

Strasbourg, 1er juillet 1998

CDL-INF (98) 15

s:\cdl\doc\98\cdl-inf\inf15.f

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

AVIS
SUR LE REGIME CONSTITUTIONNEL
DE BOSNIE ET HERZEGOVINE

Septembre 1994 – Juin 1998

TABLE DES MATIERES

A.	LA CONTRIBUTION DE LA COMMISSION DE VENISE A L'INTERPRETATION DU REGIME CONSTITUTIONNEL DE LA BOSNIE ET HERZEGOVINE.....	6
	Par Christos Giakoumopoulos, Secrétaire adjoint de la Commission européenne pour la démocratie par le droit	
1.	Introduction.....	6
2.	Avis sur la constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine	8
3.	Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine, plus particulièrement en ce qui concerne les mécanismes de protection des droits de l'Homme.....	11
4.	Avis sur la compatibilité des Constitutions de la Fédération de Bosnie et Herzégovine et de la Republika Srpska avec la Constitution de la de Bosnie et Herzégovine	17
5.	Vers un régime constitutionnel cohérent.....	23
B.	AVIS ET RAPPORTS	27
I.	CERTAINS ASPECTS DE LA SITUATION CONSTITUTIONNELLE EN BOSNIE ET HERZEGOVINE (AVIS SUR LA CONSTITUTION DE LA FEDERATION DE BOSNIE ET HERZEGOVINE)	27
II.	AVIS SUR LA SITUATION CONSTITUTIONNELLE EN BOSNIE ET HERZEGOVINE, PLUS PARTICULIEREMENT EN CE QUI CONCERNE LES MECANISMES DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME	31
1.	Introduction.....	31
2.	Droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine : approche générale	32
3.	Organes intervenant dans le domaine des droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine	33
3.1	Organes créés en vertu des Accords de Dayton	33
3.1.1	La Cour Constitutionnelle	33
3.1.2	La Commission des droits de l'Homme.....	34
3.1.3	Commission pour les personnes déplacées et les réfugiés.....	36

3.1.4	Sous-Commission d'appel pour les élections.....	36
3.1.5	Autres organes.....	37
3.2	Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine	38
3.2.1	La Cour constitutionnelle	38
3.2.2	La Cour suprême.....	38
3.2.3	Les ombudsmen de la Fédération	38
3.2.4	La Cour des droits de l'Homme.....	39
3.2.5	Conseil de la Fédération pour l'application des accords.....	40
3.3	Constitution de la Republika Srpska.....	40
3.3.1	La Cour constitutionnelle	40
3.3.2	La Cour suprême et les autres tribunaux.....	42
4.	Conflits de compétences possibles et propositions pour les régler.....	42
4.1	Remarques préliminaires	42
4.2	Les entités	43
4.2.1	Republika Srpska	43
4.2.2	Fédération de Bosnie et Herzégovine	44
4.3	Relations entre les institutions des entités et les institutions de la BH	47
4.3.1	Coexistence de trois cours constitutionnelles.....	47
4.3.2	Fonctionnement simultané de deux juridictions des droits de l'Homme ..	47
4.4	Institutions de Dayton	49
4.4.1	Commission des droits de l'Homme et autres institutions créés en vertu des Annexes des Accords de Dayton	49
4.4.2	Commission des droits de l'homme et Cour constitutionnelle	50
5.	Remarques en conclusion	53
III.	AVIS SUR LA COMPATIBILITE DES CONSTITUTIONS DE LA FEDERATION DE BOSNIE ET HERZEGOVINE ET DE LA REPUBLIKA SRPSKA AVEC LA CONSTITUTION DE LA BOSNIE ET HERZEGOVINE	55
1.	Compatibilité de la constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine avec la constitution de la Bosnie et Herzégovine	57
2.	Compatibilité de la constitution de la Republika Srpska avec la constitution de Bosnie et Herzégovine	62
3.	Conclusions générales	73
IV.	AVIS SUR LES POUVOIRS LEGISLATIFS EN BOSNIE ET HERZEGOVINE PENDANT LA PERIODE COMPRISE ENTRE L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA CONSTITUTION FIGURANT A L'ANNEXE IV A L'ACCORD DE DAYTON (14 DECEMBRE 1995) ET LES ELECTIONS DU 14 SEPTEMBRE 1996	75
A.	Introduction.....	75
B.	Le contexte juridique.....	75

C.	Les pouvoirs législatifs de l'Assemblée constituante de la fédération.....	76
D.	Les pouvoirs législatifs de l'Assemblée de la République de Bosnie et Herzégovine	77
V.	AVIS SUR LA MISE EN PLACE DE LA COUR DES DROITS DE L'HOMME DE LA FEDERATION DE LA BOSNIE ET HERZEGOVINE	79
1.	En l'état actuel du droit constitutionnel applicable en Bosnie et Herzégovine	79
2.	Problèmes liés au fonctionnement de la Cour des droits de l'Homme de la Fédération pouvant affecter l'efficacité du mécanisme de protection des droits de l'homme en Bosnie et Herzégovine	81
3.	Conclusions	84
VI.	AVIS SUR L'INTERPRETATION DE CERTAINS DISPOSITIONS DE LA CONSTITUTION DE LA REPUBLIKA SRPSKA	85
VII.	AVIS SUR LA COMPETENCE DE LA FEDERATION DE LA BOSNIE ET HERZEGOVINE EN MATIERE PENALE.....	88
A.	Introduction.....	88
B.	Objet du présent avis.....	88
C.	Délimitation de la compétence de la FBH en matière de droit pénal par rapport à la compétence de l'Etat de BH.....	89
D.	Délimitation de la compétence de la FBH en matière de droit pénal par rapport à celle des cantons	92
VIII.	AVIS SUR LE NOMBRE DE TRIBUNAUX MUNICIPAUX A ETABLIR A MOSTAR	96
A.	Introduction.....	96
B.	Les dispositions applicables de la constitution de la fédération de Bosnie et Herzégovine	96
C.	Dispositions s'appliquant spécifiquement au canton et à la ville de Mostar	97
D.	Conclusions	98
IX.	AVANT-PROJET DE LOI D'OMBUDSMAN POUR LA REPUBLIKA SRPSKA (BOSNIE ET HERZEGOVINE) ET NOTE INTRODUCTIVE.....	99
	Avant-projet de loi	99
	Chapitre I	99
1.	Nature	99
2.	Compétences	99
3.	Nomination et démission.....	100
4.	Prérogatives et incompatibilité.....	101

5.	Procédure d'enquête.....	102
6.	Obligation de collaboration avec l'Ombudsman.....	103
7.	Documents confidentiels ou secrets et devoir de réserve.....	104
8.	Responsabilité des autorités et des fonctionnaires.....	105
9.	Des résolutions.....	105
10.	Notifications et communications	106
11.	Rapports à l'Assemblée nationale	107
12.	Règlement intérieur	107
13.	Moyens en personnel et en matériel.....	108
	Chapitre II : Dispositions transitoires	108
	Chapitre III : Disposition finale.....	108
	Note introductive préparée par le Secrétariat de la Commission de Venise.....	109
X.	RAPPORT INTERIMAIRE SUR LA REPARTITION DES COMPETENCES ET LES RELATIONS STRUCTURELLES ET FONCTIONNELLES DES INSTITUTIONS DE MEDIATURE EN BOSNIE ET HERZEGOVINE	116
1.	Introduction	116
2.	Description des institutions et de leurs fonctions	117
3.	Le fonctionnement parallèle des institutions de médiation en Bosnie et Herzégovine.....	118
4.	Propositions quant à la répartition des compétences et les relations des institutions de médiation	120
XI.	LA COOPERATION JUDICIAIRE INTERENTITES EN BOSNIE ET HERZEGOVINE	123
A.	Introduction	123
B.	La compétence de la Bosnie et Herzégovine en matière de coopération judiciaire interentités.....	123
C.	Le pouvoir des entités de passer un accord en matière de coopération judiciaire interentités.....	125



**A. LA CONTRIBUTION DE LA COMMISSION DE VENISE
À L'INTERPRÉTATION DU RÉGIME CONSTITUTIONNEL
DE LA BOSNIE ET HERZÉGOVINE¹**

Par Christos Giakoumopoulos, Secrétaire adjoint de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

1. Introduction

L'effondrement des régimes totalitaires en Europe en 1989 a ouvert des horizons nouveaux pour l'intégration européenne. La Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) a été créée en 1990 par un accord partiel conclu au sein du Conseil de l'Europe afin d'aider les démocraties nouvelles d'Europe centrale et orientale dans leurs réformes constitutionnelles. Conformément à ses statuts, la Commission de Venise, en tant qu'organe consultatif constitué d'experts indépendants, donne la priorité, dans ses travaux en matière constitutionnelle, législative et administrative, aux principes favorables à l'efficacité des institutions démocratiques, au principe de la prééminence du droit, aux droits et libertés publics et au rôle de l'autonomie locale et régionale pour le développement de la démocratie.

Venant contrarier les espoirs ambitieux d'une nouvelle ère démocratique en Europe, la guerre en Bosnie et Herzégovine éclata quelques mois plus tard. La construction d'institutions démocratiques dans les nouveaux États membres du Conseil de l'Europe a donc coïncidé avec une guerre largement destructrice de toutes les valeurs qui servaient, et qui servent toujours, de base à l'intégration européenne. En réaction à cette situation absurde, les accords de paix qui sont la base du régime constitutionnel actuel en Bosnie et Herzégovine représentent un effort pour arriver à une solution viable, s'appuyant sur l'élément le plus essentiel du processus d'intégration européenne : une garantie collective pour la protection des droits de l'Homme individuels. L'établissement d'une paix de longue durée par la garantie des droits de l'Homme est l'enjeu véritable de tous les accords de paix en ex-Yougoslavie; ils relèvent donc directement de la mission du Conseil de l'Europe et de la Commission de Venise, organe compétent dans le domaine des garanties offertes par le droit au service de la démocratie (Article 1er, par. 1 des statuts de la Commission).

Depuis 1994, la Commission de Venise n'a pas rendu moins de huit avis sur des sujets généraux ou particuliers en rapport avec le régime constitutionnel en Bosnie et Herzégovine :

¹ Document soumis à la Table Ronde sur la justice constitutionnelle, Sarajevo, 4-5 avril 1998.

- **Avis sur certains aspects de la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine (Avis sur la Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine proposée dans les Accords de Washington),²** rendu en 1994 à la demande de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
- **Avis sur la compatibilité des Constitutions des Entités avec la Constitution de la Bosnie et Herzégovine,³** rendu en 1996, à la demande du Haut-Représentant.
- **Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine, plus particulièrement en ce qui concerne les mécanismes de protection des droits de l'Homme,⁴** rendu en 1996, à la demande de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
- **Avis sur les pouvoirs législatifs durant la période de transition entre l'entrée en vigueur de l'Accord de Dayton et les élections générales,** rendu en 1996 à la demande du Bureau du Haut-Représentant.
- **Avis sur la création de la Cour des droits de l'Homme de la Fédération de Bosnie et Herzégovine,** rendu en 1997 à la demande de la Commission des affaires juridiques et des droits de l'Homme de l'Assemblée parlementaire.⁵
- **Avis sur l'interprétation de certaines dispositions de la Constitution de la Republika Srpska,** principalement les dispositions concernant la dissolution de l'Assemblée nationale, rendu à la demande du Haut-Représentant.⁶
- **Avis sur la compétence de la Fédération de Bosnie et Herzégovine en matière pénale,** rendu en 1998 à la demande du Ministre de la justice de la Fédération.⁷

À titre consultatif, la Commission participe également à la rédaction de la loi sur les municipalités dans la Fédération de Bosnie et Herzégovine, à la rédaction de la proposition portant sur la création d'une fonction de médiateur (ombudsman) dans la Republika Srpska, à l'examen d'une loi organique pour les médiateurs (ombudsmans) de la Fédération et à la rédaction de la loi électorale.⁸

² *Rapport d'activité annuel de la Commission de Venise pour 1994, p. 18 et suivantes.*

³ *Commission de Venise, Rapport d'activité annuel pour 1996, p. 60 à 73.*

⁴ *Document CDL-INF (96) 9; Commission de Venise, Rapport d'activité annuel pour 1996, p. 44 à 60.*

⁵ *Commission de Venise, Rapport d'activité annuel pour 1997, p. 31 et suivantes; Assemblée parlementaire As/jur (1997) 35.*

⁶ *Commission de Venise, Rapport d'activité annuel pour 1997, p. 35 et 36.*

⁷ *Document CDL-INF (98) 5.*

⁸ *Depuis la présentation de ce document, la Commission a émis plusieurs autres avis et rapports dont ce document ne traite pas mais qui figurent dans la présente publication (Opinions et Rapports VIII à XI).*

Le présent document n'a pas pour objet d'exposer le contenu des avis mentionnés ci-dessus mais de mettre en relief les aspects majeurs de certains d'entre eux, de signaler les domaines où des problèmes sont apparus et de dégager les grandes lignes de la démarche adoptée par la Commission. L'exposé qui suit porte sur trois avis rendus par la Commission : l'avis sur la Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine, l'avis sur les mécanismes de protection des droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine et l'avis sur la compatibilité des constitutions des Entités avec la Constitution de la Bosnie et Herzégovine. Tous trois sont révélateurs de la position prise par la Commission sur un certain nombre de questions constitutionnelles qui ne sont toujours pas réglées. D'autres avis de la Commission sont mentionnés lorsque la Commission a confirmé sa position déclarée ou s'en est écartée.

2. Avis sur la Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine

L'avis de la Commission sur la Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine a été rendu en septembre 1994, donc avant la conclusion de l'Accord de Dayton. À cette époque, le projet de Constitution de la Fédération portait sur la constitution d'un État et non pas sur celle d'une entité. Il faut relever, cependant, que certains aspects mis en évidence par la Commission continuent à poser des problèmes dans leur application. Tout en considérant que le projet de Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine contenait, de façon générale, les principaux éléments d'une constitution fédérale fondée sur les principes de la démocratie et de l'état de droit, la Commission a estimé nécessaire de formuler un certain nombre d'observations.

Au sujet de la répartition des compétences entre la Fédération et les cantons, la Commission a relevé, dès 1994, les difficultés qui pourraient résulter du fait que la responsabilité résiduelle appartient aux cantons (Article III-4). Une interprétation étroite de la liste des compétences de la Fédération (Article III-1 à 3) pourrait amener à conclure que la Fédération n'a pas de compétence dans le domaine du droit pénal et qu'elle ne peut pas légiférer, par exemple, dans les matières telles que le droit civil, le droit du travail et de la sécurité sociale ou le droit de l'environnement. La Commission a considéré que cette situation n'était pas satisfaisante. En outre, elle a déclaré qu'il aurait été raisonnable d'introduire une clause suivant laquelle, dans les domaines où la Fédération et les cantons ont, l'une et les autres, compétence, les cantons ne peuvent pas exercer leurs compétences législatives si la Fédération a légiféré de manière exhaustive; il aurait été utile également de prévoir expressément que la Fédération pourrait adopter des lois-cadres laissant aux cantons le soin de régler les points de détail. La Commission a jugé en outre qu'il fallait préciser la répartition des compétences en matière fiscale.

Les préoccupations exprimées par la Commission de Venise dans cet avis paraissent toujours justifiées. Près de quatre ans après l'avis rendu par la Commission sur le projet de Constitution figurant dans l'Accord de Washington et après l'adoption du texte du projet de Constitution, la Commission a été priée par le Ministre de la justice de la Fédération de se prononcer sur la question de la répartition à propos de la compétence de la Fédération de légiférer en matière pénale. Dans son récent «Avis sur la compétence de la Fédération de la Bosnie et Herzégovine en matière pénale», la Commission a étudié en détail les dispositions

constitutionnelles pertinentes afin de dégager une solution raisonnable à partir de leur interprétation systématique.

La Commission a rappelé que la Constitution énumère les compétences exclusives de la Fédération et celles qui sont partagées entre elles et ses cantons (Articles III-1 et III-2 de la Constitution). Les dispositions constitutionnelles pertinentes ne font aucune mention expresse du droit pénal. Cette circonstance a pu inciter à conclure que la compétence législative en matière de droit pénal appartient aux cantons. Toutefois, une analyse approfondie de la Constitution conduit à un résultat différent.

La Commission a relevé que la Constitution de la FBH confère à la Fédération des compétences dans le domaine de l'élimination du terrorisme, de la délinquance intercantonale, du trafic illégal des drogues et de la criminalité organisée (*«stamping out terrorism, inter-cantonal crime, unauthorised drug dealing and organised crime»*). Elle a conclu de cette disposition que la FBH a le pouvoir d'établir les dispositions de fond du droit pénal dans ces matières et que sa compétence à cet égard est vaste puisqu'elle englobe tous les types de délits pénaux susceptibles d'avoir des conséquences intercantionales, lesquels, étant donné la taille des cantons, ne seront pas l'exception. En outre, la Commission a constaté que la compétence de la Fédération ne se fonde pas simplement sur l'article III-1 de sa constitution mais s'étend, implicitement mais certainement, à la définition et à la répression de tout fait qu'elle érige en infraction dans l'exercice de ses compétences exclusives (par exemple, en matière d'économie, de politique d'occupation des sols et de politique énergétique) ou partagées (par exemple, pour la garantie et la mise en œuvre des droits de l'Homme, article III-2-a). Elle est aussi compétente, à titre exclusif, pour adopter la législation pénale relative à la protection des valeurs (symboles ou territoire, par exemple) qui ne peuvent être protégées que par elle en raison de leur nature.

Pour la Commission, il ne fait aucun doute que la Constitution de la FBH envisage l'existence d'une législation pénale de fond à la fois au niveau de la Fédération et au niveau des cantons.⁹ La Commission en conclut que la Fédération et les cantons ont des responsabilités partagées en matière de législation pénale. Dans les domaines où la compétence est partagée entre la Fédération et les cantons, elle peut être exercée séparément. En conséquence, la FBH peut adopter son propre code pénal mais elle doit respecter les prérogatives cantonales et la nécessité d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre de la législation fédérale.

À propos du chapitre consacré aux droits de l'Homme, la Commission a mis en évidence deux caractéristiques particulièrement positives : la mention des droits et libertés garantis par les instruments internationaux et les dispositions concernant le Médiateur. Toutefois, la référence à tout un ensemble d'instruments internationaux associée à une liste de droits consacrés expressément dans la Constitution pourrait créer des difficultés d'ordre technique

⁹ Voir par exemple l'article IV-B-7-a, sous-alinéa vii, relatif au pouvoir de grâce du Président de la Fédération, qui fait clairement référence au droit pénal fédéral (*«pardons for offences against Federal law»*), de même que l'article V-9-d, relatif aux responsabilités des cantons, qui mentionne expressément le droit pénal cantonal (*«prosecution of crimes against cantonal law»*).

dans la pratique. Ces problèmes pourraient surgir notamment lorsque les textes des instruments internationaux garantissant les droits de l'Homme ne concordent pas avec le catalogue de ces mêmes droits garantis par la Constitution.¹⁰ La Commission a proposé, pour régler ce problème, d'adopter le 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 règle dans le texte de la Constitution, il appartiendra aux tribunaux de la Fédération d'établir ce principe à travers leur jurisprudence. La Commission a estimé également que la liste des droits figurant à l'article II-2 pouvait aussi donner l'impression que le législateur constitutionnel a voulu accorder aux droits mentionnés expressément dans cette disposition une valeur supérieure à celle des droits garantis par les instruments internationaux. Malgré la préoccupation exprimée par la Commission à ce sujet, la liste des droits mentionnés dans la Constitution de la Fédération et la multitude des instruments internationaux auxquels il est fait référence ne semblent avoir posé aucun problème particulier d'interprétation. Il faut relever que les projets de dispositions constitutionnelles rédigés par le groupe de contact dans le contexte du processus de paix, y compris la Constitution de Dayton, utilisaient la même technique de référence à un vaste catalogue d'instruments internationaux assortie d'une liste de droits consacrés dans le corps même de la Constitution.¹¹

La Commission a noté avec satisfaction la création de la fonction de Médiateur (Ombudsman), tout en relevant le manque de dispositions expresses dans la Constitution autorisant le Médiateur à faire des recommandations à l'administration et définissant les obligations à la charge de cette dernière. La Commission a constaté que le texte de la Constitution laissait une grande marge de pratiques différentes au Médiateur comme aux autorités administratives. Les difficultés rencontrées fréquemment par les Médiateurs de la Fédération dans leurs rapports avec les autorités¹² pourraient s'expliquer par l'imprécision quant à leurs pouvoirs et aux obligations des autorités. En outre, la Commission de Venise semble être préoccupée par le pouvoir reconnu au Médiateur d'intervenir dans les procédures judiciaires en cours : pour la Commission, l'intervention du Médiateur au cours d'un procès devrait être particulièrement prudente, voire 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 et de l'égalité des armes.¹³ Malgré le libellé de l'article 6 du chapitre II de la Constitution de la Fédération, la pratique du Médiateur semble indiquer clairement que celui-ci fait un usage prudent et équilibré de cette disposition.

¹⁰ Une préoccupation semblable a été exprimée ultérieurement au sujet de la Constitution de la RS (voir ci-dessous au sujet de l'avis sur la compatibilité des Constitutions des Entités avec la Constitution de la B.H.).

¹¹ Paul SZAZ, «The protection of Human Rights through the Dayton/Paris Peace Agreement on Bosnia», *AJIL* vol. 90 (1996), p. 301 et suivantes (307).

¹² Voir les rapports annuels du Médiateur (Ombudsman) de la Fédération de Bosnie-Herzégovine.

¹³ Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine (constitution proposée dans les Accords de Washington (Note 1 ci-dessus)).

Au sujet du système judiciaire prévu par la Constitution de la Fédération, la Commission a relevé deux motifs de préoccupation. Le premier se rapporte à la hiérarchie à établir parmi les tribunaux du degré supérieur prévus par la Constitution, c'est-à-dire la Cour constitutionnelle, la Cour suprême et la Cour des droits de l'Homme, et la délimitation de leurs compétences respectives.¹⁴ La Commission a examiné cette question en détail dans son avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine, plus particulièrement en ce qui concerne les mécanismes de protection des droits de l'Homme.¹⁵ Le second aspect relevé par la Commission concerne les pouvoirs de la Cour constitutionnelle d'intervenir pour trancher les désaccords politiques entre les deux chambres ou pour décider au sujet des intérêts vitaux de l'un des peuples de la Fédération (Articles IV-a-18 et IV-b-6). De l'avis de la Commission, ces prérogatives sont contestables dans la mesure où une cour constitutionnelle devrait, autant que possible, se tenir au-dessus des différends politiques. Son intervention pourrait la discréditer et nuire profondément à son efficacité en tant que garant de la Constitution et de la prééminence du droit.

3. Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine, plus particulièrement en ce qui concerne les mécanismes de protection des droits de l'Homme

L'avis de la Commission a été rendu en novembre 1996, à la demande de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. La Commission a examiné les compétences des diverses institutions et des divers organes qui interviennent dans le domaine des droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine et formulé les observations générales suivantes :

«Premièrement, le système juridique de la BH et de la FBH comprend une multitude d'organes qui peuvent être compétents pour examiner les violations des droits de l'Homme *in abstracto* ou *in concreto*, par le moyen de recours individuels. Cette imposante machine n'est pas encore complètement en état de fonctionnement, puisque plusieurs de ces organes n'ont pas encore été mis en place. Toutefois, lorsqu'ils le seront, un risque de chevauchement des compétences apparaîtra certainement et il est urgent de déterminer les règles de procédure qui aideront à éviter des décisions ou jugements contradictoires. Cela est d'autant plus important que des décisions contradictoires peuvent entamer la crédibilité des institutions, ce qui aura des conséquences néfastes pour la paix et le processus d'intégration.

Deuxièmement, le rôle des organes créés en vertu de la Constitution des Accords de Dayton dépendra en grande partie de l'efficacité de la protection accordée par les organes des Entités. Si la législation d'une Entité prévoit une protection complète et efficace, les organes de Dayton peuvent avoir un simple rôle de supervision, qui pourrait en principe être tenu par une instance judiciaire unique. Par contre, si le système d'une Entité offre moins de possibilités de protection juridique des droits de

¹⁴ Ce sujet a été soulevé dans l'opinion individuelle de J. Robert (CDL (94) 55 : Commentaires sur la Constitution de la (Fédération) de Bosnie-Herzégovine).

¹⁵ Voir ci-dessous.

l'Homme, les organes de Dayton devraient être beaucoup plus actifs et prévoir alors une intervention plus complexe avec deux niveaux de juridiction associés à des procédures facilitant un règlement amiable du différend. On observera, à cet égard, que le système judiciaire de la RS contraste avec la complexité du système de la FBH. Un système complexe et évolué de protection des droits de l'Homme au niveau de la BH contribuera certainement à améliorer la protection offerte dans la RS, mais il peut rendre le processus de protection pour la FBH trop élaboré et trop long – et par conséquent moins efficace.»

Au sujet de la Republika Srpska, la Commission a estimé que le système judiciaire de protection des droits de l'Homme a des similitudes avec certains systèmes juridiques continentaux où il appartient aux tribunaux, et en particulier aux cours suprêmes, de statuer sur les atteintes aux droits de l'Homme et où la Cour constitutionnelle ne peut pas être saisie par les particuliers. Toutefois, étant donné l'importance de la protection des droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine, on pourrait s'attendre à ce qu'un système permettant aux particuliers de soumettre des requêtes à la Cour constitutionnelle vienne compléter ou remplace tout simplement la procédure des «initiatives individuelles». En outre, la création d'une fonction de Médiateur devrait être envisagée. L'établissement d'une telle institution, analogue à celle des Ombudsmans de la FBH, constituerait non seulement une amélioration du système de protection des droits de l'Homme dans la RS mais aussi un pas vers l'institution d'un système équilibré et cohérent de protection judiciaire des droits de l'Homme dans l'ensemble de la BH. Pour garantir l'impartialité que doit avoir l'institution dans une période d'après-conflit, on devrait sérieusement considérer que les Médiateurs de la RS soient au nombre de trois, appartenant à chacun des trois groupes nationaux qui constituent les peuples de la Bosnie et Herzégovine, et que la communauté internationale ait un rôle dans leur nomination et le fonctionnement de l'institution.¹⁶

Au sujet de la Fédération de Bosnie et Herzégovine, la Commission a examiné les compétences respectives de la Cour suprême, de la Cour des droits de l'Homme et de la Cour constitutionnelle, soulignant qu'en pratique, il sera difficile de distinguer les atteintes aux droits de l'Homme des litiges internes courants et des contestations constitutionnelles. Ainsi, un différend concernant la garde des enfants dans une procédure de divorce relèvera probablement à la fois du droit civil (droit de la famille) et de la législation sur les droits de l'Homme (droit au respect de la vie familiale); de même, un litige sur la propriété, sujet d'importance primordiale en Bosnie et Herzégovine, relèvera à la fois du droit ordinaire et de la législation sur les droits de l'Homme (droit de jouir paisiblement des biens, Article 1er du Protocole N° 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme). Il sera de même difficile de distinguer entre les questions de droits de l'Homme et les questions constitutionnelles.

¹⁶ *Sur la base de cet avis, les travaux ont commencé en vue d'établir l'institution d'un Médiateur pour la Republika Srpska en 1997, avec la participation de la Commission de Venise, de la Présidence et de la Cour constitutionnelle de la Republika Srpska, de la Direction des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, de l'OSCE et du Bureau du Haut-Représentant. Malgré les difficultés de cette coopération en raison de la crise constitutionnelle dans la Republika Srpska, la Commission a adopté une proposition (sous la forme d'un avant-projet de loi) devant être soumise à l'examen des autorités compétentes de la Republika Srpska (voir Avis VII dans la présente publication).*

Ainsi, une question concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire relèvera du droit constitutionnel mais concernera aussi le droit individuel à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial.

De l'avis de la Commission de Venise, la délimitation des compétences de la Cour des droits de l'Homme ne peut porter que sur le court terme. Selon la Commission, «la répartition des compétences entre les trois instances suprêmes ne se justifie que par la volonté particulière des rédacteurs de la Constitution proposée par les Accords de Washington de créer un organe ayant pour fonction exclusive de surveiller le respect des droits de l'Homme en FBH. Après les Accords de Dayton et la création de la Commission des droits de l'Homme, l'opportunité de la mise en place d'une juridiction spéciale de droits de l'Homme avec une composition partiellement internationale au niveau d'une entité paraît discutable».

En effet, le fonctionnement simultané de deux instances judiciaires internationales pour les droits de l'Homme soulève des problèmes particuliers. À la différence des trois cours constitutionnelles qui sont tenues de fonder leurs décisions sur des instruments juridiques différents, la Cour des droits de l'Homme de la FBH et la Commission des droits de l'Homme de la BH appliqueront essentiellement les mêmes instruments fondamentaux des droits de l'Homme et, avant tout, la Convention européenne des Droits de l'Homme et la jurisprudence de ses organes. De cette manière, la Commission des droits de l'Homme de la BH aura en fait compétence en appel à l'égard des affaires jugées par la Cour des droits de l'Homme de la FBH.

Il devient alors extrêmement long pour un citoyen de la FBH d'épuiser tous les recours internes qui lui sont ouverts. La démarche comporte l'intervention successive éventuelle d'un tribunal municipal, d'un tribunal cantonal, de la Cour suprême, de la Cour des droits de l'Homme (avec intervention éventuelle de la Cour constitutionnelle de la FBH) puis du Médiateur de la BH, avant d'arriver enfin à la Cour constitutionnelle de la BH ou à la Chambre des droits de l'Homme (d'abord un Panel puis la Chambre en formation plénière). Cette longue procédure d'épuisement des recours internes peut aussi décourager les citoyens de la FBH d'adresser une requête à la Commission européenne des droits de l'Homme à Strasbourg lorsque la BH deviendra partie à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Reconnaissant que l'Accord de Dayton n'a pas aboli formellement les dispositions de la Constitution de la FBH concernant la Cour des droits de l'Homme de la Fédération,¹⁷ la

¹⁷ Dans son avis sur la mise en place de la Cour des droits de l'Homme de la Fédération de Bosnie-Herzégovine (voir la note 4 ci-dessus), la Commission a déclaré : «Une première question posée est celle des effets des Accords de Dayton sur le dispositif des Accords de Washington. En d'autres termes il y a lieu de s'interroger si les Accords de Dayton, postérieurs aux Accords de Washington et à l'adoption de la Constitution de la Fédération, ont eu comme effet, par l'institution de la Commission des droits de l'Homme (Annexe 6 aux Accords de Dayton), d'abroger formellement les dispositions relatives à la Cour des droits de l'Homme de la FBH. Tel ne semble pas être le cas d'un point de vue juridique. Les Accords de Dayton et les Accords de Washington n'impliquent pas les mêmes parties. L'accord cadre de Dayton est conclu par la République de Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République Fédérale de Yougoslavie et l'annexe 6 par la République de Bosnie-Herzégovine, la FBH et la Republika Srpska, alors que les Accords de Washington ont été conclus entre la FBH et la République de Croatie. De même, l'annexe 6 vise à mettre en place une institution pour le contrôle du respect des droits de l'Homme au niveau de l'État de Bosnie-

Commission a suggéré clairement que la constitution de la FBH soit amendée de manière à supprimer la Cour des droits de l'Homme. Le vide qu'un tel amendement pourrait créer dans le système judiciaire de la FBH sera facilement comblé par la Cour suprême et la Cour constitutionnelle de la Fédération. En outre, cette solution simplifiera le système judiciaire de protection des droits de l'Homme dans la FBH et réduira par conséquent la durée des procédures d'épuisement des recours internes. Elle mènera aussi à l'élaboration d'une jurisprudence cohérente au sujet des droits de l'Homme, également applicable aux deux Entités par un organe international unique, la Commission des droits de l'Homme. Cette solution se justifie d'autant plus que, dans le long terme, il faudra envisager de toute manière la possibilité que les fonctions confiées à la Cour des droits de l'Homme (si elle doit être créée) soient transférées à la Cour constitutionnelle dont la compétence pourrait alors être étendue pour inclure l'examen des demandes émanant de particuliers qui invoquent des violations des droits de l'Homme. Le système judiciaire de la FBH s'alignerait alors sur les autres systèmes judiciaires européens où, par le biais des recours individuels, les litiges relatifs aux droits de l'Homme sont portés devant la Cour constitutionnelle. En outre, une telle évolution serait conforme à la tendance, observée dans la majorité des États européens, à confier la protection des droits de l'Homme aux cours constitutionnelles.¹⁸

Cependant, la constatation sans doute la plus percutante dans l'avis de la Commission concerne le recoupement des compétences des divers organes créés en vertu des Accords de Dayton et, avant tout, le risque de conflit de compétence entre la Cour constitutionnelle de Bosnie et Herzégovine et la Commission des droits de l'Homme créée en vertu de l'annexe VI desdits accords.

Entre autres compétences, la Cour constitutionnelle doit avoir juridiction sur les questions renvoyées par tout tribunal du pays tendant à déterminer si une loi dont dépend la validité de sa décision est conforme à la Constitution, à la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales et à ses Protocoles ou aux règles du droit international public applicable à la décision d'un tribunal (Article VI-3-c). La Cour constitutionnelle aura également juridiction d'appel sur les questions de constitutionnalité soulevées par un jugement de tout autre tribunal en Bosnie et Herzégovine (Article VI-3-b). En vertu de cette dernière disposition, la Cour constitutionnelle peut être saisie des appels contre les décisions de tout tribunal qui invoquent une violation de la Constitution, y compris les dispositions sur les droits de l'Homme (voir Article II). Selon l'article VI-4 de la Constitution de la BH, les décisions de la Cour constitutionnelle «sont définitives et obligatoires». De la même manière, la Commission des droits de l'Homme, et en particulier la Chambre des droits de l'Homme,

Herzégovine dans son ensemble, alors que la Constitution de la Fédération ne vise actuellement qu'une entité de cet État (même si la vocation originale des Accords de Washington était de créer une Fédération sur l'ensemble du territoire de la Bosnie-Herzégovine). Puisque les deux accords internationaux n'ont ni les mêmes parties, ni ne régissent la même matière, on ne saurait considérer que les Accords de Dayton ont affecté la validité juridique des dispositions relatives à la Cour des droits de l'Homme de la FBH .»

