

# COMMENTAIRES CONCERNANT L'ACCORD PRÉLIMINAIRE RELATIF À L'ÉTABLISSEMENT D'UNE CONFÉDÉRATION ENTRE LA FÉDÉRATION DE BOSNIE-HERZÉGOVINE ET LA RÉPUBLIQUE DE CROATIE (ACCORDS DE WASHINGTON)

par M. Klaus BERCHTOLD (Autriche)

L'avis ci-après se fonde sur le texte de la constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine contenu dans le document CDL (94) 28 du 22 juin 1994. Toutes les citations d'articles, sauf indication contraire, se réfèrent à ce projet.

## Droits de l'homme

1. L'article II.A.1 a pour objet d'incorporer un certain nombre d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme - énumérés dans l'annexe - dans le droit interne. Aux termes de cette disposition, les droits et libertés contenus dans les instruments mentionnés \*sont applicables sur l'ensemble du territoire+. Du point de vue juridique, la question de savoir si ces dispositions doivent être appliquées en tant qu'élément du droit constitutionnel ou qu'élément du droit \*normal+ reste ouverte.

2. Le problème le plus difficile d'une telle incorporation des instruments internationaux tient toutefois au fait que les dispositions de ces instruments internationaux sont différentes, sinon contradictoires. L'exemple le plus évident est celui de l'abolition de la peine de mort. L'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'abolit pas la peine de mort, mais le 6<sup>e</sup> Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme, lui, le fait. Il y a là une contradiction manifeste. Quelle disposition devra être appliquée en Bosnie-Herzégovine? Un autre exemple est l'article 13 du Pacte international comparé avec l'article 1 du 7<sup>e</sup> Protocole additionnel de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Et il y en a d'autres.

3. Pour éviter des problèmes d'interprétation sur le point de savoir quelle disposition doit être appliquée, la solution suivante pourrait être adoptée. Elle consisterait à insérer une disposition tendant à ce que, en cas de différences dans le texte des divers instruments, sera appliquée la disposition qui est la plus favorable au demandeur, dans tout procès, ou la plus favorable à la protection des droits de l'homme.

4. Cet effet n'est pas réalisé par l'article II.A.2 dans son libellé actuel. Cette disposition contient une obligation de la Fédération qui doit être assurée par d'autres textes de loi. Mais là n'est pas la question. Il faudrait garantir que l'ensemble de l'appareil judiciaire et de l'administration respecte les droits et libertés reconnus au niveau le plus élevé.

5. Les avis peuvent diverger sur l'opportunité, en plus, de mentionner les droits fondamentaux à l'article II.A.2, paragraphe 1. Mais si on le fait, la liste devrait être complète. Par exemple, il y a le droit à un jugement équitable en matière criminelle, mais aussi le droit à un jugement équitable en matière civile. Ne sont pas mentionnés le droit de se marier, le droit de l'enfant d'acquérir une nationalité, le droit à des conditions de travail favorables, le droit à un niveau de vie suffisant, le droit de quitter le pays, et il y a d'autres exemples.

6. Il serait préférable, dans l'article II.A.2 paragraphe 2, que le texte soit formulé comme suit: \*de voter et d'être candidat dans des élections libres+.

7. Le problème le plus grave pour la Bosnie-Herzégovine, celui des droits des minorités, n'est pas traité en détail dans le projet de constitution. Certes, les instruments internationaux traitant des droits des minorités sont incorporés à l'ordre juridique interne, mais on peut néanmoins douter que ce soit une solution adéquate aux problèmes spécifiques que connaissent la Bosnie-Herzégovine.

8. Pour la protection des droits de l'homme, une Cour des Droits de l'Homme sera créée. Il semble que cette Cour aura une compétence générale (article IV.C.19). Pour autant que, d'après le droit en vigueur en Bosnie-Herzégovine, chacun ait un droit de recours contre tout acte ou mesure administratif (par exemple, arrestation ou saisie de biens) devant un tribunal, pour violation des droits de l'homme, et enfin devant la Cour des Droits de l'Homme, il n'y a rien à y redire. Si ce n'est pas le cas, il y aurait une grave lacune dans la protection des droits de l'homme, puisque les actes et mesures de caractère administratif échapperaient à la surveillance de la Cour des Droits de l'Homme.

