



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, 2 March 2004

Opinion no. 276 / 2004

Restricted
CDL(2004)014
Bil.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW

(VENICE COMMISSION)

**COMMENTS
ON THE DRAFT AMENDMENTS
TO THE CONSTITUTION OF
THE FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA**

by

**Mr Jean-Claude SCHOLSEM
(Member, Belgium)**

**Additional opinion on amendments to the FBH Constitution
(Amendments CIII through CVIII)**

1. On Friday, 20 February 2004 the Venice Commission secretariat received new proposals for amendment to the FBH Constitution (CIII to CVIII) as well as a draft law on changes and amendments to the law on the basics of local self governance (with an explanatory memorandum and an opinion by the CoE Directorate for co-operation in local and regional democracy).

2. Although the draft law is very useful in order to understand the proposed amendments to the Constitution, we will exclusively concentrate on these amendments.

The (appended) earlier opinion raised some issues on a previous version of substantially the same amendments. In general, one can state that the new drafting of the amendments is clearer and solves some of the questions previously raised.

3. One of the main points raised in our previous opinion was the kind of equilibrium the Constitution tried to reach between federal, cantonal and local (municipalities) competencies.

The new text somewhat clarifies this issue.

Amendment CIII adds to the exclusive competencies of the federation the competence of "j) determining the principles of local self-governance".

However, this is apparently the sole exclusive competence of the Federation that is worded in terms of "principles". This seems to imply that cantons keep a competence in the field of local self-governance (for what is *not* principle). Although this way of distributing competencies is far from unknown in federal states (the German concept of *Rahmengesetze*), the distinction between what is "principle" and what is not, may be difficult to draw in practice.

4. Amendment CIV defines in a new way the competencies of the cantons.

They are in particular responsible for a long list of policies or matters (items a) to l)). These competencies are in my opinion exclusive ones. Neither the Federation, nor the municipalities may interfere in them.

The end of article III-4 would read as follows "Cantons also have other responsibilities that have not been explicitly entrusted to the Federation Government or have not been entrusted by this Constitution or a Federal law to municipal or city authorities".

This wording confirms that cantons keep the residual competence (for all that is not expressly granted to either the Federation or to municipal or city authorities).

However, the text not only refers to competencies granted to the municipal or city authorities by the *Constitution*, but also by a *Federal law*. The wording is different when it defines the competencies entrusted to the Federation Government and when it refers to the competencies entrusted to the municipal and city authorities. The intervention of a Federal law is not provided for in the first case, but only in the second.

There could be some ambiguity in this difference of wording. How is the intervention of the Federal law to be understood?

This Federal law may not be contrary to the Constitution. Thus, this law may not delegate to municipalities or cities competencies that are to be found in the list of exclusive competencies of the cantons (art. III-4-a) to l)).

Could this Federal law delegate to municipalities and cities other competencies that are not in the list of exclusive competencies of cantons, thus limiting the scope of the residual competence of the cantons?

The answer is not clear. Is article III - 4 *in fine* to be interpreted as a new competence of the Federation (i.e. to delegate competencies to municipalities and cities)? Or, is the only competence of the Federation in the field of local authorities the competence stated in Article III-1-j (i.e. determining the principles of local governance, and no more)?

5. In our previous opinion, we noted that there could be some interference between the list of competencies entrusted to the municipalities and cities (by previous amendment XC) and the exclusive competencies of cantons as listed in unchanged article III-4 of the Constitution.

The new amendment CV apparently tries to clarify this issue.

It adds in chapter VI a new article 1 beginning by this sentence: "within *the framework of law*, municipalities are responsible *to regulate and perform* the public affairs of interest for the local population".

This wording seems to stress that municipalities are not at the same level as the Federation or the cantons.

They may only regulate (not pass laws) and perform certain duties in the framework of law. Moreover, the list of competencies (items 1 to 9) obviously refers to managerial or administrative responsibilities (managing, organising, establishing).

This interpretation seems to be confirmed by the last sentence of amendments CV which is of paramount importance: "The municipalities may transfer their responsibilities onto a city i.e. canton (must one not read "city *or* canton"?). The responsibilities vested upon the municipalities may not be denied nor restricted by the Federation or Cantonal authorities except in cases foreseen by law".

This drafting seems to be a real improvement, as it guarantees, in a very efficient way, the principle of local autonomy.

However, the word "law" used in the second sentence should be clarified.

Is law synonymous with Federal law? This would mean that only the Federation could curtail the municipal autonomy. In this case, the cantons would lose this kind of control on the municipalities and cities and the word "Federal law" should be used.

Or is law only used to indicate that the municipal regulations are inferior and subordinate to legislation, be it Federal or cantonal, depending on the competencies of the Federation or of the cantons? In this case, it would be clearer to write: "except in the cases foreseen by Federal or cantonal legislation".

6. In the former opinion, we noted that draft amendments XC introducing in article VI-1 a new item e) relating to the taxing powers of the municipalities raised some difficult issues.

This matter is now treated in amendments CVI (new article VI -2 - c).

