est, par conséquent, le moyen par excellence d'empêcher une concentration excessive du pouvoir présidentiel.

[CDL-AD\(2009\)010](#) – *Avis sur le projet d'amendements à la constitution de la République d'Azerbaïdjan*

14. Chaque Etat est libre de prendre la décision politique consistant à se prononcer en faveur d'un régime présidentiel ou d'un régime parlementaire. Cependant, le régime choisi doit être aussi clair que possible, et les textes devraient éviter d'ouvrir inutilement la voie à des complications et des conflits politiques. Lorsqu'un régime présidentiel est choisi, un minimum d'influence et de contrôle parlementaire doit exister. Dans un régime parlementaire, certaines règles fondamentales découlant du principe de la séparation des pouvoirs doivent être respectées.

[CDL-AD\(2003\)019](#) – *Avis sur trois projets de loi sur les amendements à la constitution d'Ukraine*

B. Principales caractéristiques - contrôles et contrepoids

14. In order to assess whether the proposed changes can achieve the two main objectives announced by the drafters – to bring the rules of procedure in line with the constitutional provisions and to enhance the efficiency of the Verkhovna Rada these amendments have to be considered in the light of two major issues:

- a. the problem of separation of powers in the Ukrainian constitutional system;
- b. the legal nature of the act that establishes the internal rules of procedure and the scope of regulation.

17. Despite numerous attempts to create a sound system of separation of powers, the problem of finding the best way to ease the constitutional tension existing between the President, the Parliament and the Cabinet of Ministers, as well as improving the efficiency of state powers through a better division of functions is still on the agenda.

18. The Venice Commission recognises a sovereign right of each country to regulate the relations between its President, the Parliament and the Government in the best proper way according to its constitutional and institutional traditions and to achieve a balance of powers while taking into account the main democratic principles. However, it has underlined on numerous occasions that the chosen system had to be as clear as possible. If there was a shift towards a presidential system, certain minimum requirements of parliamentary influence and control were to be fulfilled.

19. The problem of striking the right balance between different powers in the Ukrainian case has always been more complex than a pure shift of competencies and attributions from one branch to another. The amendments to the Rules of Procedure are part of the process of achieving the effective separation of powers through a clear set of rules regulating parliamentary procedures as foreseen in the Constitution. Past attempts (reforms in 2009, 2014) to change the semi-presidential system with large powers of the Head of State into a more parliamentary system have not succeeded. On the contrary, one can observe a contrary tendency towards the strengthening of a semi presidential system.

[CDL-AD\(2017\)026](#) - *Ukraine - Opinion on the amendments to the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine* (en anglais uniquement)

44. La Commission de Venise a déjà rappelé par le passé qu'il incombe à chaque pays de faire son choix entre un régime présidentiel, semi-présidentiel ou parlementaire, et que tous ces régimes peuvent en principe être rendus compatibles avec les normes démocratiques, tant que, notamment, le parlement conserve un pouvoir de contrôle suffisant de l'exécutif. La Commission de Venise n'en a pas moins vu d'un bon œil et soutenu à maintes reprises des réformes constitutionnelles visant à réduire les pouvoirs du président et à accroître ceux du parlement. Les principes fondamentaux de l'État de droit, de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la justice forment un cadre qui confère leur légitimité à divers systèmes politiques et de gouvernement, du moment qu'ils restent démocratiques. Le non-respect de ces règles

fondamentales pourrait conduire à la transformation (ou plutôt à la dérive) de l'ensemble du système en un régime autoritaire. Ce danger est plus grand dans le cas de l'introduction d'un système présidentiel que dans celui de la création d'un régime parlementaire. Le présidentielisme est souvent considéré dans les ouvrages spécialisés comme moins propice à la démocratie d'une manière générale, surtout dans les pays profondément divisés politiquement, où plus de deux partis cherchent à obtenir le pouvoir, et qui ne possèdent pas une longue tradition du compromis politique. Un régime présidentiel doit comporter de puissants freins et contrepoids. Il est essentiel, en particulier, que la justice y soit forte et indépendante, car les différends qui se règlent d'habitude par le débat et la négociation politiques en régime parlementaire doivent souvent être tranchés par les tribunaux dans un régime présidentiel.

61. L'article 104 modifié dit que le Président *nomme et révoque les vice-présidents et les ministres*. Le Président décide seul de la création et du nombre des fonctions et portefeuilles de vice-président et de ministre (article 106) — même s'il doit y avoir au moins un vice-président, puisque la Constitution lui attribue des pouvoirs. La distinction entre vice-présidents et ministres n'est pas claire. Les nominations ne sont pas soumises à l'approbation du Parlement, comme cela se fait dans les systèmes présidentiels démocratiques. Le seul critère défini dans la Constitution est que les vice-présidents et les ministres doivent être choisis parmi les personnes remplissant les conditions pour être élues à un siège de député (paragraphe 4 de l'article 106). Les autorités turques ont expliqué qu'« *il n'y a pas d'obligation générale de choisir les vice-présidents et ministres parmi les députés. Les pouvoirs étant strictement séparés dans le système de gouvernement mis en place, il est entendu que si un député est nommé vice-président ou ministre, il perd son siège à l'Assemblée* ».

62. Cette solution pose deux problèmes. Le premier est que, comme on l'a vu, le Président peut choisir les vice-présidents et ministres parmi les députés, et exercer ainsi une forme de parrainage sur le pouvoir législatif, ce qui compromet la séparation des pouvoirs législatif et exécutif.

84. Dans une république purement présidentielle, le pouvoir de dissolution du parlement est rare, car il porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs dans son acception classique.

98. Les députés de la Grande Assemblée nationale turque et le Président sont élus le même jour (article 77 modifié), ce qui veut dire que le Président contrôlera d'habitude la majorité parlementaire. Cette solution serait justifiée par la nécessité d'éviter entre le Président et le Parlement les conflits caractéristiques des systèmes présidentiels. Mais elle va à contre-courant de la logique même du système présidentiel, fondé sur la séparation des pouvoirs, avec les possibilités de conflits que cela implique. Pour garder son sens, la séparation des pouvoirs impose que chacun soit constitué sur un mode qui garantisse la différenciation des approches respectives. Si les élections sont simultanées, il est peu probable qu'il y ait effectivement séparation des pouvoirs. Le fait que le projet se fonde sur la simultanéité systématique des élections présidentielles et législatives montre qu'il ne se conforme pas au modèle du système démocratique présidentiel fondé sur la séparation des pouvoirs, mais vise à l'unicité du pouvoir, qui caractérise des systèmes moins démocratiques.

124. Tout État a le droit de choisir son système politique : présidentiel, parlementaire ou mixte. Mais ce droit n'est pas inconditionnel. Il doit respecter les principes de séparation des pouvoirs et de l'État de droit, ce qui impose que le système retenu contienne suffisamment de freins et de contrepoids. Une constitution forme ainsi un ensemble complexe de freins et de contrepoids ; toutes ses dispositions, y compris celles qui existent déjà dans les constitutions d'autres pays, doivent donc être appréciées à la lumière de leur contribution à l'équilibre général des pouvoirs.

125. Si le pays choisit un système présidentiel, comme le fait la Turquie dans la révision de sa Constitution adoptée par la Grande Assemblée nationale turque le 21 janvier 2017 et soumise au référendum national le 16 avril 2017, la plus grande prudence est de mise, car le

présidentialisme présente par nature un risque de dérive autoritaire. Dans un tel système, l'exécutif et le législatif tirent du peuple leurs pouvoirs respectifs et leur légitimité, par le canal d'élections organisées à intervalles fixes. Les deux pouvoirs étant strictement séparés, les conflits sont inévitables entre eux, et la gouvernance consiste alors en un arbitrage. La séparation effective des pouvoirs impose ainsi que chacun d'eux soit constitué d'une façon qui laisse la porte ouverte aux divergences d'approches et de priorités politiques.

