

**UNIVERSITÉ DE STRASBOURG**  
**Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion**

**LE DROIT INTERNATIONAL ET LE RÉGIME  
ÉLECTORAL DE LA BOSNIE-HÉRZEGOVINE**

**Mémoire de Master II recherche**  
**Domaine Droit et études européennes**  
**Mention Droit international**

**Parcours Droit international public**

Année universitaire 2008–2009

Réalisé par

Adrijana HANUŠIĆ

Sous la direction de Madame le professeur Constance GREWE

Septembre, 2009



*Mes sincères remerciements vont à Madame le professeur Constance GREWE pour son inspiration, ainsi que tous ses éclaircissements et conseils très précieux qui m'ont permis de mener à bien ce mémoire.*

*Un remerciement particulier mérite d'être adressé à Camille et à ma sœur Adnela pour avoir pris le temps de m'aider à finaliser ce devoir.*

*Je souhaite enfin exprimer la plus profonde reconnaissance envers ma famille qui m'a soutenu tout au long de cette année.*

## TABLE DES ABBRÉVIATIONS ET DES SIGLES

ACIPS	Asocijacija Alumni Centra za interdisciplinarnu postdiplomske studije
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire Français de Droit International</i>
BiH	Bosnie-Herzégovine
CCBIH	La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine
<i>CCC</i>	<i>Les Cahiers du Conseil Constitutionnel</i>
CCPMN	Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales
CDH	Comité des droits de l'homme
CE	<i>Civitas Europa</i>
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CERD	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
CIEDR	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale
CLJPUS	Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu
CoE	Conseil de l'Europe
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CPMN	Convention-cadre pour la protection des minorités nationales
<i>CWILJ</i>	<i>California Western International Law Journal</i>
Éd.	Édition
<i>EL</i>	<i>L'Europe des Libertés</i>
Déc.	Décision
Dir.	Sous la direction de
FBIH	Fédération de Bosnie-Herzégovine

<i>HHRJ</i>	<i>Harvard Human Rights Journal</i>
<i>HRLJ</i>	<i>Human Rights Law Journal</i>
<i>Leb.</i>	<i>Recueil des arrêts du Conseil d'État</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MNP	Martinus Nijhoff Publishers
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PUF	Presses Universitaires de France
<i>RDPSP</i>	<i>Revue du droit Public et de la Science Politique</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue Française de Droit Constitutionnel</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil des arrêts et décisions de la CEDH</i>
<i>Rés.</i>	<i>Résolution</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif</i>
RS	Republika Srpska
<i>RUDH</i>	<i>Revue Universelle des Droits de l'Homme</i>

# SOMMAIRE

## **PREMIÈRE PARTIE. - LA PLACE IMPOSANTE DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE DE LA BOSNIE-HERZÈGOVINE**

### **Chapitre I. - L'internationalisation du droit constitutionnel de BiH dans un but de protection des droits fondamentaux**

**Section 1.** - Le phénomène d'internationalisation du droit constitutionnel : outil de protection des droits fondamentaux

**Section 2.** - La portée du droit international en droit interne au regard de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle de BiH

### **Chapitre II. - La question délicate du statut de la CEDH en droit interne de BiH**

**Section 1.** - Le statut constitutionnel accordé de fait à la CEDH par la Cour constitutionnelle de BiH

**Section 2.** - Les alternatives à l'interprétation restrictive du texte constitutionnel – une éventuelle supériorité de la CEDH

## **DEUXIÈME PARTIE. – LES STANDARDS INTERNATIONAUX EN MATIÈRE DE NON-DISCRIMINATION – UNE PERSPECTIVE D'AVENIR**

### **Chapitre I. - La restriction des droits électoraux fondée sur une différenciation ethnique à l'épreuve du droit international et européen des droits de l'homme**

**Section 1.** - Les standards internationaux en matière de protection contre la discrimination dans l'exercice des droits électoraux

**Section 2.** - Les standards européens en matière de protection contre la discrimination dans l'exercice des droits électoraux

### **Chapitre II. - La différence de traitement dans l'exercice des droits électoraux à la lumière de l'évolution politique de Bosnie-Herzégovine**

**Section 1.** - La recherche d'une justification « objective et raisonnable » de la différence de traitement

**Section 2.** - Solutions envisageables conciliant garantie d'une répartition égalitaire du pouvoir et respect des standards internationaux des droits de l'homme

*« The elements of a democratic state and society as well as underlying assumptions – pluralism, just procedures, peaceful relations that arise out of the Constitution – must serve as a guideline for further elaboration of the issue of the structure of BiH as a multi-national state. »*

(...)

*« In conclusio, the constitutional principle of collective equality of constituent peoples following from the designation of Bosniacs, Croats and Serbs as constituent peoples prohibits any special privilege for one or two of these peoples, any domination in governmental structures, or any ethnic homogenisation through segregation based on territorial separation. »*

Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine,  
01.07.2000, n° U-5/98-III, §§ 54 et 60.

## INTRODUCTION

La Bosnie-Herzégovine est connue depuis toujours pour le caractère multiculturel de sa société. Parmi les six républiques de l'ancienne République Socialiste Fédérative de Yougoslavie<sup>1</sup>, elle était la seule à être composée de peuples différents sans qu'aucun d'entre eux n'y soit majoritaire. Selon le recensement de population de 1991, la Bosnie-Herzégovine était à l'époque peuplée par trois « nations » : les Bosniaques, c'est-à-dire les musulmans<sup>2</sup>, les Serbes - les orthodoxes<sup>3</sup>, et les Croates, catholiques<sup>4</sup>. Le reste de la population se déclarait Yougoslave ou relevait d'une autre « nationalité »<sup>5</sup>.

La guerre, qui éclate à la suite de la dissolution de l'État fédéral yougoslave par le biais des déclarations d'indépendance, touche la Bosnie-Herzégovine en 1992 pour y sévir durant plusieurs années. C'est l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine, paraphé le 21 novembre 1995 à Dayton puis signé à Paris le 14 décembre 1995 qui, après de longues négociations sous les auspices de la communauté internationale<sup>6</sup>, parvient à mettre un terme à l'horreur de la guerre. Cet accord comporte un volet militaire et un volet civil, tous deux repartis en onze annexes. En tant que traité de paix, son but principal consistait naturellement à mettre un point final à la guerre ainsi qu'à assurer le maintien d'une paix durable. En parallèle, il s'agissait également de garantir la construction d'un État basé sur le respect des principes démocratiques et des droits de l'homme, souci qui se voit développé dans le volet civil de ce traité.

L'Annexe IV constitue la partie la plus importante de ce premier volet, sur laquelle nous porterons notre attention tout au long de cette étude, du fait qu'y figure la Constitution de Bosnie-Herzégovine<sup>7</sup>. Cette dernière présente donc la spécificité, en tant que partie d'un traité international, d'avoir échappé à toute procédure habituelle

---

<sup>1</sup> Outre la Bosnie-Herzégovine, les autres républiques étaient la Serbie, la Croatie, la Slovénie, le Monténégro et la Macédoine.

<sup>2</sup> En 1991, 43,5 % de la population globale. Voir J. MARKO « Bosnia and Herzegovina – Multi-ethnic or Multinational ? », in « Sociétés en conflit : La contribution du droit et de la démocratie au règlement des conflits », *Science et technique de la démocratie* n° 29, CDL-STD(1999)029, [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int).

<sup>3</sup> 31,2 % de la population de BiH. *Ibid.*

<sup>4</sup> 17,4 % de la population. *Ibid.*

<sup>5</sup> 5,5 % de Yougoslaves et 2,2 % d'autres nationalités, comme par exemple les Monténégrins ou les Roms. *Ibid.*

<sup>6</sup> Représentée par le « Groupe de contact » : Groupe de pays (France, Italie, Allemagne, Russie, le Royaume-Uni, les États-Unis) créé en avril 1994 avec pour mission de trouver une solution politique pour la Bosnie-Herzégovine.

<sup>7</sup> Le texte est publié sur le site du Haut Représentant en Bosnie : [www.ohr.int](http://www.ohr.int). Voir aussi dans l'annexe – ses dispositions les plus pertinentes pour la présente étude.

d'adoption constitutionnelle censée lui conférer une légitimité démocratique. Les divers représentants de la communauté internationale ont, en consultation avec les parties prenantes, joué un rôle crucial dans l'élaboration du texte constitutionnel. L'enjeu consistait concrètement pour eux à conceptualiser un plan de délimitation territoriale et d'organisation étatique susceptible d'être acceptable et accepté par les représentants des Bosniaques, des Serbes et des Croates, les trois peuples majoritaires vivant sur le territoire de BiH.

Le résultat en est une structuration étatique complexe entérinant la séparation ethnique issue de la guerre et assurant parallèlement le partage du pouvoir entre les trois peuples constituants de BiH. La Constitution consacre comme Entités de la BiH, la Republika Srpska (RS) d'une part, créée en 1992 en tant qu'unité séparatiste se proclamant initialement indépendante de la BiH, et la Fédération de BiH (FBiH) d'autre part, fondée en 1994. Ces deux Entités ont connu, après les événements de la guerre, des combats conduisant à la territorialisation du principe ethnique, la RS se retrouvant principalement peuplée par des Serbes tandis que Bosniaques et Croates devenaient majoritaires en nombre en FBiH. Cette réalité est celle qui fut consacrée par les dispositions des constitutions de ces deux Entités, adoptées au cours de la guerre. Ces deux derniers textes ont été pris en compte par la Constitution de BiH qui vient s'y superposer ultérieurement et prévoit l'obligation de leur mise en conformité avec ses propres normes.

Cette constitution a instauré une organisation étatique reposant sur le concept de la démocratie consensuelle, celle-ci se caractérisant par quatre principes - piliers de l'État<sup>8</sup>, à savoir : la reconnaissance de très larges pouvoirs aux entités, faisant de la Bosnie-Herzégovine un État fédéral très faible, la représentation proportionnelle comme mode de scrutin pour toutes les élections, le partage du pouvoir entre les trois « peuples constituants » (et, dans une certaine mesure, les « Autres ») et enfin le droit de veto reconnu aux représentants de ces peuples au sein des organes politiques les plus importants.

Les peuples considérés comme « constituant » la Bosnie-Herzégovine et bénéficiant par conséquent d'un statut privilégié sont les Bosniaques, les Serbes et les Croates, qui, grâce au nombre élevé d'individus qui les composaient déjà en ex-Yougoslavie étaient à l'époque officiellement désignés comme « nations ». Les autres

---

<sup>8</sup> Ce modèle de partage du pouvoir a été conceptualisé dans les années soixante-dix par le sociologue néerlandais Arendt Lijphart.

groupes de citoyens, auparavant qualifiés sous le terme de « nationalités », forment aujourd'hui la catégorie des « Autres ». Celle-ci englobe les membres des vingt-trois minorités nationales juridiquement reconnues, mais aussi les personnes issues des « mariages mixtes », qui ne s'identifient pas comme exclusivement Bosniaques, Serbes ou Croates, ainsi que toutes autres personnes rejetant l'idée d'une réduction de leur appartenance à une seule composante de leur identité.

Ayant en tête les conditions dans lesquelles la Constitution a été élaborée, on comprend rapidement que la base de la paix et de la stabilité tant souhaitées repose avant tout sur un compromis entre les trois groupes ethniques. Le concept de la démocratie consensuelle a ainsi permis aux dirigeants politiques des trois parties prenantes d'assurer un équilibre du pouvoir. Ce concept semblant toutefois avoir été institutionnalisé en BiH sur la base du principe d'appartenance ethnique, on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une nouvelle forme de gouvernance - une « ethnocratie » - qui, sur plusieurs points, entrerait en contradiction avec les fondements théoriques de la notion de démocratie, celle-ci reposant avant tout, comme le souligne souvent la Cour européenne des droits de l'homme, sur l'idée d'une société pluraliste et de sa représentation adéquate.

À l'encontre de l'idée communément admise de l'égalité des citoyens, l'État de BiH est fondé avant tout sur l'égalité des trois peuples constituants, à l'appartenance desquels est liée la jouissance des droits individuels. Le critère ethnique est la clé d'accès à toutes les fonctions publiques. Tous ceux qui ne s'identifient pas à un de ces groupes ont un statut amoindri dans ce système ethnocratique, où on constate l'absence d'une catégorie abstraite du citoyen de BiH.

Le système de la représentation ethnique s'est révélé particulièrement problématique en ce qui concerne la composition de la Chambre des peuples de l'Assemblée parlementaire bicamérale de l'État, ainsi que celle de la présidence de l'État, toutes deux prévues par des dispositions constitutionnelles, mises en œuvre par le Code électoral. On y rencontre une double exclusion du droit de représentation. On constate tout d'abord que sont exclus les ressortissants de minorités nationales ainsi que tous les citoyens refusant de se déclarer comme appartenant à l'un des groupes ethniques « constituants ». Après avoir partagé le « gâteau du pouvoir » entre ces trois peuples, il ne reste donc, en définitive, rien pour « les Autres ». En second lieu, ces dispositions constitutionnelles aboutissent également à l'exclusion des membres des peuples

constituants vivant sur le « faux » territoire, à savoir les Serbes résidant en FBiH ainsi que les Bosniaques et Croates établis en RS.

Il est tout à fait habituel de voir un système bicaméral s'instaurer dans un État fédéral. En BiH toutefois, la Chambre des peuples n'a pas pour but d'assurer la représentation des entités plus petites, comme c'est le cas dans les autres Fédérations, mais de défendre les intérêts des peuples constituants. Sa fonction principale est celle d'une « chambre où est exercé le veto au nom d'intérêts vitaux »<sup>9</sup> des peuples particuliers, ce qui aboutit bien souvent en pratique à un blocage décisionnel allant à l'encontre du bien commun de la population de BiH. Les intérêts vitaux sont avant tout conçus comme les intérêts nationaux particuliers des trois peuples, raison pour laquelle seuls ces derniers s'y voient représentés. Même parmi les représentants des trois peuples, seuls ceux qui remplissent un critère territorial supplémentaire sont considérés être en mesure de représenter adéquatement les « intérêts » d'un peuple donné.

L'article IV.1 prévoit en effet que « la Chambre des peuples comprend quinze délégués, deux tiers émanant de la Fédération (cinq Croates et cinq Bosniaques) et un tiers émanant de la Republika Srpska (cinq Serbes) » et que « les délégués croates et bosniaques désignés par la Fédération sont choisis, respectivement, par les délégués croates et bosniaques à la Chambre des peuples de la Fédération. Les délégués de la RS sont choisis par l'Assemblée nationale de la RS. » De cette disposition résulte tout d'abord l'exclusion des « Autres », conséquence directe du fait que seuls les membres des peuples constituants en Bosnie-Herzégovine peuvent devenir délégués au sein de la Chambre des peuples. Les délégués « autres » ainsi que les délégués « serbes » de la Chambre des peuples de la Fédération de BiH, ne peuvent même pas prendre part à l'élection de leurs confrères à la Chambre des peuples nationale. La territorialisation du système représentatif conduit ensuite à l'exclusion de la représentation, au sein de la Chambre des Peuples, des Serbes ne résidant pas en RS, ainsi que des Bosniaques et Croates n'habitant pas sur le territoire de la Fédération.

Concernant la composition de la Présidence tripartite de BiH, on retrouve une situation analogue. L'article V prévoit en effet que « la Présidence de Bosnie-Herzégovine se compose de trois membres, un Bosniaque, un Croate, chacun élu directement par le territoire de la Fédération, et un Serbe élu directement par le territoire

---

<sup>9</sup> Commission de Venise, *Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine*, CDL-AD(2005)004, § 35, peut être consulté sur le site [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int).

de la Republika Srpska. » Cela signifie qu'un citoyen n'appartenant à aucun des trois peuples constituants, se déclarant de ce fait comme « Autre », ne peut être élu en tant que membre de la Présidence. De même, seulement les Bosniaques et les Croates de la FBiH et les Serbes de la RS peuvent se présenter comme candidats aux élections présidentielles, excluant ainsi les Serbes de la FBiH et les Bosniaques et Croates de la RS. Enfin, les citoyens de la FBiH ne peuvent voter que pour les représentants croates et bosniaques, tandis que la population de RS est limitée à élire des candidats serbes. Toutes ces dispositions, dans leur ensemble, conduisent ainsi à une différence de traitement dans l'exercice des droits politiques et déforment, par l'intervention du critère ethnique dans l'élection des représentants, la majorité politique qui pourrait être autrement constituée.

On constate ainsi que le souci d'assurer la protection des intérêts des différents groupes ethniques – peuples constituants - par le moyen de la protection de droits collectifs a tellement dominé les négociations du traité de paix en 1995 qu'il en a résulté un fort déséquilibre avec la protection des droits de l'individu et les principes démocratiques. Mais, parallèlement à la volonté de mettre un terme aux conflits armés par le biais du compromis, s'est dégagée celle d'assurer la construction future et graduelle de l'Etat sur la base de principes démocratiques et d'une protection conséquente des droits de l'homme. C'est la raison pour laquelle on a à l'époque consacré, par voie normative aussi bien qu'institutionnelle, une protection renforcée des droits de l'homme. On a principalement recouru, afin de réaliser cet objectif, à la technique du renvoi au droit international, ce dernier complétant ou orientant assez souvent le droit national. La Constitution a ainsi accordé un rôle très important aux nombreux traités internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme. Parmi eux, un statut particulier est, en vertu de l'article II(2) de la Constitution, réservé à la Convention européenne des droits de l'homme, dont les garanties des droits et libertés sont non seulement directement applicables en droit interne, mais priment également « tout autre droit ». A côté de ce phénomène d'« internationalisation du droit constitutionnel », la Constitution garantit explicitement « le degré le plus élevé de libertés fondamentales et de droits de l'homme internationalement reconnus »<sup>10</sup>.

On se trouve ainsi dans une situation très particulière, les normes constitutionnelles excluant explicitement une partie de la population de la participation

---

<sup>10</sup> Article II.1 de la Constitution de Bosnie-Herzégovine.

effective démocratique à l'exercice des plus hautes fonctions politiques, paraissant de ce fait produire un effet discriminatoire qui coexiste cependant avec un niveau élevé de protection des droits de l'homme, ces derniers proscrivant la discrimination des personnes dans la jouissance des droits, y compris des droits électoraux. Ce paradoxe n'est pas resté sans conséquences. Les organisations internationales, comme le Conseil de l'Europe, et notamment la Commission de Venise ou l'Union Européenne, ont eu, à plusieurs reprises, l'occasion de rappeler dans leurs avis et rapports sur la situation en BiH, la nécessité de la mise en conformité de ces dispositions constitutionnelles avec les standards internationaux et européens pertinents.

La Cour constitutionnelle de BiH a également été amenée à se prononcer sur la question de ce conflit entre le système de représentation ethnique exclusive avec les standards internationaux. C'est tout d'abord au niveau des Entités, dans sa fameuse décision sur les « peuples constituants », qu'elle a eu l'occasion d'affirmer l'importance des principes de non-discrimination et de participation effective de tous les individus dans une société démocratique. Bien qu'il ne s'agisse en l'espèce que du contrôle des dispositions constitutionnelles des Entités, cette décision représente une première remise en cause du modèle étatique de partage des pouvoirs institutionnalisant l'inégalité en BiH.

Quelques années plus tard, la Cour a été saisie afin de se prononcer sur la conformité du droit électoral national avec la CEDH et d'autres traités internationaux de protection des droits de l'homme. La question du rang de la CEDH en droit interne s'est cependant dressée en obstacle, empêchant la Cour de se prononcer en faveur des droits des requérants.

A l'heure où ces lignes sont écrites, on attend toujours la réponse de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme sur la conformité du droit électoral de BiH aux textes européens. Il s'agit de l'affaire *Finci et Sejdic c/ Bosnie-Herzégovine*<sup>11</sup>, portée devant la Cour de Strasbourg par deux citoyens de BiH, un Rom et un Juif, relevant donc de la catégorie des « Autres », qui allèguent une violation de leurs droits tels que garantis par l'article 14 de la CEDH pris en conjonction avec l'article 3 du Protocole n° 1 et par l'article 1 du Protocole n° 12. La Cour a déjà développé une riche jurisprudence sur la question de la discrimination en application de l'article 14. Cette affaire serait la première occasion de faire application du relativement

---

<sup>11</sup> Requêtes n° 27996/06 et n° 34836/06, présentées le 3 juillet et le 18 août 2006.

récent Protocole n° 12 à la Convention européenne. La question reste toujours de savoir si la contradiction avec un droit garanti par la Convention peut se voir justifiée dans une société démocratique, comprise par la jurisprudence de la Cour avant tout comme une société pluraliste.

Même si le contexte socio-politique en Bosnie-Herzégovine en 1995 ne laissait pas une grande marge de manoeuvre pour l'élaboration d'un système juridico-politique idéal, le souci de la protection des droits de l'homme a tout de même conduit les auteurs de la Constitution à accorder une place importante aux standards universels relatifs à ces derniers. Ces standards devaient servir comme une sorte de leitmotiv pour la construction d'une société véritablement démocratique, fondée sur le respect des droits de l'homme sans aucune discrimination.

La situation a cependant beaucoup changé depuis l'élaboration et l'entrée en vigueur de la Constitution. Le pays a adhéré à différentes organisations et textes internationaux qui ont intensifié l'obligation de respect des droits de l'homme, et les réformes constitutionnelles au niveau des Entités ont montré une alternative à la représentation ethnique exclusive.

Sans prétendre présenter toute la complexité du système politique de BiH, nous nous limiterons ici à analyser la représentation politique gouvernée par le principe d'ethnicité. Bien que le système électoral en vigueur en BiH mériterait également d'être examiné dans une perspective plus large de compatibilité avec une véritable démocratie, fondée sur une majorité élue par une société pluraliste, nous nous concentrerons dans cette étude avant tout sur l'« effet secondaire » apparemment discriminatoire qui découle de la représentation ethnique au sein de la Présidence et de la Chambre des peuples de BiH.

La question centrale reste en effet de déterminer dans quelle mesure l'exclusion de certaines catégories de la population sur la base ethnique ou ethno-territoriale des plus hautes fonctions publiques, peut ou ne peut pas être compatible avec les engagements internationaux en matière de protection des droits de l'homme, notamment lorsque l'on prend en compte l'internationalisation du droit interne censé assurer une protection efficace des droits de l'homme et l'évolution politique positive du système, que la Bosnie-Herzégovine a d'ailleurs connue depuis l'issue de la guerre.

Afin de répondre à cette question, il paraît dans un premier temps opportun d'examiner, à travers le texte constitutionnel et la jurisprudence de la Cour de Sarajevo, la place occupée en droit interne par le droit international, et tout particulièrement par la

Convention européenne des droits de l'homme (I). Il conviendra ensuite de se pencher sur la question plus spécifique de la compatibilité du système électoral bosniaque actuel avec les standards internationaux et européens de protection des droits de l'homme, au regard de l'évolution sociopolitique du pays, et des éventuelles solutions alternatives permettant d'assurer partage égalitaire du pouvoir et respect des normes internationales en BiH (II).

## PREMIÈRE PARTIE

### **LA PLACE IMPOSANTE DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE DE LA BOSNIE-HERZÉGOVINE**

La Constitution de Bosnie-Herzégovine montre à plusieurs égards des curiosités, l'une des plus significatives étant la conséquence directe du contexte sociopolitique de son élaboration et de la forte implication de la communauté internationale dans ce processus. Préparé et contracté afin de résoudre les conflits armés en cours jusqu'au jour de sa signature, le traité de Dayton-Paris avait pour tâche ambitieuse de faire naître un accord entre toutes les parties au conflit, de créer un fondement solide pour une paix durable et d'établir l'organisation politique et constitutionnelle d'un État sur la base de principes démocratiques et protecteurs des droits de l'homme. Afin d'atteindre ces objectifs, la communauté internationale, représentée par le Groupe de Contact, avait opté pour une introduction massive des normes du droit international en droit interne, en visant l'harmonisation progressive de celui-ci avec les exigences du premier. Le texte constitutionnel de Bosnie-Herzégovine fait par conséquent largement référence aux normes et principes du droit international, notamment ceux développés en matière de droits de l'homme (Chapitre I). Une place toute particulière parmi ces normes est réservée à la Convention européenne des droits de l'homme, à laquelle il est accordé un statut supérieur à « tout autre droit » (Chapitre II).

## CHAPITRE I

# L'INTERNATIONALISATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL DE BIH DANS UN BUT DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

La grande majorité des normes internationales auxquelles renvoie la Constitution de Bosnie-Herzégovine ont trait à la question des droits de l'homme, ce qui laisse conclure que le phénomène d'internationalisation du droit constitutionnel est le produit direct du souci de protection de ceux-ci (Section 1). La simple introduction de ces normes dans le corps du texte constitutionnel ne suffit cependant pas à rendre cette protection effective. Les dispositions internationales doivent encore être invoquées et appliquées par les juridictions ordinaires et constitutionnelles, tâche accomplie au mieux par la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine qui précise, à travers sa jurisprudence, la portée de ces normes en droit interne (Section 2).

### Section 1. - Le phénomène d'internationalisation du droit constitutionnel : outil de protection des droits fondamentaux

L'internationalisation du droit constitutionnel comme phénomène général se traduit en Bosnie-Herzégovine par une interpénétration du droit constitutionnel et du droit international (§ 1) qui se réalise à différents degrés (§ 2).

