



COE273158

J 613361

Strasbourg, le 19 septembre 1996
<s:\cd\doc\96\cd\56fin.f>

CDL (96) 56
Final
Or.Engl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT

AVIS

**SUR LA COMPATIBILITÉ DES CONSTITUTIONS
DE LA FÉDÉRATION DE BOSNIE ET HERZÉGOVINE ET
DE LA RÉPUBLIQUE SERBE AVEC LA CONSTITUTION
DE LA BOSNIE ET HERZÉGOVINE**

approuvé par le Groupe de travail

avec le concours de

M. Joseph MARKO (Autriche)
M. Jean-Claude SCHOLSEM (Belgique)
M. Jacques ROBERT (France)
M. Sergio BARTOLE (Italie)
M. Jan HELGESEN (Norvège)
M. Andreas AUER (Suisse)
M. Ergun ÖZBUDUN (Turquie)

suite aux débats lors
de la réunion du 27 juin 1996
avec des délégués du Haut Représentant
pour la Bosnie-Herzégovine et la Fédération de Bosnie-Herzégovine
et révisé suite aux échanges de vues avec des experts de la Fédération de Bosnie et
Herzégovine et de la Republika Srpska, à Sarajevo,
les 27 et 28 août 1996

INTRODUCTION

La Commission de Venise a été priée par le Bureau du Haut Représentant d'émettre un avis concernant la compatibilité des Constitutions des deux entités de Bosnie et Herzégovine (ci-après B.H.), à savoir la Fédération de Bosnie et Herzégovine (ci-après F.B.H.) et la République serbe (ci-après R.S.), avec la Constitution de la B.H. telle que fixée dans le cadre des accords de Dayton. Le présent document a été préparé sur la base de contributions écrites des rapporteurs, auquel le Groupe de travail a donné un accord préliminaire suite aux débats ayant eu lieu lors d'une réunion à Paris, le 27 juin 1996, entre les rapporteurs et des représentants du Bureau du Haut Représentant, de la B.H. et de la F.B.H. et révisé suite aux échanges de vues supplémentaires entre une délégation de la Commission, composée de Prof. Marko, Prof. Scholsem et Prof. Malinverni, et des experts de B.H. de la F.B.H. et de la R.S. à Sarajévo les 27-28 août 1996.

Les documents ci-après ont servi de base à la formulation de l'avis:

— les accords de Dayton, plus particulièrement l'annexe IV, contenant la Constitution de la B.H.;

— la Constitution de la F.B.H., partie des accords de Washington (document CDL (94) 28);

— les amendements à la Constitution de la F.B.H., adoptés le 5 juin 1996 (CDL (96) 50), ainsi que certains amendements annexés au document CDL (96) 50 et qui n'ont pas encore fait l'objet d'un accord;

— la Constitution de la R.S. telle qu'amendée (document CDL (96) 48).

Le Groupe de travail a relevé un certain nombre de contradictions dans les documents mis à sa disposition. La traduction ne semblait pas toujours fiable et il n'a pas toujours été facile de déterminer quel texte était en vigueur. En ce qui concerne la F.B.H., la plupart des problèmes ont trouvé une solution lors de la réunion du 27 juin 1996 avec les représentants de la F.B.H. et de la B.H. L'échange de vues, le 28 août 1996, avec des représentants de la R.S. a permis une clarification de la plupart des interrogations portant sur le texte de la constitution de la R.S.

COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Partie des accords de Dayton, la Constitution de la B.H., tout comme la Constitution de la F.B.H., qui s'inscrit dans le cadre des accords de Washington, relève à l'origine davantage du droit public international que du droit constitutionnel. L'ensemble revêt par ailleurs un caractère nettement plus contractuel que normatif. Pour devenir constitutionnelles au sens de pouvoir servir de fondement juridique à l'entité étatique de la B.H., les institutions établies par les accords manquent encore de cette légitimité démocratique que seules les élections libres (prévues à l'annexe 3 des accords de Dayton) pourront leur conférer.

Même si elle ne le dit pas expressément, la Constitution de la B.H. fonde un Etat fédéral. Elle définit deux entités, à savoir la F.B.H. et la R.S., dont la B.H. se compose, et répartit les droits et les devoirs entre les institutions de la B.H. et celles des entités. Elle crée une nationalité de la B.H., tout en reconnaissant les nationalités des entités. Elle proclame sa supériorité sur les lois et les constitutions des entités, tandis que la Cour constitutionnelle de la B.H. est compétente pour vérifier la compatibilité des Constitutions des entités avec la Constitution de la B.H. On retrouve donc ici les éléments habituels d'un Etat fédéral.¹

La B.H. est toutefois une fédération très faible. Toutes les fonctions et pouvoirs gouvernementaux non expressément assignés à la B.H. par les Constitutions relèvent en effet des entités (article III.3.a). Il n'existe pas de clause conférant une compétence implicite générale à la B.H., même si à certains égards, l'article III.5.a peut être assimilé à une clause de ce type.

La principale faiblesse de la B.H. tient à sa dépendance financière par rapport aux contributions émanant des deux entités (article VIII.3), et cette faiblesse pourrait menacer le bon fonctionnement de la B.H. Il existe des systèmes fédéraux dans lesquels les entités fédérées dépendent financièrement des instances centrales, mais il n'existe pas, à notre connaissance, d'Etat fédéral qui affirme et proclame solennellement sa supériorité normative sur les normes des entités fédérées tout en avouant son impuissance en matière de couverture des dépenses.

Côté positif par contre, l'article 1.4 de la Constitution de la B.H. proclame la liberté totale de circulation des personnes, biens, services et capitaux sur le territoire de la B.H. Cet article semble promis à devenir un important facteur d'unification du pays.

Plus spécifiquement, concernant la compatibilité, il faut tout d'abord noter que l'article III.3.b de la Constitution de la B.H. établit la suprématie de cette Constitution sur les constitutions et lois des entités fédérées. Cela implique que la Constitution de la B.H. exerce un pouvoir abrogatoire direct eu égard aux lois et constitutions des entités, ce que confirme l'article 2 de l'annexe II de la Constitution de la B.H., dans lequel il est stipulé que «*all laws, regulations, and judicial rules of procedure in effect within the territory of B.H. when the Constitution enters into force shall remain in effect to the extent not inconsistent with the Constitution*».

