



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 7 octobre 2005

Avis n° 344/2005

Diffusion restreinte

CDL (2005)056

Fr. seul.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE ROIT

(COMMISSION DE VENISE)

**AMENDEMENT DES REGLES DE DECISION
DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE
DE BOSNIE-HERZEGOVINE**

Observations par

M. José M. CARDOSO DA COSTA (membre, Portugal)

I. Introduction.

1. Au cours des débats d'un groupe de travail, institué par le Ministre de la Justice de Bosnie-Herzégovine et chargé d'analyser l'éventuelle adoption de certaines modifications constitutionnelles concernant la Cour constitutionnelle du pays, la suggestion a été faite de modifier aussi les règles de décision de la Cour, de sorte que toute décision de celle-ci, prise soit en vertu de l'article IV que de l'article VI de la Constitution, devrait compter le vote d'au moins un juge originaire de chacun des peuples qui constituent l'État.

Si l'on bien comprend la suggestion (et il n'y a vraiment aucune raison pour le doute), la majorité des voix des juges prenant part ou devant prendre part à la décision ne serait en aucun cas suffisante pour que celle-ci soit établie: il faudrait en plus que parmi les voix concurrentes à la formation d'une telle majorité on comptait, au moins, celles d'un juge d'origine bosniaque, d'un juge d'origine croate et d'un juge d'origine serbe.

2. L' Office du Haut Représentant en Bosnie-Herzégovine a demandé l'avis de la Commission de Venise sur une telle suggestion.

Dans la lettre du Chef du Département des Affaires Juridiques de l'Office du Haut Représentant, qui formalise la demande d'avis, après avoir été rappelé que l'appartenance à un des peuples constituant la Bosnie-Herzégovine n'est critère, ni de désignation des juges à la Cour, ni de la procédure de décision, la Commission est priée plus précisément de répondre aux trois questions suivantes:

- a) L'exigence qu'un membre de chaque peuple constituant [la République de Bosnie-Herzégovine] vote pour la décision serait-elle conforme à la pratique européenne et aux standards du Conseil de l'Europe ?
- b) La situation spécifique de Bosnie-Herzégovine pourrait-elle justifier une déviation de tels standards ?
- c) Y aurait-il des raisons pratiques en vue desquelles la solution envisagée ne serait pas recommandable ?

II La Cour Constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine.

3. L'actuelle Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine est prévue à l'article VI de la Constitution qui intègre l'Annexe IV de l' Accord-cadre général de Dayton et est entrée en vigueur le 14 décembre 1995¹.

Du point de vue de sa compétence, en tant que juridiction chargée spécifiquement de veiller au respect de la Constitution, la Cour ne se distingue pas particulièrement d'autres cours constitutionnelles européennes et notamment de celles des États à caractère fédéral ou même régional. En effet, il lui appartient (article VI.3): (a) d'une part, régler tout différend constitutionnel entre la Bosnie-Herzégovine et les Entités qui l'intègrent, entre ces Entités ou entre les institutions de la Bosnie-Herzégovine; (b) d'autre part, juger des appels, fondés dans une violation de la Constitution, portés contre une décision de tout autre tribunal de Bosnie-Herzégovine

¹ On a utilisé le texte anglais publié dans *Constitutions of Europe* (Texts collected by the Council of Europe Venice Commission), Volume I, 2004, ainsi que le texte français publié dans le *Bulletin de justice constitutionnelle*, Edition spéciale, Textes de base/6, 2001.

(recours individuel); (c) finalement, examiner la «question de constitutionnalité» d'une loi (ou de sa conformité avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou avec une loi supérieure; ou bien la question de l'existence ou de la portée d'une règle générale de droit international applicable au cas) qui lui soit soumise pour toute autre tribunal de Bosnie-Herzégovine.

En plus de ces compétences (où on ne trouverait un trait comparé spécifique, peut-être, que dans l'accent mis dans la juridiction de la Cour, tombant dans le premier des domaines indiqués, pour vérifier si la décision d'une Entité d'établir des relations spéciales avec un État voisin porte atteinte aux dispositions concernant la souveraineté et l'intégrité territoriale de Bosnie-Herzégovine), une autre – celle-ci vraiment particulière et découlant de la particulière structure de l'État – lui incombe, prévue à l'article IV de la Constitution: il s'agit de vérifier la «régularité de la procédure», lorsque, au cas d'objection à l'invocation – dirigée par une majorité des délégués bosniaques, croates ou serbes à la Chambre des Peuples contre une proposition de décision parlementaire – de l'«intérêt vital» d'un de ces peuples de l'État, et ou la Commission conjointe (prévue au même article) n'arrive pas à résoudre la question. En tenant compte des termes précis (et limités, si on comprend bien) auxquels la Constitution la prévoit, il semble, toutefois, qu'on n'est pas ici devant une compétence de la Cour à caractère différente des autres. Elle maintient un caractère intrinsèquement «juridictionnel».

