

Strasbourg, le 12 mars 2001
<cdl\doc\2001\cdl\006_INF_f.doc>

CDL-INF (2001) 6

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

(COMMISSION DE VENISE)

A v i s
sur les implications de la Troisième Décision partielle
de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine
dans l’Affaire U 5/98 relative
à la question des « peuples constituants »

adopté par la Commission
lors de sa 46^e Session plénière
(Venise, 9-10 mars 2001)

I. Introduction

1. Par un courrier daté du 21 décembre 2000, le Président de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire a demandé à la Commission de Venise de formuler un avis sur la décision partielle de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine relative à la question des peuples constituants. Par un courrier daté du 27 décembre 2000, le ministre des Affaires étrangères de Bosnie-Herzégovine, M. Prlić, s'est déclaré totalement favorable à ce que la Commission de Venise formule un avis d'expert sur la mise en œuvre de la décision. La Commission de Venise considère que sa mission, à cet égard, ne consiste pas à donner une interprétation abstraite de la décision, qui ne pourrait pas, en toute hypothèse, être authentique, ni à examiner la décision d'un point de vue juridique, mais à proposer aux instances politiques qui ont sollicité son avis des indications sur les possibilités de mise en œuvre de ladite décision, afin d'assurer le fonctionnement des institutions de Bosnie-Herzégovine à tous les niveaux, dans le respect de la Constitution. La Commission considère que la mise en œuvre de la décision constituera un grand pas vers l'adhésion de la Bosnie-Herzégovine au Conseil de l'Europe.

2. En dehors des demandes formées par l'Assemblée parlementaire et le ministère des Affaires étrangères, le Haut Représentant, M. Petritsch, a créé une « Task Force » composée de représentants de l'OHR, de l'OSCE et de la Commission de Venise, chargée d'élaborer des propositions concrètes s'agissant des amendements constitutionnels nécessaires à la mise en œuvre de la décision. La Task Force s'est réunie les 19 et 20 janvier 2001 à Bruxelles avec la participation, au nom de la Commission de Venise, de M. Scholsem (Belgique) et de M. Markert du Secrétariat. La Task Force a préparé le texte des modifications constitutionnelles et législatives nécessaires à la mise en œuvre de la décision en donnant quelquefois des options. Le texte proposé par la Task Force figure dans le document CDL (2001) 23. La Commission ne formule donc aucune proposition concrète de texte, mais limite son avis à des considérations d'ordre général.

II. La décision

3. La décision remonte à une demande de l'ancien Président de la Bosnie-Herzégovine, M. Izetbegović, invitant la Cour à déclarer inconstitutionnels un grand nombre d'articles des Constitutions des deux Entités. La Cour a rendu quatre décisions partielles sur cette demande ; dans la troisième, elle déclare notamment inconstitutionnels :

- dans l'article 1^{er} de la Constitution de la Republika Srpska (ci-après « RS »), la description de la République comme « l'Etat du peuple serbe et de tous ses citoyens » ;
- dans l'article 1^{er} de la Constitution de la Fédération, l'affirmation selon laquelle « les Bosniaques et les Croates, en leur qualité de peuples constituants, conjointement avec d'Autres », ont transformé la structure interne des territoires de la Fédération.

La Cour a décidé qu'en vertu du Préambule de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine, les trois peuples constituants de la Bosnie-Herzégovine, à savoir les Bosniaques, les Serbes et les Croates, sont constituants et égaux dans tout le pays, et qu'il est impossible de diviser le pays en deux Entités en posant comme principe que deux de ces peuples sont constituants de la première Entité et que le troisième peuple est constituant de la seconde Entité.

4. Certains paragraphes des Motifs de la décision de la Cour semblent revêtir un intérêt particulier non seulement pour la compréhension de la décision mais également à titre de déclaration sur le fonctionnement possible de toute démocratie dans un contexte multi-national :

« 55. (...) De plus, il existe un principe généralement reconnu, qui peut être déduit de la liste des instruments internationaux de l'Annexe I de la Constitution de BH, qu'un gouvernement doit représenter tout le peuple provenant d'un territoire sans aucune distinction, interdisant ainsi – et en particulier par l'Article 15. de la Convention cadre pour la protection des minorités ethniques, incorporée dans la Constitution de BH par l'intermédiaire de l'Annexe I – toute barrière plus ou moins importante posée à la participation efficace à la prise de décisions. Considérant que la participation efficace des groupes ethniques est un élément important des structures institutionnelles démocratiques d'un Etat multiethnique, la prise de décisions aboutirait à la domination ethnique d'un ou de plusieurs groupes si, par exemple, on leur conférait un pouvoir absolu ou/et illimité de veto, permettant ainsi à une minorité importante, représentée dans les institutions gouvernementales, d'imposer pour toujours leur volonté à la majorité.