D'autre part, l'article XII.2 de la Constitution de la B.H. prévoit l'obligation pour les entités d'amender leurs constitutions respectives afin de garantir la conformité de celles-ci avec cette Constitution. Et de fait, les deux entités ont procédé à une révision de leurs constitutions à cet effet. Il semble en réalité nécessaire, tant pour des raisons politiques que légales, de ne pas se baser simplement sur le pouvoir abrogatoire de la Constitution de la B.H., mais de s'efforcer d'harmoniser les constitutions des entités avec la constitution centrale. Laisser cette tâche à la Cour constitutionnelle de la B.H., risquerait de constituer une surcharge pour celle-ci et déboucher sur une longue période d'incertitude sur le plan légal.

1. Les experts de la R.S. n'accepteront pas le caractère de Fédération de la B.H mais la considèrent comme une "union".

Compatibilité de la Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine avec la Constitution de la Bosnie et Herzégovine

Le préambule tel qu'amendé par l'amendement II:

Dans la nouvelle mouture du préambule, il est clairement énoncé que la Fédération «est une partie constitutive de l'Etat souverain de la B.H.». La souveraineté est ainsi correctement attribuée à l'Etat de B.H. et non pas à la Fédération elle-même.

Article I.1 tel qu'amendé par l'amendement III:

La référence aux Bosniaques et aux Croates en tant que «*constitutive peoples, together with the others*» semble réaliste vu les circonstances actuelles, et n'est pas incompatible avec les accords de Dayton. Cette référence doit également être replacée dans le contexte historique des Constitutions de 1974, voire de 1910. Elle traduit une volonté politique très claire de considérer les Musulmans/Bosniaques, Croates et Serbes comme les peuples constitutifs de la B.H. Dans la mesure où la R.S. se définit elle-même comme l'Etat national du peuple serbe, il semble tout à fait «naturel» que la Fédération se définisse comme l'entité des Bosniaques et des Croates. Un examen plus approfondi de la structure du gouvernement révèle l'application du principe de proportionnalité dès lors que la représentation et la participation au processus de décision dans les secteurs législatif, exécutif et judiciaire sont concernées.

Suite aux nombreux débats à Sarajevo, on doit souligner qu'il existe toutefois -en raison d'une certaine territorialisation et "nationalisation des structures" institutionnelles- une dangereuse tendance venant du principe de proportionnalité, tout du moins en pratique, que les citoyens n'appartenant pas aux peuples constitutifs respectifs au sein des Entités pourraient être exclus de la représentation et de la participation au processus de décision. Leur droit à se porter candidats à des postes à l'intérieur des institutions publiques à différents niveaux devrait être expressément prévu.

Le nouveau libellé du paragraphe 2 de l'article 1.1 attribue à la Fédération tous les pouvoirs, compétences et responsabilités ne relevant pas, aux termes de la Constitution de la B.H., de la «responsabilité des institutions de la B.H.»² Cette nouvelle version reflète correctement le contenu des accords de Dayton.

Article II.A.2:

Le paragraphe 2 de cet article restreint l'exercice des droits politiques, c'est-à-dire le droit de constituer et appartenir à des partis politiques, participer aux affaires publiques, accéder aux services publics, voter et se présenter aux élections, aux citoyens de la Fédération. Cette restriction pose un problème, et ne s'applique pas aux premières élections.

2. Dans le document CDL(96)50, le terme «compétence exclusive» est utilisé. Il s'agit apparemment là d'une traduction erronée.

Les premières élections à la Chambre des représentants de la Fédération doivent avoir lieu conformément à l'accord sur les élections (annexe III des accords de Dayton). L'article II, paragraphe 2 de cet accord mentionne explicitement les élections à la Chambre des représentants de la F.B.H. L'article IV.1 de cet accord stipule que tout citoyen de la B.H. jouit du droit de vote, à condition de satisfaire aux critères techniques nécessaires. L'article I.7.c définit les citoyens de la B.H. comme tous les individus déjà citoyens de la République de B.H. avant l'entrée en vigueur de cette Constitution. Enfin, afin d'éviter les fâcheuses conséquences de la purification ethnique, l'article IV.1 de l'accord sur les élections prévoit que le citoyen ne vivant plus dans la municipalité où il/elle a résidé en 1991 sera tenu, en règle générale, de voter personnellement ou par correspondance dans cette municipalité. Il apparaît donc que le droit de vote à la Chambre des représentants de la Fédération est lié à la citoyenneté de la B.H., ainsi qu'au lieu de résidence, et ne peut être restreint aux seuls citoyens de l'entité.

Le caractère fédéral de la B.H. permet de conclure que cette règle est applicable, non seulement aux premières élections, mais également à toutes les élections ultérieures. A titre d'exemple, l'article 43, paragraphe 4 de la Constitution suisse prévoit que le «Suisse établi» jouira à son domicile de tous les droits des citoyens de ce canton, et le paragraphe 5 affirme expressément que «en matière cantonale et communale, il devient électeur après un établissement de trois mois». Il semble en outre peu concevable qu'une fraction aussi importante de l'électorat se voit refuser le droit de vote entre les premières et les secondes élections.

C'est pourquoi il faudrait ajouter les termes «de Bosnie et Herzégovine» au texte du paragraphe 2, après les mots «tous les citoyens». En ce qui concerne le droit de vote, il est bien sûr conseillé de prévoir une période de résidence minimum.

Le Groupe de travail a noté que, dans l'interprétation de M. Hasić, vice-ministre de la Justice de la F.B.H., cette disposition s'applique déjà à tous les citoyens de la B.H. Etant donné toutefois que, selon les règles habituelles d'interprétation juridique, dans un texte relatif à la F.B.H., le terme «citoyens», non précisé, se réfère aux citoyens de la F.B.H., le groupe maintient sa recommandation.

Eu égard au droit de constituer et d'appartenir à des partis politiques, il faut également noter qu'il est souvent difficile d'établir une distinction entre ce droit et la liberté d'association, également accessible aux non-citoyens.

