



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 10 octobre 2003

Diffusion restreinte
CDL (2003) 68
Or. fr.

Avis n° 258/2003

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

PROJET D'AVIS SUR
LE TRANSFERT DE COMPETENCE
EN MATIERE D'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR
AU SEIN DE LA FEDERATION DE BOSNIE-HERZEGOVINE

préparé par

M. Jean-Claude SCHOLSEM (Membre, Belgique)

I Introduction

Le Ministre des affaires civiles de Bosnie-Herzégovine (B.-H.), le Professeur Safet HALILOVIC, a interrogé, en septembre 2003, la Commission de Venise sur les problèmes constitutionnels soulevés par la répartition des compétences en matière d'enseignement (et plus particulièrement en matière d'enseignement supérieur) au sein de la Fédération de Bosnie-Herzégovine (F. B.-H.).

Dans sa lettre à la Commission, le ministre S. HALILOVIC explique qu'un important projet de loi-cadre en matière d'enseignement supérieur a été élaboré au niveau de la Bosnie-Herzégovine.

Ce projet, joint en annexe, a été rédigé en collaboration avec le Conseil de l'Europe qui joue un rôle moteur en ce domaine.

L'adoption de ce projet apparaît essentielle sous l'angle international, notamment en ce qui concerne la reconnaissance des diplômes (ratification de la Convention de Lisbonne). Elle est aussi importante, en ce qu'elle conditionne des aides de la Banque mondiale.

Aux yeux du Ministre, un obstacle juridique s'oppose, dans l'état actuel des choses, à l'introduction de ce projet de loi auprès des autorités législatives de Bosnie-Herzégovine, à savoir la répartition interne des compétences en matière d'enseignement au niveau de la Fédération de Bosnie-Herzégovine. A ce niveau, en effet, ce sont les cantons qui sont compétents, ce qui empêche de toute évidence une coopération entre les Entités et l'Etat de Bosnie-Herzégovine, telle qu'elle est envisagée par le projet de loi élaboré par le Ministre.

C'est sur ce point que le Ministre S. HALILOVIC interroge la Commission de Venise. Il ne soulève aucune difficulté constitutionnelle éventuelle quant au respect des compétences respectives de l'Etat et des entités fédérées.

Le présent avis fera d'abord le point sur les problèmes de compétence internes à la Fédération de Bosnie-Herzégovine en matière d'enseignement (II). Il envisagera la manière la plus adéquate de porter remède à ces problèmes (III). Enfin, bien que la question ne soit pas posée directement, il évoquera la situation créée par le projet de loi entre l'Etat et ses entités fédérées (IV).

II Compétences en matière d'enseignement au niveau de la Fédération de Bosnie-Herzégovine

La matière de l'enseignement ressortit sans nul doute possible à la compétence des cantons. Ceci résulte sans ambiguïté de l'article III-4 de la Constitution de la Fédération qui, tout en affirmant la compétence des cantons dans toute matière non expressément dévolue à la Fédération, leur attribue explicitement celle de la politique de l'enseignement « including decisions concerning the regulation and provision of education » (art. III-4-(b)). Aucune distinction n'est faite selon le niveau d'enseignement et l'enseignement supérieur est donc inclus.

A cet égard, la Commission de Venise ne peut que regretter que le processus de révision de la Constitution de la Fédération, auquel la Commission a participé et qui a débouché sur certains résultats, n'ait pas été poursuivi (voy. Doc CDL(2000)52, (2000)67 et 2000 FBH-2).

En effet, parmi les amendements discutés à l'époque, mais non adoptés, figurait précisément la proposition de faire des éléments de base en matière d'enseignement une compétence conjointe de la Fédération et des cantons. La Commission se tient bien évidemment à la disposition des autorités de la Fédération pour poursuivre la réflexion entamée en 2000.

III Moyens de transférer la compétence en matière d'enseignement des cantons à la Fédération

Comme l'envisage le Ministre HALILOVIC lui-même dans sa lettre à la Commission de Venise, deux moyens fondamentalement différents s'offrent en vue du nécessaire transfert de compétence en matière d'enseignement des cantons à la Fédération.

