



Strasbourg, le 12 juillet 2007

CDL-AD(2007)004

Avis n° 405/2006

or. angl.

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

AVIS
SUR LA CONSTITUTION
DE LA REPUBLIQUE DE SERBIE

adopté par la Commission
lors de sa 70^e session plénière
(Venise, 16-17 mars 2007)

sur la base des observations
par

M. C. GRABENWARTER (membre, Autriche)
M. J. JOWELL (membre, Royaume-Uni)
Mme H. SUCHOCKA (membre, Pologne)
M. K. TUORI (membre, Finlande)
M. J. VELAERS (membre, Belgique)

INTRODUCTION

1. Le 16 octobre 2006, la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a décidé de demander à la Commission de Venise de donner un avis sur la nouvelle Constitution de la République de Serbie. La Commission de Venise a désigné MM. Grabenwarter (Autriche) et Jowell (Royaume Uni), Mme Suchocka (Pologne), et MM. Tuori (Finlande) et Velaers (Belgique) comme membres rapporteurs. Elle a adopté le présent Avis à sa 70^e réunion plénière les 17-18 mars 2007.

2. La Constitution de la République de Serbie a été adoptée le 30 septembre 2006 par l'Assemblée nationale de la République de Serbie réunie en session extraordinaire, et approuvée par référendum les 28 et 29 octobre 2006.

3. Alors que des actions avaient été menées pour l'adoption d'une nouvelle constitution démocratique depuis le renversement du régime Milosević, il ne s'est pas révélé possible d'adopter une nouvelle Constitution plus tôt. Plusieurs projets avaient fait l'objet d'un débat public. La Commission de Venise a élaboré en 2005 un avis sur le volet du judiciaire qui figurait dans un projet approuvé par le Gouvernement de Serbie¹.

4. Le texte finalement adopté a pourtant été rédigé très rapidement. Un petit groupe de responsables politiques et d'experts ont négocié pendant une quinzaine de jours pour parvenir à un texte de compromis, acceptable pour tous les partis, y compris le Parti radical serbe. Ce texte a été parachevé le vendredi 29 septembre dans la soirée et voté par l'Assemblée nationale à une séance extraordinaire le samedi 30 septembre. Le 29 septembre, le règlement intérieur de l'Assemblée avait été modifié pour permettre une telle procédure. Le 30 septembre, les 242 députés de l'Assemblée présents ont voté en faveur de l'adoption de la nouvelle Constitution.

5. En général, beaucoup d'éléments de cette Constitution satisfont aux normes européennes et tiennent compte des critiques formulées par la Commission de Venise dans son avis de 2005. Cependant, certaines dispositions restent bien en deçà de ces normes et d'autres, manifestement rédigées à la hâte, sont peu claires, voire contradictoires. Il convient d'ajouter que l'examen du texte par la Commission de Venise était bien plus difficile en l'absence de traduction fiable officielle. Le texte utilisé par la Commission, qui est aussi publié sur le site Web de l'Assemblée nationale, comprend un nombre considérable d'erreurs. Les autorités de Serbie devraient veiller à élaborer un texte plus fiable.

PREAMBULE

6. Le Préambule considère la province du Kosovo-Metohija comme faisant partie intégrante du territoire de la Serbie et jouissant d'une autonomie renforcée. En ce qui concerne le statut du Kosovo, il n'appartient pas à la Commission de Venise de s'ingérer dans le processus politique conçu pour déterminer le statut futur du Kosovo conformément à la Résolution 1244 (1999) du Conseil de Sécurité. En tant que membre de l'ONU, la Serbie devra se conformer aux décisions pertinentes du Conseil de Sécurité.

7. En ce qui concerne l'autonomie renforcée, un examen de la Constitution et plus particulièrement de son Titre VII, montre que ce régime d'autonomie du Kosovo est loin d'être garanti au niveau constitutionnel, car la Constitution délègue quasiment tous les aspects de cette autonomie au pouvoir législatif. L'article 12 du Titre I, qui est consacré aux principes constitutionnels, traite de l'autonomie provinciale et locale. Il est plutôt ambigu : d'une part, il

¹ Avis sur les dispositions relatives au pouvoir judiciaire du projet de Constitution de la République de Serbie, document CDL-AD(2005)023.

prévoit au paragraphe 1 que le pouvoir de l'Etat est limité par le droit des citoyens à l'autonomie provinciale et locale et d'autre part il précise que le droit de citoyens à l'autonomie provinciale et locale est soumis à un contrôle de constitutionnalité et de légalité. Il est donc clair qu'une loi ordinaire peut restreindre l'autonomie des provinces.

8. Cette possibilité de restreindre légalement l'autonomie des provinces est confirmée par la quasi-totalité des articles du Titre VII de la Constitution et en particulier :

- art. 182, par. 2 : « L'autonomie renforcée de la Province autonome du Kosovo-Metohija est régie **par une loi spéciale**, qui sera adoptée conformément au processus prévu pour l'amendement de la Constitution. »

- art. 182, par. 4 : « Le territoire des provinces autonomes et les conditions auxquelles les limites entre les provinces autonomes peuvent être modifiées sont régis **par la loi**... »

- art. 183, par. 2 : « Les provinces autonomes régissent, **conformément à la loi**, les questions d'intérêt provincial dans les domaines suivants... »

- art. 183, par. 3 : « Les provinces autonomes veillent au respect des droits de l'homme et des droits des minorités **conformément à la loi**. »

- art. 183, par. 5 : « Les provinces autonomes gèrent le patrimoine provincial **selon les modalités prévues par la loi**. »

- art. 183, par. 6 : « Les provinces autonomes perçoivent, **conformément à la Constitution et à la loi**, des impôts directs, ... »

- art. 184, par. 1 à 3 : « Les provinces autonomes perçoivent des impôts directs pour financer leurs compétences. Le type et le montant des impôts directs sont **prévus par la loi**. **La loi** précise la part des provinces autonomes dans les recettes de la République de Serbie. »

Ainsi, à l'inverse de ce qu'annonce le préambule, la Constitution elle-même ne garantit aucunement l'autonomie renforcée du Kosovo, car il appartient à l'Assemblée nationale de la République de Serbie de dire si l'autonomie provinciale sera effective ou non.

TITRE I – PRINCIPES CONSTITUTIONNELS

Observations générales

9. Le Titre Ier de la Constitution, consacré aux principes constitutionnels, comprend un certain nombre de principes essentiels et bienvenus, qui sont fondamentaux dans tout Etat démocratique. Seuls certains articles méritent des commentaires.

Article 1er – La République de Serbie

10. L'article 1er qualifie la République de Serbie « d'Etat du peuple serbe et de tous ceux qui y vivent ». Bien que cette définition puisse être critiquée car elle souligne le caractère ethnique de l'Etat, il n'en découle pas de conséquences juridiques en pratique.

Article 5 – Les partis politiques

11. En vertu du paragraphe 3 de cet article, les activités des partis politiques destinées au renversement par la force du système constitutionnel, à la violation des droits de l'homme ou des droits des minorités garantis, et à l'incitation à la haine raciale, nationale ou religieuse sont interdites. Etant donné que cet article implique des restrictions à la liberté d'expression, à la

liberté de réunion et à la liberté d'association des partis politiques, il importe que son application soit soumise à l'article 20 concernant les restrictions de l'exercice des droits de l'homme et des droits des minorités. De plus, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les articles 10 et 11 CEDH doit être prise en considération. On peut estimer nécessaire par principe dans certains pays démocratiques de sanctionner, voire de prévenir toute forme d'expression qui diffuse, incite, défend ou justifie la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse), pour autant que toutes « formalités », « conditions », « restrictions » ou « sanctions » imposées soient en rapport avec le but légitime poursuivi². La Cour rappelle cependant que les exceptions prévues à l'article 11 sont, s'agissant des partis politiques, d'interprétation stricte ; seules des motifs convaincants et impérieux peuvent justifier les restrictions à la liberté d'association de ces partis³.

Article 10 – Langue et alphabet

12. Selon cet article, la langue serbe et l'alphabet cyrillique sont d'un emploi officiel. Il est frappant que par comparaison avec la Constitution de 1990, les droits linguistiques des minorités soient moins bien protégés, car l'article 8 de cette Constitution prévoyait expressément que l'alphabet latin était aussi « officiellement employé selon les modalités définies par la loi »⁴. Il ressort des articles 14, 18 par. 2, et 75 à 81 de la Constitution qu'il était dans l'intention des rédacteurs de protéger les droits des minorités au niveau constitutionnel. La Commission de Venise ne comprend donc pas bien pourquoi la protection légale du recours à l'alphabet latin, qui est préféré par la plupart des minorités n'est plus citée expressément dans la Constitution. Cela est d'autant plus étonnant qu'en vertu de l'article 20 par. 2 de la Constitution, le niveau des droits de l'homme et des droits des minorités qui a été atteint ne peut être abaissé.

