

Une Etude Sur Les Principes Constitutionnels Intangibles Dans La Constitution De Bosnie-Herzegovine

Bosna-Hersek Anayasası'nın Değişirilemez Hükümleri
Üzerine Bir Değerlendirme

A Study On The Inalterable Regulations in The
Constitution Of Bosnia-Herzegovina

Mücahit Özbek

Istanbul Medipol Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

ABSTRACT

The Constitution of Bosnia and Herzegovina has been enacted in the particular circumstances of post-war era, after the war of 1992-1995. The Constitution which is the IV. Annex of Dayton Agreement that terminated the bloody and violent war has been written and imposed by international community in the particular context of the given period. The most outstanding feature of the much internationalized constitutional text is its inalterable regulations. The fundamental rights listed under the II. Chapter of the Constitution cannot be subject to any modification, nor removal according to 2. article of X. Chapter. This article, protecting the II. Chapter, also create a self-protection mechanism by prohibiting modification or removal of itself. Although the inalterable regulations in the Constitution seem very extensive in terms of substance and very strong in terms of protection mechanism, it presents some weakness and fragility due to certain reasons.

Keywords: Consitution of Bosnia and Herzegovina, Inalterable Regulations, Dayton Agreement

INTRODUCTION

Le récent acquittement des généraux croates Ante Gotovina et Mladen Markac par le TPIY, dans des conditions peu respectueuses de l'idée de justice¹, a suscité de nombreuses réactions et a naturellement trouvé sa place dans le fil

1) Jean Arnault DERENS, "Justice borgne pour les Balkans", Le Monde Diplomatique, Janvier 2013.

de l'actualité, sans y passer pour un reliquat d'un ancien temps, devenu indigne d'intérêt. Le conflit qui a donné lieu à l'éclatement de l'ex Yougoslavie, même s'il s'éloigne dans le temps, reste un sujet pertinent.

La Yougoslavie, terre des « Slaves du Sud » étymologiquement, est constituée à l'issue de la première guerre mondiale. Elle rentre après la Seconde Guerre Mondiale dans le bloc de l'Est malgré une volonté d'émancipation affirmée par Tito. Celui-ci ira même jusqu'à initier le mouvement des non alignés. A la chute du bloc soviétique, la Yougoslavie se retrouve divisée. A la suite d'élections libres quatre républiques proclament leur indépendance, la Slovénie, la Macédoine, la Croatie et la Bosnie-Herzégovine. Cette autonomie conduira à des conflits entre les Serbes, représentés majoritairement dans l'armée, et deux entités nouvellement indépendantes, la Croatie et la Bosnie-Herzégovine. Cette dernière est une véritable mosaïque de peuple et de cultures. Le territoire qui correspond à la Bosnie-Herzégovine actuelle est composé de 50% de Bosniaques de religion musulmane convertis à la suite de la conquête ottomane, d'un tiers de Serbes d'obédience chrétienne (orthodoxe pour la plupart), et de 20% de Croates. Sous l'égide communiste, au sein de l'Etat yougoslave, les relations étaient apaisées. Les spécificités ethniques et religieuses se fondaient dans l'uniformité communiste, et ce, souvent par l'intermédiaire de la force. Lors de l'effondrement de la Yougoslavie, les différences profondes entre communautés ressurgissent et donnent lieu à un conflit meurtrier, qui déchire cette région pendant quatre années, devenant le théâtre de nombreux crimes de guerre, et de tentatives de « purification ethnique » qualifiées par le TPIY² de « crimes contre l'humanité ». Les Serbes menés, par Slobodan Milošević, cherchent à conserver les territoires séparatistes au nom de minorités serbes. Pour mener à bien cet objectif et restaurer une « grande Serbie », les forces armées serbes ne s'embarassent d'aucun scrupule. Aux portes de l'Europe, ce conflit n'est pas résolu par les Européens qui se contentent sous mandat de l'ONU d'y envoyer des soldats tenus de rester spectateurs.

Devant la violence des combats et les atrocités commises, les Etats-Unis d'Amérique, fort de leur suprématie après la chute de l'URSS³, interviennent en apportant leur aide aux Croates. Cette aide permet à la Croatie qui s'allie alors à la Bosnie, de retrouver son intégrité territoriale originelle et pousse les parties sous

2) Pour trouver les détails des 161 affaires, dont 31 en cours, visiter le site du TPIY : <http://www.icty.org/action/cases/4>

3) "C'est alors la fin de l'Histoire", Francis Ford FUKUYAMA, La fin de l'Histoire, Commentaire n° 47 Automne 1989.

l'impulsion des Etats-Unis à signer les accords de Dayton le 21 Novembre 1995.

