



Venice Commission
Commission de Venise



THE COMMISSIONER
FOR HUMAN RIGHTS

LE COMMISSAIRE AUX
DROITS DE L'HOMME

Strasbourg, 22 décembre 2004

Avis N° 318/2004

CDL-AD(2004)041
Or. Angl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

**Avis conjoint sur le projet de loi relatif au médiateur de Serbie
par
la Commission de Venise,
le Commissaire aux droits de l'homme
et
la Direction générale des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe**

**Adopté par la Commission de Venise
lors de sa 61^e session plénière,
Venise (3-4 décembre 2004)**

**sur la base des observations de
M. R. Lavin (membre, Suède)
M. K. Tuori (membre, Finlande)**

1. Dans un courrier daté du 4 novembre 2004, le ministre de l'Administration publique et des Pouvoirs locaux de Serbie, M. Loncar, demandait au Conseil de l'Europe de donner un avis sur le projet de loi relatif au médiateur (ombudsman) de Serbie (CDL(2004)113, ci-après le « projet »). Le présent avis sur le projet a été préparé conjointement par un groupe de travail de la Commission de Venise sur la base des observations de MM. Lavin et Tuori, le bureau du Commissaire aux droits de l'homme et la Direction générale des droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

2. Cet avis tient compte des informations et des arguments présentés lors d'une table ronde organisée par le ministère de l'Administration publique et des Pouvoirs locaux de Serbie, la Mission de l'OSCE en Serbie et le Conseil de l'Europe (Belgrade, 22 novembre 2004), au cours de laquelle M. Markus Jaeger, de Bureau du Commissaire aux droits de l'homme, et M. Schnutz Dürr, du Secrétariat de la Commission de Venise, ont présenté une version préliminaire du présent avis. Ont participé à cette table ronde le Premier ministre de Serbie, M. Kostunica, le ministre de l'Administration publique et des Pouvoirs locaux de Serbie, M. Loncar, et son adjointe, Mme Prelic, le secrétaire général de la législation du gouvernement de Serbie, M. Balinovac, le principal expert juridique du gouvernement serbe sur cette question, M. Milkov, des experts de l'OSCE, et des représentants de plusieurs ambassades et organisations non gouvernementales.

3. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, M. Alvaro Gil-Robles, approuve ce texte et souligne la responsabilité qui lui est conférée, en vertu de l'article 3c de son mandat, d'encourager la mise en place de structures « droits de l'homme » dans les États membres du Conseil de l'Europe (Résolution 99(50) du Comité des ministres. Le présent avis a été adopté lors de la 61^e session plénière de la Commission de Venise (Venise, 3-4 décembre 2004).

Remarques générales

4. Cet avis tient compte des textes pertinents adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et notamment de la Recommandation n° R (85) 13 relative à l'institution de l'Ombudsman, de la Recommandation R (97) 14 relative à l'établissement d'institutions nationales indépendantes pour la promotion et la protection des droits de l'homme, de la Recommandation 1615 (2003) de l'Assemblée parlementaire sur l'institution du médiateur, ainsi que des « Principes de Paris » figurant dans la résolution 48/134 de l'Assemblée générale des Nations unies sur les institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, datée du 20 décembre 1993 (A/RES/48/134).

5. Le projet de loi sur le médiateur de la République de Serbie (ci-après « le projet ») est accueilli favorablement en tant que mesure importante pour garantir les droits et libertés fondamentaux en Serbie. Les pouvoirs attribués au médiateur sont étendus et semblent permettre au futur médiateur de travailler efficacement.

6. Si le terme suédois original « ombudsman » (médiateur) est grammaticalement neutre, nous encourageons l'utilisation d'un terme neutre en anglais et parlons ci-après d'« ombudsperson » plutôt que d'« ombudsman ».

7. Particulièrement bienvenues sont les dispositions sur le mandat du médiateur qui consiste à assurer la promotion, en plus de la protection, des droits de l'homme et des libertés

fondamentales, son droit de faire appel à la Cour constitutionnelle, son droit de rencontrer librement et en privé les personnes privées de liberté et son indépendance budgétaire.

8. Certaines dispositions auraient cependant besoin d'être amendées pour être conformes aux normes européennes et internationales applicables. Les éléments importants sont en particulier les suivants :

1. Il serait préférable que l'institution du médiateur soit garantie non seulement au niveau législatif mais également au niveau constitutionnel.
2. Il serait préférable que le médiateur soit nommé et révoqué au Parlement par une majorité qualifiée.
3. Les critères retenus pour devenir médiateur ne devraient pas être restrictifs.
4. Le médiateur, ses adjoints et le personnel du secrétariat devaient bénéficier de l'immunité fonctionnelle.
5. Le médiateur devrait avoir compétence pour examiner les plaintes de toutes les personnes et pas uniquement celles des citoyens.
6. L'obligation d'avoir épuisé toutes les voies de recours judiciaire avant que le médiateur ne puisse examiner une plainte irait à l'encontre de l'idée même de l'institution du médiateur. En général, la procédure prévue au Chapitre IV du projet est trop rigide et trop semblable à celle qui serait appliquée par les tribunaux.
7. Il devrait être clairement énoncé que le médiateur sera en mesure d'inspecter tous les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté par une autorité publique.
8. Le médiateur devrait disposer de pouvoirs d'enquête.
9. Le personnel du médiateur devrait aider les plaignants à remplir les critères requis pour introduire une plainte.