Article 12 – L'autonomie provinciale et locale

13. L'article 12 prévoit de façon inhabituelle le droit des citoyens à l'autonomie provinciale et locale. Ce droit, censé limiter le pouvoir d'Etat, ne fait l'objet que d'un contrôle de constitutionnalité et de légalité. Bien qu'en principe il s'agisse d'une règle bienvenue, il paraît regrettable de ne pas avoir donné à ce droit de signification concrète dans la Constitution, qui laisse presque intégralement au pouvoir législatif le soin de définir l'étendue de tels droits (voir les observations au sujet du Préambule ci-dessus et, plus loin, du Titre VII de la Constitution).

Article 16 – Relations internationales

14. Il est heureux qu'en vertu de cet article, « la politique étrangère de la République de Serbie [soit] fondée sur les principes et règles généralement reconnus de droit international » et que "les règles généralement acceptées de droit international et les traités internationaux ratifiés [fassent] partie intégrante de l'ordre juridique de la République de Serbie et s'appliquent directement. »

15. En revanche, le troisième paragraphe de l'article, en vertu duquel « les traités internationaux ratifiés doivent être conformes à la Constitution » soulève de graves questions. D'abord, les autorités serbes devront respecter au niveau international la Convention de Vienne sur le droit des traités. Conformément à l'article 27 de celle-ci, une partie ne peut pas invoquer

² CEDH, affaire *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, par. 23 et 29.

³ CEDH, affaire *parti Refah c. Turquie*, 13 février 2003, points 152 à 154.

⁴ « Dans la République de Serbie, le serbo-croate et l'alphabet cyrillique sont d'un emploi officiel, tandis que l'alphabet latin est employé officiellement selon les modalités définies par la loi. Dans les régions habitées par des minorités nationales, la langue et l'alphabet propre à celles-ci sont aussi d'un emploi officiel selon les modalités définies par la loi. »

des dispositions de son droit interne pour justifier qu'elle ne se conforme pas à un traité. Si l'article 16 par. 3 en conjonction avec l'article 167 par. 2 permet à la Cour constitutionnelle de priver des traités internationaux ratifiés de leur effet juridique en droit interne quand ils ne sont pas conformes à la Constitution, l'Etat de Serbie devra, pour ne pas manquer aux obligations qui lui incombent en raison de traités ratifiés - soit amender la Constitution - ce qui ne sera pas toujours possible étant donné la procédure complexe prévue à l'article 203 – soit dénoncer le traité ou s'en retirer si la possibilité lui en est donnée par celui-ci ou si cela est conforme à l'article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

16. Etant donné que la responsabilité internationale de l'Etat de Serbie pourrait être en jeu, il serait de loin préférable de tenter d'éviter de telles situations en prévoyant une vérification *a priori* de la conformité du traité à la Constitution, avant que le traité ne soit ratifié. La « procédure d'évaluation de la constitutionnalité de la loi avant qu'elle n'entre en vigueur », prévue à l'article 169 de la Constitution pourrait donc être étendue aux traités avant leur ratification.

17. De plus, les autorités serbes devraient s'efforcer d'éviter tout conflit entre le droit international et la Constitution nationale. D'autres pays européens, notamment beaucoup de démocraties bien établies, donnent aussi la prééminence à leur Constitution au dépens des traités internationaux. Cela ne signifie pourtant pas que la Constitution soit interprétée en faisant abstraction du droit international. Au contraire, les autorités nationales, notamment la Cour constitutionnelle, interprètent la Constitution de façon à éviter les conflits entre les règles nationales et internationales.

18. En outre, pour permettre au pays de participer pleinement à l'intégration européenne, y compris une éventuelle adhésion à l'Union européenne, il serait souhaitable, à l'instar d'autres Etats européens, de rajouter à l'avenir dans la Constitution une disposition autorisant explicitement le transfert de certains pouvoirs de la République de Serbie à des organisations internationales ou supranationales. L'article 97 par. 1 de la Constitution en vertu duquel « la République de Serbie ... assure son statut international et organise ses relations avec d'autres pays et organisations internationales », pourrait être considéré comme une base juridique éventuelle pour de tels transferts. Il serait souhaitable de pouvoir se fonder sur une disposition plus explicite.

19. Enfin, des règles analogues à l'article 16 apparaissent avec un libellé différent à l'article 194. Ces répétitions, notamment dans des termes différents, sont fâcheuses, car elles risquent de donner lieu à de délicates questions d'interprétation.

Article 17 – Statut des ressortissants étrangers

20. Cet article précise que les ressortissants étrangers bénéficient de tous les droits à l'exception de ceux qui sont réservés aux citoyens par la Constitution ou par la loi. Cette disposition ne devrait pas être interprétée à tort comme permettant au pouvoir législatif de réserver sans motifs valables des droits quelconques aux citoyens étant donné l'interdiction de toute discrimination.

TITRE II – DROITS DE L'HOMME, DROITS DES MINORITES ET LIBERTES FONDAMENTALES

Observations générales

21. Le Titre II de la Constitution porte sur les droits de l'homme, les droits des minorités et les libertés fondamentales ». Il comprend les articles 18 à 81 ; il est subdivisé en trois parties : Principes fondamentaux (articles 18 à 22) ; droits de l'homme et libertés fondamentales (articles 23 à 73) et droits des personnes appartenant à des minorités nationales (articles 75 à

81). De plus, le Titre III de la Constitution (Système économique et finances publiques) prévoit un certain nombre de garanties supplémentaires qu'il convient aussi – sur la base de leur contenu – de qualifier de droits fondamentaux (articles 82 à 90). Bref, près de 70 articles sont consacrés aux droits fondamentaux, soit environ un tiers des 206 articles de la Constitution. Ce chiffre, si on le considère dans une perspective internationale et comparative, est véritablement remarquable, en valeur absolue et relative. Il montre que les droits de l'homme sont un élément constitutif et essentiel du droit constitutionnel qui retient l'attention en tant que caractéristique fondamentale d'une société démocratique au sens de normes européennes comme la Convention européenne des droits de l'homme.

22. Le Titre II ressemble à la précédente Charte de l'Union d'Etat sur les droits de l'homme, les droits des minorités et les libertés, qui n'est plus en vigueur en raison de la dissolution de l'Union d'Etat. Cette ressemblance ressort particulièrement, car le nombre d'articles est identique, et la répartition en principes fondamentaux, droits concrets et libertés fondamentales et enfin droits des membres de minorités nationales est le même. Il faut rappeler d'emblée qu'en 2003, la Commission de Venise avait rendu un avis très positif au sujet de la Charte de l'Union d'Etat⁵. En dépit de ces similitudes, il y a un certain nombre de différences significatives. C'est pourquoi une nouvelle analyse semble appropriée et nécessaire.

23. Le Titre II couvre l'ensemble des domaines « classiques » des droits de l'homme. Son contenu est conforme aux normes européennes et à certains égards, il va même plus loin. Ces droits classiques sont suivis par une série de droits fondamentaux de ce que l'on appelle la deuxième et la troisième génération, depuis les soins de santé, la protection sociale, la sécurité sociale, l'assurance retraite, le droit à l'éducation, jusqu'au droit à un environnement sain et la protection des consommateurs (articles 68 à 71, 74 et 90). Leur mise en oeuvre dépendra des ressources affectées par le Parlement et fera l'objet d'un contrôle judiciaire. On dispose de peu d'expérience sur ce plan à l'échelle européenne. A d'autres occasions⁶, la Commission de Venise a mis en garde contre les attentes peu réalistes que pouvaient susciter des droits sociaux et économiques positifs, et recommandé de les rédiger sous la forme d'aspirations plutôt que de droits qui pourraient être mise en oeuvre directement par le biais de décisions judiciaires. L'incorporation de ces droits en tant que droits fondamentaux dans la Constitution risque de donner aux tribunaux un rôle dans l'évaluation de ressources insuffisantes et de faire passer toute la partie consacrée aux droits de l'homme pour une liste d'aspirations plutôt que pour un catalogue de droits applicables. Ces droits socio-économiques devraient au moins être reconnus « sous réserve des ressources disponibles ».

24. Cette difficulté renvoie au problème plus général de l'application de la Constitution. La Serbie disposait déjà de la Charte de l'Union d'Etat, qui était un texte excellent, mais qui n'a guère été mis en oeuvre. Il appartient maintenant aux autorités de veiller à ce que les droits consacrés par la Constitution deviennent effectifs.