¹⁸ Voir, par exemple, les actes du Séminaire sur la protection des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle, Brioni (Croatie), 23-25 septembre 1995, Conseil de l'Europe, Science et technique de la démocratie n° 15.

est compétente pour connaître des requêtes concernant les violations des droits de l'Homme. Les décisions de la Chambre sont également «définitives et obligatoires».

Quelle qu'ait pu être l'intention des rédacteurs de la Constitution,¹⁹ les compétences de la Cour constitutionnelle et celles de la Commission des droits de l'Homme se recoupent. Toutes deux traiteront des questions de droits de l'Homme, principalement en application de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Certes, étant donné la différence de nature entre les deux institutions, il est permis de supposer que leurs décisions auront des effets différents. Ainsi, les décisions de la Chambre des droits de l'Homme établiront simplement qu'une violation des droits de l'Homme a eu lieu et créeront une obligation pour les autorités d'accorder une réparation équitable aux victimes de la violation,²⁰ tandis que les arrêts de la Cour constitutionnelle pourront provoquer directement l'abolition de dispositions législatives et l'annulation des décisions judiciaires ou administratives. En pratique, cependant, cette différence ne résout pas le problème du chevauchement des compétences.

Une possibilité pour éviter une telle concurrence consisterait à placer l'un de ces deux organes judiciaires dans une position hiérarchiquement supérieure à celle de l'autre, en permettant que les décisions d'une juridiction soient portées en appel devant l'autre. On pourrait envisager, par exemple, que les décisions de la Chambre des droits de l'Homme puissent être soumises en appel à la Cour constitutionnelle. Une telle formule aurait comme effet d'intégrer d'une certaine manière la Chambre des droits de l'Homme au système juridique interne de la Bosnie et Herzégovine et, par conséquent, ce mécanisme d'appel serait conforme à la disposition de la Constitution qui confère à la Cour constitutionnelle le pouvoir de connaître des appels constitutionnels contre les décisions de tout autre tribunal de Bosnie et Herzégovine.

La Commission de Venise n'a pas suivi cette voie car la solution opposée, consistant à permettre que les appels des décisions de la Cour constitutionnelle soient portées devant la Chambre, trouve davantage d'appui dans l'histoire et dans la structure des accords. En effet, on peut estimer que la Commission des droits de l'Homme doit intervenir seulement après la Cour constitutionnelle. L'appel devant la Cour constitutionnelle serait alors considéré comme un «recours interne» qui doit être épuisé avant que la Commission des droits de l'Homme soit saisie. Une telle solution serait justifiée par le caractère international particulier de la Commission des droits de l'Homme (le Médiateur et la majorité des membres de la Chambre des droits de l'Homme ne sont pas des nationaux de la Bosnie et Herzégovine). Dans cette perspective, la Commission des droits de l'Homme apparaît comme une sorte d'organe

¹⁹ *On pourrait penser que leur intention a été de donner à la Cour constitutionnelle un contrôle normatif abstrait et de réserver le contrôle concret à la Commission des droits de l'Homme mais cette interprétation ne cadre pas avec le rôle de «juridiction d'appel» de la Cour constitutionnelle.*

²⁰ *La Chambre des droits de l'Homme indique obligatoirement dans ses décisions « quelles mesures doivent être prises par la partie concernée pour réparer cette violation, y compris des injonctions de cesser ou de renoncer, des compensations monétaires (couvrant les préjudices pécuniaires et non pécuniaires) et des mesures provisoires » (Article XI-1-b de l'annexe 6).*

international intégré au système juridique de la Bosnie et Herzégovine pour une période transitoire, c'est-à-dire jusqu'à l'intégration effective de cet État et jusqu'à son adhésion au Conseil de l'Europe, la ratification par lui de la Convention européenne des droits de l'Homme et sa reconnaissance du mécanisme de protection des droits de l'Homme des organes de Strasbourg. Cette idée d'un dispositif international transitoire de protection des droits de l'Homme n'est pas nouvelle. Elle était déjà contenue dans la Résolution (93) 6 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. L'article 5 de cette résolution prévoit que les arrangements au sujet d'un mécanisme transitoire de surveillance des droits de l'Homme intégré au système juridique interne des États européens non encore membres du Conseil de l'Europe cessent dès que l'État requérant est devenu membre du Conseil de l'Europe, sauf accord contraire entre le Conseil de l'Europe et l'État concerné.²¹ Les dispositions au sujet de la compétence de la Commission des droits de l'Homme n'excluent pas l'appel devant la Cour constitutionnelle mais soulignent ce caractère quasi international du mécanisme établi en vertu de l'annexe 6 : l'article 2 de cette annexe précise que la Commission des droits de l'Homme est constituée pour aider les parties (c'est-à-dire la République de Bosnie et Herzégovine, la Fédération de Bosnie et Herzégovine et la Republika Srpska) «à honorer leurs obligations» d'accorder à toutes les personnes relevant de leur juridiction les libertés fondamentales et les droits de l'Homme internationalement reconnus les plus complets. En conséquence, l'État de Bosnie et Herzégovine est partie aux procédures devant la Commission des droits de l'Homme en sa qualité de partie à un accord international.

Toutefois, pour la Commission de Venise, même cette dernière solution n'est pas pleinement satisfaisante car elle ajoute un degré de juridiction à la procédure déjà longue d'épuisement des recours internes en Bosnie et Herzégovine. Considérant que la Commission des droits de l'Homme est une institution provisoire conçue pour durer cinq ans, et compte tenu du besoin d'assurer la certitude juridique quant au respect des droits de l'Homme dans un délai relativement bref²² en évitant la prolongation excessive des différends portant sur les droits de l'Homme, une troisième solution a été proposée : la compétence d'aucune des deux juridictions ne s'étendrait aux matières dont l'autre serait déjà saisie. Les demandeurs éventuels auraient alors le choix entre soumettre leur appel à la Cour constitutionnelle de la Bosnie et Herzégovine et adresser une requête à la Commission des droits de l'Homme. Une affaire soumise à l'un de ces organes ne pourrait plus faire l'objet d'un examen par un autre tribunal de Bosnie et Herzégovine. Le risque que les deux institutions établissent dans ce cas des jurisprudences divergentes pourrait être atténué en attribuant en principe la compétence en matière de droits de l'Homme à la Commission des droits de l'Homme tant qu'elle est en fonctionnement, moyennant l'adoption d'un système d'information, de consultation et d'assistance juridique approprié au bénéfice des demandeurs potentiels. Cette solution

²¹ Cette résolution fait l'objet d'un renvoi exprès dans l'Accord de Dayton en tant que base légale de la Chambre des droits de l'Homme (Article VII- 2 de l'annexe VI à l'Accord de Dayton). Voir aussi Paul SZAZ, *op. cit.*, note 8 ci-dessus. La même résolution peut être considérée également comme la source de la Cour provisoire des droits de l'Homme prévue dans la loi constitutionnelle croate sur la protection des droits de l'Homme et des droits des minorités nationales.

²² Ce besoin est reconnu à l'annexe 7. La commission instituée en vertu de l'annexe 7 traite en premier et dernier ressort des demandes concernant les biens immeubles; ses décisions sont définitives et obligatoires.

respecte aussi l'esprit de l'Accord de Dayton qui a, semble-t-il, cherché à créer durant la période de transition un certain nombre d'institutions spécialisées qui prononceraient des jugements définitifs et obligatoires dans les matières relevant de leur compétence (Commission des droits de l'Homme, Commission pour les demandes de restitution de la propriété des biens immobiliers, Sous-Commission d'appel pour les élections). Durant cette période de transition, il serait raisonnable de souhaiter soulager la Cour constitutionnelle de la charge des affaires déjà examinées par ces organes.

Enfin, la Commission a conclu qu'aucune des solutions décrites ci-dessus n'est entièrement satisfaisante et qu'elles ne peuvent être appliquées qu'à titre transitoire. Quand la période de transition prendra fin, c'est-à-dire quand les institutions spécialisées cesseront de fonctionner, le recours auprès de la Cour constitutionnelle devra être le seul et dernier recours dans les procédures en matière de droits de l'Homme en Bosnie-Herzégovine.

4. Avis sur la compatibilité des Constitutions de la Fédération de Bosnie et Herzégovine et de la Republika Srpska avec la Constitution de la Bosnie et Herzégovine

La Commission de Venise a rendu cet avis à la demande du Bureau du Haut-Représentant, en août 1996. Après avoir examiné les amendements de la Constitution de la Republika Srpska adoptés en septembre 1996, elle a complété ses conclusions par des observations adressées au Bureau du Haut-Représentant. L'avis de la Commission porte sur la structure de l'État de Bosnie et Herzégovine, les conséquences de l'absence de souveraineté des Entités, la répartition des pouvoirs entre l'État et les Entités et la protection des droits de l'Homme.

Malgré la position adoptée par certains représentants des Entités, la Commission a estimé que la Constitution de la BH établit, sans le dire expressément, un État fédéral. Elle définit deux Entités, la FBH et la RS, comme les parties constitutives de la BH et répartit les droits et les pouvoirs entre les institutions de la BH et celles des Entités. Elle crée une nationalité de la BH, tout en reconnaissant aussi les nationalités des Entités. Elle proclame la supériorité de la Constitution sur les lois et les constitutions des Entités, tandis que la Cour constitutionnelle de la BH est compétente pour vérifier la compatibilité des constitutions des Entités avec la Constitution de la BH. On y retrouve donc les éléments habituels d'un État fédéral.

Toutefois, la Commission a reconnu clairement que la Bosnie et Herzégovine est une fédération inhabituellement faible. Toutes les fonctions et tous les pouvoirs de gouvernement non expressément confiés à la BH par les constitutions appartiennent aux Entités (Article III-3-a). La principale faiblesse de la BH tient à ce que ses ressources proviennent des contributions émanant des deux Entités (Article VIII-3). Cette dépendance pourrait menacer le bon fonctionnement de la BH. Il existe des systèmes fédéraux dans lesquels les entités fédérées dépendent financièrement des instances centrales. Il ne semble cependant pas exister de précédent d'un État fédéral qui proclame solennellement la supériorité de ses normes sur les normes des entités fédérées tout en reconnaissant sa dépendance financière envers ces entités.

La Commission a relevé également que l'article III-3-b de la Constitution de la BH prévoit que cette constitution l'emporte sur les dispositions non conformes des constitutions et des lois des Entités. Il s'ensuit que la Constitution de la BH possède un pouvoir abrogatoire direct à l'égard des constitutions et autres lois des Entités, ce que confirme l'article 2 de l'annexe II de la Constitution de la BH selon lequel toutes les lois, règlements et règles de procédure judiciaire en vigueur sur le territoire de la BH lors de l'entrée en vigueur de la Constitution continuent à produire effet dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la Constitution («*all laws, regulations, and judicial rules of procedure in effect within the territory of BH 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 BH prévoit l'obligation, pour les Entités, d'amender leur constitution respective pour assurer leur conformité à cette Constitution. La Commission a conclu qu'il fallait, pour des raisons tant politiques que juridiques, ne pas s'en remettre seulement au pouvoir abrogatoire de la Constitution de la BH et s'efforcer d'harmoniser les constitutions des Entités avec la constitution centrale. En laissant cette tâche à la Cour constitutionnelle de la BH, on risquerait de surcharger cette juridiction et d'ouvrir une longue période d'incertitude juridique.

La Commission a relevé également la mention des peuples constitutifs («*constituent peoples*») dans la Constitution de l'État de Bosnie-Herzégovine et dans les constitutions des Entités. Elle a estimé que la référence aux Bosniaques et aux Croates n'était pas incompatible avec les Accords de Dayton. Selon la Commission, ces dispositions devaient être replacées dans le contexte historique des constitutions de 1974, voire de 1910. Elles traduisaient une volonté politique très claire de considérer que les Bosniaques, les Croates et les Serbes forment les peuples constitutifs de la Bosnie-Herzégovine. Dans la mesure où la RS se définit elle-même comme un État national du peuple serbe, il pouvait paraître tout à fait «naturel» que la Fédération se définisse comme l'Entité constitutive pour les Bosniaques et les Croates. Un examen plus approfondi de la structure de gouvernement révèle l'application du principe de proportionnalité pour ce qui concerne la représentation et la participation au processus de décision dans les branches législative, exécutive et judiciaire. La Commission a néanmoins souligné qu'il existait, en raison d'une certaine territorialisation et «nationalisation» des structures institutionnelles, une tendance dangereuse due au principe de proportionnalité, en pratique du moins, faisant que les citoyens qui n'appartiennent 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 d'être candidats à des fonctions publiques aux différents niveaux devraient être expressément prévus.

À propos des questions de souveraineté, la Commission a relevé que le nouveau libellé du préambule de la Constitution de la FBH indiquait clairement que la Fédération est une partie constitutive de l'État souverain de BH. La souveraineté est ainsi attribuée correctement à l'État de BH et non à la Fédération elle-même.

Au sujet de la Constitution de la Republika Srpska, la Commission a noté que le préambule exprimait l'aspiration de la RS à devenir un État souverain et le désir de s'unifier avec d'autres pays serbes. Rappelant que les Entités font partie de la structure interne de la BH et

ne peuvent constituer des États souverains et indépendants, la Commission a recommandé que toute référence à la souveraineté et à l'indépendance soit supprimée de la Constitution de la RS. À cet égard, la Commission a rejeté l'argument selon lequel le préambule n'aurait pas valeur normative et la RS ne serait donc pas tenue de le modifier. Comme le préambule est important pour l'interprétation de l'ensemble de la Constitution, la Commission ne pouvait accepter le maintien d'un texte qui était en contradiction directe avec les structures étatiques de la BH et les obligations de la RS en vertu des Accords de Dayton. La Commission a donc recommandé que le texte du préambule soit remplacé par un libellé nouveau. L'amendement LIV adopté ultérieurement a remplacé les dispositions qui étaient en contradiction évidente avec la Constitution de la Bosnie et Herzégovine (création d'un État souverain et démocratique, décision de s'unifier avec d'autres pays serbes). Cependant, la Commission a estimé que le nouveau texte du préambule posait toujours des problèmes. Peut-on déclarer que le peuple serbe décide en toute indépendance de son statut politique et national lorsque l'Entité fait partie de la BH et peut-on parler de la détermination du peuple serbe de la RS de lier étroitement leur État, sous tous les aspects, aux autres États du peuple serbe, alors que toutes les relations pertinentes doivent être compatibles avec la souveraineté et l'intégrité territoriale de la BH? Dans l'ensemble, le préambule donne toujours l'impression qu'il s'agit d'un préambule applicable à un État indépendant. Bien que le préambule n'ait pas de conséquences opérationnelles directes mais soit un texte qui sert principalement à interpréter la Constitution, il devrait refléter le caractère de la RS en tant qu'Entité de la BH et une nouvelle révision semble donc nécessaire. La Cour constitutionnelle de la BH pourrait être appelée à trancher à ce sujet.

La disposition sur la déclaration de la guerre dans la Constitution de la RS soulevait des questions délicates et difficiles. Une Entité peut-elle déclarer la guerre et dans quelle mesure les Entités ont-elles le droit d'autodéfense en vertu du droit international? Ce problème devra être réglé par la Cour constitutionnelle de la BH.

La Commission de Venise a demandé également la suppression de l'article 138 de la Constitution de la RS qui donne aux autorités de la RS la possibilité de prendre des mesures unilatérales lorsqu'elles estiment que leurs droits sont violés par des actes de la BH ou de la FBH. La disposition n'a pas été supprimée mais a été assortie d'une importante restriction. Ces mesures ne sont désormais possibles qu'à titre temporaire, jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle de la BH ait statué sur les affaires risquant d'entraîner des conséquences préjudiciables irréversibles («*temporarily until the decision of the Constitutional Court of BH in cases when ineliminable detrimental consequences may occur*»). La Commission a estimé que la compatibilité de cette disposition avec la Constitution de Dayton reste douteuse, bien que sa portée pratique semble considérablement réduite.

La répartition des pouvoirs entre l'État et les Entités est considérée par la Commission comme un aspect majeur de la mise au point d'un régime constitutionnel et juridique cohérent. La règle constitutionnelle fondamentale à cet égard est évidemment que les deux Entités jouissent de pouvoirs résiduels. La Constitution de la BH ne confère que certains domaines de compétence expresse à l'État, les autres domaines relevant des Entités fédérées

(Article III-3-a de la Constitution de la BH). Il est donc important que les compétences de l'État soient respectées strictement.

Au sujet des amendements de la Constitution de la Fédération, la Commission a jugé positif le fait que l'article III-1 tel qu'amendé par l'amendement VIII ne prévoyait plus la compétence, pour le Gouvernement de la Fédération, de diriger les affaires étrangères, cette compétence étant désormais attribuée expressément à l'État.²³ La Commission a indiqué également que les diverses compétences dans le domaine économique, plus particulièrement celles qui concernent la politique économique (al. c), les finances, (al. e), et la politique de l'énergie (al. h), doivent être interprétées conformément au principe général de la Constitution de la BH qui reconnaît la liberté totale de circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux dans toute la BH (Article I-4). Ces compétences ne peuvent donc pas être exercées d'une manière susceptible d'entraver la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux. Ainsi, le régime fiscal des Entités ne peut pas constituer une entrave à la libre circulation. De même, la portée de la compétence en matières financières, visée à l'alinéa e, doit être interprétée par rapport aux dispositions de la Constitution de la BH qui réservent la politique monétaire et le statut de la banque centrale aux institutions de la BH (Articles III-1-d et VII). Les réglementations des Entités ne peuvent porter préjudice à l'exercice, par les institutions de la BH, des compétences nécessaires au maintien de l'unité monétaire du pays.

La Commission a examiné aussi diverses interprétations des dispositions sur la répartition des compétences suivant lesquelles le pouvoir de prendre des décisions normatives et de définir les politiques appartiendrait à l'État, tandis que l'exécution relèverait de la compétence des Entités.

Au sujet d'une proposition de donner compétence à la Fédération en matière de douanes, la Commission a estimé qu'une telle mesure violerait la compétence exclusive de la BH en matière de politique douanière, conférée par l'article III-1-c de la Constitution de la Bosnie et Herzégovine. Il est vrai que l'on pourrait envisager de confier aux organes de la Fédération la tâche de mettre en œuvre la politique douanière adoptée à l'échelon de la BH.²⁴ La Commission a cependant été peu encline à accepter cette distinction entre la politique douanière et son application. Elle a déclaré que, bien qu'il puisse être décidé à l'avenir, à l'échelon de la BH, de confier l'application de la politique douanière aux Entités, en l'absence d'une telle décision, les Entités devaient s'abstenir de revendiquer des

²³ La Commission a indiqué dans le même avis que l'article IV-B-8 de la Constitution de la Fédération est incompatible avec la Constitution de la BH attendu que, selon l'article V-3-B de ladite Constitution, la Présidence de la BH nomme les ambassadeurs. La nomination des ambassadeurs par le Président de la Fédération n'est donc pas admissible. Quant aux propositions tendant à ce que le Président de la FBH exerce l'initiative des nominations des ambassadeurs venant du territoire de la FBH ou propose ces nominations, la Commission a estimé qu'il appartient à la législation de la BH de déterminer si les Entités doivent intervenir dans la procédure de nomination. La Constitution de la BH n'offre pas de base pour exiger un consensus entre les Entités et la BH au sujet de la nomination. Le Président de la FBH peut donc être, tout au plus, l'une des autorités qui font des propositions.

²⁴ Cette interprétation se justifiant par le fait que l'article III-1-c de la Constitution de la BH parle uniquement de «politique douanière» et non pas de douanes en tant que telles.

responsabilités dans ce domaine. La Commission a souligné également qu'il était essentiel que les règlements douaniers soient appliqués de manière uniforme dans toute la BH pour permettre la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la BH.

Dans son récent Avis sur la compétence de la Fédération de Bosnie et Herzégovine en matière pénale, la Commission a donné une illustration concrète de la manière dont elle comprend la répartition des compétences entre l'État et les Entités.

La compétence de principe des Entités en matière de droit pénal et de procédure pénale ne peut faire l'objet d'aucun doute. Elle est simplement limitée par les compétences de l'État de BH en la matière telles qu'elles résultent de la Constitution de la BH. Parmi les compétences attribuées à la BH, une seule concerne directement la matière pénale au sens large du terme : elle résulte de l'article II-1-g qui confie à la BH «la mise en œuvre de la loi pénale internationale et inter-entités, y compris les relations avec l'Interpol». Cette disposition attribue indubitablement une certaine compétence à la BH dans le domaine de la mise en œuvre («*enforcement*») et de la coordination. Mais il semble être question davantage de problèmes de politique face à la criminalité internationale ou dépassant les limites des Entités, que de compétence en matière pénale ou de procédure pénale à proprement parler.

Néanmoins, pour la Commission, cette conclusion ne met pas en cause la compétence de l'État à l'égard de la législation en matière pénale :

«Ceci ne signifie cependant pas que l'article III-1-g soit la seule source des compétences de la BH dans le domaine pénal. La BH peut ériger certains comportements en infractions et prévoir des peines dans la mesure où le recours à l'instrument pénal est nécessaire pour mettre en œuvre des compétences. Bien qu'aucun texte ne prévoie explicitement cette compétence, il s'agit là d'une compétence naturelle de la qualité étatique de la BH et des missions qui lui sont confiées. Ainsi par exemple, la politique douanière étant du ressort de la BH (Article III-1-c de la Constitution de la BH), il va de soi que cette politique nécessite l'existence et la mise en œuvre d'un arsenal pénal pour lequel la BH est compétente et même seule compétente. Il en va de même des normes de droit pénal relatives à la monnaie et à la politique monétaire, à l'immigration ou aux transports et communications internationales.

De même, il est évident que lorsque la loi pénale vise à protéger certaines valeurs propres à l'État, il appartient à la BH seule de les établir. Tel sera le cas, par exemple, de la protection des frontières internationales de la Bosnie et Herzégovine et de son intégrité territoriale, de la protection des symboles de l'État (drapeau, emblèmes, etc.), de la protection du régime constitutionnel de l'État. Les compétences en matière pénale des deux Entités ne couvrent donc pas ce domaine.

La compétence susmentionnée de la BH est certes implicite, mais elle n'est pas pour autant moins certaine et exclusive. Liée à la nature de l'État elle ne saurait être exercée par ni même être déléguée aux Entités. En effet, si les deux entités se mettaient à légiférer à la place de l'État, la même matière serait régie par des normes

différentes (par exemple, conflit positif des normes protégeant les frontières) ce qui conduirait à des résultats absurdes, voire dangereux.»

Dans son avis sur la compatibilité des Constitutions des Entités avec la Constitution de la Bosnie et Herzégovine, la Commission a examiné également la question de savoir s'il était possible que les entités prennent des mesures temporaires en cas d'inaction de l'État. Se référant à l'article III-2 de la Constitution de la Fédération tel qu'amendé par l'amendement IX qui attribue à la FBH compétence à l'égard de la mise en œuvre des lois et autres réglementations à l'égard du séjour et de la circulation des étrangers («*enforcement of laws and other regulations on ... foreigners staying and movement*»), la Commission a noté que cette disposition semblait être incompatible avec la responsabilité du Gouvernement de la BH en matière de politique étrangère (Article III-1-d) et d'immigration, et en matière de politique au sujet des réfugiés et de l'asile (Article III-1-f). Cependant, la Commission a semblé se satisfaire des explications données par les autorités de la Fédération selon lesquelles ces dispositions ont un caractère partiellement transitoire et sont nécessaires en l'absence de structures appropriées au niveau de la BH.

Il a été suggéré une nouvelle fois que les Entités pourraient légiférer à titre provisoire dans un domaine pour éviter le risque d'un vide juridique résultant de l'inaction du législateur de la BH au sujet de la législation pénale dont la BH a la responsabilité. La Commission a indiqué clairement, cette fois, qu'elle ne pouvait pas soutenir une telle interprétation.

«La Constitution de la BH ne prévoit aucunement une action de substitution des Entités aux fonctions de l'État et une telle initiative de la part des Entités semble enfreindre l'ordre constitutionnel de la BH. Elle serait d'ailleurs peu justifiée puisque le risque de vide juridique invoqué semble inexistant. En effet, l'article 2 de l'annexe II de la Constitution de la BH relatif aux règles transitoires prévoit clairement que «toutes les lois, règlements et règlements intérieurs (de procédure) en vigueur sur le territoire de la Bosnie et Herzégovine au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution continueront à être appliqués dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la Constitution, jusqu'à ce qu'il soit décidé différemment par un autre organe étatique de la Bosnie et Herzégovine »».

Au sujet des Droits de l'Homme et des Libertés, la Commission a relevé que la Constitution de la RS contient une longue liste de garanties (Articles 10 à 49). Quant à la Constitution de la BH, elle prévoit l'application d'un grand nombre d'instruments juridiques dans ce domaine, réservant une place majeure à la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'article II-2. Les droits et libertés énoncés dans la Convention reçoivent application directe en BH où ils l'emportent sur toute autre disposition législative. La Commission a estimé qu'il y avait un risque qu'un catalogue détaillé de droits de l'Homme et de libertés comme celui qui figurait dans la Constitution de la RS ne soit pas toujours pleinement conforme aux instruments internationaux pertinents et à l'interprétation la plus récente donnée de ces instruments par les organes compétents comme la Cour européenne des droits de l'Homme. Pour régler ce problème de manière générale, il est suggéré que la Constitution déclare expressément qu'en cas de divergences entre les droits énoncés dans la Constitution

de la RS et les droits applicables en vertu de la Constitution de la BH, c'est la disposition la plus favorable aux droits de l'individu qui s'applique.

La Commission a relevé en outre qu'un grand nombre de droits ne sont garantis qu'aux citoyens de la République.²⁵ Elle a indiqué que la limitation de l'application aux citoyens de la RS du principe de non-discrimination, de la liberté de mouvement et du droit d'assemblée pacifique contredisait clairement les articles II-2, II-3 et II-4 de la Constitution de la BH selon lesquels les droits garantis dans ces dispositions s'appliquent à «toutes les personnes en Bosnie et Herzégovine». De même, la limitation de la jouissance de la liberté de mouvement aux citoyens prévue à l'article 21 était en contradiction directe avec l'article I-4 de la Constitution de la BH. La liberté d'exprimer son affiliation nationale (Article 34) est garantie par la Convention-cadre sur les minorités nationales (Annexe I à la Constitution de la BH) et devrait donc être reconnue à tous les citoyens de la BH.

Ces recommandations de la Commission ont été suivies. En particulier, les droits réservés précédemment aux citoyens de la RS sont désormais accordés à toute personne et les clauses sur la restriction des droits qui étaient formulées d'une manière totalement inacceptable ont été éliminées. En outre, le problème soulevé par les instruments juridiques internationaux visés dans la Constitution de la BH qui, à maints égards, sont plus favorables aux citoyens que le catalogue des droits de l'Homme de la Constitution de la RS, a été résolu conformément à la proposition de la Commission par l'introduction d'une disposition selon laquelle, en cas de divergence, c'est la disposition la plus favorable à l'individu qui s'applique.

5. Vers un régime constitutionnel cohérent

L'exposé ci-dessus des avis les plus importants de la Commission montre clairement les deux domaines où l'interprétation constitutionnelle aura un rôle à jouer dans le proche avenir.

Le premier est évidemment l'établissement d'un système fédéral fondé sur une répartition équilibrée et réaliste des compétences entre les Entités et l'État. Il faudra donner une lecture subtile de dispositions constitutionnelles parfois contradictoires. L'opinion de la Commission sur la compétence de la Fédération en matière pénale offre l'exemple d'une analyse comparative systématique des constitutions de la BH et de la FBH qui reconnaît l'existence de pouvoirs implicites. L'expérience montre, certes, qu'il existe en Europe des tendances générales à la décentralisation sous la forme du fédéralisme et du régionalisme²⁶ mais l'État

²⁵ *En particulier : Article 10, pour la non-discrimination; Article 21, pour la liberté de mouvement et de résidence; Article 29, pour le droit de vote; Article 30, pour le droit de réunion pacifique; Article 32, pour le droit de pétition; Article 33, pour le droit de participer aux affaires publiques; Article 34, pour la liberté d'exprimer une affiliation nationale; Article 38, pour le droit de créer des établissements privés d'enseignement; Article 43, pour le droit à la formation professionnelle des personnes partiellement infirmes.*

²⁶ *Voir, par exemple, le cas de la Belgique, passée, en un quart de siècle, d'un État unitaire à un État régional puis fédéral, la progression du régionalisme en Espagne, le débat sur le fédéralisme en Italie, etc. Voir aussi, Commission européenne pour la démocratie par le droit, «États fédéraux et régionaux», Science et technique de la démocratie, n° 19, publication du Conseil de l'Europe 1997.*

central ne peut pas non plus être dépouillé de l'essence même de sa qualité d'État. En sens inverse, l'interprétation des textes constitutionnels est soumise à des limites évidentes et le recours à la notion de «pouvoirs implicites» doit rester exceptionnel.

Un autre domaine de préoccupation, en rapport direct avec le système fédéral établi par les Accords de Washington et de Dayton, vient de la coexistence du principe de représentation proportionnelle des peuples constitutifs avec une certaine territorialisation.²⁷ La Commission a décelé dans cette situation le risque que les citoyens n'appartenant pas aux peuples constitutifs des Entités soient privés des droits politiques fondamentaux. La Cour constitutionnelle devra accorder une attention particulière à cette situation et interpréter les dispositions constitutionnelles en tenant compte du principe de la non-discrimination consacré dans la Constitution et dans les instruments internationaux pertinents.

En concluant son avis sur la compatibilité, la Commission a constaté avec satisfaction que la FBH et la RS ont toutes deux fait de sérieux efforts pour harmoniser leurs Constitutions avec les Accords de Dayton, bien que la pleine compatibilité soit encore loin d'être réalisée. En ce qui concerne la FBH, la tâche est manifestement compliquée par le fait que l'entité fédérée forme elle-même une fédération et que les compétences doivent être réparties à divers niveaux, ce qui complique énormément le système juridique. Les contradictions les plus flagrantes avec la Constitution de la BH ont toutefois été supprimées ou, du moins, leur suppression est en cours. Plus particulièrement, il faut reconnaître que l'article 1er de la Constitution de la Fédération tel qu'amendé favorise explicitement l'intégration de la Fédération au sein de la BH. Du côté de la RS, des efforts ont également été accomplis afin de supprimer les dispositions incompatibles de la Constitution de la RS. Certains problèmes demeurent, notamment à propos du concept de souveraineté de la RS, maintenu sous une forme incompatible par nature avec son statut d'entité d'un État fédéral, et des droits des non-citoyens de la RS.

La tâche est donc loin d'être terminée pour les deux Entités. Comme la Constitution de la BH prévoit que ses dispositions l'emportent sur toutes dispositions incompatibles du système juridique des Entités et confère à la Cour constitutionnelle le pouvoir de décider en cas de conflit, il semblerait que la Cour constitutionnelle de la BH devra régler les problèmes d'incompatibilité qui demeurent.

Le second domaine de préoccupation concerne le mécanisme de protection des droits de l'Homme.²⁸

La Commission a estimé que la protection des droits de l'Homme est non seulement une obligation constitutionnelle mais aussi une condition préalable et un instrument d'une paix de

²⁷ Voir aussi à ce sujet J. MARKO «Les effets ethno-nationaux de la délimitation territoriale en Bosnie-Herzégovine», dans *Autonomie locale, intégrité territoriale et protection des minorités, actes du Séminaire d'UniDem à Lausanne (25-27 avril 1996), Science et technique de la démocratie, n° 16, Publication du Conseil de l'Europe 1997.*

²⁸ Voir aussi Jessica SIMOR, «Tackling Human Rights Abuses in Bosnia and Herzegovina : The Convention Is up to It, Are Its Institutions ?», *Eur. H.R. Law Reports (1997) p. 644 et suivantes.*

longue durée dans le pays. Son efficacité dépend de la cohérence du mécanisme de protection et de la crédibilité des organes qui surveilleront le respect des droits de l'Homme dans tout le pays, en particulier des organes spécialisés prévus à l'annexe 6 à l'Accord de Dayton et dans la Constitution de la FBH, ainsi que des cours suprême et constitutionnelle.

Les conflits de compétence entre organes chargés de la protection des droits de l'Homme devraient en principe être évités, de même que les situations où les deux organes judiciaires suprêmes peuvent donner des réponses contradictoires au même problème juridique. Ces situations, indésirables dans tous les cas, pourraient, dans les circonstances actuelles de cette région, porter préjudice à l'essence même de l'ordre constitutionnel et donc de l'État en tant que tel.

Le mécanisme de protection des droits de l'Homme prévu dans le système juridique de la Bosnie et Herzégovine possède un degré de complexité inhabituel. La coexistence d'organes juridictionnels spécifiquement chargés de protéger les droits de l'Homme et de tribunaux compétents à l'égard des allégations de violation des droits de l'Homme dans le contexte des affaires dont ils sont saisis crée inévitablement un certain chevauchement.

