

Entretien avec M. le doyen Louis Favoreu

Louis FAVOREU - Professeur à l'Université Aix-Marseille III, Vice-Président de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 11 (DOSSIER : BOSNIE-HERZÉGOVINE) - DÉCEMBRE 2001

Né en 1936, Louis Favoreu est docteur de la Faculté de droit de Paris et diplômé de sciences po. Agrégé des Facultés de droit en 1966, il enseigne depuis lors le droit public à la Faculté de droit d'Aix-Marseille, dont il a été doyen, puis Président de l'Université. Directeur du Laboratoire CNRS " Justice constitutionnelle et droit constitutionnel comparés ", Président de 1987 à 1999 de l'Association française des constitutionnalistes, il est docteur *honoris causa* des Universités de Tübingen, Leuven, Chuo-Tokyo, Sarrebrück, Louvain, Oslo, Athènes et Madrid. Nommé par le Président de la Cour européenne des droits de l'homme membre de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, il en est vice-président depuis mai 2001.

Questionnaire établi par M. Nicolas Maziau, Professeur à l'Université de Nancy II

I. La Cour constitutionnelle de Bosnie se rattache-t-elle au modèle européen de justice constitutionnelle?

La Cour constitutionnelle de Bosnie répond, à mon sens, aux critères du modèle européen, même si, comme d'autres d'ailleurs, elle présente une certaine spécificité. Et cette appartenance est d'autant plus remarquable qu'elle est issue d'une Constitution rédigée aux États-Unis sous l'influence directe de juristes américains.

Sa composition et le mode de recrutement de ses membres sont semblables à ceux des autres Cours constitutionnelles: les juges constitutionnels sont désignés par des assemblées politiques élues au suffrage universel (quatre par la chambre des représentants de la Fédération et deux par l'Assemblée de la République Srpska) et sont, soit des professeurs de droit (quatre), soit des magistrats (une), soit des avocats (un). Certes, les quatre membres désignés par la Chambre des représentants sont deux croates et deux bosniaques, et les deux choisis par l'Assemblée de la République Srpska sont deux serbes mais une telle représentation des trois " peuples constitutifs ", même si elle n'est pas inscrite dans les textes, n'est pas sans exemple en droit comparé: en effet, il en est ainsi de la Cour d'arbitrage de Belgique où siègent six juges de chacune des communautés francophone et néerlandophone, de la Cour suprême du Canada où trois sièges (sur neuf) sont réservés aux Québécois et de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud où le dosage entre communautés est encore plus complexe 5.

On notera cependant la particularité résultant de ce que les juges constitutionnels sont désignés par les assemblées des entités composantes et non par les assemblées au niveau national. On peut penser cependant que les résultats ne seraient pas très différents car chaque communauté dispose d'une minorité de blocage au sein des assemblées au niveau national et les communautés seraient donc contraintes de s'entendre pour élire les juges constitutionnels.

Reste la spécificité incontestable de la nomination de trois des neuf juges par le président de la Cour européenne des droits de l'homme après consultation de la présidence. On remarquera, tout d'abord, que cette spécificité peut ne durer que les cinq premières années parce que, au-delà, " l'Assemblée parlementaire peut prévoir par dispositions législatives une méthode différente de sélection de (ces) trois juges ": en conséquence, après mai 2002, il est possible que les 9 juges soient choisis par les instances politiques nationales. En outre, s'il est vrai que, normalement, les juges constitutionnels sont choisis par les forces politiques qu'ils sont appelés à contrôler, on notera que cela reste valable pour les 2/3 des juges; qui plus est, la spécificité du mode de recrutement du tiers restant peut se justifier par le fait que la Cour constitutionnelle de Bosnie est une des seules (avec celle d'Autriche) à appliquer directement la Convention européenne des droits de l'homme.

Quant aux attributions, elles sont comparables à celles des autres cours constitutionnelles: un contrôle abstrait sur initiative

d'autorités politiques qui peuvent aussi déclencher un règlement des conflits entre organes; un contrôle concret sur question préjudicielle de constitutionnalité à l'initiative des juridictions ordinaires; enfin un contrôle original pouvant jouer à l'initiative des individus comme une sorte d'appel à l'encontre des décisions des juridictions ordinaires, y compris des cours suprêmes des entités et même des cours constitutionnelles de celles-ci. Ce dernier type de contrôle est comparable à l'*amparo* espagnol ou au recours direct allemand, même s'il est original 6.

Enfin le mode de fonctionnement de la Cour de Sarajevo ainsi que la procédure suivie ressemblent fort à ceux observés à propos des autres Cours constitutionnelles.

II. Pouvez-vous mentionner quelques techniques juridictionnelles et jurisprudentielles auxquelles la Cour constitutionnelle a eu recours dans ses décisions?

