

Strasbourg, le 9 mars 1998

<s:\cdl\doc\98\cdl-inf\inf5.f>

CDL-INF (98) 5

Or. fr.

N° 50 / 97

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT

A V I S

**SUR LA COMPETENCE
DE LA FEDERATION
DE LA BOSNIE ET HERZEGOVINE
EN MATIERE PENALE**

**adopté par la Commission de Venise
lors de sa 34^e réunion plénière
(Venise, 6-7 mars 1998)**

**sur la base de l'avis de
M. Jean-Claude SCHOLSEM
(Belgique)**

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).

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.

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 prévienne 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 équitable¹). 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.

¹ 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).

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;
- 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.

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 sensu².

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*").

² 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.

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 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.