4. En ce qui concerne sa composition et la procédure de désignation des juges, pourtant, on trouve déjà dans la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine des caractéristiques qui ne laissent pas de lui donner une figuration singulière face à d'autres cours constitutionnelles, même à celles instituées dans des États fédéraux.

Il y a, dès lors, la présence, dans la composition de la Cour, de trois juges de l'extérieur (ne pouvant pas être des citoyens de Bosnie-Herzégovine ou d'un pays voisin), choisis par le président de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (après consultation de la Présidence de l'État). Mais, en plus de ça, il arrive que les autres six juges ne sont pas désignés par les organes propres (notamment l'Assemblée Parlementaire) de Bosnie-Herzégovine, mais par les assemblées des deux Entités qui la composent, à savoir: quatre juges par la Chambre des représentants de la «Fédération de Bosnie-Herzégovine» et deux par l'Assemblée parlementaire de la «République Srpska» (article VI.1).

Il est parfaitement clair qu'une telle composition de la Cour et une telle procédure ou méthode de choix des juges ont leur justification et leur raison d'être dans les circonstances extrêmement difficiles auxquelles la Constitution de Bosnie-Herzégovine devait répondre et expriment (à côté d'autres aspects de la structure de l'État) l'équilibre politique (au sens large du terme), délicat et difficile, qui était son dessein d'établir. Un élément central de cet équilibre est la garantie de l'identité de chacun des peuples constitutifs de Bosnie-Herzégovine et le l'autonomie reconnue à leurs Entités représentatives – laquelle va bien au-delà des solutions fédéralistes plus communes ou traditionnelles. Dans ce cadre, une règle de choix des juges qui déplace un tel choix du niveau des organes politiques centraux (ainsi qu'il est commun même en d'autres États fédéraux, comme, p.ex., l'Allemagne ou la Belgique) pour le niveau même des Entités qui composent l'État s'avère en Bosnie-Herzégovine comme entièrement raisonnable.

D'après la lettre du Chef du Département des Affaires Juridiques de l'OHR (v. *supra*, n° 2), «l'appartenance à un des peuples constitutifs» (de Bosnie-Herzégovine) «n'est pas un critère d'éligibilité» pour la désignation des juges. Une telle observation

ne veut pas évidemment dire que la citoyenneté de Bosnie-Herzégovine ne serait pas une condition d'éligibilité à la Cour (hormis le cas des juges «extérieurs»): une telle condition se trouve implicite à l'article VI.1/b, deuxième période, de la Constitution. Elle veut certainement attirer plutôt l'attention sur le fait que la Constitution ne limite pas expressément le choix des juges par chaque Entité à des membres du peuple ou des peuples respectifs. C'est vrai. Mais l'observation n'aura qu'une portée théorique. En effet, il semble clair que le système de choix des juges a été construit de façon à assurer une composition de la Cour parfaitement équilibrée, du point de vue des peuples constituant la Bosnie-Herzégovine, et qu'un tel but est juste le sien : c'est ainsi que l'assemblée parlementaire de la «Fédération», Entité représentative des bosniaques et des croates, désigne quatre juges et la «République Srpska», représentative des serbes, désigne deux juges de la Cour (ça veut dire, deux tiers et un tiers, respectivement, des juges originaires de l'État). [Certes, la Constitution n'empêche pas notamment un choix inégal de juges bosniaques et croates par la «Fédération»; mais, dans la mesure où cela sera vraisemblable et possible, il s'agira d'une question interne à cette Entité: au niveau de l'État, la représentativité proportionnelle des deux Entités se maintiendra dans la composition de la Cour].