Il est possible d'envisager un transfert volontaire de la part des cantons, fondé sur le texte de la Constitution actuelle. On peut aller plus loin et proposer une révision de la Constitution de la Fédération.

En vertu de l'article V-2-(1) de la Constitution de la Fédération, chaque canton peut attribuer ses compétences (« confer its responsibilities ») soit à une municipalité ou ville, soit à l'autorité fédérale. On envisageait donc ici une action concertée des dix cantons qui délégueraient tous et de la même façon leur compétence en matière d'enseignement supérieur à la Fédération.

L'utilisation de cette voie paraît peu commode, puisqu'elle exige, à court terme – l'adoption du projet étant urgente -, une démarche parallèle et strictement identique des dix cantons. Elle exige, par exemple, que les dix cantons définissent de la même manière l'enseignement supérieur et les compétences qu'ils entendent transférer dans ce secteur.

En outre, le texte de l'article V-2-(1) de la Constitution de la Fédération¹ peut soulever certaines questions. Bien que le texte ne le dise pas expressément, il semble nécessaire que le bénéficiaire du transfert de compétence (soit la municipalité ou la ville, soit l'autorité fédérale) l'accepte, ce qui, dans le cas présent, ne fait pas problème.

Mais quelle est la nature de ce « transfert » ? Le fait que le texte de l'article V-2-(1) ait été modifié par l'amendement constitutionnel XV peut susciter certaines interrogations. Dans le texte initial, on parlait (dans le texte en anglais) de « delegate or confer its responsibilities ». Dans la version actuelle, il est dit que « Each canton may confer its responsibilities ». Est-ce la compétence ou son simple exercice qui sont ainsi conférés ? Nous pencherions plutôt pour la seconde solution. Il paraît que l'ordre constitutionnel de la répartition des compétences ne peut être altéré de manière définitive. En d'autres termes, il serait loisible à un ou plusieurs cantons de reprendre pour son propre compte l'exercice de la compétence dont l'exercice a été transféré à la Fédération. Même si la solution n'est pas certaine, ce risque fait planer sur cette voie juridique une incertitude majeure. Il en est d'autant plus ainsi que dans le projet de loi élaboré au niveau de la Bosnie-Herzégovine, une collaboration étroite et permanente est prévue entre l'Etat et les entités fédérées. Il convient donc que la Fédération de Bosnie-

¹ L'idée d'une loi constitutionnelle a aussi été évoquée. L'adoption de cette "loi" serait soumise aux mêmes conditions de vote qu'une révision de la Constitution (majorité des deux tiers à la Chambre des représentants, majorité simple à la Chambre des Peuples, comprenant la majorité des délégués bosniaques et des délégués croates). On peut dès lors s'interroger sur la différence réelle entre les deux formules.

Herzégovine soit totalement assurée de sa compétence au niveau interne avant qu'une loi concrétise une collaboration organique à un niveau supérieur.

Il nous semble donc que, malgré sa lourdeur, une révision de la Constitution de la Fédération se recommande, en vue d'établir de manière nette, incontestable et irréversible, la compétence de la Fédération en matière d'enseignement supérieur. Ceci serait en outre peut-être l'occasion de repenser la problématique de la répartition des compétences entre les cantons et la Fédération, de manière plus globale en ce qui concerne l'enseignement en général. Les initiatives de 2000 allaient dans ce sens et envisageaient qu'au moins certains éléments de base en cette matière soient considérés comme des compétences conjointes de la Fédération et des cantons.

IV Répartition des compétences en matière d'enseignement entre l'Etat et les entités fédérées

Le projet de loi transmis à la Commission de Venise se présente comme une loi-cadre. Cette loi vise à fixer des principes généraux dont l'établissement est nécessaire en vue de satisfaire aux obligations internationales de la Bosnie-Herzégovine (spécialement, les articles 1 et 2).