126. La révision proposée vise à mettre en place ce que les autorités turques ont décrit comme un système présidentiel « à la turque », qui ne reflète toutefois plus du tout la longue tradition parlementariste turque, et représente une rupture complète dans l'histoire constitutionnelle du pays. Elle ne s'inscrit pas dans la logique de la séparation des pouvoirs qui caractérise les régimes présidentiels démocratiques. Les élections présidentielles et législatives seraient systématiquement organisées le même jour dans un but de prévention des conflits entre l'exécutif et le législatif, dont la séparation formelle pourrait alors être illusoire dans la pratique ; et le pouvoir législatif — le plus faible des deux — risquerait d'être marginalisé. Le Président n'aurait de comptes à rendre à la nation qu'aux élections, tous les cinq ans seulement.

[CDL-AD\(2017\)005](#) - *Turquie - Avis sur les modifications de la Constitution adoptées par la Grande Assemblée nationale le 21 janvier 2017 et soumises au referendum national le 16 avril 2017*

17. In general, while accepting that it may be justifiable to clarify certain parts of the 2010 Constitution, the OSCE/ODIHR and the Venice Commission note that the proposed amendments to the Constitution would negatively impact the balance of powers by strengthening the powers of the executive, while weakening both the parliament and, to a greater extent, the judiciary. In particular, although the Constitutional Chamber is retained as such, the Draft Amendments would seriously affect its institutional status and role as an effective organ of judicial constitutional review. Overall, some of the proposed amendments raise concerns with regard to key democratic principles, in particular the rule of law, the separation of powers and the independence of the judiciary, and have the potential to encroach on certain human rights and fundamental freedoms.

[CDL-AD\(2016\)025](#) - *Kyrgyz Republic - Joint opinion on the draft law "on introduction of amendments and changes to the constitution" (en anglais uniquement)*

39. La répartition des pouvoirs entre les institutions de l'Etat peut façonner le contexte dans lequel sera appliquée la liste. Elle devrait être équilibrée par un système de freins et contrepoids. Il devrait être possible à une justice indépendante et impartiale de contrôler la constitutionnalité et la légalité de l'exercice du pouvoir législatif et exécutif. Il est extrêmement important pour le respect et l'amélioration de l'Etat de droit que la justice fonctionne bien, et que ses décisions soient dûment appliquées.

49. Dans un régime absolutiste ou dictatorial, l'exécutif possède des pouvoirs illimités, en droit ou dans les faits. Le constitutionnalisme moderne s'est formé en réaction aux systèmes de ce type, et garantit la primauté du pouvoir législatif.

[CDL-AD\(2016\)007](#) - *Liste des critères de l'Etat de droit*

139. En droit constitutionnel plus que dans d'autres domaines juridiques, il est nécessaire de prendre en considération non seulement l'intérêt apparent d'une disposition, mais aussi le contexte constitutionnel dans lequel elle s'inscrit. Le simple fait qu'une disposition figure dans la constitution d'un autre pays ne signifie pas qu'elle convienne aussi dans une autre. Toute constitution résulte de la recherche d'un équilibre entre différents pouvoirs. Si des compétences sont confiées à un organe d'Etat, les autres doivent pouvoir exercer un contrôle effectif de l'exercice de ces compétences. Plus une institution est puissante, plus elle doit être soumise à

des mécanismes de contrôle stricts. Le droit constitutionnel comparé ne peut être réduit à la recherche d'une disposition consacrée dans la constitution d'un autre pays pour justifier sa nature démocratique dans la constitution d'un autre pays. Toute constitution est un ensemble complexe de freins et de contrepoids, si bien que les différentes dispositions doivent être examinées en fonction de leur intérêt pour l'équilibre des pouvoirs dans son ensemble.

[CDL-AD\(2013\)012](#) – *Avis sur le quatrième amendement à la Loi fondamentale de la Hongrie*

20. La démocratie moderne peut uniquement fonctionner si elle se dote de certaines limites qu'elle juge légitimes et raisonnables. Naturellement, la limitation du mandat des titulaires de fonctions politiques et de leur droit d'être (ré)élus, ainsi que les incompatibilités de nature politique et économique et l'interdiction de se présenter aux élections sont des institutions clés qui limitent la démocratie, tout en la rendant possible.

21. Par ailleurs, les effets de ces limites sur les institutions démocratiques d'un pays donné dépendent largement de leur dimension constitutionnelle, de leur réalisation pratique et surtout du modèle d'organisation du pouvoir dans le pays, c'est-à-dire du type de régime, de nature parlementaire, présidentielle ou à caractère mixte. La séparation des pouvoirs a aussi été mise à mal par les pouvoirs technocratiques que l'exécutif en place revendique au détriment du parlement. À notre époque, les parlements peuvent être classés trois catégories. La première est celle des parlements qui définissent les politiques : ils sont dotés d'une autonomie importante et pèsent activement sur les choix politiques (par exemple, le Congrès des Etats-Unis) ; la deuxième est celle des parlements ayant une influence sur les politiques : en réagissant aux initiatives du pouvoir exécutif, ils peuvent transformer les politiques ; la troisième catégorie est celle des parlements dominés par l'exécutif, qui n'ont qu'une influence mineure sur les politiques. Les parlements doivent défendre leur droit de contrôler l'action des gouvernements et d'avoir un rôle actif dans la prise de décision.

[CDL-AD\(2012\)027](#) – *Rapport sur la démocratie, la limitation des mandats et l'incompatibilité de fonctions politiques*

47. Concernant le fond du processus de la réforme constitutionnelle envisagée, la Commission de Venise rappelle sa recommandation selon laquelle une réforme constitutionnelle devrait aboutir « 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 place d'autres mécanismes et procédures de contrôle parlementaire sur les actions et intentions de l'exécutif ». En outre, elle « 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" ».

[CDL-AD\(2011\)002](#) – *Avis sur le document de réflexion concernant l'établissement et le fonctionnement d'une assemblée constitutionnelle ukrainienne*

70. The Commission reiterates its position that even a good Constitutional text cannot ensure stability and democratic development of society without there also being the relevant political will of different political forces, further legislation in line with democratic standards and a sound system of checks and balances that sets the basis for its implementation.

[CDL-AD\(2010\)015](#) – *Opinion on the Draft Constitution of the Kyrgyz Republic (en anglais uniquement)*

C. La réélection du Président

96. En conclusion, le droit d'éligibilité n'est pas un droit absolu. Il peut connaître des limites, objectives et raisonnables. Les limitations que la plupart des démocraties représentatives imposent au mandat du président en exercice constituent une restriction raisonnable au droit d'éligibilité, car elles préviennent l'exercice illimité du pouvoir par un président et protègent d'autres principes constitutionnels, comme l'équilibre et la séparation des pouvoirs. Le président a le devoir de défendre la constitution et de protéger les droits de l'homme. Il/elle ne peut faire valoir des droits politiques allant à l'encontre de la constitution. Par conséquent, les limitations à la réélection du président ne restreignent indûment ni ses droits de l'homme, ni ses droits politiques.

