



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 28 mai 2008

CDL(2008)058*

Avis 476/2008

fr. seul.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

**OBSERVATIONS
SUR LE PROJET D'AMENDEMENTS
A LA CONSTITUTION
DE LA REPUBLIKA SRPSKA**

par

M. Jean-Claude SCHOLSEM
(Membre suppléant, Belgique)

* Ce document a été classé en *diffusion restreinte* le jour de la diffusion. Sauf si la Commission de Venise en décidait autrement, il sera déclassifié un an après sa publication en application des règles établies dans la Résolution CM/Res(2001)6 sur l'accès aux documents du Conseil de l'Europe.

1. Les amendements à analyser sont très nombreux. D'emblée, le présent avis laissera sur le côté ceux qui se rapportent à la propriété dont l'analyse demande une connaissance précise de la situation en Republika Srpska (R.S.) (amendements CXXXV à CXXXIX).

De la même manière, ne seront pas couverts par le présent avis les amendements concernant l'organisation territoriale et le gouvernement local (amendements CXXLI à CXLVII) qui relèvent plus spécifiquement du Conseil des pouvoirs régionaux et locaux.

Cet avis sera donc divisé en deux parties : la première relative aux droits de l'homme et aux libertés (amendements CXXV à CXXXIV ainsi que l'amendement CXXXVII), la seconde consacrée à d'autres amendements de portée institutionnelle.

Amendements relatifs aux droits de l'homme et aux libertés

Considérations générales

2. Avant d'aborder ces divers amendements, il convient de resituer le problème dans son contexte général.

La Constitution de la R.S. contient de très nombreuses dispositions relatives à cette matière (art. 10 à 49). Les droits définis sont de nature fort diverse : l'égalité (art. 10) ; des droits de nature civile et politique (art. 11 à 34) et d'autres de portée économique et sociale (art. 35 à 43).

La R.S. faisant partie d'un État fédéral (la Bosnie-Herzégovine ; B.H.), les droits définis par la Constitution de cet État s'appliquent directement en Republika Srpska.

La Constitution de la B.H. est spécialement généreuse en ce qui concerne ces droits. Elle incorpore dans son texte des droits et libertés énumérés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci après : CEDH) ainsi que par ses protocoles additionnels (Const. B.H., art. II (2)). Elle assure à ces droits primauté sur tout autre source de droit. Elle garantit à toute personne vivant sur le territoire de la B.H. certains droits énumérés dans la Constitution à l'article II (3) a) à m). Enfin, l'annexe I de cette Constitution énumère les autres textes internationaux en matière de droits de l'homme applicables en B.H.

3. Dans ce cadre, la coordination entre les droits fondamentaux énumérés par une Constitution fédérée (celle de la R.S.) et ceux définis par la Constitution fédérale (celle de B.H.) devient un enjeu majeur.

Ce problème est résolu par l'article 49, §§ 3, 4 et 5 de la Constitution de la R.S., dispositions introduites sur recommandation de la Commission de Venise.

L'article 49, § 3 énonce :

« In the case there are differences between the provisions on rights and freedoms of the Constitution of Republika Srpska and those of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the provisions which are more favourable for the individual shall be applied ».

La Commission de Venise s'est réjouie de cette approche, en soulignant qu' « [i]l n'est donc pas capital que l'énoncé de chacun des articles [de la Constitution de la R.S.] soit pleinement conforme avec l'interprétation la plus récente des instruments juridiques internationaux »¹.

L'article 49, § 4, stipule :

¹ Compatibilité de la Constitution de la Republika Srpska avec la Constitution de la Bosnie-Herzégovine après l'adoption des amendements LIV et LXV par l'assemblée nationale de la Republika Srpska, CDL (1996) 070f.

« The provisions of Articles 10, 21, 30, 32, 33, 34, 38 and 43 of the Constitution on rights and freedoms of citizens shall be considered the provisions on human rights and fundamental freedoms and shall apply to all, not only to citizens. »

L'article 49, § 5, prévoit :

« The provisions of Articles 13, 22, 23, 24, 25, 26, 28 and 30 of the Constitution on rights and freedoms shall be exercised in conformity with related provisions of Articles 8 through 11 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. »
Ces dispositions ont également reçu un accueil positif de la part de la Commission de Venise².