9. La Cour des Droits de l'Homme (article IV.C.21) pourra être saisie de recours contre des tribunaux qui n'auraient pas rendu leur décision dans un délai raisonnable. Il faut se féliciter de cette disposition. D'un autre côté, le texte laisse ouverte la question de savoir ce que la Cour des Droits de l'Homme ne peut faire dans un tel cas. Peut-elle donner certains ordres au tribunal trop lent? Mais on peut se demander si cela serait en conformité avec l'indépendance des tribunaux. Devra-t-elle statuer sur l'affaire à la place du tribunal trop lent? Si c'est le cas, elle sera surchargée, car elle aura à traiter des affaires très différentes (affaires civiles, criminelles, de droit commercial, faillites, etc.). On peut douter qu'elle puisse faire face à une telle tâche.

## Médiateurs

10. Le projet de Constitution contient de nombreuses dispositions concernant les médiateurs, mais aucune sur leurs possibilités d'action réelles. Seuls les moyens dont ils disposent, c'est-à-dire ouvrir une action devant les tribunaux ou examiner des documents officiels, sont indiqués, mais on ne sait pas s'ils peuvent adresser des recommandations à l'administration ou prendre d'autres mesures. D'après le texte, ils ne peuvent que signaler les difficultés aux autorités administratives. La principale fonction des médiateurs devrait être de recommander des solutions pour les affaires qui leur sont soumises.

## Répartition des compétences entre la Fédération et les cantons

11. On ne sait pas combien de cantons seront créés. Mais il n'y en aura pas tellement, et ils seront relativement petits. D'après le principe bien établi pour les Etats fédéraux, la Fédération n'a que les compétences qui lui ont été expressément transférées. Ces compétences, énumérées à l'article III.1 sont, selon moi, insuffisantes. La Fédération ne serait pas compétente pour légiférer en droit civil (et seulement partiellement en droit criminel), en droit de la presse, en droit du travail, en droit de l'environnement, pour ne mentionner que quelques exemples. Avoir des droits différents dans de tels domaines dans les divers cantons n'est pas, à mon avis, dans l'intérêt de la population.

12. Le Parlement fédéral a le droit d'imposer des taxes (article III.1.j), les cantons ont le même droit (article III.4.1 et V.6.f) et les municipalités, elles aussi, ont ce droit (article VI.4.c). C'est une situation qui pourra s'avérer pénible pour la population. Que se passera-t-il si la Fédération, le canton et la municipalité fixent une taxe de 30 % sur le revenu? Cela représente une taxe de 60 % sur le revenu. Assurément, le financement de tous les éléments de l'Etat est un problème important. Il est étonnant que la question ne soit pas traitée dans la présente Constitution. Une répartition des compétences en ce qui concerne le pouvoir de taxation est d'une extrême importance.

## Parlement fédéral

13. L'article IV.A.13, paragraphe 1, prévoit l'immunité des membres des deux chambres du Parlement. En ce qui concerne le paragraphe 1, on ne voit pas très bien ce qui est entendu par \*les actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions respectives+. Il serait préférable d'indiquer que cela se rapporte uniquement à leur manière de voter et à leurs déclarations orales ou écrites au Parlement. Il serait injustifiable qu'un membre du Parlement ne soit pas pénalement ou civilement responsable de ses actes, par exemple durant la campagne électorale.

14. L'article IV.A.13, paragraphe 2, suscite la question de savoir quel serait le sort d'un membre du Parlement appréhendé en flagrant délit. Un membre du Parlement vu par un policier alors qu'il est en train de commettre un meurtre ne devra-t-il pas être arrêté immédiatement?

15. D'après l'article IV.A.16, paragraphe 1, le Président peut dissoudre les deux chambres du Parlement si celles-ci ne sont pas en mesure de promulguer la législation nécessaire. Qui décide ce qu'est \*la législation nécessaire+? Aucune obligation n'est imposée au Président ou au Gouvernement quant à la tenue de nouvelles élections. Que se passe-t-il si le Parlement est dissous, conformément au paragraphe 2, parce que le budget n'est pas adopté? Dans ce cas, il n'y a pas de budget. Cela signifie une situation de vide juridique; l'Etat ne peut rien dépenser ni rien collecter. Dissoudre le Parlement s'il est incapable d'adopter le budget n'est pas une solution au problème et n'améliore pas la situation. Il serait souhaitable d'ajouter l'une ou l'autre disposition contenant des règles en vue d'une solution provisoire à une telle éventualité. La façon la plus facile de le faire serait probablement de stipuler que le budget en vigueur est considéré comme restant valable pendant un certain temps.