[CDL-AD\(2018\)010](#) - *Rapport sur les limitations de mandat - Partie I – Présidents*

52. Dans les conclusions de son avis de 2009 sur l'Azerbaïdjan, la Commission de Venise observait que l'abrogation de la limite du double mandat présidentiel renforçait la position déjà considérable du chef de l'Etat et représentait une évolution très négative sur le plan de la pratique démocratique, compte tenu de la situation qui prévalait en Azerbaïdjan. La situation ne s'est malheureusement pas améliorée depuis, du moins à cet égard. On lit dans la Résolution 2062 de l'Assemblée parlementaire que le modèle institutionnel de l'Azerbaïdjan accorde des pouvoirs particulièrement importants au Président de la République et au pouvoir exécutif. L'APCE constatait par ailleurs que la Constitution y confère au Parlement (Milli Mejlis) des compétences restreintes, que l'opposition y est faible, et que les ONG et les médias indépendants y sont vulnérables. De surcroît, d'autres propositions du projet examiné ici accroissent encore les pouvoirs présidentiels (pour plus de détails sur ce point, voir ci-dessous).

53. En l'espèce, la modification de l'article 101, qui allonge le mandat présidentiel au-delà des pratiques européennes, combinée à l'abrogation antérieure de la limite du double mandat, concentre le pouvoir dans les mains d'une seule personne d'une façon incompatible avec la séparation des pouvoirs.

[CDL-AD\(2016\)029](#) – *Azerbaïdjan – Avis sur le projet de révision de la Constitution*

III. Relations entre le législatif et l'exécutif

A. En général

30. Constitutional amendments are particularly sensitive since they may affect the balance of powers between the executive and the legislature. Linking constitutional amendments to a question of confidence could give to a President the possibility of exercising pressure on the Congress to alter the balance of powers in his or her favour. In its decision on the vote of confidence the Constitutional Tribunal referred to the principle of the balance of powers when interpreting the scope of the vote of confidence. There seem to exist certain substantive limitations to constitutional reform in Peru. For the Constitutional Tribunal and most legal scholars, the presidential form of government in itself is one of such limits. It is not a rare case in comparative law. As has been recognised by the Venice Commission, this is a common limitation in cases where an entrenched clause does exist. But the concrete scope of these substantive limitations does not seem clearly defined. Even if the principle of the separation of powers is an unamendable provision in some countries, *“it is true that the principle of “division of powers” is not immovable; exact limits of the presidential power vis-à-vis parliament cannot be defined once and for all.”*

42. It should also be mentioned that normally in presidential systems the term of the legislative power is fixed, and Presidents do not have powers to dissolve a Congress. The Venice

Commission noted that “*in purely presidential republics, the power to dissolve the legislature is quite rare, as it would undermine the principle of the separation of powers as classically understood*”. Ecuador is an exception (Art. 148 of the Constitution), as is Peru.

43. The Peruvian Constitution does not set forth any explicit limitations with respect to the issues which may be linked to a question of confidence. It will be up to the Constitutional Tribunal to decide whether proposals for constitutional amendments may be linked to a question of confidence. In comparative law, linking constitutional amendments to a question of confidence is unusual.

44. Any constitutional amendment process should preserve the principle of the separation of powers and the requirement of checks and balances between the President and the Congress. The power of the President to link a question of confidence to constitutional amendments may create a risk of being used to alter this balance. The threat of dissolution after a second vote on a question of confidence may make it difficult for Congress to resist attempts to alter it in favour of the President. In Peru some substantive limitations to constitutional amendments seem to exist, such as the principle of separation of powers or the republican form of government, which might provide a safeguard, but their scope is not clearly defined.

[CDL-AD\(2019\)022](#) – *Peru - Opinion on linking constitutional amendments to the question of confidence* (en anglais uniquement)

30. [...] the President’s direct call for a NCA assumes that only one of the Public Powers (i.e. the Executive Branch) has enough attributions to impose a renegotiation of the social contract, ignoring the other State organs through which the People of Venezuela exert their sovereignty (e.g. the National Assembly); this raises an issue in terms of democratic and egalitarian principles, and of the separation of powers, as stated in articles 1, 2, 5, 19, 21 and 136 of the Constitution. The Venezuelan President, as only one of the constituted powers, should not be entitled to call for a National Constituent Assembly without calling a referendum.

[CDL-AD\(2017\)024](#) – *Venezuela - Opinion on the legal issues raised by Decree no. 2878 of 23 May 2017 of the President of the Republic on calling elections to a national constituent Assembly* (en anglais uniquement)

189. La Commission souhaite également souligner que le recours à un référendum ne doit pas être utilisé par le pouvoir exécutif en vue de contourner les procédures d’amendement parlementaire. Cette pratique est tentante mais dangereuse. En effet, alors qu’une majorité qualifiée est nécessaire pour adopter un amendement constitutionnel dans les parlements de la plupart des pays, une majorité simple suffit en général dans un scrutin référendaire. Un gouvernement qui ne dispose pas de la majorité qualifiée nécessaire au parlement peut donc être tenté de s’adresser directement à l’électorat. La Commission de Venise a plusieurs fois souligné le danger que représente cette initiative, qui a pour effet de contourner les procédures correctes d’amendement constitutionnel. Elle a insisté sur le fait qu’il était « cependant utile, dans un régime démocratique respectueux de la séparation des pouvoirs, de laisser toujours à l’organe législatif le pouvoir de contrôler la production normative et de décider de l’étendue des compétences législatives de l’exécutif. »

[CDL-AD\(2010\)001](#) - *Rapport sur l’amendement constitutionnel*

B. Pouvoirs législatifs de l'exécutif

1. En général

14. Ainsi que le proclame la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « [t]oute Société dans laquelle [...] la séparation des Pouvoirs [n'est pas] déterminée, n'a point de Constitution » Selon un usage établi de longue date, les pouvoirs sont séparés en trois branches : le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Il ressort de ce principe une ligne de force entre l'élaboration des lois (législation) et leur mise en œuvre. Aussi bien l'élaboration des lois que leur mise en œuvre sont des expressions de la souveraineté, de la volonté de l'État (pour le dire mieux : de la nation) : la différence réside dans les destinataires. Les lois — au sens matériel — ou les actes normatifs s'adressent à tout le monde (ou du moins à un vaste ensemble indéfini de destinataires) : elles ont un caractère général et abstrait ; les décisions qui mettent en œuvre les lois ont toujours un ou plusieurs destinataires bien définis, précis ou nommés : elles sont particulières et concrètes.

15. Dans un État démocratique qui respecte le principe de séparation des pouvoirs, le pouvoir d'adopter des lois au sens matériel appartient essentiellement au législateur (qui est directement élu de façon démocratique). Dans la plupart des pays, ce pouvoir n'est pas exclusivement réservé au parlement : certaines questions, en plus ou moins grand nombre, sont déléguées à l'exécutif. En théorie, cette délégation peut être inconditionnelle (l'exécutif peut régler toute question qui n'est pas régie par la législation) ou conditionnelle (l'exécutif doit obtenir une autorisation formelle au cas par cas pour édicter une législation et/ou la compléter par des textes réglementaires, en veillant à leur cohérence avec la législation). Cela étant, la délégation inconditionnelle va à l'encontre des principes de légalité et de séparation des pouvoirs : ces principes impliquent non seulement la prééminence du pouvoir législatif sur l'exécutif, mais aussi l'obligation de faire figurer les règles générales et abstraites dans une loi du parlement ou un texte d'application fondé sur cette loi, sauf pour un petit nombre d'exceptions prévues dans la Constitution ; lorsque le pouvoir législatif est délégué par le parlement à l'exécutif, les objectifs, la teneur et le champ d'application de la délégation des pouvoirs doivent être expressément définis dans un acte législatif. À titre exceptionnel, les actes généraux et abstraits peuvent être intégrés à un acte du pouvoir exécutif non fondé sur une loi du parlement (mais directement sur la Constitution).