Cette histoire récente marque au cœur le nouvel Etat de Bosnie-Herzégovine. La Constitution, née dans les affres d'un conflit sanglant, est rédigée par des juristes internationaux, sous influence anglo saxonne, afin d'être l'instrument le plus efficace pour prévenir toute récidive, dans une région qualifiée de poudre. La mise en place de la Constitution illustre les prémisses de cette activité complexe et critiquable dans laquelle les Etats Unis semblent persister⁴, qu'est le « nation building ».

La volonté d'empêcher toute récidive et de protéger au mieux les populations civiles, premières victimes, fait adopter au Constituant la forme de l'intangibilité afin de protéger au mieux les droits et libertés fondamentales. Ces dispositions intangibles sont prévues pour résister à l'usure du temps et d'éventuelles révisions constitutionnelles. Un dispositif original adopté à la fin de la seconde guerre mondiale par les Etats vaincus, l'Allemagne et l'Italie par exemple. Elles permettent de « sanctuariser » la volonté du Constituant.

Si les dispositions permettent de figer la volonté originelle des Constituants, l'intangibilité est elle vraiment formelle ?

La lettre et l'esprit de l'intangibilité constitutionnelle (I) souffrent de failles susceptibles de fragiliser les dispositions (II).

I- La lettre et l'esprit de l'intangibilité constitutionnelle

La Constitution bosnienne a été créée dans le contexte particulier d'une sortie de guerre (B.1). Elle a été établie en marge de l'accord international de règlement d'un conflit particulièrement violent, et en ressort donc teintée d'internationalisme (B.2). Ce contexte l'amène à professer un certain nombre de dispositions considérées comme intangibles (A), regardant la protection des droits fondamentaux (A.1) et mesure particulière la protection de cette protection (A.2).

A- Des dispositions textuelles particulièrement protectrices

Le texte constitutionnel bosnien prévoit dans son article 2 les droits fondamentaux qui seront défendus (1) et dans son article 10, il stipule les modalités de cette défense (2).

1- L'article II, les droits fondamentaux garantis

L'article II de la Constitution bosnienne énumère les droits fondamentaux à

4) Autant en Afghanistan qu'en Irak, les Etats-Unis voulaient originellement faire table rase et reconstituer une nation via le « nation building ».

travers huit alinéas. La succession, véritable liste, établit la description la plus claire et la plus exhaustive possible des droits protégés. L'intangibilité de ces règles sera spécifiée plus en avant dans l'article X.

Dès le premier alinéa la Bosnie-Herzégovine s'engage à assurer les « plus hauts niveaux reconnus internationalement de droits de l'homme et libertés fondamentales ». Ce premier alinéa s'apparente à une déclaration d'intention qui conditionne la suite de l'article. Une fois ce principe fondamental établi, s'ensuivent des références faites par le constituant aux droits fondamentaux qui sont reconnus par la Constitution bosnienne. C'est à dire le « *nec plus ultra* » des droits fondamentaux, une formidable référence aux textes les plus protecteurs en matière de droits et libertés fondamentales. L'alinéa 2 prévoit que les dispositions de la CEDH « doivent s'appliquer directement sur le territoire », permettant l'irruption⁵ dans la Constitution d'un standard élevé de règles européennes en matière de droits fondamentaux.

Afin de ne permettre aucune interprétation où s'insinuerait un éventuel écart par rapport au texte, l'article II alinéa 3 dresse une véritable liste de droits fondamentaux dont le respect est imposé. L'article énumère les dispositions de la CEDH, et commet une omission notable, la dignité humaine. L'oubli est comblé par les références nombreuses du texte à la CEDH, et par la mention qui en est faite dans le préambule.

Si ce catalogue est assez long, il n'est pas exhaustif, et la référence à des accords internationaux ou des textes dont le respect est imposé, est mentionné dans les alinéas suivants. L'alinéa 7 fait mention de l'obligation pour la Bosnie-Herzégovine de rester ou de devenir partie d'un certain nombre d'accords internationaux listés par l'annexe première de la Constitution⁶.

La référence faite à des textes extérieurs au sein même de la norme suprême trouve plusieurs raisons. En effet, les rédacteurs de la Constitution n'ont pas voulu dresser seulement un catalogue de droits fondamentaux, mais bien éviter une éventuelle interprétation de ces principes à l'aune des anciens textes et coutumes yougoslaves. Ainsi en intégrant des textes internationaux dont l'interprétation est établie par d'autres Etats, les constituants ont pu éviter ce travers. Une autre nécessité était la mise en scène de dispositions qui seraient clairement compréhensibles et surtout directement opposables aux autorités. La référence aux accords internationaux s'est donc imposée. Cet ensemble de

5) La question de la supériorité de la CEDH sur la Constitution sera abordée plus en avant.

6) Article II/7 de la Constitution de 1995 en vertu duquel "Bosnia and Herzegovina shall remain or become party to the international agreements listed in Annex I to this Constitution".

standards semble efficace pour améliorer la garantie des droits fondamentaux.