L'interprétation des instruments constitutionnels en vigueur doit être très prudente. Les institutions de la Bosnie et Herzégovine créées récemment devront tenir compte de la complexité de l'ordre constitutionnel et du besoin d'une protection judiciaire rapide et efficace des droits de l'Homme. Pour décider si une affaire relève de leur compétence, elles devront tenir compte non seulement des lois et règlements mais aussi de la jurisprudence des autres institutions. La coordination de leur pratique par la diffusion de renseignements sur les affaires qui leur ont été soumises ou qui sont pendantes devant elles ou qui ont été tranchées par chacune des deux institutions sera de la plus haute importance et devra être assurée, même dans les tout premiers mois de fonctionnement des institutions concernées.²⁹

Cependant, l'interprétation a ses limites et des mesures peuvent être nécessaires aussi dans le domaine normatif.

La Commission comprend que la création d'institutions spécifiques aux droits de l'Homme est une étape importante dans la consolidation de la paix en Bosnie et Herzégovine, le respect des droits de l'Homme étant la pierre angulaire des Accords de paix de Washington et de Dayton. Toutefois, les doubles emplois doivent être évités car ils peuvent être préjudiciables à l'efficacité de la protection des droits de l'Homme. En particulier, il conviendrait peut-être de procéder à des amendements des Constitutions des Entités là où la création de juridictions spécifiques des droits de l'Homme apparaît superflue d'un point de vue juridique. De même, les disparités importantes dans les systèmes de protection des droits de l'Homme des deux Entités peuvent aussi être préjudiciables à l'efficacité de la protection. Garantir un système judiciaire équilibré et cohérent pour la protection des droits de l'Homme dans l'ensemble de

²⁹ Voir l'avis sus-mentionné sur la situation des Droits de l'Homme en Bosnie-Herzégovine.

la BH peut nécessiter un certain parallélisme dans la protection accordée dans l'ordre juridique des deux Entités et probablement la création d'institutions équivalentes.³⁰

La création d'un système fédéral cohérent ne consiste pas simplement à supprimer les incohérences présentes dans les constitutions des Entités. Il faut surmonter les difficultés liées à la mise en œuvre de la Constitution de la BH telle qu'elle a été approuvée à Dayton. Actuellement, l'État a un caractère double, certaines compétences étant du ressort de la BH et d'autres étant confiées aux Entités. Mais les mécanismes de coopération, qui seront pourtant indispensables dans de nombreux secteurs pour garantir le fonctionnement efficace des institutions de la BH et des Entités, font défaut. Les articles III-4 et III-5 de la Constitution de la BH pourraient fournir 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.³¹

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Avis sur la compatibilité des Constitutions des Entités avec la Constitution de la Bosnie-Herzégovine.*

B. AVIS ET RAPPORTS

<p>I. CERTAINS ASPECTS DE LA SITUATION CONSTITUTIONNELLE EN BOSNIE ET HERZEGOVINE (AVIS SUR LA CONSTITUTION DE LA FEDERATION DE BOSNIE ET HERZEGOVINE)</p>

Le texte de la Constitution de la Fédération de Bosnie et 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'article II.A.1) est sans doute une disposition particulièrement heureuse, qui démontre l'attachement de la Bosnie et 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'article 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 et 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 et 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 (article III.4) ; cela implique (article III1-3 *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 (article 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 (article 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 entre des cantons ayant des majorités ethniques différentes (article 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 (article 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 et Herzégovine.

En conclusion, la Commission a estimé que la Constitution de la Fédération de Bosnie et 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.

II. AVIS SUR LA SITUATION CONSTITUTIONNELLE EN BOSNIE ET HERZÉGOVINE, PLUS PARTICULIÈREMENT EN CE QUI CONCERNE LES MÉCANISMES DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

Adopté par la Commission lors de sa 29^e réunion plénière (Venise, 15-16 novembre 1996) sur la base du rapport établi par le Groupe de Travail composé de: MM. Jambrek (Slovénie), La Pergola (Italie), Malinverni (Suisse), Matscher (Autriche) et Russell (Irlande).

1. Introduction

Par lettre du 16 février 1996, le Président de la Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a prié la Commission de Venise de donner un avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine, et plus particulièrement sur les mécanismes de protection des droits de l'Homme.

Le 16 mai, la Commission a tenu une réunion à Venise avec des représentants de la Bosnie et Herzégovine et des responsables du Bureau du haut Représentant. A sa vingt-septième réunion plénière, elle a chargé un groupe de travail composé de MM. Jambrek, Malinverni, Matscher et Russell d'établir, en coopération avec les représentants de toutes les parties intéressées, dont le Bureau du Haut Représentant, un rapport sur les mécanismes de protection des droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine. Le Groupe de travail a tenu une réunion à Strasbourg le 21 mai 1996, afin de procéder à un examen préliminaire du sujet. Du 28 au 31 mai 1996, le Secrétariat de la Commission a rencontré à Sarajevo des responsables de la Bosnie et Herzégovine, de la Fédération de Bosnie et Herzégovine, de la Republika Srpska, du Bureau du Haut Représentant et de la Commission des droits de l'Homme et a fait rapport aux membres du Groupe de travail.

En réponse à une demande du Groupe de travail, la Republika Srpska et le Ministère fédéral de la Justice ont fourni par écrit des informations sur les mécanismes de protection des droits de l'Homme dans les deux Entités. Le Bureau du Médiateur des droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine a fourni des informations sur ses activités et sur les mécanismes de protection des droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine.

Les 21 et 22 juin 1996, à Paris, le Groupe de travail a tenu une autre réunion, présidée par M. La Pergola, avec des représentants de la Bosnie et Herzégovine, des responsables du Bureau du Haut Représentant et des représentants des organes intervenant dans le domaine des droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine.

La Commission a eu un échange de vues sur la question en cause lors de sa 28e réunion plénière (Venise, 13-14 septembre 1996) à laquelle a participé Mme Gret Haller, Médiateur de Bosnie et Herzégovine. Lors de sa 29e réunion (Venise, 15-16 novembre 1996) elle a adopté le présent rapport.

2. Droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine : approche générale

Conformément aux Accords de Dayton (Annexe 4, Constitution de la Bosnie et Herzégovine), la République de Bosnie et Herzégovine, dont le nom officiel est désormais " Bosnie et Herzégovine" (ci-après BH) conserve son existence légale en tant qu'Etat en droit international, après modification de sa structure intérieure et avec ses frontières actuelles reconnues. Elle se compose de deux Entités : la Fédération de Bosnie et Herzégovine (ci-après "FBH") et la Republika Srpska (ci-après "RS").

Les droits de l'Homme - ainsi que le droit à des élections libres et la liberté de circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux dans tout le pays (article Ier, par. 2 et 4) - sont au centre des Accords de Dayton. L'Article II de la Constitution de la BH dispose que la "Bosnie et Herzégovine et les deux Entités garantissent le degré le plus élevé de libertés fondamentales et de droits de l'Homme internationalement reconnus". En particulier, "les droits et libertés définis dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et ses protocoles s'appliquent directement en Bosnie et Herzégovine" et "ils priment tout autre droit". La Constitution accorde une place particulière aux droits afin de mettre l'accent sur le principe de la non discrimination, le droit des réfugiés et des personnes déplacées de rentrer librement dans leurs foyers, et leur droit à la restitution des biens dont ils ont été privés au cours des hostilités depuis 1991 (Article II, par. 4 et 5).

En Bosnie et Herzégovine, toutes les institutions et "tous les tribunaux, administrations, agences et organismes publics mis en place par les Entités ou à l'intérieur de ces dernières, appliquent et respectent les libertés fondamentales et les droits de l'Homme" mentionnés dans la Constitution (Article II, par.6).

Dans ces circonstances, il est assez naturel que chaque ordre juridique en Bosnie et Herzégovine - à savoir celui de la BH, celui de la FBH, ainsi éventuellement que celui des cantons de la FBH et celui de la RS et les institutions plus ou moins provisoires créées par la communauté internationale dans le cadre de l'ordre juridique de la Bosnie et Herzégovine -prévoit des organes de suivi du respect des droits de l'Homme.

La Commission estime que la protection des droits de l'Homme n'est pas seulement une obligation constitutionnelle mais également une condition préalable et un instrument pour une paix durable dans le pays. Son efficacité dépend de la cohérence des mécanismes mis en place et de la crédibilité des organes qui en surveilleront l'application dans tout le pays, en particulier les organes spécialisés prévus à l'Annexe 6 des Accords de Dayton et dans la constitution de la FBH et les cours suprême et constitutionnelle.

Des conflits de compétence entre les organes chargés de la protection des droits de l'Homme devraient en principe être évités, de même que les situations dans lesquelles deux instances judiciaires suprêmes donneraient des solutions contradictoires au même problème juridique. De telles situations, qui sont de manière générale indésirables, peuvent, dans cette partie de l'Europe, altérer l'essence même de l'ordre constitutionnel et par conséquent porter atteinte à l'Etat lui-même.

Le Groupe de travail a donc examiné la compétence des plus importants organes de protection des droits de l'Homme au sein des ordres juridiques de la BH, de la FBH et de la RS (Chapitre 3) en vue de déterminer les domaines où pourraient surgir des conflits de compétence. Il a également formulé quelques propositions susceptibles de faciliter le règlement de ces conflits et d'accroître l'efficacité des mécanismes de protection des droits de l'Homme (Chapitre 4).

3. Organes intervenant dans le domaine des droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine

3.1 Organes créés en vertu des Accords de Dayton

3.1.1 La Cour Constitutionnelle

Annexe 4, Article VI

La Cour constitutionnelle de la BH, qui sera mise en place après les élections, est composée de neuf membres : quatre de la FBH, deux de la RS et trois non citoyens de la Bosnie et Herzégovine ou des Etats voisins, choisis par le Président de la Cour européenne des droits de l'Homme.

La Cour constitutionnelle a compétence pour régler tout différend découlant de la Constitution entre les Entités et le Gouvernement central et entre les Entités elles-mêmes ou entre des institutions de Bosnie et Herzégovine, notamment pour dire si la constitution d'une Entité est conforme à la Constitution de la Bosnie et Herzégovine. (Article VI, par. 3 (a)).

La Cour est compétente pour statuer sur les questions présentées par tout tribunal du pays, visant à déterminer si une loi, dont la validité dépend de sa décision, est conforme à la Constitution, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et ses protocoles ou aux règles de droit international public pertinentes pour la décision de la Cour (Article VI, par. 3 (c)).

Elle est aussi compétente à titre de juridiction d'appel pour les questions de constitutionnalité afférentes à une décision de tout autre tribunal de Bosnie et Herzégovine (Article VI, par. 3 (b)), ce qui peut englober, il va de soi, les différends sur les droits de l'Homme (voir Article II).

3.1.2 La Commission des droits de l'Homme

Article II, par. 1 de la Constitution de Dayton; Annexe 6 des Accords de Dayton, Chapitre II, Partie A

La Commission se compose de deux organes : le Bureau du Médiateur (Ombudsman) et la Chambre des droits de l'Homme. Ils sont conjointement chargés d'instruire les infractions manifestes ou alléguées aux droits de l'Homme prévues dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et ses protocoles mais aussi les discriminations survenues dans l'exercice des droits fondamentaux reconnus dans certains autres instruments relatifs aux droits de l'Homme. Ce mécanisme de protection des droits de l'Homme est prévu pour cinq ans à compter de l'entrée en vigueur des Accords de Dayton, le 14 décembre 1995. Au terme de cette période, la responsabilité de la poursuite des activités de la Commission des droits de l'Homme sera transférée aux institutions de Bosnie et Herzégovine, sauf si les parties en décident autrement, auquel cas la Commission continuera à fonctionner.

L'organisation de la Commission présente des similitudes avec celle du mécanisme de Strasbourg, le Médiateur des droits de l'Homme équivalant à la Commission européenne des droits de l'Homme, et la Chambre des droits de l'Homme équivalant à la Cour européenne des droits de l'Homme.

Le par.1 de l'Article VIII semble autoriser l'introduction d'une requête directement auprès de la Chambre des droits de l'Homme, mais en principe toutes les requêtes doivent être présentées au Médiateur (Article V, par.1), qui peut saisir la Chambre lorsqu'il juge qu'il y a violation des droits de l'Homme. En outre, lorsqu'il examine une requête, le Médiateur tient compte de l'épuisement des voies de recours effectives par le requérant.

La compétence de la Commission des droits de l'Homme s'étend à tous les actes ou décisions postérieurs au 14 décembre 1995 (date de la signature des Accords de Dayton).

a. Le Médiateur des droits de l'Homme

Annexe 6, Partie B (Articles IV à VI)

Mme Gret Haller, Ambassadrice de la Suisse, a été nommée pour un mandat non renouvelable de cinq ans par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE). Le Bureau du Médiateur est un organisme indépendant.

Le Médiateur est habilité à examiner les violations alléguées ou manifestes des droits de l'Homme. A réception d'une plainte, il peut la communiquer à la partie visée et lui demander ses observations. Après avoir reçu la réponse du plaignant à ces observations, il peut inviter les parties à trouver un règlement amiable. Si aucun règlement n'est possible, le Médiateur rédige un rapport indiquant s'il y a eu ou non violation des droits de l'Homme et, dans l'affirmative, peut formuler des recommandations pour une satisfaction équitable. La partie visée doit indiquer de quelle manière elle se conformera aux conclusions du Médiateur. Si elle ne répond pas ou si elle refuse de se conformer à ses conclusions, le Médiateur publie le rapport et le transmet au haut Représentant et à la Présidence. Il peut également saisir la Chambre des droits de l'Homme.

Pour son enquête, le Médiateur doit avoir accès à tous les documents officiels, y compris confidentiels.

Le Médiateur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative (Annexe 6, Article V, par.2). Le 2 mai 1995, la Médiatrice a ainsi décidé d'enquêter d'office sur un cas concernant le droit à la liberté d'une personne détenue en RS.

Le Médiateur a certains pouvoirs discrétionnaires quant à l'ordre dans lequel les demandes doivent être examinées. Bien qu'il n'y soit pas expressément tenu, il vérifie si des recours efficaces existent et si le requérant les a épuisés.

Selon l'article 37 du Règlement intérieur du Bureau du Médiateur, celui-ci peut à tout moment, au cours de l'examen d'une affaire, décider de porter l'affaire devant la Chambre. Selon l'article 37 b), adopté en septembre 1996, il peut également saisir la Chambre de "toute affaire qui lui est communiquée à cette fin par les Ombudsmen de la Fédération de Bosnie et Herzégovine ou par une autre institution équivalente de la Republika Srpska".

Du 28 mars au 31 octobre 1996, plus de 980 requêtes ont été déposées au Bureau du Médiateur, dont 256 ont été enregistrées en tant que recours individuels formels (41 contre la Bosnie et Herzégovine, 92 contre la Fédération, 22 contre la Bosnie et Herzégovine et la Fédération et 94 contre la Republika Srpska). Les requêtes introduites devant le Bureau concernent principalement des questions propriété ainsi que le droit au respect du domicile (voir le *case summary* annexé au présent rapport). Le Médiateur a déclaré 20 requêtes irrecevables et a porté 19 autres devant la Chambre des droits de l'Homme.

b. La Chambre des droits de l'Homme

Annexe 6, Partie C, Articles VII à XIII

La Chambre des droits de l'Homme est composée de quatorze membres : quatre sont désignés par la Fédération de Bosnie et Herzégovine, deux par la Republika Srpska et les huit autres par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Les membres désignés par le Comité des Ministres ne peuvent être citoyens de la Bosnie et Herzégovine ou d'un Etat voisin. M. Germer a été désigné Président de la Chambre.

La Chambre est saisie par le Médiateur pour le compte d'un plaignant de demandes concernant des violations des droits de l'Homme. Elle statue sur la recevabilité des demandes et sur l'ordre de priorité à leur accorder, en déterminant si des recours adéquats existent et si le plaignant a démontré qu'ils avaient été épuisés.

Les décisions de la Chambre sont définitives et obligatoires.

La Chambre peut mettre fin à une affaire par un règlement amiable.

La Chambre siège en commissions de sept membres. Lorsqu'une commission statue sur une demande, la Chambre au complet peut décider de réviser la décision à l'initiative de l'une des parties (à la procédure) ou du Médiateur.

La Chambre a adopté en novembre 1996 son règlement intérieur. Jusqu'à la fin octobre 1996, 13 affaires ont été portées devant la Chambre par le Médiateur. La Chambre a déclaré recevable une affaire (CII/96/1, *J. D. et T. Matanovic contre la Republika Srpska*, décision du 13.09.1996).

3.1.3 Commission pour les personnes déplacées et les réfugiés (renommée "Commission pour les demandes de restitution de propriété")

Article II, par.5 de la Constitution de Dayton; Annexe 7 des Accords de Dayton, Articles VII à XV

La Commission est composée de neuf membres, dont quatre sont nommés par la Fédération de Bosnie et Herzégovine, deux pour une durée de trois ans et deux pour une durée de quatre ans; deux autres sont nommés par la Republika Srpska, un pour trois ans et l'autre pour quatre ans. Les autres membres sont nommés, chacun pour une durée de cinq ans, par le Président de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui désigne parmi eux le Président de la Commission. Mme Saulie a été nommée Présidente. Le mandat des membres de la Commission est renouvelable.

La Commission a pour mandat de recevoir et de se prononcer sur toutes les demandes concernant des biens immeubles en Bosnie et Herzégovine lorsque les-dits biens n'ont pas été volontairement cédés ou n'ont pas fait l'objet d'une quelconque transaction depuis le 1er avril 1992. Les demandes peuvent porter sur la restitution du bien ou sur une indemnisation équitable à la place de la restitution.

La Commission est investie des pouvoirs lui permettant "d'exécuter toutes les transactions nécessaires pour céder ou transférer un titre de propriété, une hypothèque, un bail ou encore pour disposer d'une quelconque autre manière des biens objets d'une demande ou réputés abandonnés". Elle est habilitée à céder, hypothéquer ou louer des biens immeubles à tout résident ou citoyen de Bosnie et Herzégovine, dans les cas où le propriétaire légal a été retrouvé et a reçu une juste indemnisation à la place de la restitution, ou encore dans les cas où le bien est jugé abandonné conformément aux lois locales.

Les décisions de la Commission sont définitives et les titres, actes, hypothèques ou autres instruments juridiques créés ou attribués par la Commission doivent être reconnus comme légaux dans l'ensemble de la Bosnie et Herzégovine.

3.1.4 Sous-Commission d'appel pour les élections

créée par la Commission provisoire des élections (Annexe 3 des Accords de Dayton)

Cet organe a été créé par la Commission provisoire des élections. Il examinera les plaintes concernant des violations des dispositions relatives aux élections figurant dans les Accords de Dayton et les règles adoptées par la Commission provisoire des élections portant sur les ajouts

ou les retraits de la liste provisoire des électeurs; les normes de conduite professionnelle des médias et des journalistes; les obligations des gouvernements à l'égard des médias; la conduite des partis politiques et des candidats; l'enregistrement des partis politiques et des candidats indépendants; les procédures de vote et de comptabilisation.

La Sous-Commission peut interdire à un parti politique ou à un candidat indépendant de se présenter aux élections, rayer des candidats de la liste ou imposer des peines pécuniaires. Les décisions de la Sous-Commission sont définitives et obligatoires et ne peuvent faire l'objet d'un recours.

3.1.5 Autres organes

a. La Force de police internationale

Annexe 11 des Accords de Dayton, Article VI

L'Accord sur la Force de police internationale dispose que si les personnels de ladite Force ont connaissance d'informations crédibles relatives à des violations des libertés fondamentales ou des droits de l'Homme internationalement reconnus, ils doivent communiquer ces renseignements à la Commission des droits de l'Homme, au Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ou à toutes les autres organisations compétentes. La Force de police internationale n'est pas un organe judiciaire ou quasi-judiciaire.

b. Bureau du Haut Représentant

Annexe 10 des Accords de Dayton

Le Bureau du haut Représentant est chargé de mettre en place des institutions politiques et constitutionnelles en Bosnie et Herzégovine et de promouvoir et faire respecter les droits de l'Homme. Le haut Représentant (M. Carl Bildt) a pour mandat de coordonner les activités des organisations et des institutions civiles afin de garantir la mise en oeuvre efficace des aspects civils du règlement de paix. Il est également chargé de suivre les activités de la "Human Rights Task Force".

c. Groupe de surveillance des droits de l'Homme

Article XIII de l'Accord sur les droits de l'Homme figurant à l'Annexe 6 des Accords de paix pour la Bosnie et Herzégovine et paragraphe 33 des conclusions de la Conférence de Londres des 8 et 9 décembre 1995 sur l'application des accords de paix

Ce Groupe, présidé par le Bureau du haut Représentant, opère à Sarajevo et sur tout le territoire de la Bosnie et Herzégovine. Il fonctionne conformément aux dispositions de l'Article XIII de l'Accord sur les droits de l'Homme figurant à l'Annexe 6 des Accords de paix pour la Bosnie et Herzégovine et au paragraphe 33 des conclusions de la Conférence de Londres des 8 et 9 décembre 1995 sur l'application des accords de paix.

3.2. Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine (proposée dans l'Accord de Washington de février 1994)

3.2.1 La Cour constitutionnelle

Chapitre IV, Section C, Article 9-13

La Cour constitutionnelle est composée de neuf juges, six de la FBH (2 Bosniaques, 2 Croates et deux "divers", soit, dans sa composition actuelle, deux Serbes) et trois juges non citoyens de Bosnie et Herzégovine (Juge Ajibola (Nigéria), Juge El Khani (Syrie) et Juge Rigaux (Belgique)), désignés par le Président de la Cour internationale de justice.³² La Cour est présidée par le Juge Ibrahimagic. La Cour constitutionnelle a été créée en 1995 mais n'a commencé à fonctionner qu'en janvier 1996.

Ses principales fonctions sont de régler les différends entre les cantons; entre ces derniers et le gouvernement fédéral; entre toute municipalité et son canton ou le gouvernement Fédéral et entre les institutions du gouvernement fédéral ou au sein de ces dernières.

La Cour statue également, sur demande, sur la conformité d'une loi ou d'un règlement avec la constitution de la Fédération. La Cour suprême, la Cour des droits de l'Homme ou un tribunal cantonal sont tenus de lui soumettre tout doute concernant la conformité d'une loi applicable avec la Constitution. Ses décisions sont définitives et obligatoires.

La Cour constitutionnelle n'a été saisie d'aucune affaire depuis sa création.

3.2.2 La Cour suprême

Chapitre IV, Section C, Article 14 à 17

La Cour suprême, composée de neuf juges, est la plus haute instance d'appel de la FBH. Elle peut être saisie en appel par des tribunaux cantonaux pour des questions relatives à la constitution, à des lois ou des règlements de la Fédération et d'autres questions, comme prévu dans la législation de la Fédération, sauf celles qui relèvent de la compétence de la Cour constitutionnelle ou de la Cour des droits de l'Homme (comme il est expressément prévu au par. 1 in fine de l'Article 15). Elle a également la compétence originale prévue par la législation de la Fédération. Ses décisions sont définitives et obligatoires.

3.2.3. Les Ombudsmen de la Fédération

Chapitre II, Article 1 à 9

Trois Ombudsmen - un Bosniaque, un Croate et un "divers", actuellement un Serbe - sont nommés pour une durée analogue à celle du mandat du Président et des juges de la Cour suprême. Chacun nomme, avec l'accord du Président, un ou plusieurs adjoints. Ils doivent en

³² Il s'agit d'un arrangement transitoire. Après cinq ans, tous les membres de la Cour constitutionnelle devront être des citoyens de la FBH.

particulier s'efforcer de nommer des adjoints dans les municipalités dont les populations ne reflètent pas la composition de l'ensemble du canton.

Le Bureau des Ombudsmen est un organisme indépendant. Les Ombudsmen sont habilités à examiner les activités de toute institution de la fédération, des cantons ou des municipalités ainsi que de toutes institutions ou personnes dont la dignité, les droits ou les libertés peuvent être bafoués, notamment par un nettoyage ethnique ou la préservation de ses effets. Pour accomplir sa tâche, l'Ombudsman doit avoir accès à tous les documents officiels, y compris ceux qui sont confidentiels. Il est habilité à instituer des poursuites devant des tribunaux compétents et à intervenir dans les affaires en instance, notamment devant la Cour des droits de l'Homme. Chaque Ombudsman présente un rapport annuel au Premier Ministre et au Vice-Premier Ministre de la Fédération, à chaque Président cantonal et à l'OSCE et peut, à tout moment, présenter des rapports spéciaux et contraindre les institutions locales à répondre. L'Ombudsman peut instituer des poursuites devant la Cour des droits de l'Homme.

Les premiers Ombudsmen de la FBH (Mme Jovanovic, M. Muhibic et Mme Raguz) ont été nommés par l'OSCE en 1994 et ont pris leurs fonctions en janvier 1995. Leur rapport d'activité pour 1995, publié en février 1996 (voir CDL (96) 38), fait clairement ressortir que la plupart des affaires dont ils ont été saisis ont trait à la protection du droit à la propriété (nombreux cas d'appartements dits "abandonnés"), à la liberté de circulation, aux personnes portées disparues et au droit à la vie.

Les Ombudsmen se sont, à plusieurs reprises, mis en rapport avec les autorités de la FBH en demandant l'adoption de mesures. Le rapport du Département d'Etat des Etats-Unis sur les droits de l'Homme indique à cet égard que "les Ombudsmen ont fait un remarquable travail, surveillant la situation des droits de l'Homme et portant des cas d'abus devant les gouvernements bosniaque et croate. Toutefois, ils n'ont pas de pouvoir coercitif et les autorités les traitent avec plus ou moins d'indifférence et d'hostilité. Ils affirment que s'ils ne bénéficiaient pas d'un soutien international, les autorités de la Fédération supprimeraient immédiatement leur fonction."

Dans un rapport concernant les activités des Ombudsmen dans la période allant du 1er janvier au 30 juin 1996, ceux-ci affirment qu' "aux cours des six mois qui ont suivi la signature des Accords de paix de Dayton aucune amélioration n'a pu être apporté en ce qui concerne leurs aspects civils, alors même que la situation des droits de l'homme a empiré. (...) Malgré les assurances données, les autorités résistent aux efforts des Ombudsmen visant à contrôler le respect des droits de l'homme".

3.2.4 La Cour des droits de l'Homme

Chapitre IV, Section C, Article 18 à 23

Cette cour est composée de 7 membres : 3 juges de Bosnie et Herzégovine (un Bosniaque, un Croate et un "divers") et 4 membres nommés par le Comité des Ministres conformément à la Résolution (93) 6.³³

³³ *Il s'agit d'un arrangement transitoire (voir Chapitre IX, Article 9 de la Constitution).*

La Cour est saisie de toute question concernant une disposition constitutionnelle ou toute autre disposition juridique relative aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales ou à l'un quelconque des instruments énumérés dans son annexe. Après avoir épuisé les recours existants auprès des autres tribunaux de la Fédération, une personne peut interjeter appel devant la Cour des droits de l'Homme sur toute question relevant de la compétence de cette dernière. Cette cour peut aussi être saisie lorsque la procédure demeure en instance pendant un temps indûment long dans tout autre tribunal de la Fédération ou de tout canton.

La Cour des droits de l'Homme peut également donner, sur demande, dans les domaines de sa compétence, des avis ayant force obligatoire pour la Cour constitutionnelle, la Cour suprême et un tribunal cantonal.

La Cour des droits de l'Homme a compétence pour les instances introduites après le 1er janvier 1991.

La décision de la Cour est définitive et obligatoire.

La Cour des droits de l'Homme n'a pas encore été établie.

3.2.5 Conseil de la Fédération pour l'application des accords

En mai 1996, la FBH a créé cet organe composé du Président et du Vice-Président de la Fédération, du Premier adjoint du haut Représentant et de deux autres représentants de la communauté internationale. Il a pour tâche de régler les problèmes créés par des responsables aux niveaux municipal, cantonal et fédéral concernant l'application des Accords de Dayton. Le Premier Ministre de la FBH, le Médiateur de la BH, l'un quelconque des trois ombudsmen de la FBH et tout membre du Conseil peuvent porter devant cet organe des affaires dans lesquelles il est allégué qu'une personne ayant une charge publique n'a pas respecté les obligations que lui confèrent la constitution ou la loi, s'est rendue coupable de violations graves des droits de l'Homme internationalement reconnus ou a entravé la coopération avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Le Conseil a le pouvoir de démettre de ses fonctions la personne concernée.

3.3 Constitution de la Republika Srpska

Le système de protection des droits de l'Homme mis en place dans le cadre de la Constitution de la Republika Srpska est fondé sur le système judiciaire ordinaire et sur la Cour constitutionnelle.

3.3.1 La Cour constitutionnelle

Articles 120 - 125

La Cour constitutionnelle est composée de sept membres ayant un mandat de huit ans non renouvelable. Son Président est élu par l'Assemblée nationale pour un mandat de trois ans non renouvelable. Le Président actuel est M. G. Miljanovic.

La Cour constitutionnelle prend des décisions sur :

- la conformité des lois, autres textes réglementaires et dispositions légales générales avec la Constitution;
- la conformité des textes réglementaires et des dispositions légales générales avec la législation;
- les conflits de compétence entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire;
- les conflits de compétence entre les organismes de la République, des régions, des villes et des municipalités;
- la conformité des programmes, statuts et autres dispositions légales générales des organisations politiques avec la Constitution et la législation.

Conformément à l'amendement XLII (Article 115 *in fine*), la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité et la légalité en formulant à l'intention des organes constitutionnels des avis et des propositions pour l'application des lois visant à assurer "la protection des libertés et des droits des citoyens".

La Cour constitutionnelle peut être saisie par le Président de la République, l'Assemblée nationale et le Gouvernement. La Constitution permet au législateur d'autoriser d'autres organes ou organismes de l'Etat à intenter une action devant la Cour.

La Cour constitutionnelle peut de sa propre initiative instituer des poursuites sur des questions de constitutionnalité et de légalité.

Les particuliers ne peuvent adresser de requêtes individuelles à cette Cour, mais ils peuvent prendre une initiative en vue d'un recours constitutionnel. Dans la pratique, la majorité des affaires portées devant la Cour constitutionnelle trouvent leur origine dans des initiatives individuelles.

Des poursuites contre des dispositions législatives ou autres peuvent être engagées dans un délai d'un an après l'entrée en vigueur des dispositions contestées.

Si la Cour constitutionnelle estime qu'une loi ou une réglementation n'est pas conforme à la Constitution, cette loi ou cette réglementation est invalidée à la date de la décision de la Cour.

Aux termes de l'Article 124 de la Constitution, les décisions de la Cour constitutionnelle sont universellement obligatoires et définitives mais cet article ne donne pas de précisions quant à la portée du caractère obligatoire de ces décisions. En vertu de la Constitution de Dayton, on peut raisonnablement estimer que la constitutionnalité des décisions de cette Cour (comme de toute autre) peut être contestée devant la Cour constitutionnelle de la BH, qui a compétence d'appel.

La Constitution de la Republika Srpska ne contient aucune disposition concernant la place des instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme dans la hiérarchie des normes. En principe, ceux de ces instruments qui sont énumérés dans les Accords de Dayton, y compris la Convention européenne des droits de l'Homme, devraient également s'appliquer dans la Republika Srpska (Article II, par. 1 et 6 de la Constitution de la BH : la Bosnie et Herzégovine et les deux Entités, de même que tous les tribunaux, administrations, agences et organismes publics mis en place par les Entités ou à l'intérieur de ces dernières, appliquent et respectent les droits de l'Homme énumérés dans la Constitution). Toutefois, la Constitution de la RS n'autorise pas la Cour constitutionnelle à vérifier la conformité des lois à ces instruments internationaux.

La Cour constitutionnelle n'a pas encore établi de jurisprudence en matière de droits de l'Homme. Dans ses arrêts, elle tient compte de la jurisprudence des cours constitutionnelles de la Yougoslavie et des anciennes républiques fédérées.

3.3.2 La Cour suprême et les autres tribunaux

Articles 126 - 132

La Cour suprême de la République fonctionne depuis 1992, avec une interruption de quelques mois. En tant qu'instance suprême, elle assure l'application unique et universelle de la loi. Elle protège les droits et les intérêts établis de toutes les personnes ainsi que la légalité. Elle protège les droits de l'Homme et les libertés fondamentales *in concreto*, dans le cadre des affaires civiles et pénales qui sont portées devant elle. Une chambre spéciale de la Cour suprême s'occupe des litiges administratifs.

Les questions relatives à la création et à la compétence des tribunaux ainsi qu'à la procédure judiciaire sont précisées par la loi.

4. Conflits de compétence possibles et propositions pour les régler

4.1 Remarques préliminaires

La description du système de protection des droits de l'Homme donnée ci-dessus appelle deux remarques liminaires :

Premièrement, le système juridique de la BH et de la FBH comprend une multitude d'organes qui peuvent être compétents pour examiner les violations des droits de l'Homme *in abstracto* ou *in concreto*, par le moyen de recours individuels. Cette imposante machine n'est pas encore complètement en état de fonctionnement, puisque plusieurs de ces organes n'ont pas encore été mis en place. Toutefois, lorsqu'ils le seront, un risque de chevauchement des compétences apparaîtra certainement et il est urgent de déterminer les règles de procédure qui aideront à éviter des décisions ou jugements contradictoires. Cela est d'autant plus important que des décisions contradictoires peuvent entamer la crédibilité des institutions, ce qui aura des conséquences néfastes pour la paix et le processus d'intégration.