Article II.A.5 tel qu'amendé par l'amendement VII:

Conformément à l'article I.7.c de la Constitution de la B.H., cet article stipule, à juste titre, que les citoyens de la Fédération sont citoyens de la B.H. La question toutefois de l'obtention de la nationalité de la Fédération n'est pas abordée. Il est clair néanmoins que tout citoyen de la B.H. a la possibilité de devenir citoyen d'au moins une, voire des deux entités, et que les deux entités n'ont pas toute latitude à cet égard.

Article III.1 tel qu'amendé par l'amendement VIII:

L'article III.1 décrit les compétences du Gouvernement de la Fédération, et l'amendement VIII joue un rôle particulièrement important dans l'harmonisation de la Constitution de la Fédération avec la Constitution de la B.H.

Ainsi que requis par les accords de Dayton, l'amendement annule la compétence précédemment attribuée au Gouvernement de la Fédération de gérer les affaires étrangères.

Un nouveau paragraphe *a*, consacré à la défense, prévoit *inter alia* une coopération avec le Comité permanent des questions militaires, établi par l'article V.5.b de la Constitution de la B.H. Aucun détail n'est fourni concernant cette coopération, mais le terme «coopérer» pourrait donner à penser qu'il existe une relation d'égalité entre les organes de la Fédération et le comité permanent. L'article V.5.b charge toutefois le comité permanent de coordonner les activités des forces armées en B.H., ce qui pourrait impliquer une dépendance des organes de la Fédération eu égard aux autorités de la République. Il semblerait donc judicieux d'inclure dans la Constitution de la Fédération des dispositions relatives à l'instauration d'un processus de décision, d'autant plus que les clauses de l'article V.5 de la Constitution de la B.H. sont franchement ambiguës.

Les diverses compétences dans le domaine économique, plus particulièrement celles concernant la politique économique, *c*, les finances, *e* et la politique de l'énergie, *h*, doivent être interprétées conformément au principe de la Constitution de la B.H., préconisant la liberté de circulation totale des personnes, biens, services et capitaux. A titre d'exemple, le système fiscal des entités ne peut constituer une entrave à la libre circulation des personnes. La compétence visée au point *e* (finance, institutions financières et politique fiscale) doit aussi être interprétée à la lumière de la Constitution de la B.H., qui réserve la politique monétaire et le statut de la banque centrale aux institutions de la B.H. (articles III.1.d et VII). Les réglementations des entités ne peuvent porter préjudice à l'exercice, par les institutions de la B.H., des compétences nécessaires au maintien de l'unité monétaire du pays.

En ce qui concerne la distribution des fréquences de radio et de télévision (point *g*), le respect des règles émanant des institutions de la B.H. est explicitement rappelé.

En ce qui concerne le point *d*, aucun accord n'a encore été conclu et le texte prévoit toujours deux versions. Selon la première, la Fédération serait compétente pour les droits de douane à l'intérieur de la Fédération, et cette proposition ne peut donc être retenue. En limitant cette compétence aux droits de douane «à l'intérieur» de la Fédération, elle évite de violer la compétence exclusive de la B.H. sur la politique douanière aux termes de l'article III.1.c. Elle est toutefois en contradiction avec le principe de la libre circulation des biens contenu dans l'article I.4 de la Constitution. Sachant cela, il devient non seulement illégal d'introduire des droits de douane entre les entités, mais, conformément au libellé «throughout B.H.», il est exclu que l'on puisse introduire des droits de douane au sein même d'une entité, par exemple entre les cantons.

Lors de la réunion du 27 juin 1996, il a été expliqué que la proposition ne vise pas à légitimer l'introduction de douanes au sein de la Fédération, mais uniquement à charger les organes de la Fédération de mettre en œuvre la politique douanière adoptée au niveau de

la B.H. Pour justifier cette proposition, on invoque le fait que l'article III.1.c parle uniquement de «politique douanière» et non pas de douanes en tant que telles.

Le Groupe de travail a hésité à accepter cette distinction entre la politique douanière et la mise en œuvre. Au niveau de la B.H., on peut bien entendu décider, à l'avenir, de confier aux entités la mise en œuvre de la politique douanière. En l'absence d'une telle décision, les entités devraient s'abstenir de revendiquer des responsabilités dans ce domaine. Il est essentiel que les règlements douaniers soient appliqués de façon uniforme dans toute la B.H., ce qui autoriserait la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la B.H. L'absence d'autres ressources pour la B.H. (voir ci-dessus) joue également en faveur d'une perception des droits de douane par la B.H.

Dans l'article III.1.f (lutte contre le banditisme), il est nécessaire d'éviter toute interférence avec les fonctions confiées à la B.H. aux termes de l'article III.1.g de la Constitution de la B.H. Il est conseillé de mettre sur pied des organes mixtes, chargés de la coopération entre la B.H. et la Fédération dans le domaine de l'application du droit pénal international et entre entités.

La clause relative à la politique de l'énergie telle qu'adoptée au point *h* ne contient plus de référence aux compagnies publiques prévue par l'annexe IX des accords de Dayton. Il est conseillé de prévoir explicitement dans la Constitution la mise en œuvre de l'annexe IX dans les domaines de la communication et des transports.

Article III.2 tel qu'amendé par l'amendement IX:

Le libellé des sous-paragraphes *f* et *g* suite à l'adoption de l'amendement IV semble peu clair. Le nouveau sous-paragraph *g* semble faire double emploi (partiellement) avec le sous-paragraph *f* et la clause relative aux «foreigners staying and movement» semble en contradiction avec les responsabilités du gouvernement de la B.H. en matière de politique étrangère (article III.1.d, immigration et politique de demande d'asile (article III.1.f).

Lors de l'assemblée du 27 juin, il a été expliqué que ces dispositions revêtent un caractère provisoire, partiellement du moins, et sont nécessaires vu l'absence actuelle de structures appropriées au niveau de la B.H.

Chapitre III en général:

La Constitution modifiée par ses amendements ne contient pas de clauses de mise en œuvre de l'article III.4 (coordination) et III.5 (responsabilités supplémentaires) de la Constitution de la B.H. ou de l'annexe 7 (accord sur les réfugiés et les personnes déplacées) et l'annexe 8 (accord sur la création d'une commission de conservation des monuments nationaux) des accords de Dayton.