Remarques concernant des articles spécifiques

9. Article 1 : Afin de protéger l'institution d'un médiateur indépendant des aléas de la politique, il serait préférable de garantir son existence et les principes fondamentaux de son activité dans la Constitution. Compte tenu du contexte constitutionnel de la Serbie, il pourrait être envisagé d'instaurer cette garantie à une étape ultérieure.

10. L'Article 1 et l'Article 6 du projet font référence aux droits de l'homme des citoyens. **Les personnes bénéficiant de la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont toutes les personnes relevant de la juridiction de la Serbie**, qu'elles soient citoyennes serbes ou non. Par conséquent, référence doit être faite aux personnes et non aux citoyens.

11. L'Article 3 prévoit que le médiateur sera nommé par l'Assemblée nationale à la majorité simple. Il est toutefois important que le choix du médiateur recueille un large consensus si l'on veut faire en sorte que le public ait confiance en son indépendance. Par conséquent, il serait approprié que la nomination du médiateur se fasse à la **majorité qualifiée du Parlement (2/3 ou 3/5 des voix exprimées)**. Si les dispositions constitutionnelles existantes rendent impossible la concrétisation de cette exigence, il faudrait étudier d'autres possibilités qui permettraient d'atteindre le même résultat. Mais ces modalités devraient être garanties par la loi.

12. Article 3 : C'est la Commission des affaires constitutionnelles qui devrait être chargée de l'élection et de la révocation du médiateur parce que l'institution du médiateur est fondamentale dans l'État et parce que les travaux de cette commission sont

vraisemblablement axés sur la question des droits de l'homme (Article 3). (En conséquence, l'Article 9 devrait préciser que c'est cette commission de l'Assemblée qui est habilitée à soumettre une proposition en vue de la révocation du médiateur.) Tous les candidats devraient être entendus en séance publique. Tous les groupes politiques représentés au Parlement devraient avoir le droit de présenter des candidats à la commission.

13. Article 4 : **Les critères retenus pour devenir médiateur sont trop restrictifs.** Ils pourraient être remplacés par l'obligation plus générale voulant que les candidats soient des « personnes de haute moralité », comme cela figure dans la plupart des mandats nationaux et internationaux. L'obligation de détenir un diplôme en droit ne devrait pas être une condition requise pour être médiateur. L'Article 4 fait également référence à l'obligation pour le médiateur d'avoir « au moins dix ans d'expérience dans des emplois liés au domaine de compétence du médiateur ». Cette phrase semble vague, car on ne voit pas clairement ce que pourrait être le « domaine de compétence du médiateur ». Dans un pays en transition, une durée de dix ans d'expérience semble trop longue, car elle pourrait rendre inéligibles à la fonction de médiateur des personnes compétentes que leur opposition au régime précédent aurait empêchées d'occuper certains postes.

14. Article 5 : Afin d'accroître l'indépendance des adjoints, les rédacteurs de la loi pourraient envisager de prévoir le même processus pour nommer et révoquer les adjoints que celui prévu pour le médiateur lui-même, c'est-à-dire que l'Assemblée pourrait également les nommer. Si cette option était retenue, l'ordre dans lequel sont nommés les adjoints déterminerait dans quel ordre ils remplacent le médiateur. Mais d'un autre côté, force est de reconnaître que la confiance mutuelle entre le médiateur et ses adjoints pourrait être mieux assurée par la formulation actuelle du projet.

15. Article 5 et Article 12, première option : Il peut exister des raisons valables d'avoir quatre adjoints au médiateur et de n'en avoir qu'un seul qui remplace le médiateur. Même si la **répartition du travail entre le médiateur et ses adjoints** n'est pas précisée dans le projet, elle pourrait être prévue dans le règlement interne de la fonction de médiateur (Articles 34 et 36). Quoi qu'il en soit, le projet devrait refléter la nature pluraliste de la société serbe, tant en ce qui concerne l'égalité entre les sexes que la composition ethnique. Concernant l'Article 5.5, voir les observations relatives à l'Article 4 sur les conditions à remplir pour devenir médiateur.