Chapitre 1 – Principes fondamentaux

25. Ce chapitre comprend un grand nombre de dispositions très positives pour l'essentiel. Il souffre pourtant d'une rédaction qui est d'une extrême complexité. Celle-ci peut conduire à beaucoup de problèmes d'interprétation, ce qui peut mener à des restrictions excessives des droits de l'homme. Les tribunaux et notamment la Cour constitutionnelle, devront rester vigilants et donner une interprétation qui soit conforme aux valeurs démocratiques consacrées dans la Constitution et aux normes internationales auxquelles celle-ci renvoie.

⁵ Voir document CDL(2003)10fin.

⁶ Voir les avis sur le projet de Constitution de l'Ukraine (CDL-INF(1996)006) et sur la Constitution de l'Ukraine (CDL-INF(1997)002) et l'avis intérimaire sur la réforme constitutionnelle dans la République kirghize (CDL-AD(2005)022).

Article 18 – Application directe des droits garantis

26. Cet article comprend des dispositions dont il convient de se féliciter en matière d'application directe des droits constitutionnels, de leur interprétation et du rôle du Parlement. En particulier, en vertu de l'article 18 par. 2, « la loi peut prescrire un mode d'exercice de ces droits uniquement si la Constitution le prévoit expressément ou si cela est nécessaire pour exercer un droit spécifique en raison de la nature de celui-ci, mais la loi ne peut en aucun cas influencer l'essence du droit garanti. » Ainsi, le Parlement peut-il uniquement adopter des lois dans ce domaine si la Constitution le prévoit expressément. Les termes « nécessaires » et « essence » d'un droit sont courants dans les textes constitutionnels et dans la doctrine juridique sur les droits fondamentaux en Europe. En vertu de l'article 18 par. 3, « les dispositions concernant les droits de l'homme et les droits des minorités sont interprétées dans le souci de défendre les valeurs d'une société démocratique, conformément aux normes internationales applicables en matière de droits de l'homme et de droits des minorités, et à la pratique des institutions internationales qui contrôlent leur mise en oeuvre. » Il convient de considérer cette disposition comme un signe positif, comme un engagement en faveur des normes internationales et européennes, bien que - d'un point de vue juridique - le libellé « dans le souci de défendre les valeurs d'une société démocratique » soit plutôt général. Il faut aussi saluer le fait que l'article fasse référence aux institutions internationales de contrôle. Dans une perspective européenne, cela signifie avant tout que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est d'une signification déterminante dans l'interprétation des droits fondamentaux consacrés par la Constitution de la Serbie.

Article 19 – Objet des garanties constitutionnelles

27. Cet article a un caractère programmatique, car il renvoie aux « garanties des droits de l'homme et des droits des minorités inaliénables » dans la Constitution, qui visent à préserver « la dignité humaine et à réaliser en plénitude la liberté et l'égalité » de chaque personne dans une « société juste, ouverte et démocratique », fondée sur le « principe de prééminence du droit ».

Article 20 – Restriction des droits de l'homme et des droits des minorités

28. Cet article requiert une analyse plus détaillée. En vertu de son paragraphe 1, « les droits de l'homme et les droits des minorités consacrés par la Constitution peuvent être restreints par la loi sous réserve que la Constitution autorise une telle restriction, aux fins nécessaires pour satisfaire l'objet constitutionnel de la restriction dans une société démocratique et sans porter atteinte à l'essence du droit garanti. » Cette disposition peut soulever des questions difficiles et être à l'origine de problèmes. A l'inverse des dispositions relatives aux restrictions de la CEDH (articles 8 à 11 CEDH), l'article 20 ne lie pas la restriction des droits et libertés à un objectif légitime spécifique, mais à **tout** objectif « autorisé par la Constitution » sans aucune liste d'objectifs légitimes. Cependant, étant donné le principe d'interprétation générale et le reste du libellé des articles 18 et 20, les tribunaux nationaux sont à même d'interpréter la Constitution en conformité avec le droit européen, notamment la CEDH. Il faudrait pourtant préciser clairement que comme c'est le cas pour l'état d'urgence et l'état de guerre (voir plus loin le paragraphe 92), certains droits (comme ceux qui sont énoncés à l'article 26) ne peuvent jamais faire l'objet d'une restriction.

29. L'article 20 par. 3 définit le principe de proportionnalité ainsi : « lorsqu'ils imposent des restrictions aux droits de l'homme et aux droits des minorités, les organes d'Etat, notamment les tribunaux, doivent considérer l'essence du droit frappé de restriction, la pertinence de la restriction, les rapports entre la restriction et son objectif et la possibilité de poursuivre l'objectif de la restriction par des moyens moins restrictifs. » Ce paragraphe répète et précise les conditions du paragraphe 1 et de l'article 18 par. 2. Il serait préférable de mettre les différents

types de dispositions restrictives dans un ordre plus clair et plus systématique. Le libellé extrêmement compliqué de ces articles risque de conduire à beaucoup de problèmes d'interprétation, si bien que la Cour constitutionnelle de Serbie devra assurer une interprétation cohérente sur la base des grandes lignes énoncées à l'article 18 paragraphe 3.

30. Ce problème d'interprétation est aggravé par le fait qu'outre ces dispositions générales complexes, la Constitution prévoit des conditions d'ingérence spécifique dans le contexte des dispositions sur les différents droits fondamentaux. Cette approche législative, qui était aussi l'approche de la Charte précédente, conduit à la coexistence des dispositions générales et concrètes, ou pour l'exprimer autrement, à la coexistence du système de la CEDH (dispositions concrètes) et du système de la Charte de l'Union européenne (avec une seule disposition générale sur les restrictions). L'effet de ce double système n'est pas facile à évaluer à l'avance. Là encore, beaucoup dépendra de la pratique des tribunaux ; la Cour constitutionnelle notamment sera confrontée à la lourde tâche d'assurer une interprétation cohérente et respectueuse des droits de l'homme.

Article 22 – Protection des droits de l'homme, des droits des minorités et des libertés fondamentales

31. Cet article, qui comprend le droit de saisir les institutions internationales de sauvegarde des droits de l'homme, mérite une évaluation positive. Cependant, ce dernier droit ne devrait pas être réservé aux seuls citoyens.

Chapitre 2 – Droits de l'homme et libertés fondamentales

32. Ce chapitre porte sur des droits fondamentaux spécifiques. Le nombre de droits consacrés par la Constitution est élevé, par comparaison à d'autres constitutions nationales, à la CEDH et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cela est principalement dû au fait que la Constitution consacre plusieurs articles à une question qui, ailleurs, est traitée par un seul article. Citons quelques exemples : cinq articles (articles 27 à 31) sont consacrés au droit à la liberté et à la sécurité ; les garanties d'un procès équitable et des procédures pénales figurent dans cinq articles (articles 32 à 36), l'inviolabilité de la sphère privée, dans trois articles (articles 40 à 42), la liberté de pensée, de conscience et de religion, dans quatre articles (articles 43 à 46), les droits fondamentaux liés à la liberté de pensée et des médias, dans cinq articles (articles 47 à 51). Ce système correspond à la précédente Charte de l'Union d'Etat. Hormis cette question de pure technique législative, les droits consacrés dans cette partie couvrent tous les domaines des droits de l'homme « classiques ». Leur contenu, qui est du moins conforme aux normes européennes, va, à certains égards, au-delà.

33. Le total élevé de droits est aussi dû à l'incorporation d'un grand nombre de droits économiques, sociaux et culturels. Dans bien des cas, il sera difficile aux tribunaux d'appliquer directement ces droits comme le prévoit l'article 18 de la Constitution, si bien qu'il aurait été préférable d'opter pour un libellé plus prudent, sous la forme d'objectifs de l'action des autorités (voir le point 21 ci-dessus).

Article 27 – Droit à la liberté et à la sécurité

34. Le paragraphe 1 de cet article autorise l'imposition de restrictions par la loi sans que les objectifs qui pourraient justifier ces restrictions soient précisés.

Article 32 – Droit à un procès équitable

35. Le droit à un procès équitable inscrit dans la Constitution correspond en général aux exigences de la CEDH, bien qu'il soit formulé différemment. L'article 32 évoque des droits et

obligations et – comme la Charte de l'Union européenne – ne réduit pas la garantie aux procédures civiles et pénales.

Articles 40 à 42

36. Ces articles couvrent différents aspects du droit à la protection de la sphère privée, notamment le droit à la protection des données, conformément aux tendances modernes du droit constitutionnel. En revanche, ils n'énoncent pas de garantie explicite et générale du respect de la vie privée et familiale comme le fait l'article 8 CEDH. C'est pourquoi, celui-ci n'est pas repris intégralement dans la Constitution.