L'article II, dans sa simplicité constitue une définition assez précise et efficace, d'un ensemble de droits et libertés reconnus et protégés par la Constitution.

2- Le verrou de l'article X

Les principes intangibles de cette Constitution sont à chercher dans l'article X. Son premier alinéa considère les modalités d'amendement de la Constitution. Pourtant, dans le second alinéa sont contenues les dispositions de l'intangibilité, en effet il est formulé comme suit : « No amendment to this Constitution may eliminate or diminish any of the rights and freedoms referred to in Article II of this Constitution or alter the present paragraph. ⁷»

L'article II est présenté comme intangible par cet alinéa. Le mécanisme même d'intangibilité a été adopté par un certain nombre de Constitutions occidentales, particulièrement dans les pays ayant connu une histoire récente troublée. L'Allemagne et l'Italie ont, dans le but d'inscrire leur volonté intangible de ne jamais recommencer de telles dérives constitutionnelles, adopté de telles dispositions dans leurs Constitutions d'après guerre. En les intégrant dans, ce qui, depuis les travaux du constitutionnaliste autrichien, Hans Kelsen, est considéré comme la « norme suprême » ces dispositions rejaillissent sur l'ensemble de l'ordre juridique de l'Etat. La Bosnie-Herzégovine reprend ce modèle en déclarant intangibles les droits fondamentaux de l'article II. Cependant, elle innove par les dispositions de l'alinéa 2 de l'article X.

L'article X dans son alinéa 2 protège la déclaration de droits faites à l'article II mais il s'exclut lui-même de toute modification en adoptant un mécanisme de verrou, aussi qualifié de phénomène d'autoréférence. Il prévoit expressément qu'il est impossible qu'on le modifie. Cette innovation juridique laisse à penser et interpelle⁸ aussi bien dans des domaines juridiques qu'extra juridiques. Ainsi, cette auto-protection dresse un rempart considéré comme une sécurité absolue. Absolue, puisqu'elle ne peut juridiquement être révisée d'aucune façon. En effet, tant que l'Etat de droit est respecté et que la Constitution reste appliquée, les dispositions de l'article II et de l'article X ne sauraient jamais changer. La Constitution bosnienne inclut donc deux dispositions intangibles qui peuvent

7) « Aucun amendement à cette Constitution ne saurait éliminer ou diminuer aucun des droits et libertés mentionnés dans l'article II de la présente Constitution ou altérer le présent paragraphe. »

8) "Le problème d'autoréférence (parfois appelé aussi le problème de réflexivité) est on le sait, l'un des problèmes qui ont été les plus étudiés par les logiciens, au point qu'il apparaît parfois comme l'archétype même de la rhétorique et de la logique formelle. Il trouve donc ici une application particulière dans le domaine de droit qui n'a pas manqué de provoquer une moisson d'articles..." Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, p.125.

sans abus être qualifiées comme telles, puisqu'elles disposent d'un véritable « verrou » garantie de leur efficacité à travers le temps.

Cependant la formulation même de cet article X alinéa 2, ouvre une réflexion pour la doctrine⁹. La Constitution établit qu'aucun amendement ne saurait modifier les droits et libertés de l'article II. La référence aux textes internationaux que l'on trouve dans les dispositions intangibles, est-elle reprise par cette article X ? Il peut sembler que oui¹⁰, selon la doctrine. La formulation, résultat, sans doute, d'une maladresse du constituant soulève un certain nombre d'interrogations.

Ce système spécifique de « verrou » apporté par l'article X alinéa 2 est une particularité de la Constitution bosnienne. La présence de principes intangibles est le fruit d'une histoire tourmentée, qui a amené une protection très forte, voire une surprotection des droits fondamentaux.

B- La protection des droits, une priorité

La Constitution bosnienne a été enfantée dans la douleur des horreurs de la guerre et sous forte influence internationale. En conséquence de quoi la protection des droits est devenue une priorité fondamentale (1.) menée par la communauté internationale (2.) Elle est, cependant, depuis son entrée en vigueur, en tant qu'annexe d'accords internationaux, un gage de paix dans une région chaotique.

1- La Constitution bosnienne, fruit d'une période tourmentée

L'Histoire récente sanglante abordée en introduction, ainsi que l'étude préliminaire de l'histoire constitutionnelle yougoslave permettent d'éclairer certains aspects de la Constitution bosnienne et plus spécifiquement les dispositions intangibles.

Les Constitutions yougoslaves n'ont jamais connues le mécanisme de l'intangibilité, que ce soit avant guerre ou dans le régime titiste. Si l'on retrouve des droits garantis dans le régime yougoslave pré 1945 ils ne sont à aucun moment déclarés intangibles. Dans le régime titiste les droits évoqués ne sont pas de même nature, ce sont essentiellement des droits collectifs, et ne bénéficient d'aucune protection.