56. En conclusion, vu la doctrine constitutionnelle des Etats démocratiques qui implique qu'un gouvernement démocratique exige – en plus de la participation effective sans aucune forme de discrimination – le compromis. On doit donc conclure que, dans le cadre d'un Etat multiethnique, la représentation et la participation aux structures gouvernementales – non seulement en tant que droit des individus qui appartiennent à certains groupes, mais aussi en tant que droits collectifs des groupes – ne violent pas les concepts fondamentaux d'un Etat démocratique.

57. Vu les textes et l'esprit de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les sortes de discrimination raciale, la Charte européenne pour les langues régionales et minoritaires, la Convention cadre pour la protection des minorités nationales, on doit conclure, en outre, que la protection des cultures et des groupes ethniques, tant dans les Etats nationaux que multiethniques comme la Bosnie-Herzégovine, interdit tant leur assimilation que leur ségrégation. La ségrégation, en principe, n'est donc pas un but légitime dans une société démocratique. On peut donc s'interroger sur l'étendue de la séparation ethnique par une délimitation territoriale au regard des standards d'un Etat démocratique et d'une société pluraliste, prévus par l'Article I/2 de la Constitution de BH, et au regard du troisième paragraphe du Préambule. La délimitation territoriale ne doit donc pas servir d'instrument de ségrégation ethnique, mais – bien au contraire – elle doit accommoder des groupes ethniques en préservant le pluralisme linguistique et la paix afin de contribuer à l'intégration de l'Etat et de la société.

58. (...)

59. Si les peuples constituants sont, en réalité, dans une situation majoritaire ou minoritaire dans les Entités, la reconnaissance explicite des Bosniaques, des Croates, et des Serbes en leur qualité de peuples constituants par la Constitution de BH peut seulement signifier qu'aucun d'entre eux n'est reconnu constitutionnellement comme formant la majorité ou bien, autrement dit, qu'ils jouissent de l'égalité en tant que groupe. Par conséquent, on doit conclure, à l'instar de la Cour suprême de Suisse qui a déduit de la reconnaissance des langues nationales l'obligation des cantons de ne pas supprimer ces groupes linguistiques, que la reconnaissance des peuples constituants et d'un principe constitutionnel prioritaire – le principe de l'égalité collective – imposent aux Entités

l'obligation de ne pas discriminer en particulier les peuples constituants qui sont, en réalité, dans une position de minorité dans l'Entité respective. Il y a donc, non seulement une obligation constitutionnelle claire, résultant des Articles II/3 et 4 de la Constitution de BH, de ne pas violer les droits individuels d'une manière discriminatoire, mais aussi une obligation constitutionnelle de non-discrimination en fonction des droits des groupes si, par exemple, un ou deux peuples constituants bénéficient d'un traitement privilégié dans le système juridique des Entités.

60. En conclusion, le principe constitutionnel de l'égalité des peuples constituants, qui découle de la désignation des Bosniaques, des Croates et des Serbes en leur qualité de peuples constituants, interdit tout traitement privilégié pour un ou deux de ces peuples, toute domination dans les structures gouvernementales et toute homogénéisation ethnique par une ségrégation basée sur une délimitation territoriale. »

La version intégrale de la décision figure dans le document CDL(2000)81.

5. Ces paragraphes montrent que la décision établit de multiples principes pour les institutions des deux Entités et que, comme les demandes adressées à la Commission de Venise le présupposaient, ses répercussions vont bien au-delà de la simple suppression de quelques mots dans le premier article des Constitutions des deux Entités.

III. Les implications de la décision

a) Au niveau de l'Etat de Bosnie-Herzégovine

6. Pour dissiper tout malentendu, il faut tout d'abord souligner que la décision de la Cour s'applique aux Constitutions des deux Entités et non à la Constitution de l'Etat de Bosnie-Herzégovine. La décision ne constitue pas, et ne pourrait pas constituer, une base juridique permettant de modifier la Constitution de l'Etat adoptée à Dayton.

b) Au niveau de la Republika Srpska

7. La structure constitutionnelle des deux Entités est très différente, et les conséquences de la décision pour les deux Entités doivent donc être examinées séparément, pour ce qui a trait non seulement à la rédaction des amendements constitutionnels éventuellement nécessaires, mais aussi aux principes généraux.