Article 54 – Liberté de réunion

37. La restriction de la liberté de réunion aux citoyens prévue à l'article 54 est problématique étant donné l'article 11 CEDH, qui ne restreint pas la liberté de réunion aux ressortissants nationaux. La « disposition politique » inscrite à l'article 16 CEDH semble être une justification insuffisante, car elle couvre uniquement les activités politiques des étrangers, alors qu'il y a aussi des réunions qui ne sont pas « politiques » dans un sens plus étroit. La plupart des constitutions d'Europe ne restreignent plus le droit à la liberté de réunion aux ressortissants nationaux. Si le texte reste en l'état, il sera nécessaire d'appliquer plus largement les « dispositions d'interprétation » des articles 18 par. 3 et 19 pour parvenir à un résultat qui soit conforme à la CEDH.

Article 62 – Droit de se marier et égalité des conjoints

38. Cet article garantit aussi explicitement le droit de dissoudre le mariage. C'est là quelque chose d'insolite dans les constitutions européennes, qui peut correspondre à des conflits spécifiques en droit national.

Article 64 – Droits de l'enfant

39. Le paragraphe 4, qui prévoit l'égalité en droits des enfants nés hors mariage est une bonne chose.

Article 67 – Droit à l'assistance juridique

40. Cette disposition va au-delà de la CEDH. Il convient de s'en féliciter.

Article 69 – Protection sociale

41. La protection sociale n'est pas garantie en général, mais uniquement aux ressortissants et à leur famille.

Chapitre 3 – Droits des personnes appartenant à une minorité nationale

42. Ce chapitre accorde aux personnes appartenant à une minorité nationale des droits supplémentaires et spéciaux, qui sont, pour une part, inhérents aux droits fondamentaux "généraux". Il convient de s'en féliciter, car il est essentiel étant donné les difficultés rencontrées ces dernières décennies dans la région.

Article 76 – Interdiction de la discrimination à l'encontre des minorités nationales

43. Il paraît contestable que seules des « conditions de vie extrêmement défavorables » puissent justifier des mesures positives en faveur des minorités nationales qui ne soient considérées comme discriminatoires.

TITRE III – SYSTEME ECONOMIQUE ET FINANCES PUBLIQUES

Article 88 – La terre

44. Cet article doit être interprété en conjonction avec l'article 58 sur le droit de propriété ; et avec les articles 18 et 20 de la Constitution sur l'application directe des droits garantis et sur la restriction des droits de l'homme et des droits des minorités. Il faudra respecter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'article 1er du premier Protocole à la CEDH.

Article 91 – Impôts et autres prélèvements

45. L'article 91 par. 2 prévoit que l'obligation de payer l'impôt et autres prélèvements est général et « fondé sur les capacités économiques des contribuables ». Il semble exclure les impôts (indirects) comme la taxe à la valeur ajoutée (TVA), qui ne repose pas sur les capacités économiques des contribuables. Etant donné que la TVA a été récemment instaurée en Serbie, ce problème ne peut être expliqué autrement que comme une omission des rédacteurs. Leur intention était sans doute de dire que les capacités économiques étaient seulement pertinentes pour les impôts directs. Il faudrait adapter le texte.

Article 95 – La Banque nationale de Serbie

46. Alors que cet article fait référence à l'indépendance de la Banque nationale, il rend aussi celle-ci responsable devant l'Assemblée nationale et il ne prévoit aucune garantie de son indépendance telle qu'un mandat pour une durée fixe de son gouverneur.

TITRE IV – COMPETENCES DE LA REPUBLIQUE DE SERBIE

47. Ce titre, qui comprend un article unique, est plutôt surprenant. Dans un Etat non fédéral, le nécessité d'un tel titre ne va pas de soi. Pour autant qu'il soit pertinent pour la répartition des pouvoirs entre la République et les provinces autonomes, il aurait pu être incorporé dans le Titre VII consacré à l'organisation territoriale. Son importance à cet égard reste peu claire (voir les observations sur l'article 177 ci-dessous).

TITRE V – ORGANISATION DU POUVOIR POLITIQUE

Observations générales

48. La Constitution prévoit un système politique manifestement parlementaire et un Président relativement faible, bien qu'il soit élu au suffrage direct. Etant donné l'expérience des pouvoirs présidentiels qui est celle des autres démocraties récentes, il convient de saluer ce choix. En ce qui concerne la conception particulière du système, un rôle plus affirmé pourrait être octroyé au Président en matière de nomination à des fonctions indépendantes. De plus, on peut craindre que les partis politiques n'aient une influence excessive car c'est de leurs caprices que dépend désormais le mandat des députés. L'influence du Parlement sur le judiciaire est manifestement démesurée. Ce point sera traité plus en détail ci-dessous.

Chapitre 1 – L'Assemblée nationale

Article 99 – Compétences

49. Il est particulièrement heureux que l'Assemblée nationale ait reçu le pouvoir de "se prononcer sur la guerre et la paix et de déclarer l'état de guerre et l'état d'urgence", d'adopter

une stratégie de défense ainsi que de superviser les services de sécurité. Cette dernière compétence devra être régie plus en détail par la loi.

50. L'article comprend aussi une liste de fonctions qui ne peuvent être occupées que par des candidats élus par l'Assemblée, notamment dans le domaine judiciaire. Les préoccupations de la Commission à cet égard et en ce qui concerne l'élection et la révocation du Médiateur seront exposées ci-dessous. S'agissant du Gouverneur de la Banque nationale, il aurait été préférable de mettre en place une procédure faisant intervenir le Président.

Article 100 – Constitution de l'Assemblée nationale

51. Selon le paragraphe 1 de cet article, les députés sont élus par le peuple au suffrage direct. La Commission de Venise interprète cette disposition comme octroyant aux électeurs la faculté de déterminer eux-mêmes la composition de l'Assemblée nationale et interdisant la pratique actuelle qui permet aux partis politiques de désigner, après les élections, les personnes qu'il convient de considérer comme élues sur leur liste⁷. Cette pratique n'est pas conforme aux normes européennes.

52. Le paragraphe 2 prévoit la parité des sexes et des minorités nationales à l'Assemblée nationale. Signifie-t-il que les sièges de l'Assemblée doivent être répartis en proportion de la répartition nationale par sexe ? Le terme "minorités nationales" comprend-il toutes les minorités ? Devrait-il être défini plus précisément ?

Article 102 – Statut des députés

53. En vertu du paragraphe 2 de cet article, « selon les termes de la loi, un député est libre de mettre irrévocablement son mandat à la disposition du parti politique à la demande duquel il a été élu ». Il semble que cette disposition vise à lier le député à la position du parti sur toute question et en toutes circonstances. C'est là une grave violation de la liberté d'un député d'exprimer son opinion sur l'intérêt d'une proposition ou d'une mesure. Elle concentre un pouvoir excessif aux mains de la direction du parti. C'est là particulièrement préoccupant en raison du rôle démesuré joué par l'Assemblée nationale pour ce qui est de nommer les juges en général et en particulier de renommer l'ensemble des juges, ainsi que le prévoit la loi constitutionnelle sur l'application de la Constitution. Cela renforce le risque de voir un système judiciaire où toutes les fonctions sont réparties entre les partis politiques.

Article 103 – Immunité des députés

54. Dans la mesure où il protège la liberté d'expression des députés pour ce qu'ils disent au sein de l'Assemblée nationale et dans ses locaux, cet article est souhaitable et nécessaire. L'immunité au sens large des députés pour tout acte qu'ils commettent est traditionnelle dans beaucoup de démocraties. La Commission de Venise a considéré qu'elle est toujours pertinente dans les nouvelles démocraties⁸, où il peut toujours y avoir un risque de persécution abusive de membres de l'opposition. En Serbie, ce risque paraît assez faible actuellement. La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme tend à considérer une immunité aussi large comme faisant obstacle au droit d'accès aux tribunaux⁹.

⁷ Voir les recommandations communes Commission de Venise / BIDDH/OSCE sur les lois relatives aux élections législatives, présidentielles et locales et à l'administration des élections en République de Serbie (CDL-AD (2006) 013 point 43).

⁸ Avis sur le référendum constitutionnel en Ukraine (CDL-INF(2000)11, point 41)

⁹ CEDH, Tsalkitzis c. Grèce, 16 novembre 2006, par. 47.