#### **§ 1. L'interpénétration du droit constitutionnel et du droit international**

On peut déjà, à ce stade, remarquer une première spécificité de la Constitution de BiH, à savoir le fait que le processus complexe de sa rédaction ait eu lieu au cours d'une guerre et que ce texte constitutionnel ait été inclus dans un traité international mettant fin à ce conflit. La nouvelle Constitution de BiH a ainsi été incorporée dans l'annexe IV du traité de paix connu sous le nom des Accords de Dayton<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> On retrouve une situation similaire, où les « accords internationaux se sont occupés d'éléments spécifiquement constitutionnels concernant un État donné » à Chypre (la Constitution de 1960) et en Namibie (Constitution de 1990). La Constitution de Bosnie-Herzégovine reste toutefois spécifique dans la mesure où elle est « entièrement issue d'un accord international ». Sur la problématique de sa nature juridique, voir : B. SIERPINSKI, « La

Vu l'impossibilité réelle des parties prenantes au conflit à travailler ensemble d'une manière autonome et constructive sur la vision d'une organisation étatique acceptable pour tous, c'est la communauté internationale qui s'est « substituée au(x) peuple(s) souverain(s) »<sup>13</sup> afin de préparer les différents projets de Constitution. Ce processus allant à l'encontre de la règle générale selon laquelle les Constitutions « doivent être établies par un organe investi d'une autorité politique spéciale, le pouvoir constituant, qui est l'un des attributs de la souveraineté »<sup>14</sup>, la Constitution paraît dès lors avoir été « octroyée par la communauté internationale »<sup>15</sup>. L'entrée en vigueur de la Constitution comme partie intégrante d'un traité international ainsi que le transfert du pouvoir constituant originaire aux représentants internationaux témoignent déjà largement d'une internationalisation du droit constitutionnel.

Le phénomène général de l'internationalisation du droit constitutionnel remonte, à la période de l'entre-deux-guerres, pour devenir plus répandu après la deuxième guerre mondiale<sup>16</sup>, surtout parmi les États « vaincus »<sup>17</sup>, et acquérir ensuite d'encore plus grandes dimensions dans le cadre du processus d'intégration européenne<sup>18</sup>. L'internationalisation du droit constitutionnel se caractérise ainsi par « une ouverture croissante des droits internes au droit international et européen se traduisant par des progrès impressionnants du volume des transferts de compétences consentis »<sup>19</sup>.

En Bosnie-Herzégovine, cette ouverture a acquis une envergure considérable. Outre la spécificité de l'entrée en vigueur du texte constitutionnel, le rôle important joué par la communauté internationale dans l'élaboration de ce dernier a eu des répercussions significatives sur son contenu, l'une des plus remarquables étant l'internationalisation du droit interne comme principe général. Ce phénomène découle d'une part des dispositions

---

Constitution de Bosnie-Herzégovine : Un texte à la croisée du droit interne et du droit international », *RRJ*, n° 3, 1997, p. 1053-1070.

<sup>13</sup> L. PECH, « La garantie internationale de la Constitution de Bosnie-Herzégovine », *RFDC*, n° 42, 2000, p. 422.

<sup>14</sup> D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 1999, p. 88-89.

<sup>15</sup> Bien que « les représentants des différentes factions de Bosnie-Herzégovine [aient] pu faire valoir leur position (...) ce sont en dernier ressort les nations « protectrices » qui ont décidé des modalités de l'accord international » (N. MAZIAU, « Cinq ans après, le traité de Dayton-Paris à la croisée des chemins : Succès incertains et constats d'échec », *AFDI*, n° 45, 1999, p. 186). Les parties à cet accord ont émis des déclarations séparées dans lesquelles elles approuvent la Constitution. Celle-ci est entrée en vigueur dès la signature de l'Accord – cadre général.

<sup>16</sup> C. GREWE, « La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine entre l'internationalisation du droit constitutionnel et les traditions de la justice constitutionnelle en Europe », in M. PUECH *et al.* (dir.), *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr. De code en code*, Paris, Dalloz, 2009, p. 368.

<sup>17</sup> En Italie, en Allemagne, mais aussi en France, sous la IV<sup>e</sup> République.

<sup>18</sup> Qui implique une nécessaire adaptation des textes constitutionnels à cette nouvelle réalité. Les révisions entreprises à cette fin sont, dans ce contexte, désignées plus spécifiquement comme *européanisation* du droit constitutionnel. Voir C. GREWE, *op.cit.*, 2009, p.374.

<sup>19</sup> C. GREWE, *op. cit.*, 2009, p. 368.

constitutionnelles faisant largement référence au droit international, mais aussi et surtout de la position importante qu'occupent la CEDH et les autres traités internationaux relatifs aux droits de l'homme<sup>20</sup>. L'effet d'internationalisation est également renforcé par la présence de juges et d'experts internationaux dans les plus hautes instances judiciaires<sup>21</sup>, ceux-ci ayant pour mission d'assurer la bonne application et le respect des règles et standards établis par ces instruments internationaux. La communauté internationale s'est appliquée à construire un État fondé sur les plus hautes garanties du respect des droits de l'homme, d'autant plus qu'il s'agissait d'une société à peine sortie de la guerre et ayant connu de graves violations de ces droits fondamentaux. Il a fallu rétablir la paix et assurer les conditions pour que celle-ci persiste. La Constitution de BiH prévoit par conséquent un niveau relativement élevé de protection des droits fondamentaux<sup>22</sup> que l'on retrouve de façon aussi appuyée dans peu d'autres textes constitutionnels<sup>23</sup>.

Cette approche est bien connue. C'est également dans un contexte de violence que sont nées les plus grandes déclarations et garanties internationales des droits de l'homme. Le lien entre les droits de l'homme d'un côté, la justice et la paix de l'autre a été déjà affirmé dans le tout premier paragraphe de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>24</sup>. L'histoire a rapidement montré que la consolidation d'une paix véritable et durable est uniquement envisageable à la condition que soient garantis la protection et le respect des droits de l'homme, fondés sur la dignité humaine<sup>25</sup>. C'est sur la base de cette vision que s'est développée, à partir du XX<sup>e</sup> siècle, une tendance générale de constitutionnalisation des droits fondamentaux, parallèlement à une consécration grandissante des droits de l'homme au

---

<sup>20</sup> Voir dans ce sens l'opinion dissidente de Constance Grewe (juge internationale de la Cour constitutionnelle de BiH) jointe à la décision de la CCBiH du 26 mai 2006, affaire n° U-13/05 qui peut être consulté sur le site Internet de la Cour <http://ccbh.ba>.

<sup>21</sup> L'exemple de la Cour constitutionnelle est à ce titre significatif. Trois des neuf juges la composant sont d'origine internationale. Outre le transfert de connaissances, le but était de « permettre à la Cour de dégager plus facilement une majorité en son sein et de surmonter la très forte polarisation ethnique des votes des juges nationaux. » (N. MAZIAU, « La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine », *CCC*, n° 11, 2001, p. 31).

<sup>22</sup> Cela est expressément consacré dans l'article II.1 de la Constitution de BiH.

<sup>23</sup> « *There is perhaps no state in the world more closely linked to the web of international instruments guaranteeing various human rights, nor any state required to institutionalize those rights to a greater degree, nor any that must give greater access to the international community to ensure the realization of those rights.* » (T. W. Waters, « The Naked Land : The Dayton Accords, Property Disputes and Bosnia's Real Constitution », 40 *HILJ*, 517, 536 (1999) cité par B. DAKIN in « The Islamic Community in Bosnia and Herzegovina v. The Republika Srpska : Human Rights in a Multi-Ethnic Bosnia », *HHRJ*, Vol. 15, 2002, p. 249).

<sup>24</sup> « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. » Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

<sup>25</sup> Voir dans ce sens la contribution de P. LEUPRECHT, « Human Rights – The Foundation of Justice and Peace », in : W. Benedek, *et al.* (dir.), *Human Rights in Bosnia and Herzegovina after Dayton*, La Haye, Boston, London, MNP, 1999, p. 15-18.

niveau international. Les droits de l'homme constituent donc aujourd'hui le fondement tant de l'ordre juridique international que des ordres juridiques nationaux, dont ils sont également la finalité<sup>26</sup>. On peut observer l'émergence d'une dimension objective des droits de l'homme qui ne sont plus uniquement considérés comme droits subjectifs d'un individu, mais comptent désormais parmi les valeurs fondamentales de chaque ordre juridique qui sont à protéger<sup>27</sup>. La multiplication parallèle de traités internationaux relatifs aux droits de l'homme « conduit les constituants à adopter une nouvelle approche, consistant à faire référence directement à ses instruments en leur accordant une place privilégiée en droit interne »<sup>28</sup>. C'est pourquoi la spécificité de la matière des droits de l'homme entraîne une sorte de « perméabilité juridique » entre le droit international et le droit interne<sup>29</sup>.

Les Accords de Dayton, instituant la Constitution de BiH, en donnent l'exemple type. On y retrouve une interpénétration complexe du droit constitutionnel et du droit international qui sert l'harmonisation totale du droit interne avec les standards internationaux des droits de l'homme<sup>30</sup>. Il y a été prévu une très large application du droit international, un phénomène que l'on désigne aussi comme « constitutionnalisation du droit international »<sup>31</sup>. Cette incorporation est comprise par la communauté internationale avant tout comme une garantie de protection des droits de l'homme et se réalise à divers degrés<sup>32</sup>.

## § 2. Les différents degrés d'incorporation du droit international en droit interne

La Constitution de BiH montre son ouverture au droit international dès le Préambule, en faisant référence aux buts et principes de la Charte des Nations Unies, au droit international humanitaire, la DUDH, la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses et linguistiques, ainsi que d'autres textes régissant les droits de l'homme. Dans le corpus constitutionnel, on trouve des renvois à la CEDH, à quinze traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ainsi qu'au droit international général, chacune de ces catégories ayant une position distincte en droit interne.

---

<sup>26</sup> De nombreux États proclament explicitement dans leurs textes constitutionnels respectifs que le principe de protection des droits de l'homme et/ou la dignité humaine présente(nt) le fondement de leur ordre juridique et/ou que le but de ce dernier est de les garantir ; Voir C. SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 4-6 et C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *Droit constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p.176 ss.

<sup>27</sup> C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *ibid.*

<sup>28</sup> C. SCIOTTI-LAM, *op.cit.*, 2004, p. 8.

<sup>29</sup> Voir plus sur cette notion : C. SCIOTTI-LAM, *op.cit.*, 2004, p. 16-17.

<sup>30</sup> Voir dans ce sens l'opinion dissidente de la juge Grewe, CCBiH, 26.05. 2006, n° U-13/05.

<sup>31</sup> Voir par exemple N. MAZIAU, *op.cit.*, 1999, p. 181-202 ; L. PECH, *op.cit.*, 2000, p. 421 – 440.

<sup>32</sup> Voir L. PECH, *op.cit.*, 2000, p.427 ; N. MAZIAU, *op.cit.*, 1999, p. 190.

Le texte constitutionnel réserve la place la plus éminente à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, pour laquelle est prévue l'applicabilité directe en droit interne. Après avoir proclamé la garantie du « degré le plus élevé de libertés fondamentales et de droits de l'homme internationalement reconnus »<sup>33</sup>, le deuxième paragraphe de l'article II dispose que :

« Les droits et les libertés définis dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et ses protocoles s'appliquent directement en Bosnie-Herzégovine. Ils priment tout autre droit »<sup>34</sup>.

Les standards établis par la CEDH et la jurisprudence de son organe principal ont servi et servent encore de modèles à une grande majorité d'États d'Europe centrale et orientale dans leur transformation vers une société fondée sur les valeurs fondamentales du respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit. En Bosnie-Herzégovine, on a davantage songé à la fonction positive que la CEDH pouvait avoir dans ce processus en lui attribuant un statut particulièrement important par rapport au droit interne et aux autres traités internationaux. La Convention « prime » ainsi « tout autre droit ». Sa supériorité au droit interne implique et accentue clairement la nécessité de la mise en conformité de ce dernier avec les standards européens de protection des droits de l'homme. Reste une question plus délicate en suspens, à savoir ce qui est visé par ce droit interne. Nous verrons plus tard les controverses liées à la signification de l'expression « tout autre droit », celle-ci pouvant être interprétée comme désignant uniquement les normes législatives, ou comme comprenant aussi le droit constitutionnel.

Les traités internationaux de protection des droits de l'homme ont une position inférieure à la CEDH, mais qui reste tout de même significative : ils sont directement intégrés dans l'ordre interne sans besoin de transformation législative<sup>35</sup>. La Constitution retient une liste des quinze conventions les plus importantes dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme. Elles sont énumérées en annexe I de la Constitution

---

<sup>33</sup> Article II.1 de la Constitution de Bosnie-Herzégovine.

<sup>34</sup> Version originale anglaise de l'article II.2. : « *The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law.* ».

<sup>35</sup> En vertu de l'article II.7, « *La Bosnie-Herzégovine reste ou devient partie aux accords internationaux énumérés en annexe I à la présente Constitution* ». C'est en effet « la signature du traité de Dayton-Paris qui vaut leur ratification » (L. PECH, *op. cit.*, 2000 – n° 42, p. 427). Cela est d'ailleurs aussi valable pour la CEDH, appliquée pendant six années avant d'être signée le 24.04.2002.

ainsi qu'en annexe VI des Accords de Dayton<sup>36</sup>. Ces textes font partie de l'ordre juridique de BiH et sont immédiatement applicables selon les conditions fixées par ces traités.

On retrouve enfin dans l'article III.3.b de la Constitution une référence aux principes généraux du droit international<sup>37</sup> et dans l'article VI.3.c le renvoi aux règles générales de droit international public auxquels la Cour constitutionnelle peut faire référence si celles-ci se montrent pertinentes vis-à-vis de sa décision sur une question préjudicielle. À la différence des traités internationaux, on rencontre plus rarement dans les textes constitutionnels la consécration expresse de ces principes. Même dans les systèmes juridiques où c'est le cas, il leur incombe un moindre rôle<sup>38</sup>. Ces principes désignent les « règles générales déduites de l'esprit des coutumes et des conventions en vigueur »<sup>39</sup>.

Il est en dernier lieu important de noter que, bien qu'elle garantisse le standard le plus élevé de protection des droits de l'homme, la Constitution de BiH ne contient pas un catalogue complet des droits fondamentaux. Il s'agit plutôt d'une énumération<sup>40</sup> avec un renvoi généreux aux différentes sources du droit international comme moyens de leur protection.<sup>41</sup> Ce droit fait dès lors partie du droit constitutionnel matériel et doit comme tel être pris en compte par la Cour constitutionnelle de BiH. Pour que ces standards internationaux intégrés en différents degrés dans le droit interne constituent une véritable garantie de protection des droits de l'homme, il faut assurer l'efficacité des dispositions qui les consacrent. Or, cette efficacité est fonction directe de leur application en droit interne, elle-même dépendant principalement du juge constitutionnel de BiH.

---

<sup>36</sup> L'Annexe VI, appelée aussi « Annexe des droits de l'homme » (*Human Rights Annex*) établit les mécanismes de mise en œuvre des dispositions sur les droits de l'homme.

<sup>37</sup> Selon l'article III.3.b « *Les principes généraux du droit international font partie intégrante du droit de Bosnie-Herzégovine et de celui des Entités* ».

<sup>38</sup> Commission de Venise, « Les rapports entre le droit international et le droit interne », *Science et technique de la démocratie*, CDL-STD (1993)006, peut être consulté sur [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int), § 4.3.

<sup>39</sup> P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 349.

<sup>40</sup> Dans l'article II.3.

<sup>41</sup> « L'idée de prévoir des dispositions constitutionnelles relatives aux droits de l'homme s'appuyant directement sur des instruments internationaux trouve son origine dans le projet de Lord Carrington de 1991 (...). Les négociateurs ont voulu éviter d'énumérer uniquement au catalogue des droits qui auraient été interprétés à l'aune des anciens instruments yougoslaves. Par ailleurs, la gestion du temps ne permettait pas la possibilité de longues négociations. L'énumération d'une liste de traités dans le texte même de la Constitution devait aussi permettre de créer immédiatement un corps de règles directement opposables aux autorités. » N. MAZIAU, *op. cit.*, 1999, p. 193-194.

## Section 2. – La portée du droit international en droit interne au regard de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle de BiH

Dans la construction juridique complexe des Accords de Dayton, c'est surtout et avant tout à la Cour constitutionnelle qu'incombe la tâche ambitieuse de prendre en considération et d'appliquer le droit international de façon la plus large possible, aux fins d'une protection renforcée des droits fondamentaux (§2). La Cour dispose, dans cette optique, de compétences significatives (§ 1).

### §1. Les compétences étendues de la Cour constitutionnelle de BiH

Si l'actualité juridique a été jusqu'à aujourd'hui régulièrement dominée par de grandes consécration des droits de l'homme, on constate que ce phénomène se retrouve davantage dans les pays récemment sortis de régimes répressifs ou de périodes de grande violence, tournant désormais espoir et regard vers un futur plus lumineux, comme c'est le cas en BiH. Mais le souci de protection des droits de l'homme ne s'arrête pas aux textes solennels, constitutionnels ou internationaux, de proclamation de grands principes. Il reste encore à rendre cette protection effective, ce qui est rendu possible grâce à l'ouverture de recours devant la Cour constitutionnelle, permettant à cette dernière de développer ces principes et de sanctionner les violations des droits garantis. C'est surtout une juridiction constitutionnelle dotée de compétences significatives qui a le potentiel nécessaire pour devenir un garant crucial de la protection des droits de l'homme.<sup>42</sup> Dans une Constitution comme celle de Bosnie-Herzégovine, où cette protection est censée être assurée par le biais d'une application large du droit international relatif aux droits de l'homme, auquel on confère un statut particulièrement important, ce sont aussi l'ouverture plus ou moins accentuée envers le droit international ainsi que l'audace du juge dans son application qui vont être décisifs.

Le rôle de la Cour constitutionnelle de BiH est, dans cette optique, particulièrement important. Plus encore que d'autres cours constitutionnelles, elle est amenée à interpréter, compléter et développer une Constitution et une législation a priori plutôt vagues et

---

<sup>42</sup> Cette complémentarité est affirmée par le fait que les évolutions en matière de droits fondamentaux et de contentieux constitutionnel se déroulent parallèlement. « La ou ces droits sont particulièrement développés dans les textes constitutionnels, le constituant a également pris soin d'instituer des recours nombreux et différenciés afin de donner à l'effectivité des droits le maximum de chances. Les modèles sont à cet égard l'Allemagne, l'Espagne et le Portugal, suivis par l'Italie et la Suisse. » (C. GREWE « Cours constitutionnelles européennes » in : D. Chagnollaud, G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, p. 187).

lacunaires<sup>43</sup> en recourant aux références internationales<sup>44</sup>. Etant donné qu'il n'existe pas de Cour suprême de juridiction générale au niveau de l'État<sup>45</sup>, sa responsabilité n'en est qu'encore plus accentuée.

La Cour est composée de neuf juges qui conservent leur mandat jusqu'à l'âge de 70 ans. Les six juges locaux (dont deux serbes, deux bosniaques et deux croates) sont élus par le Parlement et les trois juges internationaux (actuellement un britannique, un moldave et un français) désignés par le Président de la Cour européenne des droits de l'homme après consultation de la présidence de BiH<sup>46</sup>. Les décisions y sont adoptées à la majorité, avec la possibilité d'y joindre des opinions séparées<sup>47</sup>.

Pour accomplir sa fonction générale de gardienne de la Constitution, la Cour constitutionnelle dispose de larges compétences<sup>48</sup>. Elle peut effectuer, à la demande des autorités politiques<sup>49</sup>, un contrôle abstrait des normes « pour régler tout différend découlant de la Constitution entre les Entités ou entre la Bosnie-Herzégovine et l'une ou les deux Entités, ou entre des institutions de Bosnie-Herzégovine »<sup>50</sup>. Le contrôle abstrait est communément compris comme ayant pour « but d'assurer le bon fonctionnement de l'État en faisant des pouvoirs publics les représentants de l'intérêt général »<sup>51</sup>. Il sert comme tel en Bosnie-Herzégovine à trancher la question de la répartition horizontale ou verticale des pouvoirs, ainsi qu'à résoudre tout conflit de normes susceptible d'émerger.

---

<sup>43</sup> L. FAVOREU, « La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine » in : *Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, Paris, 2000, p. 277.

<sup>44</sup> Dans ce sens : CCBiH, décision du 22.04. 2005, n° U-4/05, § 14, sur le site <http://ccbh.ba> : « *The Constitutional Court is one of the most responsible institutions of the system, which represents an additional protection mechanism and ensures a consistent respect of the human rights pursuant to the international conventions and other international agreements. The Constitutional Court must be a just and reliable guardian of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, its values and human rights. There are many issues under the Constitution of Bosnia and Herzegovina that need to be clarified and, in this respect, the Constitutional Court is the only body competent and qualified to provide interpretations* » .

<sup>45</sup> Le domaine de compétence de la Cour de BiH, instituée le 12 novembre 2000, est limitée aux affaires pénales et administratives, ainsi qu'aux recours contre ses propres décisions et celles prises dans le cadre électoral.

<sup>46</sup> « La Cour siège en formation restreinte à cinq juges lorsqu'elle est saisie d'un recours individuel et doit alors se prononcer à l'unanimité. Si celle-ci ne peut être atteinte ou si la Cour est saisie d'une demande de contrôle abstrait, elle siège en formation plénière, c'est-à-dire en présence des juges internationaux » (C. GREWE, *op. cit.*, 2009, p. 366).

<sup>47</sup> Prévues par l'article 41 du Règlement de la Cour, elles permettent de mettre en avant les points juridiquement ou politiquement controversés.

<sup>48</sup> Outre les compétences plus ou moins classiques, la Cour dispose également d'une compétence particulière de vérification de régularité de la procédure parlementaire dans le cas d'un litige politique survenant par la voie d'opposition d'un veto d'un peuple constitutionnel. (Article IV.3.f).

<sup>49</sup> En vertu de l'article VI.3.a, la Cour constitutionnelle peut être saisie par un membre de la Présidence, par le Président du Conseil des ministres, par le Président ou Vice-président de l'une ou l'autre chambre de l'Assemblée parlementaire, par un quart des membres de chacune des deux chambres de l'Assemblée parlementaire, ou par un quart de l'une des deux chambres législatives d'une Entité.

<sup>50</sup> L'article VI.3.a.

<sup>51</sup> Voir C. GREWE « Cours constitutionnelles européennes » in : D. Chagnollaud, G. Drago (dir.), *op. cit.*, 2006, p. 187.

La Cour constitutionnelle peut en outre être saisie par toute juridiction de BiH d'une question préjudicielle portant soit sur la conformité d'une loi à la Constitution, à la CEDH ou aux « lois de Bosnie-Herzégovine », soit sur le point de savoir « s'il existe ou s'applique une règle générale de droit international public pertinente pour la décision de la Cour constitutionnelle »<sup>52</sup>. Cette possibilité du contrôle concret des normes est très rarement utilisée par les cours<sup>53</sup>.

Enfin, la Cour est compétente « à titre de juridiction d'appel » pour se prononcer sur une question de constitutionnalité soulevée par une décision définitive de « tout autre tribunal de Bosnie-Herzégovine »<sup>54</sup>. Il s'agit du recours direct qui doit en principe être introduit dans les soixante jours suivant l'épuisement des voies de recours effectives<sup>55</sup>, un mode de saisine qui s'avère de loin le plus fréquent. Bien qu'elle conduise à un encombrement de la Cour, cette compétence est importante car elle permet une unification des décisions juridictionnelles dans le domaine des droits fondamentaux en l'absence d'une Cour suprême de BiH<sup>56</sup>. Elle permet de plus une ouverture du recours aux individus, et la protection de leurs droits en renforçant ainsi, à l'instar de la Loi fondamentale allemande, l'effet de rayonnement de la Constitution. Le recours direct devant la Cour constitutionnelle de BiH n'est pas limité aux violations alléguées des droits fondamentaux, mais inclut aussi les litiges d'ordre constitutionnel, et surtout les violations alléguées des droits garantis par la CEDH et les accords internationaux inclus dans l'annexe I de la Constitution<sup>57</sup>. Dans ses décisions rendues dans le cadre du contrôle abstrait, la Cour a de même rappelé à plusieurs reprises qu'elle s'appuie, outre sur la Constitution, également sur les conventions internationales applicables<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> L'article VI.3.c.

<sup>53</sup> Jusqu'en 2008, seules quatre décisions de la Cour constitutionnelle sur renvoi ont été rendues. Voir M. ŽIVANOVIĆ, A. LALOVIĆ (dir.), *Rapport : Droits de l'homme en BiH, 2008*, CLJPUS, 2009, [www.hrc.unsa.ba/hrr2008/PDFS/Godisnji\\_izvjestaj\\_2008.pdf](http://www.hrc.unsa.ba/hrr2008/PDFS/Godisnji_izvjestaj_2008.pdf), consulté le 05 juillet 2009, p 29.

<sup>54</sup> Article VI.3.b de la Constitution.

<sup>55</sup> L'article 11.3 du Règlement de la Cour constitutionnelle.

<sup>56</sup> En vertu de l'article 64 de son Règlement, la Cour peut soit apprécier seulement la conformité de la décision à la Constitution et aux traités internationaux applicables et renvoyer l'affaire pour l'adoption d'une décision conforme à ses instructions, ou, ce qui arrive plus rarement, trancher le litige au fond.

