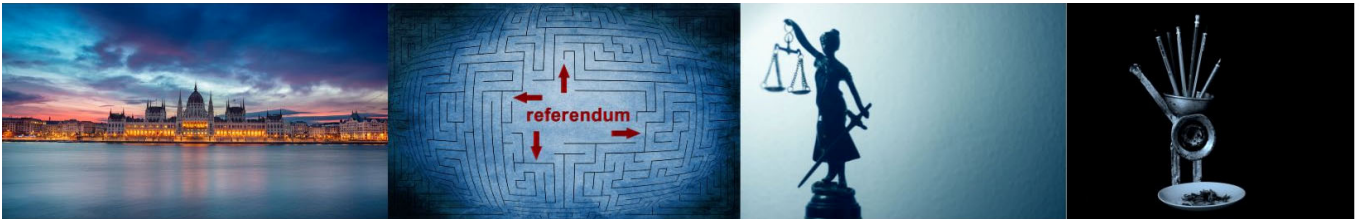


Directrice de rédaction : **Nataša Danelciuc-Colodrovschi**
Sous l'égide de l'Institut Louis Favoreu-GERJC CNRS UMR 7318 (DICE)
et de l'Association Francophone des Chercheurs sur les Pays de l'Est



Sommaire

- Le référendum en Pologne : conditions juridiques et effets politiques
- « Par le peuple et pour le peuple » - Un examen constitutionnel de la démocratie directe hongroise
- Les mesures introduites en Pologne, Slovaquie et Hongrie face à la crise humanitaire déclenchée par la guerre en Ukraine
- La reconnaissance juridique et la protection de personnes transgenres en cas de changement d'identité de genre en Roumanie
- L'affaire Zhablyanov c. Bulgarie : nouvelle illustration de la subtilité d'arbitrage entre les impératifs de défense de la société démocratique et la liberté d'expression
- Le procureur général de Bulgarie et sa place dans le système constitutionnel : un nouvel épisode d'un drame aux actes multiples
- Revisiter les dimensions économiques de la désintégration de la Yougoslavie
- Le Haut représentant de la Bosnie-Herzégovine ou la mise en cause de la souveraineté nationale par le droit international
- Réunion du continent européen sur la scène musicale de l'Eurovision 2023
- Penser et construire l'avenir européen de la République de Moldova

ÉDITORIAL

La richesse de ce nouveau numéro de *Lettre de l'Est* témoigne de la belle dynamique suivie par la publication depuis sa création, avec un nombre de plus en plus important de contributeurs, mais aussi de l'intensité de l'actualité juridico-politique dans la zone géographique étudiée. Les deux premières études portent sur la question du référendum. En Pologne d'abord, l'usage de cette procédure, permettant au peuple de prendre part au processus décisionnel, est revenu dans le débat politique à l'approche des élections législatives. Les partis politiques sont donc à la recherche de thématiques pouvant susciter l'intérêt des électeurs. À travers son analyse des dispositions constitutionnelles et législatives réglementant l'institut du référendum, Katarzyna Kubuj montre que, *de facto*, il s'agit d'un outil dont la mise en œuvre effective s'avère complexe et totalement dépendante de la volonté politique, les citoyens polonais ne disposant toujours pas du droit d'initiative référendaire. Les débats relatifs à l'amélioration du cadre normatif réglementant les outils participatifs n'ont été suivis d'aucune mesure concrète, preuve que la question du droit de participation des citoyens au processus décisionnel n'a jamais fait partie des préoccupations premières des responsables politiques en Pologne et qu'elle est utilisée comme simple outil de communication électorale.

En Hongrie, pays voisin, on observe une situation diamétralement opposée. Comme le montre Márton Sulyok dans son étude couvrant la période 1990-2022, l'institution du référendum a fait l'objet de nombreuses réformes et a été assez souvent utilisée, tant par les pouvoirs politiques que par les citoyens. Très libérale d'abord, la procédure référendaire a connu par la suite plusieurs modifications – l'auteur parle d'un retour cyclique du débat à ce sujet – pour établir un encadrement plus strict et stopper ainsi la banalisation des initiatives citoyennes, utilisées pour soumettre à débat des

questions parfois caricaturales. L'exemple hongrois montre que l'existence des outils participatifs dans l'ordre juridique ne constitue pas une garantie d'effectivité. Les initiatives citoyennes finissent souvent par échouer, que ce soit à l'étape de l'initiation ou à cause de la faible participation. À leur tour, les autorités politiques préfèrent les simples consultations, qui leur permettent d'obtenir la légitimation de leurs décisions sans prendre le risque d'une éventuelle contrainte de suivre le résultat, en cas de vote négatif, obligation qui interviendrait à la suite d'un référendum.

L'usage des outils participatifs est habituellement invoqué dans le cadre des débats portant sur les questions migratoires. Cela a été le cas en Hongrie et il s'agit du principal argument relevé par les autorités polonaises actuellement. Deux pays farouchement opposés aux politiques européennes en matière de migration et d'asile, qui font face à une crise humanitaire inédite depuis le début de la guerre en Ukraine. La gestion de cette crise n'est pas sans conséquence sur l'organisation et le fonctionnement des institutions étatiques. Comme le relève Arianna Angeli, plusieurs pays de l'Est ont adopté des législations spécifiques, voire des révisions constitutionnelles élargissant le champ matériel des régimes d'exception aux situations de conflits armés ou crises humanitaires. Si ces réformes sont justifiées par la gravité de la situation et la nécessité pour les autorités gouvernementales de disposer de pouvoirs leur permettant d'agir efficacement, la nouvelle extension des compétences, dans la continuité de celle intervenue pendant la crise sanitaire, soulève de nombreuses interrogations quant aux limites et à l'empêchement des abus afin d'assurer le respect de l'État de droit.

Sur le terrain de l'État de droit justement, les défis sont nombreux à l'Est de l'Europe, tel que le montrent les trois contributions suivantes. Il y a, bien sûr, des avancées. La réforme législative, visant à garantir une meilleure protection des droits des personnes transgenres en Roumanie, présentée par Ramona Delia Popescu, en est un exemple. Il y a aussi une nécessité de surveillance constante du respect des principes essentiels de la démocratie et de l'État de droit, impliquant, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Zhablyanov c. Bulgarie*, des actions concrètes de la part des autorités politiques et judiciaires. Le refus de mettre en œuvre des réformes pour remédier aux différents dysfonctionnements, ou l'adoption de réformes incomplètes, peut conduire, comme le relève Aleksandar Tsekov dans son étude portant sur l'institution du procureur général en Bulgarie, à des impasses dangereuses pour la démocratie et l'État de droit.

Les réticences et oppositions existantes ne sont pas dues au facteur politique uniquement. Les contributions qui suivent mettent en exergue la complexité des contextes qui, de plus, restent spécifiques à chaque pays de l'Est. Il y a la dimension économique, présentée par Nebojsa Vukadinovic, les conséquences de la guerre dans les pays des Balkans, ayant impliqué même une pérennisation de la présence d'une représentation internationale, telle que l'institution du Haut représentant en Bosnie-Herzégovine, qui a fait l'objet d'une étude proposée par Adriano Evangelisti, mais aussi le facteur sociohistorique qui est analysé à travers l'exemple de la Moldavie. À son tour, Laurent Léothier souligne que l'importance de ces facteurs est visible même dans des domaines qui, de prime abord, devraient en rester éloignés, le concours de musique *Eurovision*, qui est progressivement devenu la scène des confrontations géopolitiques, en est le parfait exemple.

Bonne lecture à toutes et à tous !

Nataşa DANELCIUC-COLODROVSCHI

Maître de conférences associée,

Directrice-adjointe de l'Institut SoMum,

Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour,

CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

LE RÉFÉRENDUM EN POLOGNE : CONDITIONS JURIDIQUES ET EFFETS POLITIQUES

1. Le débat au sein de l'Union européenne sur le mécanisme de relocalisation des réfugiés a conduit à un renouvellement des questions relatives à la migration en Pologne. Les prochaines élections législatives obligent les partis à rechercher des thèmes susceptibles de susciter l'intérêt d'un certain groupe d'électeurs.

Comme la situation au-delà de la frontière orientale de la Pologne est toujours instable (avec une intensité variable, des groupes de réfugiés apparaissent, profitant de l'« invitation » du Président Lukashenko et arrivant au Belarus pour entrer ensuite dans les pays de l'UE)¹, l'engagement des États à relocaliser les réfugiés semble être, pour le parti au pouvoir *Droit et Justice*, un bon prétexte pour susciter des doutes parmi les citoyens et alimenter l'agitation.

Le parti a récemment proposé qu'un référendum sur cette question soit organisé le jour des élections législatives (un projet de loi en ce sens a été soumis au *Sejm*). Il convient de saisir cette occasion pour examiner le modèle de référendum prévu dans la Constitution polonaise de 1997, afin d'analyser les restrictions juridiques à cause desquelles les effets politiques de cette institution sont également très limités dans l'ordre juridique polonais.

2. L'introduction du référendum dans l'ordre juridique des États a longtemps suscité des discussions et des contestations, les partisans et les adversaires d'une telle solution se retrouvant sur le terrain. Les réglementations adoptées reflètent en

premier lieu les intérêts politiques des législateurs. Un exemple caractéristique de ce processus est l'affrontement de différents points de vue sur les avantages et les inconvénients de l'institution de la démocratie directe dans les travaux constitutionnels au cours de la période de transformation politique dans les pays d'Europe centrale et orientale.

Ces points de vue ont abouti à diverses solutions normatives réglementant les institutions de la démocratie directe. En effet, d'une part, dans la conscience des constitutionnalistes (principalement des parlementaires), il existait une opinion fermement ancrée selon laquelle ces institutions étaient l'expression d'un vote de défiance à l'égard des parlements. D'autre part, leurs divers avantages et effets positifs ont été soulignés, confirmés par la pratique de certains pays démocratiques².

La Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997 traite la participation directe du peuple à l'exercice du pouvoir dans le contexte du principe selon lequel « La Nation exerce le pouvoir par ses représentants ou directement » (article 4 al. 2). La réglementation de base relative au référendum national se trouve à l'article 125, qui établit en termes généraux la possibilité d'ordonner un référendum sur les affaires d'une importance particulière pour l'État³.

Les organes habilités à l'ordonner sont le *Sejm* (à la majorité absolue des voix, en présence d'au moins la moitié du nombre statutaire de députés) ou le Président de la République avec l'accord du Sénat (exprimé à la majorité absolue des voix, en présence d'au moins la moitié du nombre statutaire de sénateurs). Le résultat du

¹ Voir K. Kubuj, « Sur l'état d'urgence en Pologne à la lumière de la crise migratoire dans la partie orientale de l'Europe », *Lettres de l'Est*, n° 25-2021 : https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/lettre_de_lest_25.pdf.

² M. Pietrzak, « Demokracja reprezentacyjna i bezpośrednia w Konstytucji RP », in M. T. Staszewski (ed.), *Referendum konstytucyjne w Polsce*, Varsovie

1997, p. 23-24 ; A. Rytel-Warzocho, *Referendum ogólnokrajowe w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, Varsovie, 2011.

³ La Constitution prévoit également la possibilité d'un référendum local (article 170), qui est beaucoup plus effectif, mais qui n'entre pas dans le cadre de la présente étude.

référendum est contraignant si plus de la moitié des personnes ayant le droit de vote y participent.

La Constitution distingue en outre deux autres situations dans lesquelles un référendum national peut être organisé. Conformément à l'article 90, paragraphes 3 et 4, sur la base d'une résolution adoptée par le *Sejm* à la majorité qualifiée des voix, le consentement peut être donné sous la forme d'un référendum pour la ratification d'un accord international en vertu duquel la Pologne transfère à une organisation internationale ou à un organisme international les compétences des organes de l'autorité de l'État dans certaines matières (un référendum sur l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne a été organisé sur ce fondement en juin 2003⁴).

D'autre part, en vertu de l'article 235 al. 6, un référendum peut devenir un élément de la procédure d'amendement de la Constitution (mais seulement des chapitres I, II et XII de celle-ci, si 1/5 du nombre statutaire des députés, le Sénat ou le Président de la République de Pologne en font la demande, dans un délai de 45 jours à compter de la date de promulgation de la loi par le Sénat. L'amendement à la Constitution est adopté si la majorité des électeurs se prononce en sa faveur.

Bien qu'il y ait eu une réglementation de la démocratie directe dans le contexte des arrangements constitutionnels antérieurs, il est difficile de résister à l'idée que la Constitution de 1997 se caractérise par un manque de confiance considérable à cet égard. Il n'y a pas de base constitutionnelle pour l'initiation d'un référendum par les citoyens et l'effet du référendum dépend de la participation de plus de la moitié des personnes ayant le droit de vote.

La doctrine attire l'attention sur la nature inégale de la démocratie représentative et de la démocratie directe et, dans ce contexte, sur la nature complémentaire du référendum par rapport aux activités des organes représentatifs – le *Sejm* et le Sénat. Selon L. Garlicki, « les normes constitutionnelles détaillées du référendum doivent être traitées comme des solutions exceptionnelles, ce qui détermine, entre autres, les principes de leur interprétation. En particulier, cela ne permet pas d'utiliser l'institution du référendum pour reprendre des décisions et des règlements clairement inclus par la Constitution dans les compétences du Parlement ou d'autres organes de l'État. »⁵.

Il découle de la Constitution que le référendum est toujours facultatif (l'article 125 al. 1 dispose que « dans les domaines d'une importance particulière pour l'État, un référendum national peut être organisé »). L'utilisation de l'expression « peut » signifie qu'il n'y a pas d'obligation explicite d'organiser un référendum et que son déclenchement dépend de la volonté des entités autorisées, à savoir le *Sejm* et le Président.

D'autres dispositions constitutionnelles ne prévoient pas non plus de situation dans laquelle l'organisation d'un tel référendum serait obligatoire et constituerait une prémisses nécessaire à l'établissement d'un acte ou à la prise d'une décision. Bien que l'institution du référendum vise à assurer la participation active et directe des citoyens aux processus d'exercice du pouvoir (les personnes habilitées à participer à un référendum national sont les citoyens polonais conformément à la réglementation contenue dans l'article 62 de la Constitution), il convient de noter que la possibilité de cette participation directe aux processus de prise de décisions d'une

⁴ M. Jabłoński, *Polskie referendum akcesyjne*, Wrocław, 2007.

⁵ L. Garlicki, « Commentaire de l'article 125 de la Constitution », in *La Constitution de la République de*

Pologne. Commentaire, Varsovie, 2001, vol. II, p. 4-5 ; K. Działocho, « Commentaire de l'article 4 de la Constitution », in *La Constitution de la République de Pologne. Commentaire*, Varsovie, 2007, vol. V, p. 23-24.

importance particulière pour l'État est de nature limitée.

Les principes et la procédure d'organisation d'un référendum national sont concrétisés dans la loi du 14 mars 2003 sur le référendum national (ci-après : la loi)⁶. Elle prévoit que les citoyens polonais expriment leur volonté, en donnant une réponse positive ou négative à la question posée ou en choisissant parmi les solutions proposées.

Comme nous l'avons souligné, la Constitution de 1997 n'inclut pas les citoyens parmi les sujets ayant le droit d'initier un référendum national. Toutefois, dans le cas d'un référendum sur des questions d'une importance particulière pour l'État, le législateur a prévu que le *Sejm* peut soumettre au référendum une question particulière non seulement de sa propre initiative, mais aussi sur proposition du Sénat, du Conseil des ministres et de 500 000 citoyens (art. 61 par. 1 et art. 63 par. 1). En même temps, la loi précise les matières qui ne peuvent pas être soumises au référendum à l'initiative des citoyens : les dépenses et les recettes, en particulier les impôts et autres taxes publiques, la défense de l'État et l'amnistie.

Le rôle limité du référendum dans le cadre d'un gouvernement représentatif a également été confirmé par la jurisprudence du Tribunal constitutionnel qui a déclaré, dans son arrêt du 27 mai 2003 K. 11/03⁷, que :

« Dans le système juridique polonais, il n'est pas possible de parler d'un droit civique au référendum, puisqu'un citoyen (un groupe de citoyens) n'a pas effectivement la possibilité légale d'initier des actions dont le résultat direct est l'organisation d'un référendum. (...) Les citoyens polonais, comme les citoyens de la plupart des États modernes, ont le droit de participer à un référendum, mais pas le droit à un référendum. Cela signifie que la

mise en œuvre du concept de démocratie directe s'exprime dans la procédure de participation directe au référendum et d'expression du vote ».

3. Les dispositions de la Constitution et de la loi sur le référendum posent en outre certaines difficultés en ce qui concerne les effets juridiques. Selon la réglementation, le résultat d'un référendum national est contraignant si plus de la moitié des personnes ayant le droit de vote y ont participé (article 125, al. 3 de la Constitution). Un nombre inférieur de votants lui confère un caractère suggestif et consultatif.

Pour qu'une décision soit prise, la majorité des participants au vote doit se prononcer en faveur de l'une des deux solutions présentées. La situation que le résultat est contraignant, mais non décisif n'est pas exclue. Le cas est plus simple lorsque le référendum porte sur plusieurs options, le résultat est celui pour lequel le plus grand nombre de votants s'est prononcé.

Si le référendum est concluant, il doit être mis en œuvre. La loi prévoit de manière vague que les autorités de l'État sont tenues de prendre des mesures immédiates pour mettre en œuvre le résultat du référendum (article 67 de la loi). Le défaut de cette règle consiste dans l'absence de sanctions et d'un mécanisme juridique qui obligerait les organes de l'État à agir (on peut imaginer une situation dans laquelle tous les organes théoriquement autorisés se soustraient à la responsabilité de prendre certaines mesures, par exemple, de mettre en œuvre une initiative législative).

4. En ce qui concerne l'approbation de la révision constitutionnelle par la voie du référendum, elle ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières. Selon l'article 235 al. 6 de la Constitution, si un projet de modification concerne les chapitres I (principes constitutionnels), II

⁶ *Dziennik Ustaw (Journal officiel)*, 2020, p. 851 ; 2023 p. 497.

⁷ OTK ZU 2003, série A, n° 5, point 43, p. 11.5.

(droits et libertés) ou XII (modification de la Constitution), ceux qui ont le droit, en vertu de l'article 235 al. 1, de présenter un projet de modification constitutionnelle peuvent demander un référendum d'approbation. Ils ont 45 jours à compter de la date de promulgation du projet de loi d'amendement constitutionnel pour le faire, et le président du *Sejm* ordonne sa tenue dans les 60 jours suivant la demande. Une majorité d'électeurs est suffisante pour approuver l'amendement (le taux de participation n'est pas requis).

Ce qui est contesté dans la doctrine, en revanche, c'est la tenue d'un référendum sur une question constitutionnelle, mais initiée sur la base de l'article 125 de la Constitution, qui concernerait les affaires d'une importance particulière pour l'État. Par deux fois, le problème a fait l'objet d'un débat public animé⁸.

Parmi les représentants de la doctrine, un débat est apparu sur la question de savoir s'il est possible de demander l'avis de la Nation sur des questions constitutionnelles en vertu de cet article 125. Les opposants à cette solution ont estimé que, puisque la Constitution consacre un chapitre XII distinct à la modification de la Constitution, seul le référendum visé à l'article 236 al. 6 est possible. En outre, l'attention a été attirée sur les difficultés que soulèveraient les conséquences d'un vote effectué sur la base de l'article 125.

Les partisans, en revanche, ont estimé que, puisque l'article 125 fait référence aux questions d'une importance particulière

pour l'État, il n'exclut pas la possibilité de s'adresser à la Nation pour connaître son avis sur les futures réformes constitutionnelles. La résolution serait consultative. En outre, le *Sejm*, selon la loi, n'est pas obligé de donner son consentement à l'organisation d'un référendum. Il convient de souligner que ni la Constitution ni la loi sur le référendum national ne sont suffisamment précises en la matière.

5. Cette brève présentation de l'institution du référendum dans l'ordre juridique polonais a visé à relever les lacunes de cette institution juridique qui permet aux citoyens d'exprimer directement leur volonté. Les difficultés sont dues à plusieurs raisons : premièrement, la nécessité d'obtenir un taux de participation adéquat et l'établissement spécifique du résultat contraignant et concluant (le résultat contraignant ne doit pas toujours être concluant), deuxièmement, l'absence de mesures obligeant les organes du pouvoir d'État à entreprendre des actions visant à réaliser le résultat contraignant du référendum et l'absence de sanctions en cas de manquement à cette obligation.

Du point de vue des citoyens, la lacune la plus importante importante réside dans le fait qu'ils sont privés du droit d'initier eux-mêmes le référendum (le consentement à l'ordonner est laissé à la Diète)⁹. Cette situation démontre que le référendum n'est parfois qu'un outil apparent pour l'exercice direct du pouvoir par le peuple¹⁰.

⁸ Une question constitutionnelle a été soutenue par le parti Plateforme civique en 2005. Par conséquent, elle concernait des questions qui étaient incluses dans le projet d'amendement constitutionnel soumis par ce parti.

Le débat a eu lieu aussi en 2017-2018, à l'occasion d'une proposition présidentielle visant à ordonner un référendum au titre de l'article 125 sur le référendum pour le 100^e anniversaire de l'indépendance de la Pologne. L'initiative du Président a échoué. D'une part, il n'a pas obtenu l'approbation de son parti (le parti au pouvoir) et, en conséquence, le Sénat n'a pas approuvé l'organisation du référendum (dans le cas de la proposition du Président, il s'agit d'une

condition nécessaire). En revanche, les questions présentées par le Président pour être tranchées ne remplissaient pas les conditions de fond et de forme.

⁹ Dans la pratique politique, il est arrivé que le *Sejm* rejette une motion soutenue même par des groupes de plus d'un million de citoyens. Cf. K. Kubuj, « Dylematy wokół obywatelskiego „prawa do referendum" », in *Konstytucja. Rzqd. Parlament. Mélanges offerts à Professeur Jerzy Ciemniewski*, Warszawa, 2014, p. 135.

¹⁰ Il convient ici de souligner les faiblesses de la solution française adoptée par la réforme constitutionnelle de 2008 (article 11 al. 3 de la Constitution de 1958), où la participation des citoyens

Cela conduit à la conclusion que même l'organisation réussie du référendum et l'obtention du taux de participation requis peuvent échouer en raison de l'inactivité des organes publics compétents pour mettre en œuvre la volonté des citoyens.

Un autre problème est la position relativement faible des citoyens dans l'organisation d'un référendum, qui est soumis à l'entière discrétion du *Sejm*. Dans ces circonstances et dans le contexte des annonces récentes du parti au pouvoir, concernant l'organisation d'un référendum sur la relocalisation des réfugiés dans l'Union européenne, il convient de noter que les solutions juridiques imparfaites n'empêchent pas les politiciens d'utiliser cette solution juridique pour faire passer des idées dont la mise en œuvre est intrinsèquement difficile¹¹.

Katarzyna KUBUJ

Professeur adjoint à l'Institut
des Sciences Juridique,
Académie Polonaise des Sciences

« PAR LE PEUPLE ET POUR LE PEUPLE » – UN EXAMEN CONSTITUTIONNEL DE LA DÉMOCRATIE DIRECTE HONGROISE*

Dans l'objectif d'une contribution à « panorama comparatif » concernant

est un élément important de la procédure d'initiative du référendum. L'exigence que l'initiative des parlementaires soit soutenue par au moins un dixième des citoyens inscrits sur les listes électorales est en pratique l'une des raisons du dysfonctionnement de cette procédure.

¹¹ En 2015, pendant la campagne électorale, le Président B. Komorowski a ordonné un référendum sur une question qui était l'un des principaux objectifs d'un autre candidat à la fonction présidentielle. Cela n'a donné aucun résultat politique et Komorowski a perdu sa fonction. Comme indiqué (v. note 8), en 2017-2018, le Président A. Duda a relevé le défi d'organiser un référendum sur un amendement constitutionnel, mais le Sénat n'a pas donné son accord.

* L'auteur souhaite remercier l'assistance éditoriale dans la préparation de cette contribution à M. Péter Nemere de la Faculté de droit et sciences politiques

l'état de la démocratie directe au XXI^e siècle, tout examen constitutionnel de ses instruments est utile du point de vue des balances du pouvoir nommé « checks and balances ».

András Szalai, juriste hongrois exerçant ses activités à l'Université du Service Public de Budapest, considère qu'un vote populaire peut fonctionner comme manipulation ou correction sous forme de contrebalance de l'action parlementaire¹².

Albert Venn Dicey souligne que les faiblesses de la représentation peuvent être contrebalancées par l'institution du référendum. Comme aujourd'hui, la désillusion à l'égard des institutions représentatives a pour résultat le renforcement des voies directes de l'exercice du pouvoir, comme le référendum¹³.

En même temps, le référendum est une « épée à double tranchant », du fait qu'il peut être facilement utilisé pour manipuler l'électorat à travers la rédaction des questions. Le référendum peut aussi servir comme outil de correction des décisions illégitimes des gouvernements par une manifestation directe démocratique de la volonté populaire.

Les deux points de vue (contrebalance de l'action parlementaire et gouvernementale en même temps) mentionnés par A. Szalai sont tout à fait connectés à cause de l'existence d'une majorité stable des partis de gouvernement

Loránd Eötvös (ELTE) de Budapest, qui travaille comme chercheur au Centre de droit public de l'École de Droit à MCC.

La recherche de base pour cet article a été faite dans le cadre du projet de recherche PARCIPROPO porté par Aix-Marseille Université et l'Université de Szeged.

¹² A. Szalai, « Manipuláció vagy korrekció? A népszavazás mint a parlamentáris kormányzat ellensúlya », *Pro Publico Bono: Magyar Közigazgatás*, n° 3, 2013, p. 125-126.

¹³ M. Qvortrup, *A Comparative Study of Referendums: Government by the People*, Manchester, Manchester University Press, 2005, p. 47. (Cité par A. Szalai, *op. cit.*, p. 126).

en Hongrie à ce jour. Comme contrebalance du gouvernement dans un système parlementaire, selon cet auteur, le référendum a été utilisé seulement après 2002, même si les règles existaient depuis 1990¹⁴.

Mais quelles sont ces règles en Hongrie et comment ont-elles changé dans le temps, entre 1990 et 2022 ? Nous allons procéder à une analyse chronologique, en ajoutant un certain nombre de commentaires qui nous semblent importants.

I – Les racines historiques et constitutionnelles

Tout examen de la démocratie directe doit focaliser, selon l'IDEA (Institut pour la démocratie et l'assistance électorale), sur ses instruments et leurs impacts. Selon l'IDEA, il y a quatre instruments à examiner : les référendums, les initiatives populaires et politiques et la révocation¹⁵.

Les premiers trois sont plutôt clairs, mais il faut souligner que, dans le système hongrois, depuis le « changement de régime » (la chute du Mur de Berlin), il n'y a pas de possibilité de révocation des mandats des députés élus, il s'agit d'un système de mandat libre. Par conséquent, sur le plan historique, politique et juridico-constitutionnelle « post-changement » (post-soviétique), l'attention peut être focalisée sur les référendums et les initiatives uniquement.

A – La Constitution et les lois de 1989 et de 1998

En Hongrie, la loi n° XVII de l'an 1989 sur le référendum¹⁶ a créé les bases de la

régulation. C'était le Congrès populaire (*Hazafias Népfront*) qui avait placé le sujet au centre du débat public hongrois en 1985.

Les dirigeants politiques avaient adressé des initiatives au niveau local concernant l'introduction des référendums, mais dans le cadre du système d'État-parti. Un communiqué du Parti Socialiste des Travailleurs (PST) du 27 avril 1987 a favorisé les référendums au niveau local uniquement. Puis, l'environnement juridique et politique s'est développé, à la suite de l'adoption de la loi sur la législation, en 1987, et au Congrès national du PST de mai 1988. Au fond, il est clair que les outils de la démocratie directe sont toujours plus favorisés – en termes historiques et politiques – quand la société n'est pas satisfaite du régime gouvernemental et lorsque le système politique est en crise. Jusqu'à la fin des années 1980, tous les préalables constitutionnels et démocratiques ont été créés, qui étaient indispensables pour le changement de régime en 1989, y compris en termes de promotion de la démocratie directe. Il a été aussi considéré que la question de la protection de l'environnement et les manifestations autour de l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*¹⁷ ont démontré la nécessité de l'adoption d'une loi sur les référendums. Une collecte des signatures contre la construction d'une centrale hydroélectrique à Gabcikovo a été lancée en novembre 1988.

À ce moment précis, en novembre 1988, pour la première fois, le Gouvernement de Miklós Németh a inclus dans son programme l'adoption (en urgence) d'une loi sur les référendums et les initiatives populaires nationales et locales. Projet qui faisait partie du « Paquet de la

¹⁴ A. Szalai, *op. cit.*, p. 126.

¹⁵ IDEA, *Démocratie directe – Un aperçu du Manuel d'International IDEA*, Stockholm, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008, p. 26 : https://www.idea.int/sites/default/files/publications/democratie-directe-un-aperçu-du-manuel-d-international-idea_1.pdf.

¹⁶ En hongrois : 1989. évi XVII. törvény a népszavazásról és a népi kezdeményezésről.

¹⁷ Pour un résumé de l'affaire, voir : <https://www.icj-cij.org/case/92>.

démocratie ». Le 8 avril 1989, le projet de loi a été publié dans les journaux quotidiens. Tenant compte des résultats de la consultation sociale qui a suivi la publication du projet, le texte final de la loi a été adopté sans débats, et dans sa forme originelle, le 1^{er} juin 1989.