Chapitre 2 – Le Président de la République

Article 118 – Destitution

55. En vertu de cette disposition, un tiers des députés peuvent demander l'ouverture d'une procédure de destitution (impeachment) pour violation de la Constitution. La Cour constitutionnelle juge alors - du moins selon ce que croit comprendre la Commission de Venise à la lecture de cette disposition, qui n'est pas rédigée de façon très claire – s'il y a eu violation et l'Assemblée nationale peut ensuite démettre le Président de ses fonctions par un vote à la majorité des deux tiers. Cela semble en principe être une procédure judiciaire, bien que dans la situation qui est celle de la Serbie actuelle, l'ouverture vexatoire de procédures d'impeachment ne peut être exclue.

Chapitre 3 – Le Gouvernement

Article 125 – Le Premier Ministre et les membres du Gouvernement

56. Cet article prévoit un Premier Ministre très fort qui, en vertu du paragraphe 2 "administre et dirige le travail du Gouvernement, veille aux activités politiques coordonnées de celui-ci, coordonne le travail de ses membres et représente le Gouvernement". Bien qu'il convienne de se féliciter de ce que les Ministres soient responsables devant l'Assemblée nationale et qu'il soit inévitable qu'ils rendent des comptes au Premier Ministre, il semble superflu de leur imposer de rendre des comptes "au gouvernement".

Chapitre 4 – L'administration

Article 137 – Délégation de compétences et de services publics

57. Cet article autorise une délégation de pouvoirs aux provinces autonomes, aux collectivités locales et "aux entreprises, aux institutions, aux organisations et aux particuliers", ainsi qu'à d'autres organes réglementaires. Il faut veiller ici à ne pas déléguer des pouvoirs qui sont essentiellement de nature administrative à des organes privés qui peuvent ne pas être compétents pour les exercer (par exemple le pouvoir des juges), ou qui ne rendraient pas compte de leur activité (question qui a été soulevée dans certains pays, par exemple, en ce qui concerne les prisons privatisées).

Chapitre 5 – Le Médiateur

Article 138

58. L'institution du médiateur que l'Assemblée nationale doit élire est une bonne chose. Il est cependant regrettable que le Médiateur ne soit pas protégé contre une révocation injustifiée par l'Assemblée nationale. Alors que le Médiateur devrait effectivement faire rapport à l'Assemblée nationale, il est contestable de préciser qu'il est supervisé par celle-ci (voir l'article 99) et qu'il doit rendre compte de son travail à l'Assemblée.

Chapitre 6 – L'armée de la Serbie

59. Il convient de saluer les articles 139 à 141 sur l'armée. Il faut que le principe d'un contrôle démocratique et civil de l'armée, consacré à l'article 141 soit mis en œuvre.

Chapitre 7 – Les tribunaux

Observations générales

60. La Commission de Venise a déjà publié des observations sur le chapitre concernant les tribunaux qui figurait dans le projet de Constitution approuvé par le Gouvernement serbe en 2004 (CDL-AD(2005)023). Le texte de la Constitution qui a été adopté ne comprend plus certaines dispositions que la Commission avait particulièrement critiquées, comme l'élection des juges à la suite de la période probatoire. Par ailleurs, d'un point de vue technique, le libellé du texte semble plus pauvre que le projet précédent et laisse subsister l'impression globale d'une influence excessive du parlement sur le pouvoir judiciaire.

61. Cette impression est renforcée par la loi constitutionnelle sur l'application de la Constitution selon laquelle l'ensemble des juges en fonction dans la République de Serbie devront être renommés à la suite de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. En conséquence, le premier Haut conseil judiciaire élu après l'entrée en vigueur de la Constitution aura des pouvoirs considérables. Cette loi constitutionnelle est traitée plus en détail ci-dessous.

Article 143 – Types de tribunaux

62. La seule juridiction citée expressément dans cet article est la Cour suprême de cassation. On ne sait pas bien pourquoi le titre de la Cour suprême a été modifié. Cela implique-t-il qu'à l'avenir la Cour jouera purement une fonction de cassation ? On aurait pu donner plus de détails sur l'organisation du système judiciaire étant donné qu'un article assez long est consacré à la fonction de Président de la Cour suprême de Cassation.

Article 144 – Le Président de la Cour suprême de cassation

63. On peut se demander si un article tout entier doit être consacré au Président de la Cour, qui devrait être un juge *primus inter pares*. L'élection du Président par l'Assemblée nationale n'est pas la meilleure solution (voir ci-dessous) et rien ne saurait justifier le fait que l'Assemblée nationale doive prendre une décision sur la cessation de son mandat comme le prévoit la quatrième phrase. Le mandat de cinq ans nous paraît trop court.

Article 146 – Mandat permanent

64. La nouvelle Constitution réaffirme le principe de stabilité des juges de façon plus précise que le précédent projet, qui datait de 2004. En vertu de l'article 146, le juge est titulaire de sa fonction à titre permanent. Ce point devrait signifier qu'il conserve ses fonctions jusqu'à la retraite. En dépit de la règle générale de la nomination à leur fonction à titre permanent, la Constitution a maintenu le principe précédent, qui consistait à élire les juges pour un premier mandat de trois ans. Le projet antérieur prévoyait un mandat de cinq ans. Cette modification est conforme aux propositions de la Commission de Venise, selon laquelle "réduire la période d'essai – excessive - de cinq ans, cela atténuerait également le problème" des juges nommés "à titre temporaire". (CDL-AD (2005) 023, p. 14). Une autre évolution positive est le fait que la décision de confirmer les juges à la suite de la période d'essai n'est plus prise par l'Assemblée, mais par le Haut conseil judiciaire comme la Commission de Venise l'avait demandé. Cependant, celle-ci s'inquiète toujours du degré d'indépendance des juges au cours de la période d'essai. Il est vrai que la Constitution prévoit désormais des sauvegardes à cet égard et la nécessité d'évaluer dans la pratique les capacités des candidats à la fonction de juge semble impérieuse dans un pays où des personnes sans guère d'expérience sont nommées comme juges.

Article 147 – Election des juges

65. L'article 147 réaffirme le principe de l'élection des juges par l'Assemblée nationale. La Commission de Venise doute toujours que ce soit là une bonne solution et elle rappelle les critiques qu'elle avait exprimés dans son avis précédent :

16. (...) La participation du Parlement aux nominations judiciaires emporte le risque de les politiser. S'agissant plus particulièrement des juges des tribunaux inférieurs, on voit mal ce que pourrait apporter une procédure de nomination parlementaire. En Serbie, l'Assemblée du Peuple ne s'est, à ce jour, pas contentée de confirmer des candidats présentés par le Haut conseil judiciaire, mais a rejeté un nombre considérable de ces candidats dans des cas où il paraît douteux que ses décisions aient été fondées sur le mérite. Cela n'a rien d'étonnant car l'élection par un Parlement est un acte discrétionnaire dans lequel les considérations politiques ont toujours leur rôle.

17. Comme énoncé précédemment, la Recommandation (94) 12 exige que les nominations judiciaires reposent sur des critères objectifs et sur le mérite, et non pas sur des considérations politiques. Le rôle essentiel en matière de nominations judiciaires devrait, en conséquence, revenir à une instance impartiale telle que le Haut conseil judiciaire - prévu aux articles 133 à 135 de la Constitution - dont les propositions ne pourraient être rejetées qu'à titre exceptionnel. On ne saurait attendre d'un Parlement élu qu'il fasse preuve d'une telle retenue. C'est pourquoi il paraît préférable de considérer ces nominations comme une prérogative du Président. Les candidatures devraient être préparées par le Haut Conseil judiciaire et le Président ne serait pas autorisé à nommer un candidat ne figurant pas sur la liste présentée par le Haut conseil judiciaire. Pour les présidents des tribunaux (sous réserve, le cas échéant, du Président de la Cour suprême) la procédure devrait être la même.

Article 148 – Révocation d'un juge

66. En vertu de cet article, le Haut conseil judiciaire décide la destitution d'un juge sous réserve d'un recours éventuel devant la Cour constitutionnelle. C'est là une bonne chose. Il aurait encore mieux valu que la Constitution précise les motifs de licenciement de juges plutôt que de laisser la loi définir ce point. Cette disposition comporte aussi une grave lacune, car, hormis cette disposition sur la cessation du mandat des juges, la Constitution ne comprend aucune règle relative à la responsabilité disciplinaire de ceux-ci. L'absence de règle constitutionnelle à cet égard peut véritablement mettre en danger l'indépendance des juges.

Article 151 – Immunité

67. Il paraît heureux qu'à l'inverse du précédent projet, les juges ne bénéficient désormais que d'une immunité de fonctions.