Le texte fondamental bosnien de 1996 opte en faveur d'un fédéralisme poussé au sein de l'Etat fédéral de B-H afin de mettre un terme aux diverses revendications issues d'entités ethniques diverses et peu enclines à la coopération. Les

9) Faris VEHAHOVIĆ, "La protection des droits fondamentaux dans la Constitution de Bosnie et Herzégovine", *Pregled revue de L'Université de Sarejevo*, 2009, p. 78.

10) *Ibid*, p. 81.

entités fédérées sont établies sur des critères ethniques afin d'éviter le mélange des différentes populations. Les responsabilités au sein de l'Etat fédéral sont organisées conjointement par les représentants des différentes ethnies. Par exemple, la charge de la présidence leur incombe selon une procédure de répartition égalitaire. La Constitution bosnienne organise ainsi les relations entre des entités très indépendantes. A charge pour l'Etat fédéral de subsister et d'affirmer son pouvoir, sur ses entités fédérées¹¹ ce qu'illustrent bien les efforts de la Cour constitutionnelle.

Afin de caractériser cette Constitution et ces principes intangibles au vu des éléments historiques, il est bon de rappeler que les atrocités commises pendant la guerre achevée en 1996, étaient commandées par des entités politiques dites officielles, des dépositaires de la souveraineté nationale. Ces exactions « officielles » ont eu une influence considérable sur le texte constitutionnel. Mais aussi sur les dispositions « extra constitutionnelles » prises dans les accords de Dayton. Par exemple le poste de Haut Représentant (cf. infra) semble avoir été créé tout spécialement pour répondre à cette préoccupation. Celui-ci dispose de pouvoirs très importants afin de contrôler la bonne marche du nouvel Etat bosnien. La Commission des droits de l'homme en est une autre illustration. Ces dispositions insérées dans les accords de Dayton mais pas dans la Constitution, sont supposées au moment de la signature, provisoires, bien qu'elles soient encore aujourd'hui maintenues. Elles sont la réaction des artisans de la paix aux exactions officielles commises pendant le conflit et le fruit d'une méfiance envers l'Etat de la part des populations et des acteurs des accords de Dayton.

2- Les accords de Dayton, l'influence internationale

La communauté internationale sous l'égide des Américains se saisit du conflit bosnien et l'amène à sa fin grâce à l'intervention de l'OTAN. Le 14 décembre 1995, les principales parties belligérantes se réunissent à Dayton dans l'Ohio aux Etats-Unis pour signer un traité de paix mettant fin au conflit. La Constitution qui est contenue dans l'accord est mise en place de façon permanente contrairement à d'autres dispositions comme le Haut Représentant. Elle est établie avec l'envie de dépoliariser les trois peuples qui occupent la Bosnie, et ce, sans faire de références aux anciens textes yougoslaves. La présence d'une éventuelle allusion au passé aurait pu conduire à une interprétation subjective du texte. La mention des textes et des interprétations internationales traduit le

11) La Cour Constitutionnelle s'est prononcée sur ce point dans plusieurs décisions. CCBiH, affaire n 5/98 du 1er juillet 2000; n 12, 7 juin 1999 ; n 5/98, la décision partielle no III, le 30 juin 2000.

souhait d'objectivité des rédacteurs du texte et le peu de confiance placée dans le système bosnien.

C'est ainsi que le texte fondamental fut rédigé par des auteurs étrangers et adopté en annexe d'un accord de paix. Cette procédure est éminemment originale et traduit une réelle main mise de la communauté internationale sur le règlement du conflit. L'objectivité feinte qui fait adopter une référence à des textes internationaux a pu souffrir de la critique de néocolonialisme ou d'impérialisme¹².

Si les signataires de la Constitution, les factions combattantes, semblent représenter le peuple légitimement, les rédacteurs, eux, peuvent difficilement prétendre à une quelconque représentation. La langue de rédaction de cette Constitution est l'anglais, preuve suprême de l'extranéité de ce texte devenu le texte fondamental bosnien.

Les accords de Dayton adoptent une Constitution bien éloignée de la réalité bosnienne. Toute mention à l'Histoire bosnienne y est écartée, la volonté des rédacteurs semble viser à mettre sur pied un nouvel ordre en B-H. La seule disposition qui évoque le passé est comprise dans l'annexe II, elle concerne les mesures transitoires. Les accusations d'impérialisme américain et de solution imposée de l'étranger font donc peser sur le texte des soupçons d'illégitimité.