Deux semaines plus tard, quand la table ronde sur le changement de régime, nommée « Table ronde de l'Opposition nationale » (NEKA) a été inaugurée, la loi a été promulguée et publiée, à un moment très sensible de l'histoire politique et juridique de la Hongrie. Dans ce climat, le pouvoir législatif a ouvert une marge de manœuvre très vaste pour la participation politique. La loi nommée « Lex Nagymaros » (à cause du nom hongrois de l'affaire *Gabcikovo*, ayant lancé l'initiative de l'adoption de la loi), dans sa motivation générale, soulignait que la représentation directe est considérée être primaire et le référendum sert à limiter et contrôler constitutionnellement le pouvoir législatif par des outils externes, en réalisant le principe de séparation des pouvoirs, le système des « *checks and balances* » dans le fonctionnement des organes gouvernementaux.

Les règles de l'initiative populaire et du référendum étaient assouplies, une majorité absolue était nécessaire pour sa réussite. La portée des sujets interdits était réglée étroitement et les questions proposées par les initiateurs devaient être examinées par l'Assemblée nationale (le Parlement unicaméral de la Hongrie). Le délai pour la collecte des signatures n'était pas clairement établi.

À la suite de deux modifications mineures avant le référendum national de novembre 1989 (des « quatre "oui" », qui fera l'objet d'une étude plus loin), les règles concernant les initiatives et référendums locaux ont été incluses dans le texte, qui est resté en vigueur jusqu'au 27 février 1998.

Malheureusement, la loi originelle était un peu prématurée dans le contexte de changement de régime et sa consolidation avec la Constitution de 1989 et ses amendements n'a jamais eu lieu.

Par conséquent, selon István Kukorelli, ancien juge constitutionnel et professeur renommé de droit constitutionnel, des tensions constitutionnelles faisaient surface tout le temps à cause des initiatives de référendums¹⁸. L'une de ces tensions était due, par exemple, au fait que, d'après la loi, l'adoption de la Constitution devait intervenir par référendum, mais d'après la Constitution, l'adoption du texte constitutionnel faisait partie des compétences législatives. Ici, il faut souligner le rôle de la Cour constitutionnelle, qui a essayé de « remplir les trous » et de mettre fin aux ambiguïtés, en demandant – en raison du constat d'une omission – à l'Assemblée nationale d'adopter de nouvelles dispositions législatives avant la fin de l'année 1993.

Dans son arrêt n° 2/1993 (I. 22.) AB, la Haute juridiction a essayé de placer l'institution du référendum dans les cadres de la démocratie directe hongroise. Les limitations préalables ont été modifiées et certaines définitions importantes ont été établies, tel que le souligne I. Kukorelli¹⁹ :

- Dans un système parlementaire, les référendums servent à compléter et influencer l'exercice du pouvoir par la représentation, mais ne le remplacent pas.
- Les questions posées à l'occasion d'un référendum ne peuvent pas constituer des amendements « cachés » de la Constitution.

Simultanément, à cause d'une « clause temporaire » dans le préambule de la Constitution, la déclarant temporaire jusqu'à l'adoption d'un nouveau texte constitutionnel, plusieurs projets constitutionnels ont refait surface, qui

¹⁸ I. Kukorelli, « Az országos népszavazás, 1989-1998 – A jogi szabályozás története », in S. Kurtán, P. Sándor, L. Vass (dir.), *Magyarország évtizedkönyve 1988–1998*.

i. kötet. Demokrácia Kutatások Magyar Központja Alapítvány, Budapest, 1998, p. 2.

¹⁹ *Id.*, p. 3.

contenaient des prescriptions relatives aux modalités d'exercice de la démocratie directe. Dans ce contexte, de nouvelles mesures ont été prises en 1997. Il s'est agi d'un « paquet de codifications », qui comprenait des lois (modifiant également la Constitution) sur la procédure électorale et sur les initiatives populaires et les référendums.

Par son arrêt n° 52/1997 (X. 14.) AB, la Cour constitutionnelle a annulé la loi XVII de 1989, demandant à l'Assemblée nationale de légiférer sur la question, tout en maintenant les dispositions annulées en vigueur (dans l'objectif de préserver la légalité) jusqu'au 6 mars 1998 (par son arrêt n° 64/1997 [XII.17.] AB).

Dans l'arrêt n° 52/1997 [X.14.] AB, il a été prévu qu'étant donné le fait que l'exercice de la démocratie directe est exceptionnel, lorsqu'ils seront mis en œuvre, les outils directs dépasseront la compétence du pouvoir représentatif. Par conséquent, les référendums obligatoires doivent être priorités par rapport à ceux qui sont facultatifs et qui n'impliquent aucune contrainte pour l'Assemblée nationale. Cet arrêt a été très important. Les procédures de constitutionnalisation ont dû mettre en balance – en tant qu'institutions constitutionnelles – les formes directes et indirectes de la démocratie. Des dispositions à cet égard [concernant donc les référendums] ont été introduites dans le texte constitutionnel, notamment en ce qui concerne les compétences de l'Assemblée nationale.

Par exemple, les compétences parlementaires de refus de l'initiative sont devenues objets de recours devant la Cour constitutionnelle. Enfin, l'adoption de la loi organique modifiant la Constitution, la loi n° LIX de 1997²⁰, n'a pas été suivie de l'adoption d'une nouvelle loi sur les référendums, rendant ainsi la mise en œuvre de la procédure très difficile.

Dans ce système « originel », les types de référendums peuvent être distingués

- par leur « fondement juridique » [optionnel/facultatif, obligatoire], et
- par leur « force obligatoire » [décisif ou consultatif].

À l'initiative du Président de la République, du Gouvernement, d'un tiers des députés ou de cent mille électeurs, l'Assemblée nationale peut ordonner, en usant de son pouvoir discrétionnaire, l'organisation d'un référendum national. Le référendum obligatoire est toujours « décisif », typiquement initié par deux cent mille électeurs.

En ce qui concerne celui-ci, l'article 28/C de la Constitution [de 1989] contenait les sujets interdits [d'une portée plus large qu'auparavant], tenant compte aussi des décisions de la Cour constitutionnelle et des expériences précédentes. Simultanément, la computation des résultats a été libéralisée : le référendum pouvait être validé si la moitié des électeurs avaient voté « valablement » et si au moins un quart d'entre eux avait répondu à la question posée d'une manière identique [par « oui » ou par « non »].

La question des délais a été finalement réglée par la loi organique [modifiant la Constitution] n° XCVIII de 1997²¹, qui a fixé une période de quatre mois pour la collecte des signatures dans l'objectif d'un référendum national. En effet, les lois relatives aux procédures électorales en vigueur à ce moment-là ont réglé plusieurs questions procédurales, telles que l'authentification de la question, les recours possibles, etc.).

En février 1998, la loi sur le référendum et sur l'initiative populaire est finalement entrée en vigueur, en renforçant d'ailleurs le rôle de la Commission nationale des élections.

En somme, au cours de cette période, allant de 1989 à 1998, il y a eu plusieurs

²⁰ En hongrois : 1997. évi XL. törvény a Magyar Köztársaság Alkotmányának módosításáról.

²¹ En hongrois : 1997. évi XCVIII. törvény a Magyar Köztársaság Alkotmányának módosításáról.

initiatives populaires et référendums, dans un climat où, selon Kukorelli, l'usage du référendum a servi l'objectif des « jeux directs du pouvoir », ayant comme résultat la transformation des forces politiques et la destruction de l'unité de l'opposition, créant ainsi de nouvelles « lignes de faille »²².

Dans le contexte très sensible de cette période « post-changement » (le 26 novembre 1989, « le référendum des quatre "oui" »), le « package deal » des quatre questions posées a été un succès politique. La quatrième question concernait le temps de l'élection du Président (après les élections générales), et sur cette question, les « oui » ont dépassé les « non » de seulement 6101 voix.

Tout cela, avec un taux de participation de 58 % (environ 7,7 millions électeurs). Les autres questions, moins importantes – dissolution des milices ouvrières et des organes du parti sur les lieux de travail, compte rendu des avantages du parti – ont emporté le succès également. En effet, les quatre sujets proposés ont été les suivants : 1. Élection du Président de la République après les élections parlementaires ; 2. Les organisations affiliées avec les partis politiques doivent quitter les lieux de travail ; 3. Le Parti Socialiste des Travailleurs hongrois doit rendre compte de ses avantages ; 4. Dissolution des milices ouvrières (Q 2-4 : 95 % de « oui » ; Q1 : 50 % de « oui »).

Basée sur la révision constitutionnelle et les résultats du « référendum des quatre "oui" », la loi n° XL de 1990²³ a introduit l'élection du Président de la République par l'Assemblée nationale, et ceux qui se sont opposés à cette solution ont saisi l'opportunité du référendum (le Parti Socialiste, MSZP) à nouveau. Fixé pour le 29 juillet 1990, le référendum a été un

échec, avec un taux de participation de seulement 13,91 %, mais – curieusement – 85,9 % des participants ont voté pour l'élection du Président au suffrage universel direct.

Les partis de gouvernement ont voulu réviser la loi n° XVII de 1989 sur le référendum²⁴, mais puisque ceci nécessitait une majorité de deux tiers, la révision n'a pas été possible pendant ce cycle parlementaire.

En décembre 1992, une collecte de signatures a été lancée avec l'objectif de dissoudre l'Assemblée nationale avant l'expiration de son mandat. En réponse, la commission des affaires constitutionnelles de l'Assemblée nationale a initié l'examen de cette question devant la Cour constitutionnelle. Cette initiative parlementaire a conduit à l'adoption de l'arrêt n° 2/1993 (I. 22.) AB. La Cour a établi que l'Assemblée nationale ne peut pas être obligée de prononcer une déclaration sur sa propre dissolution.

Une conclusion très importante doit être soulignée à l'issue de cette interprétation constitutionnelle : les deux principes classiques de l'exercice du pouvoir public ne peuvent pas se détruire l'un l'autre. Il en est de même en ce qui concerne le mandat libre. Or, un « rappel collectif » des députés par référendum est contraire à ces principes.

Après quelques efforts sans succès, la tentative suivante a été initiée par le parti politique FKGP (*Független Kisgazda Párt, Parti agricole des fermiers indépendants*) en 1995, revenant sur la question de l'élection directe du Président, suite aux modifications des loi en vigueur dès 1995. L'objectif était d'obtenir l'élargissement des pouvoirs du Président, tout en limitant l'exercice du pouvoir exécutif²⁵.

²² Voir, par exemple : I. Kukorelli, « Az országos népszavazás, 1989-1998 – A jogi szabályozás története », *op. cit.*, p. 4.

²³ En hongrois : 1990. évi XL. törvény a Magyar Köztársaság Alkotmányának módosításáról.

²⁴ En hongrois : 1989. évi XVII. törvény a népszavazásról és a népi kezdeményezésről.

²⁵ Les autres aspects de l'initiative concernaient la promotion de l'emploi et le logement des jeunes, l'adoption d'une loi sur les pensions de retraite, correspondant au niveau des retraites dans l'UE. Une question importante parce que la Hongrie a adhéré à l'Union en 2004.

Pour les mêmes raisons que celles évoquées plus haut, la commission des affaires constitutionnelles a saisi – à nouveau – la Cour constitutionnelle pour lui demander d'interpréter la loi sur les référendums. La Haute juridiction a rejeté l'initiative parlementaire. Elle a rappelé que, dans l'arrêt n° 25/1995 (V. 10.) AB, il avait été indiqué qu'un référendum décisif, obligatoire, ayant pour objet l'amendement de la Constitution, avec un résultat obligatoire pour l'Assemblée nationale, ne peut pas être organisé.

Cette conclusion était tirée de l'interprétation de la Constitution et non pas de la loi pour laquelle l'interprétation constitutionnelle avait été demandée. Selon la Cour, c'est l'Assemblée nationale qui doit décider de permettre une initiative de référendum, ou ordonner – si la question n'est pas assez précise dans ses termes – soit un référendum obligatoire (décisif) ou bien un référendum consultatif. Finalement, l'Assemblée nationale n'a ordonné aucun référendum pour ces questions.

L'initiative suivante a été lancée par le Parti Travailleur (*Munkáspárt*) au sujet de l'adhésion hongroise à l'OTAN. La Commission nationale des élections a enregistré la question, mais l'Assemblée nationale l'a refusée par une motivation politique, citant l'anachronisme dans le contexte et le climat actuel et soulignant que la Hongrie n'était pas encore dans une situation de décision sur ce sujet. Le Parti Travailleur a saisi la Cour constitutionnelle, mais celle-ci a rejeté le recours du fait de l'absence de compétences en ce qui concerne les questions proposées.

Pour les deux ans qui ont suivi, quatre référendums doivent être mentionnés (en plus des modifications législatives visant leur cadre juridique) dont l'un concernant l'adhésion hongroise à l'OTAN, initiative du

Gouvernement qui a cette fois-ci réussi. Cette initiative a été le résultat d'une invitation à joindre l'OTAN, ensemble avec la Pologne et la République tchèque en 1997. Le référendum a eu lieu le 16 novembre 1997, avec un taux de participation de 49,24 %. Il a été soutenu par un consensus parlementaire, avec les partis hors du Parlement et la société civile. La question a été soutenue par 85,33 % des électeurs ayant participé au vote, ce qui a représenté 41,5 % des votants. Il s'est donc agi d'un succès.

Une autre initiative référendaire datant de 1997 est à mentionner. Celle-ci a porté sur le rétablissement de la peine de mort, déclarée anticonstitutionnelle et annulée par la Cour constitutionnelle en 1990. Certaines questions techniques concernant la qualité des signatures ont posé un « problème de nombres » et, après plusieurs « amendements » des signatures, les taux constitutionnels minimums n'ont pas été atteints. Toutefois, une décision exclusivement juridique sur cette question n'était pas possible à cause des problèmes dus au cadre normatif et parce que l'opinion publique majoritaire, à l'époque, était favorable au rétablissement de la peine de mort²⁶.

Après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la loi n° III de 1998 sur les référendums²⁷, le contrôle préalable des initiatives a été créé, rendant la Commission nationale des élections responsable de l'enregistrement de la question et des fiches de signatures. Au cours de la période allant de 1989 à 1998, trois référendums, sur les douze initiatives présentées, ont été ordonnés par l'Assemblée nationale. Si on analyse le nombre et les taux de participation, une conclusion de plus peut être tirée : la collecte des signatures n'est pas une

²⁶ À l'époque, l'opinion publique était favorable à la peine de mort, entre autres, à cause d'un meurtre sauvage et cruel commis dans la ville de Szeged : quatre membres d'une fameuse famille de confiseurs, la famille Z. Nagy, avaient été tués par un

tueur à gages qui est emprisonné à vie à Szeged, aujourd'hui encore.

²⁷ En hongrois : 1998. évi III. törvény az országos népszavazásról és népi kezdeményezésről.

démarche facile, la moyenne de participation lors de ces trois référendums a été de seulement 40 %.

En somme : le rôle de garant d'équilibre de la Cour constitutionnelle a été très important dans tous les débats politiques entourant certaines initiatives, montrant que les périodes de campagnes électorales sont des territoires de démagogie politique et que les raisons qui se cachent derrière certaines questions ne visent pas toujours directement l'intérêt des forces politiques soutenant les initiatives. Parfois, le référendum peut aussi être considéré comme un outil exceptionnel d'obtention de la légitimité pour pouvoir influencer les résultats des élections.

B – À travers des réformes vers de nouvelles solutions ? (Les années 2000 jusqu'à l'adoption de la Loi fondamentale)

Vers 2007, le nombre d'initiatives citoyennes (populaires) a considérablement augmenté, renforçant le débat public (politique et académique) dans tous les domaines concernés. Cette époque a été très intense, compte tenu du nombre des initiatives : entre octobre 2006 et février 2008, 465 initiatives ont été déposées devant la Commission nationale des élections et dans 148 cas, la Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours.

En même temps, on a pu constater une « banalisation » des référendums. La presse hongroise²⁸ a publié à l'époque une liste des cinq questions les plus comiques ou caricaturales :

- 1) Est-ce que vous êtes d'accord avec le fait que l'œuf a précédé la poule ?

- 2) Est-ce que vous êtes d'accord avec l'obligation du Premier ministre de la Hongrie d'utiliser un scooter électrique en raison des considérations visant la protection de l'environnement ?
- 3) Est-ce que vous êtes d'accord que Cicciolina²⁹ soit la prochaine Première ministre de la Hongrie ?
- 4) Est-ce que vous êtes d'accord avec une commercialisation gratuite de la bière ?
- 5) Est-ce que vous êtes d'accord avec une prohibition de la production d'électricité par des centrales nucléaires en Hongrie ?

Le « référendum des trois "oui" » de 2007, portant sur des questions sociales, a provoqué de fortes réactions de la part de la société civile et du monde académique³⁰. L'électorat était presque le même qu'en 1989 en termes de nombre : 50,51 % des personnes inscrites sur les listes électorales ont été présentes le jour du vote, ce qui signifiait une mobilisation sociale très vaste pour se prononcer sur les questions posées³¹.

En général, le référendum a non seulement une fonction décisionnelle pour les questions les plus importantes, telles que l'adhésion à l'OTAN et à l'UE, comme ce fut le cas en Hongrie en 1997 et en 2004, mais il a aussi une fonction de contrebalance d'un gouvernement parlementaire si, comme le souligne András Szalai, les facteurs suivants sont pris en considération :

- le cercle juridique des initiateurs,
- les règles de la force normative des décisions,
- le domaine des sujets interdits³².

²⁸ Voir : <https://www.blikk.hu/aktualis/besokalltak-a-humoros-nepszavazosditol/tvc9fck> (un article du quotidien *Blikk* du 21 janvier 2009).

²⁹ Note d'auteur : une fameuse actrice d'origine hongroise de films pour adultes des années 1980.

³⁰ Les questions concernaient la suppression des frais de visites et des frais *per diem* dans le secteur public de la santé et dans celui de l'éducation.

³¹ Pour comparaison : à l'occasion du « référendum des quatre oui » du 26 novembre 1989, l'électorat comprenait environ 7,8 millions de citoyens et le taux de participation a été de 58 %.

³² A. Szalai, « Manipuláció vagy korrekció? A népszavazás mint a parlamentáris kormányzat ellensúlya », *op. cit.*, p. 126.

Nous allons focaliser notre analyse sur ces aspects, principalement dans les développements qui suivent.

C – La Loi fondamentale et la loi de 2011

Selon l'article 8 de la Loi fondamentale de la Hongrie³³ : « (1) La tenue d'un référendum national est ordonnée par l'Assemblée nationale à l'initiative d'un minimum de deux cent mille électeurs. La tenue d'un référendum national peut être ordonnée par l'Assemblée nationale à l'initiative du Président de la République, du Gouvernement ou de cent mille électeurs. La décision prise lors d'un référendum valide et concluant s'impose à l'Assemblée nationale. (2) Peuvent faire l'objet d'un référendum national des questions relevant des attributions et des compétences de l'Assemblée nationale. ».

En ce qui concerne la question des sujets interdits, déjà abordée *supra*, les catégories ont été peaufinées. Les trois principales sont :

1) les questions visant la modification de la Loi fondamentale : cette catégorie a été créée par l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 2/1993 (I.22.) AB. Après 2010, les sujets interdits continuent de comprendre les acquis constitutionnels des années 1990 dans le domaine de la démocratie directe et la Loi fondamentale prohibe expressément les référendums visant la

modification ou l'amendement de la Constitution ;

2) les obligations résultant des traités internationaux en vigueur : dans ce sens, la question qui se pose toujours est celle de savoir quand on verra un Huxit, modelé sur le Brexit ? En ce moment, il n'y a pas de possibilité d'un Huxit par la voie référendaire. Il s'agirait d'une décision souveraine majoritaire de deux tiers, prise par l'Assemblée nationale ;

3) la dissolution d'un organe représentatif : comme déjà expliquée, la Cour constitutionnelle s'est prononcée à ce sujet entre 1989 et 1998 ; l'interdiction établie est encore applicable³⁴.

Au niveau des dispositions constitutionnelles concernant la force normative des référendums, la Loi fondamentale a introduit quelques modifications. Selon la Loi fondamentale, un référendum national est considéré comme valide si plus de la moitié des électeurs y ont participé et si la moitié au moins des votants a pu s'exprimer sans équivoque. La question qui se pose est donc celle de savoir ce qu'on doit entendre par « s'exprimer sans équivoque » ? En termes généraux, répondre à la question, par une réponse qui ne peut pas être ambiguë³⁵.

En ce qui concerne la pratique au cours de cette période, le premier exemple pouvant être cité est celui du fameux « référendum quota » du 2 octobre 2016³⁶.

³³ Magyarország Alaptörvénye, 25 avril 2011 : <https://njt.hu/jogszabaly/fr/2011-4301-02-00> (disponible en français). Le texte est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

³⁴ En vertu de l'article 3 de la Loi fondamentale, c'est le Président de la République qui peut dissoudre l'Assemblée nationale, en fixant en même temps la date des nouvelles élections : a) en cas de cessation du mandat du Gouvernement, si l'Assemblée nationale n'élit pas le candidat proposé par le Président de la République au poste de Premier ministre dans les quarante jours suivant la première proposition faite ; b) si, au 31 mars, l'Assemblée nationale n'a pas approuvé le budget national de l'année en cours (procédure jamais mise en œuvre).

³⁵ L'ambiguïté des questions était mise en examen devant la Commission nationale des élections (après les réformes de 1998) et devant la Cour constitutionnelle en appel (avant 2011). Aujourd'hui, c'est la Commission nationale des élections qui est chargée de cet examen en première instance et la Cour suprême (*Kúria*) en appel. Cette réforme est intervenue du fait que la Cour constitutionnelle est considérée comme étant « législateur négatif ». En outre, la Cour constitutionnelle n'empiète pas sur les compétences de la *Kúria* et n'examine donc pas les questions relatives à l'enregistrement des questions et à leur contenu.

³⁶ Pour une analyse de cette affaire, voir plus particulièrement l'analyse de Péter Kruzsliz sur

Ce référendum n'a pas été validé en raison de l'abstention des électeurs. Parmi les 8 272 625 électeurs se sont exprimés 3 418 387 seulement, c'est-à-dire 41,32 %, dont 3 362 224 ont voté par « oui », ce qui a représenté 98,36 % des votes. Les 56 163 électeurs restants, c'est-à-dire 1,64 % des votes valides, ont répondu par « non ».

Il est intéressant de constater que presque 3 % des électeurs participants se sont exprimés par des votes non valides. Ce n'est qu'un peu plus que 44 % de l'électorat qui s'est donc présenté aux urnes.

Ainsi, une très vaste majorité s'est prononcée à l'encontre de l'octroi à l'Union européenne de compétences en matière de migration, sans accord préalable de l'Assemblée nationale. Historiquement, il n'y a jamais eu une telle majorité allant dans un sens, à aucun des référendums³⁷. Toutefois, on constate que la Hongrie a une longue tradition des référendums invalides en raison de la non-mobilisation de son électorat. Ce vote n'a pas eu d'effet juridique, même si le Gouvernement a décidé d'introduire un amendement constitutionnel sur la même question³⁸.

D – La situation après 2010-2011 : entre confusions et vers de nouveaux défis

D'un point de vue comparatif et général, il existe deux voies constitutionnelles visant les référendums, issues du développement historique et organique :

- une dans les pays où les formes directes sont souvent utilisées, ayant des effets peu significatifs ;

- une autre dans les pays où les formes directes sont rarement utilisées, ayant des effets très significatifs.

Il y a aussi des cas transitoires entre ces deux modèles. Par exemple, en Hongrie, entre 1990 et 2010, où après l'adoption des premières règles, dans une nouvelle démocratie, elles ont été mises en œuvre plus souvent, avec des effets peu significatifs. En même temps, après 2010, les règles fondées sur les expériences des vingt ans passés ont été transformées dans plusieurs pays (Irlande, Suisse, Pays-Bas, Allemagne). Maintenant, ces outils sont rarement utilisés, mais avec des effets plus significatifs, sur le plan national, mais aussi sur le plan global, si l'on prend l'exemple du Brexit et les effets qu'il a produits au niveau européen, mais aussi celui du commerce mondial.

Dans le cas de la Hongrie, en ce qui concerne la période en question (jusqu'à présent), il y a une apparente confusion au niveau des informations accessibles en ligne en langue française (sur Google, Wikipédia), où l'on parle d'un type d'« initiative parlementaire »³⁹.

Il s'agit sûrement d'un problème de traduction ou d'une mauvaise compréhension du modèle hongrois par les auteurs ayant publié ces informations. Or, comme nous l'avons déjà souligné, l'origine de l'initiative n'est jamais parlementaire. Le référendum peut être initié par le Gouvernement, le Président de la République ou cent mille électeurs, conformément à l'article 8 de la Loi fondamentale. L'autre type est le référendum d'initiative populaire, à la demande de cent ou deux cent mille électeurs. Dans les deux cas, la décision ordonnant l'organisation du référendum

« Migrations internationales et justice constitutionnelle – Hongrie », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Economica, 2017, p. 385.

³⁷ P. Kruzlicz, *op. cit.*, p. 384.

³⁸ Il doit être souligné que l'amendement n'a pas été adopté lors de la première tentative, en octobre 2016, le parti au gouvernement n'ayant plus la

majorité des deux tiers nécessaire, perdue lors des élections intermédiaires. Finalement, l'amendement a été adopté en juin 2018.

³⁹ Voir :

https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9f%C3%A9rendu_ms_en_Hongrie.

est une décision (édictee sous la forme d'un ordre normatif) de l'Assemblée nationale et la Cour constitutionnelle peut être saisie contre celle-ci par n'importe qui.

Une autre modalité, souvent confondue avec celles de la démocratie directe, est la « consultation nationale »⁴⁰ au quotidien. Il s'agit d'une voie plutôt politique qui permet de connaître, de mesurer les opinions de l'électorat. En théorie, les réponses obtenues sont prises en compte pour définir l'action gouvernementale, orientant ainsi la législation proposée par le Gouvernement pour augmenter sa légitimité sociale. Les consultations peuvent aussi conduire à des initiatives référendaires, comme ce fut le cas du « référendum quota », qui a été proposé par le Gouvernement et ordonné par l'Assemblée nationale en 2016 après une consultation nationale de 2015, initiée par le Gouvernement sur les questions relevant du domaine de la migration.

En se fondant sur les expériences du vote populaire, en 2022, le Gouvernement a proposé un autre référendum pour obtenir une réponse de la part de la population sur cinq sujets relevant du domaine des valeurs de l'éducation et des droits des enfants en ce qui concerne la sexualité. Naturellement, l'initiative a été perçue par une opinion publique remarquablement polarisée sur le sujet et il y a eu de nombreux recours devant la *Kúria* (la Cour suprême) et la Cour constitutionnelle, qui ont été saisies par les partis d'opposition dans le cadre d'une « bataille de valeurs » et de stratégies politiques.

On peut donc clairement voir que les conclusions de Kukorelli concernant les expériences des années 1989-1998 dans l'histoire de la démocratie directe hongroise sont toujours valables. Pour

rappel, il affirmait notamment que l'usage de l'institution du référendum vise souvent l'objectif des « jeux du pouvoir », qui a comme résultat la transformation des forces politiques et la destruction de l'unité de l'opposition, créant ainsi de nouvelles « lignes de faille »⁴¹.

En 2013, dans sa thèse de doctorat portant sur la Hongrie « post-changement » après l'adoption de la Loi fondamentale, András Szalai a proposé, dans son système de « *checks and balances* », que l'institution du référendum (par initiative populaire) devait être utilisée comme contrebalance additionnelle externe à l'action gouvernementale⁴². Si cela peut devenir une réalité en Hongrie dans l'avenir proche, ce n'est pas facile à prévoir. Néanmoins, le programme du Gouvernement ne fait plus partie des sujets interdits. Par conséquent, les actions gouvernementales – et donc tous les aspects qui touchent au programme du Gouvernement – que les citoyens n'acceptent pas peuvent être critiquées par la voie de la démocratie directe, si la prise de décision porte sur des questions relevant du champ de responsabilité de l'Assemblée nationale⁴³.

II – Défi(nition)s de la démocratie directe dans l'expérience constitutionnelle hongroise

Après l'introduction des cadres historique, constitutionnel et juridique au sens large, nous allons focaliser notre analyse sur les défis et les démarches pour définir ces modalités de la démocratie directe en Hongrie. En effet, il est possible d'affirmer que la garantie de la participation populaire dans la vie publique se passe, en général, sous deux angles :

⁴⁰ Voir : <https://www.breizh-info.com/2020/06/13/145477/democratie-directe-en-hongrie-une-consultation-nationale-sur-les-mesures-sanitaires-et-economiques-et-limmigration/>.

⁴¹ I. Kukorelli, « Az országos népszavazás, 1989-1998 – A jogi szabályozás története », *op. cit.*, p. 4.

⁴² A. Szalai, « A parlamentáris kormányzat alkotmányos korlátai », *op. cit.*, p. 221.

⁴³ Selon l'article 8 (2), les questions relevant des attributions et des compétences de l'Assemblée nationale peuvent faire l'objet d'un référendum national.

- par la régulation du référendum ;
- par l'établissement des garanties constitutionnelles des droits fondamentaux politiques, notamment le droit de vote et les droits relatifs à la participation populaire à la vie publique (liberté d'expression, liberté de réunion, etc.).

Dans les pays où l'exercice du pouvoir public est fondé sur la souveraineté populaire, comme c'est le cas en Hongrie aussi, il y a une « cohabitation » des deux formes de démocratie. En même temps, en Hongrie, la démocratie indirecte est la forme dominante. Comme déjà expliquées plus haut, ces deux formes ne sont pas alternantes et ne peuvent pas se détruire l'une l'autre⁴⁴.