The new text reads as follows: "When performing their responsibilities, the municipalities, ... c) Have the right to sources of financing that will be adequate to their responsibilities, providing that one part of those funds will come from the local taxes and fees the rates of which the municipalities have the right to determine".

This new text is, in some ways, less precise than previous amendments XC. It is in the first place a provision stating principles: the principle of an "adequate" funding and the principle of a necessary "autonomy" of the municipalities. There is, in my view, nothing wrong with this kind of text. But they must be taken for what there are. If the principles of adequate funding and fiscal autonomy are written down in the Constitution, why not mention the principle of equalisation between rich and poor municipalities? Moreover, one may wonder whether this kind of provision could be or should be subject to judicial review. Could, for example, the Constitutional Court strike down a statute, because the funding (by whom, exactly?) of the municipalities is not sufficient or because the proposition of autonomous local taxes is not high enough? It seems that the legal meaning of this provision would deserve to be defined.

Is it a binding provision or only a programmatic one? In any case, there should be an additional provision stating that the law determines the financing system of the municipalities and that the law may restrict or regulate their taxing powers. This would lead us back to the questions raised in our previous opinion (and also raised in other parts of the present opinion). Would this "law" be only Federal law or Federal and/or cantonal law? This financial issue seems to be of crucial importance for the equilibrium of the whole federal system of the Federation of Bosnia-Herzegovina.

Mr J.C. SCHOLSEM
Member of the Venice Commission
(Belgium)

22/02/04

A P P E N D I X

OBSERVATIONS SUR LES AMENDEMENTS PROPOSÉS À LA CONSTITUTION DE LA FÉDÉRATION DE BOSNIE-HERZÉGOVINE EN CE QUI CONCERNE LES POUVOIRS LOCAUX

(Version préparée
par la Commission constitutionnelle de la Chambre des Représentants
lors de ses sessions des 12 décembre 2003 et 22 janvier 2004)

préparées par

M. J.-C. Scholsem (membre, Belgique)

I. 1. - Par lettre du 28 janvier 2004, le Président du Comité constitutionnel de la Chambre des représentants de la Fédération de Bosnie-Herzégovine sollicite l'avis des instances compétentes du Conseil de l'Europe et plus particulièrement de la Commission de Venise sur une série d'amendements à la Constitution de la Fédération en matière de pouvoirs locaux.

En substance, ces amendements s'inspirent de ceux déposés pendant l'été 2000 (CDL (2000) 67- pour une synthèse des divers amendements proposés à cette époque, voy. CDL (2000) FBH-2).

Sur base de discussions tenues dans le cadre de la réunion de la Commission de Venise des 11 et 12 octobre 2000, l'ADACS ("Activities for the development and consolidation of democratic stability") a formulé un avis sur les amendements en question. Cet avis, préparé par M. Nicolas Levrat, constatait que les lignes de force des amendements proposés étaient en harmonie avec le texte et l'esprit général de la Charte européenne de l'autonomie locale. L'avis soulevait toutefois, dans la formulation des amendements, certains points techniques susceptibles de faire difficulté.

2. - Dès lors, le présent avis, sollicité de manière très urgente, se contentera de passer en revue certains problèmes légistiques soulevés par la nouvelle rédaction des amendements. Les observations qui peuvent être émises à cet égard ne remettent dès lors nullement en cause ni le principe de ces amendements, ni l'option politique de base qu'ils concrétisent.

II. -1. Une modification majeure du système de répartition des compétences entre la Fédération, les cantons et les municipalités (ou villes) résulte de la lecture combinée des amendements LXXXVIII et LXXXIX.

D'une part, les compétences de la Fédération sont élargies en ce qu'elles comprennent désormais la réglementation des fondements des gouvernements locaux et de l'autonomie locale (art. III-1-j nouveau).

D'autre part, la compétence des cantons est restreinte en parallèle. La rédaction de l'article III-4 est modifiée de telle manière que, désormais, les cantons, tout en continuant à bénéficier de la compétence résiduelle, voient cette compétence de principe expressément amputée pour ce qui est réservé à la Fédération (ce qui était évidemment aussi le cas auparavant) mais également -ce qui est nouveau- pour les compétences expressément attribués par la Constitution ou par la loi fédérale aux municipalités et villes.

La première modification ne suscite guère de problème. Il semble bienvenu que la Constitution fédérale accorde à la Fédération le pouvoir de fixer les fondements, en d'autres termes, les principes généraux concernant les pouvoirs locaux. La difficulté qui se posera consistera à distinguer ces "principes généraux" d'autres mesures plus détaillées qui resteront de la compétence des cantons.

La seconde modification peut susciter davantage d'interrogations. Les cantons gardent certes la compétence résiduelle. Mais l'extension de celle-ci doit se lire à la fois par rapport à la liste des compétences exclusives de la Fédération (art. III -1) et à celle des compétences conjointes de la Fédération et des cantons (art. III -2) *mais aussi* par rapport aux compétences attribuées aux municipalités et villes soit par la Constitution, soit même par une simple loi fédérale.

L'amendement XC (introduisant un c) à l'article VI -1) confie expressément aux municipalités les matières qui sont les plus proches des citoyens, en citant, en particulier, un grand nombre de postes parmi lesquels le développement et le planification urbaine, les sports, le tourisme, l'enseignement primaire etc. Cette liste pourrait être complétée par une loi fédérale.