8. Depuis que la Cour a rendu ses décisions en la matière, la Constitution de la Republika Srpska ne contient plus aucune disposition privilégiant l'un des peuples constituants ou désavantageant l'un ou l'autre groupe de citoyens. La composition de l'ensemble des institutions gouvernementales n'est pas fondée sur l'origine ethnique, et l'article 10 de la Constitution proclame l'égalité de tous les citoyens devant la loi. Si la décision de la Cour n'exclut de manière générale aucune disposition fondée sur la participation des groupes ethniques aux structures gouvernementales (voir notamment le paragraphe 56 de la décision), elle n'impose assurément pas l'existence d'un système généralisé d'affectation de postes à des groupes tels que les peuples constituants de Bosnie-Herzégovine (voir ci-dessous le point 15). De prime abord, tout semblerait donc être en ordre.

9. Malheureusement, la décision de la Cour montre que tel n'est pas le cas et que les non-Serbes sont victimes d'une discrimination systématique au sein de la République. D'après les

données statistiques citées dans la décision de la Cour, la proportion de Serbes au sein de la population totale résidant sur le territoire de la Republika Srpska est passée de 54,3 % en 1991 à 96,79 % en 1997, et si environ 25 % des membres de l'Assemblée nationale sont des non-Serbes, le Gouvernement est uniquement composé de Serbes¹ et tous les juges et procureurs sont serbes, hormis dans le district de Brčko qui relève d'un régime spécial. La Cour conclut en ces termes :

« 95. En conclusion, la Cour estime que postérieurement à l'entrée en vigueur de l'Accord de Dayton, une pratique discriminatoire intentionnelle, systématique et durable a été soutenue par les autorités publiques de la RS dans le but de prévenir le dénommé « retour des minorités », soit en participant directement aux incidents de violence, soit en s'abstenant d'intervenir et de remplir leur obligation de protéger les gens contre tout harcèlement, intimidation ou attaques violentes motivés uniquement par l'origine ethnique, sans parler du manquement à leur obligation de créer « sur leurs territoires, des conditions politiques, économiques et sociales qui contribueront au retour volontaire et à la réintégration harmonieuse des réfugiés et des personnes déplacées, sans préférences pour aucun groupe particulier », obligation déduite du droit de tous les réfugiés et de toutes les personnes déplacées de retourner librement dans leurs foyers, garanti par l'article II/5 de la Constitution de BH. »

10. De toute évidence, une approche simplement fondée sur le texte de la Constitution serait donc insuffisante, surtout à la lumière des observations formulées par la Cour au paragraphe 81:

« 81. Au final, toutes les autorités publiques en Bosnie-Herzégovine doivent limiter tout acte discriminatoire dans la jouissance des droits individuels et des libertés, en particulier sous le motif de l'origine ethnique, mais ils ont aussi l'obligation positive de protéger à l'encontre d'actes discriminatoires, les individus et, relativement aux réfugiés et aux personnes déplacées, l'obligation de créer les conditions politiques, sociales et économiques permettant leur réintégration harmonieuse. »

Les autorités de la Republika Srpska devront prendre des mesures fermes et sans équivoque pour faire cesser ce comportement discriminatoire systématique et créer les conditions nécessaires à la réintégration des réfugiés, faute de quoi le Haut Représentant devra prendre les dispositions qui s'imposent. Il ne suffira pas d'abroger la législation discriminatoire et manifestement inconstitutionnelle, comme par exemple l'article de la loi sur le Sénat de la Republika Srpska selon lequel seuls les Serbes de souche peuvent être nommés au Sénat.

11. Il importera bien davantage de prendre des mesures concrètes pour veiller à ce que dans toute la République, les personnes bénéficient d'une égalité de traitement indépendamment de leur origine ethnique. Eu égard à la situation actuelle relevée par la Cour, qui se caractérise par une attitude discriminatoire généralisée, il conviendrait par ailleurs d'ajouter à la Constitution une disposition soumettant les autorités à l'obligation positive de mettre fin à ce traitement. Cette disposition pourrait par exemple être libellée dans les termes de l'article 5 section 2 proposé dans le rapport de la Task Force.

12. Il n'appartient pas à la Commission de Venise de donner plus de précisions sur les mesures supplémentaires à prendre pour remédier à la situation actuelle. La création d'une

¹ A cet égard, la situation a légèrement évolué à la suite de la décision de la Cour. Le nouveau Gouvernement de la RS comprend un ministre bosniaque.