Selon le constitutionnaliste hongrois, Csaba Erdős, la notion de démocratie directe peut être entendue comme englobant :

- toutes les modalités de participation directe qui
- offrent une opportunité aux électeurs
- à travers des procédures juridiquement réglées
- (dans lesquelles ils participent volontairement) – on pourrait ajouter
- de prendre une décision ou bien d'influencer celle-ci
- en répondant à des questions relevant de domaines importants du débat public⁴⁵.

Selon la position de la doctrine et celle retenue dans la jurisprudence constitutionnelle hongroise, le droit de pétition, le droit de réunion, le droit de participer à un référendum (et dans certains contextes, le droit de vote lié aux référendums) – au niveau local et national –, le droit d'initiative populaire européenne (depuis la nouvelle loi de 2013 portant sur les droits liés à la démocratie directe) sont inclus dans le groupe des « droits relatifs à la participation dans la vie publique » et garantie au niveau législatif et constitutionnel⁴⁶.

Du point de vue des droits fondamentaux⁴⁷, le droit de vote et le référendum sont très proches et, ensemble, sont les garants de la participation effective à l'exercice du pouvoir. Dans la Loi fondamentale de 2011, le droit de participer aux référendums a été inclus dans le chapitre relatif aux libertés et responsabilités (à l'article XXIII). Il est donc considéré comme étant un droit fondamental (lié à l'éligibilité aux élections locales et nationales).

On peut aussi classer les différentes modalités de participation sur la base de la décision prise. Dans ce cas, les modalités à visée consultative ne doivent pas être considérées comme des outils de démocratie directe.

Faisant de la « participation directe » une condition indispensable dans la prise de décision, l'approche de la « démocratie participative » élargit les frontières de cette classification, mais en même temps –

⁴⁴ Autrement dit, la forme directe est exceptionnelle et ce principe d'exceptionnalité a été déjà abordé par la Cour constitutionnelle en 1997. Dans l'arrêt n° 52/1997 (X.14) AB, elle a notamment déclaré que la forme directe est exceptionnelle par rapport à la forme indirecte, mais si elle est exercée, les organes de démocratie indirecte deviendraient « exécutifs », du fait qu'ils seraient tenus par la décision populaire. Le résultat de ce « fait constitutionnel » est la création des « moratoriums » législatifs, dans le sens que la décision populaire concerne seulement les sujets qui sont pertinents au regard des compétences du pouvoir législatif. En échange, certaines compétences/décisions législatives ne peuvent pas

être influencées par des décisions populaires pendant un délai fixe, qui est de 3 ans aujourd'hui.

⁴⁵ Cs. Erdős, « A közvetlen demokrácia fogalmának nyomában », *Jog – Állam – Politika*, 2018, p. 33.

⁴⁶ G. Kurunczi, « Az általános és egyenlő választójog elvével összefüggő kihívások alkotmányjogi elemzése a magyar szabályozás tükrében », thèse de doctorat, Université Catholique Péter Pázmány, 2019, p. 23.

⁴⁷ Voir, par exemple : E. Bodnár, « A választójog és más alapjogok kapcsolata », in *ELTE Jogi Tanulmányok*, p. 123-134 : https://edit.elte.hu/xmlui/bitstream/handle/10831/35157/Jogi_tan_2012_1_Bodnar_Eszter_p_123-134.pdf.

affirment certains auteurs⁴⁸ – relativise la distinction entre démocratie directe et représentative. Une approche moins vaste (et donc plus précise) peut être celle qui traite ces deux notions (démocratie participative et démocratie directe) comme étant synonyme. À titre d'exemple, peut être citée la formulation retenue dans l'article XXIII de la Loi fondamentale, spécifiant un droit de participer aux référendums.

Au niveau de la définition retenue dans la jurisprudence constitutionnelle hongroise, on peut distinguer deux temps : celui qui a suivi l'adoption de la Constitution en 1989 et celui qui a débuté avec l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale de 2011.

Après l'adoption de la nouvelle Constitution hongroise, au moment du changement de régime, l'intention d'un renforcement le plus vaste possible des modalités de participation citoyenne était naturellement présente dans le contexte de la nouvelle démocratie hongroise, élaborée et précisée par la Cour constitutionnelle.

En l'absence d'une définition claire de la notion de démocratie directe, en ce qui concerne notamment la relation avec les pouvoirs de l'Assemblée nationale (démocratie représentative), la Cour constitutionnelle s'est octroyé une marge d'appréciation vaste, faisant preuve d'activisme dans l'établissement des cadres constitutionnels et juridiques de la démocratie directe en Hongrie (arrêt n° 28/1990 [XI.9.] AB). De l'avis de la Cour, seuls les outils obligeant l'Assemblée nationale de prendre une décision doivent être considérés comme des instruments de démocratie directe. Tel n'est pas le cas des consultations, qui n'impliquent aucune obligation pour les parlementaires.

Cette position a été renforcée dans les années 2000. Dans l'arrêt n° 40/2005 (X.19)

AB notamment, la Haute juridiction a souligné qu'à partir du moment où la consultation ne constitue pas une participation directe à la prise de décision, du fait du caractère non obligatoire pour les autorités publiques des résultats obtenus, cette forme participative ne peut pas être considérée comme un instrument de démocratie directe.

Dans l'arrêt n° 109/2008 (IX.26.) AB, les juges constitutionnels ont ajouté que l'absence d'une consultation sociale faisant partie d'une procédure législative ne met pas en danger le principe de souveraineté populaire.

Par l'arrêt n° 52/1997 (X.14.) AB, ont été définies deux conditions en ce qui concerne les modalités d'exercice de la démocratie directe :

- l'existence d'une initiative, et
- l'existence de la « force exécutoire » de la décision.

La Cour constitutionnelle a aussi souligné que lorsque les outils de la démocratie directe sont mis en œuvre, la représentation parlementaire, qui exerce la démocratie indirecte, prend un rôle d'« exécutif », dans le sens où l'Assemblée devient l'organe qui assure l'exécution de la décision populaire par l'adoption de la législation spécifique dans le domaine de la décision.

La Cour a aussi établi, dans l'arrêt n° 25/1999 (VII.7.) AB, qu'une décision adoptée par référendum ne peut pas impliquer une modification « cachée » de la Constitution, du fait que le pouvoir constituant peut être exercé par l'Assemblée nationale uniquement. Cette jurisprudence a été constitutionnalisée lors de l'adoption de la Loi fondamentale, qui contient une liste de « domaines interdits » aux procédures référendaires.

Plusieurs jurisprudences peuvent aussi être relevées en ce qui concerne les liens et les lignes de démarcation entre les

⁴⁸ E. Bodnár, « Választójog » in A. Jakab, M. Könczöl, A. Menyhárd, G. Sulyok (dir.), *Internetes*

Jogtudományi Enciklopédia :
<http://ijoten.hu/szocikk/valasztojog>.

différents aspects de la participation citoyenne.

Dans l'arrêt n° 987/B/1990 (VII.9.) AB a été évoquée la question de la différence entre le droit de pétition (y compris le droit de plainte, recommandation et de demande) et le référendum, sous l'angle de la participation populaire et citoyenne dans l'exercice du pouvoir public. La Cour constitutionnelle a conclu que le droit de pétition est un des droits fondamentaux garantis aux citoyens et le référendum est une forme définitive d'exercice du pouvoir public, lié au principe de souveraineté populaire et qui n'est pas réalisé par une demande, pétition dans le sens d'une simple démarche qui relève des « actions quotidiennes ».

Par l'arrêt n° 18/1993 (III.19) AB, la Cour constitutionnelle a établi l'existence d'un lien entre le droit de vote et le référendum comme outil de démocratie directe, en déclarant que seuls les citoyens qui sont éligibles peuvent participer aux référendums et possèdent le droit de vote actif. Cette exigence a été également constitutionnalisée. La Loi fondamentale hongroise garantit le droit de participer aux référendums dans le chapitre dédié aux droits fondamentaux, à l'article XXIII notamment.

En effet, l'esprit de la Loi fondamentale hongroise est dominé par le principe de la démocratie indirecte⁴⁹, mais les outils de démocratie directe y sont également reconnus et réglementés, ce qui facilite l'influence populaire en termes de prise de décisions démocratiques.

Certaines jurisprudences constitutionnelles font état de nouvelles évolutions après l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, qui constituent des développements du discours

constitutionnel autour de la notion de démocratie directe. Dans l'arrêt n° 13/2016 (VII.18) AB, la Cour constitutionnelle a dû se prononcer au sujet de l'exercice du droit de réunion, à la suite d'un défilé organisé devant le domicile privé du Premier ministre. La Cour a déclaré que le droit de réunion est l'un des plus importants droits de communication et, dans cette qualité, il peut être considéré comme une modalité d'exercice de la démocratie directe, en raison notamment de sa fonctionnalité. Suivant cette logique, la participation sociale dans les procédures de législation, à travers d'autres outils que le référendum, devrait aussi être considérée comme relevant de la démocratie directe, mais ce n'est pas la position de la Cour constitutionnelle, d'après sa jurisprudence constante.

En ce qui concerne le droit de pétition, dans l'ordonnance n° 3315/2017 (XI.30.) AB, la Cour constitutionnelle a déclaré que, par le droit de pétition garanti à l'article XXV de la Loi fondamentale, doivent être entendues toutes les demandes, requêtes, plaintes et recommandations qui sont engagées en dehors des procédures judiciaires et administratives.

Un autre outil important de participation, introduit en 2012, est la plainte constitutionnelle dite « exceptionnelle ». Dans le cadre de cette procédure, la saisine de la Cour constitutionnelle n'implique pas l'existence d'une décision judiciaire préalable, comme c'est le cas pour les autres types de plainte dont disposent les citoyens. Par la plainte « exceptionnelle », les citoyens peuvent en effet exercer leur droit de recours direct dans le cas où une norme législative porte atteinte aux droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale⁵⁰.

⁴⁹ Le principe d'exceptionnalité a été élaboré par l'arrêt n° 52/1997 (X.14) AB.

⁵⁰ Dans l'examen de ces plaintes, la Cour constitutionnelle (comme pouvoir législatif négatif) peut aussi librement se prononcer si la situation anticonstitutionnelle intervient à cause d'une omission législative. Dans ce cas, la Haute juridiction

va ordonner à l'Assemblée de remédier à cette situation préjudiciable aux droits fondamentaux par l'adoption de nouvelles mesures législatives. En effet, l'adoption de la loi sur le droit de réunion, en 2018, est intervenue en réponse à l'arrêt n° 13/2016 (VII.18) AB, dans lequel la Cour a établi une omission législative entraînant des erreurs judiciaires dans les cas d'une

En ce qui concerne la recevabilité de toutes plaintes constitutionnelles à l'issue de ces démarches, la Cour constitutionnelle applique l'article 29 de la loi n° LI de 2011 portant sur la Cour constitutionnelle⁵¹. Selon cet article, les requérants doivent démontrer :

- que la décision est entachée d'inconstitutionnalité (sur le fond)⁵² ou
- qu'elle soulève un problème de droit constitutionnel d'importance fondamentale⁵³.

En tant que condition supplémentaire de recevabilité des plaintes, la loi exige l'existence d'un « cas individuel » (*egyedi ügy*). Par conséquent, le requérant doit être atteint en personne par la loi/jugement en question dans le cadre d'une affaire individuelle. Il doit aussi démontrer son statut de « victime », comme cela est le cas dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Si cette condition appelle des difficultés particulières, la Cour constitutionnelle, tout comme la Cour strasbourgeoise, s'octroie une marge d'appréciation libre en ce qui concerne le statut de victime du requérant.

Par exemple, dans l'arrêt n° 28/2015 (IX. 24), la Cour constitutionnelle s'est prononcée au sujet du statut de victime par rapport à une décision de la Cour suprême concernant l'examen d'une question proposée au référendum en ce qui concerne la réforme du système des retraites. Elle a jugé qu'« En examinant les conditions de recevabilité sur le fond, la Cour déclare que les personnes physiques ont considéré être atteintes par la décision

en question en personne, mais les organisations civiques ne sont pas atteintes en personne. Comme déjà établi par la Cour dans sa jurisprudence antérieure, les membres des syndicats ne peuvent pas agir au nom d'autres personnes, ils peuvent déposer des plaintes constitutionnelles à la Cour au regard de leurs propres droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale. Le syndicat peut être atteint si les actes mis en cause étaient directement en connexion avec l'activité syndicale de représentation des intérêts. »⁵⁴.

Dans l'ordonnance n° 3287/2014 (XI.11) AB (§ [15]), prononcée dans un autre litige concernant les résultats d'une élection de maire, la Cour constitutionnelle a jugé qu'une personne physique peut être considérée comme « atteinte en personne » par la décision judiciaire dans le domaine des élections locales des maires si la détermination des résultats des élections influence son propre statut directement. Autrement dit, le président de circonscription électorale ne peut pas saisir la Cour comme un membre d'un parti politique.

Dans le cas des plaintes « exceptionnelles », la recevabilité est une question très importante parce que c'est le contexte exact qui distingue ces plaintes du contrôle *a posteriori* des normes en général – un outil ni individuel ni direct dans le système hongrois à présent.

Les requérants disposent de 180 jours à partir de l'entrée en vigueur d'une loi pour saisir la Cour lorsqu'ils estiment que celle-ci porte atteinte à leurs droits et libertés

mise en concurrence du droit de réunion et du droit au respect de la vie privée. L'on voit donc que, par la technique de déclaration des omissions législatives, la Cour constitutionnelle peut attirer l'attention de l'Assemblée nationale sur des questions très importantes relatives à la protection des droits fondamentaux.

⁵¹ Voir : <https://hunconcourt.hu/act-on-the-cc/> (disponible en anglais).

⁵² Dans ce cas, la décision est examinée par rapport à l'obligation des juges d'appliquer la Constitution et de l'interpréter en harmonie avec les dispositions de la Constitution.

⁵³ Par exemple, le statut des preuves électroniques illicites au regard de la protection de la vie privée dans le cadre de la procédure civile (droit de la famille) a été considéré comme une question d'importance fondamentale en 2017. Cf., arrêt n° 3312/2017 (XI. 30.) AB. Adrienn Nagy analyse cette décision dans *Miskolci Jogi Szemle* (Revue de Droit de l'Université de Miskolc) : https://www.mjsz.uni-miskolc.hu/files/10825/23_nagyadrienn_tördelt.pdf (disponible en hongrois).

⁵⁴ Voir § 21 de la décision.

garantis par la Loi fondamentale ⁵⁵. En l'absence d'un cas individuel, d'autres liens entre la norme mise en cause et le requérant sont examinés par la Cour.

Au fur et à mesure des litiges, des conditions de recevabilité ont été établies dans ce type de recours également, qui se rapprochent à nouveau de celles appliquées devant la Cour européenne des droits de l'homme.

La plainte « exceptionnelle » peut aussi être utilisée dans le domaine référendaire. Dans les 15 jours suivant la décision de l'Assemblée nationale d'ordonner ou non un référendum, la Cour constitutionnelle peut être saisie par n'importe qui (« *bárki* »). Cette possibilité est peu utilisée, la réticence pouvant être due aux limitations législatives en ce qui concerne les compétences de la Cour constitutionnelle. Par exemple, la Cour peut exclusivement procéder à l'examen de telles plaintes au cas où les circonstances ont substantiellement changé depuis l'approbation par la Commission nationale des élections des fiches de signatures et ces changements n'ont pas pu être pris en compte par la Commission au moment où elle a émis la décision d'approbation de la question prévue pour le référendum ou par la Cour suprême, lorsqu'elle s'est prononcée en appel sur une éventuelle décision de non-approbation. La Cour constitutionnelle est aussi limitée dans l'examen au fond des plaintes, c'est-à-dire sur le contenu de la question proposée pour référendum.

En pratique, la voie directe individuelle (dite « réelle ») de la plainte de type allemand de *Urteilsverfassungsbeschwerde* est utilisée par les requérants contre les décisions de la Cour suprême (*Kúria*) prises sur les questions mentionnées dans le cadre

des procédures d'approbation des fiches de signatures et de la question proposées pour référendum.

En somme, comme on peut le constater, par toutes ces formes de plaintes, les trois branches du pouvoir peuvent être soumises au contrôle initié par les individus et leurs associations :

- les actions publiques du Gouvernement et de l'Assemblée nationale, au niveau de leur travail législatif (outre les différentes formes de contrôle *a posteriori* des normes, initié par des acteurs publics) ;
- l'action publique en termes d'application des lois et l'obligation découlant de l'article 28 de la Loi fondamentale, qui précise que : « Lors de l'application du droit, les tribunaux interprètent, en premier lieu, les normes juridiques en adéquation avec l'objectif qu'elles poursuivent et conformément à la Loi fondamentale. Lors de l'interprétation de la Loi fondamentale et des normes juridiques, il faut considérer que celles-ci servent d'objectifs économiques conformes à la morale, au bon sens et au bien public. ».

III – « Par le peuple et pour le peuple » ? L'apport de la Cour constitutionnelle hongroise au processus démocratique

Dans les développements précédents, ont été abordées les questions relatives à l'origine historique, constitutionnelle et juridique des différents outils de la démocratie directe en Hongrie, ainsi que la jurisprudence élaborée par la Cour constitutionnelle en la matière dans le

⁵⁵ La Cour a déclaré plusieurs fois que si les normes (lois) mises en cause par les plaintes touchent (directement, actuellement et en fait) sur la propre personne ou des relations juridiques du requérant résultant d'une infraction à ses propres droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale, ils

sont atteints en personne. Donc, si la norme (loi) n'est pas appliquée contre le requérant, la CCH ne le considère pas comme étant « atteint en personne » (contrairement à l'esprit de l'*actio popularis*, où les requérants pouvaient saisir la Cour sans être nécessairement atteints par la loi [norme] en question).

cadre des procédures engagées devant elle lorsque les droits politiques fondamentaux étaient violés.

Le rôle de la Cour a été fondamental dans la résolution des ambiguïtés relevées, en créant une « Constitution invisible »⁵⁶ et en remédiant aux vides législatifs à travers ses interprétations. À de nombreuses reprises, elle a aussi demandé à l'Assemblée nationale d'adopter de nouvelles dispositions législatives. Les premiers arrêts de la Haute juridiction ont concerné la nature exceptionnelle de la démocratie directe par rapport à la démocratie représentative. Entre 1989 et 1998, trois référendums, sur un total de douze initiatives, ont été ordonnés par l'Assemblée nationale, qui ont connu un taux de participation d'autour de 40 % seulement.

Avec les amendements intervenus en 1998, le contrôle préalable des initiatives a été pris en charge par la Commission nationale des élections. Aujourd'hui encore, elle s'occupe de l'enregistrement et de l'approbation des questions et des fiches de signatures. Vers 2007, le nombre des initiatives populaires s'est considérablement multiplié. Pour rappel, entre octobre 2006 et février 2008, 465 initiatives ont été déposées devant la Commission et dans 148 cas, la Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours.

En même temps, comme nous l'avons déjà relevé, a été constatée une « banalisation » du référendum, certaines questions posées, telles que la commercialisation gratuite de la bière ou l'éventuelle possibilité pour une actrice célèbre hongroise de films pour adultes de devenir Première ministre, témoignant d'initiatives fantaisistes. En plus, ces questions ont dû être traitées par la Cour

constitutionnelle du fait des recours dont elle a été saisie, ce qui l'empêchait de facto de focaliser son action sur le contenu constitutionnel proprement dit. Raison pour laquelle la réforme des compétences de la Cour est intervenue en 2011-2012⁵⁷.

Dans ce contexte, comment est entendu en Hongrie le libellé « par le peuple » et « pour le peuple », emprunté de la fameuse définition de la démocratie du Président Lincoln ?

La Hongrie est un pays où les différentes formes d'exercice de la démocratie directe sont rarement utilisées. En même temps, leur exercice dispose d'un effet très extensif en ce qui concerne la législation. L'adaptation du modèle kelsenien de justice constitutionnelle – une Cour élue « par le peuple » fonctionnant « pour le peuple » comme législateur négatif – visait comme objectif la consolidation du système juridique. Le filtrage des « anomalies systémiques » de la législation était plus important, ce qui favorisait la construction d'une confiance populaire dans le système juridique et politique, ainsi que dans l'administration de la justice. Les compétences de la Cour visant le contrôle des normes étaient très largement définies sous l'*actio popularis*. N'importe qui pouvait saisir la Haute juridiction, souvent même sans justifications sur le fond.

Par la Loi fondamentale entrée en vigueur en 2012, ce rôle de garant de la Cour constitutionnelle des principes « par le peuple » et « pour le peuple » a été transformé. L'*actio popularis* a été supprimée, mais la plainte exceptionnelle a été introduite comme nouvel outil pour permettre aux citoyens d'exercer un contrôle direct sur la législation parlementaire et gouvernementale. Les règles visant le contrôle des juridictions

⁵⁶ Selon la fameuse notion élaborée par le premier Président de la Cour et futur Président de la République, László Sólyom, dans l'arrêt 23/1990 (X.31.) AB sur l'abolition de la peine de mort en Hongrie.

⁵⁷ Au total, entre 1998 et 2011, l'Assemblée nationale a ordonné trois référendums : en 2003 (l'adhésion

hongroise à l'UE), en 2004 (le support des Hongrois outre-frontières) et en 2008 (frais de visites médicales, frais journaliers dans les hôpitaux et les frais d'éducation).

ordinaires, préalablement faibles, ont été renforcées (sous différentes formes de plaintes constitutionnelles).

En ce qui concerne la réglementation du référendum, quelques points notables doivent être soulignés. Premièrement, la loi sur le référendum spécifie un taux minimum pour les initiateurs, entre 20 et 30 personnes qui doivent signer les fiches de signatures contenant la question. Ceci pour démontrer une base de support sociétal minimum de l'initiative (« par le peuple »). En outre, le Gouvernement et le Président peuvent aussi initier un vote populaire « pour le peuple » sur des sujets relevant des domaines prévus pour les initiatives populaires, ce que le Gouvernement a fait à deux reprises en réponse aux consultations nationales.

Deuxièmement, un système de vérification a été introduit en ce qui concerne la formulation de la question posée. Or, le processus démocratique peut être influencé par la manière dont les questions sont posées. La première vérification est faite par la Commission nationale électorale et en appel, par la Cour suprême (*Kúria*).

En troisième lieu, les initiateurs du référendum peuvent déposer une plainte dite « réelle » (de type allemand) devant la Cour constitutionnelle contre la décision de la Cour suprême si cette décision les touche personnellement.

Un autre point important doit être souligné en ce qui concerne la possibilité de saisine de la Cour constitutionnelle, individuellement ou à travers une association, au « service de l'intérêt général », c'est-à-dire « pour le peuple », en vue notamment d'obtenir une extension de la protection des droits fondamentaux, au cas par cas.

Après 2012, une nouvelle voie de plainte constitutionnelle « réelle » (contre un jugement prononcé par une juridiction ordinaire ou administrative) a été créée. Elle peut être utilisée dans le domaine des élections et des référendums lorsque la

Commission nationale des élections prend des décisions (administratives) à cet égard.

À titre d'exemple, pourrait être cité l'arrêt n° 19/2016 (X.28.) AB de la Cour constitutionnelle qui a porté sur la question d'une publicité télévisée, qui n'était pas présentée en tant que publicité politique, mais qui visait de *facto* la mobilisation sociale, encourageant les citoyens à exercer leur droit de vote lors du « référendum migratoire » de 2016. La Commission nationale des élections a rejeté la pétition dont elle a été saisie concernant cette publicité. En appel, la Cour suprême a condamné le fournisseur de services télévisés pour non-respect de la prohibition des publicités politiques avant le référendum, prévue dans la loi sur la procédure électorale.

Le fournisseur a saisi la Cour constitutionnelle d'une plainte constitutionnelle « réelle ». Sous l'angle du respect de la liberté de la presse, la Haute juridiction a conclu que la Cour suprême s'est trompée dans la qualification des faits, en estimant que le contenu de la publicité en cause constituait une publicité politique. Ce faisant, elle a méconnu les droits du fournisseur de services télévisés de déterminer librement le contenu des informations médiatisées.

Initialement, la Cour constitutionnelle ne disposait pas d'outils juridiques pour se prononcer au sujet de certaines phases des processus démocratiques. Désormais, elle peut examiner le contenu des lois portant sur les procédures électorales en cas de soupçons d'inconstitutionnalité dans l'arrêt n° 3086/2016 (IV.26.) AB, par exemple, a été examinée la question du vote par correspondance à la suite d'une plainte « exceptionnelle », par laquelle était demandée la déclaration d'inconstitutionnalité de plusieurs articles de la loi sur la procédure électorale de

2013⁵⁸, réglementant les conditions de vote des personnes qui ne disposent pas d'un domicile en Hongrie. Le requérant soutenait qu'il habitait trop loin de l'ambassade, ce qui constituait une limitation dans l'exercice de son droit de vote. Or, les personnes ayant un domicile en Hongrie ne subissaient pas de telles limitations. Il demandait à la Cour de constater une omission législative en ce domaine. En réponse, la Haute juridiction a conclu qu'en cas de nécessité, le pouvoir législatif peut librement changer les règles de vote, mais il s'agit d'une décision relevant exclusivement de sa propre responsabilité. Elle a rejeté la plainte après un examen au fond.

Dans les analyses ci-dessus, nous avons également invoqué d'existence d'un recours direct contre l'ordonnance de l'Assemblée nationale visant l'organisation ou non d'un référendum. Cette ordonnance peut être attaquée par l'*actio popularis* (« par le peuple ») dans les 15 jours suivant son édicition. C'est le seul scénario où la législation a conservé cette voie de saisine. La Cour dispose d'un délai de 30 jours pour rendre une décision.

Ainsi, dans l'arrêt n° 12/2016 (VI.22.) AB, les trois requérants soutenaient que la décision parlementaire approuvant le référendum allait à l'encontre de plusieurs articles de la Loi fondamentale. Or, la question portant sur la migration ne relevait pas de la compétence législative. Un des requérants soutenait aussi que les circonstances avaient substantiellement changé en raison de la publication par la Commission européenne d'une proposition concernant le cadre européen commun visant la gestion de la migration. Au moment où les autorités nationales se sont prononcées sur l'initiative, elles n'avaient pas connaissance de cette proposition.

Après avoir examiné les arguments des requérants, la Cour constitutionnelle n'a pas annulé l'ordonnance parlementaire sur

le référendum. En ce qui concerne la question de l'incompétence parlementaire, la Cour a déclaré que cette vérification peut être faite au cours de la phase d'approbation de la question, du fait qu'il s'agit de son contenu. Par conséquent, elle ne pouvait pas répondre favorablement à la requête.

Au niveau des conséquences des décisions prononcées par la Cour constitutionnelle, a été mentionnée la déclaration d'inconstitutionnalité résultant d'une omission législative. C'est évidemment une conséquence qui existe « pour le peuple », le pouvoir législatif ayant l'obligation de créer les règles nécessaires pour réglementer certaines relations sociales. L'arrêt n° 13/2016 (VII.18) AB, dans lequel la Cour a constaté une omission législative de la part de l'Assemblée nationale en ce qui concerne la mise en balance du droit de participation citoyenne et la garantie du droit à la vie privée, en est un exemple.

Ensuite, dans l'arrêt n° 6/2017 (III.10.) AB, la Cour constitutionnelle a relevé une omission *ex officio*, en raison de l'absence, dans la loi XXXVI de 2013, de garanties suffisantes dans le cadre de la procédure engagée devant la Commission nationale des élections et la procédure d'appel.

L'introduction des différentes formes de plaintes, notamment la « réelle » et l'« exceptionnelle » – a fondamentalement changé le système juridique hongrois, assurant la possibilité d'exercer effectivement les droits politiques et d'agir « par le peuple et pour le peuple ». Toutefois, l'observation des effets que ces procédures ont eus sur le système dans le domaine de la démocratie directe, et notamment des référendums, nous permet de constater qu'il n'y a pas eu de bouleversements majeurs.

Avant 2012, la Cour constitutionnelle examinait – en première instance – des recours portant sur des questions relatives à

⁵⁸ 2013. évi XXXVI. Törvény a választási eljárásról.

la démocratie directe. Avec l'introduction de la *Kúria* (la Cour suprême), le contrôle de la Cour constitutionnelle intervient en cas d'existence de décisions prononcées par des juridictions ordinaires. Comme elle l'a déclaré elle-même dans l'arrêt n° 3140/2014 AB (§ 15), « la Cour constitutionnelle fait partie de la justice électorale au cas où il y a une violation des droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale à l'issue d'une décision prononcée par une juridiction ordinaire ». La nouvelle loi sur la procédure électorale adoptée en 2013 a finalement ouvert les voies de recours devant la Cour constitutionnelle dans les affaires électorales.

En somme : dans l'expérience constitutionnelle et politique hongroise, le cadre normatif relatif à la démocratie directe et, plus particulièrement, aux référendums, refait surface de manière cyclique, mais plutôt rarement dans le discours public et académique. Si le législateur décide d'effectuer des réformes électorales, comme cela a été le cas dans les années 2012-2014, le nombre d'arrêts de la Cour constitutionnelle pourrait augmenter à l'avenir aussi, ce qui favoriserait la continuation de nos débats sur son apport au processus démocratique.

Márton SÜLYOK

*Dr. Jur., Ph.D en droit et sciences politiques,
chargé de cours à l'Institut de Droit Public,
Faculté de droit et sciences politiques,
Université de Szeged (Hongrie),
Directeur du Centre de Droit Public
de l'École de Droit de MCC
(Mathias Corvinus Collegium) à Budapest
(Hongrie)*

LES MESURES INTRODUITES EN POLOGNE, SLOVAQUIE ET HONGRIE FACE À LA CRISE HUMANITAIRE DÉCLENCHÉE PAR LA GUERRE EN UKRAINE

I – La décision d'exécution (UE) 2022/382 du 4 mars 2022 instaurant un régime de protection temporaire pour les personnes déplacées d'Ukraine

L'invasion de l'Ukraine par la Russie a entraîné la plus grande crise humanitaire depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale⁵⁹. Le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés estime qu'il y a 8,2 millions de personnes déplacées en Europe en provenance d'Ukraine⁶⁰.