16. Article 7 : Les rédacteurs du projet pourraient envisager de permettre au médiateur et à ses adjoints de poursuivre des activités d'enseignement. Il serait toutefois préférable de remplacer la liste des fonctions publiques qui ne peuvent être occupées par un médiateur, par une disposition plus exhaustive prévoyant que le médiateur n'occupera aucun poste incompatible avec l'accomplissement voulu de sa charge officielle, avec son impartialité et la confiance du public. On remarquera que les rédacteurs ont utilisé une formule plus générale à l'Article 9 (raisons de la révocation).

17. Article 7.3 : N'ayant pas connaissance des dispositions de la loi régissant les conflits d'intérêts dans l'accomplissement des fonctions publiques, nous ne pouvons faire aucun commentaire sur l'application de cette loi au médiateur.

18. Avant l'Article 8 : **Le médiateur, ses adjoints et le personnel du secrétariat devraient jouir de l'immunité des poursuites pour leurs paroles, leurs écrits et tous les actes**

accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions officielles et dans la limite de leur autorité (immunité fonctionnelle).

19. Article 9. Plus importante encore pour l'indépendance du médiateur au moment de sa nomination est la question de la **majorité requise pour révoquer son mandat**. Une majorité qualifiée est ici souhaitable pour garantir que le médiateur ne peut être démis de ses fonctions en raison d'actes que la majorité gouvernementale au Parlement n'a pas appréciés. Il se pourrait que cette solution soit limitée par les dispositions de la Constitution actuelle et elle pourrait être envisagée ultérieurement. Si la garantie d'une révocation à la majorité qualifiée devait être introduite, les raisons de cette révocation n'auraient pas besoin d'être énoncées à l'Article 9, étant donné que le médiateur doit aussi avoir la confiance du Parlement. Afin de garantir la transparence du processus de révocation du médiateur, il faut prévoir une procédure publique. Le médiateur dont la révocation est envisagée doit être entendu en public avant tout vote sur cette révocation. Une consultation antérieure de la Cour constitutionnelle pourrait être envisagée.

20. Article 13 : Cet article devrait être conforme à l'Article 1 qui confie au médiateur un mandat largement ouvert sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Compte tenu de la nécessité pour l'exécutif de respecter les principes d'une bonne administration, il pourrait être judicieux de permettre au médiateur d'intervenir non seulement en cas d'irrégularités, par exemple de violation des normes légales, mais aussi lorsqu'il n'est pas tenu compte de ces principes (comportement humiliant à l'égard d'individus, traitement manifestement lent des affaires) et de contrôler l'objectivité et l'impartialité du travail des organes administratifs. À cet égard, le Code européen de bonne conduite administrative du médiateur européen pourrait être une source d'inspiration. Seules les décisions « politiques » et générales du gouvernement dans son intégralité devraient être exclues du champ de compétence du médiateur ; **les décisions ministérielles et gouvernementales ayant une incidence directe sur les individus devraient être soumises au contrôle du médiateur**. Les travaux du Parlement, ses commissions et ses membres devraient être exclus du contrôle du médiateur.

21. L'Article 15 prévoit que le médiateur peut « prendre l'initiative de s'adresser au gouvernement en vue d'amendements aux lois, règlements ou autres actes généraux ». Étant donné que le Parlement est le législateur et que le médiateur est une institution parlementaire, les recommandations en vue d'amendements législatifs devraient également être adressées au Parlement. Le Parlement devrait quant à lui être tenu d'examiner ces recommandations. Les mots « droits des citoyens » devraient être remplacés par « droits et libertés fondamentaux de toutes les personnes ».

22. Article 16 : Cet article est particulièrement bienvenu puisqu'il prévoit que le médiateur peut porter une affaire **devant la Cour constitutionnelle**. La législation relative à la Cour constitutionnelle pourrait devoir être amendée en conséquence pour permettre à la Cour d'examiner les requêtes du médiateur. Cet article pourrait être reformulé de façon à préciser que le médiateur peut demander à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur la constitutionnalité des lois ainsi que sur la constitutionnalité et la légalité d'autres règlements ou actes généraux régissant des questions liées aux droits et libertés de toutes les personnes.

23. L'Article 17 fait du médiateur une institution puissante, ce dont on peut en principe se réjouir. Cependant, la révocation d'un fonctionnaire est une sanction très grave. Il faudrait en premier lieu parler de **procédure disciplinaire** et en dernier recours uniquement de

poursuites pénales contre des fonctionnaires. Il devrait être clairement précisé que des mesures disciplinaires peuvent uniquement être recommandées par le médiateur mais qu'il appartiendra aux organes compétents de se prononcer sur l'imposition de telles mesures. Quoiqu'il en soit, il ne faudrait pouvoir recourir à ces mesures que contre des fonctionnaires qui ont manifestement violé la loi et refusent de corriger la situation. Cela s'applique également à l'Article 18.3, qui prévoit la révocation à titre de sanction en cas de non-coopération avec le médiateur, sans prévoir de mesures moins draconiennes dans les affaires de moindre importance.