De toute évidence, la mise en œuvre de cette loi postule une coopération très étroite entre les institutions de l'Etat et celles des entités fédérées. Par exemple, les articles 32 et 33 du projet assignent certaines responsabilités respectivement aux autorités de l'Etat et à celles des entités fédérées. Il s'agit d'un système complexe de répartition des compétences où l'Etat dispose d'une compétence-cadre, mais qui ne semble pouvoir fonctionner de manière harmonieuse qu'en étroite collaboration entre les entités. Ce système peut sans doute être rapproché du modèle allemand en matière d'enseignement supérieur (Constitution allemande, art.75, §1 a), art.91a, §1-1 et art.91b).

Selon la Constitution de la Bosnie-Herzégovine, l'Etat ne dispose d'aucune compétence en matière d'enseignement. Le Ministre HALILOVIC ne soulève cependant aucune question de constitutionnalité sur ce point.

Le projet de loi se fonde sur l'article IV-4-(a) et sur l'article II-3-1) de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine. La référence à l'article IV-4-(a) ne semble pas pertinente, puisque cette disposition a uniquement trait à la compétence de l'assemblée parlementaire. On ne peut, à notre avis, rien déduire de cet article quant à la compétence de la Bosnie-Herzégovine elle-même. Quant à la référence à l'article II-3-1), elle ne paraît pas directement pertinente. Cette disposition se situe dans l'article II (Human rights and fundamental freedoms) et consacre le droit à l'enseignement (the right to education). Cette disposition n'interfère normalement pas avec les partages de compétences tels qu'ils sont établis à l'article III. Elle fait peser des obligations sur les diverses autorités publiques, en fonction de leurs compétences respectives. Il serait peut-être possible d'avoir une lecture plus souple et une vision plus dynamique de la Constitution. On pourrait ainsi soutenir que si les règles littérales de partage de compétences s'opposent à la mise en œuvre d'un droit fondamental (ici le droit à l'enseignement) ces règles doivent être interprétées de telle sorte que cette compétence soit exercée au niveau où l'effectivité du droit est garantie. Cette thèse mérite d'être discutée de manière approfondie. Comme cette question ne nous est pas posée directement, nous ne faisons ici que soulever le problème.

Il nous paraît dès lors, dans l'état actuel de l'analyse que la compétence de la Bosnie-Herzégovine ne peut se fonder à titre principal que sur l'article III-5-(a). En vertu de cette disposition, la Bosnie-Herzégovine peut se voir confier des compétences additionnelles à la suite d'un commun accord des entités (« Bosnia-Herzegovina shall assume responsibility for such other matters as are agreed by the Entities »). Le cas échéant, cette disposition peut être combinée avec l'article III-2-(b) qui dispose que les Entités doivent procurer à l'Etat toute l'aide nécessaire pour lui permettre d'honorer ses obligations internationales. On pourrait même aller jusqu'à dire que l'article III-2-(b) est susceptible de renforcer l'article III-5-(a) en ce sens que l'obligation faite aux entités par la première disposition ne pourrait dans certains cas, comme celui visé ici, n'être pleinement exécutée que par la voie d'un accord portant transfert de compétences des entités à l'Etat.

Dans cette perspective, c'est donc essentiellement sur une base contractuelle (le recours à l'article III-5-(a)) que la compétence de la Bosnie-Herzégovine pourrait être établie. L'accord des deux entités devrait par conséquent être formalisé pour des raisons de sécurité juridique.

La technique des responsabilités additionnelles (« additional responsibilities ») présente à certains égards les mêmes défauts que ceux dénoncés plus haut au sujet du transfert possible de compétences entre les cantons et la Fédération.

Ici aussi, une révision formelle de la Constitution apparaît une voie à l'abri de toute incertitude. Toutefois, le problème nous semble en pratique se poser en termes différents au niveau des relations entre l'Etat et les deux entités fédérées. En premier lieu, le nombre des partenaires est très restreint. Ensuite, ils ont sans doute chacun grand intérêt au succès de la formule, et ce d'autant plus que la pression internationale en ce sens est très forte. Enfin, au vu de la complexité des mécanismes de législation-cadre et de coopération mis au point par le projet de loi, une révision de la Constitution, en vue de refléter ce type de partage de compétences, s'avérerait sans doute techniquement très malaisée.