<sup>57</sup> Voir par exemple la décision U-106/03, § 21. « *Under Article VI.3.b of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court entertains appellate jurisdiction to examine judgments of all courts to establish violations of rights under the Constitution of Bosnia and Herzegovina, including the rights and freedoms set out in the European Convention and the international agreements listed in Annex I to the Constitution of Bosnia and Herzegovina* ».

<sup>58</sup> N. MAZIAU, « Bilan de jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine de 1997 à 2005 », *RFDC*, n° 66, 2006/2, p. 415. L'auteur cite, au titre d'exemple, le paragraphe 14 de la décision n° U-4/05 du 22 avril 2005.

## § 2. L'application extensive du droit international relatif aux droits de l'homme par la Cour constitutionnelle de BiH

Le droit international général joue un rôle plutôt modeste dans la justice constitutionnelle européenne, de même que devant la Cour constitutionnelle de BiH qui fait rarement référence aux principes généraux du droit international<sup>59</sup>, réservant à ces derniers une fonction traditionnellement « subsidiaire, supplétif et interprétatif »<sup>60</sup>.

Le droit conventionnel est, en revanche, d'une importance significative. La Cour est souvent saisie de questions liées à l'application de la CEDH et d'autres accords internationaux qui font partie intégrante de l'ordre juridique interne et sont considérés comme directement applicables. L'applicabilité directe signifie que les particuliers peuvent invoquer une règle conventionnelle devant le juge interne<sup>61</sup> qui accepte alors de vérifier la conformité des différents actes étatiques aux droits reconnus dans ces conventions. En les reconnaissant comme « droits constitutionnels », la Cour de Sarajevo se limite toutefois à l'application des droits garantis par les quinze accords internationaux qui sont énumérés à l'annexe I de la Constitution<sup>62</sup>. Elle applique leurs dispositions respectives, soit de manière autonome<sup>63</sup> soit en conjonction avec l'article II.4 de la Constitution consacrant le principe de non-discrimination<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> À titre d'exemple, elle y recourt afin de justifier l'application de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « *Contrary to the constitutions of many other countries, the Constitution of BiH in Annex 4 to the Dayton Agreement is an integral part of an international agreement. Therefore, Article 31 of the Vienna Convention of the Law on Treaties – providing for a general principle of international law which is, according to Article III.3.b of the Constitution of BiH, an "integral part of the legal system of Bosnia and Herzegovina and its Entities" – must be applied in the interpretation of all its provisions, including the Constitution of BiH.* », CCBiH, 01.07.2000, n° U-5/98-III, § 19, <http://ccbh.ba>.

<sup>60</sup> Commission de Venise, « Les rapports entre le droit international et le droit interne », *op. cit.*, § 4.3.

<sup>61</sup> Généralement, il n'est possible de concevoir l'applicabilité directe que dans le cas où il s'agit des dispositions *self-executing*. Elles doivent à cet égard « (...) comporter des stipulations suffisamment précises pour imposer ou interdire tel acte ou comportement (...) être inconditionnelles : se trouvent donc exclues de l'applicabilité directe les stipulations ayant valeur de simple recommandation. Elles doivent en fin être complètes (...) ». (T. OLSON, P. CASSIA, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, 2006, p.53).

<sup>62</sup> La Cour n'accepte ainsi pas l'applicabilité de la Déclaration universelle des droits de l'homme car, bien que celle-ci soit incluse dans le Préambule de la Constitution, elle ne fait pas partie de son Annexe I : « *As far as Article 25 of the Universal Declaration of Human Rights is concerned, the Constitutional Court notes that this Declaration is not a legally binding instrument and is not included in Annex 1 to the Constitution of Bosnia and Herzegovina as one of the international human rights instruments which shall be applied in Bosnia and Herzegovina.* » CCBiH, 01.09.2001, n° U-22/01, § 26, <http://ccbh.ba>.

<sup>63</sup> Voir par exemple l'application de l'article 17 du PIDCP, et l'article 11 du PIDESC, dans la décision précitée, paragraphes 24 et 27.

<sup>64</sup> Par exemple : « *Article II.4 of the Constitution of Bosnia and Herzegovina sets forth the principle of non-discrimination with regard to the enjoyment of the rights and freedoms provided for in this Article or in the international agreements listed in Annex 1 to this Constitution. Accordingly, the Constitutional Court shall examine whether the contested provision of Article 21 para 3 of the Statute discriminated against Serbs with regard to a group of political rights guaranteed under Article 5 para 1(c) of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1995, which is referred to in paragraph 6 of Annex 1.* » CCBiH, 22.04.2005, n° U-4/05, § 34.

Reste à constater que le bloc de constitutionnalité en Bosnie-Herzégovine est particulièrement imposant<sup>65</sup>. Pour autant, bien que les accords internationaux de l'Annexe I bénéficient d'une place importante, ils ne jouent qu'un rôle secondaire comparé à celui de la CEDH. Non seulement l'applicabilité directe de cette dernière est explicitement consacrée par l'article II.2<sup>66</sup>, mais un statut tout particulier lui est en outre accordé de par sa primauté sur « tout autre droit ». La jurisprudence fait abondamment usage de ce statut élevé de la CEDH en appliquant ses dispositions « sur un pied d'égalité avec la Constitution »<sup>67</sup>. Ces dispositions forment « une sorte de droit constitutionnel matériel, comparable en cela à ce qui se produit en Suisse ».<sup>68</sup> Les articles le plus souvent invoqués sont l'article 6 sur le droit à un procès équitable<sup>69</sup>, l'article 8 sur le domicile, le droit au recours effectif devant les autorités nationales dans le cas de violation des droits, garanti par l'article 13<sup>70</sup>, le principe de non discrimination de l'article 14, l'article 1 du Protocole n°1 relatif au droit de propriété, et, plus rarement, l'article 10 sur la liberté d'expression<sup>71</sup>. Pour s'assurer d'une bonne application du droit conventionnel, la Cour de Sarajevo recourt à l'interprétation et au développement de celui-ci par la jurisprudence de la Cour européenne. Elle fait systématiquement référence aux plus grandes décisions de cette dernière et utilise même les techniques juridiques qu'elle a développées sous influence allemande, à savoir les obligations positives et l'effet horizontal<sup>72</sup>.

---

<sup>65</sup> Notamment compte tenu du fait qu'on y inclut aussi des annexes autres que l'Annexe IV.

<sup>66</sup> On considère généralement que « toutes les normes de la Convention sont techniquement aptes à être directement appliquées » indépendamment du « fait que certaines dispositions soient moins précises que d'autres » ( J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> édition, 2002, p. 494-495).

<sup>67</sup> Voir C. GREWE, *op. cit.*, 2009, p. 369.

<sup>68</sup> *Ibid.*.

<sup>69</sup> « Le procès équitable tend à être invoqué dans tout procès afin d'ouvrir le chemin vers le juge constitutionnel. Ainsi le très important contentieux des logements permet à la Cour constitutionnelle de constater une violation de l'article 6, ou bien en raison d'une durée trop longue, ou bien parce que les juridictions ordinaires ont mal appliqué le droit. » L'article 6 est également invoqué dans d'autres domaines, comme par exemple pour l'obtention des dommages-intérêts pour le préjudice causé par la mort de proches pendant la guerre. (C. GREWE, *op. cit.*, 2009, p. 369-370).

<sup>70</sup> Une décision très intéressante à cet égard a été rendue dans le cadre d'un recours individuel où, bien qu'elle refuse de contrôler elle-même les actes du Haut Représentant de la communauté internationale ayant conduit à la déchéance du poste des requérants, la Cour constate la violation de l'article 13 en raison de l'absence d'un recours effectif contre ces actes. (Décision n° AP-953/05 du 7.07.2006). Suite à une saisine de la CourEDH, celle-ci déclare l'irrecevabilité de la requête en raison de l'immunité dont bénéficient les actes pris dans l'exercice des pouvoirs du Haut Représentant, qui lui sont délégués par le Conseil de Sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. CourEDH, IV<sup>e</sup> Section, Décision sur la recevabilité du 16 octobre 2007, *Beric et autres c/Bosnie-Herzégovine*. (C. GREWE, *op. cit.*, 2009, p. 372).

<sup>71</sup> *Ibid.*, p.370.

<sup>72</sup> « Issues de l'interprétation autonome de la CourEDH, les obligations positives permettent au juge européen non seulement de faire cesser des ingérences mais encore d'exiger de la part des États des interventions actives, notamment l'édiction de normes destinées à éviter des violations des droits dans les relations entre personnes privées (effet horizontal) ». La Cour constitutionnelle y fait appel dans les affaires de comptes en devises étrangères. L'État central ayant succédé aux obligations de l'ex-Yougoslavie, y compris certaines dettes, « l'inaction prolongée de la Bosnie-Herzégovine envers les personnes titulaires de ces comptes et par conséquent titulaires d'un droit de propriété s'analyse alors pour la Cour en une violation continue de l'obligation positive de protection de ces personnes et de leurs biens. ». Les obligations positives sont également invoquées à propos de

Du fait de leur non-conformité à la Constitution de BiH, qui est à comprendre dans un sens plus large, en tant que constitution matérielle, la Cour constitutionnelle a été amenée, dans le cadre de sa compétence de contrôle abstrait, non seulement à invalider des normes législatives, mais aussi certaines dispositions constitutionnelles des entités de l'État<sup>73</sup>. Qui plus est, elle admet le contrôle des lois de l'État en dépit du fait que l'énoncé explicite de sa compétence dans l'article VI.3.a ne se réfère qu'aux dispositions du « droit ou de la constitution d'une Entité ». La Cour fait découler cette compétence de son rôle général de gardienne de la Constitution de Bosnie-Hérzégovine.<sup>74</sup>

Il s'est posé toutefois la question de savoir si, en interprétant l'article II.2 en conjonction avec l'article VI, il serait possible d'aboutir à la même conclusion quant à la possibilité d'effectuer un contrôle de conformité de la Constitution étatique elle-même avec la CEDH ou un contrôle de conventionalité d'une loi mettant directement en œuvre les dispositions constitutionnelles. Cette interrogation a été portée devant la Cour constitutionnelle à l'occasion de l'invocation de dispositions constitutionnelles alléguées discriminatoires, contraires au principe de non-discrimination garanti avant tout par l'article 14 de la CEDH et son Protocole n°12. Un jugement au fond soulevait préalablement la question de savoir si la Cour pouvait effectivement examiner la conformité de telles dispositions avec le droit conventionnel, cela étant fonction directe du statut de la Convention européenne des droits de l'homme en droit interne.

---

l'absence d'une action suffisante nécessaire pour retrouver les corps des personnes disparus pendant la guerre. (C. GREWE, op. cit., 2009, p. 372).

<sup>73</sup> La troisième décision partielle du 1<sup>er</sup> juillet 2000 dans l'affaire n° U-5/98, mieux connu comme « décision sur les peuples constituants », est à cet égard significative. Cette décision est analysée plus en détail dans le chapitre II de la deuxième partie de cette étude.

<sup>74</sup> « *Although the provision of Article VI.3 (a) of the Constitution of Bosnia and Herzegovina does not provide for the Constitutional Court to have an explicit jurisdiction to review the constitutionality of the laws or provisions of the laws of Bosnia and Herzegovina, the substantial jurisdiction specified by the Constitution of Bosnia and Herzegovina itself, indicates that the Constitutional Court is entitled to exercise such jurisdiction, particularly having in mind the role of the Constitutional Court as the body which upholds the Constitution of Bosnia and Herzegovina.* » CCBiH, 30.01.2004, n° U-14/02, § 9, sur le site <http://ccbh.ba>.

## CHAPITRE II

### **LA QUESTION DÉLICATE DU STATUT DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EN DROIT INTERNE DE BIH**

Parmi tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme auxquels la Constitution de Bosnie-Herzégovine fait référence, la CEDH bénéficie d'un statut privilégié. Outre la consécration de son applicabilité directe, l'article II.2. dispose que les droits et libertés que celle-ci garantit « priment tout autre droit », laissant ouverte la question de savoir si elle prime également la Constitution.

La réponse à la question de son rang en droit interne a pourtant des conséquences importantes. Dans le cas où le constituant consacre ou bien la justice constitutionnelle reconnaît le statut supra-constitutionnel de la CEDH, cela revient à admettre la possibilité d'invalider les normes constitutionnelles allant à l'encontre des droits et libertés garantis par la Convention. A l'inverse, le statut constitutionnel de la CEDH ne permet pas de mettre en cause les normes constitutionnelles au titre de leur non-conformité avec la Convention.

Bien qu'en BiH la supériorité de la Convention soit clairement affirmée par rapport aux lois et aux Constitutions des Entités ainsi qu'aux lois de l'État, la question de savoir si l'expression « tout autre droit » peut être interprétée comme se référant aussi à la Constitution de BiH reste controversée. Une réponse négative de la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence semble équivaloir à la reconnaissance d'un statut constitutionnel de la Convention européenne (Section 1), alors que la thèse de sa supériorité par rapport à la Constitution de BiH continue à être privilégiée par certains (Section 2).

#### **Section 1. - Le statut constitutionnel accordé de fait à la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour constitutionnelle de BiH**

Avant de se pencher sur l'attitude timide du juge constitutionnel de Sarajevo (§ 2), il convient d'abord de procéder à une brève comparaison des diverses solutions européennes relatives au statut de la CEDH en droit interne (§1).

## § 1. Le statut de la CEDH dans les ordres constitutionnels européens – une variété des solutions

La CEDH ne prévoit ni une incorporation obligatoire<sup>75</sup> ni un statut particulier à accorder à la Convention en droit interne<sup>76</sup>. Cela a pour conséquence que, bien que tous les États membres l'aient incorporée en droit interne, ils l'ont fait d'une manière contrastée. Il existe ainsi une large variété de solutions quant au rang de la CEDH dans la hiérarchie interne des normes. Ces solutions vont d'une position supra-constitutionnelle de la Convention à une simple valeur législative.

Bien que, de façon générale, la place de la CEDH dans l'ordre juridique interne dépende avant tout de la législation nationale qui régit les relations entre le droit interne et le droit international et, plus particulièrement à l'intérieur de ce dernier, les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme<sup>77</sup>, on prévoit parfois pour la Convention européenne un régime encore plus favorable que celui dont jouissent les autres traités internationaux<sup>78</sup>. Et pourtant, c'est « le constitutionnalisme avec son primat de la Constitution »<sup>79</sup> qui intervient dans la majorité des cas, avec pour conséquence que le rang hiérarchique de la CEDH reste en fin de compte la plupart du temps subordonné à la Constitution. Une exception remarquable peut être observée au sein du droit néerlandais, celui-ci mettant en œuvre ses « convictions monistes » en plaçant le droit international au-dessus du droit interne, ce dernier incluant également le droit constitutionnel<sup>80</sup>. Une position hiérarchique moins élevée, mais toujours importante est caractérisée par le rang constitutionnel ou quasi constitutionnel de la Convention. Un exemple type en est l'Autriche, où la CEDH a été élevée au rang constitutionnel par une loi constitutionnelle de 1964. Depuis, tous les droits qu'elle garantit peuvent être invoqués devant la Cour constitutionnelle au même titre que les droits

---

<sup>75</sup> L'obligation existante d'introduction en substance des droits et libertés reconnus ne doit pas être confondue avec l'obligation d'incorporation qui est « facultative et constitue un des moyens de respecter l'obligation d'introduction » (C. SCIOTTI-LAM, *op. cit.*, 2004, p. 51).

<sup>76</sup> La CourEDH a estimé à plusieurs reprises que « ni l'article 13 ni la Convention en général, ne prescrivent aux États contractants une manière déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application effective de toutes les dispositions de cet instrument » Voir par exemple CourEDH, l'arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c/Suède* du 06.02.1976 (A-324, § 50).

<sup>77</sup> Voir ainsi : J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme », in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), *op. cit.*, 2006, p.75.

<sup>78</sup> Dans ce sens : D. SZYMCZAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 56

<sup>79</sup> C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, 1995, p. 106

<sup>80</sup> C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, 1995, p. 107. « Selon ses [la Constitution néerlandaise] art. 91 à 95, les dispositions internationales *self executing*, c'est-à-dire suffisamment précises pour pouvoir être appliquées directement, ont une valeur supérieure à la Constitution. Les articles 93 et 94 instaurent à cet effet un contrôle de conventionalité et exigent donc la conformité du droit constitutionnel au droit international alors que le contrôle des constitutionnalité de la loi est expressément écarté ».

consacrés par les textes constitutionnels. En Suisse on retrouve par ailleurs une situation spécifique d'assimilation des droits reconnus par la CEDH au droit constitutionnel matériel. C'est ici par la voie jurisprudentielle que la Convention, tout du moins sur plan procédural, paraît avoir acquis le même rang que les dispositions constitutionnelles. Cette position reste toutefois toujours sans consécration constitutionnelle explicite, raison pour laquelle on emploie le terme de rang « quasi-constitutionnel »<sup>81</sup>. Ce rang quasi-constitutionnel ou supra-constitutionnel reste toutefois moins répandu. La plupart des autres pays, comme la France<sup>82</sup>, la Belgique, le Luxembourg, l'Espagne, le Portugal, et certains Etats de l'Europe de l'est, accordent à la CEDH un rang infra-constitutionnel, mais supra-législatif, ce qui « oblige en principe les juridictions compétentes (...) à écarter l'application des lois nationales contraires à la Convention »<sup>83</sup>. En dernier lieu, le statut le plus bas est donné à la CEDH par les pays dualistes classiques comme l'Italie, l'Allemagne et les pays nordiques, qui lui réservent une simple valeur législative. Il faut toutefois souligner que, même dans les groupes de pays ayant opté pour un statut amoindri de la CEDH, le juge est, la plupart du temps, influencé d'une manière ou d'une autre par la Convention européenne et la jurisprudence de son organe principal.<sup>84</sup>

Vu que la plupart des Constitutions ou des lois incorporant la CEDH demeurent muettes sur la question de son rang hiérarchique en droit interne, c'est souvent le juge<sup>85</sup> qui joue un rôle décisif pour son éclaircissement. En montrant une attitude plus ou moins ouverte vis-à-vis du droit international, et notamment de la Convention européenne, il lui incombe, en tant qu'« interprète authentique »<sup>86</sup> de préciser ce statut ou de décider dans quelle mesure il prendra en considération les droits et libertés tels que consacrés par la Convention et développés par la CourEDH. Même dans les pays dont les textes constitutionnels font preuve d'une ouverture notable vis-à-vis du droit international, les juges peuvent se montrer réticents à son application effective et, de ce fait, fragiliser une base constitutionnelle favorable. Une

---

<sup>81</sup> Sur la décision ayant marqué cette évolution auparavant amorcée, voir C. GREWE, « La primauté du droit international des droits de l'homme sur le droit fédéral interne : L'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 26 juillet 1999, A. C/ Ministère public suisse, Département confédéral de justice et de police et Conseil fédéral, ATF 125 II 147 » in : *EL*, n° 3, juillet 2000, p. 2 – 4.

<sup>82</sup> En France, la CEDH ne fait pas partie du « bloc de constitutionnalité » le Conseil constitutionnel refusant d'examiner la conventionalité des lois, sauf lorsqu'il statue comme juge des élections.

<sup>83</sup> C. GREWE, « Quelques spéculations sur la contribution des systèmes internes au désengorgement de la Cour européenne des droits de l'homme » *RUDH*, vol. 14, n° 7-8, décembre 2002, p. 299.

<sup>84</sup> Cette réalité est parfois explicitement consacrée par la constitution (par exemple l'obligation d'interpréter la Constitution à la lumière de la Convention, prévue par les constitutions espagnole et portugaise, en Suède et dans plusieurs pays d'Europe centrale et orientale (C.GREWE, *op. cit.*, 2002, 299.) ou par la loi d'incorporation (comme en Grande-Bretagne), ou alors introduite par l'emploi jurisprudentiel de la technique de l'interprétation conforme à la CEDH. (C. SCIOTTI-LAM, *op. cit.*, 2004, p. 203-204).

<sup>85</sup> La plupart du temps le juge constitutionnel.

<sup>86</sup> D. SZYMCZAK, *op. cit.*, 2007, p. 85

première approche timide peut cependant faire l'objet de changements évolutifs, surtout sous l'influence grandissante de textes conventionnels et de la jurisprudence<sup>87</sup>. Bien que dans une majorité d'États, disposant d'une relativement bonne intégration des standards européens des droits de l'homme dans leurs textes constitutionnels, cette question puisse paraître plus ou moins secondaire, la position de la Cour constitutionnelle quant au rang de la CEDH par rapport à la Constitution en BiH s'est révélée d'une importance cruciale.

## § 2. L'approche restrictive de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine

La Cour constitutionnelle de Sarajevo a été, à plusieurs reprises, amenée à se prononcer sur la conformité avec le droit conventionnel de normes constitutionnelles considérées comme discriminatoires pour une partie de la population de BiH<sup>88</sup>, de normes législatives découlant directement des ses dispositions constitutionnelles<sup>89</sup> et enfin d'une décision de la Cour de BiH prise en application de ces différentes normes<sup>90</sup>.

Dans le premier cas étaient visées les dispositions constitutionnelles des articles IV.1, IV.1.a, IV.3.b et V.1. relatives aux modalités d'élection des membres de la Présidence et de la Chambre des peuples. Le membre de la présidence de BiH Tihic soutenait que ces dispositions allaient à l'encontre du droit aux élections libres garanti par l'article 3 du Protocole n°1, pris en conjonction avec le principe de non-discrimination consacré par l'article 14 de la Convention européenne, et à l'encontre de l'interdiction de la discrimination prévue par l'article 5 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Le requérant alléguait une discrimination sur la base ethnique, raciale et religieuse des « Autres », des Serbes habitant le territoire de la Fédération, ainsi que des Croates et Bosniaques habitant en RS, dans l'exercice du droit de vote passif, c'est-à-dire du droit de se présenter aux élections législatives<sup>91</sup>. En outre, il alléguait une discrimination dans

---

<sup>87</sup> Sur l'exemple néerlandais : C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, 1995, p.107 : « (...) malgré son applicabilité directe, [la CEDH] n'a été traitée que comme une source subsidiaire de droit. Lorsque des dispositions particulières de la Convention furent invoquées devant les juridictions, celles-ci parvinrent généralement à la conclusion qu'il n'y avait pas violation de la Convention. Cette attitude, qui s'expliquait à la fois par l'ignorance de la Convention et sans doute par la retenue des juges néerlandais vis-à-vis d'un contrôle de la loi traditionnellement incontestable, a radicalement changé depuis. Certes, les violations constatées demeurent rares (environ 9 % des cas) et la Cour suprême a toujours tendance à éviter le conflit ; mais elle n'hésite plus ni à se référer à la Convention ni même à devancer les organes de Strasbourg dans l'interprétation dynamique de celle-ci ». ; En Suisse, c'est le Tribunal Fédéral qui a à un moment donné éclairci le statut de la CEDH en droit interne en introduisant la possibilité d'un contrôle de conventionalité des lois fédérales. Voir plus in C. GREWE, *op. cit.*, 2000.

<sup>88</sup> CCBIH, affaire n° U-5/04.

<sup>89</sup> CCBIH, affaire n° U-13/05.

<sup>90</sup> CCBIH, affaire n° AP-2678/06.

<sup>91</sup> CCBIH, 27 janvier 2006, n° U-5/04, sur le site <http://ccbh.ba>, § 2.

l'exercice du droit électoral actif des Serbes et des « Autres » par rapport aux autres citoyens de la FBiH, ainsi que des Bosniaques, Croates et « Autres » citoyens de RS par rapport aux Serbes de cette Entité, étant donné qu'ils étaient privés de leur droit d'élire les délégués à la Chambre des peuples de l'Assemblée Parlementaire de BiH.<sup>92</sup> Dans la composition de la Présidence tripartite de BiH, on retrouve une situation analogue. Le requérant soutenait que le fait qu'une certaine partie des citoyens soient privés de l'exercice de leur droit passif électoral, caractérisait, encore une fois, une violation de l'article 14 de la CEDH et de l'article 3 du Protocole n° 1 de la CEDH.

Afin de répondre à la question de la compatibilité des différents articles litigieux avec la CEDH et son Protocole n° 1, la Cour constitutionnelle devait tout d'abord se prononcer sur la question de sa propre compétence à contrôler la conformité de normes constitutionnelles avec la CEDH. Cela impliquait donc nécessairement de trancher la question fondamentale de la hiérarchie des normes entre Constitution de BiH et CEDH. Si la décision reconnaissait à la CEDH un statut supra-constitutionnel, cela avait pour conséquence de donner le feu vert à un contrôle de constitutionnalité de normes constitutionnelles alléguées comme discriminatoires. Dans le cas inverse, la Cour n'aurait pas la compétence de se prononcer sur une telle question et devrait donc conclure à l'irrecevabilité de la demande, conclusion à laquelle elle est enfin arrivée dans sa décision du 27 janvier 2006.

Estimant que les droits protégés par la CEDH ne pouvaient avoir un statut supérieur à celui de la Constitution de BiH<sup>93</sup>, la Cour en a déduit son incompétence à se prononcer sur la conformité des dispositions de la Constitution de BiH avec la CEDH et ses Protocoles<sup>94</sup>.