17. La mise en œuvre des lois est dévolue aux branches exécutive et judiciaire de l'État. La compétence de l'exécutif en matière d'adoption d'actes normatifs se limite à la délégation législative décrite ci-dessus et à la mise en œuvre des lois (formelles). Plus généralement, il a compétence pour adopter des décisions (actes juridiques de nature particulière et concrète). Le plus souvent, l'exécutif (via ses institutions et organes administratifs) agit pour le futur (*pro futuro*, *ex nunc*), tandis que le judiciaire statue sur la légalité du comportement antérieur de l'État et des personnes et met en œuvre les lois avec un effet rétroactif (*ex tunc*).

22. La clarté et la prévisibilité des actes juridiques sont importantes non seulement parce qu'elles permettent aux citoyens de régler leur conduite, mais aussi pour des raisons de séparation des pouvoirs. Comme le précise la note de synthèse de la conférence sur « Les normes juridiques européennes relatives à l'État de droit et l'ampleur du pouvoir discrétionnaire dans les États membres du Conseil de l'Europe », « les dispositions législatives doivent être claires et intelligibles pour que le pouvoir exécutif exerce son pouvoir d'appréciation seulement dans les domaines où cela est prévu et pas seulement en raison de l'insécurité ou de l'ambiguïté de la loi. »

47. Le projet de loi ne mentionne pas la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'autres cours internationales ou de cours du Kosovo, notamment de la Cour constitutionnelle, ce qui est conforme aux normes internationales. La jurisprudence (ou plutôt les précédents) est une source de droit importante, mais pas une source d'actes juridiques (produits

de la législation), et elle ne doit pas contenir de règles juridiques, du moins dans le système continental (à moins que la Constitution ou une loi ne le prévoient dans des cas exceptionnels). La séparation des pouvoirs signifie que la compétence d'adoption de nouvelles dispositions incombe au pouvoir législatif, sauf en cas de délégation à l'exécutif. Le rôle des tribunaux est d'appliquer les actes juridiques. Ce rôle est rempli par leur interprétation, laquelle est contraignante pour les parties, mais seulement dans les limites de la législation (qui émane du pouvoir législatif ou, par délégation, du pouvoir exécutif), dans le cadre de l'autorité des actes juridiques interprétés par les tribunaux. Une fois qu'une loi a été modifiée, l'ancienne interprétation — et donc la jurisprudence antérieure — perd son caractère contraignant.

[CDL-AD\(2019\)025](#) – *Kosovo - Avis sur le projet de loi sur les actes juridiques*

36. The checks and balance system is not established only within the executive. The relationship of executive, legislative and judicial powers to one another should be regulated according to this understanding. Presidential or semi-presidential models require more rigid and precise lines separating executive and legislative powers. The set of amendments affecting the powers of the President (Par. 2, Article 45) goes in this sense and contains a proposal that the laws are the prerogative of the legislature alone. The President will have no longer the power to issue decrees having the force of law. This change is in line with Par. 4, Article 3 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan and the principle of functional separation of powers into legislative, executive and judicial branches and their balanced interaction in accordance with the principle of checks and balances.

[CDL-AD\(2017\)010](#) – *Kazakhstan - Opinion on the amendments to the constitution (en anglais uniquement)*

13. Il n'existe pas de norme établie concernant le niveau normatif des dispositions en matière de retrait d'une fonction électorale (voir le Code de bonne conduite en matière électorale, II.2.a). Cependant, le droit de vote universel étant l'un des principaux fondements d'un régime démocratique, la Commission estime que ces dispositions devraient de préférence être énoncées dans la Constitution ou dans une loi – éventuellement organique – adoptée par le parlement. On peut se demander si un décret-loi pris par l'exécutif en vertu d'une habilitation spécifique du parlement est un texte d'un niveau normatif approprié. La protection du parlement et de chaque parlementaire contre l'ingérence de l'exécutif est une exigence majeure de la séparation des pouvoirs. La Commission estime par conséquent que, même lorsque l'habilitation est suffisamment précise, il est préférable de prévoir les dispositions dans une loi adoptée par le parlement lui-même.

[CDL-AD\(2017\)025](#) - *Mémoire amicus curiae pour la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire Berlusconi c. Italie*

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

142. Les propositions les plus importantes concernant la révision des règles constitutionnelles relatives à la mécanique gouvernementale sont souvent celles qui visent à modifier l'équilibre

des pouvoirs entre les branches exécutives et législatives du gouvernement d'une manière ou d'une autre. Elles doivent aussi faire l'objet d'une attention et d'une considération particulière. En général, les amendements qui renforcent le parlement ont normalement pour but de rendre le système plus démocratique, tandis que ceux qui renforcent l'exécutif visent à rendre celui-ci plus efficace. Il peut y avoir également des motivations cachées ou plus personnelles, qui sont moins légitimes.

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

[CDL-AD\(2010\)001](#) – *Rapport sur l'amendement constitutionnel*

2. Pouvoirs/actes d'urgence

18. [...] l'utilisation excessive de pouvoirs législatifs par le gouvernement sous le prétexte d'une « urgence » est sans doute contraire aux principes de démocratie et de séparation des pouvoirs, proclamés à l'article 1er, par. 3-4, de la Constitution roumaine. Dans son avis de 2014 sur la Roumanie, la Commission de Venise a noté que la pratique consistant à émettre chaque année plus d'une centaine d'ordonnances d'urgence « comporte des risques pour la démocratie et l'État de droit en Roumanie » (§ 173). En 2018, le Gouvernement a adopté 114 ordonnances d'urgence dans différents domaines, ce qui démontre que la notion d' « urgence » est interprétée de manière très large dans l'ordre juridique roumain. Cela va à l'encontre du caractère exceptionnel d'une telle législation (voir article 115 § 4), et conduit à l'exercice régulier de la fonction législative par le Gouvernement.

19. La Commission de Venise est consciente que, dans de nombreux ordres juridiques, le gouvernement a le pouvoir de prendre des décrets d'urgence. Mais, d'une manière générale, on peut se demander si l'article 115 de la Constitution roumaine était destiné à servir aux fins pour lesquelles il est actuellement utilisé par le gouvernement. « [Toutefois, dans le contexte roumain], le recours quasiment permanent aux ordonnances gouvernementales d'urgence ne constitue pas un moyen approprié d'atteindre cet objectif. (...) Si, malgré tout, il n'était pas possible d'adopter un grand nombre de lois dans un court délai, le parlement devrait plutôt avoir recours à l'instrument de la délégation législative et habiliter – par des lois spéciales – le gouvernement à adopter des lois urgentes (paragraphe 1 à 3 de l'article 115 de la Constitution). (...) ».

20. Enfin, les ordonnances d'urgence adoptées par le gouvernement roumain comprennent des dispositions établissant des règles à durée indéfinie au lieu de proposer seulement des solutions temporaires ou transitoires. La Commission de Venise a critiqué l'utilisation de pouvoirs d'urgence en cas de crise nationale grave ; c'est encore plus vrai dans le contexte roumain où le gouvernement légifère régulièrement par « ordonnances d'urgence », simplement parce qu'il est urgent de modifier la loi. Le régime juridique de l'article 115, tel qu'il est actuellement interprété en Roumanie, est en soi problématique : il n'y a pas de déclaration d'état d'urgence qui s'accompagne de contrôles internationaux et nationaux, ni de contrôle parlementaire *a posteriori* obligatoire qui est généralement attaché aux décrets d'urgence pris dans le cadre de l'état d'urgence. En outre, la validité des ordonnances n'est pas liée à la durée de la situation d'urgence.