Or, une Constitution étrangère peut elle longtemps s'imposer à un pays qui ne l'a pas choisi ? Pour le moment la Constitution n'a pas été contestée ni même modifiée, bien qu'un projet de réforme ait été initié. La présence et les pouvoirs exorbitants du Haut Représentant n'y sont peut être pas étrangers¹³, cet équivalent moderne du « *proconsul* » romain facilite l'application de la Constitution et fluidifie par son autorité les aspérités de cette Constitution si étrangère aux citoyens bosniens. Ses pouvoirs sont très étendus. Il peut imposer de nouvelles lois, destituer ou suspendre des responsables politiques, créer de nouvelles institutions ou en amender la composition. Bien que sous tutelle aujourd'hui, la Bosnie une fois indépendante réellement, saura-t-elle s'approprier cette Constitution et faire en sorte qu'elle réponde à ses spécificités nationales ? Les autorités compétentes pourraient alors décider de passer outre les dispositions intangibles et de les modifier.

L'intangibilité jusqu'alors présentée comme un rempart absolu pour la défense des droits et libertés fondamentales, dévoile ses « talons d'Achille ».

12) Nicolas MAZIAU, "Cinq ans après, le traité de Dayton-Paris a la croisée des chemins : succès incertain et constats d'échec", *Annuaire français de droit international*, volume 45, 1999, p. 201.

13) Sur ce sujet consulter le rapport du Sénat Français <http://www.senat.fr/ga/ga86/ga864.html>

II- La fragilité de l'intangibilité

L'intangibilité des droits fondamentaux, bien que déclarée et renforcée par le mécanisme du verrou souffre de fragilités, tant dans son contrôle (A), que dans ses références (B).

A- Le contrôle limité de la Cour Constitutionnelle

L'octroi de droits fondamentaux à défendre est un préalable nécessaire à leur respect, mais, pour que celui-ci soit total, il faut pouvoir se doter d'un outil de contrôle compétent. En l'occurrence le texte prévoit ici un contrôle étendu (1) mais limité dans son exercice (2).

1- L'article 6-3, la Cour gardienne

L'article VI de la Constitution traite de la Cour Constitutionnelle. Il en définit la composition, les procédures, la juridiction et l'autorité des décisions. Ces dispositions sont complétées par le règlement de procédure de la Cour adopté après les accords de Dayton.

La Cour Constitutionnelle, telle que le texte la prévoit est composée de neuf membres. Mesure particulière, trois sont désignés par le président de la CEDH. Ces trois membres ne doivent pas être des nationaux ou même des citoyens de pays limitrophes, et ce afin d'éviter tout soupçon de partialité. Tous les juges sont nommés pour une période de cinq années « à moins d'une démission ou d'une destitution par les autres juges ». Les décisions de la Cour sont obligatoires et définitives, il n'y a pas de recours possible. Ce point, bien que commun aux autres pays, est d'une importance particulière dans le contexte bosnien où les Cours Constitutionnelles des différentes entités définissent elles-aussi leurs décisions, comme définitives et obligatoires. Cependant cette opposition formelle n'a su donner lieu, jusqu'ici, à un véritable contentieux au vu de la supériorité affirmée de la Cour Constitutionnelle fédérale.

Selon le Constituant le rôle de la Cour est d'être la gardienne de la Constitution¹⁴. Cette disposition est la source d'où coulent les compétences de la Cour. Plus spécifiquement, la Cour est compétente sur les litiges entre les entités de B-H, entre l'Etat fédéral et une des entités, et entre les institutions de Bosnie-Herzégovine. Cette compétence de contrôle des normes n'est accessible que par la saisine des hautes autorités politiques¹⁵ ou en tant que Cour de dernière

14) Article VI/3-1 de la Constitution de 1995 en vertu duquel "The Constitutional Court shall uphold this Constitution".

15) En vertu l'article VI/3-a al.3 les autorités compétents sont suivants: un membre de présidence, président de conseil de ministres, les présidents de deux chambres parlementaires, un quart des membre de l'une des deux chambres, un quart des assemblés parlementaires des entités.

instance conformément à l'article VI alinéa 3 b. Enfin la Cour peut contrôler la conformité d'une loi à la Constitution dans le cas où un tribunal lui demande de le faire. Ce cas est dans la pratique, assez rare.

Le texte constitutionnel, bien qu'il protège solidement les droits fondamentaux, ne définit pas de rôle précis pour la Cour Constitutionnelle dans cette protection. Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas prévu par le texte fondamental. L'absence constatée peut être imputable à une rédaction précipitée ou à la crainte d'un chevauchement de compétences avec un des nombreux organes extérieurs de surveillance des droits de l'homme.

Dans la pratique, la question est encore hypothétique, puisqu'il n'y a pas, jusqu'ici, eu de réformes constitutionnelles. Cependant la Cour semble habilitée à se saisir de ce contrôle de par les dispositions évasives du texte. La Commission de Venise lors d'un de ses rapports sur la Bosnie a incité la Cour à se saisir de cette prérogative¹⁶. S'il semble que la lettre ne soit pas précise sur le sujet, l'esprit est bien celui d'un contrôle étendu de la Cour Constitutionnelle.