On reconnaît là la consécration du principe de subsidiarité. Cependant, de nombreux points qui se trouvent dans la liste-nouvelle- des compétences des municipalités et villes paraissent très semblables, sinon identiques aux compétences qui, selon l'article III-4, incombent à la responsabilité particulière des cantons. Il en va ainsi, par exemple, en matière d'enseignement, de la politique du logement, de tourisme, etc.

Le Constituant devrait absolument tirer au clair les relations entre ces deux listes de compétences. Entend-il établir des compétences exclusives en ces matières en faveur des municipalités et villes, dont l'action ne serait limitée que par la législation fédérale? Ce serait une interprétation radicale susceptible de soustraire aux cantons un grand nombre de leurs compétences.

Entend-il au contraire ne confier aux municipalités et villes que les aspects locaux des postes énumérés au nouvel article VI-1-c? Dans cette interprétation, les municipalités et villes pourraient agir, mais dans le cadre de la législation fédérale et de la législation des cantons et sans doute sous le contrôle de la Fédération et des cantons.

La deuxième interprétation nous paraîtrait, *a priori*, plus apte à éviter les conflits de compétences entre les différentes autorités et plus propice à une collaboration harmonieuse entre elles.

Mais, quoi qu'il en soit, la portée du texte semblerait devoir être élucidée.

2.- L'amendement XC complète l'article VI-1 par un litéra relatif aux ressources financières des municipalités. En vertu de ce texte, les municipalités ont droit à leurs propres sources de revenus, énumérées par le texte, mais conformément à la politique fiscale du pays. Elles possèdent aussi le droit de participer à la distribution d'autres ressources financières (taxes sur le chiffre d'affaires, impôt des sociétés, etc.) conformément à la législation fédérale.

L'autonomie financière des collectivités constitue une préoccupation importante de la Charte de l'autonomie locale.

Toutefois, la disposition en projet soulève la question des compétences fiscales et financières respectives de la Fédération, des cantons et des municipalités et villes.

En effet, en ce qui concerne tant la Fédération que les cantons, la Constitution est très vague et leur attribue la compétence de financer leurs activités respectives par l'impôt, l'emprunt ou d'autres moyens (art. III -1- h et art. III -4- l).

Le texte en projet est, en ce qui concerne les municipalités, beaucoup plus précis. Il semble leur attribuer des sources propres de revenus (p. ex. les droits de vente de propriétés immobilières, les impôts fonciers, etc).

Le texte stipule expressément que cette compétence fiscale doit s'exercer conformément à la politique fiscale du pays. Faut-il entendre celle de la Fédération ou les cantons sont-ils aussi habilités à intervenir en la matière? Autre question: les compétences fiscales attribuées par le texte en projet sont-elles exclusives ou peut-on concevoir des impôts concurrents ou conjoints, notamment de la part des municipalités et des cantons sur telle ou telle assiette fiscale (par exemple, sur la propriété foncière)? Le texte semble devoir être clarifié sur ce point.

3.- L'amendement XCIV élargit la compétence de la Cour constitutionnelle. Dans sa première variante, cette disposition prévoit une compétence particulière de la Cour en vue de protéger le droit à l'autonomie locale (local self-government).

Le droit d'agir est ouvert aux conseils de municipalité ou de ville ou à l'association des municipalités et villes de la Fédération de Bosnie-Herzégovine dont la création est prévue par l'amendement XC (nouvel article VI -1 - d). Cette disposition semble s'inspirer du recours spécial ouvert aux communes par la Constitution allemande (article 93, alinéa 1^{er}, 4b). En droit allemand, il s'agit d'un recours spécial ouvert uniquement aux communes ou groupes de communes et pour violation d'une seule disposition de la Constitution (l'article 28, garantissant le droit à l'auto-administration locale).

En outre, ce recours est subordonné à la condition qu'aucun recours ayant le même objet ne puisse être introduit devant le tribunal constitutionnel du Land.

En Allemagne, ce recours est resté très exceptionnel: les recours ont été rares et ceux couronnés de succès plus rares encore. Ce peu de succès provient sans doute de la difficulté de définir de manière précise la portée du droit à l'auto-administration communale. Il est à craindre que le même problème ne se pose dans le cadre de la Fédération de Bosnie-Herzégovine.

Il est dès lors possible que la seconde variante proposée soit meilleure. Ce texte étend simplement la liste des autorités qui peuvent saisir la Cour constitutionnelle en y incluant les conseils de municipalité ou de ville ainsi que leurs exécutifs. Les griefs peuvent porter, comme

pour les autres requérants visés par le texte actuel, sur toute violation de la Constitution, par une disposition, prise ou proposée, émanant d'un organe de la Fédération ou des cantons. Comme la Constitution reconnaît le principe de l'autonomie locale, (art. VI-2-1), mais contient bien d'autres dispositions qui peuvent avoir un impact sur l'exercice par les municipalités de leurs compétences, on peut se demander si cette seconde variante n'est pas plus simple est plus efficace