16. L'article IV.A.18 pose un problème particulier. Si les parlementaires ne trouvent pas une position commune sur une question relevant de \*l'intérêt vital de l'un ou l'autre des peuples constituants+, ce n'est pas une solution que de la renvoyer à la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle est un tribunal, et, en tant que tel, elle statue sur des questions juridiques, mais non politiques. La Cour constitutionnelle pourra perdre son autorité - autorité vitale pour un tribunal - si elle se prononce contre les intérêts vitaux de l'un des peuples constituants et elle pourra devenir incapable de remplir sa tâche. C'est pourquoi la solution de questions politiques est une fonction qui revient non à la Cour constitutionnelle mais aux hommes politiques.

17. Quant aux pouvoirs du Parlement, il est intéressant de noter qu'aucun contrôle de l'administration par le Parlement n'est prévu dans le projet de Constitution. Le droit pour les parlementaires d'interroger les membres du Gouvernement n'y est pas prévu, ni leur droit d'exprimer dans des résolutions leurs souhaits sur l'exercice du pouvoir exécutif. Aucune disposition ne concerne la surveillance des comptes publics et de l'administration des fonds publics par un organe de type \*cour des comptes+.

18. Les relations entre les deux chambres sont par bien des aspects peu claires. A quelle chambre le Gouvernement soumet-il ses projets de loi? Le Gouvernement a-t-il en fait le droit de soumettre des projets de loi? Peut-on appartenir en même temps à la Chambre des Représentants et à la Chambre des Peuples? Voilà juste quelques questions qui sont laissées ouvertes.

19. Il n'y a aucune disposition déclarant l'exercice de la fonction de membre du Parlement libre, non lié par un mandat de l'électorat.

#### Le pouvoir exécutif

20. Il ne devrait pas relever de la Cour constitutionnelle de décider si le Président ou le Vice-président \*est, pour toute autre raison, indigne de rester en fonction+, comme stipulé à l'article IV.B.3, paragraphe 1. Seule une décision portant sur des questions de droit peut être réservée à la Cour constitutionnelle. C'est pourquoi il lui appartient de décider si le Président a violé la Constitution - c'est l'interprétation que nous donnons au texte \*a violé son serment d'entrée en fonction+, - mais non si, pour des raisons morales ou politiques, il est indigne de rester en fonction.

21. Rien ne s'oppose à prévoir la responsabilité politique du Président et du Vice-président à l'égard du Parlement. Un vote des deux chambres, à la majorité des deux tiers, contre le Président (Vice-président) est une claire indication du fait que le Président (Vice-président) a perdu la confiance (sur le plan politique). Il n'est pas nécessaire de faire intervenir la Cour constitutionnelle.

22. Quant aux compétences du Président (article IV.B.7.a), bornons-nous à indiquer que la compétence de \*signer+ les accords internationaux est très peu réaliste. Il est inhabituel et en pratique impossible que le Président signe tous les accords internationaux. De toute évidence, il est entendu que le Président \*conclut+ tous les accords internationaux.

23. Etant donné que le Président se borne à \*nommer+ le Gouvernement, la question est ouverte de savoir qui \*désigne+ le Gouvernement parce que le Parlement n'est compétent que pour \*approuver+ le Cabinet. L'article IV.B.5, paragraphe 1, est très peu clair. Qui va nommer le Premier Ministre? Le Président seul ou avec le Vice-président? La question est laissée ouverte.

24. D'après l'article IV.B.5, paragraphe 1, les membres du Gouvernement doivent être approuvés par une majorité de (seulement) la Chambre des représentants, mais, d'autre part, un vote de défiance requiert une majorité des deux chambres du Parlement. La logique du système parlementaire est que le Gouvernement, à tout moment, doit être soutenu par le Parlement. Dans la phase de création du Gouvernement, cela pourrait être assuré par un vote positif (vote d'approbation) ou simplement par la présentation du Gouvernement, le Parlement ayant la possibilité d'un vote de défiance. Il n'y a pas de logique si une chambre seulement doit approuver le Gouvernement, tandis que le vote majoritaire des deux chambres est nécessaire pour renvoyer le Gouvernement par un vote de censure.