La catastrophe humanitaire a conduit l'Union européenne à accorder, pour la première fois, un régime spécial de protection temporaire aux personnes déplacées, sur la base des dispositions de la directive 2001/55/CE du 20 juillet 2001 « Relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil »⁶¹.

La directive avait été adoptée à la suite des déplacements massifs auxquels on a assisté en Europe en raison des conflits armés dans les Balkans occidentaux, en particulier en provenance de la Bosnie-Herzégovine et du Kosovo, mais elle n'avait pas encore été appliquée⁶². La crainte que la protection temporaire puisse constituer un « facteur d'attraction » pour les migrants avait conduit les États membres à adopter une position prudente⁶³.

⁵⁹ <https://ukraine.un.org/en/175836-war-has-caused-fastest-and-largest-displacement-people-europe-world-war-ii>.

⁶⁰ <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>.

⁶¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055>.

⁶² Voir :

www.consilium.europa.eu/fr/infographics/temporary-protection-displaced-persons/.

⁶³ A. Corraja, M. Ineli Ciger, L. Vosyliute, L. Brumat, *The EU grants temporary protection for people fleeing*

Le système commun de protection temporaire est un mécanisme d'urgence de l'Union européenne, activé dans des circonstances exceptionnelles, caractérisées par un « afflux massif de personnes déplacées en provenance de pays tiers » – qui ne peuvent retourner dans leur pays d'origine en raison de conflits armés ou de violations systématiques et généralisées des droits de l'homme – pour fournir une protection « immédiate et collective » aux individus et réduire la pression pesant sur les régimes d'asile nationaux des pays membres de l'Union européenne.

L'existence d'un afflux massif de personnes déplacées est constatée par une décision du Conseil, adoptée à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, qui identifie les groupes spécifiques de personnes auxquelles s'appliquera la protection temporaire et la date de la mise en œuvre de la protection temporaire (art. 5). Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour que les bénéficiaires de la protection temporaire disposent de titres de séjour.

De plus, les États membres assurent aux bénéficiaires de la protection temporaire l'accès au marché du travail, au logement, à l'assistance sociale et médicale et, pour les enfants/jeunes non accompagnés, la tutelle légale et l'accès à l'éducation (art. 8 à 14). La durée de la protection temporaire est d'une année, qui peut être automatiquement prorogée pour une seconde année. Pour ce qui concerne la prorogation du régime de protection temporaire pour une année supplémentaire, le Conseil peut décider à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission (art. 4).

Venant aux faits d'Ukraine, dans ses conclusions du 24 février 2022, le Conseil européen a fermement condamné

l'agression russe « non provoquée et injustifiée » contre l'Ukraine⁶⁴. Ensuite, le 4 mars 2022, le Conseil européen, sur proposition de la Commission, a approuvé à l'unanimité la décision d'exécution (UE) 2022/382 « Constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire »⁶⁵.

Le Conseil européen a souligné la situation « extraordinaire et exceptionnelle » produite par le conflit en Ukraine (considérant 16), ainsi que de la forte pression migratoire exercée aux frontières orientales de l'Union du fait des hostilités, notamment sur la Pologne, la Slovaquie, la Hongrie et la Roumanie (considérant 5). Dans les analyses qui suivent, on essaiera donc de comprendre comment la Pologne, la Slovaquie et la Hongrie ont mis en œuvre la décision d'exécution (UE) 2022/382, dans le contexte de la crise humanitaire liée au conflit en Ukraine.

La protection temporaire s'applique aux personnes déplacées d'Ukraine, et en particulier aux « ressortissants ukrainiens », aux « apatrides et ressortissants de pays tiers autres que l'Ukraine, qui ont bénéficié d'une protection internationale ou d'une protection nationale équivalente en Ukraine avant le 24 février 2022 » et aux membres de leurs familles. De plus, les États membres appliquent la décision d'exécution ou une protection adéquate en vertu de leur droit national à l'égard des apatrides et des ressortissants de pays tiers autres que l'Ukraine qui résidaient légalement sur le territoire de l'Ukraine, sur la base d'un titre de séjour permanent en cours de validité délivré conformément au droit ukrainien, et qui ne sont pas en mesure de rentrer dans leur pays ou leur région

war in Ukraine : time to rethink unequal solidarity in EU asylum policy, CEPS Policy Insights, n° 9, 2022.

⁶⁴ www.consilium.europa.eu/media/54495/st00018-en22.pdf.

⁶⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382>.

d'origine (article 2, paragraphes 1 à 3, décision d'exécution UE 2022/382).

La décision d'exécution UE 2022/382 est considérée être compatible avec les régimes nationaux de protection temporaire. Si l'État membre dispose d'un régime national plus favorable, il peut continuer à l'appliquer. En revanche, si le régime national est moins favorable, l'État membre doit garantir les droits supplémentaires prévus par la directive 2001/55/CE (considérant 17).

Le 10 octobre 2022, en raison de la continuation du conflit en Ukraine, le régime de protection temporaire a été prorogé par la Commission européenne jusqu'au 4 mars 2024.

II – La loi polonaise relative à l'assistance aux citoyens ukrainiens dans le cadre du conflit armé sur le territoire ukrainien du 12 mars 2022

Parmi les pays limitrophes de l'Ukraine, la Pologne est le pays qui a offert les meilleures conditions aux Ukrainiens. Suivant l'approbation de la décision d'exécution (UE) 2022/382, mentionnée plus haut, le Parlement polonais a adopté la loi du 12 mars 2022 relative à l'assistance aux citoyens ukrainiens dans le cadre du conflit armé sur le territoire ukrainien⁶⁶.

Ladite loi régit uniquement le « statut » des citoyens ukrainiens et des membres des leurs familles, qui sont entrés légalement sur le territoire de la Pologne en raison du conflit en Ukraine⁶⁷. La loi permet aux citoyens ukrainiens de résider en Pologne pendant une période de 18 mois et de bénéficier de la protection temporaire (ensuite prorogé jusqu'au 4 mars 2024). La protection temporaire est toutefois incompatible avec un titre de

séjour permanent/de longue durée/temporaire/toléré, le « statut » de réfugié, la protection subsidiaire, l'autorisation de séjour pour des raisons humanitaires (art. 2).

La loi régit les mesures introduites pour les citoyens ukrainiens et les membres des leurs familles (art. 14 et suivantes). En particulier, les voïvodes – les autorités représentant l'exécutif dans les régions administratives, ou voïvodies en Pologne – sont chargés de fournir des services de logement, d'assistance médicale, d'accès aux transports publics et biens de nécessité et de coordonner les activités des pouvoirs publics, des organisations non gouvernementales et des entrepreneurs dans la fourniture de ces services (art. 12).

La loi du 12 mars 2022 assure aux citoyens ukrainiens résidant légalement sur le territoire de la République et aux membres des leurs familles l'accès à l'éducation, au travail (art. 22) et le droit d'exercer des activités commerciales (art. 23). Des formes d'assistance sont prévues pour les mineurs non accompagnés (art. 25). Les citoyens ukrainiens ont également accès aux services du système de protection sociale polonais (art. 26, 29, 31) et au système médical (art. 37).

Les apatrides et les ressortissants de pays tiers autres que l'Ukraine, qui bénéficiaient de formes de protection internationale et séjournaient de manière permanente en Ukraine, peuvent eux aussi demander la protection temporaire. Leur « statut » est toutefois réglementé par la directive 2001/55/CE et par la loi du 13 juin 2003, art. 106⁶⁸, qui témoigne d'une attitude hostile des autorités polonaises à l'égard de déplacés non ukrainiens, confirmée en pratique également⁶⁹.

⁶⁶ <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/pomoc-obywatelom-ukrainy-w-zwiazku-z-konfliktem-zbrojnym-na-terytorium-19216115>.

⁶⁷ Cf. K. Kubuj, « Pologne hospitalière 2022+ ». Guerre en Ukraine – Migration – Nouveaux défis », Lettre de l'Est, n° 28, 2022 : <https://dice.univ->

[amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/lettre_de_lest_28.pdf](https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/lettre_de_lest_28.pdf).

⁶⁸ www.gov.pl/web/udsc/ochrona-czasowa-dla-cudzoziemcow-niebedacych-obywatelami-ukrainy_

⁶⁹ <https://reliefweb.int/report/poland/poland-protection-analysis-may-2022>.

En effet, des cas de racisme se sont produits à la frontière polonaise avec l'Ukraine. Un certain nombre de citoyens africains – principalement des étudiants – ont été refoulés à la frontière ou traités différemment⁷⁰. Des situations similaires se sont produites envers des citoyens ukrainiens/apatrides identifiés comme « Roms »⁷¹.

Le 13 janvier 2023, le Parlement polonais a approuvé la loi « Modifiant la loi relative à l'assistance aux citoyens ukrainiens dans le cadre du conflit armé sur le territoire ukrainien et certaines autres lois »⁷². Cette loi modifie partiellement les règles relatives au séjour des citoyens ukrainiens en Pologne. En particulier, la loi introduit un délai de 30 jours pour soumettre la demande du PESEL (numéro de sécurité sociale) pour bénéficier de la protection temporaire et introduit l'exclusion du droit de séjour en Pologne pour les citoyens ukrainiens qui bénéficient de la protection temporaire dans un autre État membre de l'Union européenne. Enfin, pour les citoyens ukrainiens qui séjournaient légalement en Pologne avant le 24 février 2022, les permis de séjour sont prorogés jusqu'au 24 août 2023.

Suivant la décision de la Commission européenne du 10 octobre 2022, la Pologne a prorogé le régime de protection temporaire. Les certificats de protection temporaire délivrés par l'Office des étrangers seront valides jusqu'au 4 mars 2024⁷³.

III – La proclamation de l'état d'urgence et les mesures introduites face à la crise humanitaire en Slovaquie

Avec une population de seulement 5,4 millions d'habitants⁷⁴, la Slovaquie est le pays le plus exposé aux risques de déstabilisation liés au conflit. Avant même de l'activation de la directive sur la protection temporaire, le 25 février 2022, le Conseil national, soit le Parlement monocaméral slovaque, a approuvé la loi n° 55/2022 « Sur certaines mesures relatives à la situation en Ukraine »⁷⁵. Cette loi modifie avant tout la loi n° 42/1994 « Sur la protection civile », en incluant l'afflux massif d'étrangers sur le territoire de la République slovaque parmi les événements extraordinaires qui peuvent conduire à la proclamation de l'état d'urgence. Cette modification a permis au Gouvernement, le 26 février 2022, de proclamer l'état d'urgence⁷⁶.

La loi n° 55/2022 modifie aussi certaines dispositions sur la protection temporaire, qui est régie par la loi n° 480/2002 « Sur l'asile ». Le nouvel article 29, paragraphe 2, prévoit que le Gouvernement peut accorder la protection temporaire « même en l'absence d'une décision du Conseil de l'Union européenne ». Le 28 février 2022, le Gouvernement a ainsi adopté la décision n° 144/2022⁷⁷ par laquelle il a octroyé la protection temporaire aux citoyens ukrainiens et aux membres de leurs familles. Ce régime a été étendu – à partir du 17 mars 2022 – aux ressortissants des pays tiers/apatrides qui bénéficiaient de la protection internationale et aux

⁷⁰ Réfugiés africains empêchés d'entrer en Pologne : l'UA dénonce un acte raciste, 1^{er} mars 2022 ; <https://maghrebemergent.net/refugies-africains-empeches-dentrer-en-pologne-lua-denonce-un-acte-raciste-video/>.

⁷¹ E. Mirga-Wójtowicz, K. Fiatkowska, "Be careful out there, in that Gypsy district" – anti-gypsyism in a war situation, Heinrich Böll Foundation in Warsaw, Warsaw, 2022; <https://pl.boell.org/en/2022/05/16/uwazajcie-tam-w-tej-cyganskiej-dzielnicy-antycyganizm-w-warunkach-wojny>.

⁷² Voir :

<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=W DU20230000185>.

⁷³ www.gov.pl/web/ochrona-en/extension-of-temporary-protection.

⁷⁴ www.worldometers.info/world-population/slovakia-population/.

⁷⁵ www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2022/55/.

⁷⁶ www.zmos.sk/vyhlasena-mimoriadna-situacia-pre-vojnu-na-ukrajine-oznam/mid/405616/.html.

⁷⁷ <https://rokovania.gov.sk/RVL/Resolution/19928/1>.

ressortissants des pays tiers/apatrides titulaires du permis de séjour permanent en Ukraine qui n'étaient pas en mesure de rentrer dans leur pays d'origine pour se conformer à la décision d'exécution (UE) 2022/382.

Suivant la proclamation de l'état d'urgence et l'octroi du régime de protection temporaire, le Gouvernement a adopté plusieurs mesures de soutien pour les personnes déplacées d'Ukraine dans les domaines économique, de l'assistance sociale, médicale et des services pour l'emploi en faveur des déplacés d'Ukraine⁷⁸. Enfin, le régime de protection temporaire a été étendu jusqu'au 4 mars 2024.

IV – La X^e révision constitutionnelle hongroise : la nouvelle réglementation de l'état d'urgence

Le 24 février 2022, avant même l'approbation de la décision d'exécution (UE) 2022/382, le Gouvernement hongrois a introduit un régime spécial de protection temporaire pour les citoyens ukrainiens et les ressortissants de pays tiers résidant en Ukraine, qui a effectivement permis à tous les déplacés d'Ukraine de bénéficier d'une forme de protection internationale en Hongrie (décret gouvernemental n° 56/2022⁷⁹).

Deux semaines plus tard, le 7 mars 2022, le Gouvernement hongrois a limité le champ d'application du régime spécial, excluant les ressortissants de pays tiers et les apatrides de la protection temporaire (décret gouvernemental n° 86/2022⁸⁰). Seuls les Ukrainiens peuvent bénéficier d'une garantie d'accès à l'assistance

médicale (art. 6) et au marché de travail, y compris le travail dans le secteur public (articles 6-7).

Dans les semaines qui ont suivi, le Gouvernement a approuvé de nombreux décrets pour gérer la crise humanitaire. Il s'est agi de « décrets d'urgence », adoptés en application de l'art. 53 de la Loi fondamentale – qui réglementait l'état d'urgence, mais ne mentionnait pas les crises humanitaires – et de la loi d'autorisation I de 2021 « Sur l'endiguement de la pandémie du Covid-19 »⁸¹.

Après le triomphe aux élections législatives du 3 avril 2022, la coalition Fidesz-KDNP a donc jugé nécessaire de présenter un projet de réforme constitutionnelle pour ajouter l'urgence humanitaire parmi les régimes d'urgence. Il faut toutefois rappeler que les régimes d'urgence avaient été réformés seulement deux ans auparavant, avec l'approbation de la IX^e révision constitutionnelle du 22 décembre 2020⁸².

Le 24 mai 2022, l'Assemblée nationale a approuvé la X^e révision constitutionnelle ainsi que la loi III de 2022 « Sur la prévention des catastrophes et la modification de certaines lois y afférentes »⁸³.

La X^e révision constitutionnelle modifie l'art. 51 de la Constitution et établit que – outre une catastrophe naturelle ou industrielle – « un état de guerre, de conflit armé ou de crise humanitaire dans un pays limitrophe » puisse également conduire à la déclaration de l'état d'urgence⁸⁴. La loi III/2022 précise que suite à la proclamation de l'état d'urgence, le Gouvernement adopte des décrets d'urgence qui permettent de suspendre/déroger à des dispositions de loi et d'introduire des mesures extraordinaires (art. 1). La

⁷⁸ www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2023/155/20230501.html.

⁷⁹ Voir :

<https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A2200056.KO&dbnum=1>.

⁸⁰ https://helsinki.hu/en/wp-content/uploads/sites/2/2022/03/HUgovdecree_implimenting_councildecision_tempprotEN.pdf.

⁸¹ Voir :

<https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2100001.tv>

⁸² mkogy.jogtar.hu.

⁸³ www.parlament.hu.

⁸⁴ www.parlament.hu/irom42/00025/00025.pdf.

X^e révision constitutionnelle et la loi III/2022 sont entrées en vigueur le 25 mai 2022 et, le même jour, le Gouvernement a proclamé l'état d'urgence lié à la guerre en Ukraine⁸⁵.

Le 8 juin 2022, l'Assemblée nationale a approuvé la loi VI/2022 « Relative à la prévention des conséquences en Hongrie d'un conflit armé ou d'une catastrophe humanitaire dans un pays limitrophe »⁸⁶, par laquelle l'Assemblée nationale a autorisé au Gouvernement d'adopter des décrets d'urgence.

La proclamation de l'état d'urgence permet à l'exécutif de « gouverner par décret », excluant l'Assemblée nationale – ainsi que les forces politiques d'opposition – de la gestion de la crise. Une grande préoccupation a été, par conséquent, exprimée par les institutions européennes concernant la stabilité des institutions démocratiques dans le contexte du régime d'exception⁸⁷.

Ensuite, la loi VI/2022 a été modifiée par la loi XLII/2022 « Relative à la prévention et à la gestion des conséquences d'un conflit armé dans un pays voisin ou d'une catastrophe humanitaire en Hongrie » du 22 novembre 2022, qui a permis au Gouvernement de prolonger l'état d'urgence pour une période maximale de 180 jours⁸⁸.

Enfin, le 5 mai 2023, l'Assemblée nationale a approuvé la loi XI/2023, qui modifia la loi XLII/2022, autorisant le Gouvernement à prolonger l'état d'urgence jusqu'au 25 novembre 2023⁸⁹. Le 11 mai 2023, le Gouvernement a donc adopté le décret n° 167/2023 prolongeant l'état d'urgence jusqu'au 25 novembre 2023.

⁸⁵ <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2200180.kor>.

⁸⁶ Voir : <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A2200006.TV&searchUrl=/gyorskereso>.

⁸⁷ L. Gall, *Hungary's New 'State of Danger'. Orban Instrumentalizes Ukraine War to Further Consolidate Power*, 08.06.2022, www.hrw.org; Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Newly declared*

V – Remarques finales

Plus d'un an après l'invasion russe de l'Ukraine, on peut formuler quelques réflexions au sujet des mesures que la Pologne, la Hongrie et la Slovaquie ont utilisées face à la forte pression migratoire aux frontières orientales de l'Union. Sur la base des données publiées par le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, du 24 février au 15 mai 2023, 5 millions de personnes ont demandé la protection temporaire dans un pays de l'Union européenne. La Pologne est la première destination pour les personnes déplacées d'Ukraine, suivie par l'Allemagne, la République tchèque, l'Espagne et l'Italie⁹⁰.

En Pologne – un pays de près de 37,7 millions d'habitants –, 1,5 million de personnes ont demandé la protection temporaire. En Slovaquie – qui a une population de 5,4 millions d'habitants – 114 000 personnes ont demandé la protection temporaire. Enfin, en Hongrie, qui compte près de 9,7 millions d'habitants, seulement 35 000 demandes de protection temporaire ont été enregistrées jusqu'au 15 mai 2023⁹¹.

Les mesures prises par la Pologne, la Slovaquie et la Hongrie présentent un ensemble de caractéristiques communes. Les trois pays ont soutenu la proposition de la Commission européenne relative à l'introduction d'un régime de protection temporaire du 2 mars 2022, qui a été approuvé par le Conseil européen à l'unanimité le 4 mars 2022 (décision d'exécution UE 2022/382).

Le principal défi dans l'application de cette décision concerne le traitement

'state of danger' in Hungary should not weaken political dialogue and parliamentary oversight, say PACE co-rapporteurs, 17.06.2022, pace.coe.int.

⁸⁸ Voir : <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2200042.tv>

⁸⁹ Voir : <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a2200042.tv>

⁹⁰ <https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine>.

⁹¹ *Ibid.*

différent réservé aux personnes déplacées, selon le pays d'origine. La solidarité avec les citoyens ukrainiens est compréhensible. Cependant, des tensions ont émergé à l'égard des ressortissants de pays tiers/apatrides qui bénéficiaient de la protection internationale et résidaient légalement en Ukraine. Dans les trois pays qu'on a analysés, l'hostilité et les retards d'octroi de la protection temporaire à ces groupes ont produit des tensions critiques dans la gestion de l'accueil⁹². On a assisté à des discriminations à l'encontre des personnes originaires de pays non européens et appartenant aux minorités roms qui, très souvent, ne possèdent pas d'actes en cours de validité ou qui sont apatrides⁹³. Par conséquent, une grande préoccupation a été exprimée au niveau international – en particulier par le Conseil d'Europe – en ce qui concerne les différents régimes de protection des apatrides/ressortissants de pays tiers non ukrainiens et des membres de leurs familles.

Arianna ANGELI

*Chercheur en droit public,
Université de Milan*

LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE ET LA PROTECTION DE PERSONNES TRANSGENRES EN CAS DE CHANGEMENT D'IDENTITÉ DE GENRE EN ROUMANIE

I – Les questions relatives à l'identité de genre

Dans la doctrine, les notions de sexe et de genre sont utilisées pour traiter un large éventail de questions, tant civiles que

pénales. Les questions civiles comprennent celles relatives à l'identité de sexe ou de genre, l'orientation sexuelle, le mariage entre les personnes de même sexe, le changement de sexe, la procréation médicalement assistée, la gestation pour autrui.

Dans le domaine du droit pénal, les questions suivantes sont généralement abordées : la criminalisation et la décriminalisation des relations sexuelles entre les personnes de même sexe, l'interruption volontaire de grossesse et la reconnaissance du droit à l'avortement pour les femmes, la criminalisation de l'incitation à la violence, à la haine ou à la discrimination, le viol, y compris la question du viol conjugal, le recours à des pratiques sadomasochistes.

Dans la doctrine et dans la pratique de la justice constitutionnelle en Roumanie, les droits fondamentaux qui ont été invoqués en relation avec la notion de sexe et de genre sont : la dignité humaine (article 1 par. [3] de la Constitution), le principe de légalité et l'État de droit (article 1 par. [5] de la Constitution), le principe d'égalité et les critères de non-discrimination (article 4 par. [2] et article 16 de la Constitution), le droit à la liberté de circulation (article 25), le droit à la vie familiale et privée (article 26 de la Constitution), la liberté de conscience (article 29), la liberté d'expression (article 30), le droit à l'éducation (article 32), la famille et les garanties du mariage (article 48).

Dans la présente étude, nous analyserons la question abordée en matière civile de la reconnaissance juridique et de la protection des personnes transgenres en cas de changement de sexe, à la fois du point de vue de la législation et de la jurisprudence en matière de droits de l'homme.

⁹² K. Babická, *Temporary Protection: Poland and Hungary Once Again Creating Their Own Rules in Breach of EU Law*, 11.04.2022, *OpinioJuris*.

⁹³ *Ukrainian Roma Refugees: A Neglected Population in Europe's Response to the Ukrainian Crisis*,

<https://ccl.org.ua/en/news/ukrainian-roma-refugees-and-discrimination-a-call-for-action-on-international-roma-day/>.

II – La réglementation nationale visant l'identité de genre

L'examen des dispositions constitutionnelles en vigueur révèle que les concepts de « genre »/ « identité de genre » ne sont pas réglementés en tant que tels. La Constitution roumaine utilise le terme « sexe » pour déterminer, à l'article 4 par. (2), les critères sur la base desquels aucune discrimination n'est autorisée : « La Roumanie est la patrie commune et indivisible de tous ses citoyens, sans distinction de race, de nationalité, d'origine ethnique, de langue, de religion, de sexe, d'opinion, d'appartenance politique, de fortune ou d'origine sociale. ».

En liaison avec l'article 16 par. (1), la Constitution consacre l'égalité formelle entre les citoyens.

La distinction entre les femmes et les hommes est également utilisée pour consacrer :

- le principe de l'égalité des chances pour accéder à des fonctions publiques (article 16 par. [3]) : « Les fonctions publiques, civiles ou militaires, peuvent être remplies, dans les conditions prévues par la loi, par les personnes ayant la citoyenneté roumaine et le domicile dans le pays. L'État roumain garantit l'égalité des chances entre les femmes et les hommes pour accéder à ces fonctions. ».

- le principe d'égalité en matière de rémunération, énoncé à l'article 41 par. (4) de la Constitution : « Pour un travail égal, les femmes reçoivent un salaire égal à celui des hommes. ».

En même temps, la Constitution utilise le terme « époux » pour désigner les conditions de fondation de la famille par le mariage entre les époux, sans distinction de sexe (art. 48 par. [1]) : « La famille est fondée sur le mariage librement consenti entre les époux, sur leur égalité et sur le droit et le devoir des parents d'assurer l'éducation, l'instruction et la formation de leurs enfants. ».

En outre, la Constitution utilise le masculin pluriel dans plusieurs situations – « citoyens » (art. 4, art. 15, art. 16), « électeurs » (art. 81), « candidats » (art. 37) – ou le masculin singulier – le « citoyen » (art. 19). Dans la Constitution, peuvent aussi être relevés des termes neutres tels que « personne » (personne physique – art. 26) ou « personnes » (personnes physiques et morales – art. 35), dont le sens est générique, sans connotation de genre. Les fonctions officielles ne sont pas féminisées et des formules telles que « sénateurs » et « députés » sont utilisées (par exemple, art. 70). La Constitution ne contient aucune distinction qui qualifie le sexe féminin (ou masculin) pour des raisons biologiques ou autres.

L'égalité formelle de tous les membres d'une communauté humaine implique l'absence de toute différence de traitement juridique entre eux sur la base de critères qui pourraient perturber le fonctionnement du groupe social ainsi constitué.

Dans l'analyse qui suit, nous estimons qu'il est nécessaire de faire la distinction entre les deux concepts : le sexe et le genre.

La notion de « sexe » est circonscrite aux caractéristiques biologiques qui marquent les différences entre les hommes et les femmes.

La notion de « genre » renvoie à un ensemble de traits psychologiques et socioculturels, y compris des éléments relevant de l'identité sociale de l'individu, qui évoluent en fonction de l'évolution de la société et de la réévaluation continue de l'interprétation du principe d'égalité et de non-discrimination sur la base du sexe.

Les deux concepts ont été analysés par la Cour constitutionnelle, dans sa décision n° 907/2020. Selon la Cour, le concept de « genre » est plus large que celui de « sexe »/ « sexualité » au sens strictement biologique, car il incorpore des éléments complexes de nature psychosociale. L'identité de genre implique également les

rôles sociaux et la discrimination fondée sur le sexe/genre. La conscience de la sexualité de l'individu est donc une composante de l'identification de genre, mais les facteurs biologiques sont complétés par des facteurs sociaux, l'identité de genre incluant la sexualité et l'adaptant aux exigences sociales.

L'État roumain a inscrit cette vision/approche dans la loi, au niveau donc infraconstitutionnel, en assumant des obligations visant essentiellement à lutter contre les stéréotypes liés au genre et à mettre en œuvre efficacement le principe d'égalité et de non-discrimination.

Ainsi, la loi n° 287/2009 sur le Code civil⁹⁴ établit à l'article 30 l'égalité devant la loi civile, disposant que « la race, la couleur, la nationalité, l'origine ethnique, la langue, la religion, l'âge, le sexe ou l'orientation sexuelle, l'opinion, les croyances personnelles, l'appartenance politique ou syndicale, l'appartenance à une catégorie sociale ou à une catégorie défavorisée, la fortune, l'origine sociale, le degré de culture et toute autre situation similaire n'ont pas d'influence sur la capacité civile ».

Le Code civil ne fait pas référence à la situation des personnes transsexuelles, mais le droit roumain régleme les effets juridiques du changement de sexe, d'abord par l'article 4 par. 2 lettre l)⁹⁵ de l'ordonnance gouvernementale n° 41/2003 sur l'acquisition et le changement administratif de nom des personnes physiques⁹⁶, puis par l'article 41¹ par. 2 lettre m)⁹⁷ de la loi n° 119/1996 sur les actes

d'état civil, respectivement l'art. 43 du même acte normatif⁹⁸.

Ces dispositions concernent, d'une part, le changement de nom à la suite d'un changement de sexe et, d'autre part, le changement de sexe dans les documents d'état civil (actes de naissance, de mariage ou de décès). Il convient de noter qu'initialement, le changement administratif de nom était effectué à la suite d'une décision judiciaire définitive de changement de sexe du demandeur, qui devait présenter aux autorités administratives un acte médico-légal attestant de son sexe. En 2022, après la condamnation de la Roumanie par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), dans l'affaire X. et Y., la législation a été modifiée⁹⁹ : le changement de nom doit être effectué à la suite d'une décision judiciaire de changement de sexe du demandeur, qui devait présenter aux autorités administratives uniquement la décision judiciaire et sans le document médico-légal indiquant son sexe.

Dans le même temps, article 19 par. 1 lettre i) de l'ordonnance gouvernementale d'urgence n° 97/2005 dispose que : « Les organes publics communaux chargés de l'enregistrement des personnes délivrent une nouvelle carte d'identité dans les cas suivants : [...] i) en cas de changement de sexe ». Les effets du changement de sexe produisent des effets juridiques en ce qui concerne les documents d'état civil, la législation roumaine prévoyant ainsi des mécanismes pour établir le changement de sexe.

⁹⁴ Republiée au *Journal officiel* n° 505/15.07.2011.

⁹⁵ « (2) Sont recevables les demandes de changement de nom dans les cas suivants : l) lorsque la personne concernée a vu sa demande de changement de sexe approuvée par une décision de justice définitive et demande à porter un nom y correspondant, après présentation d'un acte médico-légal attestant son sexe. ».