21. En résumé, l'utilisation courante des pouvoirs d'urgence est répréhensible à de nombreux niveaux. Elle affecte la qualité de la législation, nuit à la sécurité juridique, affaiblit les contrôles externes exercés sur le Gouvernement et méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs. La Commission de Venise invite le gouvernement roumain à réduire considérablement l'utilisation des OGU dans tous les domaines du droit. L'article 115 de la Constitution semble être interprété en Roumanie d'une manière manifestement trop large, de sorte que sa révision pourrait être envisagée afin de définir plus étroitement les situations dans lesquelles le Gouvernement peut légiférer par ordonnances d'urgence et d'introduire des contrôles sur le pouvoir législatif du Gouvernement. En ce qui concerne l'avenir de la réforme judiciaire en cours d'examen, la Commission de Venise invite instamment les autorités roumaines à adopter les futures modifications nécessaires dans le cadre d'une procédure parlementaire normale, ce qui devrait garantir des délibérations appropriées (c'est-à-dire ouvertes, éclairées, transparentes, etc.).

49. [...]

- Le plus alarmant, c'est que le gouvernement continue d'apporter des modifications législatives au moyen d'ordonnances d'urgence. Bien que la Constitution indique clairement qu'il s'agit là d'une mesure exceptionnelle, la législation par ordonnances d'urgence s'est banalisée. Les règles fondamentales du fonctionnement des principales institutions de l'État sont modifiées trop rapidement et trop souvent, sans préparation ni consultation, ce qui soulève des questions légitimes quant au bien-fondé des résultats et aux motifs réels de certains de ces changements. Les textes juridiques qui en résultent ne sont pas clairs. Cette pratique affaiblit les contrôles externes du gouvernement, elle est contraire au principe de séparation des pouvoirs et nuit à la sécurité juridique. La Commission de Venise invite les autorités roumaines à limiter de manière drastique l'utilisation des OGU. Quant aux modifications ultérieures des trois lois dans le domaine de la justice, elles devraient être apportées selon une procédure législative normale.

[CDL-AD\(2019\)014](#) – Roumanie – Avis sur les ordonnances d'urgence OGU n° 7 et 12 portant révision des lois sur la justice

59. Le principe général de l'État de droit impose en outre que les mesures soient proportionnées. Comme l'a dit la Commission au paragraphe 29 de son Avis sur les décrets-lois d'urgence, « *la Constitution peut octroyer au gouvernement de très larges pouvoirs d'urgence, sans pour autant conférer à ceux-ci un caractère illimité* » - ce qui y introduirait un mécanisme autodestructeur laissant le pouvoir absolu à l'exécutif en lieu et place du régime de séparation des pouvoirs. De même, l'Assemblée parlementaire a formulé dans sa Résolution 2090(2016) la mise en garde suivante : « *des mesures de contre-terrorisme entraînent des restrictions disproportionnées ou sapent le contrôle démocratique, violant ainsi les libertés fondamentales et la prééminence du droit, au nom de la sauvegarde de la sécurité intérieure.* ».

[CDL-AD\(2017\)021](#) – Turquie – Avis sur les dispositions du décret-loi d'urgence n° 674 du 1^{er} septembre 2016 relatives à l'exercice de la démocratie locale

29. Rien dans la Constitution turque ne dispose expressément que ces principes irrévocables ne sauraient également souffrir une dérogation en cas d'état d'urgence, mais cette interdiction s'impose d'elle-même. « [P]endant l'état d'urgence, les institutions de l'État fonctionnent normalement, bien que la répartition des pouvoirs soit modifiée en faveur de l'exécutif ». La Constitution peut octroyer au gouvernement de très larges pouvoirs d'urgence, sans pour autant conférer à ceux-ci un caractère illimité sous peine de prévoir un mécanisme d'autodestruction et de fouler aux pieds le principe de la séparation des pouvoirs en conférant à l'exécutif des prérogatives indéfinies. Une redistribution des pouvoirs dans le cadre d'un régime d'urgence ne peut donc pas déborder le cadre prévu par les dispositions constitutionnelles et législatives relatives à l'état d'urgence et doit se limiter à ce que « la situation [...] exige ». En fait, la plupart

des constitutions modernes prévoient explicitement que « *les caractéristiques structurelles fondamentales du gouvernement* demeurent intactes, même en cas d'urgence » (les italiques sont de nous). L'octroi au gouvernement de nouveaux pouvoirs à titre permanent ou l'adoption de nouveaux règlements modifiant définitivement les compétences, la composition ou les principes de fonctionnement d'autres organes constitutifs ne devraient pas résulter d'un décret-loi, mais être expressément autorisés par la Constitution.

[CDL-AD\(2016\)037](#) – Turquie – Avis sur les Décrets-Lois d'urgence Nos 667 à 676 adoptés à la suite du Coup d'Etat avorté du 15 juillet 2016

93. The amended paragraph 2 of Article 72 introduces certain incompatibilities between the parliamentary mandate and posts such as those “in the civil and municipal service”, “entrepreneurial activity” or “member[ship] of the governing body or supervisory council of a commercial organizations”. Deputies may, however, continue to exercise “scientific, teaching or other creative activities” – as is already the case. Generally, the primary purpose of incompatibility provisions is to ensure the separation of powers, enhance transparency and guarantee that parliamentarians’ public or private occupations do not influence their role as representatives of the nation to avoid or limit conflicts of interest.

96. In some countries, such a combination of ministerial and parliamentary functions is considered to violate the principle of separation of powers, as this may create a conflict of interest which *de facto* prevents such parliamentarians from exercising their parliamentary oversight functions over the executive. On the other hand, in some parliamentary regimes, which are based on close collaboration between the legislative and the executive, the combination of ministerial and parliamentary duties is even encouraged. At the same time, in many parliamentary systems, members of the executive remove themselves from the day-to-day work of the legislative in order to strengthen the ability of the legislative to hold the executive to account. In that case, it is often considered helpful to have them replaced by members of the same party. Indeed, and as noted in the 2015 Joint Opinion, the suspension of the parliamentary mandate of the Prime Minister and other members of Government would deprive the majority of valuable votes in this Parliament with a total of 120 seats, which could result in a distortion of the relative forces of political parties in Parliament. **It may be useful for the respective legal drafters and stakeholders to debate this point in detail, and reiterate the positive and negative sides of all options in order to find a good solution that is most beneficial for the smooth and independent functioning of the Jogorku Kenesh.**

[CDL-AD\(2016\)025](#) - Kyrgyz Republic - Joint opinion on the draft law “on introduction of amendments and changes to the constitution” (en anglais uniquement)

C. Incompatibilités

83. Il convient de distinguer incompatibilité et inéligibilité, bien que la base de ces deux concepts juridiques soit en principe la séparation des pouvoirs. L'incompatibilité est une notion bien plus large que l'inéligibilité : alors que la première est considérée comme faisant partie du droit parlementaire, la seconde relève du droit électoral.

