

Strasbourg, le 3 novembre 1998  
<cdl\1998\cdl-inf\17INF.F>

CDL-INF (98) 17

**AVIS  
DE LA COMMISSION DE VENISE**

**SUR LA NECESSITE D'ETABLIR  
UNE JURIDICTION AU NIVEAU DE L'ETAT  
DE BOSNIE ET HERZEGOVINE**

*Lors de la 34e réunion plénière de la Commission de Venise (Venise, 6-7 mars 1998), le Haut Représentant de la communauté internationale en Bosnie Herzégovine, M. Carlos Westendorp, a sollicité l'avis de la Commission sur certaines questions de droit constitutionnel et, entre autres, sur la nécessité d'établir une institution judiciaire au niveau de l'Etat de Bosnie et Herzégovine (voir le discours de M. Westendorp devant la Commission de Venise, CDL (98) 26).*

*La Commission a désigné certains de ses membres comme Rapporteurs pour étudier les questions soulevées par le Haut Représentant. Les Rapporteurs se sont réunis à Venise, en marge de la 35e réunion plénière de la Commission (12-13 juin 1998) et à Heidelberg (7 juillet 1998) et ont échangé des vues avec les responsables du Bureau du Haut Représentant.*

*Le présent avis a été adopté par la Commission, lors de sa 36e réunion plénière, sur la base de la contribution de M. Jean-Claude Scholsem, Rapporteur.*

\* \* \*

## **1. L'absence de juridiction suprême de l'Etat de Bosnie et Herzégovine dans la Constitution de Bosnie et Herzégovine**

La Commission a déjà reconnu que la Constitution de la Bosnie et Herzégovine (Annexe IV aux Accords de Dayton) fonde un Etat fédéral particulièrement faible<sup>1</sup>. La Constitution définit en effet les deux entités de cet Etat fédéral, à savoir la Fédération de Bosnie et Herzégovine (ci après « FBH ») et la Republika Srpska (ci-après « RS »), et répartit les compétences entre les entités et l'Etat de Bosnie et Herzégovine (ci après « BH »); elle crée aussi une nationalité ; enfin, elle proclame sa supériorité sur les lois et les Constitutions des entités et établit une Cour constitutionnelle pour assurer la compatibilité des lois et constitutions des entités avec la Constitution de l'Etat. Cependant, la Bosnie et Herzégovine n'a pas de ressources propres et dépend, dès lors, des contributions des entités. Sur le plan juridique, sa faiblesse se manifeste avant tout par le fait que toutes les fonctions essentielles non expressément assignées à l'Etat relèvent de la compétence des entités et de l'absence d'une garantie expresse de compétences implicites de l'Etat. Elle se manifeste aussi par la différenciation très marquée des ordres juridiques des entités qui trouve son expression, entre autres, dans l'absence d'une juridiction suprême, au niveau de l'Etat, tenue d'assurer l'application et l'interprétation uniformes de la loi.

L'absence de juridiction suprême au niveau de l'Etat de Bosnie et Herzégovine n'est donc pas un « oubli » du législateur constitutionnel. Ce dernier semble convaincu qu'une telle juridiction suprême est superflue dans un système où les domaines principaux de la vie publique et sociale ne sont pas régis par des lois de l'Etat, mais

---

<sup>1</sup> (Avis de la Commission de Venise sur la compatibilité des constitutions des entités avec la Constitution de la Bosnie et Herzégovine, voir Rapport Annuel de la Commission pour 1996, pp. 60 –73 et document CDL-INF (98) 15, pp. 55 et s./p.56).

par les lois des entités. En fait, le système juridique de la Bosnie et Herzégovine tolère la dualité des réglementations même dans des matières aussi essentielles que le droit pénal ou le droit civil. En revanche, la création et la mise en place d'une Cour constitutionnelle (Article VI de la Constitution) correspond à la nécessité réelle de préserver l'uniformité dans l'application et l'interprétation de la Constitution de la Bosnie et Herzégovine.

La Commission ne tient donc pas l'absence de juridiction suprême au niveau de l'Etat de Bosnie et Herzégovine comme injustifiée eu égard aux particularités de l'ordre constitutionnel de cet Etat<sup>2</sup>.

## **2. L'établissement de juridictions au niveau de l'Etat BH est-il compatible avec la Constitution BH ?**

Quand bien même l'absence de juridiction suprême apparaît comme une particularité de l'ordre constitutionnel de la BH, ce dernier n'interdit pas expressément la création de toute juridiction au niveau de l'Etat.

L'Etat BH a des compétences propres, notamment des compétences législatives, et il doit être en mesure de mettre en place les institutions qui garantissent l'effet utile de la législation BH. Si cet effet utile est menacé par l'absence d'un tribunal au niveau de la BH, cette dernière doit avoir la compétence pour le créer.