Il est suggéré d'introduire dans la Constitution une clause du type «La F.B.H. coopérera avec les organes établis par les autorités compétentes de la B.H. afin de mettre en œuvre les responsabilités de la B.H. aux termes de la Constitution et des autres annexes aux accords de Dayton».

Article IV.B.7 tel qu'amendé par l'amendement XIII:

Eu égard à l'article IV.B.7.a.i et ii, le texte des amendements à adopter n'a pas encore été approuvé. Les diverses versions s'accordent toutefois à vouloir annuler les compétences du Président de la Fédération en ce qui concerne la nomination des chefs de missions diplomatiques et son rôle de commandant en chef de l'armée de la Fédération.

L'article IV.B.7 III.a.vii énonce que le Président de la Fédération continuera à recevoir et accréditer les ambassadeurs. Le Groupe de travail a toutefois été informé lors de l'assemblée du 27 juin 1996 qu'il existe un consensus sur la non-application de cette clause.

Article IV.B.8 en conjonction avec l'amendement XIV proposé:

Sous sa forme actuelle, l'article IV.B.8 est incompatible avec la Constitution de la B.H. parce que, conformément à l'article V.3.B de cette Constitution, le Président de la B.H. désigne les ambassadeurs. La nomination d'ambassadeurs par le Président de la Fédération ne peut donc pas être admise. Certaines propositions actuelles voudraient voir le Président de la F.B.H. «instituer» ou «proposer» les nominations d'ambassadeurs du territoire de la F.B.H. Il appartient à la législation de la B.H. de décider d'impliquer ou non les entités dans la procédure de nomination. La Constitution de la B.H. ne permet pas d'exiger un consensus entre l'entité et la B.H. concernant les questions de nomination. Le Président de la F.B.H. peut donc être tout au plus l'une des autorités effectuant des propositions.

Articles IV.C.12, 16 et 20:

Conformément à ces articles, les jugements de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême de la Fédération et de la Cour des droits de l'homme sont définitifs. L'article VI.3 de la Constitution de la B.H. stipule que la Cour constitutionnelle de la B.H. disposera de juridictions d'appel concernant les questions relevant de la Constitution de la B.H. et issues du jugement prononcé par tout autre tribunal de la B.H. La Commission des droits de l'homme établie par l'annexe 6 aux accords de Dayton peut également intervenir dans les affaires sur lesquelles ont déjà statué les plus hautes cours de la F.B.H.

Le Groupe de travail a noté que le terme «définitif» s'entend dans le sens de «définitif au niveau de la F.B.H.». Il a néanmoins suggéré de préciser le sens de ce mot, par exemple «définitif pour les questions ne relevant pas de la juridiction des cours de la B.H.».

Article VII.4 tel qu'amendé par l'amendement XX:

Conformément au nouveau libellé de cet article, les accords entre la Fédération et les Etats ou les organisations internationales entrent en vigueur après l'approbation par l'Assemblée parlementaire de la B.H., à moins que l'Assemblée parlementaire ait prévu, par voie légale, que ces types d'accords ne requerraient pas son consentement. Cela correspond à la demande d'approbation par l'Assemblée parlementaire de la B.H. telle que définie dans l'article III.2.d de la Constitution de la B.H.

Le Groupe de travail a été informé que cette approbation est en fait requise avant la signature et/ou la ratification et non pas, comme le texte incline à penser, avant l'entrée en vigueur.

Propositions d'amendements de la Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine

Lors du second échanges de vues avec des représentants de la F.B.H. le 27 août 1996, les membres du Groupe de travail ont fait des propositions concrètes d'amendements de la constitution de la F.B.H., elles sont présentées à l'Annexe 1 de ce document.

Compatibilité de la Constitution de la République serbe avec la Constitution de Bosnie et Herzégovine

Lors de la réunion du 27 juin 1996 à Paris, tant le Groupe de travail que les représentants de la B.H. et de la F.B.H. ont regretté de ne pas avoir l'occasion de discuter de cette question avec un représentant de la R.S. étant donné que, malgré les invitations répétées, la R.S. n'a envoyé aucun représentant à cette assemblée. Toutefois, une telle discussion a eue lieu le 28 août 1996 à Sarajévo.

Préambule:

Le préambule de la constitution de la R.R. manque dans le document CDL (96)48 mais son texte figure dans l'amendement XXVI adopté par le parlement de la R.S. le 11 novembre 1994. A ce moment, la R.S. aspirait à être un Etat indépendant, souverain sous l'angle du droit international: avec le désir de s'unifier avec d'autres pays serbes, et le texte reflète cette situation.

Cependant, conformément aux articles 1.1 et 1.3 de la Constitution de la B.H., la R.S. et la F.B.H. sont des entités de la B.H. et «*shall continue its legal existence under international laws as a State, with its internal structure modified as provided herein (.)*». Comme on le voit, les entités font partie de la structure interne de la B.H. et ne peuvent constituer des Etats souverains et indépendants. A cet égard, il est bon de rappeler que toute référence à la souveraineté et l'indépendance a été effacée de la Constitution de la Fédération, ce qui devrait également être le cas de la R.S.

En outre, si l'article III.2.a de la Constitution de la B.H. autorise les entités à établir des relations parallèles spéciales avec les Etats voisins, ces relations doivent être «*consistent with the sovereignty and territorial integrity of B.H.*». Cela n'autorise pas pour autant l'une des entités à s'unir à un Etat étranger. Le passage relatif à la décision de s'unir à d'autres pays serbes devrait par conséquent être également effacé.

Lors de l'échanges de vues le 28 août 1996, les experts de la R.S. ont soutenu que le préambule n'avait pas un caractère normatif et que la R.S. n'était par conséquent pas tenue de l'amender. Toutefois, étant donné que le préambule est important pour l'interprétation de l'ensemble de la constitution, les membres du Groupe de travail ne pourraient accepter le maintien d'un texte qui est en contradiction directe avec les structures étatiques de B.H. et les obligations de la R.S. conformément aux Accords de Dayton.

Article 1

Il faut noter que le mot "sovereign" («souverain») figurant dans le texte de cet article dans le document CDL (96) 48 a été en fait annulé par l'amendement XLIV, voté le 2 avril 1996 par le parlement de la R.S. Ceci est positif.