94. En Belgique, il appartient aux députés eux-mêmes de vérifier s'ils se conforment à ces règles et sinon, de décider des fonctions qu'ils abandonnent. Certaines fonctions prennent fin automatiquement quand ils prêtent serment comme députés. Ainsi, en vertu de l'article 233 du Code électoral, les députés d'un parlement régional qui deviennent sénateurs ou représentants perdent automatiquement leur mandat au parlement régional (à l'exception des sénateurs de communauté) et vice versa. L'une des incompatibilités les plus importantes est fondée sur la séparation des pouvoirs. L'article 50 de la Constitution prévoit qu'un député qui devient ministre

fédéral perd son siège au parlement. Un ministre qui démissionne retrouve son siège de député. Un député fédéral ne peut être fonctionnaire ni exercer la fonction de magistrat. Un fonctionnaire élu au Parlement fédéral a toutefois droit à un congé pour raisons politiques et n'est donc pas tenu de démissionner. Les parlementaires fédéraux ne peuvent siéger au sein des assemblées de région ou de communauté, à l'exception des 21 sénateurs de communauté, qui sont désignés par les parlements de communauté. Ils ne peuvent pas non plus être membres d'un gouvernement de région ou de communauté. Il y a aussi incompatibilité entre la fonction de député fédéral et de député européen.

97. Si des motifs politiques d'incompatibilité parlementaire apparaissent, la sanction par défaut est claire et formulée en termes juridiques. Le mandat de député prend fin pour des motifs découlant des conditions fondamentales liées au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs.

[CDL-AD\(2012\)027](#) – *Rapport sur la démocratie, la limitation des mandats et l'incompatibilité de fonctions politiques*

IV. Relation du législatif avec le pouvoir judiciaire et d'autres organes

A. Judiciaire

12. Le maintien de solutions donnant à l'assemblée élue elle-même des compétences de « vérification des pouvoirs » correspond à une certaine conception politique du rôle des assemblées et de la séparation des pouvoirs. Elle repose sur la théorie de la toute-puissance du pouvoir législatif (ou au minimum de la prééminence du Parlement), organe souverain en régime parlementaire, qui disposerait de prérogatives auxquelles aucun pouvoir juridictionnel ne pourrait porter atteinte. De nombreux juristes continentaux en ont été les défenseurs. En France, elle a été particulièrement développée par le grand juriste Carré de Malberg dans les années 1920, bien que le mécanisme lui ait été bien antérieur et n'ait pas été théorisé de manière aussi magistrale. En France, elle a été mise en œuvre tant pour la vérification initiale des pouvoirs que pour toute décision relative à l'éligibilité du parlementaire concerné, jusqu'à la IV^e République incluse. C'est encore le même système en Italie, la Cour constitutionnelle elle-même ayant rappelé que la vérification des pouvoirs des élus échappe au système de protection juridictionnelle en matière d'élections. A l'inverse, certains ont pu considérer que, procédant ainsi, une assemblée se comportait en juge, ce qui était une intrusion dans les compétences du pouvoir judiciaire.

13. Tout en développant les pouvoirs du Parlement, le constitutionnalisme des XIX^e et XX^e siècles a mis l'accent sur la séparation des pouvoirs, en faisant passer le contrôle des élections parlementaires au pouvoir judiciaire. Ainsi, dès 1868, au Royaume Uni, un contrôle judiciaire a été introduit, introduisant des tribunaux électoraux (election courts). En France, III^e et IV^e Républiques ont maintenu le système de « vérification des pouvoirs » par le Parlement, mais la Constitution de la V^e République a tranché pour un système de traitement des réclamations électorales qui fait échapper en totalité la contestation aux Assemblées. En France, c'est la totalité du contentieux électoral qui est tranchée par les juridictions administratives (pour les élections locales) ou constitutionnelles (pour les élections parlementaires). Plus généralement, au XX^e siècle, le besoin s'est fait sentir de transférer le contentieux électoral du Parlement à des institutions indépendantes et impartiales.

44. La première exigence est que l'organe de recours soit *impartial* et suffisamment *indépendant* du Parlement et de l'exécutif pour que l'impartialité de ses décisions ne soit pas mise en cause. L'exigence d'impartialité touche à la fois à la composition de l'instance de recours et aux garanties procédurales et institutionnelles contre les ingérences d'autres acteurs publics ou privés. Il ne peut y avoir d'examen efficace des recours électoraux, et donc de mise en œuvre du droit électoral, si l'organe de recours n'est pas impartial et indépendant.

[CDL-AD\(2019\)021](#) - *Mémoire amicus curiae pour la Cour européenne des Droits de l'Homme en l'affaire Mugemangango c. Belgique sur les garanties procédurales qu'un Etat doit fournir dans le cadre d'une procédure de contestation du résultat d'une élection ou de répartition des sièges*

105. La Commission de Venise n'en a pas moins critiqué cette méthode, qui donne à la Cour suprême de cassation un pouvoir général normatif susceptible de porter atteinte à la séparation des pouvoirs. Les échanges entre juges de différentes instances que prévoit le nouveau paragraphe 3 de l'article 24 sont en soi une bonne chose, et il est donc souhaitable de les conserver ; mais l'article 31 fait perdre de sa clarté à cette disposition. Le besoin d'unifier la jurisprudence devrait en principe être satisfait par une procédure d'appel notamment conçue pour résoudre les problèmes qui se présentent d'habitude, seulement ou la plupart du temps à l'occasion de diverses catégories d'affaires de moindre importance.

[CDL-AD\(2013\)005](#) - *Avis relatif aux projets de modification de lois sur le pouvoir judiciaire de Serbie*

B. Autres organes

168. De plus, la participation conjointe d'acteurs non étatiques et d'acteurs publics dans le même organe peut poser des problèmes eu égard aux prérogatives du Parlement, et à la séparation des pouvoirs en général. La représentation politique est une prérogative du Parlement. Par conséquent, l'Instance ne devrait pas avoir des membres politiques ou des membres d'institutions publiques sujets à des instructions politiques en son sein.

[CDL-AD\(2019\)013](#) – *Tunisie – Avis sur le projet de loi organique relative à l'Instance du développement durable et des droits des générations futures*

32. Vu que les prytanées sont compétents pour traiter n'importe quel type de question, et compte tenu de leur petite taille et du fait que leurs membres ne sont pas démocratiquement élus, la possibilité de proposer un vote de défiance – qui peut aboutir à la démission du gouvernement provincial et à la dissolution du parlement provincial - semble manifestement disproportionnée et sape le principe de la séparation des pouvoirs.

36. La consultation devrait cependant être régie de manière à ce que le principe de la séparation des pouvoirs ne soit pas remis en cause et à ce que le bon fonctionnement de l'administration ne soit pas perturbé par l'imposition aux autorités d'une obligation de soumettre systématiquement les lois à une procédure de consultation. Par exemple, le processus de consultation suisse ne s'applique pas à n'importe quel type d'acte du parlement ou du gouvernement. La consultation n'est prévue qu'en cas d'élaboration de modifications de la Constitution, de dispositions de lois fédérales et d'accords juridiques internationaux soumis à référendum ou ayant une incidence sur des intérêts cantonaux essentiels. Pour le reste, la procédure de consultation n'est appliquée que si le projet concerné est d'une importance politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle majeure ou si

son exécution dépend dans une large mesure d'organes ne relevant pas de l'administration fédérale. L'article 14 du projet de loi devrait être remanié de façon à mieux définir le champ d'application de l'obligation de promouvoir la consultation.

[CDL-AD\(2015\)009](#) – Avis sur le projet de loi d'initiative citoyenne concernant les règles relatives à la participation publique, aux projets de loi d'initiative citoyenne, aux référendums et aux initiatives populaires et des amendements à la loi électorale provinciale de la province autonome de Trente (Italie)

V. Relation de l'exécutif avec le pouvoir judiciaire et le ministère public

A. Indépendance du pouvoir judiciaire

74. La justice doit être indépendante. L'indépendance signifie qu'elle n'est soumise à aucune pression extérieure ni à aucune influence ou manipulation politique, surtout émanant de l'exécutif. Cette exigence fait partie intégrante du principe démocratique fondamental de la séparation des pouvoirs. Le juge doit échapper à toute influence ou manipulation politique.

