

## Avis sur les aspects constitutionnels de la Recommandation 1238 (1994) de l'Assemblée Parlementaire sur la situation en Bosnie-Herzégovine

Lors de la 513<sup>ème</sup> réunion des Délégués des Ministres qui s'est tenue à Strasbourg du 24 au 26 mai 1994, le Comité des Ministres a décidé de consulter la Commission européenne pour la démocratie par le droit sur les aspects constitutionnels de la Recommandation 1238 (1994) de l'Assemblée parlementaire relative à la situation en Bosnie-Herzégovine; ladite recommandation concerne, entre autres, la création d'une fédération entre les Croates et les Musulmans de Bosnie, ainsi que l'accord sur la création d'une confédération entre cette fédération de Bosnie-Herzégovine et la Croatie (Accords de Washington du 18 mars 1994).

Par ailleurs, la Commission avait déjà été saisie, lors de sa 19<sup>ème</sup> réunion plénière à Venise (13-14 mai 1994) d'une demande d'avis du Gouvernement de la République de la Croatie sur les amendements éventuels à apporter à la Constitution croate en vue des Accords de Washington.

La Commission a examiné conjointement ces deux questions.

Le présent avis à l'intention du Comité des Ministres est fondé sur les commentaires de MM. Bartole, Berchtold, Economides, Helgesen, Maas Geesteranus, Malinverni, Nick, Triantafyllides et Robert, qui ont été présentés et discutés lors de la 20<sup>ème</sup> réunion plénière de la Commission à Venise (9-10 septembre 1994). Il est également basé sur l'échange de vues effectué entre les Rapporteurs de la Commission et une délégation de l'Assemblée constituante de Bosnie-Herzégovine (composée de MM. Ljubic, Président de l'Assemblée constitutionnelle et Campara, Secrétaire général du Parlement de la République) qui a eu lieu à Santorin (Grèce) du 22 au 25 septembre 1994, dans le cadre du séminaire UniDem sur "le concept contemporain de confédération", en partie consacré aux Accords de Washington.

L'avis porte sur :

- la Constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine, adoptée le 30 mars 1994, telle qu'elle figure en annexe aux Accords de Washington du 18 mars 1994

et sur

- la compatibilité entre les Accords de Washington du 18 mars 1994 et la Constitution de la République de Croatie du 22 décembre 1990.

Eu égard aux événements qui ont précédé l'adoption des principaux documents examinés par la Commission, celle-ci présente les observations et conclusions suivantes sous réserve que les textes en question reçoivent l'agrément de la majorité des peuples concernés, par l'application des principes démocratiques.

### A. La Constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine

Le texte de la Constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine contient, de façon générale, les éléments principaux d'une Constitution fédérale, fondée sur les principes de la démocratie et de l'état de droit. Il comprend des dispositions instrumentales qui définissent les différentes autorités, leurs pouvoirs et relations entre elles. La Constitution ne se borne pas à traiter des autorités fédérales, mais contient également des chapitres sur les autorités cantonales et municipales. Elle contient ensuite des dispositions sur la répartition des compétences entre la Fédération et les cantons, qui distinguent les domaines dans lesquels la Fédération possède une compétence.

La Constitution comprend en outre un chapitre consacré aux droits de l'homme. La Commission tient à cet égard à souligner deux éléments particulièrement positifs: la référence aux droits et libertés garantis par les instruments internationaux et les règles relatives à l'ombudsman.

La Commission estime cependant nécessaire de formuler certaines remarques sur un certain nombre de points.

1. Le nombre et le nom des entités fédérées qui composent la fédération devrait figurer dans la Constitution fédérale. C'est là une des caractéristiques des Etats fédéraux (voir par exemple la Constitution fédérale suisse, le préambule de la Loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne).

La mention des Etats fédérés dans le texte même de la Constitution permet de les distinguer des simples provinces ou régions d'un Etat unitaire et témoigne de leur importance dans la structure étatique.