Une disposition doit être toutefois ajoutée selon laquelle la R.S. est une partie constitutive de B.H. (cf. le nouveau préambule de la constitution de la F.B.H.). Lors de l'échange de vues le 28 août 1996, les experts de la R.S. ont reconnu que la R.S. est une partie de la B.H. sous l'angle du droit international mais ont jugé que ce serait une répétition superflue des dispositions des Accords de Dayton de l'insérer dans le texte de la constitution de la R.S. En raison de l'importance de ce principe, le Groupe de travail considère néanmoins nécessaire de faire une déclaration expresse dans la constitution, et ce d'autant plus que le texte du préambule le contredit toujours.

Article 2

L'actuel libellé du paragraphe 2 est malheureux car il donne l'impression que les frontières peuvent être modifiées unilatéralement par un plébiscite sans l'accord des autres Entités concernées, il doit être par conséquent amendé. Les experts de la R.S. ont dit que ceci n'était pas dans l'intention de la R.S., et que celle-ci était liée par l'annexe 2 des Accords de Dayton. Selon les experts de la R.S., une modification du libellé peut être envisagée.

Article 3

On a déjà recommandé d'effacer le terme «souverain» de l'ensemble de la Constitution. Les experts de la R.S. ont reconnu que le terme "sovereign" ne pouvait signifier «souverain» conformément au droit international et qu'il devait être compris dans le sens de "compétent". Etant donné que cette pratique est conforme à la tradition yougoslave, ils sont restés peu disposés à abandonner ce libellé, bien que le Groupe de travail le considère comme impératif. Les termes «dans l'intérêt commun» sont également inappropriés, dans la mesure où les compétences de la B.H. lui sont conférées par la Constitution de la B.H. et qu'il n'appartient donc pas à la R.S. de décider unilatéralement de l'existence ou non d'un intérêt commun justifiant les compétences de la B.H.

La référence, au paragraphe 2 de cet article, selon laquelle «la République peut établir des relations parallèles spéciales avec la République fédérale de Yougoslavie et ses unités constitutionnelles» est, partiellement en tout cas, une citation tirée de l'article III.2.a de la Constitution de la B.H., à savoir que «les entités auront le droit d'établir des relations parallèles spéciales avec les Etats voisins, en conformité avec la souveraineté et l'intégrité territoriale de la B.H.» La précision «en conformité avec (.).», malgré son importance, a été omise et devrait être introduite dans ce texte.

Article 4:

Cet article est considéré comme abrogé suite à l'introduction de la nouvelle version de l'article 3.

Article 5:

La première mouture du présent article se réfère à la garantie et la protection des libertés, conformément aux normes internationales. S'il ne contient pas autant de détails spécifiques que les dispositions relatives à la mise en œuvre des accords internationaux sur les droits de l'homme de l'article II de la Constitution de la B.H., il n'en résulte pas pour autant de problème de non-conformité. Il serait toutefois judicieux d'inclure explicitement ces dispositions dans le texte.

Article 6:

Si la plupart des contradictions avec la Constitution de la B.H. ont été supprimées, une référence explicite aux clauses de citoyenneté de la Constitution de la B.H. fait toujours défaut. Les remarques ci-dessus concernant l'article II.5 de la Constitution de la F.B.H. s'appliquent *mutatis mutandis* à cet article.

Chapitre II – Droits et libertés:

a. La Constitution consacre un long chapitre aux droits et libertés (articles 10-49). Simultanément, la Constitution de la B.H. prévoit le recours à une série d'instruments légaux internationaux dans ce domaine, une place importante étant réservée à la Convention européenne des Droits de l'Homme dans l'article II.2. Les droits et libertés décrits dans la Convention s'appliquent directement en B.H. et ont la priorité sur toute autre législation. Il y a manifestement fort à craindre qu'un catalogue aussi détaillé des droits et libertés que celui présenté dans la Constitution de la R.S. ne soit pas toujours totalement conforme aux instruments internationaux concernés, ni à la dernière interprétation donnée à ces instruments par les organes compétents, notamment la Cour européenne des droits de l'homme. Il nous est impossible pour l'instant d'analyser le texte de la Constitution article par article et d'évaluer, pour chaque article, la compatibilité (ou l'incompatibilité) de certaines formulations avec l'un ou l'autre instrument légal international. Nous nous pencherons donc uniquement sur certaines questions plus importantes.

En guise de solution générale à ce problème, il est suggéré que la Constitution stipule expressément que, en cas de divergence entre les droits définis dans la Constitution de la R.S. et les droits applicables en vertu de la Constitution de la B.H., ce soit la clause la plus favorable aux droits de l'individu qui l'emporte.

b. L'une des principales caractéristiques de ce chapitre est qu'un grand nombre de droits sont garantis aux seuls citoyens de la République, et plus particulièrement:

- article 10: non-discrimination;
- article 21: liberté de mouvement et de résidence;
- article 29: droit de vote;
- article 30: droit de se rassembler pacifiquement;
- article 32: droit de requête;
- article 33: droit de participer aux affaires publiques;
- article 34: liberté d'exprimer son appartenance nationale;
- article 38: droit d'établir des lieux privés réservés à l'instruction;
- article 43: droit de formation professionnelle pour les handicapés partiels.

En ce qui concerne le droit de vote (article 29), les commentaires relatifs à l'article II.A.2 de la Constitution de la F.B.H. s'appliquent *mutatis mutandis* à la Constitution de la R.S.

La restriction du principe de non-discrimination, de la liberté de mouvement et du droit de rassemblement pacifique aux seuls citoyens de la R.S. est manifestement en contradiction avec l'article II.2, II.3 et II.4 de la Constitution de la B.H., qui stipule que les droits garantis dans ces articles s'appliquent «à toutes les personnes se trouvant en B.H.». La restriction de la liberté de mouvement aux citoyens énoncée dans l'article 21 est également en contradiction directe avec l'article I.4 de la Constitution de la B.H.