Le caractère flou de la Constitution au sujet des compétences de la Cour incite cette dernière à s'arroger un certain nombre de prérogatives. L'étude de cette extension est donc à examiner à travers son moyen d'action, la jurisprudence.

2- Les limites du contrôle, la réalité de la jurisprudence

Les compétences de la Cour Constitutionnelle ne sont pas évoquées de manière précise et exhaustive¹⁷. Sa jurisprudence, bien que récente, nous permet de dresser un tableau sommaire de ses fonctions.

En ce qui regarde ses compétences générales, la Cour s'est reconnue compétente dans plusieurs domaines assez étendus faisant preuve d'interprétation extensive. Elle s'est qualifiée pour connaître des affaires dans lesquelles il s'agit de trancher un litige ayant trait aux droits fondamentaux¹⁸, elle applique dans ce domaine une politique très volontariste. Ainsi, en application, elle statue sur la loi des entités qui ne respectent pas les dispositions de l'article II de la Constitution, dans les cas les plus graves la Cour se permet, en attendant de statuer, d'imposer des mesures provisoires de décision de suspension¹⁹. La Cour Consti-

16) Commission Européenne Pour La Démocratie Par Le Droit (Commission de Venise), "Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine et le statut du haut représentant", avis n 308/2004, 2005, p. 29.

17) La formulation du texte constitutionnel est issue de la tradition de l'école juridique américaine qui incite à l'interprétation créative. Pour plus de réflexion sur ce sujet : N. Maziau, « Entretien avec Kasim Begic », Cahiers du Conseil Constitutionnel n 11, décembre 2001.

18) CCBiH, affaire n 6/98, 24 septembre 1999; n 2/99, 24 septembre 1999; n 14/00, 4 mai 2001.

19) CCBiH, affaire n 28/01, 4 mai 2001.

tutionnelle exerce aussi son autorité pour statuer sur le caractère constitutionnel des lois initiées, et des décisions individuelles prises par le Haut représentant. La politique audacieuse entreprise par la Cour est cependant freinée par sa réticence à sortir du contrôle exclusif de la loi, et par le pointillisme méticuleux mis à suivre les moyens invoqués dans les requêtes pour statuer²⁰.

Pendant la Cour s'est établie des limites. Dans l'affaire Sulejman Tihic²¹, la Cour manifeste implicitement son avis en disant qu'elle n'est compétente que pour des litiges entre les entités ou entre une entité et l'Etat et non pour des conflits entre le droit national et international. Une autre limite posée par la Cour est la compétence restreinte face aux institutions internationales²². Elle a été confrontée à la question du statut des juridictions ou organismes organisés par l'annexe 4 du traité de Dayton et, dans ce champ, décline son autorité

Enfin, le contrôle des lois constitutionnelles, le plus à même d'avoir, un jour un impact sur les dispositions intangibles, reste pour le moment une question en suspens. Certains doctrinaires, comme Mme Grewe²³ incitent la Cour à prendre ce pouvoir, et à établir une jurisprudence décisive. Mais en l'absence de modifications constitutionnelles à examiner, il semble difficile à la Cour d'établir une quelconque autorité sur ce sujet.

La Cour Constitutionnelle, dans la pratique donc, limite son contrôle, comme en atteste la jurisprudence. La jeunesse de la Cour cependant, laisse supposer que des cas d'espèce peuvent faire évoluer cette position. Le rôle essentiel qui est joué dans les institutions bosniennes par le droit international constitue au même titre que le rôle de la Cour une menace réelle sur l'intangibilité des dispositions des articles II et X.

B- La référence internationale, source de doutes

La mention présente dans les dispositions intangibles de traités internationaux et l'obligation pour la B-H d'en devenir ou d'en demeurer partie interrogent le juriste quand à l'influence que joue l'international dans cette Constitution (A), ainsi que la réalité concrète de l'intangibilité (B).

20) CCBiH, affaire n 5/99, 3 décembre 1999; n 39/00, 3 mai 2001.

21) CCBiH, affaire n U-5/04, 27 janvier 2006.

22) La Cour constitutionnelle a adopté la seule position possible en déclinant sa compétence : CCBiH, n 7/98, 22 février 1999; n 8/98, 23 février 1999; n 9/98, 24 février 1999; n 11/98, 25 février 1999; n 10/98, 26 février 1999.

23) Constant GREWE, "Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Bosnie-Herzégovine", Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27, 2010, p. 5. Aussi voir l'opinion dissidente de Mme Grewe : CCBiH, n U 13/05, 27 janvier 2006.