De ce point de vue, on peut retenir trois types de questions qui ont pu se poser à la Cour constitutionnelle: la publicité des audiences, les réserves d'interprétation et les opinions séparées ou dissidentes.

Remarque générale: à l'expérience, on dira que sur deux de ces points au moins, le premier et le troisième, il faut largement relativiser les affirmations péremptoires formulées par certains de ceux qui se prononcent sur le fonctionnement des cours constitutionnelles sans avoir pu en observer le fonctionnement de l'intérieur.

1) La publicité des audiences

Le système français de non publicité des audiences est fréquemment critiqué au regard des expériences étrangères, tant en France que hors de France. À vrai dire, après avoir pratiqué pendant plus de quatre ans, il m'apparaît que les appréciations critiques devraient être pour le moins nuancées.

Le règlement de procédures qu'a adopté la Cour constitutionnelle au début de son existence, dispose en son article 7:

" Les activités de la Cour sont publiques.

L'aspect public des procédures devant la Cour est assuré:

1. en informant le public de la préparation et de l'organisation des sessions de la Cour ainsi que des audiences publiques de celle-ci;
2. en donnant des informations sur le cours de l'instruction des affaires;
3. en donnant la possibilité aux parties à l'instance ainsi qu'aux autres personnes intéressées de consulter et d'obtenir des copies des dossiers sur les affaires dont la Cour est saisie, et en leur permettant d'assister aux séances de la Cour dont le public n'est pas exclu d'après le présent Règlement;
4. en publiant les décisions rendues;
5. par des publications de la Cour comportant les décisions, les ordonnances et les autres actes importants;
6. de toute autre manière réglée par la Cour. "

On notera le soin avec lequel " l'aspect public des procédures est assuré " mais aussi qu'il est indiqué que toutes les audiences ne sont pas publiques et que les parties et le public ne sont admis à assister qu'aux audiences dont la Cour a décidé qu'elles seraient publiques.

En fait, comme dans la plupart des cours constitutionnelles, seules quelques audiences sont publiques: dans la plupart des cas, les séances se tiennent en dehors de la présence des parties et de leurs avocats ainsi que du public. Des auditions publiques sont organisées pour les affaires les plus importantes au cours desquelles parties et avocats sont entendus et la presse conviée. Celle-ci d'ailleurs couvre alors largement l'événement par des comptes rendus dans les journaux, à la radio et à la télévision.

Les audiences publiques sont peu fréquentes mais, proportionnellement au nombre d'affaires, elles ne le sont pas moins que devant la Cour suprême des États-Unis ou les Cours constitutionnelles allemande et espagnole qui ne retiennent qu'une très faible quantité de cas à traiter en formation publique.

Pour l'essentiel, la procédure est donc écrite et le caractère oral des débats est assez exceptionnel: il peut cependant être utile dans un certain nombre d'hypothèses.

2) Les réserves d'interprétation

La première fois où la question s'est posée⁷, une discussion de principe s'est engagée entre tous les membres de la Cour sur le point de savoir s'il était possible de rendre une décision de conformité sous réserve.

Le rapporteur - le juge Joseph Marko, professeur à l'Université de Graz - avait proposé, comme allant de soi, de déclarer le texte attaqué conforme à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme mais à condition qu'il soit interprété conformément aux réserves formulées par la Cour. Plusieurs juges ont alors objecté que la Cour ne pouvait se prononcer que de deux manières: soit rejeter le recours, soit déclarer le texte inconstitutionnel. Ils s'appuyaient sur le Règlement de procédure mais en fait celui-ci ne contient aucune précision à ce sujet.

Le juge Hans Danelius a, quant à lui, hésité quelque peu car à la Cour suprême de Suède dont il est membre, cette technique juridictionnelle ne semble pas être utilisée couramment. Il est vrai qu'en Suède les cas d'examen de la constitutionnalité d'une loi sont rares compte tenu de la retenue de la Cour suprême. Pour ma part, compte tenu de ma connaissance de la pratique des cours constitutionnelles, cela me paraissait - comme au juge Marko et pour les mêmes raisons - aller de soi.

Finalement la Cour par cinq voix (y compris celle du juge Danelius) contre quatre a opté pour l'emploi de cette technique qui était, en l'espèce, d'autant plus intéressant qu'il s'agissait de vérifier la conformité d'un texte constitutionnel (la Constitution de l'entité serbe) avec la Constitution de l'État et la Convention européenne des droits de l'homme.