⁹⁶ Abrogée par la loi n° 105/2022, modifiant et complétant la loi n° 119/1996 sur les actes d'état civil et abrogeant l'ordonnance gouvernementale n° 41/2003 sur l'acquisition et le changement administratif de nom des personnes physiques, publiée au *Journal officiel*, n° 412/29.04.2022.

⁹⁷ Sont recevables les demandes de changement de nom dans les cas suivants : « l) Lorsque la personne concernée a vu sa demande de changement de sexe approuvée par une décision de justice définitive et demande à porter un nom y correspondant, après présentation de la décision ».

⁹⁸ Les actes de naissance et, le cas échéant, les actes de mariage ou les actes de décès contiennent des informations sur les modifications de l'état civil de la personne dans les cas suivants: (i) changement de sexe après la décision définitive de justice.

⁹⁹ Loi n° 105/2022, publiée au *Journal officiel* n° 412/29.04.2022.

De même, la loi n° 202/2002 sur l'égalité des chances et de traitement entre les femmes et les hommes ¹⁰⁰ établit une distinction entre les notions de « sexe » et de « genre » par le biais des dispositions de l'article 4 lettres (d2) et (d3), introduites par l'article 1 point (3) de la loi n° 229/2015¹⁰¹, avec le contenu suivant : d2) par sexe, on désigne l'ensemble des traits biologiques et physiologiques par lesquels se définissent les femmes et les hommes ; d3) par genre, on désigne l'ensemble des rôles, des comportements, des traits et des activités que la société considère comme appropriés pour les femmes et les hommes respectivement. Le même acte normatif définit à la lettre i-1) de l'article 4 les stéréotypes de genre comme des systèmes organisés de croyances et d'opinions, de perceptions et de préjugés consensuels sur les attributions et les caractéristiques ainsi que sur les rôles que les femmes et les hommes ont ou devraient jouer.

Ainsi, depuis 2003, le cadre juridique national régleme les obligations administratives de l'État dans les cas où une personne change de sexe. Cela implique l'acceptation légale/juridique de la perception du sexe non pas comme une simple « donnée » biologique, mais comme un élément d'identité et d'identification sociale. Il ne fait aucun doute que, pour une personne qui choisit un tel changement, le sexe biologique ne correspond pas à l'identité sexuelle qu'elle perçoit, car les deux ne sont pas toujours identiques.

Cette conception est également reflétée dans les dispositions de la loi n° 287/2009 – Code civil – qui, à travers le concept d'orientation sexuelle, prend en compte les éléments de l'identité sexuelle, tel qu'ils sont perçus par l'individu et non pas exclusivement les caractéristiques biologiques qui définissent le sexe. La reconnaissance par la loi des différences

d'orientation sexuelle et de changement de sexe implique la reconnaissance par le législateur que le sexe biologique n'est pas perçu de la même manière que le genre par tous les individus et que l'identité de genre est différente du sexe biologique.

La composante sociale du sexe/sexualité et la vision/distinction entre biologique/psychologique, contrairement aux stéréotypes imposés par la société, sont clairement exposées au niveau législatif à partir de l'année 2015, par l'amendement de la loi n° 202/2002 sur l'égalité des chances et de traitement entre les femmes et les hommes. Ainsi, la loi n° 202/2002 définit les notions de « sexe » et de « genre », une distinction renforcée par la définition du « genre » dans la Convention d'Istanbul, ratifiée un an plus tard par la loi n° 30/2016.

Parallèlement, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle reflète les changements intervenus au fil du temps dans les rôles sociaux des femmes et des hommes et l'abandon des stéréotypes de genre. Les affaires concernant l'âge de départ à la retraite des femmes et des hommes ¹⁰² ou la réglementation des congés pour les hommes pour garde d'enfants sont un exemple probant¹⁰³.

Pour ce faire, dans la décision n° 530/2008, la Cour a relevé que les modifications apportées aux mentions dans les actes d'état civil sur le fondement d'une décision de justice, dans le but d'effectuer un enregistrement correct de la population, ne concernent que la nature juridique de ces actes et le statut juridique de la personne. Elle a jugé que la reconnaissance du changement de sexe par une décision de justice définitive est nécessaire pour enregistrer de telles mentions et qu'il ne s'agit pas d'une intervention des tribunaux dans la vie intime d'une personne. Elle a conclu que le changement de sexe est un choix qui

¹⁰⁰ Republiée au *Journal officiel* n° 326/5.06.2013.

¹⁰¹ Publiée au *Journal officiel* n° 749/7.10.2015.

¹⁰² DCC n° 107/1995, DCC n° 1237/2010.

¹⁰³ DCC n° 90/2005.

appartient à la personne concernée et a un effet sur le statut social de celle-ci, lequel relève de l'ordre public.

III – Les réglementations internationales relatives à l'identité de genre

La définition de genre apparaît dans la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 7 avril 2011¹⁰⁴. La Convention repose sur l'idée selon laquelle les violences envers les femmes sont profondément sexistes et qu'elles constituent l'un des obstacles majeurs à la garantie effective de l'égalité entre les femmes et les hommes. Ainsi, conformément à l'article 3 lettre c) de la Convention, le terme « genre » désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes.

L'article 12 point 1 établit parmi les obligations générales devant permettre l'intervention des changements attendus : « Les Parties prennent les mesures nécessaires pour promouvoir les changements dans les modes de comportement socioculturels des femmes et des hommes en vue d'éradiquer les préjugés, les coutumes, les traditions et toute autre pratique fondée sur l'idée de l'infériorité des femmes ou sur un rôle stéréotypé des femmes et des hommes ». C'est par rapport à cette vision que se dessinent les obligations des États, notamment l'obligation de promouvoir le changement social et culturel, pour éradiquer les préjugés et autres pratiques fondées sur la discrimination entre les hommes et les femmes et sur les « stéréotypes de genre ».

Dans le cadre du droit de l'Union européenne (UE), la promotion de l'égalité

entre les femmes et les hommes et la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe sont des questions développées à la fois au niveau normatif et jurisprudentiel. Ainsi, en vertu des traités de l'UE, la protection contre la discrimination fondée sur le sexe a été et reste une fonction fondamentale de l'Union et l'égalité de genre est une « valeur fondamentale » (article 2 TUE) et un « objectif » (article 3 TUE). L'acceptation de l'importance sociale et économique de la garantie de l'égalité de traitement a été renforcée par la place centrale qui lui a été accordée dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

La Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi établit au point 2 que : « L'égalité entre les hommes et les femmes est un principe fondamental du droit communautaire en vertu de l'article 2 et de l'article 3, paragraphe 2, du traité, et de la jurisprudence de la Cour de justice. Selon lesdits articles du traité, l'égalité entre les hommes et les femmes constitue une mission et un objectif de la Communauté et elle a l'obligation positive de la promouvoir dans toutes ses actions ». Sur le fondement du point 3 de la même directive, la Cour de justice a considéré que le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ne saurait être réduit aux seules discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Eu égard à son objet et à la nature des droits qu'il tend à sauvegarder, ce principe s'applique également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne.

Un autre exemple relevant est la Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre

¹⁰⁴ Ratifiée par la Roumanie par loi n° 30/2016, publiée au *Journal officiel* n° 224/25.03.2016.

2012, établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil qui protège les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées (LGBTI) contre les crimes de haine. Elle inclut les critères d'orientation sexuelle, d'identité, de genre et d'expression de genre dans la reconnaissance des droits des victimes, contribuant ainsi à garantir que les victimes affectées par un crime en raison de préjugés ou de discrimination reçoivent des informations, un soutien et une protection adéquats.

Comme la Constitution roumaine, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne réglemente pas les notions de genre et d'identité de genre. Toutefois, l'absence de règles expresses à cet égard n'a pas empêché la Cour de Strasbourg de se prononcer sur ces concepts et de prendre acte des évolutions sociétales en la matière, avec pour conséquence que les États sont liés par les obligations correspondantes, notamment en ce qui concerne le principe d'égalité et le respect du droit à la vie privée (qui inclut également l'identité de genre d'une personne).

La situation des personnes transgenres figure parmi les diverses questions juridiques abordées par la Cour EDH en matière d'identité de genre. En ce qui concerne la situation de ces personnes, la jurisprudence de la Cour n'a cessé d'évoluer.

Tout d'abord, la Cour a indiqué dans son raisonnement qu'elle n'en a pas moins conscience de la gravité des problèmes que rencontrent les transsexuels, comme du désarroi qui est le leur. La Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des conditions actuelles. Partant, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu l'égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société

(point 47, voir l'arrêt du 10 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81).

Elle a ensuite constaté une violation de l'article 8 de la Convention garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale dans une affaire concernant la reconnaissance des personnes transsexuelles (point 59, voir l'arrêt du 25 mars 1992, *B. c. France*, req. n° 13343/87). La Cour a relevé qu'en France, de nombreux documents officiels contenaient des « discordances entre le sexe légal et le sexe apparent », y compris les bordereaux de versement des cotisations et les feuilles de paye. La Cour conclut que la requérante se trouvait quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée, par le refus de l'État de lui accorder la rectification de son acte d'état civil.

Ces arguments ont été repris dans d'autres affaires, comme l'arrêt du 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n° 22985/93 et 23390/94), dans lequel la Cour réaffirme que cette question doit donner lieu à un examen permanent de la part des États contractants dans le contexte où l'on constate une augmentation de l'acceptation sociale du phénomène et une reconnaissance croissante des problèmes auxquels doivent faire face les transsexuels opérés.

Dans l'arrêt du 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, la Cour a constaté la violation de l'article 8 de la Convention, montrant une tendance internationale continue, non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels, mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés.

Dans l'arrêt du 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, req. n° 35968/97, la Cour a souligné que l'identité sexuelle est l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de l'individu et, dans l'arrêt du 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, req. n° 14793/08), la Cour rappelle également que la faculté pour les

transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu.

La Cour a constaté, dans l'arrêt du 11 octobre 2018, *S.V. c. Italie*, req. n° 55216/08, la violation de l'article 8 de la Convention du fait de la rigidité du processus judiciaire de reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transsexuelles en vigueur à l'époque des faits, qui a placé la requérante, pendant une période déraisonnable, dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété.

Dans l'arrêt du 17 janvier 2019, *X c. Macédoine*, req. n° 29683/16, la Cour a constaté que les circonstances de l'affaire révèlent des lacunes législatives et de graves déficiences dans la reconnaissance de son identité qui, d'une part, laissent le requérant dans une situation d'incertitude quant à sa vie privée et, d'autre part, ils ont des conséquences négatives à long terme sur sa santé mentale.

Mais dans un arrêt du 31 janvier 2023, *Y c. France*, req. n° 76888/17, la Cour conclut que l'État défendeur n'a pas méconnu son obligation positive de garantir au requérant le respect effectif de sa vie privée et qu'il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 de la Convention par le refus des autorités nationales d'inscrire la mention « neutre » ou « intersexe » sur l'acte de naissance d'une personne intersexuée à la place de « masculin ». La Cour relève, tout d'abord, qu'un aspect essentiel de l'intimité de la personne se trouve au cœur même de la présente affaire, dans la mesure où l'identité de genre y est en cause, le requérant dénonçant une discordance entre son identité biologique et son identité juridique, source de souffrance et d'anxiété.

En outre, la Cour reconnaît que des intérêts publics sont en jeu. Elle note sur ce point qu'à la nécessité de préserver l'organisation sociale et juridique française retenue par la Cour de cassation, le Gouvernement ajoute celle de préserver le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et de garantir la cohérence et la sécurité des actes de l'état civil. Elle rappelle qu'elle reconnaît pleinement que la préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil et, plus largement, l'exigence de sécurité juridique relèvent de l'intérêt général.

A *fortiori* en l'absence de consensus européen en la matière, il convient donc de laisser à l'État défendeur le soin de déterminer à quel rythme et jusqu'à quel point il convient de répondre aux demandes des personnes intersexuées, telles que le requérant, en matière d'état civil, en tenant dûment compte de la difficile situation dans laquelle elles se trouvent au regard du droit au respect de la vie privée, en particulier du fait de l'inadéquation entre le cadre juridique et leur réalité biologique. Elle rappelle sur ce point que la Convention est un instrument vivant, qui doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des conditions actuelles, et que la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donc donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la société et de l'état des consciences.

La Cour déduit que, dans les circonstances de l'espèce, l'État défendeur jouissait d'une marge d'appréciation élargie en ce qui concerne la mise en œuvre de son obligation positive de garantir au requérant le respect effectif de sa vie privée.

IV – La reconnaissance juridique de l'identité de genre pour les personnes transgenres avec des conséquences sur l'état civil de la personne

Nous analyserons les arguments invoqués par la Cour EDH dans l'arrêt du 19 janvier 2021, *X. et Y. c. Roumanie*, req. n° 2145/16 et 20607/16, concernant la violation par les autorités roumaines de l'article 8 de la Convention sur le droit à la vie privée.

Dans l'espèce, le grief des requérants concerne le refus des autorités nationales de reconnaître juridiquement leur appartenance au sexe masculin et de faire modifier leur état civil avec les conséquences qui en résultent. À cet égard, les intéressés soutiennent que l'absence d'un cadre légal approprié, conforme à l'article 8 de la Convention, a permis aux autorités d'exiger d'eux une condition supplémentaire pour faire droit à leurs demandes, à savoir une intervention chirurgicale de conversion sexuelle.

La Cour observe que le droit au respect de la vie privée englobe l'identification sexuelle comme un aspect de l'identité personnelle. Cela concerne tous les individus, y compris les personnes transgenres, comme les requérants, qu'elles souhaitent ou non commencer un traitement de conversion sexuelle agréé par les autorités.

La Cour rappelle que la protection conférée par l'article 8 à la vie privée ou familiale suppose aussi bien des obligations négatives que positives qui s'impose à l'État. Dans ce respect de ces obligations, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu concerné. Par ailleurs, en ce qui concerne la mise en balance des intérêts concurrents, la Cour a souligné l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus importants de la vie privée, à savoir le droit à l'identité sexuelle, domaine dans

lequel les États contractants jouissent d'une marge d'appréciation restreinte.

Dans l'espèce, la Cour se prononce sur deux questions : sur l'existence d'un cadre légal approprié pour la reconnaissance juridique de la réassignation de genre et sur l'exigence d'une intervention chirurgicale de conversion sexuelle avant la modification de l'état civil.

Sur la première question, la Cour a admis qu'il existe en Roumanie un cadre légal qui permet d'introduire des actions en justice afin de faire examiner en substance des demandes relatives à la réassignation sexuelle, mais la loi roumaine ne consacre pas de procédure spécifique aux demandes de reconnaissance juridique de la réassignation sexuelle, comme c'est, par exemple, le cas en Italie.

La Cour observe également que les exemples de décisions fournis par le Gouvernement ou le premier requérant montrent des hésitations quant à la procédure à suivre pour la reconnaissance de la réassignation sexuelle, ainsi qu'au tribunal compétent ou à la partie défenderesse contre laquelle l'action doit être dirigée. De plus, pour ce qui est des conditions à remplir pour obtenir la reconnaissance juridique de la réassignation sexuelle et la modification de l'état civil, la Cour note qu'une jurisprudence divergente s'est développée quant à l'exigence d'une intervention chirurgicale de conversion sexuelle préalable, à tout le moins à l'époque des actions engagée par les requérants.

Ainsi, en interprétant les dispositions législatives applicables (la loi n° 119/1996 et l'ordonnance gouvernementale n° 41/2003) quant à l'obtention de la reconnaissance de leur réassignation sexuelle et la modification de leur état civil, certains tribunaux considèrent qu'est nécessaire une décision préalable autorisant une intervention chirurgicale sur les organes génitaux et d'autres considèrent, au contraire, que le changement de sexe est possible malgré

l'absence d'une intervention chirurgicale de conversion sexuelle.

À la lumière de ce qui précède, la Cour estime que le cadre légal roumain en matière de reconnaissance juridique du genre n'était pas clair et, dès lors, prévisible.

Sur la deuxième question, la Cour rappelle que la préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, de la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil et, plus largement, de l'exigence de sécurité juridique relève de l'intérêt général et justifie la mise en place de procédures rigoureuses, dans le but notamment de vérifier les motivations profondes d'une demande de changement légal d'identité.

La Cour rappelle qu'une jurisprudence divergente s'est développée quant à l'exigence d'une intervention chirurgicale de conversion sexuelle préalable à la réassignation sexuelle ou à l'autorisation de modification de la mention du sexe et d'autres données sur les registres d'état civil : certains tribunaux subordonnent ce changement d'identité de genre à une intervention chirurgicale, tandis que d'autres ne le font pas. La Cour considère que l'intervention chirurgicale touche manifestement à l'intégrité physique des intéressés et qu'elle ne peut déceler quelles sont les raisons d'intérêt général ayant conduit au refus de mettre en adéquation l'identité sexuelle des requérants et la mention correspondant à celle-ci sur les registres d'état civil.

La Cour conclut que le refus des autorités internes de reconnaître juridiquement la réassignation sexuelle des requérants, faute d'une intervention chirurgicale de conversion sexuelle, a porté une atteinte injustifiée au droit des requérants au respect de leur vie privée. La violation de l'article 8 de la Convention est due à l'absence d'une procédure claire et prévisible de reconnaissance juridique de

l'identité de genre, permettant le changement de sexe, et donc de nom ou de code numérique personnel dans les documents officiels, de manière rapide, transparente et accessible. De plus, le refus des autorités nationales de reconnaître l'identité masculine des requérants, faute d'une intervention chirurgicale de conversion sexuelle, a conduit en l'occurrence à une rupture du juste équilibre que l'État est tenu de maintenir entre l'intérêt général et les intérêts des requérants.

À la suite de cet arrêt de la Cour EDH, la loi n° 119/1996 sur les documents d'état civil a été modifiée¹⁰⁵, la procédure de changement de sexe restant une procédure judiciaire, dans laquelle il n'est plus nécessaire de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre à la conversion sexuelle par une intervention chirurgicale.

Un changement de sexe par voie judiciaire, mais sans une intervention chirurgicale pour la conversion sexuelle peut avoir des conséquences juridiques pour le système juridique roumain en ce qui concerne, par exemple, la conclusion des mariages. Par conséquent, si le changement d'identité de genre ne s'accompagne pas d'un changement de sexe biologique, la question se pose de savoir si les autorités administratives nationales, saisies d'une demande de consentement à la conclusion d'un mariage, entre une personne transgenre qui a changé l'identité de genre, mais sans changer le sexe biologique, et une personne du même sexe biologique, peuvent faire droit à cette demande ?

Pour résoudre la question, les autorités doivent tenir compte du fait que, conformément à l'article 48 de la Constitution, la famille est fondée sur le mariage entre époux et que, dans la décision n° 580/2016, dans le cadre du

¹⁰⁵ Loi n° 105/2022, publié au *Journal officiel* n° 412/29.04.2022.

contrôle de l'initiative de révision de la Loi fondamentale, qui visait à remplacer l'expression « entre époux » par l'expression « entre un homme et une femme », la Cour constitutionnelle a déclaré que le sens originel du texte « entre époux » est la conclusion d'un mariage entre partenaires de sexe biologique différent, la composante biologique étant celle qui a fondé la conception du législateur sur le mariage en Roumanie.

Ramona Delia POPESCU

*Maître de conférences
à l'Université de Bucarest*

**L'AFFAIRE ZHABLYANOV C. BULGARIE :
NOUVELLE ILLUSTRATION DE LA SUBTILITÉ
D'ARBITRAGE ENTRE LES IMPÉRATIFS
DE DÉFENSE DE LA SOCIÉTÉ
DÉMOCRATIQUE
ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION**

« Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ». C'est par cette formule – dont l'origine est attribuée à Saint-Just, l'un des leaders montagnards de la Révolution française¹⁰⁶ –, souvent utilisée pour définir la conception de démocratie militante¹⁰⁷, que peut être résumé le message transmis par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Zhablyanov c. Bulgarie*, rendu le 23 juin 2023 à la suite d'une requête introduite le 25 juillet 2018 par Valeri Mirchev Zhablyanov¹⁰⁸, parlementaire et ancien Vice-président de l'Assemblée nationale bulgare. Le requérant, élu sous l'étiquette du Parti

socialiste, a été révoqué de ses fonctions de Vice-président par un vote des membres du Parlement à cause de trois incidents intervenus au cours des mois de janvier et février 2018.

Dans le premier cas, il avait formulé des critiques à l'égard du Traité d'amitié, de bon voisinage et de coopération qui avait été négocié entre la Bulgarie et l'ancienne République yougoslave de Macédoine. Le deuxième incident consista en une interruption de la minute de silence que le Parlement respectait à la mémoire des victimes du communisme, pour demander qu'elle soit également dédiée aux victimes du fascisme, aux partisans et aux soldats de la Guerre patriotique. L'intervention faisait suite à un discours dans lequel M. Zhablyanov avait fait référence à Joseph Staline, dénigré les personnes condamnées par le « tribunal populaire » et glorifié les violences politiques commises par l'ancien Parti communiste bulgare.

Enfin, le troisième incident est intervenu à la suite de la publication, le 13 février 2018, d'une déclaration dont le requérant aurait été l'un des auteurs, dans laquelle le Parti socialiste bulgare affirmait que l'instauration du « tribunal populaire » par le régime communiste en 1944 – à la suite de l'occupation de la Bulgarie par l'armée soviétique et en dehors du cadre constitutionnel – était « une justice nécessaire et inévitable en temps de guerre », arguant en particulier qu'elle avait été ordonnée par les alliés après la Seconde Guerre mondiale. M. Zhablyanov nia être l'auteur de ces propos, mais il déclara qu'il était opposé aux « appréciations unilatérales » faites au sujet de ce tribunal.

¹⁰⁶ L'expression a été utilisée dans le *Rapport sur la nécessité de déclarer le gouvernement révolutionnaire jusqu'à la paix* du 10 octobre 1793. Pour une analyse du contexte historique dans lequel les propos de Saint-Just sont intervenus, voir M. Levinet, « La clause d'interdiction de l'abus de droit de l'article 17 de la CEDH. Un instrument légitime de l'ordre public européen ? », *Confluence des*

droits_La revue : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=2322>.

¹⁰⁷ Voir en ce sens Ü. Kiliç, « La conception de la démocratie militante dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 90, 2012, p. 297.

¹⁰⁸ Cour EDH, *Zhablyanov c. Bulgarie*, 23 juin 2023, req. n° 36658/18.

La Cour constitutionnelle bulgare fut saisie par soixante députés d'un recours en annulation de la révocation de M. Zhablyanov. En réponse, elle jugea que le Vice-président du Parlement avait abusé de ses pouvoirs de manière « systématique » et que sa déclaration au sujet du « tribunal populaire » et son comportement lors de la minute de silence du 1^{er} février 2018 notamment étaient illégaux et inconstitutionnels¹⁰⁹.

Pour la Cour, il y avait bien eu violation de l'article 67 § 2 de la Constitution bulgare, qui prévoit l'obligation pour les membres de l'Assemblée de se conformer à la Constitution et aux lois, de l'article 5 § 1 (2) du règlement de l'Assemblée, établissant que les vice-présidents peuvent être révoqués avant la fin de leur mandat en cas d'« abus de pouvoir systématique » ou de « manquements systématiques » à l'exercice des fonctions relevant de leurs compétences, et des valeurs consacrées à l'article 2 (1) et (3) de la loi de 2000 déclarant criminel le régime communiste en Bulgarie.

La position majoritaire a suscité des critiques au sein de la Cour constitutionnelle. Dans deux opinions dissidentes, les juges minoritaires ont admis que le comportement adopté par M. Zhablyanov lors de la minute de silence initiée par le Président de l'Assemblée, le 1^{er} février 2018, constituait une violation de son devoir constitutionnel d'assister le Président en sa qualité de Vice-président, acte sanctionnable sur le fondement de l'article 5 § 1 (2) du règlement, dans le cas où il ferait partie d'une série de manquements pouvant être qualifiés de « systématiques ».

Toutefois, les deux autres actes qui lui étaient reprochés équivalaient à l'exercice du droit de tout membre de l'Assemblée d'exprimer librement ses opinions. C'est ce qu'exige le principe constitutionnel du

pluralisme. En tant que Vice-président de l'Assemblée, la liberté d'expression de M. Zhablyanov ne pouvait pas être plus restreinte que celle de tout autre membre. De ce fait, ses déclarations au sujet du traité et du « tribunal populaire » ne pouvaient pas être vues comme étant en lien avec ses fonctions constitutionnelles de Vice-président. Ces deux actes ne constituant pas une violation de l'article 5 § 1 (2) du règlement, qui porte sur les manquements des vice-présidents et non pas des parlementaires, l'exigence relative au caractère « systématique » de tels actes manquait en fait. Cela signifiait que la révocation était infondée.

De l'avis des juges minoritaires, une telle décision allait à l'encontre des principes essentiels de l'État de droit et constituait une sanction politique imposée par la majorité parlementaire en réponse aux propos du requérant. La révocation a donc porté atteinte au droit constitutionnel du requérant à la liberté d'expression, qui est particulièrement étendu pour les membres de l'Assemblée. C'est justement sur le fondement de la violation du droit à la liberté d'expression, garanti à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, que M. Zhablyanov a saisi la Cour de Strasbourg.

La question qui s'est posée a été celle de savoir comment résoudre le conflit entre la démocratie, qui est « l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle »¹¹⁰, et la liberté d'expression, dont elle est garante ?

Dans son arrêt, dont elle savait la portée médiatique, la Cour européenne des droits de l'homme a refusé d'appliquer explicitement la notion d'abus de droit (I). Un tel choix l'a conduite à se livrer à son office habituel – vérification de l'existence et de la prévisibilité de l'ingérence litigieuse, de la présence d'un motif

¹⁰⁹ CC, décision n° 95/2018.

¹¹⁰ Cour EDH [GC], *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, req. n° 19392/92, § 45.

légitime, contrôle de la proportionnalité de la mesure par une mise en balance argumentée entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels – qu'elle a exercé à travers une lecture de l'article 10 de la CEDH à la lumière de l'article 17 (II). Les juges européens ont choisi cette stratégie afin de confirmer, à travers une riche argumentation, l'engagement de la juridiction européenne à lutter contre les menaces que présente pour la démocratie l'usage malencontreux de la liberté d'expression (III).

I – Le refus de l'application directe de l'article 17 de la Convention

De l'avis du Gouvernement bulgare, le requérant ne pouvait pas se prévaloir de la protection garantie par l'article 10 de la CEDH. Il a demandé le rejet de la requête, car il y avait incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention en vertu de l'article 17 de la CEDH. La demande a été appuyée sur l'existence d'un consensus en Europe visant l'incompatibilité des régimes communistes, caractérisés par des violations graves et massives des droits de l'homme, avec les dispositions et l'esprit de la Convention.

La Résolution 1481 (2006) de l'APCE a notamment exhorté les partis politiques postcommunistes à prendre leurs distances avec ces atrocités et à les condamner sans ambiguïté. Dans le cas de la Bulgarie, la persécution menée par le « tribunal populaire » avait été juridiquement établie et condamnée par le législateur. Il y avait donc consensus au niveau national sur le fait que ce tribunal extraordinaire, établi par le régime communiste, avait été responsable de graves violations des droits de l'homme. La tentative du requérant de

légitimer cette persécution ne pouvait de ce fait relever de la protection de l'article 10, en particulier si l'on considère son rôle public, la manière dont il s'est exprimé et son incapacité à prendre ensuite ses distances par rapport à cette position.

L'État défendeur a tenté d'obtenir le rejet de la requête grâce à l'instrument redoutable établi par l'article 17 de la CEDH, qualifié d'« effet guillotine »¹¹¹ ou encore de « glaive de la déchéance de protection conventionnelle pure et simple »¹¹², dont la mise en œuvre décidée par le juge de Strasbourg entraîne le rejet de la requête du fait de son incompatibilité *ratione materiae* avec la Convention. Or, à partir du moment où il est considéré que le requérant utilise ses droits et libertés garantis par le texte conventionnel dans l'intention de détruire les valeurs de la société démocratique, que celui-ci défend, le droit dont la violation est invoquée ne peut être considéré comme un droit garanti par la Convention. La requête est de ce fait considérée comme étant fondée sur un droit absent, raison pour laquelle elle sera rejetée.

Dans ce cas, la Cour n'exercera pas le contrôle classique sur la réalité de l'existence de l'ingérence contestée, sa prévisibilité, ou encore sur la légitimité des buts poursuivis, ainsi que la mise en balance entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels. Elle s'arrête au stade de la recevabilité de la requête et vérifie uniquement si le propos et/ou le comportement litigieux vise (nt) ou non à détruire les droits et libertés protégés par la CEDH. La décision de rejet sanctionne immédiatement et définitivement l'abus de droit.

Cette clause d'interdiction de l'abus de droit n'est pas spécifique au système de

¹¹¹ J. -F. Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la CEDH », *Revue universelle des droits de l'homme*, 1992, p. 464.

¹¹² S. Van Drooghenbrœck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 541-566, spéc. p. 565.

protection des droits fondamentaux du Conseil de l'Europe. En effet, la majorité des déclarations de droits adoptées après la Seconde Guerre mondiale contient des dispositions similaires. Conformément à l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés ». Principe repris dans les textes qui ont suivi : à l'article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966¹¹³ et à l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁴.