Article 152 – Incompatibilité de la fonction judiciaire

68. Tout comme le projet précédent de 2004, le texte comprend une règle très générale concernant l'incompatibilité. Il y a cependant un changement très positif. La Constitution prévoit expressément qu'il est interdit au juge de mener des actions politiques. Cette disposition, qui ne devrait pas être interprétée trop largement, peut être considérée comme la traduction d'une proposition de la Commission de Venise : "on pourrait s'interroger sur l'opportunité d'inclure dans le texte l'interdiction pour les juges d'appartenir à un parti politique". Comme l'indique le rapport "*Monitoring the EU Accession Process: Judicial Independence*" (Suivre le processus d'adhésion à l'UE, l'indépendance du judiciaire), "l'usage veut, dans les pays candidats à l'adhésion comme dans les Etats membres, que les juges ne soient pas autorisés à être membres de partis politiques ou à mener des activités politiques. Bien que l'interdiction

d'appartenir à un parti ait été instaurée en réaction au passé communiste, l'interdiction reste perçue comme une véritable garantie d'indépendance".¹⁰

Chapitre 8 – Haut conseil judiciaire

Observations générales

69. Dans toutes les nouvelles démocraties, la constitution accorde un rôle important au Haut conseil judiciaire. La Constitution serbe décrit à l'article 153 le Conseil comme un organe indépendant et autonome qui garantit l'indépendance et l'autonomie des tribunaux et des juges. Le libellé de cette disposition présente un changement positif par rapport au projet de constitution de 2004 dans la mesure où le Conseil n'est plus qualifié d'organe judiciaire. Cette appellation s'applique seulement aux tribunaux. L'organisation du Haut conseil judiciaire est différente de celle prévue dans le précédent projet de constitution. La Serbie a opté pour un modèle comprenant deux organes complètement séparés : un pour les juges et un pour les procureurs. Il s'agit là de l'une des solutions en vigueur dans les pays européens.

70. La composition du Haut conseil judiciaire, par contre, semble poser problème. A première vue, cette composition présente un caractère pluraliste. Le Conseil compte en effet onze membres : le président de la Cour suprême de cassation, le ministre de la Justice et le président de la commission pertinente de l'Assemblée nationale (membres de plein droit) et six juges – dont un d'une province autonome –, un avocat en exercice et un professeur de droit (membres élus). Cette apparence de pluralisme, cependant, est trompeuse. Tous ces membres, en effet, sont élus directement ou indirectement par l'Assemblée nationale. Les six juges ne sont pas élus par leurs pairs mais par l'Assemblée nationale ; l'avocat n'est pas désigné par le barreau mais par l'Assemblée et le professeur de droit n'est pas choisi par la faculté de droit mais par l'Assemblée. Le processus de nomination judiciaire est donc doublement sous le contrôle de l'Assemblée nationale : les candidatures sont présentées par le Haut conseil judiciaire, qui est élu par l'Assemblée nationale, et les nominations sont effectuées ensuite par l'Assemblée nationale elle-même. Un tel système ne peut que favoriser la politisation de la magistrature et, par conséquent, la disposition correspondante devrait être fortement amendée.

La Loi constitutionnelle sur l'application de la Constitution de la République de Serbie et ses conséquences pour la magistrature

71. La loi constitutionnelle adoptée le 10 novembre par l'Assemblée nationale semble reposer sur le principe d'une discontinuité entre les institutions mises en place au titre de la constitution précédente et celles prévues par la constitution actuelle. Ceci peut paraître surprenant dans la mesure où l'une des causes de la durée du processus constitutionnel en Serbie était justement l'insistance avec laquelle certaines forces politiques avaient demandé que soient respectées les dispositions de la constitution précédente lors de l'adoption du nouveau texte. Ces dispositions ont effectivement été suivies lors de l'adoption de la Constitution. S'agissant des institutions politiques, il semble néanmoins parfaitement légitime d'exiger la tenue de nouvelles élections après l'adoption d'une constitution entièrement nouvelle.

72. Par contre, il n'est pas aussi évident qu'il faille renommer l'ensemble des juges et des procureurs, comme le prévoit la loi constitutionnelle. L'instauration de ce processus est peut-être motivée par la volonté d'écarter certains juges qui se sont compromis avec les régimes précédents, ou qui sont corrompus. La Commission de Venise n'est pas en mesure de juger de

¹⁰ *"Monitoring the EU Accession Process: Judicial Independence"* (Suivre le processus d'adhésion à l'UE, l'indépendance du judiciaire), *Open Society Institute*, Budapest 2001, p. 38.

la validité de telles raisons pour un nombre important de juges. Cependant, il sera extrêmement difficile de mettre en œuvre un processus global et rapide pour renommer les juges et rien ne garantit qu'il aboutira à la nomination de meilleurs juges et de meilleurs procureurs. On peut donc s'interroger sur le bien-fondé de la décision d'engager un tel processus.

1. Quoi qu'il en soit, ce processus ne sera acceptable que si des garanties suffisantes sont mises en place pour en assurer l'équité. Pour la Commission de Venise, il faut en particulier que :

- la procédure adoptée repose sur des critères clairs et transparents et que seuls les comportements passés incompatibles avec les fonctions et l'indépendance d'un magistrat puissent justifier le refus de renommer un juge ;
- la procédure soit menée de façon équitable par un organe indépendant et impartial et assure un examen équitable dans chaque cas ;
- il existe une possibilité de recours devant un tribunal indépendant.

2. Dans la mesure où il dépend entièrement du parlement, le Haut conseil judiciaire ne saurait être l'organe adéquat pour mener cette procédure. Celle-ci exige une instance composée de personnalités indépendantes et crédibles et non de membres partisans désignés sur la base de critères politiques.

Chapitre 9 – Le parquet général

Article 156 - Statut et compétences

75. Selon l'alinéa 1, le parquet général « poursuit les auteurs d'infractions pénales et d'autres actes punis par la loi et prend des mesures pour protéger l'ordre constitutionnel et légal ». Le sens des mesures à adopter pour protéger l'ordre constitutionnel et légal n'est pas clair. Dans le contexte de la Serbie, cette disposition ne doit pas être interprétée comme pouvant servir de base à l'introduction d'un système de *prokuratura* sur le modèle soviétique car un tel système ne serait pas conforme à la tradition juridique du pays.

Article 158 - Le Procureur de la République

76. Le Procureur de la République doit être élu par l'Assemblée nationale (sur proposition du gouvernement) et peut être réélu pour plusieurs mandats. Il serait préférable d'exclure, comme dans le cas du Président de la Cour suprême de cassation, la possibilité de réélection.

Article 159 – Procureurs et procureurs adjoints

77. Cette disposition prévoit l'élection des procureurs (sur proposition du gouvernement) et des procureurs adjoints (sur proposition du Conseil des procureurs) par l'Assemblée nationale. Ceci crée là encore un risque de politisation induite du processus de nomination.

Article 160 - Responsabilités

78. La Constitution ne contient aucune disposition précise sur l'organisation du parquet mais l'article 160 stipule que le Procureur de la République est responsable devant l'Assemblée nationale, les procureurs sont responsables devant le Procureur de la République et l'Assemblée nationale et les procureurs adjoints, devant le procureur. Le sens à accorder au terme « responsable » dans cette disposition n'est pas très clair. Quoi qu'il en soit, le parallèle établi entre la responsabilité devant les procureurs de rang plus élevé et la responsabilité devant l'Assemblée nationale suggère la possibilité d'ingérences politiques dans les procédures de poursuites, ce qui est préoccupant.

Article 164 – Statut, mise en place et élection du Conseil des procureurs

79. La structure de ce Conseil reflète étroitement celle du Haut Conseil judiciaire. Comme les procureurs ne jouissent pas de la même indépendance que les juges, on peut s'interroger sur le bien-fondé de cette disposition.

TITRE VI – LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Observations générales

80. Cette partie semble d'une manière générale positive. La Constitution prévoit la mise en place d'une Cour constitutionnelle dotée de pouvoirs importants et avec une composition équilibrée.

Article 167 - Compétences

81. Bien que son libellé ne soit pas sans défaut – il est redit deux fois, par exemple, que la Cour doit remplir les autres fonctions prévues par la Constitution –, le contenu de cette disposition ne soulève pas d'objections particulières. La nécessité d'un contrôle *a priori* des traités internationaux, avant leur entrée en vigueur, a été expliquée plus haut en regard de l'article 16. L'article 167 peut être interprété comme autorisant une telle procédure.