3) Les opinions séparées, dissidentes ou concordantes

Le Règlement de procédure de la Cour prévoit la possibilité pour les juges d'émettre des opinions dissidentes ou concordantes. En fait, c'est le système de type américain (et désormais aussi partiellement européen) qui a été retenu alors que rien dans la Constitution n'y incitait. Ceci n'a posé aucun problème au moment de l'adoption du règlement car les juges y étaient acquis de manière générale, sauf en ce qui me concerne. Pour ma part, en effet, si la technique m'était théoriquement familière à raison de ma connaissance des systèmes étrangers, elle ne me convainquait pas nécessairement. Toutefois, s'agissant de la Cour constitutionnelle de Bosnie, compte tenu de sa composition et du contexte constitutionnel et politique, il paraissait difficile de ne pas souscrire à cette proposition. En effet, ses décisions ne peuvent être acceptées que si les forces politiques ont le sentiment que leurs positions ont été soutenues ou tout au moins exposées et prises en considération. D'autre part, les juges de la minorité acceptent eux-mêmes de ne pas l'emporter dès lors qu'ils peuvent exprimer leur opinion.

Certes, on aurait pu également soutenir à l'inverse, que l'anonymat eût garanti l'indépendance des juges, notamment des juges nationaux, qui seraient ainsi moins soumis aux pressions voire aux intimidations. L'argument n'est pas sans force car l'expérience a montré que ces pressions ou intimidations pouvaient exister dans un pays où les passions et les déchirements de la guerre civile sont loin d'être estompés ou oubliés. Toutefois, il est très probable que le secret des délibérations et des votes aurait été difficilement sauvegardé, ne serait-ce que du fait de la présence d'une quinzaine de personnes (service juridique 9, interprètes-traducteurs) à toutes les séances de la Cour. Dans ces conditions, il vaut mieux, en toute hypothèse, que les juges puissent exprimer et faire connaître leurs points de vue et argumentations.

Les décisions sont assez souvent prises à une majorité de cinq contre quatre mais pas nécessairement chaque fois: des majorités différentes se manifestent et il arrive même que des décisions soient prises à l'unanimité. Pour avoir bien observé le processus d'élaboration et de prise de décisions il ne me semble pas que les choses changeraient véritablement si votes et délibérations restaient secrets.

III. Quels enseignements peut-on tirer de la présence de juges

étrangers au sein de la Cour ?

La présence de juges non nationaux au sein d'une Cour constitutionnelle est une expérience originale, dont la Bosnie est aujourd'hui le cadre. Certes, on peut observer que le Tribunal constitutionnel d'Andorre fait place à des juges français et espagnol; mais la situation d'Andorre est quelque peu particulière non seulement quant au statut international du pays mais aussi dans la mesure où ces 4 juges sont désignés par l'assemblée andorrane et par les coprinces français et espagnol¹⁰. Il s'agit plutôt de désigner des spécialistes qui ne pourraient être trouvés en Andorre. La situation des trois juges non nationaux au sein de la Cour de Bosnie est différente: la nomination par le Président de la Cour européenne des droits de l'homme leur confère un statut et des responsabilités particuliers alors surtout que la Cour est chargée de faire respecter la Convention européenne des droits de l'homme par l'ensemble des autorités de l'État et des entités.

Le Président de la Cour européenne - à l'époque le Norvégien Rolv Ryssdal - a choisi trois noms sur la liste de ceux proposés par divers pays européens et apparemment nord-américains (chaque pays pouvant proposer plusieurs candidats, la France ayant proposé deux conseillers d'État et un professeur de droit). On peut penser que le Président Ryssdal s'est déterminé de la manière suivante: tout d'abord un spécialiste de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'époque et pendant douze ans, membre de la commission européenne des droits de l'homme et par ailleurs, juge à la Cour suprême de Suède, Hans Danelius; un spécialiste des Balkans, capable de s'exprimer parfaitement en serbo-croate, professeur de droit constitutionnel à l'université autrichienne de Graz, Joseph Marko, et moi-même en tant que spécialiste des cours constitutionnelles. Il avait volontairement limité son choix aux candidats européens. Les trois propositions de nomination ont fait l'objet d'un avis favorable de la présidence de la Bosnie Herzégovine.

La complémentarité entre les trois juges ainsi désignés a parfaitement joué. L'entente a été parfaite entre eux: ce qui ne veut pas dire cependant qu'ils ont été systématiquement d'accord; disons qu'ils l'ont été presque toujours. La différence d'approche du fonctionnement du rôle d'une cour constitutionnelle a pu jouer, comme il a déjà été noté plus haut à propos des opinions dissidentes et de la technique des réserves d'interprétation: les juges autrichien et français étant plus proches de la culture des cours constitutionnelles que le juge suédois, plus réservé et moins " activiste " quant au rôle du juge constitutionnel, ce qui explique son vote négatif dans l'une des quatre décisions relatives à l'affaire 5/98, ou son opinion individuelle dans une autre affaire au moins.