Deuxièmement, le rôle des organes créés en vertu de la Constitution des Accords de Dayton dépendra en grande partie de l'efficacité de la protection accordée par les organes des Entités. Si la législation d'une Entité prévoit une protection complète et efficace, les organes de Dayton peuvent avoir un simple rôle de supervision, qui pourrait en principe être tenu par une instance judiciaire unique. Par contre, si le système d'une Entité offre moins de possibilités de protection juridique des droits de l'Homme, les organes de Dayton devraient être beaucoup plus actifs et prévoir alors une intervention plus complexe avec deux niveaux de juridiction associés à des procédures facilitant un règlement amiable du différend. On observera, à cet égard, que le système judiciaire de la RS contraste avec la complexité du système de la FBH. Un système complexe et évolué de protection des droits de l'Homme au niveau de la BH contribuera certainement à améliorer la protection offerte dans la RS, mais il peut rendre le processus de protection pour la FBH trop élaboré et trop long - et par conséquent moins efficace.

La Commission a gardé constamment à l'esprit ces remarques lorsqu'il a déterminé les domaines de conflits de compétences décrits ci-après

4.2. Les Entités (FBH et RS)

4.2.1. Republika Srpska

Le système prévu par la législation de la RS est un système classique où la protection judiciaire des droits de l'Homme est assurée par les tribunaux ordinaires. La Cour suprême est le principal instrument de cette protection, puisque tous les types de litiges (civils, pénaux et administratifs) sont portés devant elle et qu'elle "protège les droits de l'Homme et les libertés" conformément à l'Article 121 de la Constitution. La Cour constitutionnelle ne peut être saisie de requêtes émanant de particuliers; elle examine *in abstracto* la compatibilité d'une loi ou d'une réglementation avec les droits de l'Homme garantis dans la Constitution *in abstracto*, à la demande d'autres organes de l'Etat ou de sa propre initiative.

Ce système présente donc des similitudes avec les systèmes juridiques continentaux, où il appartient aux tribunaux et en particulier aux cours suprêmes de statuer sur les atteintes aux droits de l'Homme et où la Cour constitutionnelle ne peut être saisie par des particuliers (Bulgarie, France, Roumanie).

Toutefois, étant donné l'importance de la protection des droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine, on pourrait escompter l'établissement d'un système permettant aux particuliers de présenter des requêtes devant la Cour constitutionnelle. Par ailleurs, certains vestiges de l'ordre constitutionnel de l'ex-Yougoslavie, tels que la capacité d'instituer d'office des poursuites et le pouvoir de formuler des "propositions" pourraient être abandonnés. On renforcerait ainsi le caractère judiciaire de la Cour et on ferait aller le système dans le sens de l'évolution récente de plusieurs nouvelles démocraties en Europe.

Par ailleurs, la création d'une institution de Médiateur devrait être envisagée. L'établissement d'une telle institution, équivalente à celle des Ombudsmen de la FBH, constituera non seulement une amélioration du système de protection des droits de l'homme dans la RS mais aussi une

contribution vers l'institution d'un système équilibré et cohérent de protection judiciaire des droits de l'homme dans l'ensemble de la BH. Les Médiateurs de la RS pourront porter des affaires devant la Chambre des Droits de l'Homme, par l'entremise du Bureau Médiateur de BH, comme prévu à l'article 37 b) du Règlement intérieur du Bureau (cet article prévoit déjà que le Médiateur de BH peut porter devant la Chambre les affaires qui lui sont communiquées à cette fin par les Ombudsmen de FBH "ou par toute institution équivalente de la Republika Srpska"). Bien entendu, afin de garantir l'impartialité requise de l'institution, dans une période d'après-conflit, on devra sérieusement considérer que les Médiateurs de la RS soient au nombre de trois, appartenant à chaque groupe ethnique, et que la communauté internationale soit impliquée dans leur nomination et leur fonctionnement (par exemple, l'OSCE pourrait nommer les trois Médiateurs et prendre en charge le fonctionnement de leur bureau).

4.2.2 Fédération de Bosnie et Herzégovine

a) *Remarques générales sur le fonctionnement simultané de la Cour suprême, de la Cour constitutionnelle et de la Cour des droits de l'Homme.*

Une des particularités du système judiciaire de la Fédération réside dans l'existence de trois organes judiciaires suprêmes, à savoir la Cour suprême, la Cour constitutionnelle et la Cour des droits de l'Homme. Un certain nombre de dispositions de la Constitution visent à définir les compétences respectives de ces cours afin d'éviter des chevauchements.

Les observations de la Commission ont pour objectif de préciser la distinction entre les compétences respectives de ces organes. C'est là une tâche certes difficile, un des problèmes étant que le principal organe de protection des droits de l'Homme, à savoir la Cour des droits de l'Homme, n'a pas encore été mis en place.

En même temps, cet exercice n'a qu'une portée limitée dans le temps, puisque, de l'avis de la Commission, la répartition des compétences entre les trois instances suprêmes ne se justifie que par la volonté particulière des rédacteurs de la Constitution proposée par les Accords de Washington de créer un organe ayant pour fonction exclusive de surveiller le respect des droits de l'Homme en FBH. Après les Accords de Dayton et la création de la Commission des Droits de l'Homme, l'opportunité de la mise en place d'une juridiction spéciale de droits de l'homme avec une composition partiellement internationale au niveau d'une entité paraît discutable (voir 4.3.2 ci-dessous).

Quoi qu'il en soit, il faudrait examiner si les fonctions actuellement confiées à la Cour des droits de l'Homme pourraient à terme être transférées à la Cour constitutionnelle, dont il faudrait étendre la compétence aux demandes émanant de particuliers alléguant des violations de droits de l'Homme. Ceci alignerait le système juridique de la Fédération de Bosnie et Herzégovine sur d'autres systèmes juridiques où par le biais de recours individuels (Individualbeschwerde) des litiges relatifs aux droits de l'Homme sont traités par la Cour constitutionnelle. En outre, une

telle évolution s'alignerait avec la tendance dans la majorité des Etats européens à charger les cours constitutionnelles de la protection des droits de l'Homme.³⁴

b) Relations entre la Cour des droits de l'Homme et la Cour suprême

Puisqu'il n'existe aucune instance d'appel au-dessus de la Cour constitutionnelle, mais que celle-ci ne peut être saisie que par d'autres tribunaux ou des institutions de l'Etat, les appels des tribunaux cantonaux peuvent en théorie être présentés soit devant la Cour suprême, soit devant la Cour des droits de l'Homme : les allégations de non respect de la législation interne seront introduites en appel devant la Cour suprême alors que les requêtes concernant des violations des dispositions relatives aux droits de l'Homme seront introduites devant la Cour des droits de l'Homme. Toutefois, dans la pratique, il sera difficile de distinguer les atteintes aux droits de l'Homme des litiges courants internes. Ainsi, un différend concernant la garde des enfants dans une procédure de divorce relèvera probablement à la fois du droit civil (droit de la famille) et de la législation sur les droits de l'Homme (droit au respect de la vie familiale). Il est donc nécessaire de déterminer laquelle des deux cours jugera en dernier ressort.

A cet égard, l'Article 22 du Chapitre IV C revêt une importance particulière. Il dispose que "la Cour suprême peut, à la demande de toute partie à un recours ou de sa propre initiative, adresser à la Cour des droits de l'Homme une question concernant ou découlant d'un recours relevant de la compétence de cette dernière". Dans ce cas, la réponse de la Cour des droits de l'Homme est imposable à la Cour suprême.

En outre, une requête ne peut être adressée à la Cour des droits de l'Homme qu'une fois les autres recours épuisés (Chapitre IV C, Article 20).

De ce qui précède, on peut tirer les conclusions suivantes :

- les appels des tribunaux cantonaux, dans les affaires civiles, pénales ou administratives, sont interjetés, en règle générale, devant la Cour suprême;
- la Cour suprême demande à la Cour des droits de l'Homme une réponse ayant valeur obligatoire sur les questions relatives aux droits de l'Homme pouvant être soulevées dans le cadre du recours;
- les appels de la Cour suprême devant la Cour des droits de l'Homme ne sont possibles que sur des points relatifs aux droits de l'Homme.

³⁴ Voir p. ex. les Actes du Séminaire "La protection des droits fondamentaux par la Cour Constitutionnelle", Brioni, Croatie, 23-25 septembre 1995, Conseil de l'Europe, Science et Technique de la Démocratie.

c) *Relations entre la Cour des droits de l'Homme et la Cour constitutionnelle*

La délimitation des compétences respectives de la Cour constitutionnelle et de la Cour des droits de l'Homme peut aussi entraîner des difficultés. La Cour constitutionnelle a compétence pour les questions constitutionnelles : chaque fois qu'une question relative à la constitutionnalité est soulevée dans une procédure devant la Cour suprême ou la Cour des droits de l'Homme, ces dernières doivent suspendre la procédure et soumettre la question à la Cour constitutionnelle, dont la décision a force obligatoire pour les deux cours (Chapitre IV C, Article 10 (3), 11 et 12). Cependant, la compétence de la Cour constitutionnelle ne s'étend pas aux questions relatives aux droits de l'Homme. Pour ces dernières, elle peut saisir la Cour des droits de l'Homme, dont la décision est obligatoire (Chapitre IV C, Article 22). Il va de soi que dans la pratique il sera là encore difficile de faire une distinction entre les questions des droits de l'Homme et les questions constitutionnelles. Par exemple, une question touchant l'indépendance du pouvoir judiciaire relèvera du droit constitutionnel, mais concernera également le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial.

Un des éléments que les cours pourraient prendre en considération lorsqu'elles statuent sur ces questions, soit dans leur règlement intérieur, soit en l'espèce, est le fait que les rédacteurs de la constitution de la FBH entendaient clairement donner à la Cour des droits de l'Homme la compétence générale et finale sur toutes les affaires qui présentent un aspect relatif aux droits de l'Homme dans l'ordre juridique de la FBH. C'est pour cette raison que l'Article 22 doit être interprété de manière à donner une présomption de compétence à la Cour des droits de l'Homme.

En d'autres termes, lorsqu'une question comporte des aspects à la fois constitutionnels et relatifs aux droits de l'Homme, la Cour constitutionnelle devrait, conformément à l'Article 22 du Chapitre IV C de la Constitution, saisir la Cour des droits de l'Homme, dont la réponse aura force obligatoire.

d) *Les Ombudsmen de la Fédération*

La Commission de Venise a déjà estimé, en 1994, que la nomination d'ombudsmen pour la Fédération était un élément positif.³⁵ Les activités qu'ils ont menées en 1995 confirment cette avis.

La Commission a exprimé l'avis qu'il aurait été souhaitable que les ombudsmen soient habilités à formuler des recommandations à l'administration et de préciser quelque peu les obligations de cette dernière par rapport à ces recommandations. La Commission avait indiqué que le texte de la Constitution permettait un vaste éventail de pratiques de la part à la fois des ombudsmen et de l'administration. Un an plus tard, les lacunes indiquées par la Commission semblent avoir réduit l'efficacité du travail des ombudsmen.³⁶

³⁵ Voir l'avis de la Commission de Venise sur certains aspects de la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine, Rapport annuel d'activités pour 1994, p. 17 à 20.

³⁶ Voir le Rapport annuel des Ombudsmen pour 1995.

Une des institutions susceptibles de renforcer la position des ombudsmen est le Conseil de la Fédération pour l'application des accords, dont la création a été récemment décidée. Toutefois, cet organe (dont il faudrait (ré)examiner très soigneusement la fonctionnement pour vérifier s'il répond aux dispositions de l'Article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme) devrait être considéré comme très provisoire et même exceptionnel. D'autres solutions devraient donc être étudiées.

Conformément à l'Article 6 (Chapitre II B) de la Constitution de la FBH, les ombudsmen sont habilités à engager des poursuites devant tous les tribunaux, y compris la Cour des droits de l'Homme, et à participer à la procédure. Dans son avis précité, la Commission avait invité à la prudence dans l'emploi de cette disposition, estimant que le pouvoir illimité d'intervention des ombudsmen dans une procédure en instance risquait d'aller à l'encontre du principe de la séparation des pouvoirs et de l'égalité des moyens.

La possibilité offerte au Médiateur, par l'article 37 du Règlement intérieur du Bureau du Médiateur, de saisir la Chambre des affaires présentées à cette fin par les Ombudsmen de la Fédération doit être considérée comme étant plus conforme aux standards internationaux en matière de procès équitable. De plus, elle présente l'avantage de simplifier et de raccourcir les procédures complexes et longues des voies de recours en matière de violation des droits de l'homme dans la FBH.

4.3. Relations entre les institutions des Entités et les institutions de la BH

4.3.1. Coexistence de trois cours constitutionnelles

De manière générale, la coexistence de trois cours constitutionnelles ne devrait pas poser de problèmes particuliers, puisque chacune fonctionne dans le cadre d'une constitution différente. Ainsi, la Cour constitutionnelle de la FBH est compétente pour les questions constitutionnelles en vertu de la Constitution de la Fédération, alors que celle de la RS statue sur les questions constitutionnelles en vertu de la Constitution de la République. Celle de la BH a compétence notamment pour décider de la conformité de la constitution d'une Entité avec celle de la BH (Article VI, par. 3 a)), qui a préséance.

Les dispositions des constitutions des Entités selon lesquelles les décisions de leurs plus hautes instances judiciaires sont "obligatoires et définitives" devraient être révisées ou interprétées de manière à signifier "obligatoires et définitives dans l'ordre juridique de l'Entité, aussi longtemps qu'elles ne sont pas déclarées incompatibles avec la Constitution de la BH".

4.3.2 Fonctionnement simultané de deux juridictions des droits de l'Homme

Le fonctionnement simultané de deux juridictions des droits de l'Homme pose des problèmes particuliers.

Contrairement aux trois cours constitutionnelles qui sont tenues de prendre leurs décisions en se fondant sur des instruments juridiques différents, la Cour des droits de l'Homme de la FBH et la Commission des droits de l'Homme de la BH appliquent essentiellement les mêmes instruments de base relatifs aux droits de l'Homme, et en premier lieu la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi que la jurisprudence de ses organes. Ainsi, la Commission des droits de l'Homme de la BH aura en fait compétence d'appel pour les affaires jugées par la Cour des droits de l'Homme de la FBH.

Il est vrai que, *ratione temporis* et *ratione materiae*, les compétences de la Chambre des droits de l'Homme de la FBH et celles de la Commission des droits de l'Homme de la BH ne sont pas exactement les mêmes. La Commission des droits de l'Homme ne peut statuer que sur des allégations de violations de la Convention européenne des droits de l'Homme; elle peut aussi connaître de cas de discrimination alléguée concernant la jouissance des droits garantis par les autres instruments internationaux énumérés à l'annexe de l'Annexe 6. La Cour des droits de l'Homme, par contre, connaît, en plus des questions susmentionnées, des violations alléguées de tout droit (non seulement de la discrimination) garantis dans les instruments internationaux énumérés dans l'annexe de la Constitution de la FBH. En outre, la compétence *ratione temporis* de la Commission des droits de l'Homme de la BH commence le 14 décembre 1995, alors que celle de la Cour des droits de l'Homme de la FBH commence le 1er janvier 1991 (Chapitre IV C, Article 19 de la Constitution de la FBH).

Toutefois, l'étendue de la compétence *ratione materiae* de la Commission des Droits de l'Homme dépendra de sa jurisprudence sur la notion de "discrimination" ; une interprétation large de ce concept peut placer dans le champ du contrôle exercé par le Commission des Droits de l'Homme la plupart des affaires dans lesquelles une violation des droits garantis par les instruments figurant à l'Annexe 6 est alléguée. Il en va de même en ce qui concerne la compétence *ratione temporis* de la Commission des Droits de l'Homme qui dépendra largement de sa jurisprudence sur les "violations continues" (c.à.d. les affaires qui ont leur origine dans faits antérieurs au 14 décembre 1995 mais dont les effets se prolongent après cette date). D'un point de vue pratique, la différence entre les compétences des deux institutions peut être insignifiant.

D'autre part, la coexistence des deux institutions juridictionnelles de protection des droits de l'homme peut créer certains problèmes:

Il devient extrêmement long pour un citoyen de la BH d'épuiser tous les recours du droit interne. Cela implique l'intervention éventuelle successive d'un tribunal municipal, d'un tribunal cantonal, de la Cour suprême, de la Cour des droits de l'Homme (avec intervention éventuelle de la Cour constitutionnelle de FBH), puis du Médiateur de la BH avant d'arriver, enfin, à la Chambre des droits de l'Homme (premièrement le Panel, puis Chambre en réunion plénière). Cette longue procédure peut aussi décourager des citoyens de la FBH d'adresser une requête à la Commission européenne des droits de l'Homme à Strasbourg lorsque la BH deviendra partie à la Convention européenne des droits de l'Homme.

De plus, on ne peut exclure que des contradictions éventuelles dans la jurisprudence de Cour des droits de l'Homme de la FBH et de la Chambre des droits de l'Homme de la BH (toutes deux composées majoritairement de juges internationaux) puissent affecter l'autorité de ces cours.

Comme possible solution à ces problèmes, pourrait être envisagée de modifier la Constitution de la FBH de manière à supprimer la Cour des droits de l'Homme. La lacune qui en résulterait d'un tel amendement pour le système judiciaire de la FBH pourrait être facilement comblée par la Cour constitutionnelle et la Cour suprême de la Fédération et par la possibilité reconnue aux ombudsmen de la Fédération de saisir le Médiateur de BH et la Chambre des Droits de l'Homme. De plus, cette solution simplifierait le système judiciaire de protection des droits de l'homme dans la FBH et rendre plus courtes les voies de recours internes. Elle conduira également à la production d'une jurisprudence cohérente en matière des droits de l'homme applicable aux deux entités par une seule instance internationale, à savoir la Commission des Droits de l'Homme.

La Commission estime que cette solution n'est pas contraire aux Accords internationaux qui sont à la base du système judiciaire de la BH. On peut en fait soutenir que l'Accord de Washington qui comprend la Constitution, de la FBH et prévoit la création de la Cour des droits de l'Homme a été politiquement (si ce n'est juridiquement) dépassé par l'Accord de Dayton.

En tout état de cause, comme il l'a été suggéré précédemment (4.2.2), la fusion de la Cour des droits de l'Homme avec la Cour constitutionnelle de la FBH devrait être envisagée à un stade ultérieur.

4.4. Institutions de Dayton

4.4.1. Commission des droits de l'Homme et autres institutions créées en vertu des Annexes des Accords de Dayton

a) Commission des droits de l'Homme et Commission pour les demandes de restitution de propriété

La Commission pour les demandes de restitution de propriété est saisie de toutes les demandes de restitution de biens immeubles en Bosnie et Herzégovine et statue sur ces demandes, lorsque depuis le 1er avril 1992, le bien n'a pas été cédé volontairement ou transmis d'une autre manière. Il peut s'agir d'une demande de restitution du bien ou d'indemnisation équitable à la place de la restitution. Les décisions de la Commission sont définitives et les titres, actes, hypothèques ou autres instruments juridiques créés ou attribués par la Commission doivent être reconnus comme légaux sur tout le territoire de la Bosnie et Herzégovine.

Il peut y avoir conflit de compétence entre la Commission des droits de l'Homme et la Commission pour les demandes de restitution de propriété lorsque ces deux organes sont saisis de la même affaire présentée dans un cas comme un litige sur des biens immeubles et dans l'autre comme une atteinte aux droits de l'Homme (droit à la propriété, droit d'accès à la

propriété, droit au respect du domicile, droit de libre circulation dans son propre Etat). En fait, plusieurs requêtes concernant des biens immeubles ont été adressées au Bureau du Médiateur.

Afin d' éviter les conflits, il est proposé que toutes les demandes concernant des biens immeubles soient examinées exclusivement par la Commission pour les demandes de restitution de propriété. Les questions relatives à d'autres droits de propriété seront examinés par la Commission des droits de l'Homme.

b) Commission des droits de l'Homme et Sous-Commission d'appel pour les élections

Un conflit de compétence analogue peut surgir entre la Commission des droits de l'Homme et la Sous-Commission d'appel pour les élections. Ainsi, une plainte concernant l'accès aux médias pendant la campagne électorale peut être portée simultanément devant les deux organes comme relevant du droit électoral et du droit à des élections libres et équitables des organes législatifs (Article 3 du Prot. N° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme) ou comme une affaire de discrimination concernant la liberté d'expression (Articles 10 et 14 de la Convention).

Une solution analogue peut être suggérée : afin d'éviter un conflit, toutes les demandes relatives aux élections devront être examinées exclusivement par la Sous-Commission d'appel pour les élections.

Les solutions proposées ci-dessus sont conformes aux Accords de Dayton qui, en créant des institutions spécialisées pour traiter les questions relatives aux biens immeubles et aux élections, disposaient que les décisions de ces institutions seraient définitives et obligatoires.

4.4.2 Commission des droits de l'Homme et Cour constitutionnelle

Entre autres compétences, la Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur les questions dont elle est saisie par tout tribunal du pays, visant à déterminer si une loi, dont la validité dépend de sa décision, est conforme à la Constitution, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et ses protocoles ou aux règles de droit international public pertinentes pour la décision de cette cour (Article VI par.3 (c)). Elle est également compétente à titre de juridiction d'appel pour les questions afférentes à une décision de tout autre tribunal de Bosnie et Herzégovine (Article VI,par.3(b)). Il résulte de la dernière proposition que la Cour constitutionnelle peut recevoir des appels contre des décisions de tout tribunal qui violeraient la Constitution, y compris les dispositions relatives aux droits de l'Homme (voir Article II). Conformément aux dispositions de l'Article VI par.4 de la Constitution de Bosnie et Herzégovine, les décisions de la Cour constitutionnelle sont "définitives et obligatoires".

De la même façon, la Commission des droits de l'Homme- et en particulier la Chambre des droits de l'Homme- a compétence pour recevoir des requêtes concernant des violations des droits de l'Homme. Les décisions de la Chambre sont également "définitives et obligatoires".

Qu'elle qu'ait été l'intention des rédacteurs de la Constitution, il y a un chevauchement entre les compétences de la Cour constitutionnelle et celles de la Commission des droits de l'Homme. Les deux statuent en effet sur les questions relatives aux droits de l'Homme, principalement sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Bien évidemment, compte-tenu de la différence de nature des deux juridictions, on peut penser que leurs décisions auront des effets différents. Ainsi les décisions de la Chambre des droits de l'Homme établiront simplement qu'une violation des droits de l'Homme a eu lieu, alors que les arrêts de la cour constitutionnelle aboutiront à l'abolition des dispositions législatives et à l'annulation des jugements de tribunaux et de décisions administratives. Mais dans la pratique, cette différence ne résout pas le problème du chevauchement des compétences. D'autant plus depuis que la Chambre des droits de l'Homme indique dans ses décisions «quelles mesures doivent être prises par la partie concernée pour réparer cette violation, y compris des injonctions, de cesser ou de renoncer, des compensations monétaires (couvrant les préjudices pécuniaires) et des mesures provisoires»(Article XI, para.1(b) de l'Annexe 6).

On peut proposer d'éviter le chevauchement en plaçant l'une de ces deux instances juridictionnelles dans une position hiérarchiquement supérieure à l'autre, en admettant les appels de l'une juridiction vers l'autre.

Certainement, on pourrait supposer que la Commission des droits de l'Homme doit intervenir après la Cour constitutionnelle. Un appel formé devant cette dernière serait alors considéré comme "un moyen interne" à épuiser avant de déposer une requête auprès de la Commission des Droits de l'Homme. Un argument en faveur de cette solution est le caractère international particulier à la Commission des droits de l'Homme (le Médiateur et la majorité de la Chambre des droits de l'Homme ne sont pas des nationaux de Bosnie et Herzégovine). Dans cette optique, la Commission des droits de l'Homme apparaîtrait en quelque sorte comme une instance internationale intégrée dans l'ordre juridique de Bosnie et Herzégovine pour une période transitoire, à savoir jusqu'à l'intégration effective de cet Etat et jusqu'à son adhésion au Conseil de l'Europe, la ratification de la Convention européenne des droits de l'Homme et la reconnaissance des mécanismes de protection des droits de l'homme des organes de Strasbourg.³⁷ Les dispositions sur la compétences de la Commission des droits de l'Homme n'excluent pas qu'elle soit saisie d'appels contre les décisions de la Cour constitutionnelle mais soulignent plutôt cette caractéristique quasi internationale du mécanisme établi au titre de l'Annexe 6: l'article 2 de l'Annexe 6 indique en effet que la Commission des droits de l'Homme

³⁷ *L'idée d'un mécanisme international transitoire de protection des droits de l'Homme n'est pas nouvelle. Elle a été exprimée déjà dans la Résolution (93) 6 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. L'article 5 de cette Résolution dispose que les arrangements relatifs au mécanisme provisoire du contrôle du respect des droits de l'homme intégré dans l'ordre juridique interne des Etats non-membres du Conseil de l'Europe "cesseront dès l'adhésion de cet Etat au Conseil de l'Europe sauf si il en est décidé autrement par accord entre le Conseil de l'Europe et l'Etat concerné". Cette Résolution est expressément mentionnée dans les Accords de Dayton en ce qui concerne la Chambre de Droits de l'Homme. Elle peut être considérée comme étant à l'origine de la cour provisoire des droits de l'Homme prévue dans la loi constitutionnelle croate sur la protection des droits de l'Homme et des Minorités nationales.*

est établie « pour aider les Parties (c'est à dire la République de Bosnie et Herzégovine, la Fédération de Bosnie et Herzégovine et la Republika Srpska) à honorer leur obligations au titre du présent Accord », à assurer à toute personne relevant de leur compétence le niveau le plus élevé des standards des droits de l'Homme internationalement reconnus. L'Etat de Bosnie et Herzégovine serait donc partie dans les procédures devant la Commission des droits de l'Homme, en sa qualité de partie à un instrument international.

La solution opposée, c'est à dire admettre que des appels soient interjetés devant la Cour constitutionnelle contre les décisions de la Chambre des droits de l'Homme peut également être envisagée. Puisque la Chambre des droits de l'Homme est d'une certaine façon intégrée dans l'ordre juridique interne de Bosnie et Herzégovine, admettre de tels recours serait conforme avec la disposition constitutionnelle habilitant la Cour constitutionnelle à traiter des recours constitutionnels contre des jugements "de tout autre tribunal en Bosnie et Herzégovine". Ceci serait également en accord avec le rôle normalement attribué aux cours constitutionnelles dans les ordres constitutionnels européens modernes.

Cependant, les deux solutions présentées précédemment ne tiennent pas compte du fait que les décisions tant de la Cour constitutionnelle que de la Chambre des droits de l'Homme doivent être considérées, en vertu des Accords de Dayton, comme "définitives et obligatoires". Dans ces circonstances une décision de la Chambre des droits de l'Homme constatant une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme ne peut être réexaminée par la Cour constitutionnelle, et vice et versa. En outre, les solutions ci-dessus ne sont pas entièrement satisfaisantes étant donné qu'elles ajoutent un degré de juridiction au déjà long processus d'épuisement des voies de recours internes.

En considérant le fait que la Commission des droits de l'Homme est une institution provisoire mise en place pour 5 ans et en tenant compte de la nécessité d'assurer, dans un délai relativement court,³⁸ une sécurité juridique en ce qui concerne le respect des droits de l'Homme en évitant une prolongation des contentieux, une troisième solution peut être envisagée: la compétence de chaque juridiction ne s'étendrait pas aux affaires déjà examinées par l'autre. Les requérants potentiels auront par conséquent le choix entre faire appel devant la Cour constitutionnelle de Bosnie et Herzégovine ou introduire un recours auprès de la Commission des droits de l'Homme. Une affaire traitée par l'une de ces institutions ne pourrait plus faire l'objet d'un examen par l'une quelconque juridiction en Bosnie et Herzégovine. Le risque de voir deux institutions produire une jurisprudence divergente peut être réduit si les litiges sur les droits de l'Homme sont attribués, par principe, à la Commission des droits de l'Homme, tant qu'elle est en fonctionnement, par le biais d'un système d'information juridique approprié, de consultation et d'assistance fournies aux éventuels requérants. Cette solution respecte également l'esprit des Accords de Dayton qui tend apparemment à créer pendant la période de transition un certain nombre d'institutions donnant des décisions définitives et obligatoires sur des affaires relevant de leur compétence (Commission des droits de l'Homme, Commission pour les demandes de restitution de propriété, Sous-commission d'appel pour les élections). Durant cette période

³⁸ *Ce besoin est reconnu à l'Annexe 7. La Commission de l'Annexe 7 traite les demandes relatives à la propriété immobilière en premier et dernier degré ; ces décisions sont définitives et obligatoires.*

transitoire on peut raisonnablement penser que la Cour constitutionnelle sera déchargée des affaires déjà traitées par ces institutions.

Bien entendu, toutes les solutions précédentes ne sont pas entièrement satisfaisantes et ne peuvent être mises en place que comme arrangements transitoires. Avec la fin de la période transitoire, c'est à dire lorsque les institutions spécialisées cesseront leurs activités, le recours devant la Cour constitutionnelle sera la dernière et unique voie de recours dans les litiges relatifs aux droits de l'Homme en Bosnie et Herzégovine.

5. Remarques en conclusion

La Commission constate que le mécanisme de protection des droits de l'Homme prévu dans l'ordre juridique de Bosnie et Herzégovine présente un degré de complexité inhabituel. La coexistence d'instances juridictionnelles chargées de tâches spécifiques de protection des droits de l'Homme et de tribunaux dont on peut s'attendre à ce qu'ils statuent sur des allégations de violations des droits de l'Homme dans le cadre des affaires portés devant eux, crée inévitablement un certain double emploi.

Toute interprétation des instruments constitutionnels en vigueur doit être très prudente. Les institutions nouvellement créées vont devoir tenir compte de la complexité du système constitutionnel et de la nécessité d'une protection juridictionnelle rapide et effective des droits fondamentaux de l'individu. En décidant quelle affaire relève de leur compétence, elles devront non seulement tenir compte des lois et règlements mais également de la jurisprudence des autres institutions. La coordination de leur action par la diffusion d'information par chaque institution sur les affaires introduites, pendantes ou tranchées, est de la plus haute importance et devra être garantie déjà dès les premiers mois de fonctionnement des institutions concernées.

La Commission comprend que la création d'institutions spécifiques aux droits de l'Homme est une importante étape dans la consolidation de la paix en Bosnie et Herzégovine, le respect des droits de l'Homme étant la pierre angulaire des Accords de paix de Washington et de Dayton. Toutefois, un double emploi doit être évité puisqu'il peut être préjudiciable à l'efficacité de la protection des droits de l'homme. En particulier, il conviendrait peut être de procéder à des amendements des Constitutions des entités là où la création de juridictions spécifiques de droits de l'homme apparaît superflue d'un point de vue juridique.

De même, les disparités importantes dans les systèmes de protection des droits de l'homme des deux entités peuvent aussi être préjudiciables à l'efficacité de la protection. Garantir un système judiciaire équilibré et cohérent pour la protection des droits de l'homme dans l'ensemble de BH peut nécessiter un certain parallélisme dans la protection accordée dans l'ordre juridique des deux entités et probablement la création d'institutions équivalentes.

En tout état de cause, le fusionnement des institutions des droits de l'Homme et des juridictions constitutionnelles semble être une étape qui doit être envisagée ultérieurement. L'intégration de la Bosnie et Herzégovine, la normalisation de sa situation constitutionnelle et les développement et fonctionnement effectifs de ses institutions constitutionnelles exigeront probablement que la

protection des droits de l'Homme soit entièrement confiée aux cours constitutionnelles de l'Etat et de ses Entités.

III. AVIS SUR LA COMPATIBILITÉ DES CONSTITUTIONS DE LA FÉDÉRATION DE BOSNIE ET HERZÉGOVINE ET DE LA REPUBLIKA SRPSKA 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 et Herzégovine et la Fédération de Bosnie et 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.³⁹

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.

³⁹ *Les experts de la R.S. n'acceptent pas le caractère de Fédération de la B.H. mais la considèrent comme une "union".*

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. 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.».⁴⁰ 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.

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. Hasi_, 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

⁴⁰*Dans le document CDL(96)50, le terme «compétence exclusive» est utilisé. Il s'agit apparemment là d'une traduction erronée.*

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-paragraphes *g* semble faire double emploi (partiellement) avec le sous-paragraphes *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 requéraient 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.

2. Compatibilité de la constitution de la Republika Srpska 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 eu 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. qui «*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 de l'Homme 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 de la R.S. 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'Homme.⁴¹ 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.

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 et 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.,

⁴¹ *La traduction de l'article 47 n'est pas correcte et cet article devrait se lire "are restricted" et non pas "shall be restricted".*

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. Étant 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 :

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.

La Commission avait fait un certain nombre de propositions dont une partie avait été suivie par la R.S.

On trouvera ci-dessous un mémorandum préparé par le Secrétariat sur la question de la compatibilité de la Constitution de la Republika Srpska avec la Constitution de la Bosnie et Herzégovine après l'adoption des amendements LIV-LXV par l'Assemblée nationale de la Republika Srpska.

Introduction

A sa 28^e réunion, tenue à Venise les 13 et 14 septembre 1996, la Commission de Venise a adopté un avis sur la compatibilité des Constitutions de la Fédération de Bosnie et Herzégovine (FBH) et de la Republika Srpska (RS) avec la Constitution de la Bosnie et Herzégovine (BH), qui est reproduit sous la cote CDL (96) 56 final. L'annexe 2 de cet avis contient des propositions concrètes d'amendements à la Constitution de la RS.