2. L'application des normes internationales en matière de **droits de l'homme** (prévue par l'art. II.A.1) est sans doute une disposition particulièrement heureuse, qui démontre l'attachement de la Bosnie-Herzégovine à une protection effective des Droits de l'Homme. Or, sa mise en oeuvre pourrait poser sur le plan technique un certain nombre de problèmes.

De tels problèmes pourraient surgir notamment lorsque les textes des instruments internationaux garantissant des droits et libertés fondamentaux ne concordent pas avec le catalogue de ces mêmes droits garantis par la Constitution. Une solution à ce problème pourrait être d'établir un principe selon lequel la disposition la plus favorable aux droits de l'individu serait applicable en cas de conflit. En l'absence d'une telle norme dans le texte de la Constitution il appartiendra, probablement, à la Cour constitutionnelle ou à la Cour des Droits de l'Homme de poser dans sa jurisprudence le principe susmentionné.

La liste des droits figurant à l'art. II 2 peut également soulever des problèmes. Bien qu'il s'agisse d'une liste indicative des droits garantis (comme l'indiquent les mots "en particulier"), cette liste pourrait néanmoins donner l'impression que le législateur constitutionnel a voulu accorder aux droits y figurant expressément une valeur supérieure à celle des droits garantis par les instruments internationaux. Il appartiendra aux juridictions suprêmes de la Fédération de clarifier ce point.

3. La **protection des minorités** ne fait l'objet que d'une simple mention. Or, compte tenu du caractère particulièrement délicat de la question en Bosnie-Herzégovine, il aurait été préférable de ne pas faire l'économie de dispositions détaillées sur ce point.
4. L'existence de règles précises sur l'**ombudsman** est saluée mais il aurait été souhaitable que la Constitution prévoie expressément que l'ombudsman puisse faire des recommandations à l'administration. Le texte actuel laisse une grande marge de pratiques différentes tant à l'ombudsman qu'aux autorités administratives. Par ailleurs, l'intervention de l'ombudsman au cours d'un procès devrait être particulièrement prudente sinon exceptionnelle. En effet, son rôle devrait être d'intervenir avant que la justice ne soit saisie. Une intervention au cours d'un procès ne devrait avoir d'autre objectif que celui du règlement amiable du litige. Toute autre intervention serait de nature à porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance de la justice ou de l'égalité des armes.
5. La Commission se félicite des articles 3, 4 et 5. Elle estime en particulier que la garantie constitutionnelle du droit des **réfugiés** de rentrer à leur

domicile revêt une importance capitale dans le contexte politique actuel en Bosnie-Herzégovine.

6. La problématique de la **répartition des compétences entre la Fédération et les cantons** suscite également certaines interrogations. En effet, la responsabilité résiduelle appartient aux cantons (art. III.4) ; cela implique (art. III.1-3 *a contrario*) que la Fédération n'a pas de compétence générale en droit pénal et qu'elle ne peut légiférer dans des matières telles que le droit civil, le droit du travail et de la sécurité sociale ou le droit de l'environnement par exemple. Une telle situation peut paraître peu satisfaisante.

Il aurait été utile d'introduire une clause disposant que dans les domaines où la Fédération et les cantons ont tous les deux une compétence, les cantons ne pourront pas exercer leurs compétences législatives si la Fédération a légiféré de manière exhaustive; il aurait été également utile de prévoir expressément que la Fédération pourrait adopter des lois-cadre laissant aux cantons la compétence de régler les points de détail.

En outre la répartition des compétences en matière fiscale devrait être précisée.

De plus la possibilité pour les cantons de déléguer leurs compétences à la Fédération (art. v.2 al. 1) pourrait poser des problèmes. En effet il aurait été préférable de limiter cette possibilité pour empêcher que des cantons soient entièrement dépouillés de leurs compétences.

7. En ce qui concerne les différents **organes de l'Etat central** et leurs pouvoirs, on peut, parmi les points prêtant à discussion, relever les points suivants :

- La Constitution laisse ouverte la question de savoir si l'élection du corps législatif à la proportionnelle se fera sur l'ensemble du territoire, ou si le territoire sera subdivisé en circonscriptions électorales et, dans ce dernier cas, si les circonscriptions correspondront aux territoires des cantons; ces questions pourront certes être réglées ultérieurement par une loi électorale.