4. La plupart des amendements en projet en matière de droits et libertés sont inspirés par l'idée d'assurer une certaine harmonisation entre la Constitution de la R.S. et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Il faut toutefois que cette harmonisation se fasse en tenant compte tant de la Constitution de la B.H. que de l'économie interne de la Constitution de la R.S. et plus particulièrement de la philosophie générale qui se dégage de l'article 49, §§ 3 à 5.

Analyse de certains amendements

5. **Amendement CXXV** (amendement à l'article 10)

Ce texte se rapporte au principe d'égalité, déjà proclamé par la Constitution de B.H. (article II (4)). L'ajout des termes « without discrimination » paraît assez formel, tant il va de soi. Cette disposition s'applique à toute personne et pas seulement aux citoyens (art. 49, § 4 Const. R.S.).

6. **Amendement CXXVII** (amendement à l'article 12)

Cet amendement énonce « No one shall be held in slavery and servitude ». La place de cet amendement ne paraît pas judicieuse. L'article 12 est en effet consacré à la « freedom and personal safety ». En suivant la systématique de la Convention européenne, la place de cet amendement devrait être à l'article 14, après la prohibition de la « torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment ». Notons, dans le même ordre de pensée, que le travail forcé est interdit par l'article 39.

7. **Amendement CXXVIII** (amendement à l'article 13)

Cet amendement n'est pas acceptable. On ne peut soumettre l' « human dignity, physical and spiritual integrity » à des restrictions reproduisant celles de l'article 8, § 2 de la Convention européenne.

Il s'agit en outre d'un travail inutile, puisque l'art. 49, § 5, aboutit au même résultat. La coexistence, de clauses générales (art. 49, § 5) et de dispositions particulières, telles celles suggérées ici ne peut déboucher que sur la confusion.

Le véritable problème soulevé par l'article 13 est la dissociation de ses deux parties. D'une part, l' « human dignity, physical and spiritual integrity » qui ne peut faire l'objet d'aucune restriction et d'autre part la « personal and family life » qui est déjà soumise aux restrictions de l'art. 8 de la Convention européenne, via l'article 49, § 5 de la Constitution de la R.S. Ce problème existe déjà dans le texte actuel.

8. **Amendement CXXIX** (amendement à l'article 15)

² CDL (1996) 070f.

Cet amendement dispose: « No one shall be deprived of his liberty merely on the ground of inability to fulfill a contractual obligation ».

Cet amendement, à supposer qu'il soit nécessaire, s'intègre très mal dans le cadre de l'article 15 qui concerne la procédure pénale et les arrestations et détentions provisoires ou préventives opérées dans ce cadre.

9. **Amendement CXXX** (amendement à l'article 20, § 2)

L'ancien texte disposait : « No one may be held guilty for a criminal offence until proved so by a final decision of the court ».

L'amendement qui remplace ce texte énonce « Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law ».

Sauf que le texte de l'amendement suit au plus près l'article 6, § 2 de la Convention européenne, la différence n'est pas grande. On peut même estimer l'ancien texte meilleur puisqu'il se réfère directement à la décision d'une « Court ».

10. **Amendement CXXXI** (amendement à l'article 21)

Cet amendement vise à transposer l'article 3 du quatrième protocole additionnel, mais le restreint aux citoyens de la R.S. Il est clair que l'article 3 susvisé ne vise que les expulsions internationales.

De plus, l'article 21 est visé par l'article 49, § 4. Il s'applique donc, malgré son libellé, à toute personne quelconque³, ce qui peut conduire à des résultats absurdes, qui ne sont pas visés par l'article 3 du quatrième protocole. Ceci vaut tant pour le texte existant que pour l'amendement⁴.

En outre, cet amendement, interprété dans ce sens qu'il ne viserait que les citoyens de la R.S. serait en pleine contradiction avec la Constitution de la B.H. notamment l'article I (4) (movement of goods, services, capital and persons), l'article II (5) (refugees and displaced persons) et l'article III (1) (f) (réservant à la B.H. l'« immigration, refugee, and asylum policy and regulation).