La Cour a, dans un premier temps, rappelé l'article II.2 de la Constitution, en vertu duquel les droits et obligations prévus par la CEDH sont directement applicables, disposition qui souligne le phénomène d'internationalisation du droit interne en BiH ainsi que l'obligation d'harmoniser le droit interne avec les exigences de la CEDH. Elle a ensuite énoncé que la Cour constitutionnelle a pour rôle de « maintenir la constitution » et, qu'en vertu de l'article II et de l'article VI.3.c, dans le cadre de cette mission, elle peut se référer à la Constitution aussi bien qu'à la CEDH.<sup>95</sup>

La Cour a toutefois par la suite souligné qu'elle n'avait pas été saisie d'un « différend découlant de la présente Constitution entre les Entités ou entre la Bosnie-Herzégovine et l'une

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 5.

<sup>93</sup> *Ibid.*, § 14.

<sup>94</sup> *Ibid.*, § 16.

<sup>95</sup> *Ibid.*, § 13.

ou les deux Entités, ou entre des institutions de Bosnie-Herzégovine », comme le prévoit l'article VI.3.a, mais d'un conflit éventuel entre le droit interne et le droit international.<sup>96</sup>

Comme il s'agissait en espèce d'une demande du contrôle de conformité des dispositions constitutionnelles avec la CEDH, la Cour a rappelé que la Convention, en tant qu'instrument international, est entrée en vigueur sur la base de la Constitution et que les pouvoirs constitutionnels dérivent bien de la Constitution et non de la CEDH. Elle en déduit que, par conséquent, cette dernière ne peut avoir un statut supra-constitutionnel, ce qui exclut la possibilité d'un tel contrôle. La Cour a affirmé qu'en vertu de son obligation de « maintenir la constitution » elle doit rester attachée au texte constitutionnel et n'a donc pas la possibilité d'une interprétation plus large de sa compétence.<sup>97</sup> La Cour constitutionnelle a ainsi retenu une conception restrictive de ses compétences dans le cadre constitutionnel et a conclu à l'irrecevabilité de la requête faute de sa compétence juridictionnelle.<sup>98</sup>

Un an après avoir déposé la première requête, le Président Tihic a de nouveau saisi la Cour d'une affaire portant sur la même problématique, mais abordée sous un aspect différent. La Cour a cette fois-ci été saisie afin de procéder au contrôle de conformité du Code électoral de BiH avec l'article 3 du Protocole n°1, le Protocole n°12 sur l'interdiction générale de la discrimination, entré en vigueur six mois auparavant, et les articles 2.1.c et 5.1.c de la CIEDR. Le requérant contestait les dispositions dudit Code qui, mettant en œuvre des normes constitutionnelles, affectaient le droit électoral passif et actif d'un certain nombre de citoyens.<sup>99</sup> Encore une fois, la Cour constitutionnelle a conclu à l'irrecevabilité de la demande. Elle a estimé en fait que les dispositions litigieuses de l'article 8.1 alinéas 1 et 2 du Code électoral étaient directement fondées sur l'article V de la Constitution de BiH<sup>100</sup>, ne présentant qu'une version « légèrement élargie » de celui-ci<sup>101</sup>, et que, de ce fait, la question de leur inconstitutionnalité ne saurait se poser.<sup>102</sup> Elle a conclu que, bien qu'il s'agissait en l'espèce, d'un contrôle de conformité des dispositions de la loi et non des dispositions constitutionnelles elles-mêmes, juger au fond cette requête reviendrait, de fait, à un contrôle de conformité de ces dispositions avec les documents internationaux de protection des droits de l'homme, ce qu'elle avait refusé auparavant en raison de la suprématie constitutionnelle.

Mais l'odyssée ne s'arrête pas là.

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, § 14.

<sup>97</sup> *Ibid.*, § 15.

<sup>98</sup> *Ibid.*, § 17.

<sup>99</sup> CCBiH, 26 mai 2006, n° U-13/05, § 4.

<sup>100</sup> CCBiH, 26 mai 2006, n° U-13/05, § 8.

<sup>101</sup> *Ibid.*, § 7.

<sup>102</sup> *Ibid.*, § 10.

Le 29 septembre 2006, la Cour constitutionnelle a rendu encore une décision<sup>103</sup>, portant sur l'exclusion de la présentation aux élections présidentielles. Cette fois-ci, le contexte de sa saisine et la réponse de la Cour ont été quelque peu différents. Contrairement aux deux cas précédents, dans le cadre desquels elle avait été amenée à effectuer un contrôle abstrait sur des dispositions constitutionnelles ou législatives, dans l'affaire n° AP-2678/06, la Cour a agi au titre de sa compétence d'appel. Le requérant Ilijaz Pilav et le parti politique Stranka za BiH avaient fait appel contre la décision de la Commission électorale centrale, laquelle refusait à Ilijaz Pilav, provenant du territoire de RS, le droit de figurer sur la liste électorale de son parti pour la présidence. Elle affirmait qu'il ne pouvait pas être élu à cette fonction en émanant du territoire de RS et se déclarant en même temps comme bosniaque. L'appel était en outre dirigé contre les décisions de la Cour de BiH et de la Commission électorale, rendues sous compétence d'appel et ayant confirmé que la candidature avait été refusée en correcte application des dispositions législatives et constitutionnelles en vigueur.

La réponse des juges constitutionnels dans cette affaire s'est avérée elle aussi différente, dans la mesure où la Cour a, cette fois-ci, jugé le recours recevable, bien qu'elle l'ait ensuite rejeté sur le fond. Après avoir estimé que les conditions formelles pour l'exercice de sa compétence d'appel étaient remplies, la Cour ne s'est curieusement pas arrêtée à constater que ces décisions de refus avaient été prises conformément aux dispositions de l'article 8.1. alinéa 2 du Code électoral et de l'article V de la Constitution, mais a par contre entrepris de justifier un tel refus en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>104</sup>.

Bien qu'il ne s'agissait pas, en l'espèce, d'un contrôle abstrait, c'est-à-dire d'un contrôle de conformité des dispositions législatives ou constitutionnelles avec le droit conventionnel, on peut se demander si la Cour n'a pas, d'une certaine façon, agi à l'encontre de sa position de principe affirmée dans la décision U-5/04 et confirmée dans la décision n° U 13/05. Dans ces deux cas, elle avait refusé d'examiner au fond la conformité des dispositions prétendues discriminatoires avec la CEDH et ses Protocoles en raison du statut élevé de la Constitution, sachant que dans la deuxième affaire, il s'agissait d'une mise en équivalence du contrôle des normes législatives découlant directement de la Constitution et des normes constitutionnelles elles-mêmes. On pourrait argumenter que la Cour a ici accepté de juger au fond parce que, en espèce, n'était pas en question un contrôle abstrait, ce qui a permis d'éviter la question du standard de contrôle des normes constitutionnelles impliquant celle de la

---

<sup>103</sup> CCBiH, 23 septembre 2005, n° AP-2678/06, sur le site <http://ccbh.ba>.

<sup>104</sup> Voir le chapitre II de la deuxième partie du présent travail, p. 53 et ss.

hiérarchie entre les normes conventionnelles et constitutionnelles. Une conséquence étroite de l'applicabilité directe de la CEDH se caractérise dans le fait que les cours, y compris la Cour constitutionnelle, peuvent examiner des décisions de juridictions inférieures portant sur des questions de violation des droits garantis par la CEDH. Toujours est-il que la Cour de Sarajevo a pu se contenter de constater simplement que ces décisions avaient été prises en correcte application du droit interne en vigueur.

Force est de constater que le standard de contrôle de constitutionnalité des normes constitutionnelles qui a été accepté par la Cour constitutionnelle de BiH, en relation directe avec le statut qu'elle a accordé (de fait) à la CEDH, n'est pas une question sans controverses. Les deux dernières des trois décisions citées ci-dessus ont été accompagnées d'une opinion dissidente de la juge internationale Constance Grewe, qui y développe une autre approche de l'interprétation des dispositions litigieuses. La doctrine antérieure et postérieure à ces trois décisions s'est elle aussi exprimée sur cette problématique. Il convient d'analyser ces différentes positions en les confrontant à l'appréciation apportée par la Cour.

## Section 2. - Les alternatives à l'interprétation restrictive du texte constitutionnel – une éventuelle supériorité de la CEDH

Bien que la Cour constitutionnelle de BiH ait, en interprétant les normes pertinentes afin d'apprécier le statut de la CEDH en droit interne d'une part, sa propre compétence d'autre part, conclu à son incompétence à exercer un contrôle de conformité des dispositions constitutionnelles avec la Convention, on peut toujours se demander si une autre réponse à cette question ne serait pas envisageable et quels sont les arguments d'une voie alternative à cette position. Ces arguments vont de l'évocation du rapport entre le système d'introduction du droit international et son statut en droit interne (§ 1) jusqu'au choix d'un différent mode d'interprétation du texte constitutionnel (§ 2).

### **§ 1. Le monisme et la position du droit conventionnel en droit interne – un lien existant ?**

Pour appuyer la thèse de la position supra-constitutionnelle de la CEDH en droit interne de BiH, certains membres de la doctrine ont, entre autres, avancé l'argument selon

lequel on retrouve en BiH un système moniste<sup>105</sup>, ce qui aurait des répercussions sur la relation existante entre la Constitution et la CEDH, en tant qu'accord international<sup>106</sup>. Ce lien établi paraît toutefois discutable. En l'absence d'une prise de position du juge constitutionnel sur la question du système prévalant en BiH, on pourrait effectivement trouver des arguments justifiant la présence d'éléments monistes. Il n'existe en BiH aucune disposition constitutionnelle codifiant l'incorporation par la loi du droit international en droit interne<sup>107</sup>. Le constituant avait au contraire prévu l'intégration immédiate des seize traités internationaux, dont la CEDH, dans l'ordre interne, même sans ratification de ceux-ci<sup>108</sup>. En outre, il s'agit ici de l'applicabilité directe en droit interne non seulement du droit international général mais encore de certaines conventions, dont la CEDH.

Bien que tous ces éléments parlent en faveur du monisme, il reste qu'en réalité, il est généralement difficile d'établir une distinction classique stricte entre monisme et dualisme puisque c'est plutôt une relation « d'interdépendance-autonomie » des systèmes qui est en jeu<sup>109</sup>. Même dans le cas où la Constitution prévoit une solution moniste, c'est elle seule qui fixe les règles, ce qu'on peut désigner comme un « dualisme tempéré »<sup>110</sup>.

Sans prétendre donner une réponse définitive sur la question, il convient de souligner qu'il n'y a pas de lien direct entre l'adoption du système moniste ou dualiste et le statut que la CEDH peut occuper en droit interne<sup>111</sup>. Rien n'empêche en effet un système dit moniste d'accorder à la Convention un rang infra-constitutionnel<sup>112</sup> ou un simple statut de loi ordinaire<sup>113</sup>. Les pays dualistes peuvent inversement élever la CEDH au rang

---

<sup>105</sup> Sur le phénomène du monisme : « Le monisme implique l'idée d'un seul ordre juridique dans lequel droit international et droit interne sont superposés (...) Le monisme avec supériorité du droit international postule l'introduction automatique des normes internationales dans l'ordre juridique interne. Un acte de réception n'est pas nécessaire, seule une certaine publicité étant généralement requise. » (C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, 1995, p. 102).

<sup>106</sup> Voir dans ce sens F. VEHABOVIĆ, *op. cit.*, 2006, p. 51.

<sup>107</sup> Ce qui est pourtant une nécessité dans les pays dualistes où les rapports entre l'ordre juridique interne et international « sont conçus sur le modèle de la séparation et de la non-pertinence réciproque (...) Il est alors nécessaire que la norme d'origine internationale soit "transformée" en règle interne pour y recevoir application. Un acte spécial formalise cette réception. » (C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, 1995, p. 102).

<sup>108</sup> Ce qui paraît une sage décision, vu la complexité des mécanismes d'adoption des décisions législatives et la difficulté de concilier les différents intérêts, souvent particularistes et allant à l'encontre du bien commun. Voir F. VEHABOVIĆ, *op. cit.*, 2006, p.50.

<sup>109</sup> Voir dans ce sens C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, 1995, p. 102.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 102 ; Selon G. Teboul, on parle aussi d'un « dualisme souple » « lorsque l'acte constitutionnel d'un État dispose que le droit international fait partie intégrante de l'ordre interne » parce que l' « on peut penser que le droit des gens a été transformé, par une disposition générale, en droit interne » (G. TEBOUL, « Ordre juridique international et ordre juridique interne » in : *RDPS*, n°3 – 1999, p. 699).

<sup>111</sup> Voir plus sur la question : C. GREWE « Le rang dans la hiérarchie interne des normes » in : C. GREWE, H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, 1995, p. 106-110.

<sup>112</sup> Ce que font les pays monistes classiques comme la France, la Belgique, l'Espagne ou le Portugal.

<sup>113</sup> Ce qui était le cas en France jusqu'à l'arrêt Nicolo du 20.10.1989 (Conseil d'État, *Leb.*, p. 478).

constitutionnel<sup>114</sup>. Bien que cette distinction puisse indiquer une piste de réflexion intéressante, on peut affirmer que le statut de la CEDH ne peut être déterminé si l'on s'en tient au seul critère d'adoption d'un ou de l'autre système. Il découle que, même si la Bosnie-Herzégovine optait ouvertement pour le monisme, cela ne conduirait pas obligatoirement à faire prévaloir le droit international en cas de contrariété avec le droit interne<sup>115</sup>. « Affirmer que le droit international et le droit national forment un continuum juridique est une chose, mais déterminer quelle norme, du traité ou de la loi, devra prévaloir en cas d'incompatibilité en est une autre »<sup>116</sup>. Le choix de tel ou tel modèle est pertinent pour les modalités d'introduction du droit international en droit interne mais il « ne préjuge pas la question de la hiérarchie existante entre le droit international et le droit interne »<sup>117</sup>.

La réponse à la question du statut de la CEDH en droit interne de BiH semble en revanche être directement liée à l'interprétation qui est à donner à l'expression « tout autre droit ».

## § 2. Le statut de la CEDH à la lumière de l'interprétation systématique et téléologique

Une interprétation classique de cette expression pourrait nous conduire à la conclusion que par « tout autre » est désigné le droit autre que la Constitution, un argument allant en faveur de la thèse infra-constitutionnelle<sup>118</sup>. Son interprétation systématique (A) ou téléologique (B) pourrait en revanche permettre d'envisager un statut supérieur de la Convention.

### A) *L'interprétation systématique du texte constitutionnel de BiH*

La juge Grewe a, à l'occasion des décisions sur les affaires n° U-13/05 et n° AP-2678/06, évoquées auparavant, saisi l'opportunité de présenter une opinion dissidente<sup>119</sup> afin d'exposer son point de vue sur la recevabilité et la justification de la demande du contrôle de conventionalité de M. Tihic, ainsi que sur la justification de l'appel des requérants Stranka za BiH et M. Pilav contre les décisions litigieuses. Ce point de vue diffère considérablement de celui de la majorité des autres juges<sup>120</sup>. Dans son opinion dissidente jointe à la décision sur l'affaire n° U-13/05, la juge Grewe conclut non seulement à la recevabilité de la demande,

---

<sup>114</sup> Le cas de l'Autriche est le plus significatif à cet égard.

<sup>115</sup> Voir T. OLSON, P. CASSIA, op. cit., 2006, p. 39.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 39-40.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>118</sup> Voir dans ce sens C. GREWE, op. cit., 2009, p. 376.

<sup>119</sup> Conformément à l'article 36 du Règlement de la Cour constitutionnelle de BiH.

<sup>120</sup> Sauf la juge Seada Palavrić qui s'était jointe à cette opinion dissidente.

mais aussi à sa justification partielle<sup>121</sup>. Le raisonnement sur la recevabilité est fondé sur le fait que la demande concernait en l'espèce le Code électoral, et non directement une disposition constitutionnelle, comme dans l'affaire n° U- 5/04, et qu'en vertu de l'article VI.3.a de la Constitution, la Cour constitutionnelle est compétente pour décider si « une disposition quelconque du droit ou de la constitution d'une Entité est conforme à la présente Constitution ». A l'encontre de l'argumentation développée par la Cour dans la première décision et confirmée dans la deuxième<sup>122</sup>, Constance Grewe défend une interprétation plus large de la Constitution de BiH, et, par extension, une appréciation tout aussi large du rôle de « gardienne » de cette Constitution incombant à la Cour. D'après la juge, le standard de contrôle « conforme à la présente Constitution » stipulé par l'article VI.3.a inclut aussi la CEDH et ses Protocoles. Elle explique que l'Accord de paix présente dans son ensemble la « Charte constitutionnelle » de BiH, alors que l'Annexe IV comporte le « droit constitutionnel formel ». La juge Grewe plaide en conséquence en faveur d'une interprétation systématique par la Cour en cas de conflits entre les différentes normes, en soulignant que « la Constitution doit être regardée comme unité dont les parts sont inter liées et quelques dispositions ne peuvent pas être interprétées séparément sans prise en considération du sens complémentaire d'autres »<sup>123</sup>. Elle rappelle à titre d'exemple la nécessité de prendre en compte l'article I.2 qui dispose que la Bosnie-Herzégovine est un « État démocratique, régi par la primauté du droit et ayant des élections libres et démocratiques », ce qui implique une obligation de fonder des structures étatiques sur ces principes, tels qu'établis dans les pays avec une démocratie développée. La position de la CEDH et de ses Protocoles en droit interne doit de même être interprétée dans ce sens, en tenant compte des autres dispositions pouvant aider à éclaircir leur statut. La juge souligne que la Convention est directement applicable, et prime « tout autre droit ». Cette expression implique, d'après elle, qu'elle fait partie de l'unité de l'ordre juridique, un fait renforcé par l'article III.3.b qui précise que « les principes généraux du droit international font partie intégrante du droit de Bosnie-Herzégovine et de celui des Entités ». Encore un élément important qui révèle l'éminente position qu'occupe la CEDH en droit interne est l'article X.2<sup>124</sup> qui fournit une garantie supplémentaire de protection des droits de l'homme en établissant une hiérarchie intra-constitutionnelle liée aux ceux-ci. Il interdit ainsi « de façon caractéristique pour une Constitution formulée sous les

---

<sup>121</sup> Voir le chapitre II de la deuxième partie du présent travail, p. 52 et ss.

<sup>122</sup> CCBiH, 26.05. 2006, n° U- 13/05, sur le site <http://ccbh.ba>.

<sup>123</sup> Opinion dissidente de la juge Grewe dans la décision de la CCBiH dans l'affaire n° U- 13/05 précitée.

<sup>124</sup> « *Aucun amendement à la présente Constitution ne peut éliminer ou restreindre les droits et libertés visés à l'article II de la présente Constitution ni modifier les dispositions du présent alinéa* ».

auspices de la communauté internationale »<sup>125</sup> toute révision qui porterait atteinte aux droits et libertés consacrés par l'article II ou affecterait la disposition présente. Cela fait de l'article II, qui comporte, outre les droits et libertés explicitement énumérées, la référence aux droits et libertés protégés par la CEDH, le seul article « intangible » de la Constitution, soulignant l'importance primordiale donnée aux droits de l'homme ainsi qu'à la Convention européenne qui les protège. Enfin, si on prend aussi en compte le fait, qu'en vertu de l'article II.1, est à respecter le standard international le plus élevé de protection des droits de l'homme, que « la Constitution est elle-même une annexe d'un traité international, les annexes à cette Constitution énumèrent les autres conventions directement applicables » et que le Préambule se réfère généreusement au droit international, « il devient plausible de penser que la Convention se situe au-dessus de la Constitution »<sup>126, 127</sup>.

La réponse quant à la justiciabilité d'une affaire dépend en définitive avant tout de l'approche générale de la Cour quant à l'appréciation de sa propre compétence. La juge Grewe indique ainsi dans son opinion dissidente, et ce à l'encontre de la conception plutôt restrictive défendue par la Cour, que sa juridiction devrait être envisagée à la lumière de l'internationalisation du droit interne ayant pour but son harmonisation avec les standards internationaux, et du rôle général de cette Cour. Elle affirme qu'en conséquence, « la Cour constitutionnelle devrait, en “maintenant la constitution”, considérer sa juridiction dans le contexte de tous les principes fondamentaux, comme le principe démocratique ou celui relatif à l'application du degré le plus élevé de protection des droits de l'homme et des libertés »<sup>128</sup>. Contrairement à une lecture stricte collée au texte constitutionnel et à une vision limitative du rôle du juge<sup>129</sup>, il semble donc plus opportun de faire incomber au juge constitutionnel « de mettre de l'ordre là où les normes constitutionnelles ont consacré des aspirations variées,

---

<sup>125</sup> L. PECH, *op. cit.*, 2000, p. 428. L'auteur invoque les exemples de l'Allemagne (l'article 79.3 de la Loi fondamentale) et de la Namibie (les articles 131 et 132.5.a) qui interdisent les révisions constitutionnelles dans le cas où elles toucheraient aux droits et libertés fondamentaux consacrés par la Constitution. Les exemples sont issus de : P.C. SZASZ, « Protecting Human and Minority Rights in Bosnia: A Documentary Survey of International Proposals », 25 *CWILJ* 237 (1995), p. 256.

<sup>126</sup> C. GREWE, *op. cit.*, 2009, p. 376.

<sup>127</sup> Dans ce contexte, l'argumentation de la Cour selon laquelle la CEDH ne peut pas avoir un statut supra-constitutionnel car la Cour constitutionnelle tire son pouvoir de la Constitution et non de la Convention (CCBiH, n°U-5/04, § 9) paraît discutable. L'origine du pouvoir judiciaire et la problématique du statut du droit international que le juge est prêt à lui accorder dans la hiérarchie des normes du droit interne sont deux questions distinctes. On peut par exemple observer que bien que la Cour suprême aux Pays-Bas ne tire pas non plus ses pouvoirs de la Convention, cela ne l'empêche pas de ne pas appliquer les normes constitutionnelles faute de leur conformité aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme.

<sup>128</sup> Opinion dissidente de la juge Grewe sur la décision de la CCBiH dans l'affaire n° U- 13/05.

<sup>129</sup> Le juge Feldmann affirme dans son opinion séparée jointe à la décision sur l'affaire n° AP- 2678-06 précitée qu'il existe différentes parties de la Constitution qui semblent promouvoir des valeurs et buts contradictoires, mais souligne en même temps que les Constitutions « ne sont jamais entièrement cohérentes » et que la Cour doit rendre effective la Constitution, avec toutes ces inconsistances.

voire contradictoires, d'actualiser le texte et de construire un système, de découvrir un esprit »<sup>130</sup>. Or, l'esprit de la Constitution de BiH, en tant que partie des Accords de Dayton, va clairement dans le sens d'une promotion considérable du droit international, conçue avant tout comme moyen d'une protection renforcé des droits de l'homme.

*B) L'objectif d'harmonisation progressive du droit interne avec les standards internationaux*

Dans le cadre de ce contexte plus large, nous pouvons finalement nous demander si la présence de l'article II.2 dans la Constitution de BiH et sa formulation particulière « priment tout autre droit » peuvent être analysés comme le produit d'une certaine forme de négligence lors de l'élaboration accélérée des Accords de Dayton sans véritable arrière-pensée, ou bien si, au contraire, cette expression a éventuellement été soigneusement choisie en fonction d'un rôle bien particulier qu'on voulait lui voir jouer dans l'ordre juridique à construire. D'après Gro Nystein, conseiller juridique de l'Union Européenne à Dayton « L'expression "tout autre droit" paraît, d'un point de vue purement linguistique, devoir couvrir littéralement tout autre droit, ce qui inclut nécessairement le droit constitutionnel. On peut soutenir qu'il est peu probable que l'intention des parties ait été de renforcer le régime de la protection des droits de l'homme, et de le rendre ainsi potentiellement supérieur aux autres dispositions constitutionnelles. On peut cependant noter que cela était certainement l'intention très claire des médiateurs du Groupe de Contact. C'est pourquoi la formulation est dépourvue d'ambiguïté sur ce point. (...) La formulation de la règle sur la priorité précise que les droits et libertés établis dans la CEDH et ses Protocoles priment tout autre droit, et on peut donc aisément en arriver à la conclusion que ces droits et libertés possèdent un statut constitutionnel supérieur dans l'ordre juridique de la Bosnie-Herzégovine. »<sup>131</sup> Selon Nicolas Maziau et Laurent Pech, « Il y a lieu de penser (...) que le contexte dans lequel a été conclu l'accord de Dayton est important. S'inscrivant à l'article II immédiatement après la réaffirmation de l'existence souveraine de la Bosnie-Herzégovine, le principe de primauté de la Convention est affirmé avec force. Il est possible que le Constituant de Dayton ait pu envisager que les dispositions éventuellement contraires à la Constitution puissent être considérées comme inopérantes pour assurer la conformité de l'ordre juridique de Bosnie-Herzégovine avec la Convention »<sup>132</sup>. On pourrait ainsi estimer que l'existence de l'article II.2 et sa formulation particulière reflètent les efforts de la communauté internationale, représentée

---

<sup>130</sup> C. GREWE, *op.cit.*, 2009, p. 377.

<sup>131</sup> G. NYSTUEN, *op. cit.*, 2005, p. 100.