86. Il ne suffit pas de garantir l'indépendance de la justice à l'égard du législatif et de l'exécutif : il faut aussi garantir celle du juge au sein de la justice.

[CDL-AD\(2016\)007](#) - Liste des critères de l'Etat de droit

6. L'indépendance du pouvoir judiciaire comporte une composante objective, à savoir qu'elle constitue une caractéristique dont le système judiciaire ne saurait faire l'économie, et une composante subjective, à savoir que toute personne a le droit de voir ses droits et ses libertés établis par un juge indépendant. En l'absence de juges indépendants, il ne peut y avoir d'application correcte et légale des droits et des libertés. L'indépendance du pouvoir judiciaire n'est donc pas une fin en soi. Elle n'est pas un privilège dont bénéficieraient les juges à titre individuel, mais se justifie par la nécessité de permettre aux juges de remplir leur mission de gardiens des droits et des libertés.

[CDL-AD\(2010\)004](#) – Rapport sur l'indépendance du système judiciaire Partie I : l'indépendance des juges

Pour plus de citations sur l'indépendance du pouvoir judiciaire, et en particulier les opinions relatives aux pays, voir Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Courts and Judges [CDL-PI\(2019\)008](#) (en anglais uniquement).

B. Autonomie du ministère public

91. *Il n'y a pas de standard commun sur l'organisation du ministère public, notamment sur l'autorité chargée de nommer les procureurs, ni sur l'organisation interne du ministère public. Une autonomie suffisante doit toutefois être garantie à ce dernier pour le protéger contre toute influence politique induite. Conformément au principe de légalité, le ministère public ne doit agir que sur la base du droit et en conformité avec lui⁹⁸. Cela n'empêche pas que la loi puisse laisser une certaine discrétion au ministère public sur l'opportunité de lancer ou non une procédure pénale (principe d'opportunité).*

92. *L'autonomie doit aussi être garantie au sein du ministère public. Les procureurs ne doivent pas être soumis sans discrétion aucune à une stricte autorité hiérarchique, mais être à même de ne pas suivre des instructions contraires à la loi.*

[CDL-AD\(2016\)007](#) - Liste des critères de l'Etat de droit

28. [...] il existe une différence essentielle de perception de la notion d'indépendance ou d'autonomie, selon qu'elle s'applique aux juges ou au ministère public. Même lorsqu'il fait partie du système judiciaire, le ministère public n'est pas une juridiction. L'indépendance du pouvoir judiciaire, séparé du pouvoir exécutif, est la clé de voûte de l'Etat de droit, et ne saurait souffrir d'exception. L'indépendance de la justice présente deux facettes dont l'une est institutionnelle : la justice dans son ensemble est indépendante et chaque juge décide en toute indépendance (sans être influencé par d'autres juges). Cela étant, l'indépendance ou l'autonomie du ministère public n'est pas aussi catégorique, de par sa nature, que celle des tribunaux. Même lorsque le ministère public, en tant qu'institution, est indépendant, un contrôle hiérarchique des décisions et des activités des procureurs, en dehors du procureur général, peut être exercé.

30. Par essence, l'indépendance du ministère public diffère de celle des juges. Le principal élément de cette indépendance « externe » du ministère public ou du procureur général est l'impossibilité pour l'exécutif de donner au procureur général (et naturellement directement à tout autre procureur) des instructions dans des affaires individuelles. Les instructions générales, par exemple de poursuivre plus sévèrement ou rapidement dans le cas de certains crimes, semblent poser moins de problèmes. Ces instructions peuvent être considérées comme un aspect de la politique pouvant être à juste titre fixé par le Parlement ou le gouvernement.

[CDL-AD\(2010\)040](#) – *Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : partie II – le ministère public*

Pour plus de citations sur l'autonomie du ministère public, et en particulier les avis par pays, voir [Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning prosecutors \(en anglais uniquement\)](#) [CDL-PI\(2015\)009](#).

C. Tribunal compétent pour connaître des actes de l'exécutif

98. Laisser à la loi le soin de déterminer la juridiction compétente pour une question intéressant la séparation des pouvoirs peut prêter à discussion (article 90.3). Il existe deux grands modèles dans le droit constitutionnel européen en matière de responsabilité pénale des ministres : le recours à la juridiction ordinaire et des procédures spéciales de destitution. En l'absence de définition d'une procédure spéciale dans la Constitution, la responsabilité pénale des membres du Gouvernement est pour l'essentiel engagée selon les conditions du droit commun, donc devant les juridictions ordinaires, et la poursuite pénale est réservée au ministère public.

[CDL-AD\(2019\)003](#) – *Luxembourg - Avis sur la proposition de révision de la Constitution*

108. La Commission de Venise reconnaît qu'il existe deux grands modèles dans le droit constitutionnel européen en matière de responsabilité pénale des ministres. Dans le premier, cette question relève du système pénal ordinaire. Dans le second, des procédures spéciales de destitution ont été adoptées, qui peuvent être interprétées de différentes manières. La Commission de Venise estime que ces deux approches sont en soi légitimes et font partie de la tradition constitutionnelle européenne. Il ne lui appartient pas de promouvoir l'une plutôt que l'autre.

[CDL-AD\(2013\)001](#) - *Rapport sur la relation entre responsabilité politique et responsabilité pénale des ministres*

VI. Justice constitutionnelle

A. Composition

94. Il est particulièrement inquiétant, du point de vue de l'indépendance du Tribunal et de la séparation des pouvoirs, que le nouvel article 31a(1) de la loi prévoit que « *[d]ans les affaires particulièrement flagrantes, l'Assemblée générale demande au Sejm de révoquer le juge du Tribunal* ». L'Assemblée générale pourrait prendre cette initiative sur demande du Président de la République ou du ministre de la Justice (article 31a(2)), bien que le Tribunal constitutionnel ait toute liberté de décision. Mais la décision finale est prise par le *Sejm*. Ces nouvelles dispositions sont extrêmement contestables, puisque le Parlement, qui par sa nature même prend également des décisions sur la base de considérations politiques, peut désormais mettre fin au mandat d'un juge. En tout état de cause, ces dispositions ne peuvent être insérées sans un fondement constitutionnel explicite.

[CDL-AD\(2016\)001](#) - *Avis sur les amendements à la loi du 25 juin 2015 relative au Tribunal constitutionnel de Pologne*

76 Depuis la Seconde guerre mondiale, les juridictions constitutionnelles ont d'ordinaire été créées en Europe lors de l'instauration de la démocratie, d'abord en Allemagne et en Italie, puis en Espagne et au Portugal et enfin en Europe centrale et orientale. Ces juridictions ont pour vocation de surmonter l'héritage des régimes précédents et de protéger les droits de l'homme violés par ces régimes. Plutôt que le principe d'unité de pouvoir, qui excluait tout contrôle sur le Parlement, c'est un système de séparation des pouvoirs qui a été instauré. Au lieu de donner la primauté au Parlement (qui était sous le contrôle total du parti communiste), le nouveau système était fondé sur le principe de contre-pouvoirs entre les différents organes de l'Etat. C'est pourquoi, même le Parlement doit respecter la primauté de la Constitution et il peut être contrôlé par d'autres organes, en particulier la Cour constitutionnelle. La justice constitutionnelle est un élément-clé du système de contre-pouvoirs d'une démocratie constitutionnelle. Son importance est encore renforcée par le fait que la coalition au pouvoir peut s'appuyer sur une large majorité et désigner dans quasiment toutes les institutions d'Etat des personnes favorables à ses positions politiques.