11. **Amendement CXXXII** (amendement à l'article 25)

Cet amendement ajoute après le texte actuel une disposition inspirée de l'article 10, §§ 1 et 2 de la CEDH.

En tant qu'il précise ce droit, l'amendement ne soulève pas d'objection.

Il faut cependant noter qu'il y a lieu de supprimer la phrase « this article shall not prevent the public authorities from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises ». Cette compétence relève en effet de la Bosnie-Herzégovine seule (Const. B.H., art. III (1) (h)).

En tant qu'il reproduit le paragraphe 2 de l'article 10, cet amendement fait double emploi avec l'article 49, § 5. Ceci risque de causer pas mal de confusion.

³ Nous supposons que lorsqu'un article est visé par une disposition générale de l'article 49 (§§ 4 et 5), cette disposition générale s'applique à cet article, y compris ses modifications. Raisonner autrement risquerait d'accroître encore les distorsions existantes.

⁴ Il faudrait en conclure, par exemple, que toute personne généralement quelconque a le droit d'entrer ou de sortir du territoire de la R.S.

12. **Amendement CXXXIII** (amendement à l'article 31)

Cet amendement ajoute après le paragraphe 1 de l'article 31 un texte inspiré de l'article 11 de la CEDH.

Cet amendement soulève de nombreuses questions légistiques. Le texte initial, non modifié, commencerait par énoncer la liberté de fonder des partis politiques avant de passer, par le texte de l'amendement, à une idée plus générale : la liberté de réunion et d'association, ce qui est peu heureux.

La liberté de réunion est déjà consacrée par l'art. 30, mais soumise à d'autres restrictions que celles envisagées par le texte de l'amendement.

La liberté de former des syndicats est aussi déjà consacrée par l'article 41, mais sans restriction, alors que l'amendement s'inspire de l'article 11, § 2 de la CEDH.

Enfin, la restriction imposée aux « members of armed forces » n'a pas lieu d'être, compte tenu de l'absence de telles forces armées en R.S.

Une manière plus élégante et plus cohérente de résoudre le problème des restrictions serait d'ajouter l'article 31 dans la liste des dispositions visées à l'article 49, §5.

13. **Amendement CXXXIV** (amendement à l'article 36)

Cet amendement vise à ajouter un texte s'inspirant de la Convention sur les droits de l'enfant.

Ce texte est déjà visé par l'annexe I à la Constitution de la B.H. (point 12 : Convention on the Rights of the Child).

14. **Amendement CXXXVII** (amendement à l'article 56)

Cet amendement vise à remplacer le texte actuel par un autre qui reproduit l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel de la CEDH.

Cet amendement pourrait être interprété comme un recul. Le texte actuel énonce en effet « The right of ownership may be restricted or taken away by law against fair indemnity ». Ces deux garanties n'apparaissent pas explicitement dans le nouveau texte : l'intervention de la loi (au sens donné à ce terme dans le droit interne de la R.S.) et l'exigence d'une « fair indemnity »).

15. En résumé, les divers amendements relatifs aux droits et libertés fondamentales devraient être complètement repensés, en vue de sauvegarder une certaine cohérence à la Constitution de la R.S. et de mieux respecter l'option fondamentale prise par l'article 49, §§ 3, 4 et 5.

Amendements à portée institutionnelle

16. **Amendement CXXII** (amendement à l'article 3, §2)

Cet amendement énonce « The transfer of powers from the Republika Srpska to the institutions of Bosnia and Herzegovina shall be carried out under the procedure and method prescribed for the amending the Constitution of Republika Srpska ».

L'amendement de la Constitution est réglé par le chapitre XI (Amending the Constitution), articles 132 à 137. La procédure est assez lourde. D'abord une proposition d'amendement (article 132), puis son adoption à la majorité des membres de la National Assembly (article

133), puis un débat public (article 134). La décision finale revient aux deux assemblées et est exprimée en ces termes : « A change of the Constitution shall be adopted should at least two thirds of the total number of the assembly deputies and a majority of the members of the Council of Peoples from each constituent people and others vote in favour of it ».