Commission constitutionnelle pourrait par exemple être envisagée, comme l'a suggéré la Task Force à la suite d'une décision novatrice du Haut Représentant.

c) Au niveau de la Fédération

13. Pour la Fédération, les répercussions de la décision sur le texte de la Constitution sont bien plus importantes. Conformément à la Constitution, les postes au sein de la Présidence, du Gouvernement et de la chambre haute du Parlement, ainsi qu'une partie des postes dans les Cantons, doivent être répartis entre les Bosniaques et les Croates, certaines places étant laissées aux Autres. Ce système ne saurait être maintenu puisqu'en vertu de la décision de la Cour, les trois peuples constituants doivent avant tout jouir d'une égalité de droits dans l'ensemble de la Bosnie-Herzégovine.

14. Il semblerait donc que l'un des moyens de mettre en œuvre la décision consisterait à faire des Serbes le troisième peuple constituant de la Fédération et d'étendre aux Serbes les privilèges jusque-là réservés aux Bosniaques et aux Croates. Certains responsables politiques de la Fédération sont, semble-t-il, favorables à cette approche.

15. Pour un certain nombre de raisons, la Commission estime qu'il ne s'agit pas d'un moyen approprié de mettre en œuvre la décision :

a) Procéder à une division des postes à responsabilité entre les représentants des trois peuples constituants comporte un sérieux risque de discrimination à l'égard des Autres, qui seraient exclus de cette répartition. La décision de la Cour met fortement l'accent sur la nécessité d'éviter toute discrimination. Si elle n'est pas hostile à un traitement préférentiel des minorités ou des groupes les plus faibles, elle prend clairement position contre les règles favorisant les groupes déjà dominants (voir en particulier le paragraphe 112²).

b) Tenter de contourner cet obstacle en accordant également des postes aux Autres ne ferait qu'aggraver les contradictions avec le principe démocratique. Dans une démocratie, le parlement doit représenter la population et le Gouvernement être fondé sur la volonté du peuple exprimée lors des élections. Répartir les sièges entre les différents groupes ethniques risque de donner naissance à des institutions qui ne seraient pas fondées sur la volonté du peuple. Si l'existence d'un traitement préférentiel des minorités est acceptable, des règles prévoyant par exemple qu'un groupe constituant la majorité absolue de la population ne peut obtenir qu'un quart des postes apparaît en revanche non-démocratique.

c) Le système de répartition des postes entre les différents groupes ethniques appliqué à la fois au niveau de l'Etat et à l'échelon de la Fédération n'a pas, à ce jour, produit de résultats satisfaisants. Les institutions fonctionnent si mal qu'il s'agit maintenant d'un obstacle majeur à surmonter dans la perspective de l'adhésion de la BH au Conseil de l'Europe, et ce système semble avoir renforcé l'inimitié entre les différents groupes au lieu de les inciter à coopérer.

² « Les dispositions de la Constitution de la Fédération prévoyant une représentation minimale ou proportionnelle et un pouvoir de veto pour certains groupes, constituent sans doute une 'préférence' au sens de l'article 5 de la Convention sur la discrimination raciale. Pourtant, dans la mesure où elles créent un traitement préférentiel en faveur particulièrement des membres de deux peuples constituants, ces dispositions ne peuvent pas être jugées légitimes au regard de l'article 1, paragraphe 4, car ces mesures spéciales n'ont pas été 'prises dans le seul but d'assurer la juste promotion' des Bosniaques et des Croates qui avaient besoin 'de cette protection' afin de jouir de leurs droits. »