Les travaux préparatoires montrent que l'introduction de cet article dans la CEDH est justifiée par la peur que les courants totalitaires puissent « invoquer les droits et libertés pour supprimer les droits de l'homme », tel que l'avaient relevé le représentant italien, M. Benvenuti¹¹⁵, le représentant grec, qui a insisté sur les risques présentés par le communisme, en prenant comme exemple la Tchécoslovaquie, ou encore le représentant de la Turquie, M. Dusueneel, qui a tenu des propos très explicites à ce sujet : « Si dans un pays démocratique,

quelque parti que je vais nommer très explicitement – de tendance naziste, de tendance fasciste, ou de tendance communiste – profitant des déclarations de droits de l'homme, se fauillant grâce aux libertés que chaque État démocratique, dans sa Constitution, doit assurer à tous les ressortissants du pays ; si un pareil fauteur, recouvrant d'un habit de mouton son corps de loup, fait des tentatives pour écraser la démocratie et en finir avec elle... »¹¹⁶.

Ce mécanisme introduit dans le contexte singulier de l'après-guerre, marqué par les souvenirs douloureux du nazisme et du fascisme, face à la montée des démocraties populaires, en tant qu'« instrument de défense du Conseil de l'Europe, conçu comme le club des démocraties libérales européennes »¹¹⁷, a pu faire l'objet de critiques. De l'avis de certains auteurs, il s'agit d'une « mesure mécanique » et « peu nuancée »¹¹⁸ qui risque de corrompre les démocraties en les faisant ressembler à leurs ennemis : « la démocratie doit [...] répondre au totalitarisme et à l'intolérance érigée en politique par des moyens démocratiques, sous peine de prendre peu à peu le visage de ses pires ennemis »¹¹⁹. Or, dans le cas de l'application de l'article 17, « la démocratie semble [rait] nier les principes de tolérance et de pluralisme qui constituent son

¹¹³ En vertu de l'article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, « 1. Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte. 2. Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout État partie au présent Pacte en application de lois, de Conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré ».

¹¹⁴ En vertu de l'article 17 de la CEDH, « Aucune des dispositions de la (...) Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la (...) Convention ou à des limitations plus amples de

ces droits et libertés que celles prévues à (la) Convention ».

¹¹⁵ Commission EDH, *Travaux préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 23 avril 1957, p. 5.

¹¹⁶ *Id.*, p. 6.

¹¹⁷ P. Le Mire, « Article 17 », in L. -E. Pettiti, E. Decaux et P. -H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Éditions Economica, 1995, p. 509-522.

¹¹⁸ C. Tomuschat, « Democratic Pluralism: the Right to Political Opposition », in A. Rosas, J. Helgesen et D. Goodman (eds.), *The Strength of Diversity. Human Rights and Pluralism Democracy*, Nijhoff, 1992, p. 33 ; G. Haarscher, « Les périls de la démocratie militante », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 80, 2010, p. 458-462.

¹¹⁹ O. De Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Pédone, 2004, p. 237.

identité »¹²⁰. Une réserve exprimée par d'anciens juges européens également, à l'image d'András Sajó¹²¹ ou de Françoise Tulkens, cette dernière reconnaissant que « la clause de déchéance de l'article 17 de la CEDH constitue une arme qui pourrait être le prétexte des pires abus »¹²².

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg montre que l'article 17 a été invoqué pour disqualifier les expressions de haine¹²³, de violence¹²⁴, xénophobes ou de discrimination raciale¹²⁵, antisémites¹²⁶, islamophobes¹²⁷, terroristes ou de crimes de guerre¹²⁸, négationnistes ou de révision de faits historiquement établis¹²⁹, les expressions de mépris pour les victimes de guerre ou d'un régime totalitaire¹³⁰, ainsi que celles relayant une idéologie totalitaire ou des idées politiques incompatibles avec la démocratie¹³¹. Force est toutefois de constater que la Haute juridiction maintient la position adoptée depuis ses premiers arrêts¹³², selon laquelle l'application de cet

article doit intervenir uniquement dans des hypothèses extrêmes.

Sur le terrain de la liberté d'expression, il ne peut être invoqué pour déclarer un grief incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention que s'il apparaît immédiatement que l'expression en cause visait à détourner cet article de son véritable objet, en invoquant le droit à la liberté d'expression à des fins contraires aux valeurs de la Convention¹³³. Ces éléments sont appréciés à la lumière des circonstances et de l'ensemble du contexte existant dans le pays où les déclarations litigieuses ont été faites.

Pour l'idéologie communiste, le recours direct à la clause d'interdiction de l'abus de droit a d'abord été le fait de la Commission EDH, dans l'affaire *Parti communiste d'Allemagne* de 1957¹³⁴. Les juges européens ont conclu que les objectifs avoués de ce parti dissout étaient clairs et visaient l'instauration de l'ordre

¹²⁰ P. Gerard, « La protection de la démocratie contre les groupements liberticides », in H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel et F. Tulkens (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruylant, 2001, p. 84-85.

¹²¹ A. Sajó (ed.), *Militant Democracy*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2004, 262 p.

¹²² M. Fabre-Magnan, M. Levinet, J.-P. Marguenaud, F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 48, 2008, p. 33.

¹²³ Cour EDH, *Molnar c. Roumanie*, 23 octobre 2012, req. n° 16637/06 ; *Belkacem c. Belgique*, 27 juin 2017, req. n° 34367/14.

¹²⁴ Cour EDH, *Hizb ut-Tahrir et a. c. Allemagne*, 12 juin 2012, req. n° 31098/08 ; *Kasymakhunov et a. c. Russie*, 14 mars 2013, req. n°s 26261/05 et 26377/06.

¹²⁵ Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, req. n° 15890/89 ; Commission EDH, *Glimmerveen et a. c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, n°s 26261/05 et 26377/06.

¹²⁶ Cour EDH, *Pavel Ivanov c. Russie*, 20 février 2007, req. n° 35222/04 ; Cour EDH, *W. P. et a. c. Pologne*, 2 septembre 2004, req. n° 42264/98.

¹²⁷ Cour EDH, *Seurot c. France*, 18 mai 2004, req. n° 57383/00 ; *Soulas et a. c. France*, 10 juillet 2008, req. n° 15948/03.

¹²⁸ Cour EDH, *Orban et a. c. France*, 15 janvier 2009, req. n° 20985/05 ; *Leroy c. France*, 2 octobre 2008, req. n° 36109/03.

¹²⁹ Cour EDH, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, req. n° 24662/94 ; *M'Bala M'Bala c. France*, 20 octobre 2015, req. n° 25239/13.

¹³⁰ Cour EDH, *Witzsch c. Allemagne*, 13 décembre 2005, req. n° 7485/03 ; *Fáber c. Hongrie*, 24 juillet 2012, req. n° 40721/08.

¹³¹ Commission EDH, *Parti communiste (KPD) c. Allemagne*, 20 juillet 1957, req. n° 250/57 ; Cour EDH, *Refah Partisi (parti de la prospérité) et a. c. Turquie*, 13 février 2003, n° 41340/98.

¹³² Dans l'arrêt *Lawless c. Irlande*, 14 novembre 1960, req. n° 332/57, le juge de Strasbourg a précisé la portée de l'article 17 : « [...] le but général de l'article 17 est d'empêcher que des groupements totalitaires puissent exploiter en leur faveur les principes posés par la Convention ; que pour atteindre ce but, il ne fallait cependant pas priver de tous les droits et libertés garantis par la Convention les individus dont on constate qu'ils se livrent à des activités visant à détruire l'un quelconque de ces droits et libertés ; qu'en effet, l'article 17 couvre essentiellement les droits qui permettraient si on les invoquait, d'essayer d'en tirer le droit de se livrer effectivement à des activités, visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la Convention ; que la décision au sujet de la recevabilité de la requête [...] cadrerait parfaitement avec le sens ainsi attribué à l'article 17 ; qu'il ne pouvait être question, au sujet de cette requête, des droits reconnus aux articles 9, 10 et 11 de la Convention ».

¹³³ Cour EDH, *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015, req. n° 27510/08, § 114 ; *Pastörs c. Allemagne*, 3 octobre 2019, req. n° 55225/14, § 37.

¹³⁴ Commission EDH, *Parti communiste d'Allemagne c. RFA*, 20 juillet 1957, req. n° 250/57.

social communiste par la voie de la révolution prolétarienne et la dictature du prolétariat. Or, « le recours à la dictature [...] est incompatible avec la Convention en ce qu'il comporte la destruction de nombre de droits ou libertés consacrés par la CEDH »). La même position a été prise dans l'arrêt *Romanov et a. c. Ukraine* du 16 juillet 2020, le requérant ayant fait l'objet d'une condamnation pénale pour diffusion de matériel de propagande communiste, appelant explicitement à un renversement violent du régime politique.

Dans l'arrêt commenté, la Cour a jugé, en réponse au moyen d'irrecevabilité soulevé par la Gouvernement de la Bulgarie, que les actes et déclarations en cause, en particulier la déclaration sur le « tribunal populaire », ne constituaient pas une preuve claire qu'ils visaient à détourner la liberté d'expression à des fins contraires à la Convention. L'appréciation des faits de l'espèce nécessitait, selon les juges européens, une analyse plus approfondie de la nature de ces déclarations et du contexte dans lequel ils ont été tenus. Raison pour laquelle le grief tiré de l'article 10 de la CEDH ne devait être jugé incompatible *ratione materiae* avec les dispositions conventionnelles sur le fondement de l'article 17. La demande du Gouvernement bulgare a donc été rejetée.

On retrouve ici le même raisonnement que celui adopté dans l'affaire *Zemour c. France*¹³⁵, où la Cour a rejeté la demande formulée par le Gouvernement français visant l'application de l'article 17 de la CEDH, tout en indiquant que les exigences qui en découlent seront prises en compte dans l'appréciation du caractère nécessaire des mesures de sanction dans une société démocratique, qui est faite dans le cadre du triple contrôle de

proportionnalité, et plaidant donc pour une application indirecte dudit article.

II – Le choix du recours indirect à l'article 17 de la Convention

Certains auteurs ont distingué deux périodes dans la jurisprudence de la Cour et de l'ancienne Commission en ce qui concerne l'utilisation de la « guillotine procédurale ». Le Professeur Sudre¹³⁶ relève notamment que, dans un premier temps, l'article 17 de la CEDH a fait l'objet d'une interprétation très stricte, en tant que disposition substantielle, en interdisant aux tenants du matérialisme dialectique de pouvoir se prévaloir des droits de la Convention. Par la suite, la Cour a commencé à se servir de l'article 17 comme d'un « arrière-fond interprétatif » et non plus comme d'une disposition substantielle.

La technique du recours indirect à l'article 17 ne manque pas d'être utilisée, voire d'être privilégiée dans la pratique de la Cour de Strasbourg lorsqu'elle doit exercer le contrôle de proportionnalité pour apprécier la « nécessité » d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression. Une préférence relevée déjà dans la pratique de la Commission EDH lorsque la question du respect de la liberté d'expression s'est posée au regard de faits de diffusion de l'idéologie nationale-socialiste, « doctrine incompatible avec la démocratie et les droits de l'homme »¹³⁷, de propos niant l'existence de chambres à gaz dans les camps de concentration, lesquels vont à l'encontre de l'une des valeurs fondamentales de la Convention, de l'exposition de brochures niant l'assassinat de millions de Juifs qualifié de « mensonge » et d'« escroquerie

¹³⁵ Cour EDH, *Zemour c. France*, 20 décembre 2022, req. n° 63539/19.

¹³⁶ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 10^e éd., 2011, p. 217.

¹³⁷ Cour EDH, *Schimanek c. Autriche*, 1^{er} février 2000, req. n° 32307/96 ; *Nachtmann c. Autriche*, 9 septembre 1998, req. n° 36773/97.

sioniste »¹³⁸. Actuellement, la Cour EDH affirme clairement qu'elle utilise l'article 17 « comme aide à l'interprétation » dans son *Guide sur l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme*¹³⁹.

Pour l'idéologie communiste, cette technique a été utilisée dans l'affaire *Zdanoka c. Lettonie*¹⁴⁰. En l'espèce, la requérante fut privée de la possibilité de présenter sa candidature aux élections législatives, en application d'une restriction que la législation imposait aux personnes qui avaient activement pris part aux activités du Parti communiste de Lettonie visant à renverser par la violence le régime démocratique établi en 1991. La Cour a conclu à une non-violation de l'article 3 du Protocole n° 1 à la CEDH, la mesure litigieuse pouvant passer pour acceptable compte tenu du contexte qui avait conduit à son adoption.

Dans le cadre du contrôle du caractère disproportionné de la mesure appliquée à la requérante, la Cour a fait référence à l'article 17 pour conclure que l'article 3 du Protocole n° 1 n'excluait pas les restrictions destinées à protéger l'intégrité du processus démocratique, en prohibant la participation aux travaux d'un corps législatif démocratique de ceux qui avaient commis de graves abus dans l'exercice de fonctions publiques ou dont le comportement avait menacé de saper l'État de droit ou les fondements de la démocratie¹⁴¹. La Cour a conclu que les autorités lettones pouvaient à bon droit, sans outrepasser les limites de leur marge d'appréciation, présumer que la requérante avait exprimé des opinions incompatibles avec la nécessité d'assurer l'intégrité du processus démocratique, dans la mesure où celle-ci n'avait pas fait de déclaration dans laquelle elle aurait pris

ses distances avec le Parti communiste de Lettonie pendant le coup d'État, ni même après¹⁴².

Un raisonnement très proche a été adopté par la Cour dans l'arrêt commenté pour apprécier le caractère nécessaire de l'ingérence alléguée dans une société démocratique, en retenant trois facteurs qu'elle a jugés pertinents : la nature des déclarations à cause desquelles Monsieur Zhablyanov a été démis de ses fonctions de Vice-président du Parlement, le contexte dans lequel l'ingérence alléguée s'est produite et sa gravité.

En ce qui concerne la nature des déclarations en cause, les juges européens ont procédé à l'analyse de chacune des trois afin d'établir si elles appartenaient « à un type d'expression bénéficiant d'une protection renforcée ou réduite de l'article 10 de la Convention »¹⁴³.

Pour la première – la critique virulente du traité entre la Bulgarie et l'ancienne République yougoslave de Macédoine – ils ont conclu qu'elle ne pouvait pas justifier la mesure de révocation prise à l'encontre du requérant. Or, un député de l'opposition a le droit d'utiliser un langage fort lorsqu'il critique le gouvernement et ses politiques. Même si les termes utilisés étaient acerbes, ils ne pouvaient pas être considérés comme constituant un discours de haine ou antidémocratique.

La deuxième déclaration – l'insistance du requérant pour que « les victimes du fascisme » en Bulgarie soient commémorées aux côtés de celles du régime communiste, prononcée au moment précis où le Parlement bulgare se levait pour garder une minute de silence pour commémorer les victimes du régime communiste et sans qu'il ait eu la parole – a été jugée comme pouvant dénigrer les

¹³⁸ Commission EDH, *Kühnen c. RFA*, 12 mai 1988, req. n° 12194/86 ; *Marais c. France*, 24 juin 1996, n° 31159/96.

¹³⁹ Voir notamment p. 22, 25, 28, 31, 32, 34, 36, 37, 38, 40, 43, 46 du *Guide* : https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_17_FRA.

¹⁴⁰ Cour EDH, *Zdanoka c. Lettonie* [GC], 16 mars 2006, req. n° 58278/00.

¹⁴¹ *Id.*, §§ 110 et 122.

¹⁴² *Id.*, §§ 123-124 et 130.

¹⁴³ Cour EDH, *Zhablyanov c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 109.

victimes du régime communiste et aller à l'encontre des valeurs que sous-tend la Convention. La Cour a donc conclu qu'elle ne méritait pas la protection accrue, normalement accordée à l'expression sur des questions d'intérêt public.

Pour la qualification de la troisième déclaration, les juges européens ont appliqué la même méthode que la Cour constitutionnelle bulgare, en axant leur analyse sur le rôle du « tribunal populaire » dans l'histoire de la Bulgarie et la manière dont il a été perçu depuis la chute du régime communiste. Créé à la suite du coup d'État du 9 septembre 1944 et de l'occupation du pays par l'armée soviétique, ce tribunal a été chargé de juger plus de 11 000 personnes, dont 2700 ont été condamnées à la peine de mort sur la base de fausses accusations et sans preuves concrètes.

En 1994, l'Assemblée plénière de la Cour suprême de Bulgarie a statué que le décret portant création du « tribunal populaire » était contraire aux principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure pénale et a demandé à la Cour constitutionnelle de contrôler la conformité de ce décret à la nouvelle Constitution adoptée en 1991. Les juges constitutionnels, tout en se déclarant incompétents pour contrôler directement la constitutionnalité du décret, du fait qu'il ne faisait plus partie de l'ordre juridique national, ont souligné que ce tribunal a été une instance extraordinaire dont les arrêts « ne pouvaient pas être qualifiés de décisions judiciaires ». Or, « ils n'avaient pas satisfait aux exigences d'une procédure régulière et équitable »¹⁴⁴.

En 2000, le législateur bulgare a promulgué une loi mémorielle par laquelle il a été statué que l'instauration du régime communiste dans le pays s'est caractérisée par la suppression des droits de l'homme et du système démocratique, le « tribunal populaire » ayant été utilisé comme outil de représailles politiques en violation des

exigences les plus élémentaires d'un procès équitable. Par conséquent, toute justification catégorique et globale de ce tribunal peut être considérée comme allant à l'encontre des valeurs sous-jacentes de la Convention, dont la place prééminente occupée dans une société démocratique n'a cessé d'être soulignée par la Cour.

C'est par rapport à cet aspect de l'affaire que, de l'avis des juges européens, l'article 17 de la Convention a un rôle important à jouer pour guider l'appréciation de la nécessité de l'ingérence dans le droit du requérant de faire la déclaration au nom d'un parti politique dont le prédécesseur avait assumé une responsabilité importante dans la création et le fonctionnement du « tribunal populaire ». S'agissant d'une déclaration faite dans le but de justifier, de manière catégorique et globale, l'existence et le fonctionnement de ce tribunal, faisant abstraction de la violation massive des droits les plus essentiels d'un nombre très important de personnes, en grande partie des opposants politiques, avec des exécutions immédiates, elle ne méritait pas la protection accrue normalement accordée à l'expression sur des questions d'intérêt public. D'autant qu'elle n'a pas non plus été faite dans le feu de l'action, c'est-à-dire d'un échange direct. Elle était écrite et sa formulation était selon toute apparence tout à fait délibérée.

En ce qui concerne le contexte de l'ingérence alléguée, l'expérience historique de l'État défendeur a été essentielle dans l'appréciation des juges européens. Ils ont notamment souligné que la terreur systématique appliquée pour consolider le régime communiste en Bulgarie reste une grave cicatrice dans l'esprit et le cœur des citoyens. Toute tentative, même potentielle, de perpétuer les politiques de ce régime doit être considérée comme une atteinte à l'État de

¹⁴⁴ Décision n° 3 du 14 juillet 1994, a. c. n° 7/1994.

droit et aux fondements de la démocratie. L'État a donc une responsabilité particulière, prévue aux points 5 et 6 de la Résolution 1481 (2006), de stopper de telles initiatives et de mener des actions de sensibilisation du public au sujet des atrocités subies par les victimes. La Cour européenne a validé de ce fait la décision des juges constitutionnels bulgares de tenir compte du contexte pour apprécier la nécessité de révoquer le requérant de son poste.

Enfin, au niveau de la gravité de l'ingérence alléguée, de l'avis de la Cour de Strasbourg, cette mesure a eu un caractère plutôt préventif que punitif. La révocation de son poste de Vice-président de l'Assemblée n'a pas eu de conséquences à long terme pour le requérant du fait qu'il a pu conserver son mandat de député. Aucune conséquence n'a été non plus constatée pour son parti politique, ce dernier ayant nommé un autre membre à la place du requérant.

Les juges européens ont également souligné que même si la révocation a entraîné une réduction du salaire de Monsieur Zhablyanov, elle ne devait pas être assimilée à la perte d'un emploi stable et de ses moyens d'existence ou à une sanction disciplinaire infligée à un parlementaire, le requérant n'ayant, par ailleurs, subi aucune contrainte pour continuer à diffuser ses opinions. Compte tenu de l'ensemble des éléments, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 10 de la Convention, en confortant de la sorte sa jurisprudence engagée en matière de défense des valeurs de la démocratie et de l'État de droit.

III – La confortation de la jurisprudence défendant le concept de démocratie militante

L'arrêt commenté n'est pas exempt de toute critique. Dans son opinion dissidente, le juge suisse Andreas Zünd exprime son total désaccord avec la solution retenue par les juges majoritaires. Il relève qu'en vertu de l'article 5 § 1 (2) du règlement du Parlement bulgare, les vice-présidents peuvent être révoqués de leurs fonctions avant la fin du mandat en cas d'« abus de pouvoir systématique », ou de « manquements systématiques à l'exercice des fonctions relevant de leur compétence ». Or, dans le cas du requérant, il y a eu trois déclarations, dont la première sur le traité bilatéral a été jugée par la Cour comme bénéficiant d'une protection renforcée et la troisième a été faite au nom du Parti socialiste bulgare. Elle n'a donc pas été signée par le requérant. Il s'agissait d'une supposition qu'il en serait l'auteur, sur la base d'indices et non pas de preuves concrètes.

En outre, ces deux déclarations reflétaient les idées du requérant et ne constituaient pas un appel direct à la violence ou incitant à la haine. Le juge Zünd rappelle à ce titre que, dans l'arrêt *Perinçek c. Suisse*¹⁴⁵, la Cour avait notamment établi qu'« aucune restriction ou sanction ne devrait être imposée à la parole, à moins qu'elle ne puisse être considérée comme un appel direct ou indirect à la violence ou comme une justification de la violence, de la haine ou de l'intolérance ». En l'absence d'un tel appel, toute déclaration devrait, conformément à la jurisprudence *Handyside c. Royaume-Uni*¹⁴⁶, bénéficier de la protection garantie à l'article 10 de la CEDH, cette dernière s'appliquant « non seulement aux informations ou aux idées accueillies favorablement ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi à celles qui offensent, choquent ou inquiètent l'État ou toute partie de la société ». C'est sur le fondement de ce

¹⁴⁵ Cour EDH, *Perinçek c. Suisse* ([GC], 15 octobre 2015, req. n° 27510/08, §§ 204, 206 et 280.

¹⁴⁶ Commission EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n° 5493/72, § 49.

principe que la Cour a conclu à la violation de l'article 10 de la CEDH dans l'arrêt *Erkizia Almandoz c. Espagne* du 22 juin 2021¹⁴⁷ pour la sanction infligée par les juridictions espagnoles au requérant, qui avait prononcé un discours se terminant avec l'exclamation « Vive Argala! » lors d'un événement rendant hommage à un haut responsable de l'organisation terroriste basque ETA, considérée par les autorités espagnoles comme une glorification des activités terroristes.

Dans le cas de Monsieur Zhablyanov, seul l'incident survenu lors de la minute de silence, respectée pour commémorer les victimes du régime communiste, peut lui être reproché. Cependant, conformément aux dispositions de l'article 5 § 1 (2) du règlement de l'Assemblée, un vice-président peut être démis de ses fonctions en cas d'« abus de pouvoir systématique » ou de « manquements systématiques ». L'interprétation de la Cour constitutionnelle pour justifier la révocation du requérant sur la base d'un seul incident équivaut à une sanction prononcée pour « tout abus ». Une telle interprétation équivaut à une limitation très large de la liberté d'expression, contraire au principe d'effectivité – l'un des principes les plus fondamentaux de la Convention – qui exige que « les limitations doivent être interprétées de manière restrictive afin de protéger efficacement les droits de l'homme »¹⁴⁸.

Dans l'arrêt, les juges majoritaires ont eux-mêmes reconnu que l'interprétation retenue par la Cour constitutionnelle du

mot « systématique » était « peut-être peu orthodoxe »¹⁴⁹, en justifiant dans le même temps cette pratique par une mise en comparaison avec celle de la Cour de Strasbourg, qui « a parfois, dans l'interprétation des termes de la Convention, opté pour un sens plus spécifique ou plus large que le sens ordinaire »¹⁵⁰ et « s'est même écartée du sens littéral ou du sens dicté par l'usage courant pour tenir compte du contexte dans lequel le terme apparaît et donner effet à l'objet et au but de la disposition dans laquelle le terme est contenu »¹⁵¹.

Les juges européens reconnaissent aussi que « nul ne conteste que l'article 5 § 1 (2) lui-même est trop vague »¹⁵². Toutefois, au lieu de sanctionner l'absence de clarté du cadre réglementaire, qui peut conduire à des interprétations abusives, contraires aux principes garantissant le bon fonctionnement de la démocratie, ils concluent qu'« en tout état de cause, les règles destinées à assurer le bon fonctionnement d'un parlement comportent inévitablement un élément de flou et sont sujettes à interprétation dans la pratique parlementaire ». Ils citent pour référence l'arrêt *Karácsony et autres c. Hongrie* du 17 mai 2016¹⁵³, alors même que toutes les institutions européennes critiquent le fonctionnement de la démocratie parlementaire en Hongrie et que le caractère vague de certaines dispositions réglementant l'action et l'organisation du Parlement hongrois

¹⁴⁷ Cour EDH, *Erkizia Almandoz c. Espagne*, 22 juin 2021, req. n° 5869/17.

¹⁴⁸ Cour EDH, *Confédération norvégienne of Trade Unions (LO) et Norwegian Transport Workers' Union (NTF) c. Norvège*, 10 juin 2021, req. n° 45487/17, § 96.

¹⁴⁹ Cour EDH, *Zhablyanov c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 99.

¹⁵⁰ Les arrêts cités par la Cour sont : *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, req. n° 7906/77 ; *Chypre c. Turquie* (satisfaction équitable) [GC], 10 mai 2001, req. n° 25781/94.

¹⁵¹ Les arrêts cités par la Cour sont : *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n° 5029/71 ; *Van der Mussele c. Belgique*, 23 novembre 1983, req. n° 8919/80 ; *Pretto et autres c. Italie*, 8 décembre

1983, req. n° 7984/77 ; *Axen c. RFA*, 8 décembre 1983, req. n° 8273/78 ; *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, req. n° 9267/81 ; *Parti communiste unifié de Turquie et a. c. Turquie*, 30 janvier 1998, req. n° 133/1996/752/951 ; *Witold Litwa c. Pologne*, 4 avril 2000, req. n° 26629/95 ; *Société Colas Est et autres c. France*, 16 juillet 2002, req. n° 37971/97 ; *Hajduová c. Slovaquie*, 30 novembre 2010, n° 2660/03.

¹⁵² Cour EDH, *Zhablyanov c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 100.

¹⁵³ Cour EDH [GC], *Karácsony et a. c. Hongrie*, 17 mai 2016, req. n° 42461/13 et 44357/13.

pourrait justement être l'une des causes des dysfonctionnements relevés.

Le juge Georgios A. Serghides vient, dans son opinion concordante, avec une explication de l'approche retenue par la Cour de Strasbourg, qui serait un deuxième sens donné au mot « systématique ». Or, selon sa définition dans l'*Oxford Dictionary of English*¹⁵⁴, le mot « systématique » désigne un acte « organisé ou mené selon un système, un plan ou une méthode organisée ». Dans le cas d'un abus de pouvoir, tel que c'est le cas dans la présente affaire, c'est le sens substantiel, c'est-à-dire l'action délibérée selon un plan fixé, qui doit être retenu et non pas le caractère quantitatif, donc le nombre d'actes commis.

Si l'argument du juge Serghides est plausible, la Cour semble toutefois assumer la validation du choix des juges constitutionnels bulgares de ne pas émettre une interprétation littérale du mot « systématique », mais de lui donner un sens spécifique au regard du contexte. Cet arrêt a été l'occasion pour la juridiction de Strasbourg de rappeler sa détermination à protéger l'ordre public européen et à combattre toute idéologie totalitaire.

Face à la montée des fondamentalismes religieux, à la virulence du terrorisme, à la force du discours négationniste, dans une période où la guerre est revenue sur le territoire européen, notamment entre deux pays qui ont connu le régime communiste, la Cour défend une démocratie militante/combattante qui, selon le juriste et politologue allemand Karl Løwenstein¹⁵⁵, l'auteur de ce concept, ne doit pas être frileuse et incapable de

préserver les principes supérieurs sur lesquels elle repose, quitte à admettre une certaine souplesse dans l'interprétation des normes, qui soulève, à son tour, des interrogations quant au pouvoir interprétatif des juges et aux risques que comportent les potentiels abus.

Outre le rôle du juge, national et européen, la Cour strasbourgeoise rappelle aussi celui que doivent jouer les parlementaires dans la défense et la sauvegarde de la démocratie¹⁵⁶. Elle précise notamment que leurs « devoirs et responsabilités » n'excluent pas toute discussion sur des sujets délicats ou sensibles. Cependant, il est crucial pour les politiques, lorsqu'ils s'expriment en public, d'éviter les propos qui peuvent alimenter l'intolérance et d'être particulièrement attentifs à la défense de la démocratie et de ses principes. En raison de son statut et de sa position dans la société, un homme politique est plus susceptible d'influencer les électeurs, voire de les inciter, directement ou indirectement, à adopter des positions et des comportements qui pourraient s'avérer contraires aux principes et valeurs démocratiques qu'ils doivent défendre et qui « ne méritent que peu ou pas de protection »¹⁵⁷ dans le système conventionnel.

Ce rappel relatif à la protection limitée ou à l'absence de protection dans des situations similaires à celle de l'arrêt commenté a été fait dans plusieurs arrêts

¹⁵⁴ Voir : <https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=systematic>.