Le 13 septembre 1996, l'Assemblée nationale de la RS a adopté les amendements LIV à LXV à la Constitution de la RS. Cette adoption fait suite aux discussions que le groupe de travail de la commission a eues le 28 août 1996 avec des experts de la RS. Les amendements reprennent dans une large mesure les recommandations de la Commission de Venise.

Préambule

Dans son avis, la Commission recommande de remplacer le préambule par un nouveau texte. L'amendement LIV remplace uniquement les troisième et quatrième paragraphes, qui étaient

clairement incompatibles avec la Constitution de Bosnie et Herzégovine (institution d'un Etat souverain et démocratique, décision de s'unir à d'autres Etats serbes). Le nouveau texte du préambule continue de faire problème. Peut-on affirmer que le peuple serbe décide en toute indépendance de son statut politique et national alors que l'entité fait partie de la BH? Et peut-on parler de la détermination «decisiveness» du peuple serbe de la RS à associer étroitement leur Etat, dans tous ses aspects, aux autres Etats du peuple serbe, alors que de telles relations doivent être compatibles avec la souveraineté et l'intégrité territoriales de la BH? Appeler la RS un Etat fait également problème, même s'il existe des précédents dans d'autres Etats fédéraux (Etats-Unis, Etats libres de Bavière et de Saxe en Allemagne). Dans l'ensemble, on conserve l'impression que ce préambule est destiné à un Etat indépendant. Bien qu'il soit dépourvu de toute conséquence concrète directe, et serve essentiellement à interpréter la Constitution, il devrait néanmoins faire ressortir le caractère de la RS en tant qu'entité de la BH. En conséquence, une reformulation s'impose. La Cour constitutionnelle de la BH pourrait éventuellement être saisie de cette question.

Chapitre I - Dispositions fondamentales

Les précédentes contradictions avec la Constitution de la BH ont été supprimées conformément à la recommandation de la commission dans son avis. Il s'agit notamment des articles 2 et 3. La proposition de la Commission de spécifier que la RS fait partie intégrante («*constitutive part*») de la BH n'a pas été reprise. Cependant, la Constitution de la BH telle qu'annexée à l'Accord-cadre de Dayton n'exige pas directement une telle mention. En outre, on pourrait faire valoir que le nouvel article 3, de même que d'autres articles, reconnaît implicitement que la RS fait partie de la BH.

Chapitre II - Droits de l'homme et libertés

En ce qui concerne ce chapitre, les recommandations de la Commission ont été suivies d'effet. Ainsi, les droits auparavant réservés aux citoyens («*citizens*») de la RS ont été étendus à tous, tandis que les dispositions relatives à la limitation des droits, qui étaient formulées en des termes absolument inacceptables, ont été supprimées.

Le problème soulevé par les instruments juridiques internationaux inscrits dans la Constitution de la BH qui, à maints égards, sont plus favorables aux citoyens que le catalogue des droits de l'homme de la Constitution de la RS, a été résolu conformément à la proposition de la Commission en introduisant une disposition selon laquelle, en cas de divergences, c'est la disposition la plus favorable à l'individu qui s'applique. Il n'est donc pas capital que l'énoncé de chacun des articles soit pleinement conforme avec l'interprétation la plus récente des instruments juridiques internationaux.

Chapitre III - Ordre économique et social

La Commission n'a proposé aucun amendement pour rendre ce chapitre conforme à la Constitution de la BH.

Chapitre IV - Les droits et les devoirs de la République

Dans l'ensemble, les amendements que la Commission a proposé d'apporter à l'article 68 ont été effectuées :

- au point 1, les mots «sovereignty» et «independence» ont été supprimés et remplacés par «integrity» et «constitutional order» ;
- au point 6, l'expression «economic relations with foreign countries» n'a pas été supprimée mais assortie de la restriction suivante : «which have not been transferred to the institutions of BH» ; ainsi, il n'y a plus aucune incompatibilité directe ;
- au point 7, les termes «monetary», «foreign exchange» et «customs» ont été supprimés ;
- au point 15, l'expression «international cooperation» est assortie de la précision suivante : «except one which has been transferred to the institution of BH» ;
- le second paragraphe, à la formulation malencontreuse, qui avait été introduit par l'amendement XLIX, a été supprimé.

La proposition de mentionner, aux points 2 et 3, l'autorité civile de commandement des membres de la présidence de la BH, et la fonction de coordination de la Commission permanente aux affaires militaires n'a pas été suivie d'effet. Il convient toutefois de relever que cette mention est également absente dans la Constitution de la Fédération.

Chapitre V - Organisation de la République

Comme l'avait demandé la commission, le catalogue des compétences de l'Assemblée nationale énoncé à l'article 70, a été modifié en supprimant la référence à l'union («uniting») avec d'autres pays et en mentionnant les compétences de la BH en matière d'accords internationaux.

La disposition relative à la déclaration de guerre a été reformulée mais non supprimée. Elle soulève des problèmes particulièrement délicats et difficiles. Une Entité peut-elle déclarer la guerre? Dans quelle mesure le droit international autorise-t-il une entité à assurer sa défense? La Cour constitutionnelle de la BH devra régler cette question.

En ce qui concerne les compétences du Président énoncées à l'article 80, il convient tout d'abord de relever que la proposition de mentionner la Constitution de la BH au point 8 relatif aux tâches de défense n'a pas été suivie d'effet. Cette mention aurait certes été souhaitable, mais son omission n'entraîne aucune incompatibilité directe et cette référence est également absente dans la Constitution de la Fédération. Une incohérence subsiste au point 9 de l'article 80, où le mot «ambassadors» peut également renvoyer aux représentants de la RS (alors que l'amendement à l'article 90 fait clairement ressortir que la RS n'a plus aucune possibilité d'ouvrir des représentations diplomatiques). Cette incompatibilité ne semble pas très importante.

A l'article 90, la possibilité pour la RS d'ouvrir des représentations diplomatiques ou consulaires a été supprimée comme recommandé.

Chapitre XII - Dispositions finales

La Commission de Venise a demandé la suppression de l'article 138, qui offre aux autorités de la RS la possibilité de prendre des mesures unilatérales lorsqu'elles estiment que leurs droits sont violés par des actes de la BH ou de la FBH. Cette disposition n'a pas été supprimée mais assortie d'une importante restriction. Désormais, ces mesures ne sont possibles qu'à titre temporaire, jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle de la BH ait statué sur les affaires risquant d'entraîner des conséquences préjudiciables irréversibles («temporarily until the decision of the Constitutional Court of BH in cases when ineliminable detrimental consequences may occur»). Cet article reste en contradiction avec la Constitution de la BH mais sa portée est, semble-t-il, fortement limitée.

Conclusion

En conclusion, on constate que les amendements adoptés par l'Assemblée nationale de la RS tiennent largement compte des recommandations formulées par la Commission de Venise. En outre, presque toutes les incompatibilités directes ont été supprimées, à l'exception notable de l'autorité de commandement des forces armées détenue par le Président. La RS n'a pas donné suite aux recommandations visant à indiquer expressément qu'elle fait partie intégrante de la BH. Cependant, ces recommandations ne sauraient être considérées comme directement exigées par la de la Constitution de la BH.

Etant donné que la Constitution de la BH annule et remplace toutes les dispositions contraires au droit des entités, et donne à la Cour constitutionnelle le pouvoir de régler tout différend, celle-ci devrait être en mesure de résoudre les problèmes d'incompatibilité qui subsistent. Certes, la communauté internationale devra continuer à suivre les questions de défense concernant les deux entités. Il n'en reste pas moins que dans l'ensemble, force est de reconnaître que la RS, à l'instar de la Fédération, a pris d'importantes mesures pour honorer ses engagements au titre des accords de paix de Dayton.

3. Conclusions générales

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.

IV. AVIS SUR LES POUVOIRS LÉGISLATIFS EN BOSNIE ET HERZÉGOVINE PENDANT LA PÉRIODE COMPRISE ENTRE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA CONSTITUTION FIGURANT A L'ANNEXE IV À L'ACCORD DE DAYTON (14 DECEMBRE 95) ET LES ÉLECTIONS DU 14 SEPTEMBRE 96

Par M. Sergio BARTOLE (Italie), M. Giorgio MALINVERNI (Suisse), M. Jean-Claude SCHOLSEM (Belgique)

A. Introduction

1. Par lettre en date du 18 novembre 1996, le Bureau du Haut Représentant a demandé à la Commission européenne pour la démocratie par le droit de donner un avis sur la validité des actes législatifs adoptés par l'Assemblée constituante de la Fédération de Bosnie et Herzégovine et par l'Assemblée de la République de Bosnie et Herzégovine pendant la période allant de la date d'entrée en vigueur de la Constitution de la Bosnie et Herzégovine figurant à l'annexe IV à l'Accord de Dayton (14 décembre 1995) aux élections du 14 septembre 1996.

2. Le présent avis a été rédigé au nom de la Commission par le professeur Jean-Claude Scholsem, Belgique, le professeur Sergio Bartole, Italie, et le professeur Giorgio Malinverni, Suisse.

B. Le contexte juridique

3. Il ne peut être répondu à la question posée à la Commission qu'en examinant tout d'abord la situation existant en Bosnie et Herzégovine avant l'entrée en vigueur de l'Accord de paix de Dayton. Pendant cette période, les compétences législatives étaient légalement exercées par l'Assemblée constituante de la Fédération de Bosnie et Herzégovine sur la base de la Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine telle que contenue dans les accords de Washington. L'article IX.3 de ladite Constitution dispose que «jusqu'à la première convocation de la Chambre des représentants, ses fonctions prévues par la présente constitution seront exercées par l'Assemblée constituante définie à l'article IX.1.1». Conformément à l'article IX.1.1, l'Assemblée constituante comprend «les représentants élus lors des élections de 1990 à l'Assemblée de la République de Bosnie et Herzégovine dont le mandat est encore valable».

4. La Constitution contenue dans les accords de Washington a été légalement mise en œuvre au niveau de la République de Bosnie et Herzégovine par la loi constitutionnelle portant modification de la Constitution de la République de Bosnie et Herzégovine adoptée par l'Assemblée de la République de Bosnie et Herzégovine le 30 juin 1994. Cette même loi constitutionnelle prévoit en son article 4 : «l'Assemblée de la République de Bosnie et Herzégovine, élue en 1990, poursuivra ses travaux sur la base de l'autorité et des pouvoirs qui lui

ont été conférés par la Constitution de Bosnie et Herzégovine le temps nécessaire pour parvenir à un accord de paix pour la Bosnie et Herzégovine et pour le mettre en œuvre.»

5. Il découle de ces dispositions que deux organes parlementaires coexistaient juridiquement qui avaient la même composition.

6. Aux termes de son article XII.1, la Constitution énoncée à l'annexe IV à l'Accord de Dayton entre en vigueur comme suit : «La présente Constitution entrera en vigueur dès la signature de l'accord-cadre général en tant qu'acte constitutionnel qui annule et remplace la Constitution de la République de Bosnie et Herzégovine.» A compter de la date de la signature, les deux organes parlementaires devaient donc exercer leurs compétences tout en respectant les dispositions de cette Constitution.

C. Les pouvoirs législatifs de l'Assemblée constituante de la fédération

7. La nouvelle Constitution de Bosnie et Herzégovine est fondée sur l'existence de deux entités, dont la Fédération de Bosnie et Herzégovine, et ne comporte aucun obstacle au maintien des organes parlementaires de la Fédération.

8. Toutefois, l'article III de la Constitution répartit les compétences entre la Bosnie et Herzégovine et les entités. Selon l'article XII.1 susmentionné de la Constitution, ce nouveau partage des responsabilités est entré en vigueur lors de la signature. Si l'article XII.2 exige des entités qu'elles modifient leur Constitution respective dans les trois mois suivants pour la mettre en conformité avec ce texte, cette exigence est dans l'intérêt de la sécurité juridique et ne remet absolument pas en cause l'entrée en vigueur immédiate des nouvelles dispositions et l'abrogation immédiate des dispositions contraires contenues dans les Constitutions des deux entités. Cela est confirmé par le point 2 des dispositions transitoires (annexe II de la Constitution) : «Toutes les lois, règlements et règles de procédure judiciaire en vigueur sur le territoire de la Bosnie et Herzégovine lors de l'entrée en vigueur de la Constitution conservent tous leurs effets dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la Constitution, et jusqu'à ce qu'un organe compétent du Gouvernement de Bosnie et Herzégovine en dispose autrement.»

9. Il s'ensuit donc :

- que l'Assemblée constituante a pu continuer d'exercer des activités législatives jusqu'à son remplacement par la Chambre des représentants et la Chambre des peuples prévues dans la Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine ;
- qu'en exerçant ces activités législatives, l'Assemblée constituante devait respecter le nouveau partage des compétences entre la Bosnie et Herzégovine et les entités et que tout acte législatif relevant du domaine de compétence des institutions centrales de Bosnie et Herzégovine serait *ultra vires* et entaché de nullité.

D. Les pouvoirs législatifs de l'Assemblée de la République de Bosnie et Herzégovine

10. L'article IV de la nouvelle Constitution de Bosnie et Herzégovine contient des dispositions relatives à une Assemblée parlementaire. Cette dernière diffère de l'Assemblée de la République de Bosnie et Herzégovine prévue par la précédente Constitution.

11. En appliquant la règle relative à l'entrée en vigueur immédiate de la nouvelle Constitution énoncée en son article XII.1, à première vue l'Assemblée de la république perdrait son fondement juridique dès la signature de l'Accord de Dayton et cesserait donc de pouvoir adopter valablement des lois ou d'autres décisions. Toutefois, une conclusion différente pourrait être tirée notamment des dispositions transitoires figurant à l'annexe II à la Constitution.

12. Le point 2 des dispositions transitoires relatif au maintien en vigueur des lois est formulé comme suit : «Toutes les lois, règlements et règles de procédure judiciaire en vigueur sur le territoire de la Bosnie et Herzégovine lors de l'entrée en vigueur de la Constitution conservent tous leurs effets dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la Constitution, et jusqu'à ce qu'un organe compétent du Gouvernement de Bosnie et Herzégovine en dispose autrement.»

Cette disposition ne couvre pas la législation adoptée après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution mais seulement la législation promulguée auparavant. Toutefois, l'absence même d'une disposition sur la législation adoptée pendant la période transitoire pourrait être considérée comme une indication qu'une telle législation n'a pas été envisagée.

13. Par ailleurs, le point 4 des dispositions transitoires, sous la rubrique «administrations», prévoit : «Les administrations, institutions et autres organes gouvernementaux de la Bosnie et Herzégovine restent en fonction jusqu'à ce qu'ils soient remplacés en vertu de dispositions juridiques ou conventionnelles.»

Dans la terminologie de la Constitution de Dayton, l'expression «administrations, institutions et autres organes gouvernementaux» peut couvrir un organe parlementaire. Cela découle de l'article III.1 où le mot «institution» s'applique à tous les organes d'Etat, y compris l'Assemblée parlementaire. De plus, le point 2 de l'annexe II susmentionné qualifie de gouvernemental l'organe compétent qui détermine la validité de la législation antérieure.

En revanche, l'application des mots «jusqu'à ce qu'ils soient remplacés en vertu de dispositions juridiques ou conventionnelles» à un organe parlementaire semble problématique étant donné que la Constitution est le principal fondement juridique du parlement et que la nouvelle Constitution a déjà remplacé la Constitution antérieure.

14. Le libellé des dispositions transitoires paraît donc ambigu et il faut trouver une réponse en appliquant des principes généraux à l'interprétation de la Constitution contenue dans l'Accord de paix de Dayton.

15. Selon l'article I.1 de la Constitution, la Bosnie et Herzégovine n'est pas un nouvel Etat mais conserve son existence légale en tant qu'Etat en droit international. Cela ressort aussi clairement de l'article XII.1 selon lequel la nouvelle Constitution entre en vigueur «en tant qu'acte constitutionnel qui annule et remplace la Constitution de la République de Bosnie et Herzégovine». Il est donc clair que l'Etat de Bosnie et Herzégovine a continué d'exister pendant toute la période. En tant qu'Etat il a dû exercer toutes les attributions d'un Etat en droit international. Les organes de l'Etat devaient donc être en mesure d'exercer effectivement leurs pouvoirs. Etant donné que les nouveaux organes parlementaires n'existent que depuis les élections du 14 septembre 1996, le refus du maintien en existence de l'Assemblée de la République de Bosnie et Herzégovine signifierait que pendant une période de dix mois aucun organe parlementaire ou législatif n'aurait existé au niveau de l'Etat de Bosnie et Herzégovine. C'est difficile à concevoir et, en l'absence de toute disposition claire dans le texte lui-même, le principe de la continuité exige la poursuite de l'existence d'un organe parlementaire de l'Etat de Bosnie et Herzégovine.

16. Cependant, cette poursuite de l'existence semble être très limitée.

17. Tout d'abord, il est évident que l'Assemblée de la république, agissant en tant qu'organe de la Bosnie et Herzégovine, pouvait uniquement agir dans le champ de compétence qui est imparti aux organes parlementaires de la Bosnie et Herzégovine (en tant que distincte des entités) par la nouvelle Constitution.

18. En outre, les pouvoirs de l'Assemblée étaient seulement justifiés sur la base du principe de la nécessité. L'Assemblée n'était par un organe compétent au sens de la nouvelle Constitution et ne jouissait pas de la plénitude de compétence accordée par la nouvelle Constitution aux nouvelles institutions. Elle n'a continué à exister que pour éviter l'absence d'organe compétent et ses actes n'étaient justifiés que dans la mesure où il fallait éviter une telle absence. L'Assemblée de la république pouvait donc seulement traiter des affaires courantes et ne pouvait pas prendre de mesures dépassant ce qui est requis pour assurer la continuité de l'Etat. Cette limite peut être difficile à tracer, comme l'est la frontière des affaires courantes qu'un gouvernement peut traiter en période de crise gouvernementale. Toutefois, cette limite peut, le cas échéant, être appréciée par la Cour constitutionnelle et, à titre provisoire, par le Haut Représentant dans les conditions de l'article 2.1.d de l'annexe 10 à l'Accord de Dayton.

V. AVIS SUR LA MISE EN PLACE DE LA COUR DES DROITS DE L'HOMME DE LA FEDERATION DE LA BOSNIE ET HERZEGOVINE ADOPTE PAR LA COMMISSION LORS DE SA 31E REUNION PLENIERE

La Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire a demandé, par lettre du 16 juin 1997, un avis de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) sur les questions juridiques soulevées par la mise en place de la Cour des droits de l'homme de la Fédération de Bosnie et Herzégovine (ci- après FBH). Le présent avis répondant à la demande susmentionnée, a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 31ème réunion plénière (Venise 20-21 juin 1997).

La Commission estime que l'analyse de ces questions juridiques doit se faire à deux niveaux :

D'une part, une analyse de la situation en l'état actuel du droit constitutionnel de Bosnie et Herzégovine (ci-après, BH) est nécessaire (analyse *de lege lata*, point 1. ci-dessous) ; d'autre part, compte tenu des compétences du Comité des Ministres en la matière, il y a lieu d'examiner le système des mécanismes de protection des droits de l'homme en vue de se prononcer sur l'opportunité de la création de la Cour en question (analyse *de lege ferenda*, point 2. ci dessous).

1. En l'état actuel du droit constitutionnel applicable en Bosnie et Herzégovine.

Composition et compétences de la Cour des droits de l'homme de la Fédération de Bosnie et Herzégovine en vertu des Accords de Washington et de la Constitution FBH

La Cour des droits de l'Homme de la FBH est une institution prévue par la Constitution de la Fédération, elle-même proposée dans les Accords de Washington du 18 mars 1994, conclus entre la FBH et la République de Croatie.

La Constitution proposée a été adoptée par le Parlement, en date du 30 mai 1994.

La Cour des droits de l'homme est prévue au Chapitre IV, Section C, articles 18 à 23 de cette Constitution. Elle est composée de 7 membres : 3 juges de Bosnie et Herzégovine (un Bosniaque, un Croate et un "autre") et 4 membres nommés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe conformément à la Résolution (93)6. La participation des juges étrangers est un arrangement transitoire (Chapitre IX, article 9, de la Constitution).

La Cour des droits de l'homme est saisie de toute question concernant une disposition constitutionnelle ou toute autre disposition juridique relative aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ou à l'un quelconque des instruments énumérés dans l'annexe à la Constitution FBH. Après avoir épuisé les recours existants auprès des autres tribunaux de la

Fédération, une personne peut interjeter appel devant la Cour des droits de l'homme sur toute question relevant de la compétence de cette dernière. Cette cour peut aussi être saisie lorsque la procédure demeure en instance pendant un temps indûment long dans tout autre tribunal de la Fédération ou de tout canton. La Cour des droits de l'homme peut également donner, sur demande, dans les domaines de sa compétence, des avis ayant force obligatoire pour la Cour constitutionnelle, la Cour suprême ou un tribunal cantonal. La décision de la Cour est définitive et obligatoire.

L'incidence des Accords de Dayton

Une première question posée est celle des effets des Accords de Dayton sur le dispositif des Accords de Washington. En d'autres termes il y a lieu de s'interroger si les Accords de Dayton, postérieurs aux Accords de Washington et à l'adoption de la Constitution de la Fédération, ont eu comme effet, par l'institution de la Commission des droits de l'homme (Annexe 6 aux Accords de Dayton), d'abroger formellement les dispositions relatives à la Cour des droits de l'homme de la FBH.

Tel ne semble pas être le cas d'un point de vue juridique.

Les Accords de Dayton et les Accords de Washington n'impliquent pas les mêmes parties. L'accord cadre de Dayton est conclu par le République de Bosnie et Herzégovine, la République de Croatie et la République Fédérale de Yougoslavie et l'Annexe 6 par la République de Bosnie et Herzégovine, la FBH et la Republika Srpska, alors que les Accords de Washington ont été conclus entre la FBH et la République de Croatie.

De même, l'Annexe 6 vise à mettre en place une institution pour le contrôle du respect des droits de l'homme au niveau de l'Etat de Bosnie et Herzégovine dans son ensemble, alors que la Constitution de la Fédération ne vise actuellement qu'une entité de cet Etat (même si la vocation originale des Accords de Washington était de créer un Fédération sur l'ensemble du territoire de la Bosnie et Herzégovine).

Puisque les deux accords internationaux n'ont ni les mêmes parties, ni ne régissent la même matière, on ne saurait considérer que les Accords de Dayton ont affecté la validité juridique des dispositions relatives à la Cour des droits de l'homme de la FBH.

La nomination des juges "étrangers" par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe

La Cour des droits de l'homme n'a pas encore été établie. Les trois membres nationaux ont été désignés mais les membres "étrangers", nécessaires pour la mise en place de l'institution pendant la période initiale, n'ont pas encore été désignés par le Comité des Ministres.

La base juridique de l'action du Comité des Ministres mérite une clarification :

Les Accords de Washington (conclus entre la FBH et la Croatie) et la Constitution de la FBH ne lient pas le Conseil de l'Europe et ses organes. Ces textes constituent la base juridique

permettant, pour les besoins du droit interne, l'intervention d'une institution internationale pour la mise en place de la Cour.

L'action du Comité des Ministres en la matière n'est donc pas, en tant que telle, régie par les Accords ou par la Constitution mais est exclusivement fondée sur sa propre Résolution (93)6 à laquelle, du reste, se réfèrent les Accords de Washington et la Constitution de la Fédération.

La Résolution (93)6 dispose, en son Article 1er :

" A la demande d'un Etat européen non membre, le Comité des Ministres peut désigner, après consultation de la Cour et de la Commission européennes des Droits de l'Homme, des personnalités particulièrement qualifiées pour siéger dans une cour ou dans un autre organe de contrôle de respect des droits de l'homme établi par cet Etat dans son ordre juridique interne"

C'est en vertu de la disposition susmentionnée que le Comité des Ministres devra, le cas échéant, procéder à la nomination des juges étrangers. Il y a lieu de souligner, à cet égard, que la condition pour procéder à la nomination est qu'une demande lui soit adressée par un Etat européen non membre, à savoir, la Bosnie et Herzégovine et non pas par une Entité. En revanche, il n'est aucunement nécessaire que l'organe de contrôle de respect des droits de l'homme soit une juridiction placée au sommet de la pyramide des juridictions de l'Etat ; il peut bien s'agir d'une juridiction d'une entité fédérée.

En outre, la Résolution (93)6 précise que Comité des Ministres "peut" désigner des juges étrangers pour siéger dans un organe de contrôle du respect des droits de l'homme dans un Etat européen non membre. Il en résulte un certain pouvoir d'appréciation de la part du Comité des Ministres quant à l'opportunité de son intervention. Ce pouvoir d'appréciation est plus large lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'intervenir pour mettre en place un deuxième organe de contrôle dans un même Etat. Il ne faut pas en effet perdre de vue que le Comité des ministres a déjà mis en place la Chambre des droits de l'homme en BH, prévue à l'Annexe 6 aux Accords de Dayton conformément à la Résolution (93)6. Dans ces conditions, le Comité des Ministres pourrait s'abstenir de procéder à la nomination sollicitée s'il estime que les objectifs visés par la Résolution (93)6 ne sont pas servis par la mise en place d'un deuxième organe de contrôle. Les observations de la Commission de Venise incluses dans son **avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine en ce qui concerne plus particulièrement les mécanismes de protection des droits de l'homme** (avis adopté lors de la 29e réunion de la Commission (15-16 novembre 1996, CDL-INF(96)9) pourraient être prises en considération sur ce point.

2. Problèmes liés au fonctionnement de la Cour des droits de l'Homme de la Fédération pouvant affecter l'efficacité du mécanisme de protection des droits de l'homme en Bosnie et Herzégovine

La Commission de Venise a examiné, à la demande de l'Assemblée parlementaire, la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine en ce qui concerne les mécanismes de protection des

droits de l'homme. L'examen en question a révélé un certain nombre de problèmes liés notamment à la prolifération des organes de contrôle.

La Commission a estimé, dans son avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine en ce qui concerne en particulier les mécanismes de protection des droits de l'homme (CDL-INF(96)9),

"que le mécanisme de protection des droits de l'homme prévu dans l'ordre juridique de Bosnie et Herzégovine présente un degré de complexité inhabituel. La coexistence d'instances juridictionnelles chargées de tâches spécifiques de protection des droits de l'homme et de tribunaux dont on peut s'attendre à ce qu'ils statuent sur des allégations de violations des droits de l'homme, dans le cadre des affaires portées devant eux, crée inévitablement un certain double emploi.

...

Toutefois, un double emploi doit être évité puisqu'il peut être préjudiciable à l'efficacité de la protection des droits de l'homme. En particulier, il conviendrait peut être de procéder à des amendements des Constitutions des entités là où la création de juridictions spécifiques de droits de l'homme apparaît superflue d'un point de vue juridique".

En ce qui concerne en particulier la Cour des droits de l'Homme de la FBH, la Commission a relevé que la coexistence de deux institutions juridictionnelles de protection des droits de l'homme (la Cour des droits de l'Homme de la FBH et la Commission des droits de l'Homme prévue à l'Annexe 6 des Accords de Dayton) peut créer certains problèmes.

En premier lieu,

"il devient extrêmement long pour un citoyen de la FBH d'épuiser tous les recours du droit interne. Cela implique l'intervention éventuelle successive d'un tribunal municipal, d'un tribunal cantonal, de la Cour suprême, de la Cour des droits de l'homme, avec intervention éventuelle de la Cour constitutionnelle de FBH), puis du Médiateur de la BH avant d'arriver, enfin, à la Chambre des droits de l'homme (premièrement le Panel, puis la Chambre en réunion plénière). Cette longue procédure peut aussi décourager les citoyens de la FBH d'adresser une requête à la Commission européenne des droits de l'homme à Strasbourg lorsque la BH deviendra partie à la Convention européenne des droits de l'homme".

De plus,

"on ne peut exclure que des contradictions éventuelles dans la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme de la FBH et de la Chambre des droits de l'homme

de la BH (toutes deux composées majoritairement de juges internationaux) puissent affecter l'autorité de ces cours".

Il est évident que les problèmes susmentionnés, liés à l'établissement et au fonctionnement de la Cour des droits de l'homme de la FBH risquent de compromettre l'efficacité du mécanisme de contrôle du respect des droits de l'homme, dans cette entité mais aussi dans la BH dans son ensemble.

Comme possible solution à ces problèmes, la Commission de Venise a préconisé un amendement de la Constitution de la FBH de manière à supprimer la Cour des droits de l'Homme. La lacune qui résulterait d'un tel amendement pour le système judiciaire de la FBH pourrait être facilement comblée par l'attribution de compétences en matière de droits de l'homme à la Cour constitutionnelle et/ou à la Cour suprême de la Fédération et par la possibilité reconnue à tout individu, comme aux Ombudsmen de la FBH, de saisir la Chambre des droits de l'homme.

De plus, cette solution simplifierait le système judiciaire de protection des droits de l'homme dans la FBH et rendrait plus courtes les voies de recours internes.

Elle conduirait également à la production d'une jurisprudence cohérente en matière des droits de l'homme applicable aux deux entités par une seule instance internationale, à savoir la Commission des Droits de l'Homme.

Enfin, de l'avis de la Commission, cette solution est compatible avec les Accords internationaux qui sont à la base du système judiciaire de la BH, dans la mesure où l'Accord de Washington, qui comprend la Constitution de la FBH et prévoit la création de la Cour des droits de l'homme, a été politiquement "dépassé" par l'Accord de Dayton.

La Commission réitère sa position selon laquelle, compte tenu du mécanisme institué par l'Annexe 6 des Accords de Dayton, la création de la Cour des droits de l'homme de la Fédération apparaît aujourd'hui superflue et risque de compromettre la célérité des procédures.

Toutefois, compte tenu des attentes que les mécanismes de protection des droits de l'homme ont pu créer dans la population, on ne saurait exclure que les impératifs politiques commandent l'établissement de la Cour des droits de l'homme de la FBH. La Commission n'a ni les informations ni la compétence pour se prononcer sur cet aspect politique de la question.

Cependant, si la juridiction en cause venait à être établie, il serait nécessaire d'engager immédiatement des travaux visant à obtenir, dans les meilleurs délais possibles, une simplification du système, en envisageant par exemple la fusion de cette cour avec la Cour suprême ou la Cour constitutionnelle de la Fédération. La Commission rappelle à cet égard qu'une telle simplification a été opérée, avec succès en Croatie, où la Cour provisoire des droits de l'homme (juridiction prévue par la loi constitutionnelle croate de 1991 sur les droits de l'homme et des minorités, inspirée aussi de la Résolution (93) 6 du Comité des Ministres) a été remplacée par un mécanisme permettant à la Cour constitutionnelle croate d'avoir recours à des

conseillers internationaux, participant à ses travaux. Cette simplification, pour laquelle la Commission serait prête à accorder toute son assistance aux parties intéressées, contribuerait à l'efficacité des mécanismes de protection des droits de l'homme, pierre angulaire des Accords de paix en Bosnie et Herzégovine.

3. Conclusions

La Commission estime que :

- les dispositions de la Constitution FBH qui concernent la Cour des droits de l'homme de la FBH n'ont pas été formellement abrogées par les Accords de Dayton ;
- l'intervention sollicitée du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe n'est pas régie par les Accords de Washington ou par la Constitution de la FBH mais exclusivement par la Résolution (93) 6 ;
- conformément à cette Résolution, la demande visant à l'institution d'un organe de contrôle, au sens de l'article 1er de cette Résolution, doit être faite par un Etat non-membre et non par une entité de cet Etat ;
- le Comité des Ministres est compétent pour décider de l'opportunité de la nomination de juges internationaux à la Cour des droits de l'homme de la FBH, conformément à la Résolution (93) 6 ;
- le Comité des Ministres doit prendre en considération le fait qu'il a déjà institué un organe de contrôle, au sens de l'article 1er de la Résolution (93) 6 dans ce même état, et évaluer dans quelle mesure la mise en place d'un deuxième organe, à savoir, la Cour des droits de l'homme de la FBH sert les objectifs visés par la Résolution susmentionnée ; à cet égard, il appartiendra au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de tenir compte des considérations exposées ci-dessus, ainsi que de toute autre considération de nature politique que l'Etat habilité pour être demandeur, à savoir la Bosnie et Herzégovine, pourrait lui communiquer et sur lequel la Commission, par sa nature, n'a pas compétence pour se prononcer ;
- si la Cour des droits de l'homme de la FBH venait à être établie, il serait nécessaire d'engager immédiatement des travaux visant à obtenir, dans les meilleurs délais, une simplification du système de protection judiciaire des droits de l'homme, en envisageant, par exemple, la fusion de cette cour avec la Cour suprême ou la Cour constitutionnelle de la Fédération.

VI. AVIS SUR L'INTERPRETATION DE CERTAINES DISPOSITIONS DE LA CONSTITUTION DE LA REPUBLIKA SRPSKA

Par lettre du 8 juillet 1997, le Bureau du Haut Représentant en Bosnie et Herzégovine a posé à la Commission Européenne pour la Démocratie par le droit (Commission de Venise) les questions suivantes :

1. La Présidente de la Republika Srpska avait-elle le pouvoir de dissoudre l'Assemblée Nationale, sans avoir reçu l'avis du Premier Ministre et du Président de l'Assemblée ?
2. La Présidente de la Republika Srpska est-elle habilitée à nommer un Gouvernement sur le fondement de l'article 94 de la Constitution, après la dissolution de l'Assemblée Nationale ?
3. Le Gouvernement a-t-il le pouvoir de suspendre la décision de la Présidente de la Republika Srpska portant dissolution de l'Assemblée Nationale, en vertu de l'article 114 de la Constitution ?