- d) Le système actuel repose en grande partie sur le droit de veto des deux peuples constituants. L'extension de ce droit de veto à d'autres groupes risquerait de bloquer encore davantage le processus décisionnel. Cette démarche serait en outre contraire à la décision de la Cour qui, en son paragraphe 55, met en garde contre le caractère antidémocratique de ce veto et souligne la nécessité pour tous les groupes d'accepter les compromis.
- e) La décision de la Cour, notamment en son paragraphe 68, considère les arrangements institutionnels adoptés au niveau de la Bosnie-Herzégovine, et en particulier le système de répartition des sièges entre les trois peuples constituants, comme un cas exceptionnel qui ne se justifie que dans la mesure où il s'appuie formellement sur des dispositions de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine. Manifestement, l'intention de la Cour n'est pas d'étendre intégralement ce système à la Fédération.
16. Au lieu d'étendre les droits spéciaux aux Serbes, et peut-être aux Autres, l'on pourrait évidemment, purement et simplement, abolir ces droits collectifs spéciaux et accorder les mêmes droits à tous les citoyens, ce qui correspondrait à la pratique de nombreux pays européens et permettrait d'éviter les problèmes précités.
17. Cependant, pour plusieurs raisons, la Commission doute qu'une telle approche, centrée sur la notion de citoyenneté, soit adaptée à la situation actuelle de la Bosnie-Herzégovine :
- a) Dans un pays multiethnique, cette approche risque de nuire aux intérêts des minorités, qui pourraient tout simplement pâtir des scrutins électoraux. Si la politique est fondée en grande partie sur l'appartenance ethnique, les groupes minoritaires risquent d'être totalement exclus du pouvoir.
- b) Ce risque n'a rien de théorique en Bosnie-Herzégovine, où les différents groupes n'ont pas encore appris à travailler ensemble de façon constructive et où règne une mentalité d'opposition (entre « eux » et « nous »). En Republika Srpska, comme nous l'avons décrit plus haut, la Constitution est fondée sur une approche neutre du point de vue ethnique, mais il existe en même temps une pratique généralisée de discrimination, ce qui montre l'inadaptation de ce modèle à la Bosnie-Herzégovine.
- c) La Bosnie-Herzégovine est composée, selon sa Constitution, de trois peuples constituants, mais de seulement deux Entités. Les Croates, en leur qualité de plus petit des deux peuples constituants actuels de la Fédération, risqueraient de perdre toute influence au sein de la Fédération. Il pourrait en découler un retrait des Croates vers les cantons à majorité croate – en d'autres termes, une division accrue sur des critères ethniques – et un affaiblissement de la Fédération.
- d) Dans sa décision, et plus précisément en son paragraphe 56, la Cour reconnaît la nécessité de tenir compte de la réalité multiethnique en Bosnie-Herzégovine, y compris par l'octroi aux groupes de droits collectifs.
- e) Pour le moment, un changement aussi radical de l'approche constitutionnelle ne semble pas refléter la volonté de la population, en particulier celle des groupes non-majoritaires.
18. Il paraît donc nécessaire d'adopter un point de vue mesuré et pragmatique, d'une part en tenant compte de la réalité multiethnique de la Bosnie et de la méfiance qui règne encore entre les différentes composantes de la population, et d'autre part en évitant la discrimination contre l'un ou l'autre de ces groupes - en particulier les plus faibles -, le blocage du processus décisionnel et la mise en place d'institutions fondées non sur la volonté démocratique mais sur des quotas ethniques artificiels.

19. Cette solution pourrait comporter les éléments suivants :

- a) Les dispositions actuelles répartissant les postes entre les Bosniaques et les Croates pourraient être remplacées par des dispositions évitant la monopolisation des postes par le groupe dominant, telles que «le Vice-Président ne devra pas être issu du même groupe que le Président» ou «la proportion de membres du Gouvernement issus du même groupe ne devra pas dépasser 50 %».
- b) La Chambre des peuples est déjà, à l'heure actuelle, élue par le jeu d'un système de représentation à l'échelon des cantons, des privilèges spéciaux étant cependant accordés aux Bosniaques et aux Croates. Si les membres de cette Chambre continuent d'être élus au niveau cantonal, sans référence ethnique spécifique, cette pratique devrait suffire à refléter la diversité de la population de la Fédération.
- c) Les articles de la Constitution exigeant le consentement d'une majorité des délégués bosniaques et croates pourraient être remplacés par l'exigence d'une majorité spéciale, des deux tiers par exemple.
- d) L'abandon du droit de veto au niveau du Gouvernement en cas de menace pour « l'intérêt vital » ne devrait pas créer de grandes difficultés. S'agissant du droit de veto au sein de la Chambre des peuples, il conviendrait de trouver une autre solution : l'on pourrait prévoir l'existence d'un droit de veto pour un certain nombre de délégations cantonales, ou adopter l'initiative du Haut Représentant consistant à créer des commissions constitutionnelles chargées de cette mission.

V. Conclusions

20. La Commission estime que la décision de la Cour constitutionnelle donne la possibilité de garantir la protection pleine et entière des droits de tous les citoyens de Bosnie-Herzégovine en tout point des deux Entités, ainsi que la participation sans réserve des citoyens de toute origine ethnique à la vie politique des deux Entités. En Republika Srpska, la mise en œuvre de cette décision devra privilégier les mesures législatives et concrètes destinées à promouvoir les droits et les intérêts de la population non serbe. Dans la Fédération, dont la Constitution contient un nombre important de dispositions libellées en termes ethniques, il conviendra de réécrire ce texte et de remplacer les privilèges des deux peuples constituants par des formulations plus neutres.

21. Pour ce qui a trait aux détails de la mise en œuvre, la Commission renvoie au rapport de la Task Force (CDL (2001) 23). La Commission était associée à l'établissement de ce rapport et ses conclusions reflètent le point de vue adopté par les institutions de la communauté internationale concernées par cette question.