25. L'article IV.B.6 suscite de nombreuses questions. En ce qui concerne l'intervention de la Cour constitutionnelle, nous renvoyons à ce que nous avons déjà dit plus haut. Comparant les première et troisième phrases du paragraphe 1, les décisions \*qui concernent les intérêts vitaux+ ne peuvent être que celles évoquées dans la troisième phrase. Il serait donc plus clair de formuler la première phrase comme suit: \*Les décisions du Cabinet en application de l'article IV.B.3 (2), IV.B.9 et VIII.1 sont prises à l'unanimité si celle-ci est demandée par un tiers des ministres présents" et de supprimer les deuxième et troisième phrases. Il serait logique que, si, dans ces circonstances, il n'y a pas de vote unanime, qu'il n'y ait pas non plus de décision. Toutefois, le paragraphe 2 de la présente disposition renvoie la décision, dans ce cas, au Président ou au Vice-président, sauf en cas d'application de l'article IV.B.3 (2). Cela met le Président (Vice-président) dans une situation embarrassante. Quelque décision que le Président (Vice-président) prenne, elle montrera ouvertement qu'il n'est pas en accord avec la majorité ou la minorité du Cabinet. Du point de vue politique, soit la majorité soit la minorité a manifestement perdu la confiance du Président ou du Vice-président.

26. Rien ne justifie d'accorder l'immunité aux organes exécutifs, comme le fait l'article IV.B.10.

27. Il y a certaines lacunes en ce qui concerne le pouvoir exécutif de la Fédération. Que se passe-t-il si la censure est votée? Ce vote peut-il concerner seulement l'ensemble du Gouvernement ou seulement certains membres? Qui gouverne jusqu'à ce qu'un nouveau Gouvernement soit mis en place?

28. Où figure le principe de la prééminence du droit dans le projet de Constitution?

#### Justice

29. Il est considéré comme essentiel que les règles de procédure soient les mêmes, dans l'ensemble de l'Etat, dans les tribunaux civils et criminels. L'article IV.C.3 n'est certainement pas souhaitable.

30. Il n'est pas nécessaire d'accorder l'immunité aux juges.

31. Les juges sont nommés par le Président et le Vice-président. Cela confère à ces personnes une position très forte. Cette règle peut servir de disposition transitoire, mais normalement les tribunaux les plus élevés, dans l'intérêt de leur indépendance, devraient proposer leurs futurs membres (trois personnes) au Président. Celui-ci pourra choisir entre les personnes proposées.

32. Il n'est pas déclaré expressément que les juges sont inamovibles. Le principe de l'attribution annuelle aux juges, à l'avance, des affaires à traiter aux juges ne figure pas dans le projet de Constitution. Mais une telle disposition est un élément important dans la protection de l'indépendance des juges.

33. Quant à la Cour constitutionnelle et ses compétences, il est très intéressant de noter que le cas le plus important n'est pas évoqué: celui où un canton ou la Fédération a édicté une législation sans avoir compétence pour le faire. Les autorités du canton n'ont aucune possibilité de contester les lois de la Fédération en valoir que celle-ci n'est pas compétente pour adopter une telle législation, et vice versa. Pour une fédération, il est très important que la Cour constitutionnelle puisse déclarer une loi incompatible avec la répartition des compétences et annuler cette loi. Ce n'est que de cette manière que la répartition des compétences peut être assurée.

34. Il pourrait être envisagé de donner à la Cour constitutionnelle la compétence de surveiller les élections au Parlement de la Fédération, aux Parlements des cantons et aux conseils d'administration des municipalités.

#### Gouvernements cantonaux

35. Il est difficile de comprendre l'article V.2, paragraphe 1. L'intention est-elle vraiment que le Gouvernement cantonal puisse déléguer toutes ses responsabilités aux municipalités ou au Gouvernement de la Fédération, en sorte qu'il n'ait plus rien à faire? Cela ne saurait être le cas!