Messieurs G. Malinverni (Suisse) et C. Economides (Grèce), désignés Rapporteurs, assistés de Monsieur C. Giakoumopoulos (Secrétaire adjoint de la Commission de Venise), ont tenu une réunion à Genève le 10 juillet 1997.

Sur la base des informations dont ils ont disposé et dans un délai extrêmement bref, les Rapporteurs ont rendu l'avis suivant, qui pourra être approuvé par la Commission lors de sa prochaine réunion plénière.

Question 1

Aux termes de l'amendement LX à l'article 72 de la Constitution, le Président de la République peut dissoudre l'Assemblée nationale après avoir entendu l'avis du Premier Ministre et du Président de l'Assemblée nationale.

Il ressort du libellé même de cette disposition que le Président est tenu de demander l'avis du Premier Ministre et du Président du Parlement, mais que cet avis revêt un caractère purement consultatif. La décision de dissoudre le Parlement appartient au seul Président de la République. La prise de position du Premier Ministre et du Président du Parlement n'est donc aucunement contraignante pour le Président de la République.

En l'espèce, le Président de la République a sollicité, conformément à la disposition susmentionnée, l'avis du Premier Ministre et du Président de l'Assemblée. Ceux-ci n'ont pas

répondu dans le délai imparti. Cette circonstance n'est toutefois pas de nature à empêcher le Président de prendre valablement sa décision, dès lors que l'avis du Premier Ministre et du Président de l'Assemblée n'est pas contraignant. Subordonner la décision du Président de la République à la réception de l'avis du Premier Ministre et du Président de l'Assemblée serait de nature à bloquer le processus de dissolution et à priver ainsi la disposition de son effet utile.

Le délai imparti peut paraître court. Il convient de relever toutefois que la Constitution ne fixe aucun délai et que des décisions de cette importance doivent souvent être prises de façon extrêmement urgente. En tout état de cause, un délai d'une vingtaine d'heures paraît être suffisant pour permettre aux deux personnes consultées d'exprimer leur avis ou, à tout le moins, de demander une prolongation du délai, ce qu'elles n'ont pas fait.

Question 2

Selon l'amendement XXXIX tel qu'amendé par l'amendement LX, le mandat du Gouvernement se termine au moment de la dissolution du Parlement.

Toutefois, aux termes de l'article 94, alinéa 9, un gouvernement dont le mandat est terminé en raison de la dissolution de l'Assemblée nationale, continue d'exercer ses fonctions jusqu'à la désignation d'un nouveau gouvernement.

L'article 94, alinéa 10, sur lequel prétend se fonder la Présidente pour désigner maintenant un nouveau gouvernement, ne saurait servir de base constitutionnelle à cet effet. Cette disposition indique en effet clairement que le Président doit proposer un candidat au poste de Premier Ministre. Le fait même que le Président ne puisse que "proposer un candidat" implique que cette candidature soit agréée par un autre organe de l'Etat. Il ressort clairement de cette disposition que ce candidat doit nécessairement obtenir la confiance du Parlement.

Cette disposition ne saurait donc être opérationnelle en l'absence de Parlement, ce qui est le cas actuellement, puisque le précédent Parlement a été dissous et que le prochain n'a pas encore été élu.

Manifestement, l'article 94 alinéa 10 n'est destiné à s'appliquer qu'après les élections du 1er septembre 1997. Jusqu'à cette date, c'est le gouvernement actuel qui doit demeurer en place pour expédier les affaires courantes, comme le prévoit d'ailleurs l'article 94 alinéa 9.

Question 3

En se fondant sur l'article 114 de la Constitution, le Gouvernement n'est pas habilité à suspendre la décision de dissolution de l'Assemblée prononcée par le Président de la République. En effet, l'article 114 de la Constitution se réfère exclusivement à l' "*enforcement of a regulation, general or individual enactment*", donc à des actes législatifs ou administratifs. Or, de toute évidence, la

décision de dissoudre le Parlement, qui revêt un caractère éminemment politique, ne rentre pas dans la catégorie des actes visés à l'article 114.

Par ailleurs, la dissolution du Parlement ne requiert en aucune façon une intervention quelconque de la part du Gouvernement. En outre, en sa qualité d'organe exécutif, ce dernier n'a pas à intervenir à propos d'un acte présidentiel qui vise le Parlement de manière autre que celle prévue à l'amendement LX de la Constitution (avis du Premier Ministre, à la demande du Président).

Le Gouvernement ne saurait dès lors se baser sur l'article 114 de la Constitution pour suspendre la décision présidentielle de dissolution du Parlement.

VII. AVIS SUR LA COMPETENCE DE LA FEDERATION DE LA BOSNIE ET HERZEGOVINE EN MATIERE PENALE

Adopté par la Commission de Venise lors de sa 34e réunion plénière (Venise, 6-7 mars 1998) sur la base de l'avis de M. Jean-Claude SCHOLSEM (Belgique)

A. Introduction

1. Par lettre du 25 septembre 1997, M. Mato Tadic, Ministre de la Justice de la Fédération de Bosnie et Herzégovine a demandé un avis de la Commission européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise) sur la compétence de la Fédération en matière pénale. Cette demande se place dans le cadre de l'opération d'élaboration d'un code pénal entreprise par le Ministère de la Justice de la Fédération avec l'assistance du Conseil de l'Europe.

2. Lors de sa 32e réunion plénière (Venise, 12-13 décembre 1997), la Commission a procédé à un examen de cette question sur la base de l'avis préliminaire de M. Scholsem, Rapporteur, en présence de M. Van Lamoen, Adjoint du Haut Représentant de la communauté internationale en Bosnie et Herzégovine. La Commission a décidé de reprendre l'examen lors de sa prochaine réunion plénière et d'inviter M. Scholsem à présenter un projet de Rapport sur la question.

3. Le présent avis tient compte des points de vues exprimés lors de la 32e réunion plénière, ainsi que les explications et clarifications données au Rapporteur par le Bureau du Haut Représentant et par le Secrétariat général du Conseil de l'Europe au sujet du code pénal en projet, préparé par les autorités de la Fédération avec les experts du Conseil de l'Europe. Il a été adopté par la Commission, lors de sa 34e réunion plénière (Venise, 6-7 mars 1998).

B. Objet du présent avis

4. La question posée est interprétée ici dans un sens large, comprenant la compétence de la Fédération de légiférer dans le domaine du droit pénal substantiel et de la procédure pénale, les deux matières étant, dans une certaine mesure indissociables. La réponse nécessite en premier lieu un examen de la répartition des compétences entre la Bosnie et Herzégovine (ci-après : BH) et ses entités, la Fédération de Bosnie et Herzégovine (FBH) et la Republika Srpska (RS) ; elle nécessite aussi un examen de la répartition des compétences en la matière entre la Fédération et ses cantons.

C. Délimitation de la compétence de la FBH en matière de droit pénal par rapport à la compétence de l'Etat de BH

5. La règle fondamentale d'interprétation des constitutions de la BH (Annexe IV aux Accords de Dayton) de la FBH et de la RS est que les Entités disposent de la compétence résiduelle. En effet, la Constitution BH n'attribue à l'Etat que des compétences déterminées, toutes les autres compétences revenant aux entités (article III-3-a de la Constitution BH). Dès lors, la compétence de principe des entités en matière de droit pénal et de procédure pénale ne peut faire l'objet d'aucun doute. Elle est simplement limitée par les compétences de l'Etat de BH en la matière, telles qu'elles résultent de la Constitution BH.

6. Parmi les compétences attribuées à la BH, une seule concerne directement la matière pénale au sens large du terme : il s'agit de l'article III-1-g qui confie à la BH "la mise en oeuvre de la loi pénale internationale et inter-entités, y compris les relations avec l'Interpol" ("international and inter-Entity criminal law enforcement including relations with Interpol"). Cette disposition confère indubitablement une certaine compétence à la BH dans le domaine du droit pénal et de la procédure pénale. Encore convient-il d'en préciser le plus exactement possible la portée.

7. La comparaison du texte de l'article III-1-g de la Constitution BH et de la disposition équivalente de la Constitution FBH (article III-1 de la Constitution FBH tel qu'amendé par l'amendement VIII : "*It is an exclusive competence of the Federation ... stamping out of terrorism, inter-canton crime, unauthorised drug dealing and organised crime*") peut apporter un éclairage utile pour l'interprétation du texte en question. Dans sa première version la Constitution de la FBH attribuait à celle-ci des compétences en matière de droit pénal international, ce qui constituait une interférence manifeste à la compétence de la BH. La nouvelle version, tout en remédiant à cette situation, a tout de même laissé subsister une certaine ambiguïté. La Commission de Venise avait souligné l'importance d'éviter toute l'interférence avec les missions confiées à la BH et proposé la création d'institutions mixtes assurant la coopération entre la BH et la FBH pour la mise en oeuvre du droit pénal international et des crimes qui relèvent de plusieurs entités (voir Avis de la Commission de Venise sur la compatibilité des Constitutions des Entités de Bosnie et Herzégovine (FBH et RS) avec la Constitution de Dayton, CDL(96)56 rev. 2, 4 septembre 1996, p. 7 ; Commission de Venise, Rapport Annuel d'activités 1996). La Commission ne semble pas avoir décelé dans les textes des deux Constitutions un risque de conflit en matière d'exercice de pouvoir législatif ; elle a situé ce risque à la mise en oeuvre de la politique criminelle. En effet, il semble résulter du texte même de l'article III-1-g de la Constitution BH que la compétence y attribuée est essentiellement une compétence de mise en oeuvre ("enforcement") et de coordination. Il semble plus être question de problèmes de politique face à la criminalité internationale ou dépassant les limites des entités que de compétence en matière pénale ou de procédure pénale à proprement parler. Est révélateur en ce sens le fait que l'article III-1-g de la Constitution BH cite expressément les relations avec Interpol.

8. Dès lors, en ce qui concerne la compétence en matière de droit pénal substantiel, c'est-à-dire la compétence d'établir des infractions et des sanctions, il ne semble pas que l'article III-1-g de la Constitution BH mette en cause la compétence de principe de la FBH.

9. Ceci ne signifie cependant pas que l'article III-1-g soit la seule source des compétences de la BH dans le domaine pénal. La BH peut ériger certains comportements en infractions et prévoir des peines dans la mesure où le recours à l'instrument pénal est nécessaire pour mettre en oeuvre des compétences. Bien qu'aucun texte ne prévoie explicitement cette compétence, il s'agit là d'une compétence naturelle de la qualité étatique de la BH et des missions qui lui sont confiées. Ainsi par exemple, la politique douanière étant du ressort de la BH (article III-1-c de la Constitution BH), il va de soi que cette politique nécessite l'existence et la mise en oeuvre d'un arsenal pénal pour lequel la BH est compétente et même seule compétente. Il en va de même des normes de droit pénal relatives à la monnaie et à la politique monétaire, à l'immigration ou aux transports et communications internationales.

10. De même, il est évident que lorsque la loi pénale vise à protéger certaines valeurs propres à l'Etat, il appartient à la BH seule de les établir. Tel sera le cas, par exemple, de la protection des frontières internationales de la Bosnie et Herzégovine et de son intégrité territoriale, de la protection des symboles de l'Etat (drapeau, emblèmes etc), de la protection du régime constitutionnel de l'Etat. Les compétences en matière pénale des deux entités ne couvrent donc pas ce domaine.

11. La compétence susmentionnée de la BH est certes implicite, mais elle n'est pas pour autant moins certaine et exclusive. Liée à la nature de l'Etat elle ne saurait être exercée par ni même être déléguée aux Entités. En effet, si les deux entités se mettaient à légiférer à la place de l'Etat, la même matière serait régie par des normes différentes (par exemple, conflit positif des normes protégeant les frontières) ce qui conduirait à des résultats absurdes, voire dangereux.

12. La question a été soulevée de savoir si les entités pourraient légiférer provisoirement dans cette matière pour éviter un éventuel vide juridique créé par une inactivité du législateur de la BH. Pour les raisons exprimées ci-dessus, la Commission estime ne pas pouvoir appuyer cette interprétation. La Constitution de BH ne prévoit aucunement une action de substitution des entités aux fonctions de l'Etat et une telle initiative de la part des entités semble enfreindre l'ordre constitutionnel de la BH. Elle serait d'ailleurs peu justifiée puisque le risque de vide juridique invoqué semble inexistant. En effet, l'article 2 de l'Annexe II de la Constitution BH relatif aux règles transitoires prévoit clairement que "toutes les lois, règlements et règlements intérieurs (de procédure) en vigueur sur le territoire de la Bosnie et Herzégovine au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution continueront à être appliqués dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la Constitution, jusqu'à ce qu'il soit décidé différemment par un autre organe étatique de la Bosnie et Herzégovine".

13. Notons enfin que, dans un autre domaine, la Constitution BH établit elle-même une règle de droit pénal en proclamant l'immunité parlementaire (Article IV-3-j).

14. A ces expressions près, on peut conclure que la compétence des entités en matière de droit pénal substantiel est clairement établie dans le système constitutionnel de la BH.

15. En ce qui concerne la procédure pénale, la conclusion que la BH n'est pas compétente, peut être renforcée par le fait que la BH n'est pas compétente pour établir des juridictions, à l'exception de la Cour constitutionnelle. On concevrait mal que la BH organise un régime de procédure pénale devant des juridictions qui ne relèvent pas de sa compétence. Par ailleurs, il faut d'emblée relever que la Constitution de la FBH contient de nombreuses dispositions relatives à la procédure pénale, sans qu'aucune critique n'ait jamais été élevée à ce sujet (article II-2-1 (b), (e) relatifs à l'*habeas corpus* et au procès pénal équitable ; l'article IV-C-3 confère à la Fédération compétence de prescrire les règles de procédure nécessaires pour assurer l'uniformité en ce qui concerne le procès équitable⁴²). De plus, l'article IV-C-8 établit une police judiciaire dépendant directement des cours fédérales ; l'article V-11 institue des tribunaux cantonaux et l'article VI-7-1 consacre l'existence de tribunaux municipaux qui ont une compétence générale en toute matière civile et pénale.

16. De l'ensemble de ces dispositions on peut déduire que la procédure pénale ressortit à la compétence des entités.

17. La question a été posée de savoir si, dans les matières du droit pénal pour lesquelles la BH a une compétence exclusive, elle ne devrait pas avoir aussi le pouvoir d'établir les règles de procédure relatives à leur mise en oeuvre, y compris l'établissement de tribunaux spéciaux. La Commission n'estime pas qu'une telle solution serait compatible avec la Constitution BH qui, comme on vient de la constater, ne prévoit au niveau de l'Etat qu'une seule juridiction, la Cour constitutionnelle. Par ailleurs, rien n'empêche les juridictions des entités d'appliquer le droit édicté par le législateur de la BH. Certes, en l'absence d'une instance de juridiction ordinaire au niveau de l'Etat, l'uniformité de l'interprétation de ces normes pourrait ne pas être entièrement assurée. Toutefois les éventuelles divergences dans l'interprétation des normes étatiques ne devraient pas créer des problèmes importants ou insurmontables. En tout état de cause, si la divergence dans l'interprétation d'une norme par les institutions judiciaires des entités soulève de problèmes graves, elle pourrait être perçue comme une atteinte à l'ordre constitutionnel de la BH et pourrait alors être censurée par la Cour constitutionnelle de la BH.

18. En résumé, la FBH est compétente en matière pénale pour tous les domaines où il n'existe pas de compétence spécifique de BH. La BH est compétente en matière de droit pénal et de procédure pénale

- a) sur la base de l'article III-1-g de sa Constitution, en ce qui concerne la mise en oeuvre d'une politique criminelle coordonnée au niveau international et entre les entités ;

⁴² La Constitution RS fait elle aussi référence aux règles de base de la procédure pénale (notamment art. 11, 12, 14, 15, 18, 19 et 20) et établit des juridictions à compétence générale ainsi que l'institution du Ministère public (article 133).

- b) chaque fois que le recours à l'instrument pénal est nécessaire pour mettre en oeuvre une quelconque de ses compétences attribuées ou pour protéger les valeurs de l'Etat.

A défaut d'attribution expresse d'autre compétence en ce domaine, la BH n'est pas compétente pour définir les principes généraux et les règles de base du droit pénal ni la procédure pénale. La rédaction d'un code pénal concernant les principes et règles susmentionnés ne fait certainement pas partie de ses compétences. Elle revient donc aux entités fédérées.

D. Délimitation de la compétence de la FBH par rapport à celle des cantons

19. Si la FBH est indiscutablement compétente pour l'élaboration d'un code pénal et d'un code de procédure pénale, se pose, au niveau même de la Fédération la question de savoir si cette compétence relève de la Fédération elle-même ou des cantons. Selon la Constitution de la FBH, les cantons disposent de la compétence résiduelle (article III-4 (*The Cantons shall have all responsibility not expressly granted to the Federation Government. They shall have in particular responsibility for ...*)). A première vue, dès lors, la compétence en matière pénale appartiendrait aux cantons. Toutefois un examen attentif de la Constitution FBH conduit à la constatation que la FBH a une très large compétence en la matière et que, dans la logique constitutionnelle de la FBH, la compétence en matière pénale est, en fait, une compétence partagée entre les cantons et la Fédération.

- *Compétence de la FBH en matière de droit pénal spécial*

20. L'article III-1 de la Constitution énumère les compétences exclusives de la Fédération et l'article III-2 les compétences partagées entre la FBH et ses cantons. Ces textes, modifiés par les amendements VIII et IX du 5 juin 1996, ne contiennent aucune référence expresse à la matière pénale, à l'exception de l'article III-1-f déjà cité ("*stamping out of terrorism, inter-canton crime, unauthorised drug dealing and organised crime*"). Il semble que cette disposition donne à la FBH une certaine compétence en matière pénale. Comme la disposition similaire de la Constitution BH, elle confie à la FBH une compétence particulière lorsqu'il s'agit de situations qui dépassent la compétence des cantons ("*intercanton crime*") ou pour certaines infractions particulières spécialement graves (terrorisme, crime organisé, trafic de stupéfiants). Mais contrairement aux compétences de la BH, celles de la FBH ne sont pas limitées aux problèmes de coordination dans la mise en oeuvre de la politique criminelle (l'expression "*criminal law enforcement*" n'apparaît pas la Constitution FBH). La FBH est en droit d'établir les normes de droit pénal substantiel y relatives (voir Article IV-20-d de la Constitution FBH). Cette compétence est manifestement large puisqu'elle couvre tous les types d'infractions pénales susceptibles d'avoir une portée inter-cantonale, ce qui ne sera pas exceptionnel compte tenu de la taille des cantons.

21. Par ailleurs, parallèlement à ce qui se passe au niveau de la BH, la Fédération est compétente non seulement sur la base de l'article III-1-f de sa Constitution mais aussi, implicitement mais certainement, pour établir et réprimer tout fait qu'elle érigerait en infraction dans le cadre de l'exercice de ses compétences exclusives (par exemple, en matière d'économie,

de politique d'occupation des sols et de politique énergétique) ou partagées (par exemple, garantir et mettre en oeuvre les droits de l'homme, article III-2-a de la Constitution FBH) .

22. Elle est aussi compétente, à titre exclusif, pour adopter la législation pénale relative à la protection des valeurs qui par leur nature ne peuvent être protégées que par elle (par exemple, symboles, territoire, voir aussi par. 27 ci-dessous).

- ***Compétence de la FBH en matière de procédure pénale et d'organisation de la justice criminelle***

23. De plus, on ne saurait perdre de vue la responsabilité placée sur la Fédération en matière de respect des droits de l'homme (Article III-2-a) et la volonté du constituant de garantir le respect de certaines règles fondamentales de procédure pénale déjà au niveau de la Constitution. On peut en effet conclure assez facilement d'un certain nombre de dispositions qu'en ce qui concerne la procédure pénale et l'organisation de la justice criminelle la Constitution attribue de nombreuses compétences à la FBH. Ainsi, la Constitution de la FBH contient de nombreuses dispositions relatives à la procédure pénale (l'article II-2-1 (b) et (e) de la Constitution FDB concerne les garanties de *habeas corpus* et de procès pénal équitable). Elle établit des tribunaux à compétence générale, et donc aussi pénale, au niveau de la Fédération et des cantons ; elle contient des règles applicables à toutes les juridictions fédérales et cantonales (Articles IV-C- 1 à 4) et règle de manière assez détaillée les questions relatives à l'élection des juges (Articles V-11 et VI-7). Enfin - et surtout - l'article IV-C-3 confère à la Fédération compétence de prescrire les règles de procédure nécessaires pour assurer l'uniformité en ce qui concerne le procès équitable et le respect des principes de la justice dans la procédure devant toutes les juridictions ("*such rules of procedure as may be necessary to ensure uniformity with regard to due process and the basic principles of justice in the proceedings of all courts*"), compétence particulièrement large. En revanche, la Constitution FBH dispose qu'il appartient aux législateur cantonal d'adopter les normes cantonales complémentaires qui régissent les juridictions du canton et des municipalités (ibid) et de "préciser la juridiction des cours cantonales et municipales" (Article V-6-d, voir aussi par. 30 ci-dessous).

24. Il résulte clairement de ce qui précède que la compétence pour adopter les règles de procédure pénale en FBH appartient en principe à la Fédération elle-même, les cantons n'ayant qu'une compétence pour adopter des règles complémentaires.

- ***Compétence de la FBH en matière de droit pénal général***

25. On vient de constater que la FBH a une compétence non négligeable dans le domaine du droit pénal spécial et de la procédure pénale. Il reste à examiner la question de savoir qui, de la Fédération ou des cantons, est compétent pour établir les principes généraux du droit pénal (imputabilité, complicité, circonstances aggravantes ou atténuantes, récidive). La Constitution FBH n'envisage pas du tout cette question. A lire littéralement la Constitution de la FBH, il semblerait que cette compétence doive revenir aux cantons, puisqu'elle n'est citée ni dans les compétences exclusives de la FBH ni dans les compétences partagées de la Fédération et des cantons. Toutefois, cette interprétation peut être sujette à caution, tant elle aboutirait à un

morcellement législatif qui semble totalement contraire à la tradition (la matière était en effet réglée au niveau de la Fédération dans l'ancienne Yougoslavie). A la lecture des constitutions tant de la FBH que de la RS, on a l'impression que la compétence en ce qui concerne les principes fondamentaux du droit pénal a été en quelque sorte oubliée. Dans ce contexte on peut croire qu'en donnant à la Fédération le droit d'établir des tribunaux à compétence générale et en lui donnant la compétence en matière de droits de l'homme et de procédure pénale, la Constitution FBH a aussi donné à la Fédération compétence en ce qui concerne les principes généraux du droit pénal. Cette interprétation apparaît cohérente avec l'ensemble de la Constitution de la FBH, mais il est vrai que cette compétence n'apparaît pas dans la liste des articles III-1 et III-2. Si cette situation devait être considérée comme une source d'ambiguïté ou de controverse, il serait souhaitable de réviser la Constitution de la FBH sur ce point.

26. Ce qui précède (par. 20 à 25) montre bien que la compétence en matière pénale est en fait partagée entre la Fédération et ses cantons et ce malgré le fait que cette matière ne figure pas dans la liste des compétences partagées de l'article III-2. Cette constatation ne se heurte à la liste exhaustive de l'article III-2-a qu'en apparence. En effet, cette disposition attribuée à la FBH et aux cantons une compétence partagée en matière de droits de l'homme et on peut valablement soutenir qu'une grande partie du droit pénal et de la procédure pénale tombe sous le coup de la sauvegarde et de la mise en oeuvre des droits de l'homme *lato sensu*.⁴³

27. En effet, il ne fait aucun doute que la Constitution FBH envisage l'existence d'une législation pénale substantielle aussi bien au niveau de la Fédération qu'au niveau des cantons. Ainsi, l'article IV-B-7(a), point vii, relatif au pouvoir de grâce du Président de la Fédération, fait clairement référence à des lois pénales fédérales ("*pardons for offenses against Federal law*") ; de même l'article V-9-d relatif aux responsabilités des cantons se réfère expressément à des lois pénales cantonales ("*prosecution of crimes against cantonal law*").

28. En ce qui concerne les lois relatives à la procédure pénale et l'organisation de la justice pénale la Constitution FBH charge la Fédération de la tâche de prescrire les règles de procédure (IV-C-3) tout en laissant aux cantons la tâche d'adopter des normes complémentaires et de déterminer l'étendue de la juridiction des tribunaux cantonaux et municipaux.

29. Dans la pratique, enfin, la compétence en question est déjà partagée entre la Fédération et ses cantons pour une raison tout à fait factuelle : il semble qu'un grand nombre de cantons ait délégué sa compétence en matière pénale à la Fédération, conformément à l'article V-2 de la Constitution.

30. L'article III-3 de la Constitution FBH établit la règle selon laquelle, dans les domaines où la compétence est partagée entre la Fédération et ses cantons, celle-ci peut être exercée séparément. La FBH a, par les compétences que lui attribue la Constitution, le pouvoir d'adopter

⁴³ L'article III-2-a est différent de la disposition de la Constitution de BH (article II-3) qui contient les normes générales garantissant les droits de l'homme. Contrairement à la disposition susmentionnée de la Constitution BH et à l'article II-2 de la Constitution FBH, l'article III-2-a de la Constitution FBH attribue à la Fédération une compétence spécifique en matière de mise en oeuvre des droits de l'homme.

à son niveau un code pénal et un code de procédure pénale ou une loi sur l'organisation de la justice criminelle ; ce faisant elle doit, conformément à l'article III-3 de la Constitution FBH, "respecter les prérogatives des cantons" et "la nécessité d'une certaine flexibilité dans la mise en oeuvre" de la législation fédérale. Les cantons, de leur côté, ont aussi la possibilité de légiférer en la matière mais seulement pour compléter la législation fédérale. En ce qui concerne plus particulièrement l'organisation de la justice pénale, les cantons devront adopter notamment les règles relatives aux compétences des tribunaux cantonaux et municipaux (selon l'article V-6-(d)). Compte tenu de la responsabilité de la Fédération d'assurer l'uniformité en matière de garanties de procédure - y compris en ce qui concerne l'accès à la justice (Article IV-C-3) -, la législation cantonale devra tenir compte des règles établies par la Fédération en ce qui concerne la compétence *ratione materiae* des diverses juridictions cantonales ; en revanche, le législateur cantonal sera libre de régler le nombre et la compétence territoriale des tribunaux opérant dans le canton.

31. Enfin, il y a lieu de préciser que, compte tenu de la compétence partagée que la FBH et les cantons ont en cette matière, la législation fédérale se fonde directement sur la constitution elle-même et non sur la délégation de pouvoirs des cantons. La loi fédérale sera donc applicable dans tous les cantons -y compris dans ceux qui n'auraient pas délégué leurs compétences à la Fédération ou qui auraient révoqué cette délégation.

VIII. AVIS SUR LE NOMBRE DES TRIBUNAUX MUNICIPAUX À ÉTABLIR À MOSTAR

Par M. Jean-Claude Scholsem (Belgique)

A. Introduction

1. Par lettre du 26 février 1998, le Bureau du Haut Représentant a demandé à la Commission de Venise de formuler un avis sur la question de savoir si, dans la ville de Mostar, il conviendrait de mettre en place un tribunal distinct pour chaque municipalité, dans l'hypothèse où les municipalités concernées n'établiraient pas de tribunal commun. La ville de Mostar se compose de six municipalités et d'une zone centrale.

2. En vertu de la Constitution de la Bosnie et Herzégovine, les deux Entités sont compétentes pour créer des tribunaux. Or, la ville de Mostar est située sur le territoire de la Fédération de Bosnie et Herzégovine (Herzegova_ko Neretvanska Canton). Il faut donc se référer à la Constitution de la Fédération pour répondre à la question.

B. Les dispositions applicables de la constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine

3. L'article VI.7 de la Constitution de la Fédération de Bosnie et Herzégovine est libellé ainsi :

"(1) Chaque municipalité comporte des tribunaux, qui peuvent être établis en collaboration avec d'autres municipalités et qui connaissent en première instance de toutes les matières civiles et pénales, à moins que la compétence de première instance n'ait été attribuée à une autre juridiction en vertu de la présente Constitution, de la Constitution cantonale ou de toute loi de la Fédération ou du canton.

(2) Les tribunaux municipaux sont établis et financés par l'administration cantonale.

(3) Le président de la plus haute juridiction cantonale nomme les juges des juridictions cantonales après consultation de l'administration municipale."

...

4. À première vue, les deux premiers paragraphes de l'article VI.7 semblent contradictoires. En vertu du deuxième paragraphe, le pouvoir d'établir un tribunal appartient à l'administration cantonale, alors qu'à la lecture du premier paragraphe on a l'impression que les municipalités sont compétentes pour mettre en place des juridictions. Toutefois, on peut concilier les deux paragraphes en faisant la distinction entre le pouvoir de décider de créer un tribunal municipal, qui appartient à la municipalité, et la création proprement dite. Aux termes du premier paragraphe, une juridiction commune à plusieurs municipalités peut être établie uniquement "en collaboration avec d'autres municipalités". La collaboration est une démarche volontaire et la création d'une juridiction commune à plusieurs municipalités nécessite donc l'accord de celles-ci. L'importance du rôle des municipalités est confirmée par la mention des juridictions municipales dans le chapitre de la Constitution traitant des administrations municipales.

5. On peut se demander s'il est sage de donner un rôle aussi important aux municipalités alors que les conséquences financières de leurs décisions sont assumées par les cantons. Mais cette répartition des compétences reflète de toute évidence la volonté du législateur.

6. Il peut aussi sembler surprenant de prévoir un si grand nombre de juridictions. On ne comprend la disposition selon laquelle chaque municipalité comporte, en principe, son propre tribunal, que si l'on se rappelle qu'en Bosnie et Herzégovine les municipalités sont d'assez grande taille. Néanmoins, il est douteux que cette disposition constitutionnelle facilite l'instauration d'un système judiciaire efficace. En tout cas, il conviendra de la réexaminer si l'on engage – comme cela semble prévu - une réforme qui augmenterait de manière substantielle le nombre des municipalités. Toutefois, ces considérations ne justifient pas de s'écarter de la formulation claire de la Constitution actuelle.

C. Dispositions s'appliquant spécifiquement au canton et à la ville de Mostar

7. La Constitution du Herzegovina_ko Neretvanska Canton donne moins de précisions que la Constitution de la Fédération au sujet de la mise en place de juridictions.

"Article 79

Les juridictions municipales sont établies en vertu d'une loi cantonale.

Les juridictions municipales sont financées par le budget du canton.

Article 80

La juridiction municipale est établie pour le territoire de la municipalité. Une juridiction municipale peut être établie pour deux municipalités ou plus."

8. La deuxième phrase de l'article 80 ne stipule pas explicitement que la création d'un tribunal municipal compétent pour plus d'une municipalité nécessite l'accord des municipalités concernées. Il convient cependant d'interpréter cet article en tenant compte de la Constitution de

la Fédération (voir l'article V.4 de la Constitution de la Fédération) ; l'obligation d'un accord s'applique donc aussi au canton où se trouve Mostar.

9. Il reste à déterminer si le principe mentionné ci-dessus s'applique aussi aux villes. Rappelons qu'initialement la Constitution de la Fédération ne traitait pas des villes et que les administrations urbaines n'ont été créées qu'aux termes de l'amendement XVI à la Constitution. Or, dans l'amendement XVI, les questions judiciaires ne figurent pas parmi les compétences des villes. La création d'un tribunal de la ville au lieu d'un tribunal pour chaque municipalité ne pourrait donc se fonder que sur la disposition selon laquelle la ville exerce "les autres compétences qui lui ont été confiées par le canton ou les municipalités". Le canton ne peut pas déléguer à la ville un pouvoir qui ne lui appartient pas ; par conséquent, seules les municipalités concernées sont habilitées à décider ensemble de la création d'un tribunal pour la ville.

10. La zone centrale de la ville de Mostar n'a pas le statut de municipalité. L'article VI.7 n'est donc pas applicable, d'où l'absence d'obligation d'établir un tribunal municipal dans cette zone. L'organe législatif du canton est donc libre d'adopter une solution compatible avec l'organisation judiciaire générale de la Fédération. Si la taille de la zone centrale ne semble pas justifier la création d'un tribunal propre à cette zone, d'autres solutions pourraient être envisagées. Ainsi, il serait possible de répartir ce territoire entre les juridictions voisines : un juge de chacun des tribunaux municipaux de la ville de Mostar pourrait être détaché à temps partiel (par exemple un jour par semaine) et les juges assureraient la présidence à tour de rôle ; les tribunaux municipaux pourraient aussi être compétents à tour de rôle pour la zone centrale. Il semble moins judicieux d'attribuer directement la compétence à la juridiction cantonale, car les justiciables perdraient ainsi un degré de juridiction.

D. Conclusion

11. En conclusion, le texte de la Constitution de la Fédération stipule clairement que l'accord des municipalités concernées est indispensable à la création d'une juridiction compétente pour le territoire de plus d'une municipalité. Les municipalités concernées feraient bien de donner leur accord : dans le cas contraire, Mostar pourrait bien devenir la seule ville de cette taille en Europe – et peut-être même dans le monde – à comporter six tribunaux de droit commun.

**IX. AVANT-PROJET DE LOI D'OMBUDSMAN POUR LA REPUBLIKA SRPSKA
(BOSNIE ET HERZEGOVINE) ET NOTE INTRODUCTIVE**

AVANT- PROJET DE LOI

CHAPITRE I

1. Nature

Article 1

L'Ombudsman de la Republika Srpska est une institution indépendante constituée pour protéger les droits et intérêts légitimes des personnes physiques ou morales, tels que garantis notamment par les constitutions de la Bosnie et Herzégovine et de la Republika Srpska et les Conventions internationales y annexées, en contrôlant à cette fin l'activité de l'Administration publique, selon les dispositions de la présente loi.