24. Article 18 : Le médiateur devrait également être en mesure d'interroger des représentants d'autorités administratives et, en général, disposer de **pouvoirs d'enquête**.

25. L'Article 19 prévoit que **le médiateur aura librement accès aux personnes privées de liberté**, ce qui est une autre disposition particulièrement appréciée. Pour élargir et clarifier l'étendue de cet accès, le projet devrait prévoir « un accès libre à tous les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté par une autorité publique ». Ce qui devrait inclure non seulement les établissements pénitentiaires, mais également les prisons, les centres de détention de la police, les prisons militaires, les institutions psychiatriques et autres lieux semblables (par exemples les centres de rétention pour étrangers en attente d'expulsion). La formulation de la dernière partie de la phrase devrait être modifiée comme suit : « et s'entretenir avec ces personnes en privé ».

26. Article 21 : Dans la logique de l'observation ci-dessus concernant l'Article 13 et afin de se conformer aux « Principes de Paris », il faudrait envisager de faire référence à la capacité du médiateur de recevoir des plaintes, d'exercer une surveillance, d'enquêter, d'offrir ses bons offices, de prendre des mesures préventives, de faire des recommandations et de donner des conseils sur des questions relevant de sa fonction.

27. Article 22 : Les pouvoirs du médiateur ne devraient pas s'étendre uniquement aux violations évidentes des droits de l'homme mais également aux principes d'une bonne administration (voir ci-dessus). L'existence d'un recours légal ne devrait pas empêcher une personne d'introduire une plainte auprès du médiateur, mais celui-ci devrait avoir l'obligation de conseiller le plaignant sur les recours légaux et sur le fait que la plainte introduite auprès du médiateur n'empêche pas l'expiration de la date limite de ces recours. Il devrait être précisé dans l'Article 22.5 que le rejet des plaintes anonymes n'empêche pas le médiateur d'engager une procédure de sa propre initiative.

28. L'Article 23 pourrait prévoir l'interruption ou la prolongation de la limitation de un an dans les cas exceptionnels. Cette observation s'applique également à l'Article 25.1.2.

29. Article 24 : Les **critères requis pour introduire une plainte sont trop rigides et trop semblables à ceux des tribunaux**. Il faudrait au moins prévoir que le **personnel du médiateur devra aider les individus à répondre aux critères requis pour introduire une plainte** (obligation de *manu ducere*).

30. Article 25 : Des critères formels trop stricts pour introduire une plainte vont à l'encontre de l'idée même de l'institution. Cet article devrait être supprimé.

31. Article 26.2 : Le médiateur devrait avoir la latitude de ne pas communiquer le nom du plaignant aux autorités administratives, s'il le juge nécessaire.

32. Article 28.4 : La clause « est tenu de donner suite » va trop loin. Il résulte de l'institution même du **médiateur** que celui-ci **peut uniquement faire des recommandations**. Il ne peut y avoir d'obligation directe de suivre ces recommandations. Toutefois, l'autorité administrative devrait être tenue de réagir aux recommandations du médiateur dans un délai déterminé, soit en les acceptant et en corrigeant la situation, soit en présentant un refus motivé. Un délai de quinze jours pour réagir semble peu réaliste et ne devrait s'appliquer que dans des cas exceptionnels où l'on peut craindre une atteinte irréparable aux droits fondamentaux du requérant. Dans les cas non exceptionnels, les autorités administratives devraient disposer d'un délai de un à deux mois pour réagir.

33. L'Article 29 renvoie aux Articles 26 à 28, mais l'Article 27 n'est pas pertinent en ce qui concerne la procédure *ex officio*.

34. L'Article 31 devrait clairement énoncer qu'il n'existe aucun rapport hiérarchique entre le médiateur de la République et les médiateurs régionaux ou locaux.

35. Article 33 : L'indépendance budgétaire prévue à l'Article 33 est un élément très positif. Il faudrait en outre, dans le premier paragraphe, faire explicitement référence à des crédits *suffisants* pour permettre le fonctionnement efficace et productif du bureau. Par ailleurs, (cela pourrait être une question de traduction), il semble que le gouvernement soit obligé d'inclure sans aucun changement (« en tant que partie intégrante ») l'avant-projet du médiateur dans l'avant-projet global de budget présenté au Parlement.

36. Article 34 : Les critères retenus pour devenir secrétaire général semblent trop restrictifs.

37. L'Article 36.1 semble répéter l'Article 34.3 en ajoutant uniquement le délai de trente jours. C'est plutôt l'Article 36.1 qui pourrait renvoyer à l'Article 34.3. Le délai semble très court, car le premier médiateur devra régler la question des locaux et recruter le personnel en même temps.