¹⁵⁵ Karl Løwenstein a émigré aux États-Unis après l'arrivée au pouvoir d'Hitler en 1933. Dans deux articles parus en 1937, il analyse les discours et méthodes des groupes fascistes et déplore la faiblesse des autres démocraties européennes devant la montée des autoritarismes/totalitarismes,

en insistant sur la nécessité de doter les démocraties de moyens légaux de lutte contre le fascisme, de dispositifs plus énergiques de défense de leurs valeurs fondamentales. Cf. K. Løwenstein, « Militant Democracy and Fundamental Rights I, II », *The American Political Science Review*, vol. 31, n° 3 et 4, 1937, p. 417-432 et 63-658.

¹⁵⁶ Cour EDH, *Zhablyanov c. Bulgarie*, op. cit., § 125.

¹⁵⁷ *Ibid.*

récents¹⁵⁸, signe que la Cour est consciente du renforcement des dangers qui guettent la démocratie et l'État de droit et qu'elle cherche à user des instruments dont elle dispose pour défendre les valeurs sur lesquelles a été fondée la famille des États européens.

En 1942, au plus fort de la Seconde Guerre mondiale, le philosophe chrétien Jacques Maritain le rappelait tout aussi fermement : « Une société démocratique n'est pas nécessairement : une société désarmée que les ennemis de la liberté peuvent tranquillement conduire à l'abattoir au nom de la liberté »¹⁵⁹. Et d'ajouter : « ce qui distingue en cette matière une société d'hommes libres d'une société despotique, c'est que cette restriction des libertés destructrices ne s'accomplit elle-même, dans une société d'hommes libres, qu'avec les garanties institutionnelles de la justice et du droit »¹⁶⁰. C'est là que la Cour de Strasbourg a tout son rôle à jouer, en veillant à ce que ces garanties soient réellement respectées.

Nataşa DANELCIUC-COLODROVSCHI

*Maître de conférences associée,
Directrice-adjointe de l'Institut SoMum,
Aix-Marseille Université, Université de Toulon,
Université de Pau & Pays Adour,
CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France*

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE BULGARIE ET SA PLACE DANS LE SYSTÈME CONSTITUTIONNEL : UN NOUVEL ÉPISODE D'UN DRAME AUX ACTES

Ces dernières années, en Bulgarie, un sujet n'a jamais cessé de susciter l'intérêt. Il s'agit de la place du Procureur général dans le système constitutionnel. Le débat a été provoqué par la désapprobation générale de l'opinion publique quant à la manière dont certains titulaires de cette fonction exercent leurs compétences. C'est désormais un cliché pour toutes les forces politiques de soutenir l'idée d'une « réforme judiciaire », dont une partie importante consiste à modifier les pouvoirs étendus du Procureur général et, en particulier, à créer une procédure permettant un contrôle efficace de ses fonctions¹⁶¹. On aspire à ce que les mécanismes de contrôle soient de deux ordres, en ce qui concerne à la fois la responsabilité disciplinaire et la responsabilité pénale du Procureur général.

Les compétences du Procureur général trouvent leur fondement constitutionnel à l'article 126, al. 2 de la Constitution qui dispose qu'il exerce le contrôle de légalité et la direction méthodologique de l'activité de tous les procureurs. Selon la Cour constitutionnelle, en conférant le pouvoir d'exercer le contrôle de légalité et la direction méthodologique de l'activité de tous les procureurs, la Constitution confère au Procureur général le statut d'un organe constitutionnel indépendant et chargé de contrôler le respect de la loi. En Bulgarie, l'organisation fonctionnelle du ministère

¹⁵⁸ Cour EDH, *Budinova et Chaprazov c. Bulgarie*, 16 février 2021, req. n° 12567/13 ; *Sanchez c. France*, 15 mai 2023, req. n° 45581/15.

¹⁵⁹ J. Maritain, *Les droits de l'homme et la loi naturelle* (1942), Éditions Desclée de Brouwer, 2005, p. 186-187.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Ce problème a également suscité l'intérêt de la Commission européenne, notamment dans son dernier rapport sur l'état de l'État de droit en Bulgarie. Cf. *Rule of Law Report – Country Chapter Bulgaria*, SWD(2022)502 final.

public est hiérarchique et pyramidale, le procureur général se trouve au sommet.

Selon la Cour constitutionnelle¹⁶², la compétence d'orientation méthodologique du Procureur général se caractérise par la plus faible intensité de puissance. Les orientations méthodologiques, de par leur nature, ne sont pas en mesure d'influencer un procureur spécifique de la même manière que le contrôle de légalité, car elles ne contiennent pas d'ordres individuels dans un cas précis, mais des règles générales pour la mise en œuvre de l'activité du procureur, qui ont un effet permanent et répété¹⁶³.

Le constituant concentre en la personne du Procureur général la responsabilité ultime de l'exercice légal par les procureurs de leurs compétences prévues à l'art. 127, al. 1 à 6 de la Constitution¹⁶⁴. Ledit article dispose notamment que le parquet veille au respect des lois comme suit : 1. Il mène l'enquête et veille à sa conformité à la loi ; 2. Il peut ouvrir une enquête¹⁶⁵ ; 3. Il engage la responsabilité des personnes qui ont commis des crimes et soutient l'action publique (l'accusation) dans les affaires pénales de droit commun ; 4. Il surveille l'application des mesures pénales et des autres mesures coercitives ; 5. Il entreprend

des actions visant l'annulation d'actes irréguliers ; 6. Il participe, dans les cas prévus par la loi, aux procès civils et administratifs.

L'art. 133 de la Constitution dispose que l'organisation et l'activité des magistrats (juges, procureurs et juges d'instruction), ainsi que leur statut, les conditions et la procédure de nomination et de révocation et l'exercice de leur responsabilité sont déterminés par la loi. Ce sont le Code de procédure pénale et la loi sur le pouvoir judiciaire qui, en grande partie, déterminent l'organisation et l'activité du parquet. Ces actes établissent explicitement le principe de l'organisation du parquet : le procureur général est le chef hiérarchique de tous les procureurs¹⁶⁶.

On observe qu'au sein de cette structure pyramidale et hiérarchique, il est difficile d'engager la responsabilité pénale du Procureur général. La Cour européenne des droits de l'homme a notamment identifié les problèmes que ces pouvoirs étendus du Procureur général peuvent provoquer. Dans l'affaire *Kolevi c. Bulgarie*, la Cour a déclaré qu'« il n'y a pas de garanties suffisantes dans le droit bulgare pour mener une enquête indépendante pour les crimes dans lesquels le Procureur général ou d'autres hauts fonctionnaires

¹⁶² Décision n° 11 du 23 juillet 2020, a. c. n° 15/2019.

¹⁶³ Avec la décision n° 11 du 23 juillet 2020, la Cour affirme que « les instructions méthodologiques peuvent être très différentes, mais elles peuvent avoir des caractéristiques communes : elles se réfèrent à un nombre illimité de cas ; elles sont obligatoires pour tous les procureurs ; elles sont appliquées de manière permanente, répétée et n'ont pas pour objet une procédure spécifique, un procureur spécifique, un acte spécifique ou une action pénale spécifique. ».

¹⁶⁴ En ce sens, voir : décision n° 8 de 2005, a. c. n° 7 de 2005 ; décision n° 7 du 11 mai 2021, a. c. n° 4/2021.

¹⁶⁵ L'enquête est menée par des organes d'enquête (tels que des juges d'instruction, des policiers enquêteurs et des inspecteurs des douanes enquêteurs) sous la direction et la supervision d'un procureur. En vertu de l'art. 196 du Code de procédure pénale, dans l'exercice de ses fonctions de gestion et de surveillance, le procureur peut : 1. contrôler en permanence le déroulement de l'enquête, en examinant et en vérifiant tous les éléments de l'affaire ; 2. donner des instructions sur

l'enquête ; 3. participer à l'exécution ou effectuer des actions d'enquête ; 4. révoquer l'organe d'enquête s'il a commis une violation de la loi ou ne peut garantir le bon déroulement de l'enquête ; 5. saisir le dossier d'un organe d'enquête et le transférer à un autre ; 7. révoquer, de sa propre initiative ou sur appel des personnes intéressées, les actes des organes d'enquête.

L'art. 197 du Code de procédure pénale dispose que les instructions écrites du procureur à l'organe d'enquête sont obligatoires et non sujettes à objection. En ce sens et dans le contexte de la structure hiérarchique et pyramidale du parquet, toute instruction écrite du Procureur général à un procureur spécifique serait obligatoire pour ce dernier.

¹⁶⁶ Les procureurs et les juges d'instruction sont dirigés par les chefs administratifs du bureau du parquet auquel ils sont rattachés et, dans l'exercice de leurs fonctions, chaque chef administratif est subordonné au Procureur général et à ses chefs administratifs supérieurs (art. 136, al. 4 et 5 de la loi sur le pouvoir judiciaire).

proches de lui peuvent être soupçonnés »¹⁶⁷.

Il est également important de noter que le Procureur général, pendant toute la durée de son mandat de sept ans, est membre de droit du Conseil supérieur de la justice – l'organe qui nomme, promeut, rétrograde et révoque les magistrats, tout comme il l'est lui-même. Dans ce cadre, si l'on considère la possibilité d'engager sa responsabilité disciplinaire, le problème juridique est synthétisé par la Commission de Venise comme suit : « Une révocation du Procureur général pour manquement à la discipline est (...) très peu probable, car il dispose d'une influence considérable au sein du CSM. Ce dernier compte en effet des membres procureurs ou d'autres membres issus du parquet qui étaient ses subordonnés avant d'obtenir leur mandat au CSM et regagneront le ministère public au terme de celui-ci »¹⁶⁸.

Le défi est celui de savoir comment organiser une séparation des fonctions organiques de telle manière que le Procureur général ne soit pas un organe de contrôle de l'exercice de ses compétences et de ses actes qui sortent du cadre de ses compétences et qui peuvent être qualifiés d'infractions pénales. Autrement dit, comment organiser un système efficace, c'est-à-dire indépendant du Procureur général, pour engager sa responsabilité pénale et disciplinaire ?

Ces derniers mois, les discussions ont cessé d'être purement politiques ou juridiques pour prendre (à nouveau) une tournure criminelle. Le 1^{er} mai 2023, une bombe a explosé devant le cortège du

Procureur général. Heureusement, il n'y a pas eu de victimes. Peu après, des représentants de presque tous les partis politiques ont condamné ce qu'ils ont qualifié d'« attentat », certains invoquant toutefois la possibilité d'une mise en scène du Procureur général lui-même. Peu après, l'un des Procureurs généraux adjoints et Directeur du service national d'enquête a déclaré que le Procureur général l'avait induit en erreur sur les circonstances de l'incident du 1^{er} mai.

Un certain nombre de représentants de partis politiques ont demandé la démission du Procureur général qui, lors d'une conférence de presse, a refusé de façon démonstrative de l'accorder, en déclarant que l'on voit bien quel genre de « poubelle politique » est représenté à l'Assemblée nationale » et qu'il « doit être balayé ». Cela a donné l'occasion aux membres du Conseil supérieur de la justice d'engager une procédure de révocation anticipée pour « atteinte au prestige du pouvoir judiciaire », l'un des motifs constitutionnels permettant de mettre fin aux pouvoirs des magistrats. Le 12 juin, une majorité de 16 membres du Conseil a soutenu la motion et a voté pour proposer au Président de la République de mettre fin aux pouvoirs de l'actuel Procureur général. Le 15 juin, le Président a signé un décret de révocation.

Ainsi, pour la première fois dans l'histoire récente de la Bulgarie, un Procureur général a été démis de ses fonctions avant terme. Ces événements se déroulent parallèlement aux discussions au sein de l'Assemblée nationale nouvellement élue, au cours desquelles des amendements à la

¹⁶⁷ Sur les documents relatifs à l'exécution de l'arrêt, voir : <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXEClidentifiant%22:%7B%22004-3557%22%7D%7D>.

¹⁶⁸ *Avis sur le projet d'amendement au Code de procédure pénale et à la loi sur le système judiciaire en ce qui concerne les enquêtes pénales visant les magistrats de rang supérieur*, n° 968/2019, CDL-AD (2019) 031, § 18. La Commission de Venise a noté que « dans le système bulgare actuel, la structure de responsabilité du Procureur général est faible, car il est à l'abri de poursuites pénales et il est

pratiquement inamovible. Ceci est problématique en soi et, dans le système de gouvernance judiciaire, cela fausse l'équilibre des pouvoirs, car un Procureur général fort siège en tant que membre de droit au Conseil supérieur de la justice, tout en étant le supérieur hiérarchique d'au moins cinq de ses membres (voire d'un plus grand nombre, si les membres non professionnels, ayant eu une carrière de procureur avant de siéger au Conseil supérieur de la justice, sont comptés) ». Commission de Venise, CDL-AD (2017) 018, *Avis sur la loi sur le système judiciaire de la Bulgarie*, 9 octobre 2017, § 37.

législation ont, une nouvelle fois, été adoptés. Ces amendements à la loi sur le système judiciaire et au Code de procédure pénale ont été adoptés afin de corriger les lacunes qui ont également été identifiées. Les nouvelles dispositions visent à établir des mécanismes permettant un contrôle plus efficace du Procureur général. Elles sont orientées dans deux directions.

D'une part, afin de garantir que le Procureur général puisse être effectivement démis de ses fonctions en cas de manquements graves ou systématiques à ses devoirs, comme dans le cas où ses actions portent atteinte au prestige du pouvoir judiciaire¹⁶⁹, la majorité des membres du Conseil supérieur de la justice requise pour proposer au Président de démettre le Procureur général de ses fonctions a été modifiée. De dix-sept voix requises au sein du Conseil, qui compte vingt-cinq membres, elles ont été abaissées à treize. D'autre part, une nouvelle procédure a été créée pour engager la responsabilité pénale du Procureur général.

Ce ne sont pas les premières tentatives de modification de la législation à cette fin. La doctrine exprime même des opinions soutenant le point de vue selon lequel le ministère public devrait être séparé des autres organes du pouvoir judiciaire, soit en tant que système indépendant d'organes, soit en tant que partie de l'exécutif¹⁷⁰. Une telle solution ne résoudrait guère le problème du manque de contrôle du Procureur général de la manière la plus appropriée, car elle le rendrait, ainsi que tous les autres procureurs, dépendant de la volonté politique de l'exécutif.

Certaines mesures, bien que conformes à la Constitution, ne produiraient pas le résultat escompté (I). La plupart des tentatives du législateur pour relever le défi

ont échoué, parce que certaines ont été déclarées inconstitutionnelles pour de bonnes raisons (II). Des tentatives ont été faites pour établir à la fois des formes de contrôle normativement fortes, qui conduiraient au changement dans la sphère juridique du Procureur général, en le sanctionnant soit pénalement, soit disciplinairement, ainsi que des formes de contrôle normativement faibles, exercées par l'Assemblée nationale, qui n'entraîneraient aucune forme de coercition et viseraient uniquement à assurer la publicité et la transparence de ces activités. Avec les récents amendements à la législation, une nouvelle tentative a été faite pour compenser les lacunes. L'avenir dira s'ils atteindront le résultat tant attendu. Pour l'instant, la seule certitude est celle que la Cour constitutionnelle a été saisie par le Procureur général pour se prononcer sur la constitutionnalité des nouvelles normes législatives.

I – Un contrôle possible, mais pratiquement irréalisable : l'indépendance fonctionnelle du procureur menant une enquête contre le Procureur général

En 2019, le Conseil des ministres a saisi la Cour constitutionnelle, avec une demande d'interprétation contraignante de l'art. 126, al. 2 de la Constitution, afin de savoir notamment si la compétence du Procureur général de contrôle de légalité et de direction méthodologique de l'activité de tous les procureurs concerne aussi les cas où un procureur procède à des inspections, des enquêtes et d'autres actions procédurales contre le Procureur général, compte tenu du principe juridique généralement admis « nul ne peut se juger soi-même en tant qu'élément de l'État de droit ».

¹⁶⁹ Il s'agit de deux des justifications établies par la Constitution pour mettre fin, de manière anticipée, au mandat de tous les magistrats (article 129, alinéa 3, point 5).

¹⁷⁰ Pour une présentation des différentes opinions exprimées, voir P. Penev, *Le pouvoir judiciaire en Bulgarie 1989-2014*, Sofia, Sibi, 2014, p. 204-223 (en bulgare).

Dans sa décision n° 11 du 23 juillet 2020, a. c. n° 15/2019, la Cour a adopté le dispositif suivant : « La supervision de la légalité et les orientations méthodologiques de l'activité de tous les procureurs, effectuées par le Procureur général, en vertu de l'article 126, alinéa 2 de la Constitution, ne s'appliquent pas aux affaires où un procureur mène des enquêtes préliminaires, des enquêtes pénales ou d'autres actes de procédure liés à des allégations contre le Procureur général ».

Avec sa décision, la Cour constitutionnelle, sur la base du principe de l'État de droit, interprète la disposition de manière à garantir l'indépendance fonctionnelle d'un procureur qui mène une enquête sur le Procureur général. Le respect de ce principe couvre également les cas dans lesquels la mise en œuvre de l'activité de poursuite est liée à la violation des droits personnels et des intérêts légitimes du Procureur général. La Cour constitutionnelle refuse d'accepter l'idée selon laquelle le Procureur général, en tant que citoyen, est habilité par la Constitution à influencer directement, en supervisant le contrôle de légalité, ou indirectement, grâce à des orientations méthodologiques, l'activité spécifique de poursuite dont dépendent ses droits personnels.

De cette manière, la position publique du Procureur général, compte tenu de son pouvoir, deviendrait une base de privilèges que les autres citoyens n'ont pas, ce qui est contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi (art. 6, al. 2 de la Constitution). Il est constitutionnellement inadmissible que les pouvoirs conférés au Procureur général pour protéger l'intérêt public soient utilisés dans son propre intérêt. La Cour constitutionnelle considère qu'au cours de l'enquête contre le Procureur général, il conserve sa position constitutionnelle, mais acquiert également un nouveau statut juridique en tant que personne faisant l'objet d'une enquête. Il lui incombe, de manière générale, de supporter les

conséquences de l'enquête, pendant qu'elle se poursuit, y compris la restriction dans l'exercice de ses pouvoirs.

Selon la Cour, bien que le principe « nul ne peut être juge et partie » ne soit pas explicitement inscrit dans la Constitution, il constitue une restriction raisonnable qui empêche toute ingérence dans l'intérêt personnel allégué du Procureur général dans les cas où un procureur mène des enquêtes à son encontre.

Malgré l'interprétation faite par la Cour constitutionnelle, la possibilité d'une enquête totalement indépendante contre le Procureur général peut être remise en question dans la pratique. Les raisons sont évidentes. D'une part, il conserve sa compétence d'adresser des instructions individuelles obligatoires sur les activités du ministère public : tous les procureurs lui sont subordonnés fonctionnellement, y compris le procureur enquêtant sur le Procureur général dans toutes les affaires autres que celle à laquelle son supérieur hiérarchique est parti. D'autre part, sur le plan organisationnel, l'évolution de la carrière des procureurs et juges d'instruction dépend du Procureur général, même si indirectement, car il est l'un des membres du collège des procureurs du Conseil supérieur de la justice.

La décision de la Cour constitutionnelle, qui spécifie la possibilité pour un procureur d'enquêter sur le Procureur général, ouvre la porte au système tant souhaité à la fois en Bulgarie et recommandé par la Commission de Venise et la Commission européenne. Le problème réside dans le fait que la porte n'est pas assez ouverte. La raison en est la dépendance organique toujours existante des procureurs vis-à-vis du Procureur général. Comme l'a noté le juge constitutionnel Georgi Angelov dans son opinion sur la décision, « l'effet de la présente décision sur l'établissement d'un contrôle légal et donc démocratique sur la figure constitutionnelle du Procureur général n'est pas grand. Dans le cadre de la Constitution actuelle, c'est un pas dans

la bonne direction, mais ce n'est que palliatif ».

Afin de mettre en place des mécanismes de contrôle efficaces, le législateur a modifié, à plusieurs reprises, le cadre normatif, y compris la Constitution. Dans un grand nombre de cas, les tentatives de changement se sont avérées contraires à la loi fondamentale.

II – Des mécanismes de contrôle constitutionnellement inadmissibles

Toutes les tentatives visant à établir des mécanismes spéciaux de contrôle sur le Procureur général ont jusqu'à présent été infructueuses. D'un côté, au fil des ans, divers mécanismes législatifs normativement forts ont été mis en place, en ce qui concerne sa responsabilité pénale et disciplinaire, dont certains, à juste titre, ont été déclarés inconstitutionnels. Par exemple, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle la création d'un organe spécial – un procureur chargé d'enquêter sur le Procureur général afin d'engager sa responsabilité pénale, ainsi qu'une révision constitutionnelle modifiant la procédure de révocation du Procureur général (A.) D'autre part, pour ce qui concerne les mesures moins contraignantes sur le plan juridique, la Cour a proclamé l'inconstitutionnalité de l'habilitation donnée à l'Assemblée nationale pour entendre le Procureur général dans des affaires spécifiques (B).

A - L'inconstitutionnalité des procédures de contrôle normativement fortes

1 – L'inconstitutionnalité d'un contrôle normativement fort exercé par un procureur spécial et indépendant

En 2021, un nouvel organe a été créé dans la législation bulgare – un procureur

pour l'engagement d'une enquête contre le Procureur général ou son adjoint. La loi sur le pouvoir judiciaire (art. 136, al. 11) et le Code de procédure pénale (art. 46, al. 8) ont créé des conditions pour que l'activité du nouvel organe soit exclue du contrôle institutionnel interne et du champ d'application du contrôle de légalité et des orientations méthodologiques que le Procureur général fournit sur les activités de tous les procureurs. Comme le note la Cour constitutionnelle, « le législateur a pratiquement créé un organe incontrôlable »¹⁷¹. La juridiction constitutionnelle considère que cet organe a été conçu et créé par le législateur en tant qu'organe d'« exception ». Son existence ne correspond ni au statut constitutionnel du Procureur général ni au statut constitutionnel des procureurs.

La Cour constitutionnelle a estimé, à juste titre, que cet organe ne fait pas partie de la structure administrative du ministère public, qu'il n'est pas subordonné au Procureur général ou à tout autre responsable administratif, que ses actions et ses actes ne sont pas susceptibles de recours et de contrôle au sein du ministère public, que ses activités sont exclues du champ du contrôle de légalité et de l'orientation méthodologique exercés par le Procureur général. Une procédure totalement nouvelle et différente de nomination et de révocation ainsi que les conditions à remplir pour être nommé « procureur enquêteur contre le Procureur général ou son adjoint » ont été prévues.

La Cour estime que le législateur a attribué au nouvel organe des fonctions indépendantes qu'il est seul habilité à exercer, en le singularisant ainsi en tant qu'organe unique et autonome, sans que cette dérogation ait un fondement constitutionnel. La juridiction constitutionnelle affirme que c'est par une révision constitutionnelle qu'on peut créer un tel organe faisant partie du ministère

¹⁷¹ Décision n° 7 du 11 mai 2021, a. c. n° 4/2021.

public, mais en même temps exclu de la procédure générale de contrôle dans son système interne.

La Cour constitutionnelle constate que la réglementation légale du statut, des fonctions et de la place du procureur compétent pour enquêter sur le Procureur général ou son adjoint n'est pas conforme aux prescriptions normatives de l'art. 117, art. 119, art. 126 et art. 127 de la Constitution, qui réglemente les caractéristiques fondamentales de l'indépendance du pouvoir judiciaire (art. 117), sa structure (art. 119) et, plus particulièrement, les dispositions fondamentales spécifiques concernant la structure (art. 126) et les compétences (art. 127) du ministère public. Selon la Cour, l'analyse des principales caractéristiques du statut et des pouvoirs de ce nouvel organe peut justifier la conclusion qu'il a été conçu et créé par le législateur comme un organe à caractère exceptionnel.

2 – L'inconstitutionnalité d'une procédure de révocation sur proposition de l'Assemblée nationale

La Constitution, lors de son adoption en 1991, prévoyait déjà une procédure spéciale pour la nomination et la révocation (pour faute grave ou manquement systématique à leurs devoirs, ainsi que pour des actions portant atteinte au prestige du pouvoir judiciaire) du Procureur général, du Président de la Cour suprême de cassation et du Président de la Cour suprême administrative. Ils sont nommés et révoqués par le Président de la République sur proposition du Conseil supérieur de la justice pour un mandat de sept ans, sans possibilité de réélection. Le Président ne peut refuser la nomination ou

la révocation si la proposition est renouvelée (art. 129, al. 2).

En 2006, une loi de révision constitutionnelle a été adoptée. Elle donne à l'Assemblée nationale, en plus du Conseil supérieur de la justice, la compétence, à la majorité qualifiée des deux tiers, de proposer au Président de la République la révocation des personnes occupant les fonctions susmentionnées.

La Cour suprême de cassation a saisi la Cour constitutionnelle, en demandant que la nouvelle compétence de l'Assemblée nationale soit déclarée inconstitutionnelle. Par sa décision n° 7 du 13 septembre 2006, dans l'affaire constitutionnelle n° 6/2006, la Cour constitutionnelle a déclaré la loi modifiant la Constitution inconstitutionnelle. Sans entrer dans les détails des procédures de révision constitutionnelle en Bulgarie, quelques mots sont nécessaires pour comprendre plus clairement les arguments de la Cour constitutionnelle.

La Constitution bulgare prévoit une différenciation formelle du droit constitutionnel matériel¹⁷². L'Assemblée nationale, à la majorité qualifiée, peut modifier et compléter toutes les dispositions de la Constitution, à l'exception de celles accordées à la Grande Assemblée nationale. L'article 158 point 3 définit les compétences de la Grande Assemblée nationale, parmi lesquelles figurent les modifications de la structure de l'État et du gouvernement.

En 2006, s'appuyant sur une interprétation « extensive » (selon les termes mêmes de la Cour) peu convaincante de l'article 158, point 3, que la Cour a faite en 2003¹⁷³, elle affirme que la nouvelle disposition « rend évident le déséquilibre des pouvoirs », ce qui viole le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs (article 8 de la Constitution). La

¹⁷² X. Magnon, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 59, 2004, p. 595-617 ; O. Pfersmann, « La production des normes :

production normative et hiérarchie des normes », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. 2, Dalloz, 2012, p. 483-528.

¹⁷³ Décision n° 3 du 10 avril 2003, a. c. n° 22/2002.

Cour considère aussi que les nouvelles règles sont contraires au principe de l'État de droit (article 4, alinéa 1, de la Constitution).

D'une part, parce que le Parlement et le Conseil supérieur de la justice, dans les mêmes conditions, pourraient prendre des décisions indépendantes en matière de révocation, ce qui « conduirait à des problèmes insolubles – lorsque des organes différents sont chargés de prendre des décisions analogues, ils ne les prennent pas du tout, ou s'ils les prennent, c'est le chaos juridique qui s'ensuit ». D'autre part, la Cour considère que le droit fondamental de se protéger contre les ingérences illégales dans la vie privée et familiale et contre les atteintes à l'honneur, à la dignité et à la réputation « exige que, lorsque des magistrats font l'objet d'une procédure de révocation, il y ait une possibilité *prima facie* de contester les conclusions du Parlement ».

Ainsi, une autre tentative d'établir une procédure de contrôle, en l'occurrence disciplinaire, sur le Procureur général s'est à nouveau avérée inconstitutionnelle. Cela n'a pas empêché l'Assemblée nationale, dans un souci de publicité et de transparence, d'essayer d'introduire d'autres mécanismes, qui sont normativement beaucoup plus faibles. Cependant, ceux-ci se sont également avérés, pour la plupart, contraires à la Constitution.

B – L'inconstitutionnalité des procédures de contrôle normativement faibles exercées par l'Assemblée nationale

En 1995, l'Assemblée nationale a adopté, dans son Règlement sur l'organisation et l'activité, un nouvel article 95 qui habilite le Parlement et sa commission respective de convoquer un fonctionnaire ou un citoyen en vue de

répondre aux questions posées. La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer sur cette norme ¹⁷⁴. Elle considère qu'en principe, ce texte n'est pas contraire à la Constitution. Néanmoins, avec une réserve d'interprétation, la juridiction affirme que cette disposition ne peut être appliquée par rapport au Président de la République, au Vice-président, aux juges constitutionnelles et à tous les magistrats. La Cour constitutionnelle justifie sa position en considérant que le contraire serait en contradiction avec le principe de séparation des pouvoirs (art. 8 de la Constitution).

En 2006, par une révision constitutionnelle, un nouveau point 16¹⁷⁵ a été rajouté à l'art. 84, en vertu duquel « l'Assemblée nationale entend et adopte les rapports annuels de la Cour suprême de cassation, de la Cour suprême administrative et du Procureur général, présentés par le Conseil supérieur de la justice, sur l'application de la loi et sur les activités des tribunaux, du ministère public et des organes d'enquête ». En 2015, ce texte a été complété par une autre phrase, en vertu de laquelle « l'Assemblée nationale peut entendre et adopter d'autres rapports du Procureur général sur les activités du ministère public en matière d'application de la loi, de prévention de la criminalité et de mise en œuvre de la politique pénale »¹⁷⁶.

Le Procureur général a saisi la Cour constitutionnelle par une demande d'interprétation contraignante de la disposition de l'art. 84, point 16, deuxième phrase de la Constitution, voulant savoir notamment si, dans le champ d'application de l'expression « autres rapports du Procureur général sur l'activité du ministère public en matière d'application de la loi, de prévention de la criminalité et de mise en œuvre de la

¹⁷⁴ Décision n° 5 du 17 mai 1995, a. c. n° 3/1995.

¹⁷⁵ *Journal officiel*, n° 27/2006.

¹⁷⁶ *Journal officiel*, n° 100/2015.

politique pénale », sont inclus des rapports sur des procédures pénales spécifiques.