2. Compétences

Article 2

L'Ombudsman est compétent pour admettre, donner suite ou enquêter, sur les plaintes formulées devant lui sur le mauvais fonctionnement ordinaire d'une administration ou la violation des droits de l'homme de la part de toute administration, autorité ou fonctionnaire, ou de tout autre organisme investi de mission publique.

La compétence de l'Ombudsman comprend celle d'enquêter sur toutes les plaintes formulées contre le mauvais fonctionnement de la justice.

Elle comprend aussi celle de veiller au bon fonctionnement et au respect des droits de l'homme dans le domaine de l'administration militaire.

L'Ombudsman est légitimé pour recourir devant la Chambre des droits de l'homme prévue à l'Annexe VI des Accords de Dayton, mais il devra le faire à travers l'Ombudsperson prévu dans cette même Annexe.

Il est également légitimé pour recourir devant la Cour constitutionnelle de la Republika Srpska, dans les cas supposés de violations des droits de l'homme.

3. Nomination et démission

Article 3

1. La titularité de l'institution de l'Ombudsman sera exercée par trois personnes, appartenant aux peuples constituant la Bosnie et Herzégovine selon le Préambule de la constitution de la Bosnie et Herzégovine, élues par le Parlement à une majorité de trois quarts du nombre total des députés, sur proposition conjointe du Président de la République, du Président du Parlement et du Premier ministre.

2. L'élection aura lieu dans un délai maximum de trois mois depuis le dépôt de la proposition au Parlement et, dans tous les cas, à partir du moment où se produit la vacance ou la cessation de fonction, pour cause légalement prévue, de l'un ou des trois membres qui composent l'institution de l'Ombudsman.

3. Tant que la nouvelle élection n'a pas eu lieu, les Ombudsmen qui doivent être remplacés selon la loi continueront à exercer leurs fonctions à titre intérimaire.

Article 4

Les Ombudsmen sont élus pour une période de cinq ans et sont rééligibles une seule fois.

Le mandat de l'Ombudsman élu à la suite de la démission ou du remplacement d'un autre équivaut au restant du mandat de son prédécesseur jusqu'à l'accomplissement des cinq ans.

Article 5

Pourra être élu Ombudsman tout citoyen de la Republika Srpska, d'un prestige reconnu et d'une haute autorité morale, majeur et en pleine possession de ses droits civils et politiques.

Article 6

Il sera mis fin aux fonctions de l'Ombudsman pour les raisons suivantes:

- a. sa propre démission;
- b. l'expiration du délai de son mandat, sous réserve des dispositions de l'article 3.3;
- c. pour avoir agi avec une négligence notoire dans l'accomplissement de ses devoirs;
- d. pour avoir été condamné, définitivement, pour un délit intentionnel.

La vacance du poste sera déclarée par le Président du Parlement dans les cas de décès, démission, expiration du mandat ou condamnation définitive. Dans les autres cas, elle sera décidée à la majorité des trois quarts du Parlement, moyennant débat et audience préalable de l'intéressé.

3. Une fois le poste vacant, la procédure de nomination du nouvel Ombudsman sera mise en marche, dans un délai ne pouvant excéder un mois.

4. En cas de vacance du poste de l'un des trois Ombudsmen, les autres se chargeront provisoirement de l'exercice de ses fonctions, par ordre d'âge, du plus âgé au plus jeune.

4. Prérogatives et incompatibilités

Article 7

1. L'Ombudsman n'est assujéti à aucun mandat impératif. Dans les limites de ses attributions constitutionnelles et légales, il ne reçoit d'instructions d'aucune autorité. Il remplit ses fonctions en toute autonomie, en fonction de ses propres critères.

2. L'Ombudsman ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu, ou jugé à l'occasion des opinions qu'il émet ou des actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions.

3. Dans les autres cas et tant qu'il exerce ses fonctions, l'Ombudsman ne peut pas être arrêté ou détenu, sauf en cas de flagrant délit puni d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à 5 ans. La décision quant à son inculpation, détention, mise en accusation et son jugement ne peut être prise qu'après la levée de son immunité par l'Assemblée nationale. Son jugement incombe exclusivement à la Chambre criminelle de la Cour suprême.

Article 8

1. La condition de l'Ombudsman est incompatible avec tout mandat représentatif; toute charge ou activité de propagande politique; tout service actif dans l'administration publique; l'affiliation à un parti politique ou l'exercice de fonctions directives au sein d'un parti politique, ou d'un syndicat, ou d'une association ou fondation ou d'une organisation de caractère religieux et tout emploi au service de ceux-ci; l'exercice des fonctions de juge et de magistrat et toute activité professionnelle, libérale, commerciale ou salariée.

2. Si l'Ombudsman est un fonctionnaire, il bénéficie de la garantie de réintégration dans son corps d'origine à la fin de son mandat.

3. L'Ombudsman doit, dans le mois suivant sa nomination et avant d'en prendre ses fonctions, renoncer à toute situation d'incompatibilité pouvant l'affecter, faute de quoi, il sera considéré qu'il renonce à celle-ci le jour où cette incompatibilité se produit.

4. Si l'incompatibilité survient une fois qu'il est en possession de ses fonctions, il est entendu qu'il renonce à celles-ci le jour où cette incompatibilité se produit.

5. Procédure d'enquête

Article 9

1. L'Ombudsman agira, soit à la suite du dépôt d'une plainte, soit d'office.
2. Pourra s'adresser à l'Ombudsman et déposer une plainte toute personne physique ou morale invoquant un intérêt légitime, sans aucune restriction. Le droit de s'adresser à l'Ombudsman ne peut être restreint pour des raisons tenant à la citoyenneté, la nationalité, la résidence, le sexe, le fait d'être mineur, l'incapacité juridique, l'internement dans un centre pénitentiaire ou de réclusion, et en général, la relation spéciale ou la dépendance de l'intéressé d'une administration ou d'un pouvoir public.
3. Ne pourra déposer une plainte devant l'Ombudsman aucun organe ou autorité administrative ou personne morale de droit public concernant les affaires de sa compétence.

Article 10

L'activité de l'Ombudsman ne sera pas interrompue dans les cas où le Parlement ne se réunirait pas, du fait de sa dissolution ou de l'expiration de son mandat.

Les situations d'exception n'interrompent pas le mandat de l'Ombudsman.

Article 11

1. Toute plainte adressée à l'Ombudsman doit être présentée signée par l'intéressé qui indiquera ses noms, prénoms et domicile, dans un écrit motivé, rédigé sur papier libre et dans le délai maximum de six mois à compter du moment où il a pris connaissance des faits dont il se plaint.
2. Le recours à l'Ombudsman est gratuit pour l'intéressé et ne requiert pas l'assistance d'un avocat ni d'un avoué.

Article 12

1. La correspondance adressée à l'Ombudsman depuis un centre de détention, d'internement ou de rétention, ne peut faire l'objet de censure d'aucun genre.
2. Les conversations qui ont lieu entre l'Ombudsman ou son personnel et toutes les personnes énumérées au paragraphe précédent ne peuvent faire l'objet d'écoutes ou d'interférences.

Article 13

1. L'Ombudsman enregistre et accuse réception des plaintes qui sont présentées, qu'il les déclare recevables ou qu'il les rejette. Dans ce dernier cas, il le fera par écrit en exposant les motifs et en informant l'intéressé sur les voies les plus appropriées pour exercer son action, si elles existent, et sans préjudice pour l'intéressé d'utiliser celles qu'il considère les plus pertinentes.

2. L'Ombudsman rejette les plaintes anonymes et peut rejeter celles qu'il considère être de mauvaise foi ou mal fondées, celles où aucune prétention n'est avancée, ainsi que celles qui impliquent un préjudice pour le droit légitime d'une tierce personne. Ses actes ne peuvent pas faire l'objet de recours.

Article 14

Sous réserve des dispositions des articles 2 et 24 par. 3 de la présente loi, l'Ombudsman ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction, ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle, mais a la faculté de faire des recommandations à l'organisme mis en cause.

Article 15

1. Une fois la plainte reçue, l'Ombudsman procède à une enquête sommaire et informelle pour éclaircir les éléments de celle-ci. Dans tous les cas, il communique le contenu substantiel de la demande à l'organisme ou service administratif mis en cause, afin que son chef lui fasse un rapport écrit dans le délai fixé par l'Ombudsman. Ce délai peut être prorogé lorsque, de l'avis de l'Ombudsman, les circonstances l'exigent.

2. Lorsque l'Ombudsman estime que le refus ou la négligence du fonctionnaire ou de ses supérieurs responsables de soumettre le rapport initial demandé consistent en une attitude hostile et entravant ses fonctions, il en fait immédiatement état publiquement et souligne cette attitude dans son rapport annuel ou spécial au Parlement, sans préjudice des actions pénales qu'il pourrait tenter.

3. A défaut de l'autorité compétente, l'Ombudsman peut, au lieu et place de celle-ci, engager contre tout agent responsable, une procédure disciplinaire ou, le cas échéant, saisir la juridiction répressive.

6. Obligation de collaboration avec l'Ombudsman

Article 16

1. Les autorités gouvernementales, judiciaires et tous les pouvoirs publics sont tenus d'assister l'Ombudsman par priorité et de manière urgente, dans ses enquêtes et ses inspections.

2. Pendant la phase d'enquête d'une plainte ou d'une affaire engagée d'office, l'Ombudsman, ou la personne à laquelle il a délégué cette tâche, pourront se présenter dans tout centre de l'administration publique, dépendant de celle-ci ou affecté à un service public, pour vérifier toutes les données nécessaires, avoir des entretiens personnels pertinents ou procéder à l'étude des dossiers et des documents nécessaires.

3.3. On ne pourra refuser à l'Ombudsman l'accès à aucun dossier ni document administratif ayant trait à l'activité ou au service qui fait l'objet de l'enquête, sous réserve des dispositions de l'article 18 de la présente loi.

Article 17

1. Quand la plainte objet de l'enquête concerne la conduite de personnes au service de l'administration et est en relation avec la fonction qu'elles exercent, l'Ombudsman la communiquera au fonctionnaire impliqué et à son supérieur hiérarchique ou à l'organisme dont celui-ci dépend.

2. Le fonctionnaire impliqué répondra par écrit en présentant tous les documents et témoignages qu'il considère pertinents, dans un délai qui lui aura été imparti. Ce délai peut être prorogé sur demande.

3. L'Ombudsman peut vérifier la véracité des éléments qui lui sont soumis et proposer au fonctionnaire impliqué un entretien pour recueillir des données supplémentaires. Les fonctionnaires qui refuseraient cet entretien peuvent être requis d'exposer par écrit les raisons de cette décision.

4. Les renseignements fournis par un fonctionnaire au cours de l'enquête par son témoignage personnel ont un caractère confidentiel, sous réserve des dispositions de la loi pénale concernant la dénonciation de faits pouvant revêtir un caractère délictueux.

Article 18

Le supérieur ou l'organisme qui interdit au fonctionnaire à ses ordres ou à son service de répondre à la requête de l'Ombudsman, ou d'avoir un entretien avec lui, devra le faire, par un écrit motivé, adressé au fonctionnaire et à l'Ombudsman lui-même. L'Ombudsman s'adressera par la suite à ce supérieur hiérarchique pour toutes les opérations d'enquête nécessaire.

7. Documents confidentiels ou secrets et devoir de réserve

Article 19

1. L'Ombudsman pourra solliciter auprès des pouvoirs publics tous les documents qu'il estime nécessaires pour exercer ses fonctions, y compris ceux classés confidentiels ou secrets, conformément à la loi. Dans ce cas, l'Ombudsman a un devoir de réserve sur ceux-ci et ne doit pas les divulguer.

2. Les enquêtes réalisées par l'Ombudsman et le personnel à son service ainsi que les actes de procédure seront réalisés avec la réserve la plus absolue, tant en ce qui concerne les particuliers que les services et les organismes publics, sans préjudice des considérations que l'Ombudsman estime qu'il convient d'inclure dans ses rapports au Parlement. Des mesures de protection spéciales seront prises concernant les documents classés confidentiels ou secrets.

3. Lorsque l'Ombudsman considère qu'un document classé confidentiel ou secret qui n'a pas été remis par l'Administration pourrait affecter de façon décisive la bonne marche de son enquête, il en informe le Parlement.

8. Responsabilité des autorités et des fonctionnaires

Article 20

Lorsque l'enquête révèle l'existence d'un abus, d'un procédé arbitraire, d'une discrimination, d'une négligence ou d'une omission de la part d'un fonctionnaire, l'Ombudsman peut s'adresser au fonctionnaire intéressé et lui communiquer son avis à ce sujet. Au même moment, il transmettra cet écrit au supérieur hiérarchique et formulera les suggestions qu'il considère pertinentes.

Article 21

1. La persistance dans une attitude hostile ou entravant l'enquête de l'Ombudsman de la part d'un organisme, d'un fonctionnaire, de chefs ou employés de l'administration publique, pourra être l'objet d'un rapport spécial; en outre, ce fait sera signalé dans la section pertinente du rapport annuel.

2. Lorsqu'un fonctionnaire entrave l'enquête de l'Ombudsman en refusant ou négligeant d'envoyer les documents qui lui sont réclamés ou en refusant à celui-ci l'accès aux documents ou dossiers administratifs, l'Ombudsman transmettra le dossier au Ministère public pour qu'il engage les actions pertinentes selon la loi.

Article 22

Lorsque l'Ombudsman, dans l'exercice de ses fonctions, prend connaissance d'une conduite ou de faits apparemment délictueux, il le communiquera immédiatement à l'autorité judiciaire compétente.

9. Des résolutions

Article 23

1. Bien qu'il n'ait pas compétence pour modifier ou annuler des actes et ordonnances de l'Administration publique, l'Ombudsman peut suggérer la modification des critères employés dans l'élaboration de ceux-ci.

2. Lorsqu'il apparaît à l'Ombudsman, à l'occasion de l'examen d'une affaire, que l'application de la loi aboutit à une iniquité, il peut recommander à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation du plaignant, proposer à l'autorité compétente toute mesure qu'il estime de nature à y remédier, y compris le versement d'une indemnité, et suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter à des textes législatifs ou réglementaires.

3. Si les actions mises en cause ont eu lieu à l'occasion de services réalisés par des particuliers en vertu d'un acte administratif portant concession de services publics, l'Ombudsman peut réclamer que les autorités administratives compétentes exercent leurs pouvoirs d'inspection et de sanction.

Article 24

1. A l'occasion de ses enquêtes, l'Ombudsman peut faire des recommandations et des suggestions aux autorités et aux fonctionnaires de l'Administration publique en vue de l'adoption de nouvelles mesures. Dans tous les cas, les autorités et les fonctionnaires sont tenus de répondre en faisant connaître les suites données à ces recommandations, dans le délai fixé par l'Ombudsman.

2. Lorsque, une fois les recommandations faites, l'autorité administrative concernée ne prend pas de mesures adéquates dans un délai raisonnable ou lorsqu'elle n'informe pas l'Ombudsman des raisons pour lesquelles elle n'a pas pu prendre de mesures, ce dernier pourra porter à la connaissance du Ministre du département concerné ou de la plus haute autorité de l'Administration concernée, les faits de la cause et les recommandations faites. Lorsqu'après cette démarche l'Ombudsman n'obtient toujours pas satisfaction, alors qu'il estime qu'il était possible d'arriver à une solution positive, il inclut cette question dans son rapport annuel ou spécial en faisant mention des autorités ou des noms des fonctionnaires qui ont eu cette attitude.

3. L'Ombudsman peut, en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, enjoindre l'organisme mis en cause de s'y conformer dans un délai qu'il fixe. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet, l'inexécution de la décision de justice fait l'objet d'un rapport spécial ou du rapport annuel à l'Assemblée nationale.

10. Notifications et communications

Article 25

1. L'Ombudsman informera l'intéressé du résultat de ses enquêtes et démarches ainsi que de la réponse que l'Administration ou le fonctionnaire impliqué lui a donnée, sauf dans le cas où celle-ci, en raison de sa nature serait considérée confidentielle ou secrète.

2. L'Ombudsman communiquera le résultat positif ou négatif de ses enquêtes à l'autorité, au fonctionnaire ou au service administratif qui sont en cause.

3. L'Ombudsman peut décider de publier ses résolutions de caractère général au Journal Officiel du Parlement.

4. Les recommandations de l'Ombudsman sont accessibles au public, sauf dans les cas où elles concernent des matières confidentielles ou secrètes ou si le plaignant a expressément demandé que son nom et les circonstances de sa plainte ne devaient pas être divulgués.

11. Rapports à l'Assemblée nationale

Article 26

1. L'Ombudsman communique chaque année à l'Assemblée nationale le résultat de sa gestion au moyen d'un rapport présenté devant celle-ci en session ordinaire.

2. Quand la notoriété ou l'urgence des faits l'exigent, il peut présenter un rapport spécial.

3. Les rapports annuels et, le cas échéant, les rapports spéciaux, seront publiés.

Article 27

1. Dans son rapport annuel l'Ombudsman communique le nombre et le genre des plaintes reçues; celles qui ont été rejetées et les motifs de leur rejet, ainsi que celles qui ont fait l'objet d'une enquête et le résultat de celle-ci; il fait mention des suggestions ou recommandations admises par l'Administration.

2. Sans préjudice des dispositions de l'article 20.1, aucune donnée personnelle permettant d'identifier les personnes impliquées dans la procédure d'enquête n'apparaîtra dans le rapport.

3. Le rapport comprend également une annexe destinée au Parlement dans laquelle apparaîtra la liquidation du budget de l'institution pour la période en question.

4. L'Ombudsman présentera oralement son Rapport à l'Assemblée nationale. Les groupes parlementaires peuvent prendre position sur celui-ci.

12. Règlement intérieur

Article 28

Les règles internes du fonctionnement de l'institution seront fixées en respectant les dispositions de la présente loi, par les Ombudsmen eux-mêmes, dans un règlement qui sera communiqué au Parlement pour information et pour publication au Journal Officiel.

13. Moyens en personnel et en matériel

Article 29

L'Ombudsman peut désigner librement les conseillers nécessaires à l'exercice de ses fonctions, conformément au Règlement et dans le cadre des limites budgétaires.

Article 30

1. Les conseillers sont automatiquement démis au moment de la prise de fonction d'un nouvel Ombudsman désigné par le Parlement; ils pourront être nommés à nouveau.
2. Si les conseillers sont des fonctionnaires, ils bénéficient de la garantie de réintégration dans leur corps d'origine au moment de leur démission.

Article 31

Sur proposition de l'Ombudsman, la dotation économique nécessaire au fonctionnement de l'institution est inscrite au budget du Parlement.

CHAPITRE II

DISPOSITIONS TRANSITOIRES

Article 32

A l'entrée en vigueur de la loi, l'Ombudsperson de la Bosnie et Herzégovine nommera, après avoir consulté le Président de la République, le Président du parlement et le Premier ministre, trois personnes qui exerceront provisoirement les fonctions d'Ombudsman, pour une durée de douze mois, et qui resteront en fonction conformément à l'Article 3.3.

Article 33

Cinq ans après l'entrée en vigueur de la présente loi, l'Ombudsman peut proposer au Parlement, dans un rapport motivé, les modifications qu'il considère comme devant être apportées à celle-ci.

CHAPITRE III

DISPOSITION FINALE

La présente loi ne s'applique pas aux faits antérieurs au 15 décembre 1995.

NOTE INTRODUCTIVE PREPAREE PAR LE SECRETARIAT DE LA COMMISSION DE VENISE

1. Introduction

Dans son Rapport sur la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine en ce qui concerne plus particulièrement les mécanismes de protection des droits de l'homme, la Commission européenne pour la Démocratie par le droit (Commission de Venise) a, entre autres, recommandé l'institution d'une structure de Médiateur (Ombudsman) dans la Republika Srpska.⁴⁴ A cette fin un groupe de travail a été créé comprenant des Rapporteurs de la Commission et des experts nommés par la Direction des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe.

Les rapporteurs de la Commission, M. Batliner, Scholsem et Mme Serra Lopes, ont rencontré, le 24 avril 1997, à Strasbourg, M. Gil Robles, ancien *Defensor del Pueblo* espagnol, et Bardiaux du Bureau du Médiateur français, experts de la Direction des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe. Lors des discussions, le groupe de travail a pu faire les observations suivantes:

- il existe un consensus général au sein de la communauté internationale (Haut Représentant, Conseil de l'Europe, OSCE, ONU) pour instaurer rapidement une institution de type Ombudsman en Republika Srpska;
- la réflexion relative à cette opération doit être menée en tenant compte des systèmes judiciaires de protection des droits de l'homme en Bosnie et Herzégovine, dont les caractéristiques sont la complexité dans la Fédération de Bosnie et Herzégovine et la simplicité, voire le dénuement, dans la Republika Srpska; il est nécessaire d'envisager, dès à présent, quelles pourraient être, à long terme, les relations de la structure d'un Ombudsman de la Republika Srpska avec les structures existantes de l'Ombudsman de Bosnie et Herzégovine et des Ombudsmen de la Fédération, ainsi que les relations entre ces structures et l'appareil judiciaire.

⁴⁴ Voir *Rapport annuel d'activités pour 1996*, pp. 44-60 (p.52): "Par ailleurs, la création d'une institution de Médiateur devrait être envisagée. L'établissement d'une telle institution, équivalente à celle des Ombudsmen de la FBH, constituera non seulement une amélioration du système de protection des droits de l'homme dans la RS mais aussi une contribution vers l'institution d'un système équilibré et cohérent de protection judiciaire des droits de l'homme dans l'ensemble de la BH. Les Médiateurs de la RS pourront porter des affaires devant la Chambre des Droits de l'Homme, par l'entremise du Bureau Médiateur de BH, comme prévu à l'article 37 b) du Règlement intérieur du Bureau (cet article prévoit déjà que le Médiateur de BH peut porter devant la Chambre les affaires qui lui sont communiquées à cette fin par les Ombudsmen de FBH "ou par toute institution équivalente de la Republika Srpska"). Bien entendu, afin de garantir l'impartialité requise de l'institution, dans une période d'après-conflit, on devra sérieusement considérer que les Médiateurs de la RS soient au nombre de trois, appartenant à chaque groupe ethnique, et que la communauté internationale soit impliquée dans leur nomination et leur fonctionnement (par exemple, l'OSCE pourrait nommer les trois Médiateurs et prendre en charge le fonctionnement de leur bureau)."

A la suite de cette réunion, le Secrétariat de la Commission a pris contact avec les autorités de la Republika Srpska et M. Gil Robles, accompagné de M. Giakoumopoulos, Secrétaire adjoint de la Commission de Venise, et de M. Titium, de la Direction des Droits de l'Homme, ont rencontré, le 3 juin 1997, à Banja Luka, Mme Plavsi, Présidente de la Republika Srpska et M. Mijanovic, Président de la Cour constitutionnelle. Les interlocuteurs du Groupe de travail ont indiqué que la Republika Srpska est en voie d'instituer une structure d'Ombudsman et il a été convenu que des représentants de la Republika Srpska participent aux travaux du groupe de travail de la Commission.

Lors de la 31e réunion plénière de la Commission (Venise, 20-21 juin 1997) les représentants de la Republika Srpska ont exposé les grandes lignes du projet en cause:

L'Ombudsman serait nommé par l'Assemblée nationale à la majorité qualifiée. Il examinerait les affaires qui lui seront présentées par des individus selon une procédure non-judiciaire. Il contrôlerait aussi bien le fonctionnement de l'administration que des plaintes pour violation des droits de l'homme. L'Ombudsman devrait pouvoir déclencher certaines procédures (p.ex. devant la Cour constitutionnelle), notamment en cas de violation des droits de l'homme. Cependant, il ne doit pas apparaître comme un organe de substitution pour l'appareil judiciaire. Ses compétences devront être restreintes en cas de *res judicata*. En plus de son rôle de défenseur des droits individuels, l'Ombudsman pourrait avoir des compétences en matière de morale publique et de corruption. Les recommandations que l'Ombudsman adressera aux autorités seront accessibles au public. La personne qui exercera la fonction de l'Ombudsman devra avoir des hautes qualifications de moralité. Son mandat devra être plutôt long. L'exercice d'autres fonctions sera incompatible avec le statut d'Ombudsman. L'Ombudsman de la Republika Srpska tiendra dûment compte de l'activité de l'Ombudsperson pour les Droits de l'Homme de la Bosnie et Herzégovine et des Ombudsmen de la Fédération de Bosnie et Herzégovine.

Une deuxième réunion de Groupe de travail avec des représentants de la Republika Srpska a initialement été programmée pour le 24 juin 1997. Toutefois, cette réunion n'a pas pu avoir lieu à cause de la crise constitutionnelle dans la Republika Srpska.

Le groupe de travail s'est ensuite réuni à Venise, en date du 16 octobre 1997 et a décidé de poursuivre son action sur la base des grandes lignes du projet des autorités serbes de Bosnie sur la création de l'institution de l'Ombudsman, telles qu'elles lui ont été communiquées par M. Mijanovic, Président de la Cour constitutionnelle de la Republika Srpska.⁴⁵ Le Groupe de travail a notamment examiné le domaine des compétences de l'Ombudsman; la nature de l'Ombudsman et la procédure devant cette institution; la question de la nomination et de la composition du Bureau de l'Ombudsman.

Le Groupe de travail s'est encore réuni le 11 décembre 1997, à Venise. Une partie de cette réunion a été consacrée à l'audition des Ombudsmen de la Fédération de Bosnie et Herzégovine, qui ont exposé leurs méthodes de travail. Le 4 février 1998, le Groupe de travail s'est réuni à

⁴⁵ CDL (97) 25 "The Introduction of the Office of Ombudsman in Republika Srpska" par G. Mijanovic.

Paris. Il a examiné et mis au point un avant projet de loi instituant l'Ombudsman de la Republika Srpska (CDL (98) 12) sur la base d'un document de travail préparé par M. Gil Robles (CDL (97) 56) et les commentaires des membres du Groupe de travail et de M. R. Lavin (CDL (97) 64).

L'avant-projet de loi sur l'Ombudsman de la Republika Srpska a été soumis à la Commission de Venise, lors de sa 34e réunion plénière (Venise, 6-7 mars 1998). Celle -ci a approuvé l'avant-projet.

2. Considérations générales

- Domaine des compétences de l'Ombudsman de la Republika Srpska

En ce qui concerne le domaine des compétences de l'Ombudsman de la Republika Srpska, le Groupe de travail a estimé que ce dernier devra aussi bien contrôler le fonctionnement de l'administration qu'examiner des plaintes pour violations des droits de l'homme. Cette large compétence a été considérée nécessaire, compte tenu de l'absence de recours individuel à la Cour constitutionnelle.

En revanche, le Groupe de travail a estimé que l'Ombudsman ne devra pas, en plus de son rôle de défenseur des droits individuels, s'occuper "de la morale publique et de la corruption". Le Groupe de travail a estimé que la notion de morale publique était trop imprécise et risquait d'affaiblir le rôle de l'Ombudsman en le rendant trop politique. De même, selon le Groupe de travail, il appartenait en principe aux tribunaux d'examiner les accusations et affaires de corruption.

- Caractère de l'institution et procédure

En ce qui concerne le caractère de l'institution et la procédure qui se déroulera devant elle, le Groupe de travail a estimé que l'Ombudsman devra examiner les affaires qui lui seront présentées par des personnes physiques et morales selon une procédure non judiciaire.

Il doit aussi pouvoir agir d'office.

Relations avec la justice

L'Ombudsman ne doit pas s'ingérer dans l'exercice du pouvoir judiciaire et ne doit pas contester le bien-fondé des décisions des tribunaux. Son rôle ne doit pas être celui de contrôler le pouvoir judiciaire et imposer sa propre interprétation de la loi (voir Article 14 de l'avant-projet de loi). Toutefois, dans les litiges opposant des particuliers à des institutions étatiques, l'Ombudsman doit pouvoir faire des recommandations à l'institution partie au procès (et non à la juridiction) en vue d'obtenir un règlement amiable de l'affaire (voir Article 14 in fine de l'avant-projet).

Par ailleurs, l'Ombudsman devra pouvoir déclencher des procédures devant la Cour constitutionnelle, notamment en cas de violation de droits de l'homme (Article 2 de l'avant-

projet). Cependant, la saisine de la Cour constitutionnelle ne doit pas être son activité principale et il ne doit pas apparaître comme un organe de substitution pour l'appareil judiciaire.

L'Ombudsman de la Republika Srpska doit également pouvoir saisir la Chambre des droits de l'homme de la Bosnie et Herzégovine, instituée par l'Annexe VI aux Accords de Dayton, par le biais de l'Ombudsperson des Droits de l'Homme, prévu dans cette même Annexe VI (voir Article 2 de l'avant-projet). Ceci est déjà prévu par les Règles de procédure de l'Ombudsperson, et devrait également être prévu dans la loi relative à l'Ombudsman de la Republika Srpska. L'importance de cette possibilité a été soulignée par le Groupe de travail. La saisine de la Chambre des droits de l'homme par l'Ombudsman de la Republika Srpska non seulement contribue à atténuer le déséquilibre qui existe entre les deux entités en ce qui concerne les mécanismes de protection des droits de l'homme,⁴⁶ mais constitue aussi un dépassement de l'ordre juridique de la Republika Srpska, l'institution de l'Ombudsman agissant au-delà des limites de la juridiction de l'entité, devant les instances de l'Etat de Bosnie et Herzégovine. Bien entendu, avant de s'adresser à la Chambre des droits de l'homme, l'Ombudsman de la Republika Srpska devra examiner la question de l'épuisement des voies de recours internes.

Enfin, l'Ombudsman doit pouvoir intervenir dans l'exécution des décisions judiciaires (voir Article 24 par. 3) et de contrôler le fonctionnement de l'administration de la justice (par exemple, prolongation injustifiée du procès, retards déraisonnables, perte de dossiers etc).

Relations avec le législateur

L'Ombudsman n'a pas de fonctions législatives ni même le pouvoir d'initiative législative. Il doit néanmoins avoir la possibilité de proposer, dans son rapport à l'Assemblée Nationale, que certaines dispositions soient amendées, lorsqu'il apparaît que l'application de la loi aboutit à une iniquité.

Recommandations et Rapport de l'Ombudsman

Les recommandations que l'Ombudsman adressera aux autorités doivent en principe être accessibles au public. Tout acte ne doit pas cependant être connu du public. Les actes et décisions pris par l'Ombudsman dans le cadre de son enquête, ainsi que ceux qui concernent les questions secrètes liées par exemple à la défense du pays doivent pouvoir rester à l'abri de la publicité. De même, il doit être possible à l'Ombudsman de ne pas divulguer l'identité des personnes qui s'adressent à lui, lorsque celles-ci le demandent.

Le Groupe de travail n'a pas estimé nécessaire que l'Ombudsman de la Republika Srpska fasse un rapport à une institution internationale, comme c'est le cas des Ombudsmen de la Fédération. L'Ombudsman de la Republika Srpska doit présenter son rapport annuel au Gouvernement et au

⁴⁶ voir sur ce point le rapport de la Commission de Venise sur la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine, en ce qui concerne en particulier les mécanismes de protection des droits de l'homme, note 1 ci dessus.

Parlement. Il peut, bien entendu, adresser également une copie au Haut Représentant de la Bosnie et Herzégovine, s'il le souhaite.

- **Nomination et mandat**

En ce qui concerne la nomination de l'Ombudsman, le Groupe de travail a relevé d'abord que le projet serbe ne prévoyait pas l'irrévocabilité de l'Ombudsman. Or, il est généralement admis que l'Ombudsman ne peut être révoqué qu'en cas de démission. Le projet de loi devra encore régler les questions de l'immunité de l'Ombudsman, ainsi que celles de l'éventuelle levée de cette immunité. Ces questions sont d'importants facteurs de l'indépendance de l'institution. Le Groupe a marqué son accord avec la proposition, incluse au projet, selon laquelle la personne qui exercera la fonction de l'Ombudsman devra avoir des hautes qualifications de moralité.

Le mandat de l'Ombudsman devra être plutôt long. Le Groupe de travail a estimé qu'un mandat de cinq ans, renouvelable une seule fois, était suffisant pour garantir l'indépendance de l'institution.

L'exercice d'autres fonctions, publiques ou privées, doit être incompatible avec l'exercice des fonctions de l'Ombudsman. En particulier, l'Ombudsman ne doit pas avoir de mandat politique et ne doit pas être membre d'un parti politique.

Le Groupe a estimé que l'institution d'Ombudsman devrait présenter deux caractéristiques principales:

En premier lieu, l'Ombudsman devra apparaître comme une institution de confiance au service de la population. Compte tenu des traumatismes encore récents de la guerre ayant opposé les groupes ethniques en Bosnie et Herzégovine, l'Ombudsman devra non seulement fonctionner de manière impartiale et se placer subjectivement au-dessus de toute considération ethnique, politique, religieuse ou autre, mais devra également avoir l'apparence objective d'une institution suffisamment indépendante et représentative à la fois; le citoyen devra pouvoir reconnaître dans l'institution de l'Ombudsman un allié dans ses démarches face à l'administration.

Parallèlement, si l'Ombudsman est l'institution de confiance de tous les citoyens, elle doit être aussi un interlocuteur privilégié des autorités. Sa légitimité démocratique devra être particulièrement forte, notamment dans le cas de la Republika Srpska qui vient de sortir d'une grave crise constitutionnelle.