Il faut ajouter que, ainsi conçu et devant porter au résultat indiqué, le système de choix des juges constitutionnels de Bosnie-Herzégovine ne s'avère pas seulement comme raisonnable (ainsi qu'il a été déjà dit), mais aussi comme indispensable pour assurer la «crédibilité» de la Cour (sa crédibilité face à chacun des peuples de l'État et à leurs Entités). Il ne laisse pas de trouver, d'ailleurs, un confort comparatif dans la solution belge (en dépit de celle-ci se rapporter à un contexte politique et social tout à fait divers): en effet, le partage de la Belgique en deux grandes communautés linguistiques, chacune avec son autonomie politique, a trouvé aussi sa traduction au niveau de la composition Cour d'Arbitrage: de ses douze juges, six seront d'expression française et les autres six d'expression néerlandaise (Loi Spéciale sur la Cour d'Arbitrage, article 31).

5. La composition de la Cour ne laisse de se répercuter dans le plan des conditions et de la procédure de prise de décision.

D'après l'article VI.2/a de la Constitution, «la majorité de tous les membres de la Cour constitue le quorum». Il s'agit, naturellement, du quorum dit de «fonctionnement». D'autre part, et d'accord avec l'interprétation la plus raisonnable du précepte (sinon la plus proche de sa lettre), il semble qu'il s'agit de la majorité du nombre des juges constitutionnellement prévu, sans décompter d'éventuelles places vacantes. Même dans une telle interprétation, la règle constitutionnelle, à elle seule, n'empêcherait pas que, dans la situation limite où le seul quorum de fonctionnement (cinq juges) était présent, une décision puisse être prise par une simple majorité de trois voix contre deux. Il est clair qu'un tel résultat risquerait de mettre en cause le but de «crédibilité» visé par les règles de composition de la Cour.

Les choses, toutefois, ne peuvent pas se passer comme ça. En effet, le Règlement de la Cour² établit, d'autre part et dès lors, que «la Cour réunie en session statue à la majorité des voix de tous ses membres»(article 31) et que «la décision est adoptée à la majorité des voix des juges composant la Cour» (article 35): cela signifie que, en fait, le quorum «délibératif» est égal au quorum de «fonctionnement», de sorte que le vote coïncident d'au moins cinq juges est nécessaire pour que la Cour prenne une décision. Avec une telle exigence – qui peut trouver son parallélisme en des règles différentes,

² Publié dans le *Bulletin de justice constitutionnelle*, Edition spéciale, Textes de base/6, 2001, précité.

mais portant à un résultat équivalent, comme celles qui établissent pour d'autres cours (p. ex., l'allemande ou la belge) un quorum de fonctionnement plus élevé que celui de la majorité simple des juges – le risque qui vient d'être évoqué reste déjà assez diminué.

Mais le Règlement de la Cour ne reste pas là: en plus, il détermine, à l'article 37, que «dans l'hypothèse où au moins un juge de chaque peuple constitutif n'est pas présent à la session, celle-ci est ajournée» (sauf si la requête est à rejeter ou la question n'affecte pas les intérêts du peuple des juges absents) – et, dans un tel cas, même si la situation se répète, la session suivante de la Cour ne pourra avoir lieu que si la répétition n'a pas de «raison valable».

Voilà, donc, comment la composition plurielle (et équilibrée) qui, du point de vue de l'origine des juges, doit être celle de la Cour ne laisse pas de être prise spécifiquement en compte dans les règles concernant son *decision making*. Encore ici on peut évoquer à titre comparatif, d'ailleurs, la règle établie pour la Cour d'Arbitrage de Belgique, une règle qui semble même être plus stricte: en effet, en toute décision doit participer (hors le président) un nombre égal de juges de chacun des deux groupes linguistiques (v. articles 55 et 56 de Loi Spéciale précitée).

6. Devant ce tableau des règles concernant la composition de la Cour Constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine et sa procédure de décision, on peut mesurer plus précisément la portée de la suggestion sous examen: on pourra dire qu'elle vise porter encore plus loin la logique qui est à la base de la composition plurielle (en fonction du peuple d'origine des juges) de la Cour, et mener cette logique, d'une certaine sorte, jusqu'au bout, jusqu'à en faire une condition de la correction ou rectitude substantielle, en un mot, de la «justice» même des décisions de la Cour.

Une telle suggestion, sera-t-elle acceptable ?

III. La pratique et le standard européens.

7. Si l'on ne tient compte que de la pratique et du standard européens, la réponse négative à la question qui vient d'être formulé ne laisse pas de doute.

En effet, on ne connaît aucun ordre constitutionnel de l'Europe, où une règle pareille à celle envisagée par la suggestion en analyse soit consacrée.