La liberté d'exprimer son appartenance nationale (article 34) est garantie par la Convention-cadre sur les minorités nationales (annexe I à la Constitution de la B.H.). On pourrait également arguer du fait que la liberté d'expression, en conjonction avec le principe de non-discrimination, implique la liberté d'exprimer son appartenance nationale. C'est pourquoi ce droit particulier devrait au minimum être garanti à tous les citoyens de la B.H., et devrait en fait être considéré comme un droit fondamental de l'être humain.

Article 22:

La référence à la sécurité de la Yougoslavie figurant à la fin de cet article devrait être supprimée.

Les experts ont reconnu que cette référence est obsolète.

Article 34:

Le dernier paragraphe de l'article 34, selon lequel les citoyens de la République peuvent également se proclamer Yougoslaves, est un reliquat d'une ancienne coutume yougoslave. La liberté d'exprimer son appartenance nationale est déjà garantie par le premier paragraphe, ce paragraphe semble donc superflu. Il ne peut en aucun cas être interprété comme une référence à la citoyenneté yougoslave.

Articles 47 et 48:

Ces articles doivent faire l'objet d'une révision approfondie et, sous leur forme actuelle, sont clairement incompatibles avec la Convention européenne des Droits de l'Homme³. Le paragraphe 2 de l'article 48, qui stipule que «la violation des droits et libertés est contraire à la constitution et punissable» est beaucoup trop imprécis (cf. Articles 8-11 CEDH). Il faudrait inclure des critères clairs sur ce qu'implique ce violation des droits et libertés.

Lors de la réunion du 28 août 1996, les experts de la R.S. ont semblé disposé à envisager une révision des dispositions sur les droits de l'homme (qui sont essentiellement fondés sur l'ancienne constitution yougoslave) sur la base des instruments juridiques internationaux.

3. La traduction de l'article 47 n'est pas correcte et cet article devrait dire "are restricted" et non pas "shall be restricted".

Article 57:

La clause du paragraphe 2 selon laquelle la loi ne peut restreindre les droits de propriété que les investisseurs étrangers ont acquis sur base du capital investi va trop loin (voir le premier protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme).

Article 68:

L'amendement XLIX a introduit un nouveau paragraphe dans l'article 68, affirmant que les fonctions de la République serbe sont exécutées non seulement en conformité avec la Constitution de la République serbe, mais aussi en conformité avec la Constitution de la Bosnie-Herzégovine. Il y a là un sérieux problème de langage (ou peut-être de traduction), mais l'amendement, s'il a un sens, semble avoir reconnu la suprématie de la Constitution de la B.H., auquel cas toutes les compétences attribuées à la R.S. par l'article 68 tel qu'amendé par l'amendement XXXII doivent s'entendre dans les limites fixées par la Constitution de la B.H. Néanmoins, l'amendement XLIX réclame des explications. Il devrait clairement affirmer la suprématie de la Constitution de la B.H., tout en reconnaissant les compétences de la R.S. dans toutes les matières ne relevant pas des compétences de la B.H. en vertu de sa Constitution.

Par ailleurs, la disposition ne justifie pas le fait que l'on ait laissé, dans le catalogue des compétences, des matières relevant de la juridiction exclusive de la B.H., étant donné que cela risque de constituer une sérieuse surcharge pour la Cour constitutionnelle de la B.H. et de déboucher sur un flou juridique.

Concernant les diverses dispositions du catalogue, nous pouvons faire les commentaires suivants:

Numéro 1:

Il a déjà été mentionné ci-dessus que le terme «souveraineté» ne peut s'utiliser pour la R.S. Il en va de même du mot «indépendance», en contradiction avec l'article I.3 de la Constitution de la B.H. Ceci a été accepté par les experts de la R.S. lors de la réunion du 28 août 1996.

Numéros 2 et 3:

De même que pour la Fédération de B.H., il serait judicieux d'introduire une clause sur la coopération avec le Comité permanent des questions militaires établi par l'article V.5 de la Constitution de la B.H.

Lors de la réunion le 28 août 1996, les experts de la R.S. ont vigoureusement contesté toute compétence de la B.H. dans le domaine de la défense. Selon eux, le commandement civil des forces armées des membres de la Présidence de la B.H. signifie que les membres serbes de la Présidence de la B.H. commandent les troupes de la R.S. Etant donné que la défense n'est pas mentionnée à l'article III.1 de la Constitution de la B.H., elle ressort de la compétence exclusive de la R.S. Bien que le Groupe de travail soit convenu que la compétence principale revient aux Entités, il continue néanmoins à considérer que la fonction de coordination du Comité permanent limite l'arbitraire des Entités et doit être pour cette raison mentionné.

Numéro 6:

Conformément à l'article III.1 de la Constitution de la B.H., les relations économiques avec les pays étrangers relèvent de la responsabilité des institutions de la B.H. Ces termes devraient donc être effacés au numéro 6.

Numéro 7:

Conformément aux articles III.1.d et VII de la Constitution de la B.H., la Banque centrale de la B.H. sera la seule autorité responsable de l'émission de devises et de la gestion de la politique monétaire. Toute référence au système monétaire et au change faite au numéro 7 devra donc être annulée. Lors de la réunion le 28 août 1996 cela semble avoir été accepté par les experts de la R.S.

Ainsi qu'expliqué eu égard à l'article III.1 de la Constitution de la F.B.H., le terme «douanes» doit également être supprimé.

Plus particulièrement, concernant les autres compétences prévues aux numéros 6 et 7, ainsi que pour les autres, le principe de la libre circulation des biens, services, capitaux et personnes en B.H. doit toujours être respecté.

Numéro 15:

La R.S. ne possède qu'une capacité très limitée de conclure des accords avec d'autres Etats et organisations internationales aux termes de l'article III.2.d de la Constitution de la B.H. Le libellé du numéro 15, qui implique une compétence globale dans le domaine de la coopération internationale, doit donc être amendé.

Article 70:

Au numéro 12, les références à une confédération ou toute forme similaire d'union avec d'autres pays doivent être supprimées (voir les remarques sur l'article 4). ceci a été accepté par les experts de la R.S.

Le numéro 13 doit être harmonisé avec les compétences limitées de la R.S. en matière de politique étrangère (voir ci-dessus, article 68, numéro 15). Les experts de la R.S. ont indiqué que ce paragraphe pourra être rédigé à nouveau.