<sup>132</sup> N. MAZIAU, L. PECH « L'administration internationale de la Bosnie-Herzégovine : Un modèle pour le Kosovo ? », *CE*, n° 4, mars 2000, p. 69.

par le Groupe de Contact, efforts qui allaient au-delà d'une simple négociation de paix et des traités garantissant cette dernière entre les parties prenantes. Il s'agissait de fonder les piliers d'une paix durable et toujours étroitement liée au respect des droits de l'homme. Le phénomène de « l'internationalisation du droit constitutionnel » et le régime renforcé de protection des droits de l'homme en témoignent, s'inscrivant parfaitement dans cette logique.

En fin de compte, indépendamment de la question du statut juridique de la CEDH en droit interne et de celle de la compétence juridique de la Cour Constitutionnelle à mettre en cause les normes constitutionnelles étatiques, il reste à rappeler qu'il s'agit ici d'un traité multilatéral conclu entre États mettant à leur charge des obligations et prévoyant un mécanisme de contrôle afin d'assurer leur respect.

Une fois les traités internationaux signés et intégrés dans l'ordre juridique interne, il en découle l'obligation d'harmoniser ce dernier avec les exigences posées par les traités respectifs. Si le droit interne n'est pas en accord avec le droit international, l'État risque d'engager sa responsabilité internationale pour manquement à ses obligations. C'est d'abord le principe d'exécution de bonne foi des obligations conventionnelles qui est en cause<sup>133</sup>. La CPIJ avait déjà, en 1925, affirmé comme « un principe allant de soi d'après lequel un État qui avait valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris »<sup>134</sup>. Cette obligation n'est pas une obligation de moyens, au regard de laquelle le droit international reste plutôt indifférent, mais bien une obligation de résultat<sup>135</sup>. A la différence de l'ordre interne, dans l'ordre international, et particulièrement devant la Cour européenne, les traités internationaux, et notamment la CEDH, ont primauté sur tous les actes internes, y compris les normes constitutionnelles<sup>136</sup>. Selon l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». A cet égard deux principes importants ont été validés par la jurisprudence de la CourEDH. Le premier concerne le fait que les États ne peuvent pas se prévaloir d'une « immunité constitutionnelle » au profit des règles relatives à leur organisation étatique<sup>137</sup> et

---

<sup>133</sup> Le principe *pacta sunt servanda* est consacré par l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969: « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

<sup>134</sup> CPIJ, 21 février 1925, *Échange des populations turques et grecques*, série B, n° 10, p. 20.

<sup>135</sup> T. OLSON, P. CASSIA, op. cit., 2006, p. 19-20.

<sup>136</sup> Voir ainsi : J.-F. Flauss, « CEDH », in D. Chagnollaud, G. Drago (dir.), op. cit. 2006, p.77.

<sup>137</sup> CourEDH, arrêt du 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie* (Rec. 1998 – I), §§ 29-30, Selon la Cour, « La Convention européenne ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la juridiction des États membres à l'empire de la Convention (...) Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles (...) ou simplement législatives ».

le deuxième la possibilité de la Cour de censurer les décisions constitutionnelles et de cette manière, de mettre indirectement en cause une disposition constitutionnelle appliquée par le juge constitutionnel<sup>138</sup>.

Ainsi, l'État de BiH reste contraint par son obligation de mise en conformité de son droit, tant législatif que constitutionnel, avec les standards internationaux de protection des droits de l'homme, notamment les standards tels que définis par la Convention européenne et la jurisprudence de son organe principal. La portée accordée par la Constitution à ces standards ne peut que renforcer l'importance de ce devoir, le but final de l'internationalisation du droit interne étant son « harmonisation totale avec les standards internationaux »<sup>139</sup>.

Il reste à examiner la compatibilité du système électoral bosnien actuel ayant pour effet l'exclusion de certaines catégories de la population sur la base ethnique ou ethno-territoriale des plus hautes fonctions publiques avec ses standards internationaux, le plus pertinents étant ceux établis en matière de non-discrimination (Deuxième partie).

---

<sup>138</sup> Voir dans ce sens D. SZYMCZAK, *op. cit.*, 2007, p. 513 ss., ainsi que J.-F. Flauss, « CEDH », in D. Chagnollaud, G. Drago (dir.), *op. cit.*, 2006, p.77 : « La Cour européenne est amenée, de plus en plus fréquemment, à exercer un contrôle de conventionalité des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles des États membres ». Il reste à voir si la Grande Chambre de la CourEDH va agir dans le même sens au regard des requêtes déposés par les deux citoyens de BiH qui allèguent une violation par le texte et la juridiction constitutionnelle des droits garantis par la CEDH et ses Protocoles.

<sup>139</sup> Opinion dissidente de la juge Grewe sur la décision de la CCBiH dans l'affaire n° U-13/ 05.

## DEUXIÈME PARTIE

### **LES STANDARDS INTERNATIONAUX EN MATIÈRE DE NON-DISCRIMINATION – UNE PERSPECTIVE D’AVENIR**

Dans la première partie de la présente étude, il a été démontré la place particulièrement importante que le droit international occupe en droit interne de la Bosnie-Herzégovine, une réalité consacrée dans le but d’une garantie constitutionnelle du « degré le plus élevé de libertés fondamentales et de droits de l’homme internationalement reconnus »<sup>140</sup>. Mais, même en absence d’un statut élevé, le droit international exige que l’on respecte et mette en œuvre les obligations internationales contractées, auxquelles les Etats ne peuvent échapper en invoquant leur droit interne.

Il se pose alors la question fondamentale de savoir dans quelle mesure la différence de traitement dans l’exercice des droits électoraux, fondée sur l’origine ethnique, consacrée en droit interne de BiH, peut être considérée comme contraire aux normes internationales, et, si elles existent, quelles peuvent être les éventuelles perspectives d’harmonisation avec celles-ci.

Pour répondre à cette question, il convient d’abord de déterminer quels sont ces « droits internationalement reconnus » dont le texte constitutionnel assure la garantie et avec lesquels la situation particulière de différenciation ethnique dans le système électoral de BiH semble entrer en conflit. On songe ici avant tout à la consécration, au niveau international et européen, du principe de non-discrimination, appliqué aux droits politiques, et plus particulièrement aux droits électoraux (Chapitre I).

Il faut en même temps souligner qu’en dépit de l’importance accordée à ce principe, l’on ne peut soumettre chaque différence de traitement dans l’exercice de droits au principe de non-discrimination. Si l’ingérence dans les droits électoraux découlant de l’adoption de dispositions constitutionnelles problématiques se révélait justifiable, les standards internationaux en la matière ne pourraient être considérés comme violés. Mais cette justification doit être relativisée à la lumière de l’évolution politique que la Bosnie-Herzégovine a connue depuis l’adoption de ces dispositions, ainsi qu’à celle envisageable dans une perspective d’harmonisation avec les standards internationaux et européens des droits de l’homme (Chapitre II).

---

<sup>140</sup> Article II.1 de la Constitution de BiH.

## CHAPITRE I

# LA RESTRICTION DES DROITS ÉLECTORAUX FONDÉE SUR UNE DIFFÉRENCIATION ETHNIQUE A L'ÉPREUVE DU DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

Le principe d'interdiction de la discrimination, et plus particulièrement le principe d'égalité en matière de droit de vote et d'éligibilité, est consacré par plusieurs instruments internationaux dont la BiH est signataire et qui sont directement applicables dans son droit interne. La Constitution de BiH consacre au principe de non-discrimination, souvent désigné comme le cœur même de la protection internationale des droits de l'homme, un paragraphe entier de l'article II<sup>141</sup>, en garantissant la protection contre toute forme de discrimination dans la jouissance des droits énumérés explicitement dans le texte constitutionnel, des droits et libertés garantis par la CEDH et ses Protocoles, ainsi que de ceux prévus par les accords internationaux inclus dans l'annexe I. Dans l'analyse des standards de protection développés par ces instruments, il convient de différencier les traités adoptés au niveau international (Section 1), des conventions du vieux continent élaborées au sein du Conseil de l'Europe, ce dernier imposant à la Bosnie-Herzégovine une obligation accentuée de leur respect (Section 2).

### Section 1. - Les standards internationaux en matière de protection contre la discrimination dans l'exercice des droits électoraux

Parmi les standards internationaux applicables au problème posé par la différence de traitement selon l'origine ethnique dans l'exercice de certains droits politiques, deux instruments particulièrement importants s'imposent parmi les quinze accords internationaux relatifs aux droits de l'homme inclus dans l'annexe I de la Constitution de BiH. Bien que plusieurs autres accords comportent également des dispositions relatives au principe de non-discrimination, seuls ces deux textes les relient plus spécifiquement à l'exercice des droits politiques. Il s'agit de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de

---

<sup>141</sup> Article II.4.

discrimination raciale (§ 1) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (§ 2), tous deux adoptés sous les auspices des Nations Unies.

### **§ 1. La violation du principe de non-discrimination garanti par la CIEDR**

La CIEDR a été adoptée au sein de l'Assemblée Générale des Nations Unies dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965 et est entrée en vigueur le 4 janvier 1969. Elle est applicable en BiH depuis le 16 juillet 1993. Cette Convention est particulièrement significative en matière de protection internationale contre la discrimination, étant donné qu'elle est entièrement consacrée à cette question, et qu'elle en établit les hauts standards. L'article 5, que l'on pourrait considérer comme le cœur même de la Convention, mérite une attention toute particulière. Celui-ci consacre en effet le principe d'égalité devant la loi, tant dans un sens négatif que positif. Il oblige ainsi des États parties à :

« (...) interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants (...). »

Vient ensuite une énumération de droits, depuis le droit à un traitement égal devant les tribunaux, en passant par le droit au logement, jusqu'au droit de prendre part sans discrimination aux activités culturelles. Au sein de cette énumération, l'alinéa *c*, consacré aux droits politiques, relève des dispositions problématiques de la Constitution de BiH, raison pour laquelle il fut invoqué par le membre de la Présidence Tihic devant la Cour constitutionnelle<sup>142</sup>. L'article 5.c) inclut :

« (...) notamment [le] droit de participer aux élections - de voter et d'être candidat - selon le système du suffrage universel et égal, [le] droit de prendre part au gouvernement ainsi qu'à la direction des affaires publiques, à tous les échelons, et [le] droit d'accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques »

Étant donné qu'en vertu de l'article 5, la jouissance de ces droits devrait être garantie à chacun, sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, il paraît logique que l'exclusion d'une partie des citoyens de BiH de l'exercice des droits politiques, fondée sur l'unique critère de leur appartenance ethnique ou sur celui de la non concordance de cette appartenance avec le territoire habité, viole ouvertement le principe de non discrimination.

Il convient de noter à cet égard que la Convention internationale prévoit aussi la possibilité de prendre certaines « mesures spéciales » n'étant pas considérées comme mesures de discrimination raciale. Il s'agit de mesures ayant pour but d'assurer « le progrès de certains

---

<sup>142</sup> Voir la première partie, chapitre II, section I.

groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire afin de leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ».<sup>143</sup> L'exclusion des groupes minoritaires des plus hautes fonctions de la représentation politique, comme c'est le cas en BiH, ne paraît toutefois pas justifiable par le souci d'assurer le progrès des groupes a priori majoritaires<sup>144</sup>. C'est également à cette conclusion qu'en est venue la Cour constitutionnelle dans sa fameuse décision sur les « peuples constituants »<sup>145</sup>.

Il paraît dès lors clair que la Bosnie-Herzégovine, en n'harmonisant pas son droit interne avec les exigences posées par la Convention, ne respecte pas les obligations internationales stipulées dans cet instrument auquel elle est partie. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, organe d'expertise assurant le *monitoring* de l'application de la Convention, l'a clairement affirmé dans ses observations finales relatives à ce pays<sup>146</sup>. Le Comité s'est ainsi déclaré « vivement préoccupé par le fait qu'en vertu des articles IV et V de la Constitution nationale, seules les personnes appartenant à un groupe considéré, en vertu de la loi, comme l'un des peuples constituants de BiH (à savoir les Bosniaques, les Croates et les Serbes) et qui est majoritaire dans l'entité où elles résident (à savoir Bosniaques et Croates dans la Fédération de BiH et Serbes en Republika Srpska) peuvent être élues à la Chambre des peuples et à la présidence tripartite de la BiH. » Il continue en soulignant que « bien que la structure tripartite des principales institutions politiques de l'État partie ait pu être justifiée, voire nécessaire dans un premier temps pour établir la paix à la suite du conflit armé, (...) les distinctions juridiques qui favorisent certains groupes ethniques en leur accordant des préférences et des privilèges spéciaux ne sont pas compatibles avec les articles 1 et 5 c) de la Convention. » Le Comité invite en conclusion « instamment l'État partie à modifier les dispositions pertinentes de la Constitution nationale et de la loi électorale, afin de garantir à tous les citoyens, quelle que soit leur appartenance ethnique, l'exercice, dans des conditions d'égalité, du droit de voter et d'être candidat ».

Les articles IV et V, ainsi que des lois les mettant en oeuvre s'opposent ainsi manifestement aux exigences des standards internationaux de protection des droits de

---

<sup>143</sup> L'article 1(4) de la CIEDR.

<sup>144</sup> Voir dans ce sens : G. NYSTUEN, *op. cit.*, 2005, p. 179.

<sup>145</sup> « *These institutional mechanisms cannot be seen as an "exemption" in the sense of Article 1 paragraph 4 of the Racial Discrimination Convention insofar as they favour the two constituent peoples who form the majority of the population. Nor are they necessary for these two peoples in order to achieve full or "effective" equality in the sense of Article 1 paragraph 4 of the Racial Discrimination Convention.* », CCBiH, 01.07.2000, n° U-5/98-III, § 116, sur le site <http://ccbh.ba>.

<sup>146</sup> CERD, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale - Bosnie-Herzégovine*, document n° CERD/C/BIH/CO/6, 2006, § 11.

l'homme tels qu'établis par la CIEDR, une conclusion qui semble se confirmer au regard des dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

## **§ 2. La violation du principe de non-discrimination garanti par le PIDCP**

Le PIDCP, approuvé par l'Assemblée Générale le 16 décembre 1966, est entré en vigueur en 1976. La Bosnie-Herzégovine en est devenu partie le 6 mars 1992. A la différence de la CIEDR, le PIDCP ne porte pas prioritairement sur la problématique de la discrimination. Comme son nom le laisse entendre, il est consacré aux droits civils et politiques. Cet instrument comporte toutefois deux clauses de non-discrimination intéressantes pour la présente étude, à savoir les articles 2 (1) et 26. L'article 26 constitue une clause générale de non-discrimination. Il dispose que :

« Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

La portée de l'article 2 (1) diffère quelque peu de celle de l'article 26. Ce texte oblige les Etats parties à veiller à ce que tous les individus se trouvant sur leur territoire jouissent des droits garantis par le Pacte, « sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». Il s'agit ici d'une clause accessoire de non-discrimination, étant donné qu'elle ne protège contre la discrimination que les droits consacrés par le PIDCP<sup>147</sup>. Cela ne pose toutefois pas véritablement de problème, vu que cette clause de non-discrimination peut être considérée applicable en BiH en conjonction avec l'article 25 du Pacte international disposant que :

« Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

- a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ;
- b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ;
- c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.»

Prenant en considération les garanties des droits consacrés dans toutes ces dispositions, le Comité des droits de l'homme, organe composé d'experts indépendants

---

<sup>147</sup> Voir plus sur ce point : G. NYSTUEN, *op. cit* , 2005, p. 110.

chargés de surveiller l'application du PIDCP, émet dans son rapport relatif à la BiH et présenté en application de l'article 40 du Pacte,<sup>148</sup> les observations finales suivantes :

« Le Comité est préoccupé par le fait qu'à la suite du rejet de l'amendement à la Constitution le 26 avril 2006, la Constitution et la loi électorale de l'État continuent à exclure l'élection des "autres", c'est-à-dire des personnes qui n'appartiennent pas à l'un des "peuples constitutifs" de l'État partie (Bosniaques, Croates et Serbes), à la Chambre des peuples ou à la Présidence tripartite de Bosnie-Herzégovine (art. 2, 25 et 26).

L'État partie devrait rouvrir les discussions sur la réforme constitutionnelle de manière transparente et sur une base largement participative, en incluant toutes les parties prenantes, en vue d'adopter un système électoral qui garantisse à tous les citoyens, quelle que soit leur origine ethnique, l'égalité de jouissance des droits prévus à l'article 25 du Pacte. »

Il semble dès lors évident que les dispositions constitutionnelles et législatives litigieuses violent les clauses de non-discrimination du PIDCP, notamment lorsque celles-ci sont prises en conjonction avec l'article 25 relatif au principe d'égalité en matière de droit de vote et d'éligibilité.

Un constat similaire pouvant être observé en ce qui concerne les dispositions de la CIEDR évoquées au paragraphe précédent, il semble que nous puissions conclure que la Bosnie-Herzégovine, en maintenant de telles réglementations du droit de vote et d'éligibilité, manque à son obligation de respect des plus hauts standards internationaux de protection des droits de l'homme. Il reste à analyser si l'on peut aboutir à la même conclusion en ce qui concerne les standards européens, tels qu'établis par les instruments adoptés au sein du Conseil de l'Europe.

## Section 2. - Les standards européens en matière de protection contre la discrimination dans l'exercice des droits électoraux

Le grand objectif du Conseil de l'Europe est de créer, sur tout le continent européen, un espace démocratique et juridique commun, fondé sur le respect de trois valeurs fondamentales, à savoir les droits de l'homme, la démocratie et la prééminence du droit. La réalisation de ce but passe principalement par l'élaboration de grands traités qui établissent les plus hauts standards de protection des droits de l'homme devant être garantis, sans discrimination aucune, par les Etats membres du Conseil. Parmi ces textes, une place importante est réservée à la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (§1). Mais c'est surtout la Convention européenne des droits de l'homme avec ses Protocoles qui,

---

<sup>148</sup> CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme – Bosnie-Herzégovine*, document n° CCPR/C/BIH/CO/1, 2006, § 8.

en raison de son rôle crucial d'harmonisation du droit au sein de l'espace européen et de sa place éminente en droit interne de BiH, mérite la plus grande attention (§2).

### **§ 1. La violation du principe de non-discrimination garanti par la CPMN**

La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales a été adoptée le 10 novembre 1994 et est entrée en vigueur en Bosnie-Herzégovine le 1<sup>er</sup> juin 2000. Elle contient uniquement des dispositions programmatiques ou des principes juridiques, qui ne sont pas directement applicables et se « limitent ainsi à fixer des objectifs à atteindre »<sup>149</sup>. Sa portée est toutefois renforcée par le mécanisme de suivi de la Convention-cadre, mis en place afin d'assurer l'évaluation des obligations étatiques issues de la CPMN. Cette tâche est accomplie dans un cycle de cinq ans par le Comité consultatif de la CPMN, composé d'experts indépendants.<sup>150</sup>

On retrouve dans la Convention-cadre deux dispositions particulièrement pertinentes pour l'objet de notre étude. Il s'agit tout d'abord de l'article 4(1) qui prévoit que :

« Les Parties s'engagent à garantir à toute personne appartenant à une minorité nationale le droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi. A cet égard, toute discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale est interdite. »

Le second article important est l'article 15, consacré à la participation effective des minorités nationales à la vie publique :

« Les Parties s'engagent à créer les conditions nécessaires à la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie culturelle, sociale et économique, ainsi qu'aux affaires publiques, en particulier celles les concernant. »

Le Comité consultatif constate dans son avis sur la Bosnie-Herzégovine, adopté le 27 mai 2004 « que les règles qui régissent la composition de certaines autorités au niveau de l'État sont telles qu'elles excluent juridiquement la possibilité pour les personnes appartenant aux minorités nationales d'accéder à ces postes politiques. »<sup>151</sup> Il convient ici de rappeler que par le terme « minorité nationale », en BiH, on ne songe généralement pas aux Serbes vivant dans la Fédération de BiH, ni aux Bosniaques et Croates vivant en RS, mais uniquement à la catégorie des « autres » ne s'identifiant pas à l'un des groupes ethniques dominants. Ce n'est pas la Convention qui détermine cette réalité. Elle ne donne par ailleurs aucune définition du terme « minorité nationale ».

---

<sup>149</sup> Ivan BOEV, *Introduction au droit européen des minorités*, Paris, L'Harmattan, 2008, p.256.

<sup>150</sup> Voir plus sur ce mécanisme dans « La garantie conventionnelle du Conseil de l'Europe », I. BOEV, *ibid.*, 2008, p. 307-312.

<sup>151</sup> CCPMN, Document n° ACFC/INF/OP/I(2005)003, § 37.

Depuis la décision sur les « peuples constituants » de la Cour constitutionnelle et les réformes constitutionnelles qui en ont découlé, Serbes, Bosniaques et Croates jouissent du statut particulier de « peuples constituants » sur l'entièreté du territoire de BiH, excluant leur qualification de « minorité », même s'ils sont minoritaires par leur nombre dans l'Entité où ils vivent. Le Comité ne s'arrête toutefois pas aux minorités nationales et note également qu'un « certain nombre de personnes appartenant à chacun des peuples constitutifs sont confrontés, pour des raisons juridiques, à la même situation (...) »<sup>152</sup>. Il considère en conséquence que « ces dispositions [les articles IV et V de la Constitution] posent des problèmes de discrimination. Aussi légitime que puisse être l'objectif visé par ces dispositions, à savoir de garantir une représentation égale des trois peuples constitutifs, leur proportionnalité est contestable dans la mesure où elles empêchent totalement, en particulier, les personnes appartenant aux minorités nationales d'accéder à des postes-clés de la vie publique. Cela pose donc des problèmes de compatibilité avec l'article 4 de la Convention-cadre. »<sup>153</sup>

Dans son deuxième avis sur la Bosnie-Herzégovine, adopté le 9 octobre 2008, le Comité consultatif regrette que la situation n'ait pas changé<sup>154</sup> et demande aux autorités, dans sa recommandation liée à l'article 4, de poursuivre leurs efforts pour réformer la Constitution afin d'éliminer ces discriminations<sup>155</sup>.

Il semble donc que les dispositions en vigueur en BiH entrent effectivement aussi en conflit avec les standards européens en matière de protection des minorités nationales. Il reste en dernier lieu à examiner la situation vis-à-vis de l'instrument qui, non seulement constitue le texte le plus significatif dans le domaine de la protection européenne des droits de l'homme, mais jouit également d'une place particulièrement importante en droit interne de BiH. Il s'agit de la CEDH et de ses Protocoles.

## **§ 2. Le principe de non-discrimination et les droits électoraux dans la CEDH et ses Protocoles**

La question de la conformité des normes de BiH relatives au droit électoral avec les standards de protection des droits de l'homme tels qu'établis par la CEDH et ses Protocoles a déjà été, à plusieurs reprises, portée devant la Cour constitutionnelle de BiH, et reste en parallèle actuellement pendante devant la Cour de Strasbourg. A chaque fois, les requérants

---

<sup>152</sup> *Ibid.*, § 38.

<sup>153</sup> *Ibid.*, § 39.

<sup>154</sup> CCPMN, Document n° ACFC/OP/II(2008)005 § 67.

<sup>155</sup> *Ibid.*, § 69.

ont invoqué l'article 3 du Protocole n° 1 pris en conjonction avec l'article 14 de la Convention européenne (A) et/ou l'article 1 du Protocole n° 12 (B).

*A) La protection contre la discrimination dans l'exercice des droits électoraux prévue par la Convention européenne des droits de l'homme et son premier Protocole*

Bien qu'elle n'ait ratifié le traité que bien plus tard, le 12 juillet 2002, la Bosnie-Herzégovine est liée à la CEDH depuis l'entrée en vigueur de sa Constitution. L'une des dispositions les plus importantes en est l'article 14 qui prohibe la discrimination. Cet article est d'une portée large : non seulement il interdit explicitement la discrimination lorsque celle-ci est fondée sur une liste de critères tels le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune ou la naissance, mais il indique en outre que cette liste n'est pas exhaustive. Le champ de cette protection est cependant fortement restreint par le fait qu'il ne couvre que les droits garantis par la Convention. Il s'agit donc d'une clause accessoire de non-discrimination qui peut uniquement être appliquée en conjonction avec un autre article de la CEDH ou de l'un de ses Protocoles.

En ce qui concerne la question de la différenciation ethnique dans l'exercice des droits politiques en BiH, c'est le droit aux élections libres de l'article 3 du Protocole n° 1 qui s'impose comme texte pertinent vis-à-vis de cette problématique. Celui-ci dispose que :

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. »

Malgré la formulation de la disposition qui laisse penser qu'il s'agit ici plutôt d'obligations des Etats que de droits individuels, la CourEDH a eu l'occasion d'interpréter cet article, estimant que cela ne signifiait pas qu'il existe une différence de substance avec les autres dispositions du droit conventionnel<sup>156</sup>. L'article 3 du Protocole n° 1 garantit ainsi un droit subjectif – « le droit de vote et celui de se porter candidat à des élections »<sup>157</sup>.

Il reste cependant à déterminer de quel type d'élections il s'agit. Selon l'expression retenue par l'article 3, c'est uniquement du « corps législatif » dont il est question. Même si, selon la jurisprudence de la Cour européenne, cette disposition peut être applicable à l'élection du Président, dans le cas où il serait « établi que la fonction du chef de l'Etat dispose d'un pouvoir d'initiative et d'adoption des lois ou jouit d'un pouvoir étendu de

<sup>156</sup> CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, arrêt du 2.03.1987, série A, n°113, §§ 48-50.

