

Strasbourg, 30 mars 1999

CDL-INF (99) 6
Or. Eng.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRACIE PAR LE DROIT

(COMMISSION DE VENISE)

**AVIS SUR L'ETENDUE DES COMPETENCES
DE LA BOSNIE ET HERZEGOVINE
EN MATIERE D'IMMIGRATION ET D'ASILE,
EU EGARD NOTAMMENT A UN EVENTUEL PARTAGE
DE COMPETENCES AVEC LES ENTITES**

I. Introduction

1. Lors de sa 36e réunion plénière des 16 et 17 octobre 1998, la Commission a été invitée par le représentant du Bureau du Haut Représentant (BHR) à émettre un avis sur les aspects juridiques d'une délégation des pouvoirs de la Bosnie et Herzégovine (BH) en faveur des Entités. Dans un mémorandum en date du 3 décembre 1998, le BHR a donné des précisions sur sa demande: la Commission est invitée à adopter non pas un avis général sur toutes les formes possibles de délégation de pouvoirs, mais un avis sur la compatibilité du *Projet de loi de BH sur l'immigration et l'asile* avec la répartition constitutionnelle des compétences entre la BH et les entités, étant entendu que des principes similaires peuvent également être appliqués dans d'autres domaines.
2. Un groupe de travail de la Sous-commission sur l'Etat fédéral et régional - présidé par M. Scholsem et composé de MM. Bartole, Matscher et Tuori - a été chargé de préparer cet avis. Le groupe de travail s'est réuni à Paris le 29 janvier 1999, en présence de représentants du BHR. Après avoir été approuvé par la Sous-commission le 20 mars 1999, le présent avis - préparé par le groupe de travail - a été adopté au cours de la 38e réunion plénière de la Commission les 22 et 23 mars 1999.
3. La Commission souligne que le pouvoir de donner une interprétation de la Constitution de BH qui fasse autorité est du ressort de la Cour constitutionnelle de BH, seul organe habilité à fournir une interprétation contraignante des dispositions constitutionnelles. Néanmoins, compte tenu de la demande du BHR et de la nécessité de garantir d'emblée la conformité à la Constitution de l'approche choisie pour la rédaction de projets de lois en BH, la Commission estime qu'un avis non contraignant d'experts juristes extérieurs pourrait être utile aux autorités de BH.

II. Considérations générales

4. L'article III.1 de la Constitution de Bosnie et Herzégovine est ainsi rédigé:

" Les matières ci-dessous relèvent de la compétence des institutions de Bosnie et Herzégovine:...

(f) Politique et réglementation relatives à l'immigration, aux réfugiés et à l'asile".

5. Le *Projet de loi sur l'immigration et l'asile* régit de manière détaillée les questions relatives à l'immigration et à l'asile, notamment les procédures administratives à respecter, et autorise le ministère des affaires civiles et de la communication de BH à préciser ces règles par le biais de règlements. Les entités ne disposent d'aucun pouvoir réglementaire. Toutefois, dans nombre de cas, la première décision administrative est prise par l'autorité compétente au niveau de l'entité, s'agissant par

exemple de la délivrance d'un permis de séjour. Dans ce cas, il est possible d'exercer un recours administratif auprès du ministère des affaires civiles et de la communication de BH. La question de l'exercice d'autres actions en justice contre une décision administrative définitive n'apparaît pas dans le texte du projet de loi.

6. Le mémorandum du BHR soulève notamment la question de savoir si la BH peut déléguer certains pouvoirs ou compétences aux entités dans des domaines qui, en vertu de la Constitution, relèvent de sa compétence exclusive, et à quelles conditions. Dans le cadre du présent projet de loi, est-il légal que l'autorité compétente au niveau de l'entité prenne la première décision administrative dans de nombreux cas?

III. Pouvoirs législatif et réglementaire

7. La Commission note en premier lieu que le projet de loi est une loi de la BH et que l'ensemble du pouvoir réglementaire appartient aux institutions de la BH. Par ailleurs, il est clair que ce projet de loi tente de fournir un maximum d'indications à l'administration en ce qui concerne le traitement des dossiers individuels. Selon la Commission, il n'y a aucune raison de douter de la totale conformité de cette approche avec la Constitution de BH, notamment avec l'article III.1(f) qui réserve explicitement tous les pouvoirs normatifs dans ce domaine aux institutions de la BH.