Le second paragraphe, en vertu duquel l'Assemblée nationale décide de la guerre et de la paix et déclare l'état de guerre dans le cas d'une attaque armée contre la République, est problématique, même eu égard au droit international. Les experts de la R.S. ont indiqué que ce paragraphe pourra être reformulé.

Article 80:

Conformément au numéro 8, le Président de la R.S. devrait exécuter, en conformité avec la Constitution et la loi, les tâches liées à la défense, la sécurité et les relations de la République avec d'autres pays et organisations internationales. Ces tâches ne sont pas définies et, vu que les compétences de la R.S. sont limitées par les dispositions

respectives de la Constitution de la B.H., il faudrait introduire dans cette disposition une référence spécifique à la Constitution de la B.H.

Comme indiqué ci-dessus eu égard à la Constitution de la F.B.H., l'article V.3.b de la Constitution de la B.H. confère au Président de la B.H. le pouvoir de nommer les ambassadeurs. Le Président de la R.S. n'est donc pas habilité à nommer les ambassadeurs de la B.H.; il peut tout au plus faire des propositions non contraignantes. Lors de la réunion du 28 août 1996, il a été expliqué que le mot "nominate" ("désigner") au No.9 était une mauvaise traduction et que l'on doit lire à la place "propose candidates" (propose des candidats). Concernant la nomination des ambassadeurs de la R.S., le terme ambassadeur implique un Etat souverain et ne peut de ce fait être utilisé. L'existence de bureau représentation à l'étranger et d'autres représentants internationaux peut être conforme à la Constitution de la B.H., à condition que ces bureaux et représentants ne fassent pas office d'ambassades ou de bureaux consulaires.

Article 90:

Eu égard au numéro 10, les remarques sur l'article 80, numéro 9, sont d'application. Aucun bureau diplomatique ou consulaire représentant la R.S. ne peut être établi.

Article 98:

Les experts de la R.S. ont expliqué que la "Banque nationale" n'était pas supposée émettre de la monnaie mais avoir uniquement les mêmes compétences que les autres banques des Républiques dans l'ancienne Yougoslavie.

Article 101:

Les termes souveraineté ("sovereignty") et indépendance ("independance") au Numéro 1 doivent être retirés.

Article 106:

Les articles sur la défense, plus particulièrement l'article 106, ne tiennent pas compte du fait qu'aux termes de l'article V.5 de la Constitution de la B.H., les membres de la présidence de la B.H. exercent le commandement des forces armées, et qu'il existe un Comité permanent des questions militaires, chargé de coordonner les activités des forces armées en B.H.

Article 119:

Les nombreuses compétences de la cour constitutionnelle de la R.S. telle qu'énumérées à l'article 115, à l'exception du numéro 5 de l'article 115, ne risquent pas de conduire fréquemment à la possibilité d'un recours à la cour constitutionnelle de B.H. Quoiqu'il en soit cette possibilité existe au moins au numéro 5 et c'est pourquoi le terme définitif des décisions doit être donné aux décisions "définitives pour les matières ne relevant pas de la compétence des juridictions de B.H."

Article 138 (dans le document CDL(96)48 apparaissant incorrectement sous article 133)

Adopté les 1^{er} et 2 avril 1996 par l'Assemblée nationale de la R.S., l'amendement LI à la Constitution modifie le texte de l'article 138, instituant une espèce de «droit de nullification» ou «droit d'interposition» contre les actes de la B.H. ou les actes de la F.B.H. qui «violent l'égalité de la R.S. ou qui menacent les intérêts juridiques de la R.S. de quelque façon que ce soit». Cette disposition est en contradiction flagrante avec la Constitution de la B.H., qui exige que de tels conflits soient réglés par la Cour constitutionnelle et qui établit une série de garanties de procédure pour les entités et les groupes nationaux désireux de protéger leurs intérêts. Cet amendement est totalement inacceptable et doit être annulé.

Lors des débats le 28 août 1996, les experts de la R.S. ont interprété restrictivement cette disposition comme se référant uniquement à des situations exceptionnelles, par exemple avant que la Cour constitutionnelle de B.H. ne se soit prononcée. Ils ont promis d'étudier un amendement de la disposition afin que seules soient permises des mesures temporaires prises afin de prévenir un dommage irréparable. Ceci rendrait le texte dans une certaine mesure moins inadmissible mais non acceptable pour autant.

Propositions d'amendements de la Constitution de la R.S.

Des propositions concrètes d'amendements à la Constitution de la R.S. figurent à l'annexe 2.

Conclusions

La commission constate avec satisfaction que la F.B.H. et la R.S. ont toutes deux fait de sérieux efforts afin d'harmoniser leurs Constitutions avec les accords de Dayton. Ainsi que le démontre toutefois l'analyse détaillée de leurs dispositions, la compatibilité est encore loin d'être une réalité.

En ce qui concerne la F.B.H., la tâche est manifestement compliquée par le fait que l'entité fédérée forme elle-même une fédération, et que les compétences doivent être distribuées à divers niveaux, ce qui complique énormément le système légal. Les contradictions les plus flagrantes avec la Constitution de la B.H. ont toutefois été supprimées ou, du moins, leur suppression est en cours. Plus particulièrement, il nous faut reconnaître que l'article 1 de la Constitution de la Fédération tel qu'amendé favorise explicitement l'intégration de la Fédération au sein de la B.H.

Du côté de la R.S., des efforts ont également été accomplis afin de supprimer les dispositions incompatibles de la Constitution de la R.S. Certains problèmes demeurent, notamment eu égard au concept de souveraineté de la R.S., maintenu sous une forme par nature incompatible avec son statut d'entité d'un Etat fédéral, et concernant les droits des non-citoyens de la R.S. En outre, l'article 68, paragraphe 2, qui reconnaît les compétences de la B.H., est formulé d'une façon quelque peu fâcheuse.