<sup>157</sup> CourEDH, *Zdanoka c/ Lettonie*, arrêt du 16.03.2006, *Rec.* 2004, § 102.

contrôle de l'adoption de la législation ou de censure des principales autorités législatives »<sup>158</sup>, cela ne paraît pas valoir pour la présidence collective de BiH qui « exerce les fonctions traditionnellement dévolues à l'exécutif »<sup>159</sup>. L'applicabilité de l'article 14 CEDH en conjonction avec l'article 3 du Protocole n° 1 est par conséquent limitée aux dispositions relatives à l'élection de la Chambre des peuples. Une protection plus étendue à cet égard est fournie par le Protocole n° 12.

*B) La protection contre la discrimination prévue par le Protocole n° 12 à la CEDH*

Le Protocole n° 12, ratifié par la Bosnie-Herzégovine le 29 juillet 2003, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2005. Il est entièrement consacré aux principes de non-discrimination et d'égalité devant la loi. En l'absence de toute jurisprudence relative à ce Protocole, on ne peut que l'interpréter avec prudence.

Sa disposition centrale est concentrée à l'article 1 qui prévoit une clause générale de non-discrimination :

« 1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1.»

On y retrouve les mêmes critères de discrimination que ceux figurant dans l'article 14 CEDH. Il existe toutefois une différence considérable quant à la portée de cette protection qui est ici beaucoup plus large. Elle ne se limite en effet pas aux droits garantis par la Convention, mais concerne cette fois-ci « tout droit prévu par la loi ». Selon le Rapport explicatif du Protocole n°12, cette expression vise « la jouissance de tout droit spécifiquement accordé à l'individu par le droit national »<sup>160</sup>. Il en découle qu'à la différence de l'article 3 du Protocole n° 1 pris en conjonction avec l'article 14 de la CEDH, la protection contre la discrimination telle que prévue par le Protocole n° 12 s'étend non seulement aux droits électoraux liés au corps législatif, mais aussi aux droits d'élire et de se porter candidat à la présidence, consacrés dans la Constitution et mis en œuvre par la loi.

Vu qu'un grand nombre de citoyens de BiH se voit, par voie normative, exclu de la jouissance de ces droits uniquement en raison de son appartenance ethnique, parfois combinée

---

<sup>158</sup> CourEDH, *Boškoski c/ « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, décision sur la recevabilité du 2.09.2004, *Rec.* 2004-IV, § 24.

<sup>159</sup> Voir Commission de Venise, *Mémoire Amicus Curiae dans les affaires Sejdić et Finci c/ BiH (Requêtes n° 27996/06 et 34836/06) en instance devant la CourEDH*, CDL-AD(2008)027, §§ 16-18.

<sup>160</sup> *Rapport explicatif du Protocole n°12*, § 22.

avec le critère territorial, il semble a priori évident que ces citoyens soient victimes d'une discrimination flagrante. En regardant d'un peu plus près la jurisprudence de la Cour européenne, on peut cependant constater que la qualification de « discrimination » de l'article 14 de la Convention, identique à celle de l'article 1 du Protocole<sup>161</sup>, est à traiter avec prudence. Le Rapport explicatif nous rappelle ainsi que « (...) Cette jurisprudence a, en particulier, fait ressortir clairement que toutes les distinctions ou différences de traitement n'équivalaient pas à une discrimination. Ainsi que la Cour l'a énoncé, par exemple dans l'arrêt concernant *l'affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/Royaume-Uni*, "une distinction est discriminatoire si elle 'manque de justification objective et raisonnable', c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un 'but légitime' ou s'il n'y a pas de 'rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé'" (arrêt du 28 mai 1985, Série A, n° 94, paragraphe 72). (...) »<sup>162</sup>.

Selon la jurisprudence de la CourEDH, les autorités nationales ont, sous possibilité de contrôle ultérieur par la CourEDH, une certaine marge d'appréciation pour décider si et dans quelle mesure ils vont restreindre certains droits. Dans ce sens, l'introduction d'une différence de traitement juridique pourrait aussi éventuellement être considérée comme non discriminatoire. Pour que cela soit le cas, il faut toutefois que la condition de la « justification objective et raisonnable » puisse être vérifiable. Et même dans la situation où cette condition serait remplie, il faut en outre que la différenciation ne soit pas disproportionnée par rapport au but visé par l'État en question.

Bien qu'après cet examen du traitement différencié dans l'exercice des droits électoraux en BiH au regard des standards internationaux et européens de protection des droits de l'homme, la violation de ces derniers semble naturellement s'imposer comme conclusion logique, force est aussi de constater que le droit conventionnel le plus important en Bosnie-Herzégovine fait preuve, sous certaines conditions, de tolérance vis-à-vis de la différence de traitement opérée à l'égard de certains citoyens. Il reste donc encore à déterminer si le système électoral spécifique et tout à fait exceptionnel de la BiH pourrait effectivement se voir justifié par les raisons qui ont conduit à son élaboration, et de ce fait échapper à la qualification de discrimination.

---

<sup>161</sup> Voir dans ce sens : *Ibid.*, § 18.

<sup>162</sup> *Ibid.*, § 18.

## CHAPITRE II

### **LA DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT DANS L'EXERCICE DES DROITS ÉLECTORAUX À LA LUMIÈRE DE L'ÉVOLUTION POLITIQUE DE BOSNIE-HERZÉGOVINE**

La réglementation spécifique de la Bosnie-Herzégovine en matière électorale trouve ses origines dans les circonstances difficiles ayant conduit à l'élaboration des Accords de Dayton. Il semblerait donc que ce soient ces conditions qui aient amené le pays à restreindre certains droits politiques reconnus et protégés au niveau international et européen. Mais même si certaines restrictions peuvent, sous certaines conditions, être considérées comme compatibles avec les prescriptions conventionnelles, la marge d'appréciation de la BiH sur cette compatibilité a ses limites. Celles-ci sont incarnées par l'obligation de démontrer l'existence d'une justification « objective et raisonnable » à la différence de traitement dans l'exercice de ces droits, en prenant notamment en compte l'évolution du pays depuis l'entrée en vigueur de la Constitution. En attendant une réponse définitive de la CourEDH sur l'existence d'une telle justification en BiH, il convient d'examiner le contrôle de justification des ingérences aux droits électoraux déjà opéré par la Cour constitutionnelle de BiH (Section 1). La possibilité de réaliser le but poursuivi par d'autres moyens plus appropriés constituant un élément important pour l'appréciation de cette justification, il semble opportun d'examiner quelles pourraient être les solutions qui, par le biais de réformes constitutionnelles et en tenant compte de l'évolution politique de la BiH, permettraient de réaliser le but visé de manière proportionnée, sans entrer en conflit avec les exigences du droit international et européen des droits de l'homme (Section 2).

#### **Section 1. - La recherche d'une justification « objective et raisonnable » de la différence de traitement**

Comme déjà indiqué dans la première partie de cette étude, la Cour constitutionnelle de BiH a été amenée à plusieurs reprises à se prononcer sur la question de la conformité des articles IV et V de la Constitution de BiH avec la CEDH et ses Protocoles, ainsi qu'avec la CEDR et le PIDCP. Bien qu'elle ait, dans les deux premières affaires, refusé d'effectuer un

contrôle abstrait des normes en vigueur, elle a finalement accepté de juger au fond l'affaire dont elle a été saisie au titre de sa compétence d'appel<sup>163</sup>. Il convient ici de présenter le contrôle de justification opéré par la Cour à cette occasion ainsi que les arguments qu'elle a développés afin d'appuyer sa réponse affirmative (§1) avant de se tourner vers une autre approche accentuant la nécessité de la prise en compte du contexte évolutif de la société bosno-herzégovinienne afin de relativiser cette justification (§2).

**§ 1. La reconnaissance par la Cour constitutionnelle de BiH d'une justification persistante fondée sur l'objectif de « maintien de la paix établie et de continuation du dialogue »**

Pour mémoire, la requête était, en l'espèce, dirigée contre les décisions de la Commission électorale centrale et de la Cour de BiH, portant toutes deux sur le refus de la candidature du requérant à la présidence sur la liste électorale de son parti, en raison de son statut personnel, l'intéressé étant d'appartenance ethnique bosniaque mais résidant sur le territoire de RS. Celui-ci alléguait dès lors devant la Cour une violation du droit à la non-discrimination tel que prévu par l'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH, du droit de vote et d'éligibilité garanti par l'article 25 du PIDCP, ainsi que du droit à l'égalité devant la loi consacré par l'article 4 de la CPMN.

En ce qui concerne la CPMN, la Cour a dans sa réponse conclu à son inapplicabilité en espèce, étant donné que le groupe ethnique bosniaque n'a pas en RS le statut de minorité nationale<sup>164</sup>. Elle a, en revanche, après avoir conclu que les décisions de la Commission électorale centrale et de la Cour de BiH avaient été prises en application des dispositions en vigueur (l'article V de la Constitution et l'article 8.1. alinéa 2 du Code électoral)<sup>165</sup>, accepté d'examiner la conformité de cette solution avec les standards en matière de non-discrimination tels que garantis par le PIDCP et la CEDH et développés par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

La Cour de Sarajevo a tout d'abord rappelé que, d'après la jurisprudence de la CourEDH, une différence de traitement n'impliquait pas a priori nécessairement une discrimination, celle-ci étant qualifiée uniquement dans le cas où une justification objective et raisonnable ne peut être trouvée à ce traitement différencié. D'après la Cour, le PIDCP permet de même des ingérences dans les droits électoraux, à condition que celles-ci puissent être

---

<sup>163</sup> CCBiH, décision du 29 septembre 2006, l'affaire n° AP-2678/06, consultable sur le site <http://ccbh.ba>.

<sup>164</sup> *Ibid.*, § 23.

<sup>165</sup> *Ibid.*, § 17.

considérées comme « raisonnables », l'article 25 garantissant à tous les citoyens la jouissance de ces droits sans discrimination et « sans restrictions déraisonnables »<sup>166</sup>.

Afin d'apprécier la justification de la différence de traitement découlant des règles relatives à l'élection présidentielle, la Cour constitutionnelle a décidé de se fonder sur la jurisprudence de la CourEDH relative à l'article 3 du Protocole n° 1, en raisonnant par analogie au corps législatif, auquel cet article est en fait consacré<sup>167</sup>. Elle a ainsi rappelé que la Cour européenne considère que les droits garantis par cet article ne disposent pas d'un caractère absolu. Les États membres auraient ainsi la possibilité de restreindre, dans leurs ordres internes respectifs, le droit d'élire et d'être élu par certaines conditions qui ne seraient pas nécessairement illicites comme telles<sup>168</sup>. Les États jouissent à cet égard d'une large marge d'appréciation, sous contrôle éventuel de la Cour, qui a pour tâche de s'assurer que ces conditions « ne réduisent pas les droits dont il s'agit, au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés »<sup>169</sup>.

La Cour de Sarajevo a ensuite fait référence à l'arrêt *Zdanoka c/ Lettonie* à l'occasion duquel la Cour européenne avait constaté qu'il existe une multitude de manières d'organiser les systèmes électoraux en raison des grandes différences de développement historique, de diversité culturelle et de pensée politique en Europe, éléments que chaque État doit incorporer dans sa vision de la démocratie. La législation électorale doit dès lors être appréciée à la lumière de l'évolution politique du pays concerné, ce qui peut signifier que les caractéristiques qui ne sont pas acceptables dans un système peuvent cependant l'être dans un autre.<sup>170</sup>

La Cour constitutionnelle utilise cette argumentation pour appuyer la thèse selon laquelle la Bosnie-Herzégovine a le droit discrétionnaire de restreindre par voie normative certains droits individuels, comme c'est le cas pour les dispositions litigieuses de la Constitution et du Code électoral<sup>171</sup>. Tout en admettant que ces dernières ont un effet restrictif, instituant une différence de traitement à l'égard de certains citoyens qui ne peuvent présenter leur candidature à la présidence comme les autres, la Cour conclut cependant à la

---

<sup>166</sup> *Ibid.*, § 19.

<sup>167</sup> *Ibid.*, § 21.

<sup>168</sup> *Ibid.*, § 20.

<sup>169</sup> La Cour constitutionnelle cite le paragraphe 52 de la décision connue CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, arrêt du 2.03.1987, série A, n°113.

<sup>170</sup> La Cour constitutionnelle fait référence aux paragraphes 103 et 115.c de la décision CourEDH, *Zdanoka c/ Lettonie*, arrêt du 16.03.2006, *Rec.* 2004. ; CCBiH, 29.09.2006, affaire n° AP-2678/06, § 20.

<sup>171</sup> CCBiH, 29.09.2006, affaire n° AP-2678/06, § 21.

non violation de l'article 1 du Protocole n° 12 et de l'article 25 du PIDCP par les décisions attaquées, celles-ci ayant été rendues en application des dispositions en vigueur<sup>172</sup>.

D'après la Cour, la différence de traitement a été introduite consciemment afin que la Présidence soit nécessairement composée d'un bosniaque, d'un serbe et d'un croate, ce qui permet d'assurer la représentation des trois peuples constituants et de renforcer de cette manière leur position égalitaire dans le partage des pouvoirs exclusifs<sup>173</sup>. Ces ingérences trouveraient ainsi leur justification dans la spécificité de l'organisation interne de BiH telle qu'établie par les Accords de Dayton qui avaient pour but final le rétablissement de la paix et du dialogue entre les parties adverses<sup>174</sup>. « En considérant la situation actuelle en BiH », la Cour souligne que cette justification persiste encore<sup>175</sup> puisqu'il y a une « justification raisonnable » à un tel traitement. La Cour conclut que les décisions attaquées ont bien été prises en vertu des dispositions en vigueur, et non pas de manière discrétionnaire. Elles « servent de ce fait un but légitime, ont une justification raisonnable et ne portent pas une atteinte excessive aux requérants, puisque l'ingérence dans le droit des requérants est proportionné au but de la société générale dans le sens du maintien de la paix établie, la continuation du dialogue et par conséquent la création des conditions pour la modification desdites dispositions de la Constitution de BiH et du Code électoral »<sup>176</sup>. En concluant donc à la justification du « principe ethnique » établi par ces normes, la Cour rejette le pourvoi formé devant elle.

Cette décision n'a toutefois pas été rendue à l'unanimité des juges constitutionnels. Il convient maintenant d'analyser une approche différente de l'interprétation des dispositions constitutionnelles découlant sur une autre appréciation de « l'évolution politique du pays ».

## **§ 2. Une justification objective et raisonnable défailante au regard de l'évolution politique du pays**

Dans ses opinions dissidentes déjà évoquées plus haut, parallèlement au développement d'une approche alternative à l'interprétation restrictive de la compétence de la

---

<sup>172</sup> *Ibid.*, § 22.

<sup>173</sup> *Ibid.*, §§ 22-23.

<sup>174</sup> *Ibid.*, § 21.

<sup>175</sup> Pour rappel, la Cour a rendu sa décision en 2006.

<sup>176</sup> CCBiH, 29.09.2006, affaire n° AP-2678/06, § 22 : « *It means that they serve a legitimate aim, that they are reasonably justified and that they do not place an excessive burden on the appellants given that the restrictions imposed on the appellants' rights are proportional to the objectives of general community in terms of preservation of the established peace, continuation of dialogue, and consequently creation of conditions for amending the mentioned provisions of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and Election Law.* »

Cour constitutionnelle à se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions constitutionnelles, la juge Constance Grewe fait état de sa position quant à la question de la conformité des restrictions des droits électoraux avec les standards européens et internationaux de protection des droits de l'homme, celle-ci différant de l'opinion majoritaire. Tout en admettant que les droits de l'article 3 du Protocole n° 1 ne sont pas absolus, la différence de traitement constituant une discrimination uniquement dans le cas où elle ne saurait être validée par une justification objective et raisonnable, et que les standards en la matière ne sont pas si rigoureux que ceux appliqués en vertu des articles 8 à 11 de la CEDH, Constance Grewe exprime son désaccord avec la décision admise par la majorité des juges constitutionnels, concluant à l'absence de violation de la CEDH, de ses Protocoles et des traités additionnels de protection des droits de l'homme, en raison de la caractérisation d'une « justification objective et raisonnable de la différence de traitement »<sup>177</sup>.

Déjà, dans l'affaire n° U-13/05, alors que la Cour constitutionnelle n'avait pas accepté de se prononcer sur la question de la conformité des dispositions en cause avec les exigences des instruments internationaux, la juge Grewe avait affirmé qu'il s'agissait d'une violation de l'égalité du droit de vote telle que prévue par l'article 25 du PIDCP et du principe de non-discrimination de l'article 1 du Protocole n° 12<sup>178</sup>. Elle rappelle ici aussi que la CourEDH semble, dans ces décisions *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique* du 2 mars 1987 et *Melnichenko c/ Ukraine* du 19 octobre 2004, vouloir laisser aux États une marge d'appréciation particulièrement large en matière de droit électoral, mais souligne ensuite l'importance du critère de la justification raisonnable et objective de la différence de traitement. Tout en affirmant que l'on peut effectivement estimer qu'il existait, au lendemain de la guerre, une justification à la répartition égalitaire des fonctions dans les organes étatiques entre les peuples constituants, bien que cela aille à l'encontre du principe de non-discrimination tel que garanti par la Constitution de BiH, Constance Grewe estime qu'il n'existe aujourd'hui plus d'argument valable justifiant la persistance de cette situation.

La juge souligne tout d'abord qu'il est difficile de nier la légitimité des normes constitutionnelles élaborées à l'origine dans l'esprit d'une répartition générale égalitaire du pouvoir entre les trois peuples constituants, cette répartition constituant un élément central des Accords de Dayton, nécessaire afin d'assurer la paix et la stabilité et d'éviter de nouvelles

---

<sup>177</sup> Opinion dissidente de la juge Constance Grewe, CCBiH, 29.09.2006, affaire n° AP-2678/06.

<sup>178</sup> La juge Grewe avait toutefois estimé que l'article 3 du Protocole n° 1 à la CEDH n'était pas applicable, puisque la demande concernait concrètement les élections présidentielles. Opinion dissidente de la juge Grewe, CCBiH, 26.05.2006, n° U-13/05.

pertes en vies humaines<sup>179</sup>. Les dispositions litigieuses du texte de la Constitution et du Code électoral ont donc trouvé un temps justification, malgré le fait qu'elles se montrent problématiques du point de vue de la non-discrimination<sup>180</sup>. Constance Grewe rappelle toutefois que cette justification doit être appréciée à la lumière des évolutions et développements ayant eu lieu ultérieurement en Bosnie-Herzégovine depuis l'entrée en vigueur de la Constitution.

La Bosnie-Herzégovine est notamment devenue membre du Conseil de l'Europe et a ratifié la CEDH et son Protocole n° 12 et est, par conséquent, davantage soumis aux critères d'évaluation européens communs. Dans ses deux opinions dissidentes, la juge Grewe souligne que la BiH se trouve encore dans une période de transition et dans une situation particulière qui nécessite des mesures spécifiques, à savoir un système politique non fondé sur la simple règle majoritaire mais sur une garantie de la distribution du pouvoir et des fonctions étatiques entre les groupes ethniques<sup>181</sup>. Les circonstances existantes requièrent ainsi des « arrangements transitionnels jusqu'à la réalisation des principes d'un État civique »<sup>182</sup>. Mais cette situation ne paraît, d'après Constance Grewe, pas justifier « à l'heure actuelle »<sup>183</sup> la différence de traitement qui ne sert plus « un but légitime tel que la préservation de la paix, la continuation du dialogue ou la création des conditions pour l'amendement des dispositions de la Constitution et du Code électoral »<sup>184</sup>.

A l'encontre d'une interprétation à la fois historique et positiviste qui semble être retenue en espèce par la Cour, la juge Grewe souligne ainsi la nécessité de recourir à une interprétation évolutive, dynamique et systématique des dispositions constitutionnelles et législatives en vigueur. En interprétant la Constitution, la Cour constitutionnelle devrait prendre en compte le texte constitutionnel dans son entier, en le considérant comme une unité<sup>185</sup>. Elle devrait également tenir compte du contexte juridique, politique et international, en mettant en œuvre le concept du droit vivant<sup>186</sup>, afin de « garantir des droits concrets et effectifs »<sup>187</sup>.

---

<sup>179</sup> Voir aussi : Commission de Venise, *Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine*, CDL-AD(2005)004, § 74.

<sup>180</sup> Voir aussi : Commission de Venise, *Ibid.*, § 74.

<sup>181</sup> Voir aussi : Commission de Venise, *Ibid.*, § 75.

<sup>182</sup> C. GREWE, Opinion dissidente jointe à la décision du 26.05.2006, dans l'affaire n° U-13/05.

<sup>183</sup> Les décisions ont été rendues en 2006.

<sup>184</sup> Opinion dissidente de la juge Constance Grewe, CCBiH, 29.09.2006, affaire n° AP-2678/06.

<sup>185</sup> C. GREWE, Opinion dissidente jointe à la décision du 26.05.2006, dans l'affaire n° U-13/05.

<sup>186</sup> Concept développé en Italie et abondamment utilisé par la CourEDH, notamment dans l'exercice du contrôle de proportionnalité, « dès lors que l'examen de la nécessité de la mesure dans une société démocratique implique des appréciations variables selon les époques ». Voir plus sur l'interprétation

Appliqué au cas concret de la Bosnie-Herzégovine, cela signifie tout d'abord que l'article V.1 de la Constitution devrait être interprété à la lumière des articles II.2 et X qui consacrent l'applicabilité directe et l'inviolabilité des droits et libertés garantis par la CEDH et ses Protocoles, et, par conséquent, en prenant particulièrement en compte les exigences du Protocole n° 12.<sup>188</sup> Cette approche doit en second lieu permettre de localiser les dispositions discriminatoires, jadis justifiées, mais qui, au regard du contexte actuel, ne paraissent plus acceptables. En adoptant cette attitude, il convient de s'orienter vers le futur et d'envisager les solutions alternatives qui pourraient, tout en tenant compte des circonstances sociopolitiques spécifiques de la BiH, satisfaire aux exigences du droit international et européen des droits de l'homme.

## Section 2.- Solutions envisageables conciliant garantie d'une répartition égalitaire du pouvoir et respect des standards internationaux des droits de l'homme

Il a été souligné à plusieurs reprises que « ce n'est pas tant le système de la démocratie consensuelle en lui-même qui pose problème, mais la confusion des critères territorial et ethnique ainsi que le refus manifeste de certains droits politiques à ceux qui sont particulièrement vulnérables »<sup>189</sup>. La fameuse décision de la Cour constitutionnelle de BiH sur l'égalité des peuples constituants a abouti, tout du moins au niveau des Entités, au dépassement de cette combinaison du critère ethnique avec le critère territorial et des effets discriminatoires qui en découlaient. Non seulement cette décision se pose en exemple à suivre, indiquant la voie vers une adaptation des dispositions constitutionnelles à l'évolution des circonstances, mais elle constitue en outre, avec les réformes constitutionnelles qui en ont découlé, un facteur crucial de l'évolution de la BiH qui tend à retirer leur légitimité aux restrictions des droits électoraux toujours en vigueur au niveau étatique (§1). La Commission de Venise a, dans le cadre de son expertise juridique, à plusieurs reprises eu l'occasion de présenter des solutions alternatives à cette situation qui permettraient une égale répartition du

---

dynamique, systématique et téléologique en général dans : C. GREWE « Cours constitutionnelles européennes », in D. Chagnollaud, G. Drago (dir.), *op.cit.*, 2006, p. 191 et ss.

<sup>187</sup> C. GREWE, Opinion dissidente, CCBiH, 29.09.2006, affaire n° AP-2678/06.

<sup>188</sup> Dans ce sens, les deux opinions dissidentes de la juge Grewe, dans les affaires n° U-13/05 et n° AP-2678/06.

<sup>189</sup> Commission de Venise, *Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine*, § 76 ; Voir aussi l'opinion dissidente de la juge Constance Grewe, affaire n° U-13/05, *op. cit.*

pouvoir entre les trois peuples constituants, tout en évitant un conflit avec les standards internationaux et européens des droits de l'homme (§2).

### **§ 1. L'adaptation des Constitutions des Entités aux évolutions sociopolitiques - un exemple à suivre**

La Bosnie-Herzégovine est connue pour le caractère multiethnique de sa société. Dans ces conditions, il paraît légitime d'assurer que la représentation au sein des organes de l'État reflète cette réalité.<sup>190</sup> Dans la célèbre troisième décision partielle de l'affaire U 5/98 sur les peuples constituants, la Cour constitutionnelle confirme ce caractère multiethnique du système politique établi par les Accords de Dayton, déclarant inconstitutionnelles les dispositions des constitutions d'Entités allant à l'encontre de cette réalité. Il s'agissait en espèce des dispositions des tout premiers articles qui définissaient ces territoires comme Entités exclusives d'un ou de deux groupes ethniques, qui y jouissaient à eux seuls du statut privilégié de « peuple constituant ». Ces textes étaient la conséquence directe de la légalisation relative à la convergence du territoire et à l'ethnicité, recherchée auparavant par le biais de conflits sanglants. En se fondant sur les principes centraux de la Constitution de BiH, à savoir le principe de non-discrimination de l'article II.4, la démocratie, le pluralisme et les relations pacifiques évoqués par le Préambule, ainsi que la reconnaissance des Bosniaques, des Serbes et des Croates comme peuples constituants et non comme minorités<sup>191</sup>, la Cour conclut à l'égalité collective de ces trois peuples qui doivent, sans aucune discrimination, pouvoir jouir de droits égaux dans l'ensemble de la BiH, et ce, même si certains membres de ces peuples se trouvent être, après les événements de la guerre, en nombre minoritaire dans l'une ou l'autre des Entités<sup>192</sup>. La Cour a ainsi mis fin à la légitimité de l'homogénéisation ethnique des Entités.