IV. Attributions à caractère administratif

8. La Constitution de BH est un document bref et concis qui fournit extrêmement peu d'indications concernant l'administration de l'Etat. Certaines dispositions prévoient clairement une compétence de la BH en ce qui concerne l'administration quotidienne de certaines institutions : ainsi, l'article III.1(h) dispose que la BH est responsable du fonctionnement de certains services. L'article III.1(f), quant à lui, est moins clair et ne mentionne explicitement qu'une compétence en matière de "politique et de réglementation". Cependant, selon la Commission, il n'est pas possible d'interpréter ces dispositions comme limitant les compétences de la BH au domaine normatif. La Commission a d'ores et déjà rejeté une approche similaire dans son "Avis sur la compatibilité des Constitutions de la Fédération de Bosnie et Herzégovine et de la Republika Srpska avec la Constitution de la Bosnie et Herzégovine" en ce qui concerne la politique douanière.¹

¹ La Commission écrit: "le Groupe de travail a hésité à accepter cette distinction entre la politique douanière et la mise en œuvre. Au niveau de la BH, on peut bien entendu décider, à l'avenir, de confier aux entités la mise en œuvre de la politique douanière. En l'absence d'une telle décision, les entités devraient s'abstenir de revendiquer des responsabilités dans ce domaine. Il est essentiel que les règlements douaniers soient appliqués de façon uniforme dans toute la BH, ce qui autoriserait la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la BH. L'absence d'autres ressources pour la BH (voir ci-dessus) joue également en faveur d'une perception des droits de douane par la BH".

9. L'absence de dispositions relatives à l'administration dans la Constitution ne peut s'expliquer que par le fait que la Constitution repose sur un parallélisme général entre les attributions législatives et exécutives. Sauf indication contraire dans une disposition spécifique de la Constitution, la BH est en principe supposée responsable tant de l'élaboration que de l'exécution des lois. C'est ce qui ressort de la formulation générale de l'article III.1, qui ne fait pas de distinction entre les pouvoirs législatifs et administratifs, mais attribue les compétences relatives à certaines matières aux institutions de la BH. Cette interprétation est confirmée par l'article V.4(a) qui confie au Conseil des Ministres la tâche d'exécuter les décisions de la BH, notamment dans les domaines mentionnés à l'article III.1.
10. La compétence administrative de la BH semble également indispensable dans le domaine de l'immigration et de l'asile (ainsi que dans d'autres domaines) afin de garantir l'uniformité nécessaire des pratiques administratives. L'article I.4 de la Constitution prévoit la libre circulation des personnes sur le territoire de la BH. Toute décision, prise par une entité, concernant l'admission d'une personne sur son territoire a donc nécessairement des répercussions sur l'autre entité. C'est pourquoi il convient de garantir l'uniformité des pratiques dans toute la BH.
11. La Commission note - point de départ de sa réflexion - que la BH est également compétente pour la mise en œuvre des politiques en matière d'immigration et d'asile.
12. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il ne soit pas justifié dans certains cas de conférer aux entités certaines fonctions administratives. Cela signifie seulement qu'une décision sur la question de savoir si de telles fonctions leur seront conférées ne peut être prise que par la BH. Ainsi, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir législatif, la BH peut prévoir l'accomplissement de certaines fonctions par les Entités. Ceci constituerait un pas vers un « fédéralisme d'exécution » caractéristique d'Etats fédéraux européens tels que l'Autriche, l'Allemagne et la Suisse. Cette approche est également souhaitable pour des raisons d'ordre pratique. La Commission a déjà noté que la BH est une fédération d'une faiblesse peu commune, n'ayant que des compétences limitées. La compétence administrative de la BH est par conséquent également restreinte. Si la BH n'est pas en mesure d'exercer certaines fonctions en raison du développement insuffisant de son administration ou s'il est plus facile de prendre certaines décisions sur place, la BH peut exercer sa compétence partiellement en demandant aux Entités de se charger de certaines fonctions administratives. Toutefois, cette délégation partielle de pouvoirs ne peut en aucun cas remettre en cause l'exigence d'une application uniforme de la loi sur tout le territoire de la BH. Cette dernière peut également revenir librement sur sa décision de délégation de pouvoirs à une date ultérieure. Sur le plan juridique, rien

n'empêche la BH de modifier ses lois et de confier à nouveau à l'administration fédérale ses pouvoirs décisionnels respectifs si le travail effectué par les organes des Entités n'est pas satisfaisant.