- L'absence d'un choix clair entre bicamérisme parfait et bicamérisme imparfait peut conduire à certaines incohérences.

- Aucune disposition ne prévoit expressément le contrôle de l'administration par le Parlement ni un droit d'initiative législative de l'exécutif.

- L'article IV.B.16 prévoyant que le Président peut dissoudre les deux Chambres du corps législatif lorsqu'il décide que celles-ci ne sont pas en mesure d'adopter une loi nécessaire suscite quelques doutes ; une application imprudente de cette disposition peut facilement aboutir à des abus et porter gravement atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

- Les pouvoirs de la Cour constitutionnelle d'intervenir pour mettre fin à des désaccords politiques entre les deux Chambres ou de décider de l'intérêt vital de l'un ou de l'autre des peuples de la Fédération (art. IV.A.18 et IV.B.6) soulève des questions. La Cour constitutionnelle devrait, dans la mesure du possible se tenir à l'écart des conflits politiques. Son implication risquerait de la discréditer et de réduire sensiblement son efficacité dans son rôle de garant de la Constitution et de l'Etat de droit.

- La Commission estime que certaines des conditions imposées en matière de nomination du personnel militaire et diplomatique et de tous les magistrats (nominations sujettes à une approbation par les deux Chambres) seront souvent difficiles à réunir et donc à l'origine d'un certain dysfonctionnement ; sera également difficile à respecter dans tous les cas la règle selon laquelle un nombre égal de juges bosniaques et croates devront siéger à chaque juridiction (voir notamment la Cour constitutionnelle qui est composée de neuf magistrats).

8. La Commission attache de l'importance à la possibilité ouverte aux cantons de créer des **conseils de cantons** pour coordonner leurs activités. De l'avis de la Commission, cette institution permettrait de traiter des questions dont l'intérêt dépasse le niveau cantonal, sans avoir recours à l'action de la Fédération. La Commission regrette, en revanche, que la Constitution empêche la création de tels conseils de cantons pour des cantons à majorités ethniques différentes (art. V.3).

9. En outre, en ce qui concerne le pouvoir de nomination des hauts magistrats, impliquer leur pairs dans le processus de nomination aurait été une solution plus compatible avec le principe de **l'indépendance judiciaire**.

La Commission estime que la Cour Suprême ne devrait pas avoir le pouvoir de révoquer les juges cantonaux ni la haute cour cantonale les juges municipaux (art. V.11 al. 3 et VI.7 al. 4).

10. La Commission note enfin que la nouvelle Constitution n'a pas été adoptée par une Assemblée constituante spécialement élue, mais par une Assemblée législative composée des Députés dont le mandat était encore en vigueur. En outre, elle observe que le processus référendaire n'a pas été suivi tant lors de l'approbation de la nouvelle Constitution fédérale que lors des amendements à apporter à cette Constitution. Ceci peut toutefois être expliqué dans les conditions politiques extrêmes dans lesquelles se trouve la Bosnie-Herzégovine.

#### B. Compatibilité entre les Accords de Washington du 18 mars 1994 et la Constitution de la République de Croatie du 22 décembre 1990

L' "Accord préliminaire relatif à l'établissement d'une Confédération entre la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la République de Croatie" (ci-après "l'Accord") a été signé le 18 mars 1994 par le Président de la République de Croatie, M. Franjo Tudjman, et le Président de la République de Bosnie-Herzégovine, M. Alija Izetbegovic. Il établit une confédération pour la coopération dans les affaires économiques et de défense entre la République de Croatie et la Fédération de Bosnie-Herzégovine. En annexe à l'Accord figurent deux autres accords garantissant à la Fédération un accès illimité à l'Adriatique par le port croate de Plo...e et à la Croatie un droit de transit illimité à travers la commune de Neum.

La Commission est d'avis que la création de la confédération est en principe compatible avec la Constitution croate.