Les réformes constitutionnelles mises en œuvre à la suite de cette décision, négociées entre les représentants politiques et imposées par le Haut Représentant, ont instauré dans les Entités un système de représentation égalitaire de tous les groupes, fonctionnant par le biais de quotas ethniques, mécanisme qui s'est révélé encore plus complexe que celui instauré par les Accords de Dayton. Ces réformes se sont donc, d'une certaine manière, éloignées de l'esprit de la décision constitutionnelle qui allait plutôt dans le sens d'une relativisation du

---

<sup>190</sup> Voir dans ce sens : Commission de Venise, *Avis sur le projet final de code électoral de la Bosnie-Herzégovine*, CDL-INF(2001) 21, §16.

<sup>191</sup> Dans ce sens : P. NEUSSL, « Implementation of the Constitutional Court Decision on "Constituent Peoples" in Bosnia and Herzegovina (Case U 5/98-III, 22 HRLJ 127 (2001)) », *HRLJI*, vol. 24, n° 9-12, 2003, p. 315.

<sup>192</sup> CCBiH, 01.07.2000, n° U-5/98-III, § 19, § 59.

concept ethnocrate, laissant même la porte ouverte à une approche individualiste des droits, centrée sur la citoyenneté classique<sup>193</sup>. On ne peut cependant pas nier l'apport crucial de ces révisions. Elles ont permis, au moins sur le plan juridique, d'introduire une garantie d'égalité entre tous les citoyens sur l'ensemble du territoire de BiH, même dans les Entités ou certains peuples constituent une minorité numéraire de fait.

La Cour constitutionnelle n'était pas, dans le cadre de cette décision, en mesure de proposer des alternatives au régime en vigueur, mais ses conclusions se positionnaient cependant clairement en faveur d'une garantie de la représentation politique de tous les différents groupes ethniques, y compris des « Autres ». La Cour souligne particulièrement l'importance de la participation effective de tous les individus et groupes dans une société démocratique<sup>194</sup>. On peut dès lors estimer que, par l'affirmation de tous ces principes, la Cour semble déjà, dès 2000, remettre implicitement en cause la légitimité des dispositions relatives aux droits électoraux, en vigueur au niveau national. Ne s'agit-il pas ici d'un élément crucial à prendre en considération lors de l'évaluation de « l'évolution politique du pays » ?

Outre le reflet du caractère multiethnique d'une société dans les organes étatiques, il paraît également légitime, dans un État à la structure fédérale, d'assurer la représentation des différentes entités qui le composent<sup>195</sup>. Mais ce qui pose problème en Bosnie-Herzégovine, c'est la façon dont sont agencés entre eux le critère territorial et le critère ethnique, générant certains effets discriminatoires pour les groupes de fait minoritaires dans une Entité donnée. La Cour constitutionnelle aborde ce problème en rappelant qu'un membre de la présidence issu du territoire de la Fédération ou de la RS, est élu par tous les citoyens de cette Entité et représente donc bien tous les citoyens vivant sur ce territoire, et non pas un peuple particulier<sup>196</sup>. Dans ces conditions, « il est difficile de justifier qu'ils [les candidats] doivent s'identifier comme appartenant à un peuple spécifique. Une telle règle semble présumer que

---

<sup>193</sup> Voir Commission de Venise, *Avis sur la mise en oeuvre de la décision de la CCBiH U 5/98 («Peuples constituants») par les amendements de la Constitution à la RS*, CDL-AD (2002) 24, § 4.

<sup>194</sup> « (...) it is a generally recognized principle, derived from the list of international instruments in Annex I to the Constitution of BiH, that a government must represent the whole people belonging to the territory without distinction of any kind thereby prohibiting – in particular according to Article 15 of the Framework Convention on the Protection of National Minorities which is incorporated into the Constitution of BiH through Annex I – a more or less complete blockage of effective participation in decision-making processes. », CCBiH, 01.07.2000, n° U-5/98-III, § 19, <http://ccbh.ba>, § 55.

<sup>195</sup> Voir dans ce sens : Commission de Venise, *Avis sur le projet final de code électoral de la Bosnie-Herzégovine*, §16.

<sup>196</sup> « It must not be forgotten that the Serb Member of the Presidency, for instance, is not only elected by voters of the Serb ethnic origin, but by all citizens of the Republika Srpska with or a specific ethnic affiliation. He thus represents neither the Republika Srpska as an Entity nor the Serb people only, but all the citizens of the Republika Srpska electoral unit. The same also holds for the Bosniac and Croat Members to be elected from the Federation. » CCBiH, 01.07.2000, n° U-5/98-III, § 19, § 65.

seuls les membres d'une ethnie donné peuvent être considérés comme des citoyens pleinement loyaux de l'Entité capables de défendre ses intérêts. »<sup>197</sup>

On peut d'un côté comprendre qu'initialement, à l'issue de la guerre, les Constitutions des Entités aient été fondées sur l'idée d'une division ethnique, et que, par conséquent, la Constitution de BiH, adoptée postérieurement, ait été adaptée à cette réalité juridique en consacrant un agencement équivalent du critère ethnique avec le critère territorial en ce qui concerne le droit d'éligibilité aux plus hautes fonctions politiques. D'un autre côté, il semble cependant inacceptable que, près d'une décennie après le renversement de cette logique par l'affirmation du statut « constituant » des trois peuples dans les deux Entités, le critère ethno-territorial demeure en vigueur, faisant ainsi perdurer ses effets discriminatoires.

En fin de compte, il convient de garder à l'esprit que, comme l'expose la juge Constance Grewe, malgré le fait évident que la BiH se trouve toujours dans un processus de transition et une situation spécifique, « l'architecture prévue par les Accords de Dayton est modifiable et doit être adaptée aux différents stades "d'évolution" qu'a connus la Bosnie-Herzégovine »<sup>198</sup>. Les modifications constitutionnelles au niveau des Entités ayant eu lieu seulement quelques années après la fin des conflits en donnent un exemple parfait. Il reste à déterminer si l'on peut envisager des systèmes alternatifs qui, en tenant compte de « l'évolution » de la BiH, permettraient une compatibilité avec les plus hauts standards de protection des droits de l'homme. Les solutions proposées par la Commission de Venise sont à cet égard particulièrement significatives.

## **§ 2. Les diverses solutions envisagées par la Commission de Venise**

La Commission européenne pour la démocratie par le droit, plus connue sous le nom de Commission de Venise, est un organe consultatif du Conseil de l'Europe spécialisé dans le domaine des questions constitutionnelles. Créée en 1990, la Commission a joué un rôle essentiel dans l'adoption de constitutions conformes aux standards du patrimoine constitutionnel européen, notamment dans le contexte de transition démocratique des pays d'Europe centrale et orientale. En raison des circonstances sociopolitiques spécifiques et de la structure étatique complexe de la Bosnie-Herzégovine, la Commission a, maintes fois, à travers ses conseils sur l'élaboration et la mise en conformité avec les standards européens des dispositions constitutionnelles et législatives, eu l'occasion d'influencer positivement le processus de gestion et de prévention des conflits latents. C'est dans cette logique qu'elle a

---

<sup>197</sup> Commission de Venise, *Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine*, § 69.

<sup>198</sup> C. GREWE, *Opinion dissidente*, CCBiH, 29.09.2006, affaire n° AP-2678/06.

été amenée, à plusieurs occasions, à se prononcer sur l'établissement d'un système électoral, qui, tout en assurant une représentation politique adéquate des trois peuples constituants, sauvegardant dès lors le caractère multiethnique des institutions, resterait conforme aux standards européens en assurant l'inclusion et la participation effective de tous les citoyens de BiH.

Concernant la composition et l'élection de la Chambre des Peuples, on peut résumer la position de la Commission de Venise, exprimée à travers plusieurs avis sur la Bosnie-Herzégovine, par deux propositions. La première consisterait à prévoir un nombre maximal de sièges à pourvoir par les représentants de chaque peuple constituant, ce qui laisserait la porte ouverte à l'élection des « Autres » aux sièges restant alors vacants. La seconde solution, plus radicale mais jugée préférable par la Commission de Venise, serait de supprimer simplement la Chambre des peuples. Dans ce cas, la raison d'être de la cette dernière, à savoir le mécanisme de protection des intérêts nationaux vitaux, persisterait mais serait désormais garanti par la Chambre des représentants.<sup>199</sup> Cela permettrait également de surmonter le problème du « rôle négatif » qu'exerce en fait la Chambre des peuples « dont les membres exercent leur droit de veto car ils considèrent que leur tâche consiste exclusivement à défendre les intérêts de leur peuple sans qu'ils se sentent concernés par l'aboutissement du processus législatif. » La suppression de la Chambre des peuples aurait donc comme « effet secondaire » positif de permettre la nécessaire rationalisation des procédures et la facilitation de l'adoption des lois sans compromettre les intérêts légitimes de chacun des peuples.<sup>200</sup>

S'agissant de la présidence, la première solution qui permettrait d'assurer sa composition pluriethnique sans être discriminatoire serait de prévoir qu'un membre au maximum puisse appartenir à un peuple donné ou aux « Autres » et d'instituer en parallèle un système électoral garantissant la représentation des deux Entités. La deuxième solution, qui, ici encore, représente la voie privilégiée par la Commission de Venise, est également de nature plus radicale. Il s'agirait de supprimer la Présidence collective et de la remplacer par un président unique, indirectement élu.<sup>201</sup> Le président serait doté de pouvoirs plus limités, qui seraient transmis au Conseil des ministres en tant qu'organe collégial au sein duquel tous les citoyens, y compris les « Autres » seraient représentés. Cela permettrait, malgré la suppression d'une présidence tripartite, d'assurer la participation des peuples constituants

---

<sup>199</sup> Voir Commission de Venise, *Avis sur la situation constitutionnelle*, § 80.

<sup>200</sup> Commission de Venise, *ibid.*, § 36.

<sup>201</sup> Commission de Venise, *ibid.*, § 77.

dans la prise des décisions les plus importantes, tout en évitant la moindre discrimination.<sup>202</sup> Ici aussi, cette solution aurait pour « effet secondaire » une facilitation des procédures décisionnelles, nécessaire pour assurer le progrès de la Bosnie-Herzégovine. Un autre impact, probablement encore plus important, serait la conséquence directe de ce scénario sur le mode d'élection. En effet que l'on se prononce en faveur de la première option maintenant la présidence collégiale, ou de la seconde, instituant un président unique, le passage à une élection indirecte de cette instance au sommet par une majorité de l'Assemblée parlementaire permettrait à la présidence de jouir d'une confiance générale parmi tous les citoyens, et de garantir parallèlement l'ouverture d'une « voie à une coopération interethnique et aux compromis »<sup>203</sup>, tant recherchés par les Accords de Dayton.

---

<sup>202</sup> Commission de Venise, *ibid.*, §§ 39-40.

<sup>203</sup> La solution existante des « élections directes sur la base *de facto* ethniques incitent à voter pour le candidat considéré comme le meilleur défenseur du peuple constituant respectif et non pour celui le mieux à même de défendre les intérêts du pays tout entier. » Commission de Venise, *Avis sur différentes propositions pour l'élection de la présidence de Bosnie-Herzégovine*, CDL-AD(2006)004, § 18.

## CONCLUSION

Le droit international, notamment celui relatif aux droits de l'homme, occupe une place importante en droit interne de la Bosnie-Herzégovine. Compte tenu du contexte douloureux dans lequel la Constitution a été rédigée, l'introduction massive dans ce texte de normes affirmant les standards internationaux des droits de l'homme a eu pour but principal de donner un leitmotiv à la (re)construction de l'État, devant se fonder sur la garantie du degré le plus élevé de protection des droits de l'homme et le principe démocratique, deux éléments garants d'une paix durable.

Parmi ces normes internationales, une place particulièrement significative est réservée à la CEDH, instrument garant de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme. Alors que le texte constitutionnel de BiH dispose que les normes de la Convention et de ses Protocoles priment tout autre droit, les avis diffèrent quant à la question de savoir si cette supériorité s'étend à la Constitution elle-même. Quoiqu'il en soit, force est de constater que la Bosnie-Herzégovine, en tant qu'État partie à la CEDH, a pris l'engagement de mettre son droit interne en conformité avec les standards établis par celle-ci. Les dispositions constitutionnelles qui se révèlent problématiques ne peuvent à cet égard demeurer exemptées, dans la mesure où elles conduisent à priver les « Autres », ainsi que les Serbes habitant la RS et les Croates et Bosniaques résidant sur le territoire de la Fédération, de leur droit d'éligibilité à la Chambre des peuples et à la Présidence. Le statut important accordé à la Convention ne peut que renforcer la nécessité d'harmonisation de ces dispositions avec ses exigences, ce qui vaut pareillement pour les autres traités de protection des droits de l'homme qui proscrivent la discrimination dans l'exercice des droits électoraux.

L'analyse des normes litigieuses au regard de tous ces instruments internationaux laisse conclure à une violation manifeste du principe de non-discrimination. Même si, selon la jurisprudence de la CourEDH, une différence de traitement opérée à l'égard de certains citoyens peut être tolérée dans le cas où elle s'avérerait objectivement et raisonnablement justifiable au regard d'un but légitime poursuivi, une telle justification ne semble pouvoir être identifiée concernant le système électoral de BiH.

En 1995, l'objectif visant à assurer la représentation politique des trois peuples constituants, et ce même au détriment des droits d'autrui, pouvait peut-être, dans le souci du rétablissement de la paix, être considéré comme légitime. L'immuabilité du système électoral après quatorze années, pendant lesquelles le pays a connu une évolution politique

considérable reste toutefois critiquable. La réforme constitutionnelle ayant eu lieu au niveau des Entités, ainsi que les différents concepts développés par la Commission de Venise démontrent en outre l'existence de mécanismes de partage du pouvoir qui ne porteraient pas automatiquement atteinte aux droits des catégories minoritaires de la population. Ce sont, par ailleurs, peut-être précisément ces réformes qui pourraient permettre à la Bosnie-Herzégovine de sortir de l'impasse politico-juridico-sociale dans laquelle elle reste figée depuis des années.

Reste désormais à voir si la Cour européenne des droits de l'homme, par sa décision tant attendue, se décidera, en condamnant la domination ethnique, à encourager le processus de réorientation de la Bosnie-Herzégovine vers une société véritablement démocratique caractérisée par « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976, série A n°24, page 23, § 49.

# ANNEXE I

## CONSTITUTION DE BOSNIE-HÉRZEGOVINE

*Version française, utilisé par le Conseil de l'Europe*

*(Les dispositions les plus pertinentes pour la présente étude )*

### **Préambule**

*Se fondant sur le respect de la dignité, de la liberté et de l'égalité des hommes,*

*Affirmant leur attachement à la paix, à la justice, à la tolérance et à la réconciliation,*

*Convaincus que les institutions gouvernementales et les procédures équitables et démocratiques sont le meilleur moyen d'assurer des relations pacifiques au sein d'une société pluraliste,*

*Désireux de promouvoir le bien-être général et la croissance économique en protégeant la propriété privée et en assurant la promotion d'une économie de marché,*

*Guidés par les buts et les principes de la Charte des Nations unies,*

*Attachés à la souveraineté, à l'intégrité territoriale et à l'indépendance politique de la Bosnie-Herzégovine conformément au droit international,*

*Déterminés à assurer le respect du droit international humanitaire,*

*Inspirés par la Déclaration universelle des droits de l'Homme, les Conventions internationales sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels, et sur la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses et linguistiques, ainsi que par d'autres textes régissant les droits de l'Homme,*

*Rappelant les principes de base agréés à Genève le 8 septembre 1995 et à New York le 26 septembre 1995,*

Les Bosniaques, les Croates et les Serbes, en leur qualité de peuples constituants (avec d'autres) et les citoyens de la Bosnie-Herzégovine décident par la présente que la Constitution de la Bosnie-Herzégovine sera la suivante :

(...)

### **Article II**

#### **Droits de l'Homme et libertés fondamentales**

##### **1. Droits de l'Homme**

La Bosnie-Herzégovine et les deux Entités garantissent le degré le plus élevé de libertés fondamentales et de droits de l'Homme internationalement reconnus. A cet effet, il est créé une Commission des droits de l'Homme pour la Bosnie-Herzégovine dans les conditions prévues à l'annexe 6 de l'Accord-cadre général.

##### **2. Normes internationales**

Les droits et les libertés définis dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et ses protocoles s'appliquent directement en Bosnie-Herzégovine. Ils priment tout autre droit.

##### **3. Enumération des droits**

Toutes les personnes sur le territoire de Bosnie-Herzégovine jouissent des droits de l'Homme et des libertés fondamentales visés à l'Alinéa 2 ci-avant ; ces droits et ces libertés comportent :

- (a) Le droit à la vie.
- (b) Le droit de n'être pas soumis à la torture ni à des sanctions ou traitements inhumains ou dégradants.
- (c) Le droit de n'être pas soumis à l'esclavage ni à l'exécution de travaux forcés.
- (d) Les droits à la liberté et à la sécurité des personnes.
- (e) Le droit d'être jugé équitablement en matière civile et pénale, ainsi que tous les autres droits en matière de procédure pénale.
- (f) Le droit du respect du caractère privé de la vie personnelle, de la vie familiale, du foyer et de la correspondance.
- (g) La liberté de pensée, de conscience et de religion.
- (h) La liberté d'expression.
- (i) La liberté de réunion pacifique et la liberté d'association avec d'autres.
- (j) Le droit de se marier et de fonder une famille.
- (k) Le droit de posséder des biens.
- (l) Le droit à l'éducation.
- (m) Le droit à la liberté de circulation et de résidence.

#### **4. Non-discrimination**

La jouissance des droits et libertés prévus par le présent article ou par les accords internationaux énumérés en annexe I à la présente Constitution est garantie à toutes les personnes résidant en Bosnie-Herzégovine sans aucune discrimination pour quelque motif que ce soit, tel que le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, les liens avec une minorité nationale, la propriété, la naissance ou tout autre statut personnel.

#### **5. Réfugiés et personnes déplacées**

Tous les réfugiés et toutes les personnes déplacées ont le droit de rentrer librement dans leur foyers. Conformément aux dispositions de l'annexe 7 de l'Accord-cadre général, ils ont droit à la restitution des biens dont ils ont été privés au cours des hostilités depuis 1991 et à être dédommés pour les biens qui ne peuvent être restitués. Tous les engagements et toutes les déclarations concernant ces biens, effectués sous la contrainte, sont nuls et non avenue.

#### **6. Mise en œuvre**

La Bosnie-Herzégovine, de même que tous les tribunaux, administration, agences et organismes publics mis en place par les Entités ou à l'intérieur de ces dernières, appliquent et respectent les libertés fondamentales et les droits de l'Homme énumérés à l'Alinéa 2 ci-avant.

#### **7. Accords internationaux**

La Bosnie-Herzégovine reste ou devient partie aux accords internationaux énumérés en annexe 1 à la présente Constitution.

#### **8. Coopération**

Toutes les autorités compétentes de Bosnie-Herzégovine coopèrent et donnent accès sans restriction à tous les observatoires internationaux de contrôle des droits de l'Homme constitués pour la Bosnie-Herzégovine, aux organismes de surveillance constitués en vertu des Conventions internationales mentionnées en annexe 1 à la présente Constitution, au Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (notamment en se conformant aux ordonnances rendues en application de l'article 29 de l'Acte de création du Tribunal) ainsi qu'à tout autre organisme habilité par le Conseil de sécurité des Nations unies et titulaire d'un mandat concernant les droits de l'Homme ou le droit humanitaire.

(...)

## **Article IV**

### **Assemblée parlementaire**

L'Assemblée parlementaire comprend deux chambres : le Chambre des peuples et la Chambre des représentants.

#### **1. Chambre des peuples**

La Chambre des peuples comprend quinze délégués, deux tiers émanant de la Fédération (cinq Croates et cinq Bosniaques) et un tiers émanant de la Republika Srpska (cinq Serbes).

(a) Les délégués croates et bosniaques désignés par la Fédération sont choisis, respectivement, par les délégués croates et bosniaques à la Chambre des peuples de la Fédération. Les délégués de la Republika Srpska sont choisis par l'Assemblée nationale de la Republika Srpska.

(b) Neuf membres de la Chambre des peuples constituent un quorum sous réserve de la présence effective d'au moins trois délégués bosniaques, trois délégués croates et trois délégués serbes.

#### **2. Chambre des représentants**

La Chambre des représentants comporte quarante-deux membres dont les deux tiers sont élus par le territoire de la Fédération et un tiers par le territoire de la Republika Srpska.

(a) Les membres de la Chambre des représentants sont élus directement par leur Entité conformément aux dispositions d'une loi électorale que l'Assemblée parlementaire approuvera. Toutefois, la première élection est organisée conformément à l'annexe 3 de l'Accord-cadre général.

(b) La majorité de tous les membres élus pour siéger à la Chambre des représentants constitue le quorum.

(...)

## **Article V**

### **Présidence**

La Présidence de Bosnie-Herzégovine se compose de trois membres, un Bosniaque, un Croate, chacun élu directement par le territoire de la Fédération, et un Serbe élu directement par le territoire de la Republika Srpska.

#### **1. Election et durée du mandat électif**

(a) Les membres de la Présidence sont élus directement dans chaque Entité (chaque électeur votant en vue de pourvoir un siège à la Présidence) conformément aux dispositions d'une loi électorale adoptée par l'Assemblée parlementaire. Toutefois, la première élection se déroule conformément aux dispositions de l'annexe 3 de l'Accord-cadre général. Tout siège vacant à la Présidence est pourvu par l'Entité concernée conformément à une loi que l'Assemblée parlementaire devra adopter.

(b) Les membres de la Présidence élus lors des premières élections restent en poste pour un mandat de deux ans ; le mandat des membres élus ensuite est de quatre ans. Les membres sont rééligibles une fois pour se succéder à eux-mêmes et sont ensuite inéligibles pendant quatre ans.

(...)

## **Article VI**

### **La Cour constitutionnelle**

(...)

#### **3. Compétence**

La Cour constitutionnelle veille au respect de la présente Constitution.

(a) La Cour constitutionnelle a compétence exclusive pour régler tout différend découlant de la présente Constitution entre les Entités ou entre la Bosnie-Herzégovine et l'une ou les deux Entités, ou entre des institutions de Bosnie-Herzégovine, et notamment, mais non limitativement :

- pour dire si la décision d'une Entité d'établir des relations spéciales parallèles avec un État voisin est conforme à la présente Constitution, en ce qui concerne notamment les dispositions touchant à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de la Bosnie-Herzégovine ;
- pour dire si une disposition quelconque du droit ou de la constitution d'une Entité est conforme à la présente Constitution ;

Les différends ne peuvent être soumis à la Cour constitutionnelle que par un membre de la Présidence, par le Président du Conseil des ministres, par le Président ou Vice-Président de l'une ou l'autre chambre de l'Assemblée parlementaire, par un quart des membres de chacune des deux chambres de l'Assemblée parlementaire, ou par un quart de l'une des deux chambres législatives d'une Entité.

(b) La Cour constitutionnelle est également compétente à titre de juridiction d'appel pour les questions au titre de la présente Constitution afférentes à une décision de tout autre tribunal de Bosnie-Herzégovine.

(c) La Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur les questions présentées par tout tribunal de Bosnie-Herzégovine, visant à déterminer si une loi, dont la validité dépend de sa décision, est conforme à la présente Constitution, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et ses protocoles, ou aux lois de Bosnie-Herzégovine, ou s'il existe ou s'applique une règle générale de droit international public pertinente pour la décision de la Cour constitutionnelle.

(...)

## **Article X**

### **Révision constitutionnelle**

#### **1. Procédure**

La présente Constitution peut être révisée par décision de l'Assemblée parlementaire prise à la majorité des deux tiers des votants présents en personne à la Chambre des représentants.

#### **2. Droits de l'Homme et libertés fondamentales**

Aucun amendement à la présente Constitution ne peut éliminer ou restreindre les droits et libertés visés à l'article II de la présente Constitution ni modifier les dispositions du présent alinéa.

(...)

## **Appendice I**

### **Autres conventions sur les droits de l'Homme à appliquer en Bosnie-Herzégovine**

1. Convention de 1948 sur la prévention et répression du crime de génocide.
2. Conventions I – IV signées à Genève en 1949 sur la protection des victimes de guerre et leurs protocoles I – II signés à Genève en 1977.
3. Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et protocole de 1966.
4. Convention de 1957 sur la nationalité de la femme mariée.
5. Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatride.
6. Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.
7. Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques et ses protocoles facultatifs de 1966 et 1989.
8. Pacte de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.
9. Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

10. Convention de 1984 contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants.
11. Convention européenne de 1987 sur la prévention de la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.
12. Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant.
13. Convention internationale de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.
14. Charte européenne de 1992 sur les langues régionales ou minoritaires.
15. Convention-cadre de 1994 pour la protection des minorités nationales.

## **ANNEXE II**

### **ELECTION LAW OF BiH**

(publié dans la *Gazette officielle BiH*, n° 23/01 du 19 septembre 2001, amendements dans la *Gazette officielle BiH* n° 07/02 du 10 avril 2002, n° 09/02 du 03 mai 2002 et n° 20/02 du 03 août 2002.)