Certes, on pourra dire que la situation socio-politique et constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, dans son ensemble, est aussi singulière, ne trouvant pas d'égale dans l'espace européen. Mais le fait est qu'on n'y laisse pas de trouver une situation avec un profil comparable, sous l'angle qu'il faut considérer ici, et qu'on peut voir que même dans ce cas on ne va pas si loin comme il a été maintenant conçu: on pense, naturellement, au cas belge. En effet, et en dépit du reflet qu'il été jugé nécessaire donner à la division politico-linguistique du pays dans la composition et le fonctionnement de la Cour d'Arbitrage, on n'est pas allé jusqu'au point de conditionner l'efficacité ou la validité d'une décision de la Cour par le vote favorable d'au moins un ou plusieurs juges de chaque groupe linguistique: on s'est borné à assurer la participation dans la décision, aux termes indiqués en haut (v. *supra*, n° 5), de juges appartenant aux deux groupes linguistiques.

8. Ce n'est pas un hasard si on arrive à un tel constat: le fait est que qu'il ne fait que coïncider avec ce qu'il découle des principes et de la rationalité même de la décision juridictionnelle.

Celle-ci, en effet, se caractérise essentiellement par le fait qu'elle n'est pas le résultat d'un choix autonome du juge (d'un critère établi par celui-ci de façon entièrement subjective), mais doit découler de la norme ou des normes juridiques (soit des règles, soit des principes) applicables au cas, ça veut dire, d'un critère «hétéronome» au juge – un critère qu'il doit, bien sûr, chercher et interpréter, mais auquel il doit se tenir. Une décision juridictionnelle présuppose nécessairement, donc, en tant qu'une exigence ou condition «déontologique», que le juge ne se laissera guider que par le droit et se gardera (saura et sera capable de se garder ou de dépasser) l'influence de toute autre considération (soit extérieure, soit intérieure à lui-même). C'est dans cette dépendance exclusive du droit qui réside l'indépendance du juge et la condition de son impartialité. L'une et l'autre puissent et doivent être assurées moyennant certaines conditions et garanties institutionnelles, mais, en dernier terme, reposent dans la conscience «éthique» du juge et en dépendent.

Voilà la raison la plus profonde par laquelle il nous semble assez clair que l'introduction, en tant que condition de la «rectitude» ou de la «justice» d'une décision juridictionnelle collective, d'un facteur qui n'a rien à voir avec l'«éthique» du juge, mais avec sa désignation ou son origine – dans le cas, son origine «ethnique» – , contredit la «rationalité» qu'il faut présupposer dans toute décision de telle nature et «rationalité» qui seule peut créditer et justifier son efficacité et son acceptabilité par ceux auxquels elle est destinée – et, par là, contredit en même temps les principes qui viennent d'être évoqués. En d'autres mots, on dirait que l'introduction d'un facteur de telle nature dans le *decision making* judiciaire équivaldrait à admettre d'avance que ceux qui y participent ne seraient pas (ou pourraient n'être pas) en mesure de se tenir aux exigences rationnelles e déontologiques qui y sont impliquées, en somme, de ne se laisser guider que par le «droit».

9. En plus de cette considération centrale, il faut ajouter que la suggestion sous examen contredirait aussi la collégialité, c'est-à-dire, les principes qui y vont impliqués.

Parmi ces principes, on compte, avant tout, le principe de l'égalité: or, étant donnée la composition de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, où siègent, à côté des juges provenant des peuples constitutifs de l'État, des juges «extérieurs», la conclusion s'impose qu'une telle suggestion donnerait aux premiers un pouvoir décisionnel supérieur à celui de ces derniers.

Un autre principe impliqué dans la nature collégiale d'une décision est le principe de la majorité (étroitement lié, d'ailleurs au principe de l'égalité), ça veut dire, le principe d'après lequel, faute d'unanimité, doit prévaloir le jugement soutenu par la majorité des voix. Or, il ne fera pas de doute que, au cas où une décision collégiale majoritaire ne pourrait pas s'imposer, car il lui faisait défaut au moins le vote d'un de certains membres du collège, un tel principe serait mis en cause: à sa place, on trouverait plutôt le veto de la «minorité». Ce qui signifie: ou bien la prévalence de l'opinion ou du jugement de celle-ci ou bien une situation de *non liquet* (ce qui est aussi inadmissible, car contraire à la nature de la fonction juridictionnelle).