La position des trois juges par rapport aux juges nationaux est parfois délicate à tenir car, alors que ceux-ci sont enracinés dans le contexte local et ne peuvent être indifférents aux réactions des communautés auxquelles ils appartiennent, ou même de l'opinion publique en général, les juges non nationaux ont, certes, l'avantage d'être détachés de ce contexte, mais ils ont pu parfois se demander s'il était légitime, par leurs votes, d'imposer une solution avec laquelle la minorité est en désaccord. Cependant, jusqu'ici, les décisions adoptées ont été bien accueillies par la communauté internationale et par tous ceux qui, en Bosnie, souhaitent que s'affirme un État, au-dessus des entités et des positions partisans, et que cet État soit un État de droit. Ne pouvant être soupçonnés d'avoir un intérêt quelconque à favoriser l'un des trois peuples constitutifs, ils contribuent à dégager ce qui est l'intérêt commun de nature à fortifier l'État. Ce qui ne signifie pas qu'ils agissent selon les vœux de la communauté internationale et notamment de son représentant sur place, le Haut représentant. En effet, ils ont agi dès le début pour que la Cour ait une complète indépendance non seulement à l'égard des autorités de l'État et des entités mais aussi de l'Office du Haut représentant (OHR): ce qui a été obtenu notamment à travers l'autonomie financière, grâce à l'aide de la Commission européenne de Bruxelles et de divers pays donateurs (Allemagne, Suède, France, Espagne, États-Unis); et ce qui s'est marqué par le fait que la Cour s'est déclaré compétente - contre l'avis du Haut représentant - pour contrôler des actes de celui-ci lorsqu'il se substitue au législateur national défaillant.

IV. Quel bilan tirez-vous de cette expérience?

D'un point de vue personnel, elle a été pour moi une expérience incontestablement enrichissante. Pour qui étudie depuis des années la justice constitutionnelle sous un angle théorique, rien n'a valu autant que cette étude sur le terrain, dans une situation assez exceptionnelle il est vrai mais qui a permis d'aborder concrètement la plupart des grands problèmes posés à une cour constitutionnelle: établissement d'un règlement de procédure, recherche de l'autonomie administrative et financière, technique de rédaction des décisions, opinions dissidentes, conformité sous réserve, application de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'homme, définition de la compétence de la Cour, etc. En outre, la collaboration et la discussion entre juges ont été très fructueuses: malgré l'obstacle de la langue - heureusement résolu par un bon service de traduction simultanée - les débats ont été souvent très intéressants et pleins d'enseignements.

On notera, tout d'abord, sans vouloir mettre en avant notre rôle, que la présence de trois juges nommés par le Président de la Cour européenne a sans doute permis d'assurer le démarrage de l'institution: on rappellera, en effet, que les autres institutions - en dehors de la Banque centrale dans laquelle interviennent aussi des experts étrangers - voient souvent leur fonctionnement bloqué par le jeu des vetos minoritaires. Que se passera-t-il au-delà de mai 2002, date à laquelle la Cour doit être renouvelée et peut ne plus comporter de juges non nationaux? Il est vraisemblable que dans cette dernière hypothèse, les trois juges nationaux supplémentaires seront pris dans les trois communautés et que seront alors face à face trois juges croates, trois juges serbes et trois juges bosniaques. Nul ne sait ce qu'il adviendra alors.

Quant au rôle de la Cour au sein du système constitutionnel et juridique, il serait évidemment peu réaliste de considérer que l'expérience a pleinement réussi. Il serait sans doute cependant inexact d'estimer qu'elle a échoué. L'exécution de décisions importantes a eu lieu: ainsi après quelques hésitations, la loi sur le Conseil des ministres - que la Cour avait déclarée inconstitutionnelle en laissant un délai au Parlement pour en changer puis annulée - a-t-elle été profondément modifiée pour tenir compte de l'arrêt de la Cour. Les quatre décisions capitales qui, dans l'affaire 5/98, ont déclaré que de nombreuses dispositions des constitutions des deux entités étaient non conformes à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme ont provoqué la mise en place par le Haut représentant d'une commission composée des représentants des entités, de l'État et de la communauté internationale et chargée de les mettre en oeuvre. D'une manière générale, les prises de position répétées de la Cour condamnant les discriminations, annulant des décisions de justice (y compris des deux Cours suprêmes des entités), méconnaissant les droits fondamentaux des individus ont contribué à diffuser l'idée selon laquelle l'État de droit impose un certain nombre d'obligations et de garanties.

En fait, ce n'est sans doute pas aux membres de la Cour de dresser le bilan de leur action: il appartiendra aux observateurs et aux spécialistes de dire si ce qui précède relève d'un pur optimisme ou de la réalité. Mais peut-on remplir une telle mission sans croire en ce que l'on fait ?