Article 170 - Saisie de la Cour constitutionnelle

82. Cet article donne aux individus la possibilité de déposer un recours devant la Cour constitutionnelle pour des violations des droits de l'homme et ceci est extrêmement positif.¹¹

Article 172 - Organisation de la Cour constitutionnelle. Election et nomination des membres de la Cour

83. La composition de la Cour semble équilibrée.

Article 174 – Révocation d'un juge de la Cour constitutionnelle

84. Il paraît contestable de donner à l'Assemblée nationale le droit de décider du renvoi d'un juge de la Cour constitutionnelle, ne serait-ce que pour les motifs énoncés à l'alinéa 2. L'alinéa 3 emploie la formule suivante : « se prononce sur la cessation de fonctions d'un juge ». En vertu de l'article 99, l'Assemblée nationale « nomme et révoque » les juges de la Cour constitutionnelle. On peut supposer que ce pouvoir de révocation désigne uniquement la « cessation de fonctions » visée à l'article 174. Dans le cas contraire, il s'agirait d'une atteinte manifeste à l'indépendance de la magistrature. Le sens de la formule « ainsi que lors du dépôt de la candidature d'un juge à la Cour constitutionnelle » (*as well as on appointment for election of a justice of the Constitutional Court*) à l'alinéa 3 n'est pas clair, tout au moins dans la traduction anglaise. Il est impératif que ces dispositions soient amendées et précisées afin de garantir l'indépendance des magistrats.

¹¹ L'expression « *against individual general acts* » utilisée dans le texte anglais est une erreur de traduction. Le mot « *general* » n'apparaît pas dans le texte original.

TITRE VII – ORGANISATION TERRITORIALE

Observations générales

85. Cette partie de la Constitution ne semble pas très cohérente. D'un côté, elle énonce des principes généreux, notamment en ce qui concerne le droit à l'autonomie provinciale et à l'autonomie locale et l'« autonomie renforcée » des provinces autonomes. D'un autre côté, cependant, elle ne donne pas à ces notions de véritable contenu. Les règles constitutionnelles de répartition des compétences entre l'Etat, les provinces autonomes et les entités locales autonomes sont assez complexes et laissent une place importante à l'interprétation et à la spécification par des actes législatifs de rang inférieur.

Chapitre 1 - Autonomie des provinces et autonomie locale

Article 176 – Définition

86. Cet article réitère le droit des citoyens à l'autonomie provinciale et à l'autonomie locale énoncé à l'article 12. Il convient de souligner que ces dispositions qui confèrent ce droit constitutionnel seulement aux citoyens ne doivent pas être interprétées comme empêchant l'extension du droit de vote et d'autres droits de participation au niveau provincial et local aux habitants qui sont de nationalité étrangère.

Article 177 - Définition des compétences

87. L'article 177 énonce une disposition générale sur les compétences des provinces autonomes et des entités locales autonomes. Toutefois, la définition qui en est donnée est très vague : « les entités locales autonomes ont compétence pour traiter les questions qui peuvent être réglées de façon efficace dans le cadre d'une entité locale autonome et les provinces autonomes, pour les questions qui peuvent être réglées de façon efficace dans le cadre d'une province autonome ». Une exigence supplémentaire, cependant, est que ces questions « ne relèvent pas des compétences de la République de Serbie ». Cette clause peut être comprise comme une référence à l'article 97 (voir plus haut). Cet article, cependant, couvre aussi les domaines énumérés à l'article 183 par. 2 en tant que compétences des provinces autonomes. On voit mal, par conséquent, quel est le sens de l'article 97 du point de vue de la répartition des compétences entre l'Etat et les entités provinciales ou locales autonomes.

Chapitre 2 – Les provinces autonomes

Article 182 - Définition, création et territoire des provinces autonomes

88. Selon l'article 182 par. 1, la République de Serbie compte deux provinces autonomes : la province autonome de Voïvodine et la province autonome du Kosovo-Metohija. La création de nouvelles provinces autonomes n'est possible que par le biais de la procédure d'amendement de la constitution, après approbation par les citoyens (qui habitent dans la région concernée ?) de la proposition par référendum (article 182 par. 2). Comme indiqué plus haut à propos du préambule, la Constitution laisse la définition de l'« autonomie renforcée » de la province autonome du Kosovo-Metohija à un texte de loi spécifique qui devra être adopté conformément à l'article 182 par. 2.

Article 183 - Compétences des provinces autonomes

89. Cette disposition doit être lue en conjonction avec l'article 177 (voir plus haut).

Article 184 - Autonomie financière des provinces autonomes

90. Les garanties constitutionnelles concernant l'autonomie financière des provinces autonomes sont plutôt insuffisantes. L'article 184 laisse ouverte la question de savoir si les provinces ont le droit ou non de lever des impôts. La Constitution délègue aussi au parlement le soin de définir les aides financières que l'Etat doit verser aux provinces autonomes (art. 184 par. 2). Par contre, l'article 184 par. 3 inclut une disposition assez étrange indiquant que « le budget de la province autonome de Voïvodine représente au moins 7 % du budget de la République, compte tenu du fait que les trois septièmes du budget de la province autonome de Voïvodie doivent servir à couvrir des dépenses d'investissements ».

Chapitre 3 - Autonomie locale

Article 188 - Dispositions générales

91. La constitution ne comprend pas de garanties explicites de l'autonomie financière des municipalités. L'article 188 par. 4 se contente d'énumérer les sources de revenu mais n'énonce pas, par exemple, le droit de lever l'impôt ou le droit à des aides financières de l'Etat.

Article 192 - Supervision des municipalités

92. Comme l'énonce l'article 12 par. 2, les provinces autonomes et les entités locales autonomes sont soumises uniquement à un contrôle de légalité et de constitutionnalité. Selon l'article 192 par. 1, « le gouvernement est tenu d'annuler l'application de toute décision d'une municipalité qu'il juge non conforme à la constitution ou à la législation en vigueur et d'engager dans un délai de cinq jours une procédure de vérification de la compatibilité de cette décision avec la Constitution ou de sa légalité ». Bien que ceci ne soit pas mentionné expressément (comme cela est le cas à l'article 186 sur les décisions des provinces autonomes), la procédure en question doit évidemment avoir lieu devant la Cour constitutionnelle (voir al. 4 de l'article 167 par. 1). Il aurait été préférable de laisser à la Cour constitutionnelle le soin de décider aussi – conformément à la disposition énoncée à l'article 186 sur les décisions des provinces autonomes – de la suspension temporaire de l'application d'une décision municipale.

93. En vertu de l'article 192 par. 2-3, « le gouvernement peut dissoudre le conseil d'une municipalité selon les modalités prévues par la loi » et « nommer un organe temporaire pour remplir les tâches qui relèvent des compétences du conseil municipal, en tenant compte de la composition politique du conseil municipal dissous et des nationalités qui y sont représentées ». Cette disposition doit être interprétée à la lumière de l'article 12 par. 2 : La dissolution d'un conseil municipal n'est possible qu'en cas d'infraction à la Constitution ou à la législation en vigueur. En raison du caractère constitutionnel / légal de cette mesure, le pouvoir de dissolution reconnu au gouvernement devrait être soumis au contrôle préalable de la Cour constitutionnelle.

TITRE VIII – CONSTITUTIONNALITE ET LEGALITE

Article 194 – Hiérarchie du droit interne et du droit international

94. Voir plus haut les commentaires en regard de l'article 16.

Article 200 - Etat d'urgence

95. Les articles 200 et 201 définissent l'état d'urgence et l'état de guerre. Les dispositions relatives à l'état de guerre sont généralement sans ambiguïté. L'état de guerre sur le territoire d'un pays donné est en principe proclamé à cause d'une guerre, c'est-à-dire d'une situation

existant au niveau international. S'agissant de l'état d'urgence, des distinctions sont nécessaires. Le droit constitutionnel général connaît plusieurs types d'état d'urgence. L'état d'urgence ou plutôt des mesures extraordinaires peuvent être annoncées dans plusieurs types de circonstances : 1) en cas de menaces extérieures à l'encontre de l'Etat ou d'une agression armée contre le territoire du pays ; 2) sous l'effet d'une obligation de défense commune, prescrite par un traité international, contre une agression ; 3) en cas de menaces contre l'ordre constitutionnel de l'Etat, contre la sécurité des citoyens ou contre l'ordre public ; 4) afin de prévenir ou de traiter les conséquences d'une catastrophe naturelle ou d'un accident technologique présentant les caractéristiques d'une catastrophe naturelle.

96. L'article 200 prévoit que l'état d'urgence peut être proclamé « lorsque la survie de l'Etat ou de ses citoyens est menacée par un danger public ». Cette formulation se rapproche de la situation mentionnée ci-dessus au point 3. Toutefois, les conditions dans lesquelles peut être proclamé l'état d'urgence sont décrites en termes très généraux. Il est vrai que ceci est le cas aussi dans d'autres constitutions. Néanmoins, il serait préférable d'ajouter au moins une clause supplémentaire à la fin de l'article 200.1 : « lorsque les moyens constitutionnels ordinaires sont inadéquats ».