10. En exposant les arguments qui précèdent, on ne méconnaît pas qu'un certain élément de «subjectivité» n'est pas entièrement éliminable dans la décision judiciaire, notamment quand il s'agit de l'application de «principes» ou même de «règles» à une portée générique, comme elles le sont, de façon caractéristique et fréquente, les normes ou préceptes de la Constitution. Et on ne méconnaît, non plus, que dans un tel marge (plus ou moins élargi) de «subjectivité», la «culture» du juge (pour tout le dire dans un mot) joue ou peut jouer un rôle, même quand il veut se tenir (et se tient en bonne

conscience) strictement lié à son devoir éthique de ne se laisser guider que par le «droit».

Il nous semble, cependant, qu'une telle considération ne peut pas être invoquée pour fonder une règle comme celle envisagée dans la suggestion sous examen. Elle mérite et doit être prise en compte – et on dira même qu'il le faut absolument, dans le cas des cours constitutionnelles ou semblables – au niveau de la «désignation» des juges (p. ex, intervention de différents organes dans une telle désignation, exigence de majorité qualifiée pour l'élection parlementaire, qualification des candidats, etc.) et du «fonctionnement» des tribunaux ou des cours (p.ex., exigence d'un quorum qualifié, soit de fonctionnement soit de décision); mais elle ne peut pas être élevée jusqu'au niveau du conditionnement «substantiel» de la décision (dans le sens indiqué *supra*, n° 6), sous peine – c'est ce qu'on a essayé de montrer – de contradiction avec la structure rationnelle de celle-ci.

IV. La situation spécifique de Bosnie-Herzégovine.

11. Une fois établis les principes, la deuxième question soulevée dans la demande d'avis adressée à la Commission est de savoir si la situation spécifique de Bosnie-Herzégovine peut justifier une déviation des standards dont ils sont l'expression. À notre avis, pourtant, une réponse négative n'exige pas de longue justification.

La raison provient du fait que, si les considérations précédentes sont justes, alors on devra conclure qu'on est devant des exigences qui se rapportent à l'essence structurelle même de la «juridiction» – de sorte qu'on ne peut pas les mettre de côté, quelles que soient les circonstances, si on veut qu'une institution «juridictionnelle» garde sa nature.

La situation spécifique de Bosnie-Herzégovine doit conditionner, certes, le profil de la Cour constitutionnelle respective – mais ce conditionnement devra s'opérer aux niveaux qui viennent d'être indiqués (*supra*, n° 10). Or, à ces niveaux un tel conditionnement ne laisse pas justement d'être pris en compte, dans les termes qui ont été décrits plus haut (v. *supra*, n°s 4 et 5).

12. Il reste à ajouter qu'il ne serait pas valable (faut-il le dire ?), contre la conclusion à laquelle on est arrivé, d'invoquer quelque prétendu parallélisme avec le droit de veto, en raison d'un «intérêt vital», reconnu par la Constitution de Bosnie-Herzégovine à une majorité de représentants bosniaques, serbes ou croates, en ce qui concerne les décisions de l'Assemblée parlementaire de l'État (v. *supra*, n°.3).

En effet, on est ici devant une décision purement «politique» – ne dépendant, donc, d'aucun critère «normatif» (extérieur ou hétéronome à ceux qui y prennent part) – et ça fait, évidemment, toute la différence.

V. L'approche pragmatique.

13. La troisième question posée par la demande d'avis est celle de savoir si l'y aurait des raisons pratiques ou pragmatiques qui déconseilleraient l'adoption de la prétendue règle sous examen.

On serait tenté de dire que la question ne se justifierait qu'au cas où la règle envisagée ne contredirait le noyau même des principes dont elle appelle la considération

(ce qui n'est pas la situation, si l'argumentation d'en haut procède) et où, donc, on devrait alors l'évaluer sous cet autre perspective.

Indépendamment, pourtant, de cette considération, il semble qu'on pourra mettre en exergue au moins deux inconvénients, sous ce dernier point de vue:

– l'un deux on le dirait «générique», puisqu'il paraît être inhérent à toute règle avec une portée pareille: c'est le risque de situations de *non liquet* (déjà évoqué: v. *supra*, n° 10, *in fine*) et, donc, du blocage du fonctionnement de la Cour;

– l'autre c'est peut-être un inconvénient «spécifique» à la situation de Bosnie-Herzégovine, au cas (évidemment) où on envisage son développement social et institutionnel dans le sens de réduire le poids de la composante «ethnique» de sa constitution politique (les peuples et les Entités) vers une intégration de ses «citoyens» dépassant de plus en plus une telle composante et la division ou séparation correspondante: il semble clair qu'on n'irait pas dans ce sens, si on «radicalisait» l'élément «ethnique», dans le *decision making* de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine jusqu'au point préconisé.