Or cette compétence doit cadrer avec la Constitution qui ne prévoit pas de juridictions ordinaires au niveau BH. Pour que la mise en place d'une institution judiciaire au niveau de l'Etat soit compatible avec la Constitution, elle ne doit pas être simplement utile ou souhaitable, mais doit répondre à une exigence spécifique, reconnue par la Constitution elle-même.

La Commission a déjà estimé, par exemple, que l'Etat de BH n'est pas tenue de créer des juridictions pénales au niveau de l'Etat pour appliquer les normes de droit pénal adoptées au niveau l'Etat<sup>3</sup>. En effet, l'objet d'une procédure pénale est la responsabilité pénale d'un individu et non la validité d'actes des autorités de de la BH. Rien n'empêche, dès lors, les juridictions des entités d'appliquer le droit édicté par le législateur de la BH, comme c'est d'ailleurs le cas dans plusieurs Etats fédéraux européens. Certes, en l'absence d'une juridiction suprême au niveau de l'Etat, l'uniformité de l'interprétation de ces normes pourrait ne pas être entièrement assurée. Toutefois, on l'a vu, l'ordre constitutionnel de la BH peut tolérer certaines divergences. 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

---

<sup>2</sup> Selon l'avis du Prof. Sadiković, membre associé de la Commission de Venise, l'absence d'une Cour Sprême de Bosnie et Herzégovine est un obstacle majeure à la réalisation de l'Etat de droit, qui est un des principes fondamentaux de la Constitution BH. Par conséquent, l'Etat de Bosnie et Herzégovine doit établir une Cour sprême de juridiction générale au niveau de l'Etat.

<sup>3</sup> Avis sur la compétence de la FBH en matière pénale, adopté lors de la 34e réunion de la Commission, 6-7 mars 1998, CDL-INF (98) 5 et CDL-INF (98) 15, pp. 88 et s. par. 17

censurée par la Cour constitutionnelle de la BH<sup>4</sup>. Cette approche vaut aussi pour les infractions commises par le personnel de l'administration de la BH, qui peuvent donc être jugées par les tribunaux pénaux des entités, selon les règles de compétence établies par la loi de l'Etat BH en la matière. Bien entendu, ceci ne concerne pas les infractions à la loi pénale (p.ex. haute trahison) commises par des personnes investies de hautes fonctions gouvernementales et politiques (membres de la présidence, ministres, juges constitutionnels etc) dans l'exercice de leurs fonctions. La procédure relative à ces infractions doit, comme dans de nombreux Etats européens, faire l'objet de réglementation spécifique.

Il résulte de ce qui précède que la BH est habilitée, voire tenue (voir ci dessous) à instituer des juridictions au niveau de l'Etat BH, lorsque les conditions suivantes sont remplies:

- les juridictions en question sont spécifiques, en ce sens qu'elles concernent une matière particulière et n'ont pas de compétence générale ; accepter la possibilité d'établir des juridictions de compétence générale aboutirait à la mise en place d'un système de juridictions ordinaires au niveau de BH, ce qui de toute évidence n'est pas voulu par la Constitution BH ;

et

- leur établissement répond à une exigence constitutionnelle, en ce sens que l'ordre constitutionnel se trouve atteint aussi longtemps que ces juridictions ne sont pas établies.

### **3. Domaines dans lesquels l'établissement d'une institution judiciaire au niveau de la BH est exigé**

La Commission a pu déceler certains domaines dans lesquels les conditions susmentionnées sont réunies.

#### ***3.1. Litiges électoraux***

La matière électorale fournit un tel exemple :

Dans son avis sur la compétence de la BH en matière électorale (adopté le \*), la Commission a estimé qu'en ce qui concerne les litiges électoraux relatifs aux élections aux institutions de l'Etat BH, il est nécessaire d'attribuer une compétence de contrôle à une juridiction de l'Etat. En effet, l'obligation de soumettre les différents électoraux à une institution judiciaire indépendante résulte du caractère démocratique de l'Etat BH (consacré au Préambule de la Constitution BH) mais aussi – et surtout – de l'obligation imposée à la BH (comme aux entités) d'organiser « d'élections libres et équitables » (Article 1er, par.1 de l'Annexe 3 aux Accords de Dayton). L'Etat de

---

<sup>4</sup> voir Article VI par.2 (b) de la Constitution BH établissant la juridiction appelatoire de la Cour constitutionnelle.

BH a donc, en vertu des Accords de paix et de sa propre Constitution, l'obligation de soumettre les litiges en question à une juridiction. A cet égard, le choix de l'institution est laissé au législateur national. Ce dernier peut envisager d'attribuer ces litiges à une section spécialisée de la Cour constitutionnelle ou d'établir une juridiction distincte (ibid). Quelle que soit la solution retenue par le législateur, elle sera nécessairement complémentaire à la Constitution BH, laquelle ne prévoit ni de compétence électorale pour la Cour constitutionnelle ni de juridiction électorale distincte. Elle sera complémentaire à la Constitution et non contraire à celle-ci, puisque la Constitution elle-même exige, comme on l'a vu, l'existence d'une telle instance.