36. L'intention sous-jacente à l'article V.3 n'est pas claire. Pourquoi seuls les cantons à majorité bosniaque ou à majorité croate devraient-ils pouvoir créer des conseils de cantons? D'autre part, les fonctions attribuées à ces conseils ne relèvent-elles pas du parlement cantonal? Que signifie l'indication selon laquelle ces conseils \*conseillent leurs représentants à la Chambre des peuples+? Si ces conseils avaient un caractère contraignant, ils ne seraient pas en conformité avec la liberté inhérente au mandat.

37. Le mandat du parlement cantonal (deux ans) est très court. Y a-t-il des raisons pour fixer une période aussi courte?

38. Aucune disposition ne prévoit l'immunité des membres du parlement cantonal, ainsi qu'il est fait pour les membres du parlement fédéral. Ou ce soin sera-t-il laissé à la constitution cantonale?

39. Un problème général - qui n'est pas seulement pertinent dans le présent contexte - est posé par l'article V.8 paragraphe 3. La révocation du président cantonal exige une majorité des deux tiers. Cela semble très démocratique, mais ce n'est cependant pas le cas. Si une majorité des deux tiers est requise, ce n'est pas en réalité la majorité qui décide, mais une minorité. Si une majorité absolue demande la révocation du président, il est impossible de le révoquer. Ce n'est que s'il est possible de convaincre la minorité, qui est nécessaire pour réaliser une majorité des deux tiers, que l'on pourra agir de la manière souhaitée par la majorité. C'est pourquoi une majorité des deux tiers signifie qu'une minorité peut bloquer la majorité. Une majorité des deux tiers n'est donc pas \*plus démocratique+, mais représente une protection de la minorité. Il conviendrait de réexaminer - à cette lumière - si une majorité des deux tiers est bien adéquate, dans tous les cas où elle est prévue.

40. Un problème général analogue est posé à l'article V.8, paragraphe 4. Si le poste de président devient vacant, un autre président est élu \*dans un délai de trente jours+. A nouveau, une telle disposition semble souligner l'importance du poste de président, et l'absence d'un président élu ne doit durer qu'un très court laps de temps. Mais cette disposition peut avoir l'effet contraire. Que se passe-t-il si le parlement n'est pas en mesure de respecter le délai? Personne ne peut forcer le parlement à respecter le délai, et il pourrait exister des raisons politiques pour lesquelles ce délai ne pourrait être respecté. Or quelles en sont les conséquences juridiques? Certains pourront dire que, en ne respectant pas le délai, le parlement a perdu la compétence d'élire un nouveau président. D'autres pourront dire qu'une telle conséquence n'était pas envisagée. Mais quel est l'objet d'une telle disposition? Nous partageons l'avis de ceux qui ne voient aucun objet à cette disposition. Il n'en résultera que des difficultés. La solution la plus facile est soit d'élire un vice-président du canton ou de stipuler qu'un autre membre de l'exécutif cantonal - par exemple le doyen d'âge - assume la présidence jusqu'à ce qu'une nouvelle élection soit possible.

41. L'article V.11, paragraphe 3 (voir également l'article VI.7, paragraphe 4) prévoit la révocation des juges par consensus des juges de la Cour suprême. C'est là une disposition dangereuse parce que un juge pourra être révoqué pour n'importe quelle raison ou pour aucune raison du tout. Une limitation de la révocation des juges aux cas de raisons disciplinaires ou d'incapacité à l'exercice des fonctions de juge pourrait être acceptable.

42. L'article VI.2, paragraphe 2, prévoit que chaque municipalité a son statut. Les municipalités doivent-elles toutes avoir un statut différent, comme prévu à l'article VI.4.a? Le statut des municipalités devrait faire l'objet d'une loi du canton.

43. En ce qui concerne l'article VI.7, paragraphe 4, voir les remarques formulées au n° 41 ci-dessus.

44. Selon l'article VII.3, les accords internationaux font partie de la législation de la Fédération. Cela peut donner lieu à des difficultés si ces accords ne sont pas directement applicables. En ce qui concerne l'article VII.4, paragraphe 1, voir la remarque formulée au n° 22.

45. Quant au Titre IX de la constitution, il faut noter que la présente Constitution doit être adoptée par l'Assemblée constituante. C'est pourquoi elle n'est pas encore valable et les dispositions relatives à l'Assemblée constituante sont donc sans objet.