Article 202 - Dérogation aux droits de l'homme et aux droits des minorités en cas d'état d'urgence et d'état de guerre

97. Cet article régleme la dérogation aux droits de l'homme et aux droits des minorités en cas d'état d'urgence et d'état de guerre. Il aurait été préférable de continuer à distinguer entre état de guerre et état d'urgence pour ce qui concerne la dérogation aux droits fondamentaux. Ces deux situations ne sont pas identiques et, par conséquent, l'étendue de la dérogation devrait être différenciée comme cela était le cas dans le projet de constitution précédent. La formulation générale « autorisée uniquement dans la mesure jugée nécessaire » paraît beaucoup trop vague. Une formulation plus stricte, comme celle qui est employée à l'article 15 CEDH (« dans la **stricte** mesure où la situation l'exige »), devrait être utilisée.

98. Des lacunes apparaissent aussi dans la liste de droits non dérogeables à l'alinéa 4 de cet article. Au vu de l'article 202 par. 2, l'article 44 sur les Eglises et les communautés religieuses aurait dû être inclus. On peut aussi s'interroger sur les raisons pour lesquelles les articles 33 et 65, par exemple, ne figurent pas dans cette liste.

TITRE IX — AMENDEMENT DE LA CONSTITUTION

Article 203 - Propositions d'amendement de la Constitution et adoption des amendements constitutionnels

99. La Commission de Venise s'étonne tout d'abord de l'extrême complexité de la procédure proposée, qui comprend deux ou même trois étapes : d'abord, l'Assemblée nationale doit adopter, à la majorité des deux tiers des députés, une proposition d'amendement de la Constitution (article 203 par. 3) ; puis, cette même Assemblée doit adopter – de nouveau à la majorité des deux tiers – un texte de loi amendant la Constitution (article 203 par. 6) ; enfin l'article 205 semble exiger l'adoption – toujours à la majorité des deux tiers – d'une loi constitutionnelle supplémentaire pour la mise en œuvre des amendements constitutionnels.

100. Un certain nombre de questions se posent quant à la signification et à l'emploi effectif de cette procédure. Quel effet juridique a l'adoption de la proposition d'amendement de la Constitution ? Quel est le lien entre les votes consécutifs de l'Assemblée nationale ? Quelle fin vise la complexité de cette procédure ? La Commission de Venise attire l'attention sur les inconvénients d'une procédure d'amendement excessivement rigide, comme on a pu le voir en Arménie et en Serbie même lorsque la Constitution du 28 septembre 1990 était en vigueur.

101. Un élément important de la procédure d'amendement de la Constitution est la possibilité (article 203 par. 6) et, dans certains cas, l'obligation (article 203 par. 7) de demander aux citoyens d'approuver l'amendement par référendum. La Commission s'étonne de ce que la liste des amendements constitutionnels soumis au référendum soit très étendue, d'autant plus qu'elle couvre « l'organisation du pouvoir politique » en tant que telle. Dans le texte original de la Constitution, la même expression sert de titre à la cinquième partie. Si, par conséquent, la notion d' « organisation du pouvoir politique » employée à l'article 203 par. 7 doit être lue en relation avec la cinquième partie, il faut en déduire que tout amendement des articles 98 à 165 est obligatoirement soumis à référendum. Il serait donc souhaitable de préciser à quels principes de « l'organisation du pouvoir politique » s'applique l'article 203 par. 7.

102. L'article 203 par. 8 énonce seulement deux principes fondamentaux pour la tenue d'un référendum. Comme le principe de la prééminence du droit s'applique aux référendums, une réglementation supplémentaire devra être adoptée. La Commission attire à cet égard l'attention sur ses propres Lignes directrices sur la tenue des référendums¹² et spécialement sur le point II. 2. a. selon lequel : « A l'exception des règles techniques et de détail – qui peuvent avoir un caractère réglementaire –, les règles du droit référendaire devraient avoir au moins un rang législatif ». Pour appliquer l'article 203, le législateur serbe devra adopter une législation sur la tenue d'un référendum constitutionnel qui soit compatible avec les principes énoncés dans le « Code de bonne conduite en matière référendaire » précité.

CONCLUSIONS

103. La Commission a eu l'occasion dans le passé de noter l'excellente qualité des textes constitutionnels élaborés en République de Serbie. Elle l'a fait aussi bien à propos des textes constitutionnels élaborés par l'opposition démocratique sous le régime Milosevic¹³ que de la Charte des droits de l'homme de Serbie-Monténégro.¹⁴ Compte tenu de ces antécédents, la nouvelle constitution présente toutes les caractéristiques d'un projet trop hâtif qui est en deçà du niveau atteint précédemment.

104. Le fait qu'il ait enfin été possible, après plusieurs années d'efforts, de remplacer la Constitution adoptée sous le régime Milosevic par un texte nouveau reflétant les idéaux démocratiques de la nouvelle Serbie est bien entendu très positif. Cependant, la rédaction hâtive de ce texte en a aussi empêché une véritable discussion publique. Cette procédure, qui était motivée par des considérations politiques majeures, reflète les difficultés particulières que connaît le pays. Elle soulève néanmoins des questions quant à la légitimité de ce texte dans l'opinion publique. Compte tenu de cette adoption hâtive, il est particulièrement surprenant de constater que la Constitution est par certains aspects extrêmement rigide et, dans nombre de ses parties, très difficile à amender. Pourtant, s'il est une leçon à tirer de l'histoire du processus constitutionnel en Serbie, c'est sans doute que l'amendement de la Constitution ne doit pas être rendu trop difficile.

105. Il convient de noter cependant que la Constitution comprend de nombreux éléments positifs, notamment le choix d'un système parlementaire fonctionnel et une liste détaillée des droits fondamentaux. Il aurait été préférable que les restrictions aux droits fondamentaux soient réglementées de façon plus claire, à l'aide de dispositions moins compliquées, mais les

¹² Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Lignes directrices sur la tenue des référendums, CDL-AD(2006)027rev.

¹³ Rapport intérimaire sur la situation constitutionnelle de la République fédérale de Yougoslavie, CDL-INF(2001)23, par. 35 à 39.

¹⁴ Document CDL(2003)10fin.

tribunaux et en particulier la Cour constitutionnelle auront la possibilité d'appliquer ces droits d'une manière pleinement conforme aux normes européennes.

106. Les principales préoccupations auxquelles donne lieu la Constitution serbe concernent, d'une part, le fait que les députés se trouvent subordonnés par l'article 102 par. 2 à la direction de leur parti et, d'autre part, le rôle excessif donné au parlement dans les nominations judiciaires. L'indépendance de la magistrature est un principe fondamental du constitutionnalisme démocratique ; elle est aussi pleinement nécessaire pour garantir qu'une constitution n'existe pas seulement sur le papier mais est aussi effectivement appliquée. Cependant, l'Assemblée nationale élit, directement ou indirectement, tous les membres du Haut conseil judiciaire, qui est chargé de proposer les candidatures aux postes de juge, et procède elle-même à l'élection des juges. Associé au processus général destiné à renommer l'ensemble des juges après l'entrée en vigueur de la Constitution, ce fait pose un sérieux danger de contrôle du système judiciaire par les partis politiques. Les dispositions correspondantes de la Constitution devront être amendées. Comme il est peu probable que de tels amendements puissent être adoptés rapidement, la composition du premier Haut conseil judiciaire sera cruciale. Le processus visant à renommer des magistrats ne pourra être considéré comme acceptable que si l'Assemblée nationale élit pour siéger dans ce conseil des personnalités indépendantes et crédibles. La législation, en outre, devra définir clairement les critères devant guider le processus de renomination, ainsi que des procédures équitables garantissant notamment un droit de recours.

107. En ce qui concerne les autres parties de la constitution, les choses dépendront pour beaucoup de leur application. Les dispositions concernant la place du droit international dans le système juridique serbe ne sont pas en tant que telles inhabituelles mais elles requièrent une approche prudente, qui tienne compte des développements internationaux, et l'instauration d'une procédure permettant d'établir, avant leur entrée en vigueur, la compatibilité des traités internationaux avec la Constitution. Les règles relatives à l'organisation territoriale sont complexes et assez confuses mais elles laissent certaines portes ouvertes. La Commission de Venise se tient à la disposition des autorités pour les aider éventuellement à élaborer la législation nécessaire à l'application de la Constitution.