Le Groupe a donc examiné dans quelle mesure il était indiqué de prévoir une structure comparable à celles des Ombudsmen de la Fédération (trois Ombudsmen, un de chaque groupe national, bosniaque, croate et serbe). Après avoir rappelé que dans certains Etats européens plusieurs Ombudsmen agissaient en même temps (par exemple, trois Ombudsmen en Autriche, deux en Belgique), le Groupe a estimé que la structure de trois Ombudsmen, un originaire de chaque groupe national, pourrait être la plus appropriée.

Quant à la procédure de nomination des Ombudsmen, le Groupe de travail est parvenu à la conclusion suivante:

Les trois Ombudsmen de la Republika Srpska devront être élus par l'Assemblée nationale. Le Président de la République, le Premier Ministre et le Président de l'Assemblée nationale feront une proposition jointe de trois candidats à l'Assemblée nationale. Celle-ci pourra adopter la proposition à la majorité de trois quarts (majorité qui, à la fois oblige à la négociation et offre à l'Ombudsman une large légitimité démocratique). Le Parlement doit élire les trois candidats dans un délai de trois mois, fixé par la loi sur l'Ombudsman. L'implication de la communauté internationale dans la nomination devra être envisagée, mais exclusivement à titre provisoire et pour une période très brève.

3. Observations sur certaines dispositions de l'avant-projet de loi

Articles 1er et 2:

Le terme "Administration publique" dans l'article 1er doit être entendu dans un sens large, non limité à l'exécutif proprement dit. L'article 2 précise que la compétence de l'Ombudsman couvre aussi deux domaines souvent sensibles: l'administration judiciaire (c'est-à-dire toute l'activité non décisionnelle de la justice, y compris celle des greffes, des notaires, des huissiers de justice, ainsi que les lenteurs, la gestion administrative des dossiers etc) et l'administration militaire. Quant à ce dernier point, l'avant-projet souhaite souligner que le militaire est aussi un citoyen qui peut demander sa protection face à ses supérieurs et à l'administration.

La possibilité pour l'Ombudsman de saisir la Chambre des Droits de l'Homme de Bosnie et Herzégovine par le biais de l'Ombudsperson de la Bosnie et Herzégovine vaut, bien entendu, aussi longtemps que ces institutions existent. La possibilité de saisir la Cour constitutionnelle de la Bosnie et Herzégovine devrait être ultérieurement envisagée, si les compétences actuellement confiées à la Chambre des droits de l'homme sont transférées à la Cour constitutionnelle.

Article 3:

L'avant-projet ne précise pas comment seront réparties les compétences entre les trois personnes titulaires de la fonction d'Ombudsman. Cette question devra être réglée par le Règlement intérieur de l'institution (Article 28).

Article 5:

Le terme "citoyen" doit être entendu comme comprenant les personnes qui sont ressortissantes de la Bosnie et Herzégovine conformément à la loi du 16 décembre 1997 (publiée dans le Journal Officiel 4/98) et qui possèdent la citoyenneté de la Republika Srpska.

Article 7:

L'expression selon laquelle l'Ombudsman n'est pas assujetti à un mandat impératif (Article 7 par. 1) doit être entendue comme comprenant également l'absence d'obligation de l'Ombudsman de se conformer à des ordres reçus d'un juge.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'immunité prévue au par. 2 de l'article 7, on doit entendre que les actes accomplis par le personnel de l'Ombudsman au nom de celui-ci et dans l'exercice des fonctions de l'institution sont aussi couverts par l'immunité.

Article 11:

Le délai de six mois prévu à l'article 11 sert à harmoniser les conditions de saisine de l'Ombudsman de la RS avec celles de la saisine de la Commission des droits de l'homme de l'Annexe VI aux accords de Dayton. Le délai ne s'applique pas aux affaires dont l'Ombudsman se saisit d'office et ne devra pas empêcher l'Ombudsman de se saisir des affaires qui sont portées à sa connaissance même en dehors dudit délai, s'il l'estime nécessaire.

Articles 15, 16 et 24:

Le Règlement intérieur peut prévoir les délais que l'Ombudsman impartit en principe aux autorités pour lui soumettre les informations et rapports qu'il sollicite. Le Règlement doit cependant laisser à l'Ombudsman la possibilité d'adapter ces délais si les circonstances l'exigent.

Article 25, 26 et 27

Il est entendu que les Rapports de l'Ombudsman à l'Assemblée nationale sont signés par les trois Ombudsmen. Il serait souhaitable que le Règlement intérieur prévoie que les recommandations de l'Ombudsman soient aussi signés par les trois Ombudsmen en fonction.

Article 31:

Cette disposition implique que l'exécutif n'intervient pas dans la présentation du projet du budget de l'Ombudsman au Parlement, mais elle n'empêche pas que les engagements de dépenses de l'institution soient soumises au contrôleur financier.

Disposition finale

La date limite du 15 décembre 1995 (date de la signature des Accords de paix) vise à empêcher que l'institution soit emmenée à examiner les faits survenus pendant la guerre. Elle n'empêche pas l'institution d'examiner des affaires qui concernent des situations qui ont leur origines avant cette date mais qui persistent après celle-ci (situations continues).

X. RAPPORT INTERIMAIRE SUR LA REPARTITION DES COMPETENCES ET LES RELATIONS STRUCTURELLES ET FONCTIONNELLES DES INSTITUTIONS DE MEDIATURE EN BOSNIE ET HERZEGOVINE

Préparé par le Groupe de travail sur les institutions de médiation en Bosnie et Herzégovine composé de MM. J.-C. SCHOLSEM (Belgique), Ph. BARDIAUX (France) Mme M. SERRA LOPES (Portugal) M. A. GIL ROBLES GIL DELGADO (Espagne) et approuvé par la Commission à sa 35e réunion plénière (Venise, 12-13 juin 1998)

1. Introduction

Dans le cadre de ses travaux relatifs à la mise en place d'une institution de médiation dans la Republika Srpska (Bosnie et Herzégovine) et la rédaction d'une loi organique pour l'institution d'Ombudsman de la Fédération de Bosnie et Herzégovine, la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) a été saisie par Mme Gret Haller, Ombudsperson pour les droits de l'homme de la Bosnie et Herzégovine, d'une demande d'avis sur la répartition de compétences entre les institutions de médiation en Bosnie et Herzégovine. Le Groupe de travail mis en place par la Commission de Venise et la Direction des droits de l'homme pour étudier les institutions de médiation dans ce pays a été chargé d'étudier la question. Le groupe de travail, composé de M. J.C. Scholsem, Vice-Président de la Commission de Venise, Mme Serra Lopes, membre de la Commission, M. Gil Robles Gil Delgado, ancien *Defensor del Pueblo* espagnol et M. Bardiaux, chargé des relations internationales du Bureau du Médiateur français, a tenu deux réunions à Strasbourg, le 19-20 mai 1998, et à Paris, le 27 mai 1998. Au cours de ces réunions, il a entendu successivement Mme Gret Haller, Ombudsperson pour les droits de l'homme de la Bosnie et Herzégovine, Mme V. Jovanovic, Mme B. Raguz et M. E. Muhibic, Ombudsmen de la Fédération de Bosnie et Herzégovine et Mme M. Picard, Présidente de la Chambre des droits de l'homme de Bosnie et Herzégovine.

Le groupe de travail rappelle d'emblée que les institutions de médiation en Bosnie et Herzégovine sont en pleine évolution. D'une part, l'institution de l'Ombudsperson des droits de l'homme est parvenue à mi-chemin de son premier mandat quinquennal et la manière dont ses fonctions seront poursuivies n'est pas encore définie ; l'institution d'Ombudsman de la Republika Srpska est encore au stade d'un projet ; enfin, une loi organique sur le fonctionnement des Ombudsmen de la FBH est en train d'être élaborée. Dans ces conditions, il est impossible de présenter un rapport final sur la répartition des compétences et les relations structurelles et fonctionnelles d'institutions en mutation. Le présent rapport intérimaire contient donc les conclusions provisoires du groupe de travail. Il pourrait être révisé compte tenu de l'évolution prochaine des institutions concernées.

2. Description des institutions et de leurs fonctions

- L'Ombudsperson pour les droits de l'homme

L'Ombudsperson de Bosnie et Herzégovine (institué conformément à l'Annexe 6, Partie B, des Accords de Dayton) est une institution indépendante constituant l'une des deux branches de la Commission des droits de l'homme (prévue à l'Article II, par. 1 de la Constitution BH et à l'Annexe 6 des Accords de Dayton, Chapitre II, Partie A), l'autre étant la Chambre des droits de l'homme. Les deux institutions sont conjointement chargées d'instruire les infractions manifestes ou alléguées aux droits de l'homme prévues dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses protocoles et les discriminations survenues dans l'exercice des droits fondamentaux reconnus dans certains autres instruments relatifs aux droits de l'homme.

L'Ombudsperson est habilité à examiner les violations alléguées ou manifestes des droits de l'homme. Après avoir reçu une plainte, il peut la communiquer à la partie visée et lui demander ses observations. Après avoir reçu la réponse du plaignant à ces observations, il peut inviter les parties à trouver un règlement amiable. Si aucun règlement n'est possible, l'Ombudsperson rédige un rapport indiquant s'il y a eu ou non violation des droits de l'homme et, dans l'affirmative, peut formuler des recommandations pour une satisfaction équitable. La partie visée doit indiquer de quelle manière elle se conformera aux conclusions de l'Ombudsperson. Si elle ne répond pas ou si elle refuse de se conformer à ses conclusions, l'Ombudsperson publie le rapport et le transmet au haut Représentant et à la Présidence. Il peut également saisir la Chambre des droits de l'homme. Pour son enquête, l'Ombudsperson doit avoir accès à tous les documents officiels, y compris confidentiels. Il peut ouvrir une enquête de sa propre initiative (Annexe 6, Article V, par.2). Selon l'Article V par. 5 de l'Annexe 6, l'Ombudsperson peut à tout moment, au cours de l'examen d'une affaire, décider de porter l'affaire devant la Chambre. Selon l'article 37 b), adopté en septembre 1996, il peut également saisir la Chambre de "toute affaire qui lui est communiquée à cette fin par les Ombudsmen de la Fédération de Bosnie et Herzégovine ou par une autre institution équivalente de la Republika Srpska".

La Chambre des droits de l'homme (instituée par l'Annexe 6, Partie C, Articles VII à XIII) est une juridiction composée de quatorze membres. La Chambre est saisie par l'Ombudsperson pour le compte d'un plaignant, ou directement par le plaignant, de requêtes concernant des violations des droits de l'homme. Elle statue sur la recevabilité des demandes et sur l'ordre de priorité à leur accorder, en déterminant si des recours adéquats existent et si le plaignant a démontré qu'ils avaient été épuisés. Les jugements de la Chambre sont définitives et obligatoires.

L'organisation de la Commission présente des similitudes avec celle du mécanisme de la Convention européenne des droits de l'homme, l'Ombudsperson équivalant à la Commission européenne des droits de l'homme, et la Chambre des droits de l'homme équivalant à la Cour européenne des droits de l'homme. Si le par.1 de l'Article VIII autorise l'introduction d'une requête directement auprès de la Chambre des droits de l'homme, en principe toutes les requêtes adressées à la Commission des droits de l'homme sont d'abord présentées à l'Ombudsperson

(Article V, par.1), qui peut saisir la Chambre lorsqu'il juge qu'il y a violation des droits de l'homme.

- Les Ombudsmen de la Fédération de Bosnie et Herzégovine

Trois Ombudsmen - un Bosniaque, un Croate et un "autre" ("other"), actuellement un Serbe - sont nommés pour une durée analogue à celle du mandat du Président et des juges de la Cour suprême. Chacun nomme, avec l'accord du Président, un ou plusieurs adjoints. Ils doivent en particulier s'efforcer de nommer des adjoints dans les municipalités dont les populations ne reflètent pas la composition de l'ensemble du canton. Les Ombudsmen constituent une institution indépendante. Ils examinent les activités de toute institution de la Fédération, des cantons ou des municipalités, de même que les plaintes des personnes dont la dignité, les droits ou les libertés peuvent être bafoués, notamment par un nettoyage ethnique ou la préservation de ses effets. Pour accomplir leur tâche, les Ombudsmen doivent avoir accès à tous les documents officiels, y compris ceux qui sont confidentiels. Ils sont habilités à instituer des poursuites devant des tribunaux compétents et à intervenir pour régler les affaires

en instance. Les Ombudsmen présentent leur rapport annuel au Premier Ministre et au Vice-Premier Ministre de la Fédération, à chaque Président cantonal et à l'OSCE ; ils peuvent, à tout moment, présenter des rapports spéciaux et contraindre les institutions locales à répondre.

- L'Ombudsman de la Republika Srpska

L'Ombudsman de la Republika Srpska n'a pas encore été institué. Un avant-projet de loi, élaboré par la Commission de Venise et la Direction des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, avec le concours de l'OSCE et du Bureau du Haut Représentant, a été transmis aux autorités de la Republika Srpska pour considération (CDL (98) 12f). Pour les besoins du présent document, le projet en question sera pris en considération. Celui-ci prévoit que l'institution sera composée de trois Ombudsmen appartenant aux peuples constituants de la Bosnie et Herzégovine. L'Ombudsman de la Republika Srpska a des compétences aussi bien dans le domaine des droits de l'homme que dans le domaine du fonctionnement de l'administration. Sans avoir des relations structurelles avec l'Ombudsperson de la Bosnie et Herzégovine, il doit pouvoir (selon l'avant projet), par le biais de l'Ombudsperson, saisir la Chambre des droits de l'homme.

La création d'une telle institution a été proposée par la Commission de Venise dans son Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie et Herzégovine en ce qui concerne en particulier les mécanismes de protection des droits de l'homme (CDL-INF (96) 9). Selon la Commission, l'établissement d'une telle institution, équivalente à celle des Ombudsmen de la FBH, contribuera à l'instauration d'un système équilibré et cohérent de la protection des droits de l'homme dans l'ensemble de la BH.

3. Le fonctionnement parallèle des institutions de médiation en Bosnie et Herzégovine

En ce qui concerne leurs fonctions, les trois institutions susmentionnées présentent autant de caractéristiques communes que des différences.

Toutes les trois institutions peuvent être saisies aussi bien par des requêtes individuelles que d'office.

Les Ombudsmen de la Fédération et l'Ombudsperson de la Bosnie et Herzégovine ont une compétence ciblée aux droits de l'homme, alors que l'Ombudsman de la Republika Srpska a aussi la compétence, plus classique, de veiller au bon fonctionnement de l'administration.

Les Ombudsmen des entités ont comme interlocuteurs toutes les administrations des entités respectives, alors que l'Ombudsperson de la Bosnie et Herzégovine n'a comme interlocuteurs que les entités et l'Etat, en tant que tels.

La compétence des Ombudsmen des entités ne concerne que les affaires dans lesquelles les administrations des entités sont mises en cause, alors que celle de l'Ombudsperson comprend aussi les affaires relatives aux autorités de l'Etat de Bosnie et Herzégovine.

La compétence *ratione temporis* des Ombudsmen de Fédération semble illimitée, alors que celle de l'Ombudsperson (et, selon la proposition de loi de la Commission de Venise, celle de l'Ombudsman RS) concerne seulement les faits postérieurs aux accords de Dayton.

Cependant, ce qui distingue principalement les Ombudsmen des entités par rapport à l'Ombudsperson de la Bosnie et Herzégovine est la relation particulière de ce dernier avec la Chambre des droits de l'homme, dans le cadre de la Commission des droits de l'homme.

En effet, l'activité principale des Ombudsmen des entités consiste à la recherche de solutions acceptables par les parties dans certains cas de violations de droits de l'homme ou de "*mal-administration*". S'ils ont la possibilité d'intervenir devant les juridictions ordinaires (Ombudsmen de la FBH) ou de saisir la Cour Constitutionnelle (Ombudsman RS) et de référer des affaires à la Chambre des droits de l'homme, leur principale activité consiste à la recherche de règlements acceptables par les parties dans un esprit de respect des droits individuels. Le recours à la justice est une action exceptionnelle et la publication de rapports, notamment de rapports spéciaux, est un moyen de signaler leur désaccord avec la façon dont les autorités réagissent à leurs démarches. Bref, leur activité est principalement une activité non judiciaire.

Au contraire, l'Ombudsperson de la Bosnie et Herzégovine est une institution hybride. Institué dans un délai très bref après la conclusion des accords de paix, le Bureau de l'Ombudsperson fut pour longtemps la seule institution chargée de la tâche d'introduire dans l'ordre juridique de la Bosnie et Herzégovine la Convention européenne des droits de l'homme et sa pratique. Quelle que fût la volonté des rédacteurs de l'Annexe 6, cette tâche, menée avec succès, a eu comme résultat que l'institution a acquis un caractère quasi-juridictionnel. Ainsi, l'Ombudsperson statue sur la recevabilité des requêtes qui lui sont présentées; recherche une solution amiable; mène une enquête et communique ses conclusions à la partie mise en cause; défère les affaires à la Chambre, s'il n'est pas satisfait de la réaction de la partie mise en cause. Parallèlement, véritable plaque tournante du mécanisme de l'Annexe 6, l'Ombudsperson a une activité non-juridictionnelle dans le cadre des affaires dont il se saisit d'office et qui font l'objet de rapports spéciaux.

Cette différence de nature est susceptible d'accentuer la confusion quant aux compétences *ratione personae, materiae, temporis et loci* et quant aux moyens d'intervention que les diverses institutions privilégient (rapports; saisine des juridictions compétentes; négociations auprès des autorités politiques etc). Elle a du reste des conséquences pour la structure de la fonction de médiation en Bosnie et Herzégovine qui devient particulièrement complexe. La Commission de Venise a déjà constaté que, dans son ensemble, le mécanisme de protection des droits de l'homme prévu dans l'ordre juridique de Bosnie et Herzégovine présente un degré de complexité inhabituel. La coexistence d'instances juridictionnelles chargées de tâches spécifiques de protection des droits de l'homme, de juridictions dont on peut s'attendre à ce qu'ils statuent sur des allégations de violations des droits de l'homme dans le cadre des affaires portées devant elles et d'institutions non juridictionnelles de protection de droits individuels crée inévitablement un chevauchement de compétences qui, tout comme les disparités importantes dans les systèmes de protection des droits de l'homme des deux entités, peut être préjudiciable à l'efficacité de la protection. Garantir un système équilibré et cohérent pour la protection des droits de l'homme dans l'ensemble de BH nécessite un certain parallélisme dans l'ordre juridique des deux entités et une définition des compétences respectives des institutions qui opèrent dans l'ordre juridique des entités et de l'Etat.

4. Propositions quant à la répartition des compétences et les relations des institutions de médiation

4.1. L'expérience -brève mais concluante- du fonctionnement des institutions de médiation en Bosnie et Herzégovine montre clairement l'utilité considérable de ces institutions dans la société de ce pays traumatisé par la guerre. Par leur flexibilité et la souplesse de leurs procédures, ainsi que par leur composition multi-ethnique ou internationale, les structures d'Ombudsman sont à même d'intervenir rapidement et efficacement dans les situations urgentes créées par des violations des droits de l'homme.

4.2. Pour les structures de médiation des entités, un rapprochement est nécessaire pour obtenir un parallélisme dans leur composition, leurs compétences, et leurs moyens d'action. Comme les lois relatives à ces institutions sont en voie d'élaboration, il importe de veiller à ce que les disparités dans leur fonctionnement soient évitées.

4.3. En revanche, dans un avenir assez proche, et si possible à la fin du premier mandat de l'Ombudsperson, une restructuration de son fonctionnement (et, par conséquent de celui de la Chambre des droits de l'homme) doit être entreprise. Il semble en effet nécessaire de confier la fonction quasi-juridictionnelle de tri qu'a actuellement le Bureau de l'Ombudsperson à l'organe juridictionnel chargé de la protection des droits de l'homme. Une telle évolution correspondrait d'ailleurs à celle du système de la Convention européenne des droits de l'homme, où la Commission et la Cour originelles ont été remplacées par une seule juridiction des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme prévue par le Protocole No 11 à cette Convention. L'Ombudsperson pourrait alors orienter ses activités vers des fonctions plus classiques de médiation, sans les contraintes procédurales (délais pour l'introduction des requêtes, épuisement des voies de recours) peu habituelles dans les institutions d'Ombudsman.

Ceci ne devra pas l'empêcher de porter des affaires devant la juridiction compétente (la Chambre des droits de l'homme ou même la Cour constitutionnelle BH).

Une telle re-orientation de l'activité de l'Ombudsperson n'est pas sans certaines difficultés dans la pratique.

La Chambre devra se voir attribuer les fonctions et les pouvoirs d'enquête et d'instruction dont dispose actuellement l'Ombudsperson, en particulier, développer ses capacités d'investigation et de préparation des affaires qui lui sont présentées. Ceci implique un renforcement de la Chambre du point de vue de ses compétences (investigations, saisine par les Ombudsmen des entités et locus standi de ces derniers) et de ses moyens (large secrétariat avec bonne connaissance de la CEDH, juges Rapporteurs pour les enquêtes). Néanmoins un tel développement paraît non seulement souhaitable pour la cohérence du système de médiation mais de toute façon nécessaire pour le bon fonctionnement de la Chambre elle-même; en effet, déjà aujourd'hui, une grande partie des affaires de la Chambre ne sont pas introduites par l'intermédiaire de l'Ombudsperson mais directement par les requérants.

4.4. La compétence de l'Ombudsperson devra aussi se limiter aux affaires qui concernent l'Etat de Bosnie et Herzégovine et les affaires "inter-entités". Il est à prévoir que par la mise en place progressive des institutions de l'Etat et par l'exercice effectif des pouvoirs que la Constitution de BH réserve à celles-ci, le citoyen sera de plus en plus concerné par les décisions des organes de l'Etat. De même, les nombreux domaines dans lesquels une coopération entre les entités ou entre les entités et l'Etat est exigée par les Accords de Dayton laissent présager que les affaires impliquant les autorités des deux entités se multiplieront. C'est dans ce domaine que l'Ombudsperson devra déployer ses activités, les questions concernant une seule entité devant être, à moyen terme, de la compétence exclusive des Ombudsmen des entités.

Cependant, pour une période transitoire, l'Ombudsperson devra avoir une compétence parallèle à celle des Ombudsmen des entités.

4.5. Dans ce contexte, il est évident que les trois institutions n'auront pas de relations hiérarchiques, mais fonctionneront de manière indépendante. En particulier, la possibilité de recours devant l'Ombudsperson contre les décisions des Ombudsmen des entités doit être exclue.

4.6. Toutefois, l'Ombudsperson doit se voir attribuer des compétences en matière de l'organisation de la coopération et de la concertation des institutions. Il sera en effet important d'instituer des réseaux de communication, d'information mutuelle et de concertation, voire de coopération dans certains cas, notamment lorsque une affaire est portée devant une institution qui n'est pas compétente, ou lorsque l'incompétence de l'institution apparaît au cours de l'instruction. Des réunions régulières des Ombudsmen des entités et de l'Ombudsperson doivent avoir lieu pour régler les modalités de coopération et, éventuellement, décider d'actions communes. L'initiative et la nature de ces réunions, ainsi que la procédure et la portée des décisions prises au cours de celles-ci pourront être réglées par un accord entre elles. Du reste, la flexibilité et l'absence de formalisme qui caractérise les institutions de médiation doivent permettre ce développement.

4.7. La réforme dont les grandes lignes ont été indiquées ci-dessus exige bien entendu l'amendement de certains textes fondamentaux de l'appareil institutionnel de l'Annexe 6. Il y a lieu de noter à cet égard qu'une telle révision du cadre du fonctionnement des institutions en question est prévue par l'Annexe 6 lui-même (Article XIV), à la fin d'une période de cinq ans après l'entrée en vigueur des Accords de Dayton. Comme la responsabilité pour la continuation de l'opération des institutions de l'Annexe 6 est, en principe, du ressort des institutions de la Bosnie et Herzégovine Le moyen le plus approprié pour la réforme serait, à première vue, une loi organique adoptée par l'Assemblée Parlementaire.

XI. LA COOPÉRATION JUDICIAIRE INTERENTITÉS EN BOSNIE ET HERZÉGOVINE

Avis fondé sur les contributions de M. Jean-Claude Scholsem (Belgique), M. Jan Helgesen (Norvège) et M. Helmut Steinberger (Allemagne), adopté par la Commission de Venise à sa 35^e réunion plénière (Venise, 12-13 juin 1998)

A. Introduction

1. Lors de son intervention, le 6 mars 1998, devant la Commission de Venise réunie à l'occasion de sa 34^e réunion plénière à Venise, M. Carlos Westendorp, Haut Représentant en Bosnie et Herzégovine, a prié la commission de rendre un avis sur la question de la coopération judiciaire interentités compte tenu de la structure fédérale complexe de la Bosnie et Herzégovine (BH).

2. Par lettre en date du 7 mai 1998, le Bureau du Haut Représentant a communiqué certaines informations utiles sur cette question, notamment le texte d'un projet d'accord sur les modalités de l'aide judiciaire entre les institutions de la Fédération de Bosnie et Herzégovine (FBH) et la Republika Srpska (RS), ainsi qu'un avis du ministère des Affaires civiles et de la Communication de la Bosnie et Herzégovine en date du 16 février sur la constitutionnalité de ce projet d'accord. Le Bureau du Haut Représentant prie la commission de rendre un avis, notamment sur les deux questions suivantes :

a. la coopération judiciaire interentités relève-t-elle de la compétence de la BH?

b. les entités sont-elles habilitées à passer un accord sur la coopération judiciaire interentités?

3. Il est rappelé que la Commission a déjà donné un avis sur la compétence de la Fédération de Bosnie et Herzégovine en matière pénale (document CDL-INF (98) 5).

B. La compétence de la Bosnie et Herzégovine en matière de coopération judiciaire interentités

4. L'avis précité sur la compétence de la Fédération de Bosnie et Herzégovine en matière pénale a déjà abordé la question de la compétence de l'Etat de Bosnie et Herzégovine dans le domaine du droit pénal et de la procédure pénale, principalement du point de vue du droit pénal positif. La Commission était arrivée aux conclusions suivantes :

5. *«La règle fondamentale d'interprétation des Constitutions de la BH (annexe IV aux accords de Dayton), de la FBH et de la RS est que les entités disposent de la compétence résiduelle. En effet, la Constitution de la BH n'attribue à l'Etat que des compétences déterminées, toutes les autres compétences revenant aux entités (article III.3.a de la Constitution de la BH). Dès lors, la compétence de principe des entités en matière de droit pénal et de procédure pénale ne peut faire l'objet d'aucun doute. Elle est simplement limitée par les compétences de l'Etat de BH en la matière, tel qu'il résulte de la Constitution de la BH.*

6. *Parmi les compétences attribuées à la BH, une seule concerne directement la matière pénale au sens large du terme : il s'agit de l'article III.1.g qui confie à la BH "la mise en œuvre de la loi pénale internationale et interentités, y compris les relations avec Interpol" "International and inter-Entity criminal law enforcement including relations with Interpol". Cette disposition confère indubitablement une certaine compétence à la BH dans le domaine du droit pénal et de la procédure pénale. Encore convient-il d'en préciser le plus exactement possible la portée.*

7. *Il semble résulter du texte même de l'article III.1.g de la Constitution de la BH que la compétence y attribuée est essentiellement une compétence de mise en œuvre ("enforcement") et de coordination. Il semble plus être question de problèmes de politique face à la criminalité internationale ou dépassant les limites des entités que de compétence en matière pénale ou de procédure pénale à proprement parler. Est révélateur en ce sens le fait que l'article III.1.g de la Constitution de la BH cite expressément les relations avec Interpol.»*

Ces constatations restent valables. Il convient néanmoins de les affiner à la lumière du sujet particulier du présent avis, à savoir la coopération judiciaire, que l'avis précédent n'avait pas réellement abordée.

8. L'emploi, à l'article III.1.g, du terme «*enforcement*» (mise en œuvre) met en évidence que, comme l'a relevé l'avis précédent, cette disposition n'entend en aucun cas conférer à la BH des compétences étendues en ce qui concerne l'adoption de règles de droit pénal positif. Pour ce qui est de la procédure pénale, cette intention est moins évidente puisque la procédure pénale a pour objet de mettre en œuvre les règles de droit pénal.

9. En anglais, l'expression «*law enforcement*» est généralement associée aux forces de l'ordre, de sorte qu'en l'occurrence, on pourrait comprendre que le terme «*enforcement*» vise essentiellement la coopération policière. La mention d'Interpol corrobore cette interprétation. Cependant, il semble impossible d'établir une ligne de démarcation claire entre la coopération policière et la coopération au niveau des tribunaux et du Ministère public. «*Law enforcement*» peut également s'appliquer aux tâches du Ministère public et des juridictions pénales. Dans un grand nombre de pays, la police agit en matière pénale conformément aux directives du procureur ou d'un juge d'instruction. En conséquence, il n'est pas possible d'établir une distinction précise ni d'exclure toute compétence de la BH en ce qui concerne la coopération entre le Ministère public et les tribunaux.

10. Par ailleurs, il ne semble pas possible non plus de conclure à une compétence exclusive de la BH pour tout ce qui concerne la coopération judiciaire en matière pénale. Le fait même que les juridictions pénales sont toutes des juridictions des entités suppose que celles-ci interviennent activement en la matière. L'Etat de BH, qui ne possède pas les instruments nécessaires pour mettre en œuvre le droit pénal, ne peut revendiquer un monopole sur la réglementation dans ce domaine. Il serait en outre surprenant que la coopération judiciaire en matière pénale soit une prérogative exclusive de la BH, alors qu'il ne fait aucun doute que la coopération judiciaire en matière civile relève de la compétence des entités.

11. Etant donné que la mise en œuvre appartient aux deux entités, la seule interprétation qu'il semble possible de donner de l'article III.1.g est qu'en matière de procédure pénale, il vise à conférer à la BH la faculté de coordonner, d'harmoniser et d'engager la coopération en ce qui concerne toutes les affaires mettant en jeu les deux entités ou des pays tiers. L'étendue exacte de cette compétence devra être appréciée au cas par cas.

C. Le pouvoir des entités de passer un accord en matière de coopération judiciaire inter-entités

12. Dans l'avis précité en date du 16 février 1998, le ministère des Affaires civiles et de la Communication estime que les deux entités n'ont pas le droit de passer des accords entre elles en matière de coopération judiciaire interentités. Ce point de vue, et notamment certains des arguments invoqués est en contradiction avec la théorie moderne du fédéralisme qui, de plus en plus, met l'accent sur la nécessité d'un fédéralisme coopératif.

13. Le simple fait que la Constitution de la BH ne prévoit pas expressément la possibilité de conclure de tels accords est sans importance dès lors que ceux-ci sont conformes aux principes fondamentaux de la séparation des pouvoirs.

14. De même, l'affirmation selon laquelle ces accords équivaldraient à des accords internationaux et confèreraient aux entités les attributs d'un Etat souverain est fautive. Dans un grand nombre d'Etats fédéraux (la Belgique, le Canada, l'Allemagne, les Etats-Unis), il est courant que les entités fédérées concluent entre elles (ou avec certaines d'entre elles ou l'Etat fédéral) des accords et des conventions, et personne ne songe à prétendre qu'ils leur confèrent le caractère d'un Etat souverain. En Belgique, la législation sur les réformes institutionnelles oblige même expressément les entités à conclure certains accords de coopération entre elles et avec l'Etat fédéral.

15. La situation particulière de la BH et de ses entités, où l'Etat central est doté de pouvoirs très limités, rend cette conception «coopérative» du fédéralisme particulièrement nécessaire, notamment dans le domaine judiciaire. De fait, même si l'on parvenait à une conclusion différente de celle énoncée plus haut au sujet des éventuelles prérogatives de la BH en matière de droit pénal, il n'en resterait pas moins que la coopération judiciaire en matière civile relève entièrement de la compétence des entités fédérées et qu'il suffit, pour la mettre en œuvre, qu'elles décident de passer des accords.

16. La Constitution de la BH ne fait donc pas obstacle à la conclusion de tels accords. Au contraire, plusieurs dispositions semblent préconiser (voire imposer) la conclusion d'accords entre les entités. Ce sont notamment les dispositions suivantes :

- a. l'article III.2.c oblige les entités à garantir à tous un environnement sûr dans leurs domaines de compétence respectifs, notamment en «prenant toutes mesures appropriées» (*«by taking such other measures as appropriate»*). La conclusion d'accords réciproques entre dans le cadre de ces «mesures» ;
- b. l'article III.2.d autorise les entités à passer, sous certaines conditions, des accords avec des Etats étrangers. Cette prérogative est assez rare en droit comparé (elle existe, par exemple, en Belgique). Il serait paradoxal que les entités soient autorisées à conclure des accords internationaux sans pouvoir passer d'accords réciproques, alors même que cette possibilité existe couramment dans la plupart des Etats fédéraux ;
- c. aux termes de l'article III.4, la présidence de la BH peut décider de faciliter la coordination interentités sur des questions qui ne relèvent pas de sa responsabilité (mais de celle des entités). Cette coordination pourrait revêtir la forme d'accords entre les entités fédérées sur l'exercice de leurs pouvoirs respectifs ;
- d. l'article III.5.a de la Constitution de la BH dispose que l'Etat de Bosnie et Herzégovine peut assumer la responsabilité de toutes autres mesures convenues par les entités. Cette disposition envisage ainsi la possibilité de transferts de compétences par suite d'un accord passé entre les entités fédérées. Il est difficilement concevable que la Constitution prévoie ce genre d'accord sans autoriser les entités fédérées à décider de la manière dont elles exercent leurs propres compétences, comme dans le cas d'un accord sur la coopération judiciaire.

17. En conséquence, il ne fait, semble-t-il, aucun doute que les entités peuvent conclure un accord de coopération judiciaire.