81. A cet égard, les autorités réagissent de façon caractéristique aux décisions récentes de la Cour constitutionnelle en adoptant des amendements constitutionnels. Le Quatrième amendement est typique sur ce plan. Les dispositions qui ont été jugées inconstitutionnelles et annulées par la Cour constitutionnelle ont été réintroduites au niveau constitutionnel : cette façon de « constitutionnaliser » les dispositions d'articles de loi ordinaire exclut tout contrôle de la Cour constitutionnelle.

84. Les représentants du Gouvernement hongrois ont relevé à juste titre que le pouvoir constituant – formé en Hongrie par le Parlement votant à la majorité des deux tiers – peut souverainement décider d'adopter une Constitution et de la réviser. En soi, la possibilité de révisions constitutionnelles est un contrepoids essentiel au pouvoir de la juridiction constitutionnelle sur la législation dans une démocratie constitutionnelle et un élément déterminant du système délicat d'équilibrage des pouvoirs qui caractérise une démocratie constitutionnelle. Toutefois, cette approche peut seulement se justifier dans des cas particuliers, fondés sur des travaux préparatoires, un large débat public et un consensus politique général – nécessaire en général aux révisions constitutionnelles.

87. La Commission de Venise est préoccupée de voir que l'approche consistant à soustraire les lois ordinaires au contrôle de constitutionnalité a un caractère systématique. Cela conduit à une remise en cause grave et alarmante du rôle de la Cour constitutionnelle en tant que gardienne de la Constitution. C'est là un problème à la fois en ce qui concerne l'état de droit et surtout au regard du principe de démocratie. Le fait de limiter (pour les questions budgétaires) et, dans

certain cas, d'interdire (questions « constitutionnalisées ») la possibilité pour la Cour constitutionnelle de contrôler la législation ordinaire selon les normes de la Loi fondamentale conduit à une violation du système de contre-pouvoirs et de séparation des pouvoirs.

[CDL-AD\(2013\)012](#) – Avis sur le quatrième amendement à la Loi fondamentale de la Hongrie

B. Pouvoirs

60. La Commission de Venise et la Direction réaffirment fortement la nécessité que la réforme respecte pleinement la Constitution en vigueur. Il revient à la Cour constitutionnelle moldave de se prononcer en dernière instance sur l'interprétation contraignante de la Constitution et sur la compatibilité de la législation nationale avec ce texte.

[CDL-AD\(2019\)020](#) – *République de Moldova - Avis conjoint intérimaire Commission de Venise et la Direction des droits de l'homme (DDH) de la Direction Générale droits de l'homme et état de droit (DGI) du Conseil de l'Europe sur le projet de loi portant réforme de la Cour suprême de justice et du ministère public*

77. L'exécution des arrêts de la Cour constitutionnelle est une exigence essentielle de l'État de droit. Le fait de laisser au parlement le choix de suivre ou non les arrêts de la Cour constitutionnelle ne satisfait pas à cette exigence.

78. La Commission de Venise recommande d'amender la Constitution afin d'assurer qu'une disposition juridique jugée inconstitutionnelle en tant que telle par la Cour constitutionnelle perde force de loi à compter de la publication de l'arrêt de la Cour. Afin d'éviter les vides juridiques, la Cour constitutionnelle pourrait être habilitée à retarder d'une certaine durée (typiquement jusqu'à un an) l'abrogation de la disposition jugée incompatible avec la Constitution. Cela permet au Parlement d'adopter une nouvelle législation avant que les dispositions inconstitutionnelles ne perdent leur force.

79. Pour conclure, la Constitution devrait être amendée afin de prévoir que les arrêts de la Cour constitutionnelle constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition légale entraînent directement l'annulation de cette disposition sans intervention du parlement.

[CDL-AD\(2018\)028](#) – *Malte - Avis sur les dispositions constitutionnelles, la séparation des pouvoirs et l'indépendance des organes judiciaires et répressifs*

89. [...] Whether a constitutional court is part of the judiciary or has its own chapter in the constitution, the constitutional court's role is to be the main institutional safeguard for the constitution and for the principle of the separation of powers. The very purpose of a constitutional court is to limit the transgressions of the legislator and that of other state powers and parliament cannot refer to the 'separation of powers' to refuse the implementation of the constitutional court's decisions.

[CDL-AD\(2017\)011](#) – *Armenia – Opinion on the draft Constitutional Law on the Constitutional Court (en anglais uniquement)*

11. Enfin, la Commission de Venise ne reviendra pas sur les faits propres au cas d'espèce. Si elle est compétente pour évaluer la loi géorgienne sur la liberté d'expression au regard du droit international et, en particulier, des normes européennes, c'est à la Cour constitutionnelle de Géorgie qu'il appartient de se prononcer en dernier ressort sur l'interprétation contraignante de la Constitution et la compatibilité de la législation nationale avec ce texte. La Commission de Venise rappelle que l'interprétation de la Constitution par la Cour constitutionnelle a force obligatoire pour toutes les instances nationales administratives, judiciaires et législatives, qui sont tenues de s'y conformer.

[CDL-AD\(2014\)040](#) - *Mémoire amicus curiae pour la Cour constitutionnelle de Géorgie sur la diffamation à l'encontre des défunts*

18. Cette disposition signifie que les affaires en cours devant la Cour constitutionnelle sont transférées au HCJ en application de la loi, ce qui soulève de sérieux doutes au regard de la séparation des pouvoirs et de l'Etat de droit. Le législateur devrait s'abstenir d'intervenir dans les affaires judiciaires en cours et il incombera à la Cour constitutionnelle de décider si les modifications apportées à la législation entraînent ou non l'abandon des recours formés devant elle. [...]

[CDL-AD\(2011\)015](#) - *Avis intérimaire relatif aux projets de décisions du haut conseil judiciaire et du conseil des procureurs de l'état sur l'application des lois portant modification des lois sur les juges et sur le ministère public de la Serbie*

19. [...] en l'absence d'une compétence de règlement des litiges ou des conflits de compétence au Kirghizstan, que **la loi impose à la Cour d'inviter les divers sièges du pouvoir de l'Etat (le parlement, le Président, le gouvernement, le pouvoir judiciaire, y compris, le cas échéant, le parquet) à présenter leurs arguments relatifs à l'interprétation des dispositions constitutionnelles.** La Cour bénéficiera ainsi d'une procédure quasi contradictoire, même à l'occasion d'une démarche purement abstraite.

[CDL-AD\(2008\)029](#) - *Avis sur les projets de lois portant modification et complétant (1) la Loi relative aux procédures constitutionnelles et (2) la loi relative à la Cour constitutionnelle du Kirghizstan*

4. La Commission européenne a déjà relevé dans son avis sur la Constitution de l'Ukraine (document CDL-INF (97) 2) que plusieurs procédures susceptibles de jouer un rôle important dans la consolidation du constitutionnalisme en Ukraine n'étaient pas expressément mentionnées dans le texte de la Constitution, à savoir :

(...)

- une disposition sur les conflits de compétences entre organes de l'Etat.

Dans son avis, la Commission européenne constatait que la loi sur la Cour constitutionnelle cherche à remédier à ces lacunes en usant des procédures mentionnées dans la Constitution de manière à obtenir des effets analogues à ceux des procédures manquantes.

[CDL-AD\(1997\)018rev](#) – *Avis relatif à la loi sur la cour constitutionnelle de l'Ukraine*