La Constitution croate prévoit expressément la possibilité d'association de la République de Croatie à des alliances avec d'autres Etats (cf. les articles 2 et 132 ss de la Constitution). Le terme "alliance", utilisé dans un sens large, peut couvrir aussi la future Confédération avec la Fédération de Bosnie-Herzégovine. Cette Confédération n'a pas le pouvoir d'adopter des normes ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne des parties. Les règles internes que l'établissement progressif d'un marché commun et d'une union monétaire pourraient impliquer (cf. l'article 4 de l'Accord) seront adoptées séparément par chacun des Etats parties. Dans sa forme actuelle, la future Confédération ne s'est pas encore vu accorder des "pouvoirs dérivés de la Constitution" au sens de l'article 133 al.2 de la Constitution croate.

La coopération et les politiques communes prévues dans les domaines économique, culturel, juridique et des migrations n'impliquent pas de transfert de souveraineté contraire à l'article 2 al.1 de la Constitution. La limitation de l'exercice des pouvoirs constitutionnels inhérente à l'établissement de la Confédération n'est pas inhabituelle dans la pratique actuelle de la coopération internationale. Les dispositions contenues aux articles 132 et s. de la Constitution sont une base suffisante pour la coopération envisagée et la conclusion d'accords en matière de défense tels que prévus à l'article 5 de l'Accord.

Dès lors que l'identité internationale et la personnalité juridique des deux parties ne sera pas touchée par la création de la Confédération (article 2 de l'accord), la structure unitaire de l'Etat croate (cf. l'article 1 al.1 de la Constitution) n'est pas mise en cause.

Toutefois, il y a lieu de noter que l'Accord de Confédération vise la création d'un mécanisme de décision commune dans certains domaines d'activités, mécanisme appelé à fonctionner sur une base permanente. En effet les Parties à l'Accord s'engagent à accorder à ce processus de décision une certaine priorité par rapport non seulement à leurs autres engagements internationaux avec des Etats tiers mais aussi par rapport au processus de décision interne de chaque Partie. Une telle situation limite en fait de manière indirecte mais certaine les pouvoirs de chaque Partie, alors même qu'il n'y a pas de transfert de compétence directe aux organes de la Confédération. Pareille limitation résultant des relations privilégiées qu'entretiennent les deux Parties devrait en principe trouver sa justification et une base juridique dans la Constitution des deux Etats.

Sur un plan plus technique, la seule disposition constitutionnelle qui, de l'avis de la Commission, n'est pas en harmonie avec les Accords de Washington est l'article 2 al.5, suivant lequel la "République de Croatie peut conclure des alliances avec d'autres Etats, tout en gardant ... le droit de s'en retirer librement". D'après l'article 7 de l'Accord celui-ci "restera en vigueur tant que les Parties n'en auront pas décidé autrement d'un commun accord" ; de même, les accords sur l'accès à la mer Adriatique et le transit à travers Neum "resteront en vigueur pour une période de 99 ans, sauf si les Parties en décident autrement d'un commun accord" (articles 7 du premier accord et 5 du deuxième). Ces dispositions excluent le droit de la Croatie de se retirer unilatéralement de ces accords. La Commission estime que l'article 2 al. 5 de la Constitution devrait être amendé afin de permettre à la République de Croatie de conclure des alliances qui ne puissent pas être dénoncées unilatéralement.

## **CONCLUSIONS**

En conclusion la Commission estime que la Constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine contient les normes essentielles d'une constitution fédérale. Une prudence particulière dans la pratique que suivront les autorités fédérales et cantonales sera nécessaire pour que cette Constitution puisse être mise en oeuvre sans problème.

La Commission estime en outre que, mis à part l'article 2 al. 5 de la Constitution croate, aucune disposition de cette Constitution n'est incompatible avec les Accords de Washington.

La Commission considère enfin souhaitable qu'une base constitutionnelle explicite soit donnée à la Confédération projetée. Avec l'établissement d'une Confédération, les deux Etats concernés entrent sur une base permanente dans une relation spéciale et privilégiée qui devrait trouver une expression dans leur Constitution respective.