13. En ce qui concerne la Loi sur l'immigration et l'asile, ces considérations confirment la légalité de l'approche adoptée dans le projet. Ce dernier garantit en effet, dans la mesure du possible, une application uniforme de la loi. Non seulement ce texte fournit-il déjà aux autorités des indications assez détaillées - qui doivent ensuite être complétées par d'autres règlements émanant d'un ministère de la BH - mais il garantit également que les autorités de la BH sont complètement informées des décisions prises par les Entités, en demandant à ces dernières de faire parvenir un exemplaire desdites décisions au ministère compétent de BH et en prévoyant notamment la possibilité d'un recours administratif contre toutes les décisions adoptées par les autorités des Entités auprès du ministère des affaires civiles et de la communication de BH. Ce dernier est pleinement compétent pour réexaminer ces décisions, non seulement par rapport à leur légalité mais également par rapport à leur opportunité.
14. La Commission soutient par conséquent entièrement l'approche adoptée dans le projet de loi en ce qui concerne les attributions administratives. Le seul problème qui pourrait se poser serait si les Entités refusaient l'attribution de compétences supplémentaires par la BH, à moins de disposer du financement nécessaire pour les exercer. Si un tel refus apparaît plausible dans d'autres Etats fédéraux, il semble en revanche improbable en BH, où l'Etat fédéral dépend financièrement des Entités et non le contraire. Néanmoins, cela tend à indiquer la nécessité de mettre en place des mécanismes de consultation sur ces questions entre la BH et les Entités.

V. Protection juridictionnelle

15. La première version du projet de loi restait silencieuse quant à la protection juridictionnelle. Cet "oubli" est compréhensible si l'on tient compte du fait que la Constitution de BH ne prévoit pas explicitement l'existence d'une juridiction fédérale autre que la Cour constitutionnelle. Il était par conséquent difficile, pour les auteurs de ce projet de loi, d'envisager une solution appropriée. Prévoir un recours devant les juridictions des Entités serait allé à l'encontre des efforts qu'ils déployaient pour garantir une application uniforme de la loi sur tout le territoire de la BH.
16. A cet égard, la Commission se réfère à son *Avis sur la nécessité d'établir une juridiction au niveau de l'Etat de Bosnie et Herzégovine*, dans lequel elle a estimé que la BH avait le pouvoir, et se trouvait même dans l'obligation

d'établir au niveau de l'Etat une juridiction compétente pour connaître du contentieux administratif.²

17. Le présent projet de loi illustre parfaitement l'un des cas où une telle juridiction fédérale est indispensable. L'immigration et le droit d'asile sont des questions particulièrement sensibles du point de vue des droits de l'homme, et une constitution aussi protectrice des droits de l'homme que celle de BH requiert clairement la possibilité d'une protection juridictionnelle contre les décisions administratives préjudiciables prises en la matière. Toute décision définitive susceptible de recours émane d'un ministère de BH ou même du Conseil des Ministres de BH. Or les juridictions des entités ne sont pas compétentes pour annuler les décisions d'un ministère de BH. Il convient par conséquent de prévoir la possibilité d'un recours devant une juridiction fédérale qui reste à établir. Le projet de loi devra donc être complété en conséquence, à moins qu'une autre loi ne soit adoptée à cet égard.

VI. Conclusion

18. La Commission soutient entièrement l'approche du *Projet de Loi sur l'immigration et l'asile* en ce qui concerne la répartition des compétences entre la BH et les Entités. Le projet définit un équilibre, conforme à la Constitution, entre les exigences constitutionnelles - concernant notamment l'application uniforme, dans toute la Bosnie, du droit applicable dans ce domaine sensible - et les problèmes pratiques liés aux faiblesses de l'administration de BH. Il suffirait de compléter le projet de loi par des dispositions supplémentaires accordant aux individus la possibilité d'exercer un recours contre des décisions administratives émanant des autorités de BH devant une juridiction (administrative) de BH.

² La Commission constate : « 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).* »