1- L'influence internationale dans la Constitution

La Constitution a été rédigée par des Constituants internationaux dans un contexte de crise afin de sortir la Bosnie-Herzégovine d'un conflit dévastateur. Cette période se caractérise dans les relations internationales par un très grand pragmatisme des pays dits de « l'Ouest » et qui ne voient après la chute du « bloc de l'Est » plus aucun adversaire et cherchent donc à imposer²⁴ leurs idées. La B-H adopte la Constitution grâce au principe d'applicabilité direct du droit, un contrôle international strict de l'application de la Constitution est organisé. L'internationalisation selon Constance Grewe²⁵ « a paru constituer l'instrument le plus efficace pour rétablir la paix et reconstruire l'Etat ». Cette façon de faire est particulièrement originale, tout comme le contexte. En conséquence de quoi, la Constitution est parcourue d'un double mouvement de constitutionnalisation du droit international et d'internationalisation du droit constitutionnel.

L'article III. 3 reconnaît que les principes généraux du droit international font partie intégrante du droit de la Bosnie-Herzégovine et de ses entités. A sa suite, l'article II alinéa 7 précise que la B-H doit devenir ou rester partie d'une liste d'accords internationaux et donc les respecter. Poursuivi par la mention de l'article II alinéa 2 qui prévoit l'applicabilité directe et la primauté de la CEDH dans le droit national bosnien. Enfin l'article II alinéa 1 fait de la B-H le territoire où seront assurés « le plus haut niveau de droits de l'homme et de libertés fondamentales internationalement reconnus. ».

La communauté internationale a, grâce à ces références, pu continuer à jouer un rôle actif dans la vie bosnienne. En procédant à une véritable internationalisation du droit constitutionnel, elle s'offre un droit de regard sur l'Etat. L'exemple du district fédéral de Brcko est éloquent. A l'issue de la guerre, la séparation de cette ville entre la Fédération de Bosnie et Herzégovine et la République Serbe de Bosnie n'a pas été du goût de ces deux entités. En conséquence de quoi, une décision d'un tribunal arbitral *ad hoc*, répondant aux règles posées par l'UNCITRAL, créa une nouvelle entité en B-H, la Fédération de Brcko. La création de cette fédération s'est faite par décision arbitrale, donc imposée de l'extérieur par des organisations internationales. Le choix de cette solution pragmatique montre l'influence de la communauté internationale dans le contexte bosnien.

La référence à ces textes internationaux, et leur place dans la Constitution opèrent une véritable internationalisation du droit Constitutionnel, une inter-

24) MAZÍAU, op.cit, p. 184.

25) GREWE, op.cit, p. 4.

vention de l'ordre international dans les affaires intérieures bosniennes. Si ce mouvement se justifie par l'Histoire bosnienne, son pendant, la constitutionnalisation du droit international, jette un certain trouble dans le droit constitutionnel « classique ».

2- Supra et/ou super constitutionnalité

La citation des normes internationales au sein des dispositions intangibles sont de deux ordres : la référence à la CEDH et à son applicabilité directe sur le territoire national, l'obligation pour la B-H de devenir ou demeurer partie de certains accords internationaux. Ces mentions introduisent au sein de la Constitution une norme étrangère, opérant un mouvement de Constitutionnalisation du droit international.

La doctrine se sépare pour déterminer la nature de ces normes dans l'enchevêtrement de droits différents. Il est souvent fait référence à une super constitutionnalité, c'est à dire un ensemble de règles qui sont par leur nature même intangibles, sans qu'il n'existe de hiérarchie dans la Constitution. A la suite de débats, la majorité de la doctrine qualifie cependant ces normes internationales de supra constitutionnelles, c'est à dire supérieures même au texte suprême, une Constitution au-dessus de la Constitution. Constance Grewe l'aborde en ces termes : "Si, dans un système donné, certaines valeurs paraissent à ce point fondamentales qu'elles doivent être protégées contre toute altération, y compris par le pouvoir constituant, on débouche sur l'idée d'une hiérarchie au sein de la Constitution, voire d'une supra-constitutionnalité"²⁶. La hiérarchie qui existe au sein de la Constitution est dominée par les dispositions intangibles, noyau au sein de la Constitution, leur intangibilité les rend supérieures. Toutefois cette vision n'est pas partagée par la Cour Constitutionnelle qui n'y voit qu'une « super constitutionnalité » n'acceptant pas la supériorité d'une partie de la Constitution sur le reste de celle-ci²⁷.

La présence de références internationales au sein même de la « norme suprême » crée une fragilité au cœur de la Constitution. En effet, du fait de la constitutionnalisation du droit international, les normes intangibles qualifiées à l'article II se trouvent à la portée d'une simple modification extérieure. Ainsi, l'intangibilité constitutionnelle est ébranlée par la présence de textes susceptibles de varier au cours du temps remettant en cause le caractère intangible prévu par l'article X de la Constitution. Si la CEDH varie, les dispositions in-

²⁶) GREWE, *op.cit.*, p. 4.