Le travail est donc loin d'être terminé pour les entités, et ne consiste pas simplement en la suppression des incohérences présentes dans les Constitutions. Il s'agit également pour la B.H. de devenir un Etat viable, ce qui implique de surmonter les difficultés liées à la mise en œuvre de la Constitution de la B.H. telle qu'approuvée à Dayton. Actuellement, la Fédération revêt un caractère double, certaines compétences étant du ressort de la B.H. et d'autres étant confiées aux entités. Il faut déplorer l'absence de mécanismes de

coopération, qui s'avéreront pourtant indispensables dans de nombreux secteurs si nous voulons garantir le fonctionnement efficace des institutions de la B.H. et des entités. Les articles III.4 et III.5 de la Constitution de la B.H. fourniront peut-être le point de départ du développement de ces mécanismes. Les deux entités devront toutefois réfléchir à la manière d'intégrer ces mécanismes de coopération à leur structure constitutionnelle.

ANNEXE 1

PROPOSITIONS DE LA COMMISSION DE VENISE POUR AMENDEMENTS DE LA CONSTITUTION DE LA F.B.H.⁴**Article II.A.2.**

Para.2: Add the words "of Bosnia and Herzegovina" after "all citizens" and add at the end of the article after the word election "after a period of (6) months' residence on the territory of the Federation".

Article III.1 as amended by Amendment VIII

lit. a): insert "while fully respecting the civilian command authority of the Presidency of Bosnia and Herzegovina and the coordinating function of the Standing Committee on military matters" at the beginning before "to organise...". The provision on co-operation with the Standing Committee would then be deleted.

lit. c) and d): merge both sub-paragraphs and insert at the beginning "while fully respecting Art. I.4, III.1.d and VII. of the Constitution of Bosnia and Herzegovina".

former lit. d) The proposal to introduce a provision on customs within the Federation should not be accepted.

Article III.2 as amended by Amendment IX

lit. g): add at the end after the word movement "subject to Art. III 1.f of the Constitution of Bosnia and Herzegovina."

Suggestion to introduce a **new Article within Chapter III** (not directly required by Dayton): "F.B.H. shall co-operate with bodies that may be established by the competent authorities of B.H. to implement the responsibilities of B.H. under the Constitution and other Annexes to the Dayton Agreements".

Article IV B.7 as amended by Amendment XIII

- a) (I): delete "heads of the diplomatic missions".
- a) (II): delete the provision (commander in chief)
- a) (VI), former (VII): delete the provision (receiving ambassadors)

4. Les propositions d'amendement n'ont pas été traduites afin de pouvoir plus aisément les comparer au texte de la constitution disponible uniquement en version anglaise

Article IV.B.8.

delete the provision on the nomination of heads of diplomatic missions.

Article IV C. 12,16 and 20

change from "final and binding" to "binding and final for matters not within the jurisdiction of the BH courts".

ANNEXE 2

PROPOSITIONS DE LA COMMISSION DE VENISE POUR AMENDEMENTS DE LA CONSTITUTION DE LA REPUBLIKA SRPSKA⁵**Preamble**

Replace the Preamble with a new text

Article 1

Add "and a constitutive part of Bosnia and Herzegovina"

Article 2

Reformulate **para. 2**, e.g.: "The Republika may not give its consent to a change of its borders without a plebiscite requiring a majority of three fourths of the enlisted voters."

Article 3

Para. 1: replace "The Republic is sovereign in ..." by "The Republic is competent for ..." and delete "in the joint interest"

Para. 2: add at the end "... consistent with the sovereignty and territorial integrity of Bosnia and Herzegovina."

Article 10

Para. 1: replace "Citizens of the Republic" by "Everyone"

Add a new paragraph: "In addition to the rights set out in this Constitution, the Republic recognises and applies the rights set out in the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the international legal instruments which have been made part of the Constitution of Bosnia and Herzegovina. In case of any conflict or discrepancy, the provision more favourable to the individual shall be applied."

Article 21

Replace "Citizens" by "Every citizen of Bosnia and Herzegovina"

Article 22

Delete "and of Yugoslavia"

5. Les propositions d'amendement n'ont pas été traduites afin de pouvoir plus aisément les comparer au texte de la constitution disponible uniquement en version anglaise

Article 29

Add after "A citizen" "... of Bosnia and Herzegovina resident for at least six (6) months on the territory of Republika Srpska and ..."

Article 30

Replace "Citizens" by "Everyone"

Article 32

Replace "Citizens" by "Everyone"

Article 34

Replace "A citizen" by "Everyone" in **para. 1**. Dito for **para. 3** (or better delete altogether this paragraph).

Article 43

Replace "Citizens" in **para. 3** by "Everyone"

Article 47

Reformulate, e.g.: "There shall be no interference by a public authority with the exercise of the rights set out in this Constitution except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interest of national security, public safety and order, or for the protection of the rights and freedoms of others."

Article 48

Delete **para. 2**.

Article 68

No. 1: delete "sovereignty" and "independence"

Nos. 2 and 3: merge these two provisions and add "... while fully respecting the civilian command authority of the Presidency of Bosnia and Herzegovina and the coordinating function of the Standing Committee on military matters"

No. 6: delete "economic relations with foreign countries"

No. 7: delete "monetary", "foreign exchange", "customs"

No. 15: add "within the limits set out in the Constitution of Bosnia and Herzegovina"

Para. 2: reformulate, eg: "The functions of the Republika Srpska shall be carried out in accordance with this Constitution and the law and in full compliance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina which supersedes any inconsistent provisions of this Constitution or any other law of the Republic."

Article 70

No. 12: delete "and proposal for the Republic entering into confederation or similar forms of uniting with other countries"

No. 13: add "within the limits set out in the Constitution of Bosnia and Herzegovina"

Para. 2: reformulate by deleting in particular the reference to a declaration of war

Article 80

No. 8: reformulate "in accordance with this Constitution, the Constitution of Bosnia and Herzegovina and the law"

No. 9: delete at the end "and of the Republika Srpska"; or better delete from "and proposes candidates"

Article 90

Delete the words "diplomatic, consular"

Article 101

Delete the words "sovereignty, independence"

Article 104

Delete the words "sovereignty" and "independence"

Article 106

Replace "the President of the Republic, according to the Constitution and law" by "members of the Presidency of Bosnia and Herzegovina in accordance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina"

Article 119

Add at the end of **para. 1** "for matters not within the jurisdiction of the Bosnia and Herzegovina courts"

Article 138

Delete this provision