L'actuel amendement doit être lu en combinaison avec l'article III (5) (a) de la Constitution de la B.H. qui stipule qu'à titre d' « additional responsibilities », « Bosnia and Herzegovina shall assume responsibilities for such other matters as are agreed by the Entities,⁵... ». Ce texte a été fortement sollicité en vue de pallier les déficiences notoires des compétences de la B.H. En effet, dans son Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine et les pouvoirs du Haut Représentant (CDL-AD(2005)004), la Commission de Venise a conclu que les responsabilités de l'État de Bosnie-Herzégovine ne soutiennent pas la comparaison avec les pouvoirs exercés par les États fédéraux européens tels que la Suisse, la Belgique, l'Autriche, l'Allemagne ou la Russie et que cette faiblesse de l'Etat central ne permettra pas à la Bosnie-Herzégovine de faire beaucoup de progrès sur la voie de l'intégration européenne. Il n'apparaît donc nullement souhaitable de rendre ce transfert de pouvoirs plus difficile par le biais de règles de procédure lourdes et rigides. Il serait donc préférable d'abandonner cet amendement.

17. Amendement CXXIII (amendement à l'article 4) et **amendement CXXIV** (amendement à l'article 9)

Ces deux amendements visent à actualiser les pays avec lesquels la R.S. peut entretenir des relations spéciales en vertu de l'article III (2) (a) de la Constitution de la B.H. et à fixer la capitale à Banja Luka.

Ils constituent une simple actualisation et n'appellent pas de commentaire, sinon que la formulation alternative de l'amendement CXXIII faisant simplement référence aux « neighboring countries » paraît devoir être préférée puisqu'elle correspond au texte même de la Constitution de la B.H.

18. Amendement CXL (amendement à l'article 87, § 1)

Cet amendement envisage la fin prématurée du mandat de président, non seulement dans le cas de « resignation or recall » mais aussi dans les hypothèses de « disability or death ».

Un nouveau paragraphe est introduit, stipulant que « The manner of discharge of duties falling within the competence of the R.S. President in the cases referred to in paragraph 1 of this Article, until the election of a new R.S. President, shall be regulated by law ».

L'introduction de la notion de « disability » dont l'appréciation peut être subjective et sujette à controverses, mérite d'être entourée de multiples garanties. Cette « inability » doit elle être permanente ou temporaire ? Qui la constate ? Quels sont les recours ? etc.

19. Amendement CXLVIII (amendement à l'article 108)

Cette disposition vise la hiérarchie des normes, en distinguant les actes qui doivent être conformes à la Constitution et ceux qui doivent être conformes à la loi. Le texte est révisé parce qu'il « needed adjustments and more precise wording » (Reasoning).

⁵ Texte complet de l'article III (5) (a) Constitution de la B.H. « Bosnia and Herzegovina shall assume responsibility for such other matters as are agreed by the Entities; are provided for in Annexes 5 through 8 to the General Framework Agreement; or are necessary to preserve the sovereignty, territorial integrity, political independence, and international personality of Bosnia and Herzegovina, in accordance with the division of responsibilities between the institutions of Bosnia and Herzegovina. Additional institutions may be established as necessary to carry out such responsibilities ».

Si tel est le cas, on peut se poser la question de savoir si l'article 115 relatif à la Cour constitutionnelle, article qui n'évoque pas l'existence de « statutes » ne devrait pas être révisé en conséquence.

20. **Amendement CL** (amendement à l'article 119, § 1)

Cet amendement vise à préciser que les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont pas seulement « binding and enforceable » mais aussi « final ».

La phrase doit être lue dans son ensemble: « The decisions of the Constitutional Court are final, universally binding and enforceable in the territory of the Republic ». Ces derniers mots ont été ajoutés par l'amendement antérieur LXIV. Il est possible, en effet, que la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine arrive à un autre résultat. Les décisions de la Cour constitutionnelle de la R.S. ne sont donc « final » (c'est-à-dire non susceptibles de recours) que « in the territory of the Republic » plus exactement dans l'ordre juridique interne de la R.S.