²⁷) CCBiH, n U-5/04, préc.

tangibles varieront pareillement et alors, ces dispositions intangibles pourront t'elle toujours être qualifiée comme telles. Le recours à des normes internationales pour rendre plus efficace la Constitution semble soulever des interrogations quant à sa compatibilité avec les dispositions intangibles.

L'étude de la Constitution bosnienne permet l'analyse du système le plus avancé en terme de dispositions intangibles puisqu'elle est le seul pays à disposer du mécanisme de « verrou ». Toutefois, au delà de l'intangibilité réelle de ces dispositions, sujet abordé présentement, il est une question suscitée par cette étude : celle de l'opportunité de dispositions constitutionnelles intangibles. Le fait de « graver dans le marbre » des volontés reflets d'une époque ne paralyse t'il pas toute possibilité d'évolution ? Ces dispositions réputées intangibles doivent t'elles le rester pour l'éternité, les standards de l'article II resteront t-ils *ad vitam æternam* le *nec plus ultra* des droits fondamentaux ? Les perspectives de changement qui s'offrent sont l'élaboration d'une nouvelle Constitution ou le dépassement de la Constitution, c'est à dire ne plus respecter le droit. Carl Schmitt montre les conséquences potentiellement néfastes pour le pays d'une Constitution trop inflexible, elle ne permet pas l'évolution, de surcroit elle est un frein dans le cas de circonstances exceptionnelles²⁸. Ces réflexions sur l'opportunité de l'intangibilité méritent à elles seules un prochain devoir.

KAYNAKLAR

- Commission Européenne Pour La Démocratie Par Le Droit (Commission De Venise); "Avis Sur La Situation Constitutionnelle En Bosnie-Herzégovine Et Le Statut Du Haut Représentant", Avis N 308/2004, 2005.
- Derens, Jean Arnault; "Justice Borgne Pour Les Balkans", Le Monde Diplomatique, Janvier 2013.
- Grewe, Constant; "Le Contrôle De Constitutionnalité Des Lois Constitutionnelles En Bosnie-Herzégovine", Cahiers Du Conseil Constitutionnel N° 27, 2010.
- Klein, Claude; "Théorie Et Pratique Du Pouvoir Constituant", Revue Internationale De Droit Comparé. Vol. 49 N°3, Juillet-Septembre 1997. Pp. 737-739.
- Maziau, Nicolas; "Entretien Avec Kasim Begic", Cahiers Du Conseil Constitutionnel, Volume 11, Décembre 2001.
- Maziau, Nicolas; "Cinq Ans Après, Le Traité De Dayton-Paris A La Croisée Des Chemins : Succès Incertaine Et Constats D'échec", Annuaire Français De Droit International, Volume 45, 1999.
- Vehabovic, Faris; "La Protection Des Droits Fondamentaux Dans La Constitution De Bosnie Et Herzégovine", Pregled Revue De L'université De Sarejevo , 2009.

28) Bien que cette analyse ait été reprise pour justifier certaines dispositions juridiques du régime nazi, elle n'en est pas moins dénuée d'intérêt.

ÖZET

Bosna Hersek Anayasası 1992-1995 savaş yıllarının akabinde, savaş sonrası dönemin hususi şartlarında yazılmıştır. Oldukça kanlı ve şiddetli geçen savaşı sonlandıran Dayton Ateşkes antlaşmasının IV. Eki olarak kabul edilen Anayasa, uluslararası toplum eliyle kaleme alınmış ve dönemin hususi şartları altında taraflara kabul ettirilmiştir. Uluslararası toplum eliyle dayatılan Anayasa metninin en öne çıkan özelliği barındırdığı değiştirilemez hükümlerdir. Anayasanın içinde doğduğu hususi şartların tesiriyle anayasa metninin II. Başlığı altında sayılan temel haklar X. Başlığın 2. Maddesi ile koruma altına alınmış, kaldırılması ve değiştirilmesi yasaklanmıştır. X. Başlığın 2. maddesi kendisinin kaldırılması ve değiştirilmesini de yasaklayarak, kendi kendini koruma mekanizması ihdas etmiştir. Anayasanın değiştirilemez hükümleri oldukça kapsamlı ve şekli anlamda oldukça sağlam görünmesine karşın birkaç açıdan kırılganlık ve zayıflık arz etmektedir. Anayasanın uygulanmasını denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesi'nin etkin bir şekilde çalışmasının önündeki yapısal ve fiili engellerin yanı sıra, Anayasa metnindeki uluslararası metinlere yapılan atıflar « süper anayasallık » ve « anayasa üstülük » sorunlarını gündeme getirmekte ve belirsizliklere kapı açmaktadır.

Anahtar kelimeler: Bosna Hersek Anayasası, Değiştirilemez Hükümler, Dayton Antlaşması