#### **Article 8.1**

The members of the Presidency of Bosnia and Herzegovina directly elected from the territory of the Federation of Bosnia and Herzegovina – one Bosniak and one Croat shall be elected by voters registered to vote for the Federation of Bosnia and Herzegovina. A voter registered to vote in the Federation may vote for either the Bosniak or Croat Member of the Presidency, but not for both. The Bosniak and Croat member that gets the highest number of votes among candidates from the same constituent people shall be elected.

The member of the Presidency of Bosnia and Herzegovina that shall be directly elected from the territory of RS - one Serb shall be elected by voters registered to vote in the Republika Srpska.

Candidate who gets the highest number of votes shall be elected.

The mandate for the members of the Presidency of Bosnia and Herzegovina shall be four (4) years.

#### **Article 9.2**

The House of Representatives of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina shall consist of forty - two (42) members, twenty -eight (28) of whom shall be directly elected by voters registered to vote for the territory of the Federation of Bosnia and Herzegovina, and fourteen (14) of whom shall be directly elected by voters registered to vote for the territory of the Republika Srpska. The mandate of members of the House of Representatives of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina shall be four (4) years.

Of the twenty-eight (28) members who shall be directly elected by voters registered to vote for the territory of the Federation of Bosnia and Herzegovina, twenty-one (21) shall be elected from multi-member constituencies under the proportional representation formula set forth in Article 9.6 of this law, and seven (7) shall be compensatory mandates elected from the territory of the Federation as a whole according to Article 9.7 of this law.

Of the fourteen (14) members who shall be directly elected by voters registered to vote for the territory of the Republika Srpska, nine (9) shall be elected from multi-member constituencies under the proportional representation formula set forth in Article 9.6 of this law, and five (5) shall be compensatory mandates elected from the territory of the Republika Srpska as a whole according to Article 9.7 of this law.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. - Ouvrages

- BENEDEK, W. *et al.* (dir.), *Human Rights in Bosnia and Herzegovina after Dayton*, La Haye, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 247 p.
- BERTINCHAMPS, P. *et al.* (dir.), « *Petits peuples* » *et minorités nationales des Balkans*, Arcueil (Val-de-Marne), Les Cahiers du Courrier des Balkans n° 6, 2008, 259 p.
- CHAGNOLLAUD, D., DRAGO, G., (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, 751. p.
- BOEV, I., *Introduction au droit européen des minorités*, Paris, L'Harmattan, 2008, 430 p.
- DAILLIER, P., PELLET, A., *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7<sup>ème</sup> édition, 2002, 1510 p.
- EISEMANN, P. M. (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national : Étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 587 p.
- GRABENWÄRTER, Ch., *Europäische Menschenrechtskonvention*, Verlag C.H.Beck, Munich, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Vienne, 3<sup>e</sup> édition, 2008, 451 p.
- GREWE, C., GUSY, Ch. (dir.), *Menschenrechte in der Bewahrung*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 374 p.
- GREWE, C., RUIZ FABRI, H., *Droit constitutionnels européens*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, 661 p.
- NYSTUEN, G., *Achieving peace or protecting human rights? : Conflicts between norms regarding ethnic discrimination in the Dayton Peace Agreement*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 296 p.
- OLSON, T., CASSIA, P., *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, 59 p.
- RENUCCI, J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> édition, 2002, 821 p.
- SCHODER, C.-G., *Vom Minderheitenschutz zum Schutz verwundbarer Gruppen*, Schulthess Verlag, Zurich 1999, 347 p.

SCIOTTI-LAM, C., *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, Publications de l'Institut international des droits de l'homme René Cassin, 2004, 704 p.

SOLIOZ, C., *L'après-guerre dans les Balkans*, Paris, Karthala, 2003.158 p.

SOLIOZ, Ch., VOGEL, T. K. (dir.), *Dayton and Beyond : Perspectives on the Future of Bosnia and Herzegovina*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 224. p.

SWOBODA, H., SOLIOZ, Ch. (dir.), *Conflict and Renewal : Europe Transformed. Essays in Honour of Wolfgang Petritsch*, Baden-Baden, Nomos, 2007, 407 p.

SZYMCZAK, D., *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, Publications de l'Institut international des droits de l'homme René Cassin, 2007, 849 p.

TURPIN, D. *Droit constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, 4<sup>e</sup> édition, 1999, p. 869.

VEHABOVIĆ, F., *Odnos Ustava Bosne I Hercegovine I Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (La relation entre la Constitution de Bosnie-Herzégovine et la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales)*, Sarajevo, ACIPS, 2006, 122 p.

## II. - Articles

BAKŠIĆ-MUFTIĆ, J., « Role of human rights in peace agreements concerning Bosnia and Herzegovina », *East European Human Rights Review*, vol. 11, n° 2, 2005, p.133-208.

BIEBER, F., « Institutionalizing Ethnicity in Former Yugoslavia : Domestic vs. Internationally Driven Processes of Institutional (Re-)Design », *The Global Review of Ethnopolitics*, vol. 2, n° 2, janvier 2003, p. 3 – 16.

DAKIN, B., « The Islamic Community in Bosnia and Herzegovina v. The Republika Srpska : Human Rights in a Multi-Ethnic Bosnia », *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, 2002, p. 249-267.

DECAUX, E., « Enjeux et perspectives », *Revue québécoise de droit international*, 2000, Volume 13.1., p. 109-130.

FAVOREU, L., « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine », p. 121-128, in : J.-F. FLAUSS (dir.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur les États tiers*, Actes du colloque organisé a Strasbourg le 8 juin 2001 par l'Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2002, 164 p.,

FAVOREU, L. « La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine », *Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, Paris, 2000, p. 273-277.

- GATELIER, K., « La consociation : un modèle de partage du pouvoir en post-conflit », consulté sur le site <http://www.irenees.net/fr/fiches/notions/fiche-notions-203.html> le 19 juin 2009
- GREWE, C., « La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine entre l'internationalisation du droit constitutionnel et les traditions de la justice constitutionnelle en Europe », p. 365-377, in M. Puech *et al.*, (dir.) : *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr. De code en code*, Paris, Dalloz, 2009, 880 p.
- GREWE, C., « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 16, n° 1-4, octobre 2004, p. 26 – 32.
- GREWE, C., « Quelques spéculations sur la contribution des systèmes internes au désengorgement de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 14, n° 7-8, décembre 2002, p. 296 – 300.
- GREWE, C., « Die Grundrechte und ihre richterliche Kontrolle in Frankreich », *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Jahrgang 29, Heft 9-12, juin 2002, p. 209 – 212.
- GREWE, C., « La primauté du droit international des droits de l'homme sur le droit fédéral interne : L'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 26 juillet 1999, A. C/ Ministère public suisse, Département confédéral de justice et de police et Conseil fédéral, ATF 125 II 147 », in : *L'Europe des Libertés*, n° 3, juillet 2000, p. 2 – 4.
- GUSY, Ch., « Menschenrechte in der Bewährung », *sur le site [www.uni-bielefeld.de/\(de\)/ZIF/Publikationen/05-2-Gusy.pdf](http://www.uni-bielefeld.de/(de)/ZIF/Publikationen/05-2-Gusy.pdf)*, consulté le 21 mai 2009
- MARKO, J., « Constitutional Reform in Bosnia and Herzegovina 2005-06 », *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 5, 2005/2006, p. 207-218.
- MAZIAU, N., « Bilan de jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine de 1997 à 2005 », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 66, 2006/2, p. 413-435.
- MAZIAU, N., « Le contrôle de constitutionnalité des constitutions des entités de Bosnie-Herzégovine. Commentaire de décision de la Cour constitutionnelle, Affaire n° 5/98 Alija Izetbegović », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 45, 2001/1, p. 195-216.
- MAZIAU, N., « La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 30 – 60.
- MAZIAU, N., PECH, L., « L'administration internationale de la Bosnie-Herzégovine : Un modèle pour le Kosovo ? », *Civitas Europa*, n° 4, mars 2000, p. 51-98.
- MAZIAU, N., « Cinq ans après, le traité de Dayton-Paris à la croisée des chemins : Succès incertains et constats d'échec », *Annuaire français de droit international*, n° 45, 1999, p. 181-202.

- MCGOLDRICK, D., « From Yugoslavia to Bosnia : Accomodating National Identity in National and International Law », *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 6, 1999, p. 1 – 63.
- NEUSSL, P., « Implementation of the Constitutional Court Decision on «Constituent Peoples» in Bosnia and Herzegovina (Case U 5/98-III, 22 HRLJ 127 (2001)) », *Human Rights Law Journal*, vol. 24, n° 9-12, décembre 2003, p. 309-321.
- O'FLAHERTY, M., « Human rights and the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina » , in : G. ALFREDSSON, *et al.*(dir.), *International human rights monitoring mechanisms : essays in honour of Jakob Th. Möller* , La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 749-762.
- PECH, L., « La garantie internationale de la Constitution de Bosnie-Herzégovine », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 42, 2000, p. 421 – 440.
- SIERPINSKI, B., « La Constitution de Bosnie-Herzégovine : Un texte a la croisée du droit interne et du droit international », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 3, 1997, p. 1053-1070.
- SOMMERMANN, K.-P., « Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux européens », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV-1999, Aix-en-Provence, 2000, p. 350-367.
- STOKKE, H., « Human rights as a mechanism for integration in Bosnia-Herzegovina », *International journal on minority and group rights*, vol. 13, n° 2-3, 2006, p. 263-284.
- SZASZ, P. C., « The Protection of Human Rights Through the Dayton / Paris Peace Agreement on Bosnia », *(The) American Journal of International Law*, vol. 90, (301)1996, p.301-315.
- TEBOUL, G., « Ordre juridique international et ordre juridique interne », *Revue du droit public et de la science politique*, n° 3,1999, p. 698-705.
- VAN DIJK, P., « The Venice Commission on certain aspects of the application of the European Convention on Human Rights ratiōne personae », in BREITENMOSE St. *et al.* (dir.), *Droits de l'homme, démocratie et état de droit : liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, St.Gallen, Baden-Baden, Dike / Nomos, 2007, p. 183-202.
- VITZTHUM, W. G., « Penser la Bosnie-Herzégovine : Une démocratie pluriethnique et un contrôle juridique paradigmatique? », *Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif*, n° 2, 2004, p. 1247-1257.
- WHEATLEY, S., « Deliberative Democracy and Minorities », *European Journal of International Law*, Vol. 14 n° 3, 2003, p. 507-527.

### **III. - Jurisprudence citée**

#### **Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine (CCBiH)**

CCBiH, 24 septembre 1999, décision sur l'affaire n° U-6/98, *Službeni glasnik BiH (Gazette officielle BiH)* n° 20/1999 du 24 septembre 1999.

CCBiH, 01 juillet 2000, décision sur l'affaire n° U-5/98 III, *Službeni glasnik BiH (Gazette officielle BiH)* n° 23/2000 du 14 septembre 2000.

CCBiH, 01 septembre 2001, décision sur l'affaire n° U-22/01, *Službeni glasnik BiH (Gazette officielle BiH)*, n° 2/2002 du 21 janvier 2002.

CCBiH, 30 janvier 2004, décision sur l'affaire n° U-14/02, *Službeni glasnik BiH (Gazette officielle BiH)* n° 18/2004 du 11 mai 2004.

CCBiH, 27 octobre 2004, décision sur l'affaire n° U-106/03, *Službeni glasnik BiH (Gazette officielle BiH)*, n° 23/2005 du 19 avril 2005.

CCBiH, 22 avril 2005, décision sur l'affaire n° U-4/05, *Službeni glasnik BiH (Gazette officielle BiH)* n° 32/2005 du 24 mai 2005.

CCBiH, 23 septembre 2005, décision sur l'affaire n° AP-696/04, *Službeni glasnik BiH (Gazette officielle BiH)* n° 86/2005 du 13 décembre 2005.

CCBiH, 26 mai 2006, décision sur l'affaire n° U-13/05, *Službeni glasnik BiH (Gazette officielle BiH)*, n° 24/2007 du 03 avril 2007.

CCBiH, 29 septembre 2006, décisions sur l'affaire n° AP-2678/06, *Službeni glasnik BiH (Gazette officielle BiH)*, n° 86/2007 du 13 novembre 2007.

Note : Toutes les décisions peuvent également, en langue anglaise, être consultées sur le site sur le site Internet de la Cour <http://ccbh.ba>

#### **Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)**

CourEDH, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c/ Suède*, arrêt du 6.02.1976 (série A, n° 20).

CourEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, arrêt du 7.12.1976, (série A n° 24).

CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, arrêt du 2.03.1987 (série A, n°113).

CourEDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*, arrêt du 30.01.1998, (Rec. 1998-I).

CourEDH, *Zdanoka c/ Lettonie*, arrêt du 16.03.2006 (Rec. 2004).

CourEDH, *Bošković c/ « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, décision sur la recevabilité du 2.09.2004 (Rec. 2004-IV).

CourEDH, *Berčić et autres c/ Bosnie-Herzégovine*, décision sur la recevabilité du 16.10.2007, (série A, n° 101).

Grande Chambre, *Sejdić et Finci c/ Bosnie-Herzégovine* (requêtes n° 27996/06 et 34836/06 présentées le 3 juillet et le 18 août 2006) La Cour a tenu une audience dans cette affaire le mercredi 3.06.2009.

### **Cour permanente de Justice Internationale (CPJI)**

CPJI, 21.02.1925, *Échange des populations turques et grecques*, série B, n° 10.

## **IV. - Documents**

### **Traités internationaux**

Consultés in : P.-M. Dupuy, *Les grands textes de droit international public*, Paris, Dalloz 6<sup>e</sup> éd., 2008, 906 p.

*Déclaration universelle des droits de l'homme*, rés. 217 A (III), adoptée : 10.12.1948, Assemblée générale des Nations Unies

*Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, adoptée : 4. 11.1950, CoE, entrée en vigueur : 3.09.1953

*Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, rés. 2106 A (XX) adoptée : 21.12.1965, Assemblée générale des Nations Unies, entrée en vigueur : 4.01.1969

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, rés. 2200 A (XXI) adopté : 16.12.1966, Assemblée générale des Nations Unies, entré en vigueur : 3.01.1976.

*Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, adoptée : 1.02.1995, CoE, entrée en vigueur : 1.02.1998

*Protocole additionnel n° 12 a la CEDH*, adopté : Rome, 4.11.2000, CoE, entré en vigueur : 1.04.2005

### **Constitutions et législation**

Constitution de Bosnie-Herzégovine, Annexe 4 de l'Accord-cadre générale pour la paix en Bosnie-Herzégovine, signé le 14 décembre 1995 à Paris.

Constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine, publiée dans : *Službeni Glasnik BiH* (*Gazette officielle FBiH*), n° 1/1994, plus les amendements I - CIX.

*Constitution de la Republika Srpska*, texte remanié publié dans *Službeni glasnik RS* (*Gazette officielle RS*), n° 21/1992 et n° 21/2002

*Code électoral de Bosnie-Herzégovine*, publié dans *Službeni Glasnik BiH* (*Gazette officielle BiH*), n° 23/01 du 19 septembre 2001, amendements dans la *Gazette officielle BiH* n° 07/02 du 10 avril 2002, n° 09/02 du 03 mai 2002 et n° 20/02 du 03 août 2002.

### **Avis, observations finales et résolutions**

CCPMN, *Avis sur la Bosnie-Herzégovine* adopté le 27 mai 2004, Document n° ACFC/INF/OP/I(2005)003, [www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3\\_FCNMdocs/PDF\\_1st\\_OP\\_BiH\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_1st_OP_BiH_fr.pdf).

CCPMN, *Avis sur la Bosnie-Herzégovine* adopté le 09 octobre 2008, Document n° ACFC/OP/II(2008)005, [www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3\\_FCNMdocs/PDF\\_2nd\\_OP\\_BiH\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_2nd_OP_BiH_fr.pdf)

CCPMN, *Commentaire sur la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie culturelle, sociale et économique, ainsi qu'aux affaires publiques*, adopté le 27 février 2008, Document n° ACFC/31DOC(2008)001, [www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3\\_FCNMdocs/PDF\\_CommentaryParticipation\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_CommentaryParticipation_fr.pdf)

CERD, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale - Bosnie-Herzégovine*, Document n° CERD/C/BIH/CO/6, 2006, sur le site <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/412/38/PDF/G0641238.pdf>

CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme - Bosnie-Herzégovine*, document n° CCPR/C/BIH/CO/1, 2006, sur le site <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/457/66/PDF/G0645766.pdf>

CoE, *Rapport explicatif du Protocole n°12 à la CEDH*, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/177.htm>

Assemblée parlementaire du CoE, *Constitutional reform in Bosnia and Herzegovina*, Résolution 1513 (2006), adoptée le 29 juin 2006, [www.coe.ba/pdf/Resolution\\_Constitutional\\_reform\\_in\\_Bosnia\\_and\\_Herzegovina.doc](http://www.coe.ba/pdf/Resolution_Constitutional_reform_in_Bosnia_and_Herzegovina.doc)

### **Rapports**

ABAZOVIĆ, D., SEIZOVIĆ, Z., *Country specific report : conflict settlement agreement Bosnia and Herzegovina, MIRICO : Human and Minority Rights in the Life Cycle of*

*Ethnic Conflicts*, 2007, [www.eurac.edu/NR/rdonlyres/F8E8DB57-D601-4CC3-97E9-0A5DEED4563E/0/13BosniaHerzegovina.pdf](http://www.eurac.edu/NR/rdonlyres/F8E8DB57-D601-4CC3-97E9-0A5DEED4563E/0/13BosniaHerzegovina.pdf), consulté le 25 juillet 2009

MUJKIĆ, M. *et al.*, *Country specific report : The Role of Human and Minority Rights in the Process of Reconstruction and Reconciliation for State and Nation-Building : Bosnia and Herzegovina*, MIRICO : Human and Minority Rights in the Life Cycle of Ethnic Conflicts, 2008, [www.eurac.edu/NR/rdonlyres/BD177D76-1FEA-4131-9DE6-5A681818BF53/0/20\\_BiH.pdf](http://www.eurac.edu/NR/rdonlyres/BD177D76-1FEA-4131-9DE6-5A681818BF53/0/20_BiH.pdf), consulté le 20 juillet 2009.

ŽIVANOVIĆ, M., LALOVIĆ, A. (dir.), *Ljudska prava u Bosni i Hercegovini 2008 ( Rapport-Droits de l'homme en Bosnie-Herzégovine 2008)*, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu (Centre sur les droits de l'homme de l'Université de Sarajevo), 2009, 531 p., sur le site de [www.hrc.unsa.ba/hrr2008/PDFS/Godisnji\\_izvjestaj\\_2008.pdf](http://www.hrc.unsa.ba/hrr2008/PDFS/Godisnji_izvjestaj_2008.pdf), consulté le 05 juillet 2009.

### **Documents de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)**

Tous les documents peuvent être consultés dans le moteur de recherche du site [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)

*Avis sur le projet final de code électoral de la Bosnie-Herzégovine*, CDL-INF(2001) 21

Commission de Venise, *Avis sur la mise en oeuvre de la décision de la CCBiH U 5/98 («Peuples constituants») par les amendements a la Constitution de la RS*, CDL-AD (2002) 24.

*Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine*, CDL-AD(2005)004.

*Avis sur différentes propositions pour l'élection de la présidence de Bosnie-Herzégovine*, CDL-AD(2006)004.

*Mémoire Amicus Curiae dans les affaires Sejdić et Finci c. BiH (Requêtes n° 27996/06 et 34836/06) en instance devant la CourEDH*, CDL-AD(2008)027

« Les rapports entre le droit international et le droit interne », *Science et technique de la démocratie* n° 6, CDL-STD (1993)006

« Le patrimoine constitutionnel européen », *Science et technique de la démocratie* n° 18, CDL-STD(1996)018

« Sociétés en conflit : La contribution du droit et de la démocratie au règlement des conflits », *Science et technique de la démocratie* n° 29, CDL-STD(1999)029

*Conference on « The influence of the ECHR Case-Law on National Constitutional Jurisprudence »*, Rapports de G. NAY *et al.*, Kiyv, Ukraine, 13-16 octobre 2005, CDL-JU(2005)054, CDL-JU(2005)055, CDL-JU(2005)057prov

*Conference on « Constitutional Aspects of Sovereignty in the State Structure of Multi-ethnic States », Rapports de J. MARKO et al., Chisinau, Moldavie, 22-23 septembre 2006, CDL-JU(2006)037, CDL-JU(2006)038, CDL-JU(2006)040, CDL-JU(2006)043*

*Conference on « The interaction of National Courts with European Courts », Rapports de K. O'HIGGINS et al., Batumi, 6-7 novembre 2007, CDL-JU(2007)034, CDL-JU(2007)035, CDL-JU(2007)036*

*Conférence mondiale de justice constitutionnelle « La justice constitutionnelle influente : son influence sur la société et sur le développement d'une jurisprudence mondiale des droits de l'Homme », Le Cap, 22-24 janvier 2009 :*

« Influential Constitutional Justice : its influence on society and on developing a global human rights jurisprudence », S. PALAVRIĆ et al., [www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/BIH\\_ConstCourt\\_E.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/BIH_ConstCourt_E.pdf), 23 juin 2009

« Application constitutionnelle des traités sur les droits de l'homme dans la République de Macédoine : Les normes et les cours », I. SPIROVSKI, [www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/MKD\\_Spirovski\\_F.pdf](http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/MKD_Spirovski_F.pdf)

# TABLE DES MATIÈRES

<b>Table des abréviations et des sigles</b> .....	1
<b>Sommaire</b> .....	3
<b>Introduction</b> .....	5
<b>Première partie. - La place imposante du droit international en droit interne de la Bosnie-Herzégovine</b> .....	13
Chapitre I. - L'internationalisation du droit constitutionnel de BiH dans un but de protection des droits fondamentaux .....	14
Section 1.- Le phénomène d'internationalisation du droit constitutionnel : outil de protection des droits fondamentaux .....	14
§ 1. L'interpénétration du droit constitutionnel et du droit international.....	14
§ 2. Les différents degrés d'incorporation du droit international en droit interne.....	17
Section 2.– La portée du droit international en droit interne au regard de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle de BiH .....	20
§ 1. Les compétences étendues de la Cour constitutionnelle de BiH.....	20
§ 2. L'application extensive du droit international relatif aux droits de l'homme par la Cour constitutionnelle de BiH .....	23
Chapitre II. - La question délicate du statut de la CEDH en droit interne de BiH .....	26
Section 1. - Le statut constitutionnel accordé de fait à la CEDH par la Cour constitutionnelle de BiH .....	26
§ 1. Le statut de la CEDH dans les ordres constitutionnels européens – une variété des solutions .....	27
§ 2. L'approche restrictive de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine.....	29
Section 2. - Les alternatives a l'interprétation restrictive du texte constitutionnel – une éventuelle supériorité de la CEDH .....	33
§ 1. Le monisme et la position du droit conventionnel en droit interne – un lien existant ?.....	33
§ 2. Le statut de la CEDH à la lumière de l'interprétation systématique et téléologique.....	35
A) L'interprétation systématique du texte constitutionnel de BiH.....	35
B) L'objectif d'harmonisation progressive du droit interne avec les standards internationaux.....	38
<b>Deuxième partie. – Les standards internationaux en matière de non-discrimination – une perspective d'avenir</b> .....	41
Chapitre I. - La restriction des droits électoraux fondée sur une différenciation ethnique à l'épreuve du droit international et européen des droits de l'homme .....	42
Section 1. - Les standards internationaux en matière de protection contre la discrimination dans l'exercice des droits électoraux.....	42

§ 1. La violation du principe de non-discrimination garanti par la CIEDR .....	43
§ 2. La violation du principe de non-discrimination garanti par le PIDCP .....	45
Section 2. - Les standards européens en matière de protection contre la discrimination dans l'exercice des droits électoraux.....	46
§ 1. La violation du principe de non-discrimination garanti par la CPMN.....	47
§ 2. Le principe de non-discrimination et les droits électoraux dans la CEDH et ses Protocoles.....	48
A). La protection contre la discrimination dans l'exercice des droits électoraux prévue par la Convention européenne des droits de l'homme et son premier Protocole.....	49
B) La protection contre la discrimination prévue par le Protocole n° 12 à la CEDH .....	50
Chapitre II. - La différence de traitement dans l'exercice des droits électoraux à la lumière de l'évolution politique de Bosnie-Herzégovine .....	52
Section 1. - La recherche d'une justification « objective et raisonnable » de la différence de traitement .....	52
§ 1. La reconnaissance par la Cour constitutionnelle de BiH d'une justification persistante fondée sur l'objectif de « maintien de la paix établie et de continuation du dialogue » .....	53
§ 2. Une justification objective et raisonnable défailante au regard de l'évolution politique du pays .....	55
Section 2. - Solutions envisageables conciliant garantie d'une répartition égalitaire du pouvoir et respect des standards internationaux des droits de l'homme .....	58
§ 1. L'adaptation des Constitutions des Entités aux évolutions sociopolitiques - un exemple à suivre .....	59
§ 2. Les diverses solutions envisagées par la Commission de Venise .....	61
<b>Conclusion</b> .....	64
<b>Annexe</b> .....	66
<b>Bibliographie</b> .....	71
<b>Table des matières</b> .....	80