### **3.2. Litiges administratifs**

Un autre domaine, dans lequel la mis en place d'une juridiction au niveau de l'Etat BH doit être envisagée est celui du litige en matière d'actes administratifs.

Le principe général de la légalité des actes de l'administration et le principe de l'Etat de droit, qui sont à la base de la Constitution BH (Article I par. 2), exigent en effet que les actes de l'administration de BH soient soumis à un contrôle judiciaire.

Cette exigence générale est encore plus clairement établie lorsque les actes de l'administration ont des effets sur les droits individuels. L'exigence d'un contrôle judiciaire des actes de l'administration relève alors du respect des droits fondamentaux.

L'article II de la Constitution BH dispose que « le degré le plus élevé de libertés fondamentales et de droits de l'Homme internationalement reconnus » est garanti en BH et qu'une Commission des droits de l'Homme est créée à cette fin, conformément à l'Annexe 6 aux Accords de paix. L'article 1er de l'Annexe 6 se réfère quant à lui à la Convention européenne des droits de l'homme (ci après « CEDH ») dont l'article 6 par. 1 dispose , entre autres, que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit de toute accusation en matière pénale dirigée contre lui » (voir aussi, Article II, par 3 (e) de la Constitution BH).

La jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme a constamment considéré les notions du droit de « caractère civil » et de l'accusation « en matière pénale » comme des notions autonomes, propres à la CEDH, qui ne se réfèrent pas au droit national des Etats qui sont tenus d'appliquer la CEDH. Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des Droits de l'Homme, il suffit que l'issue du litige soit déterminante pour des droits de caractère civil, c'est-à-dire de caractère personnel et patrimonial d'une des parties à la procédure. Des litiges dans des domaines qui relèvent traditionnellement du « droit administratif » des Etats membres du Conseil de l'Europe ont ainsi été considérés, au regard de la CEDH, comme étant des litiges portant sur des « droits de caractère civil ». On peut citer, à titre d'exemple, les litiges portant sur le refus de certains avantages fiscaux (arrêt Editions Persiscope c. France du 26 mars 1992, série A n° 234-B) ; sur des droits à des prestations de sécurité sociale (arrêt Deumeland c. RFA du 29 mai 1986, série A n° 100) ; sur des droits à pension des fonctionnaires (arrêts Lombardo c. Italie du 26 novembre 1992, série A n° 249-B et 249-C) ; sur les droits à indemnité pour actes

illicites de l'administration (arrêt Tomasi c. France du 27 août 1992, série A n° 241-A). De même, certaines procédures administratives ont été considérées comme des procédures portant sur « des accusation en matière pénale ». On peut citer, à titre d'exemple, les litiges relatifs à des sanctions imposées dans le domaine de l'économie (arrêt Deweer c. Belgique du 27 février 1980, série A n° 35), dans le domaine fiscal (rapport de la Commission dans l'affaire von Sydow C. Suède) ; dans le domaine de la circulation routière (arrêt Öztürk c. RFA du 21 février 1984) .

Il ne fait aucun doute que les décisions prises par l'administration de l'Etat de BH, dans le cadre de ses compétences constitutionnelles (par exemple, dans le cadre du commerce extérieur, de la politique douanière, de la politique d'immigration, la réglementation des transports et le contrôle de la circulation aérienne) peuvent avoir des effets déterminants pour l'exercice des droits ou obligations de caractère civil des individus, ou être considérées comme des sanctions imposées à la suite d'une accusation en matière pénale, au sens de l'article 6 par. 1 de la CEDH. Cette dernière disposition, qui lie la BH en vertu de sa Constitution et des accords de paix, requiert alors un contrôle judiciaire de la décision de l'administration.

L'Etat de BH a donc l'obligation constitutionnelle de permettre à ses administrés d'avoir accès à un tribunal qui décidera de toute contestation née d'une action ou d'une omission de l'administration, dans la mesure où ladite action ou omission apparaît comme une sanction ou a des effets immédiats sur les droits de caractère personnel et patrimonial de l'individu. Comme les juridictions des entités n'ont aucune compétence pour se prononcer sur la légalité et annuler des actes des autorités de la BH, l'Etat de BH est dans l'obligation d'établir, au niveau de l'Etat, une institution judiciaire investie du pouvoir de pleine juridiction (pouvoir d'annulation et pouvoir de connaître du fond du litige).

#### **4. Conclusions**

La Commission estime

- que l'absence de juridiction suprême au niveau de l'Etat de Bosnie et Herzégovine n'est pas injustifiée, eu égard aux particularités de l'ordre constitutionnel de cet Etat ;
- que la BH est habilitée à instituer au niveau de l'Etat BH des juridictions spécifiques, en ce sens qu'elles concernent une matière particulière et n'ont pas de compétence générale et dont l'institution répond à une exigence constitutionnelle établie;
- qu'en matière de contentieux électoral et en matière de contentieux administratif la BH est habilitée, voire tenue, d'établir des juridictions au niveau de l'Etat.