Avec la décision n° 6 du 6 juin 2017, a. c. n° 15/2016, la Cour constitutionnelle a jugé (dans le dispositif de la décision interprétative) qu'« au sens de l'art. 84, point 16, phrase deux de la Constitution, divers rapports résumés et analytiques sur l'activité du ministère public sur l'application de la loi, la lutte contre la criminalité et la mise en œuvre de la politique pénale doivent être inclus. Ces rapports sont différents dans le temps et/ou le contenu des rapports annuels selon l'art. 84, point 16, première phrase de la Constitution, et sont destinés à faciliter l'exercice des pouvoirs constitutionnels de l'Assemblée nationale. L'Assemblée nationale ne peut demander au Procureur général un rapport sur l'activité du ministère public dans le cadre de procédures pénales particulières. ».

La Cour constitutionnelle a motivé sa décision par l'argument selon lequel le rapport au titre de l'art. 84, point 16, deuxième phrase de la Constitution, ne devrait pas se fonder sur une procédure pénale spécifique, car il existe ainsi un risque d'affecter de manière constitutionnellement irrecevable l'indépendance du pouvoir judiciaire et de violer l'équilibre établi dans la Constitution entre les organes de l'État, fondé sur le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, dont une garantie essentielle pour le respect est l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Cette interprétation coïncide également avec le point de vue de la Cour constitutionnelle adopté dans la décision

n° 9 du 4 octobre 2011, a. c. n° 7/2011, où elle a jugé que « le ministère public et les autorités chargées de l'enquête, en tant qu'organes de l'État, ne doivent pas fournir d'informations et de documents aux membres de l'Assemblée nationale lorsqu'ils constituent des secrets d'enquête »¹⁷⁷.

Toutefois, en 2022, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion d'affirmer qu'il est constitutionnellement permis à la commission parlementaire, prévue par les règles d'organisation et d'activité de l'Assemblée nationale, de tenir une discussion avec la participation du Procureur général sur la mise en œuvre de la loi et les activités des organes de poursuite et d'enquête, y compris sur les changements législatifs, les ressources, les difficultés liées à l'exercice des fonctions de ces organes, les résultats de la lutte contre la criminalité.

La Cour estime que ce mécanisme d'information, d'interaction et de responsabilité n'est pas contraire à l'indépendance fonctionnelle des procureurs ¹⁷⁸. Les informations que l'Assemblée nationale reçoit au cours de ses délibérations « sont destinées à servir de base à l'exercice du pouvoir constitutionnel de l'Assemblée nationale d'élaborer des lois reflétant des décisions de politiques publiques de premier plan pour lutter contre la criminalité »¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Cette interprétation coïncide également avec le point de vue de la Cour constitutionnelle dans la décision n° 9 du 4 octobre 2011, a. c. n° 7/2011, dans laquelle il est jugé que « le ministère public et les autorités chargées de l'enquête, en tant qu'organes de l'État, ne doivent pas fournir d'informations et de documents aux membres de l'Assemblée nationale lorsqu'ils constituent des secrets d'enquête ».

¹⁷⁸ En l'espèce, la Cour constitutionnelle n'a pas dérogé à son interprétation, déjà présentée avec la décision interprétative n° 8/2005, en affirmant que

« dans une république parlementaire, l'Assemblée nationale pourrait avoir sa place non seulement dans la définition, mais aussi dans le suivi et l'analyse des résultats de la politique de l'État en matière de lutte contre la criminalité » sans que cela ne devienne une forme de contrôle parlementaire sur le pouvoir judiciaire, similaire à celui exercé par l'Assemblée nationale sur le pouvoir exécutif, car cela conduirait à une telle ingérence, qui changerait les fondements sur lesquels repose le modèle constitutionnel de l'État.

¹⁷⁹ Décision n° 6 du 12 juillet 2022, a. c. n° 6/2022.

III – En guise de conclusion : brèves réflexions sur les nouvelles règles concernant la responsabilité du Procureur général

En mai 2023, l'Assemblée nationale a adopté des amendements à la législation afin d'atteindre, une fois de plus, l'objectif souhaité, à savoir la mise en place de mécanismes efficaces permettant de tenir le Procureur général pour responsable, tant sur le plan disciplinaire que pénal.

D'une part, en ce qui concerne sa responsabilité disciplinaire, afin de faciliter la possibilité que le Procureur général soit démis de ses fonctions, le Parlement a modifié les règles selon lesquelles cela pourrait se produire¹⁸⁰. Comme indiqué plus haut, la Constitution prévoit que le Procureur général est nommé et révoqué par le Président de la République sur proposition de l'assemblée plénière (vingt-cinq membres) du Conseil supérieur de la justice (art. 129, al. 2 de la Constitution).

La loi fondamentale délègue au législateur le devoir de réglementer l'organisation du Conseil supérieur de la justice, des tribunaux et des organes du ministère public, le statut des juges et des procureurs, les conditions et la procédure de nomination et de révocation des juges et des procureurs, ainsi que la procédure de l'engagement de leur responsabilité (art. 133 de la Constitution).

Pendant longtemps, la loi sur le pouvoir judiciaire a exigé qu'une telle proposition de nomination ou de révocation de Procureur général soit soutenue par dix-sept membres du Conseil. Il était évident qu'il s'agissait d'une majorité difficile à atteindre. L'Assemblée nationale a adopté un amendement à la loi qui a ramené la

majorité requise à treize (art. 33, al. 3 de la loi sur le pouvoir judiciaire). Moins d'un mois plus tard, comme indiqué dans l'introduction de cette contribution, seize membres du Conseil ont soutenu la motion de révocation du Procureur général. Il est intéressant de noter qu'un an plus tôt, seize des membres du même Conseil avaient rejeté des motions qui semblaient beaucoup plus convaincantes pour justifier la révocation du Procureur général. Ce brusque changement d'humeur a, non sans raison, donné le sentiment qu'il existe au sein du pouvoir judiciaire des intérêts qui vont malheureusement bien au-delà de l'intérêt de la justice.

D'autre part, en ce qui concerne le mécanisme recherché pour une enquête indépendante et l'engagement de la responsabilité pénale du Procureur général, en 2023, des amendements au Code de procédure pénale (art. 411a. et suivants) et à la loi sur le pouvoir judiciaire ont adopté des règles spéciales pour le traitement des cas de crimes de nature générale commis par le Procureur général ou son adjoint. Sans entrer dans les détails, les nouvelles règles prévoient une procédure spéciale, différente des règles de procédure générale, pour l'enquête sur un crime prétendument commis par le Procureur général ou son adjoint et la création (à nouveau) d'un procureur spécial chargé d'enquêter sur le Procureur général.

Ce nouvel organe d'enquête est un juge (avec le rang de juge à la Cour suprême de cassation), qui est nommé procureur uniquement pour enquêter sur les crimes commis par le Procureur général¹⁸¹. Le juge spécialement désigné (désormais procureur) dirige la procédure

¹⁸⁰ Ce changement est dans la lignée de la recommandation de la Commission de Venise. Cf. Commission de Venise, *Avis sur la loi sur le système judiciaire de la Bulgarie*, CDL-AD (2017) 018, 9 octobre 2017, § 38 ; *Avis sur les projets d'amendements au Code de procédure pénale et à la loi sur le système judiciaire*, CDL-AD (2022) 032, §§ 10 et 15.

¹⁸¹ En principe, tous les procureurs, y compris ceux au sein du bureau du Procureur suprême de cassation, sont nommés, promus, démis de leurs fonctions et révoqués par le collège des procureurs du Conseil suprême de la justice. Le « procureur spécial » est également nommé par le collège des procureurs. Toutefois, les règles de nomination sont différentes des exigences générales pour tous les autres :

d'instruction et participe au procès selon des règles spécifiques différentes de celles qui s'appliquent aux autres affaires.

Peu après l'adoption des nouvelles règles de procédure, le Procureur général a saisi la Cour constitutionnelle par une requête réclamant la déclaration d'inconstitutionnalité des nouvelles règles adoptées.

Comme indiqué ci-dessus, les nouvelles dispositions de la loi exigent une majorité différente des membres du Conseil supérieur de la Justice pour la nomination et la révocation du Procureur général, d'une part, et du Président de la Cour suprême de cassation et de la Cour suprême administrative (article 33, alinéa 3, et article 173, alinéa 11, de la loi sur le pouvoir judiciaire), d'autre part. En ce qui concerne ces derniers, la majorité avec laquelle le Conseil peut proposer au Président la nomination ou, respectivement, la révocation du titulaire de la fonction reste de dix-sept voix.

Arguant plutôt de l'inopportunité des nouvelles règles, le Procureur général considère, malgré l'absence de disposition explicite dans la Constitution, que « la loi fondamentale exige que les décisions relatives les trois hauts représentants du pouvoir judiciaire soient prises à la majorité qualifiée ». Ceci, dit-il, « est l'expression et la garantie du respect de la sécurité juridique ». Comme indiqué ci-dessus, la

Constitution délègue expressément au pouvoir discrétionnaire du législateur la compétence de déterminer les conditions et la procédure de nomination et de révocation des juges et des procureurs (art. 133). La requête allègue également que la décision législative autorisant l'élection et la révocation du Procureur général se fait sans la participation des membres du Conseil issus du quota des procureurs, qui sont au nombre de quatre, ce qui est « tout à fait discriminatoire ».

Cette affirmation semble imprécise et vague, car elle n'est pas étayée par des arguments indiquant quelles sont les caractéristiques constitutionnelles interdisant la discrimination que la nouvelle norme vient contredire¹⁸². Il convient également de noter que les membres du Conseil issus du quota des procureurs (c'est-à-dire élus directement par les procureurs) n'exercent pas leurs fonctions de procureur pendant la durée de leur mandat au sein de l'organe collectif (ce qui est également vrai pour tous les autres membres du Conseil) et n'ont ni plus, ni moins de droits que tous leurs autres collègues au sein du Conseil.

À cet égard, on peut noter que la Cour constitutionnelle a estimé, à juste titre, dans la motivation de sa décision n° 10 du 15 novembre 2011, a. c. n° 6 du 2011, que : « Les membres du Conseil supérieur de la justice ont les mêmes droits et obligations,

l'assemblée générale de la chambre criminelle de la Cour suprême de cassation approuve une liste de juges en exercice, exerçant la fonction de juge à la Cour suprême de cassation, dans la chambre criminelle, ou ayant le rang de juge à la Cour suprême de cassation dans les chambres criminelles des cours d'appel et des tribunaux de district, qui ont exercé les fonctions de juge en matière pénale au cours des sept années précédant leur inscription sur la liste. Les juges sont inscrits sur la liste après leur accord écrit (art. 112, al. 6 de la loi sur le pouvoir judiciaire). Lorsqu'il existe une « raison légale » d'ouvrir l'enquête contre le Procureur général, de manière aléatoire, le dossier est distribué à un des juges de la liste approuvée. Une fois le juge chargé d'enquêter sur le Procureur général désigné, le chef de la chambre pénale de la Cour suprême de cassation en informe immédiatement le collège de procureurs du Conseil supérieur de la justice, qui le nomme procureur au sein du bureau du procureur suprême

de cassation pour enquêter sur les infractions commises par le Procureur général (art. 173a, al 3, de la loi sur le pouvoir judiciaire). Le mandat du procureur spécial ne peut excéder deux ans, à l'issue duquel il est réintégré dans le poste qu'il occupait précédemment en tant que juge. Si la procédure contre le Procureur général ou contre son adjoint dure plus de deux ans, un autre juge est nommé procureur conformément à la procédure susmentionnée (art. 173a du Code de procédure pénale).

¹⁸² L'article 6, alinéa 2 de la Constitution dispose que tous les citoyens sont égaux devant la loi. Aucune restriction des droits ou privilèges fondée sur la race, la nationalité, l'ethnie, le sexe, l'origine, la religion, l'éducation, les croyances, l'affiliation politique, le statut personnel et social ou la propriété n'est autorisée.

car ils sont égaux, qu'ils soient membres de droit ou membres électifs, qu'ils soient élus pour un mandat complet ou qu'ils achèvent un mandat, et quelle que soit la fonction qu'ils ont occupée avant de devenir membres du Conseil ». Le fait que certains membres du Conseil soient élus directement par les procureurs ne peut justifier une exigence constitutionnelle selon laquelle ils doivent avoir consenti à la nomination ou à la révocation du Procureur général pour que la décision du Conseil soit valide.

Pour des raisons parfaitement compréhensibles, il a invoqué les arguments utilisés par la Cour constitutionnelle pour déclarer contraires à la loi fondamentale les règles qui ont créé la fonction de procureur pour l'enquête contre le Procureur général ou son adjoint¹⁸³. On ne peut nier qu'une fois de plus, à l'instar de ce que l'on trouve dans la décision n° 7 du 11 mai 2021, a. c. n° 4/2021, le législateur crée un organe compétent pour enquêter sur les crimes commis par le Procureur général ou son adjoint, qui est nommé selon une procédure spéciale, différente de celle applicable à tous les autres procureurs (y compris ceux du bureau du procureur suprême de cassation, dont il fait partie), qui n'est subordonné ni administrativement, ni fonctionnellement aux procureurs de rang supérieur et au Procureur général, et dont les actes sont exclus du contrôle de légalité au sein du ministère public et du champ d'application du contrôle de légalité et de l'orientation méthodologique en vertu de l'article 126, alinéa 2 de la Constitution¹⁸⁴. Par conséquent, il peut être établi que la nouvelle réglementation soulève de sérieux doutes quant à sa conformité avec la loi fondamentale, car il semble qu'une fois de plus, le législateur ait

créé une autorité de nature exceptionnelle.

La Cour constitutionnelle n'a pas encore statué sur le fond.

L'argument selon lequel les nouvelles règles d'engagement de la responsabilité pénale du Procureur général représentent, dans le cadre de la Constitution actuelle, la meilleure solution sur le plan juridique, peut susciter de sérieux doutes. Jusqu'à présent, sur la base de l'expérience acquise, en tenant compte des nombreuses tentatives de modifier le cadre juridique, y compris la Constitution, on peut conclure que si la Bulgarie n'a pas encore trouvé la recette pour résoudre le rébus avec la responsabilité du Procureur général, elle sait déjà, du moins dans une large mesure, comment il ne peut pas être résolu. Espérons que ces tentatives, bien qu'infructueuses pour la plupart, seront exploitées par les députés, surtout à un moment où il y a une volonté exprimée par une majorité d'entre eux de réviser la Constitution.

Aleksandar TSEKOV

*Professeur adjoint, Université St. Kliment
d'Odrid de Sofia*

¹⁸³ Décision n° 7 du 11 mai 2021, a. c. n° 4/2021.

¹⁸⁴ Le contrôle des actions de ce procureur ne peut être exercé que par un autre procureur nommé spécialement à cet effet. Ce procureur contrôleur est désigné au hasard parmi les juges de la chambre

criminelle de la Cour suprême de cassation, après leur accord écrit, et est nommé pour une période de deux ans par le collège des procureurs du Conseil supérieur de la justice (art. 173a, al. 4 de la loi sur le pouvoir judiciaire).

**REVISITER LES DIMENSIONS
ÉCONOMIQUES DE LA DÉSINTÉGRATION
DE LA YUGOSLAVIE**

Peu d'auteurs se sont penchés sur les dimensions économiques de la désintégration de la Yougoslavie. En France, les travaux de Catherine Samary¹⁸⁵, de Michel Drouet¹⁸⁶ et de Nebojsa Vukadinovic¹⁸⁷ ont permis d'interroger les évolutions économiques des années 1980 et 1990 dans l'espace yougoslave. Aux États-Unis, Susan Woodward¹⁸⁸ a souligné l'importance de la dimension économique dans la désintégration de la Yougoslavie. Les travaux de Rastko Mocnik permettent également de repenser les conflits yougoslaves dans le cadre des transformations du postcommunisme.

Malgré ces recherches, trente ans après la désintégration de la Yougoslavie, les fondements économiques des crises des années 1990 dans l'espace yougoslave restent peu étudiés. Il s'avère pourtant nécessaire d'analyser les dimensions économiques sous-jacentes aux conflits de cette période, tout en interrogeant les mutations de l'après-guerre des années 1990. Quelle est la nature des transformations économiques liées à la sortie du communisme ? Celles-ci ont-elles contribué aux conflits yougoslaves ? Quelles formes de capitalisme dans les États post-yougoslaves de nos jours ? Peut-on parler de capitalisme dépendant

aujourd'hui dans l'espace post-yougoslave ?

**I – L'héritage économique
de la Yougoslavie : un cas à part
en Europe de l'Est**

L'économiste Branko Horvat¹⁸⁹ propose un découpage chronologique du développement économique yougoslave par périodes allant de 1945 à 1988 (phase A), comme présenté dans le tableau ci-dessous. À partir du début de l'année 1990, débute la stabilisation macroéconomique et la transition vers l'économie de marché, tel que fut le cas dans les autres pays de l'Europe de l'Est. Puis, à partir de 1991, la Serbie, au même titre que les autres pays issus de la fédération, rentre dans une période post-yougoslave (phase B).

La phase après 1945 est celle de la reconstruction d'après-guerre. On assiste pendant cette première période à une croissance du PIB par habitant de 40 %. Entre 1945 et 1951¹⁹⁰, le processus de reconstruction s'étalera sur plusieurs décennies. Dans ce contexte, après 1951, on assiste à l'introduction et au développement de l'autogestion¹⁹¹. La période des années 1960 est marquée par des mesures de libéralisations radicales qui ont été instaurées en 1961 et 1965, principalement « dans le sens d'une augmentation de l'autonomie des

¹⁸⁵ C. Samary, « Réinsérer la Serbie dans l'analyse de la transition. Rapports de propriété, État et salariat », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 35, n° 1-2, 2004 (numéro spécial, *Sortir de la transition bloquée : Serbie-Monténégro*, sous la dir. de M. Morokvasic et N. Vukadinovic), p. 117-156.

¹⁸⁶ M. Drouet, « Serbie : quelle transition économique après une décennie de sanctions et de guerre ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 35, n° 1-2, 2004 (numéro spécial, *Sortir de la transition bloquée : Serbie-Monténégro*, sous la dir. de M. Morokvasic et N. Vukadinovic), p. 85-115.

¹⁸⁷ N. Vukadinovic, *Transitions, désintégrations, reconstructions dans l'espace yougoslave 1980-1999*, Éditions ANRT, 2006, 790 p.

¹⁸⁸ S. Woodward, *Balkan Tragedy: Chaos and Dissolution after the Cold War*, Brookings Institution Press, 1995, 556 p.

¹⁸⁹ Branko Horvat est un économiste connu au niveau international. Ses positions en faveur du maintien de la Yougoslavie à l'heure de la désintégration de celle-ci ont eu pour conséquence la marginalisation de ses travaux en Croatie.

¹⁹⁰ Voir :

https://yuhistorija.com/serbian/ekonomija_txt01.html.

¹⁹¹ C. Samary, *Le marché contre l'autogestion, l'expérience yougoslave*, Éditions La Brèche Publisud, 1988, 331 p.

entreprises »¹⁹². En effet, les réformes¹⁹³ de l'organisation du système autogestionnaire prévoyaient que les décisions sur les investissements devaient se prendre au niveau des OTA (Organisations de travail associées) pour réduire leur dépendance des banques et éviter par ce biais leur endettement. Mais en 1968, les investissements étaient toujours majoritairement financés par les banques.

En outre, les salaires ne cessaient d'augmenter, provoquant des pressions

inflationnistes. En 1967, les rachats et les fusions d'entreprises sont autorisés dans le secteur autogéré¹⁹⁴. Ceci aura pour conséquence une tendance à l'apparition de monopoles. Par ailleurs, les investissements directs étrangers (à moins de 50 %) sont autorisés à partir de 1968, ainsi que la création de petites entreprises privées, principalement dans le tourisme et le commerce.

Tableau 1 : Périodes de développement économique de la Yougoslavie socialiste (RSFY) (1945-1990) puis après le début de la transition et la désintégration de la RSFY (1990-2021)

Phase		Périodes économiques	Dates
A	a	L'étatisme ou l'économie dirigée	1945-1951
	b	L'âge d'or : la période de l'autogestion	1952-1964
	c	La période transitoire : la libéralisation économique et la démocratisation politique	1965-1971
	d	L'étatisme polycentrique ou l'économie contractuelle	1972-1987
	e	Le nationalisme	1988 – ... » ² .
B	f	Stabilisation macroéconomique et « transition bloquée » ³ en économie autarcique	1990-2001
	g	Stabilisation macroéconomique, réformes structurelles et réinsertion internationale	2001-2012
	h	Stabilisation macroéconomique, réformes structurelles et intégration à l'UE	2012-2021

La période des années 1960 est toujours marquée par une croissance du PIB par habitant qui va durer jusqu'en 1979 « atteignant une augmentation par 5 entre 1951 et 1979 »¹⁹⁵. Durant toute cette période, le modèle autogestionnaire fonctionne, mais des dysfonctionnements apparaissent. Selon Wladimir Andreff, le système d'autogestion engendre « deux

dysfonctionnements spécifiques, et non des moins gênants, qui le condamnent à terme sur le plan de l'efficacité économique : il crée systématiquement du chômage et de l'inflation »¹⁹⁶.

¹⁹² D. Bilandžić, *Certains aspects du système yougoslave d'autogestion*, Belgrade, Medjunarodna politika, 1968, 63 p.

¹⁹³ S. Carić, J. O. Stanojević, *Privredno i radno pravo. Pravni položaj privrednih organizacija* [Le droit économique et le droit du travail. Le droit des organisations économiques], Novi Sad, Visoka škola za organizaciju rada, 1968, 201 p.

¹⁹⁴ V. Bakarić, *Aktuelni problemi sadašnje etape revolucije* [Les problèmes actuels de l'étape de la révolution], Zagreb, Stvarnost, 1967, 366 p.

¹⁹⁵ Op. cit. : https://yuhistorija.com/serbian/ekonomija_txt01.html.

¹⁹⁶ W. Andreff, *La crise des économies socialistes, la rupture d'un système*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 183.

Certains économistes, comme Branko Horvat¹⁹⁷ ou Aleksander Bajt, Professeur à l'Université de Ljubljana, étaient conscients, dans les années 1970, de l'interaction entre autogestion, chômage et inflation. Le cercle vicieux qui s'était mis en place peut être décrit de la façon suivante : les revenus des entreprises étant répartis entre ceux qui y travaillent, une nouvelle « embauche n'est collectivement avantageuse que si sa productivité au travail est nettement supérieure à la productivité moyenne du collectif »¹⁹⁸.

Comme les entreprises sont en situation de monopole sur leur marché, elles vont agir sur les prix. Cette situation pousse, d'une part, les entreprises à embaucher peu et, d'autre part, à augmenter les prix pour accroître leurs recettes et par là même leurs revenus. La période de « l'étatisme polycentrique ou l'économie contractuelle », caractéristique des années 1970 et 1980, est marquée par le développement des relations contractuelles entre les structures autogérées dans les entreprises.

Après la mort de Josip Broz Tito¹⁹⁹ en 1980, on assiste à des tentatives de réformes du système politique et économique, à la montée des nationalismes, mais aussi à la stagnation économique. Les « rapports institutionnels économiques entre les républiques, la Fédération et les communes »²⁰⁰ de 1945 à 1990 pouvaient fonctionner, car la Ligue des communistes permettait de maintenir la cohésion, une centralisation politique

dans un système largement décentralisé, mais elles auront des conséquences négatives sur l'environnement²⁰¹.

En effet, malgré la mise en place de l'autogestion, on assiste à une utilisation intensive des ressources naturelles. Comme dans les pays d'Europe occidentale, le charbon est très largement utilisé durant la décennie des années 1950. Mais à la différence de certains pays de l'Europe occidentale, qui diminuent la production de charbon en faisant le choix du nucléaire dans les années 1970, la Yougoslavie va rester sur une ligne d'exploitation des ressources énergétiques traditionnelles aux conséquences néfastes sur l'environnement.

À la classification de Branko Horvat, il est nécessaire de rajouter d'autres périodes pour comprendre l'évolution du développement économique des pays issus de l'ex-Yougoslavie après la désintégration de celle-ci jusqu'à nos jours (Phase B, de 1990 à 2021) comme présentées dans le tableau ci-dessus.

II – De la crise économique à la sortie du communisme par la guerre

Dans son ouvrage *Sociologie des crises politiques*, Michel Dobry esquisse la définition suivante de cette notion : « Processus sociaux aboutissant, ou susceptibles d'aboutir, à des ruptures dans le fonctionnement des institutions politiques, pas nécessairement légitimes, propres à un système social et paraissant

¹⁹⁷ B. Horvat, *Lutanja jugoslovenske privrede*, op. cit., p. 550-565.

¹⁹⁸ W. Andreff, op. cit., p. 183. L'auteur ajoute : « (...) On voit que le problème consiste à maximiser la différence entre la recette moyenne de l'entreprise et le coût moyen par tête. Il est clair que l'entreprise ne cherchera pas à accroître sa main-d'œuvre, sauf si une nouvelle embauche accroît la productivité moyenne, c'est-à-dire si la productivité marginale de la nouvelle recrue est supérieure à la productivité moyenne des travailleurs déjà présents dans l'entreprise. C'est la seule stratégie envisageable à court terme, si le prix est donné par un marché concurrentiel. En revanche, si, comme c'était le cas en Yougoslavie, les entreprises sont en situation de

quasi-monopole sur leur marché, elles sont en mesure de faire jouer la variable prix. La maximisation du revenu par tête est alors particulièrement inflationniste à court terme, le conseil ouvrier étant tenté d'augmenter les prix pour faire croître les recettes de l'entreprise et le revenu moyen par tête ».

¹⁹⁹ Josip Broz Tito est mort le 4 mai 1980.

²⁰⁰ Voir L. Durovski, *The Commune and the communal system of Yugoslavia, 1941-1978*, Skopje, Institut za sociološka i političko-pravna istraživanja, 1981, 658 p.

²⁰¹ Voir H. Petrić, I. Zebec Silj, *Environmentalism in Central and South-Eastern Europe: Historical perspectives*, Editions Lexington Books, 2017, 304 p.

menacer la persistance de ces institutions. On s'attachera, en d'autres termes, à des phénomènes perçus et analysés, autant d'ailleurs par les acteurs mêmes des crises que par leurs observateurs "externes", en tant que discontinuités intervenant dans le flux "normal" des routines ou des échanges politiques »²⁰².

Dans le cas des États des Balkans occidentaux, les ruptures ont été visibles lors de l'éclatement des crises économiques (inflation, chômage) ou des crises politiques (crise du système communiste des années 1980/1990, conflits des années 1990, recomposition des échiquiers politiques de 1990 à 2020). Les dimensions économiques de l'avant, pendant et après-guerre, ont très peu été étudiées. Pourtant, afin de cerner l'interaction entre les processus de recompositions nationales dans l'espace yougoslave à partir de 1989, il est nécessaire de cerner les processus de désintégration de la fédération yougoslave, non seulement sous l'angle de la création de nouveaux États-nations dans la région, mais aussi sous l'angle des interactions entre les politiques économiques qui ont été menées depuis le début des années 1990 jusqu'à nos jours.

Ainsi, les transformations économiques mises en œuvre, dans un premier temps, par le programme de stabilisation macroéconomique au début du mois de janvier 1990 ont largement précédé la dislocation de la fédération yougoslave. Pourtant, les liens visibles entre la stabilisation macroéconomique de cette époque et l'émergence des conflits, ou autrement dit entre les aspects économiques et les impacts politiques des transformations du système communiste sont pratiquement passés inaperçus dans le domaine de la recherche.

Depuis trois décennies, les transformations des États sont directement liées à la formation de systèmes capitalistes

dont la nature et les spécificités restent très peu étudiées. Par ailleurs, la crise économique qui précédait les élections libres du début des années 1990 a-t-elle accéléré le processus de désintégration politique ? Il est tentant de répondre par l'affirmative à cette question, puisque la crise économique yougoslave était présente depuis longtemps et la population avait majoritairement perdu confiance dans le pouvoir politique communiste depuis la mort de Josip Broz Tito, en 1981. Mais comment expliquer alors le déclenchement de la guerre en Yougoslavie, au moment même où la situation économique semblait s'améliorer et où la transition portait ses fruits en 1990 : les salaires atteignant alors des niveaux proches de ceux de l'Espagne ou de la Grèce, avec une inflation entièrement maîtrisée, si ce n'est par le primat du politique ?

Lorsque Françoise Perrot et Georges Sokoloff analysent, en 1971, le système yougoslave, ils décèlent les nombreuses failles sur lesquelles il repose. La première réside, selon eux, dans la conception même du développement économique qui est considéré avant tout comme un « instrument d'intégration sociale ».

En effet, il a permis entre 1950 et 1971 d'améliorer les conditions de vie d'une population très éprouvée au sortir de la Seconde Guerre mondiale. Mais le développement économique est, dans le cas yougoslave, bien plus que cela. Il est devenu le symbole de la réussite d'une forme originale de socialisme face au bloc soviétique. Le « socialisme réel était à la fois non démocratique et inefficace », écrit Juddy Batt. Ainsi, l'idée d'un « socialisme de marché » selon laquelle « le marché serait indépendant de la propriété privée » et qu'il serait « compatible avec le socialisme »²⁰³ a fait son chemin et fut appliquée en Yougoslavie.

²⁰² M. Dobry, *Sociologie des crises politiques*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1986, p. 14.

²⁰³ J. Batt, *Economy Reform and Political Change in Eastern Europe. A Comparison of the Czechoslovak*

La réussite d'un tel modèle permettait également de faire passer au second plan les questions nationales ²⁰⁴. L'économie était donc considérée comme un facteur de légitimité du « yougoslavisme titiste ». Toutefois, avec la crise économique du début des années 1970, les républiques du Nord commencent à remettre en question les fondements sur lesquels repose le développement économique du pays et pointent principalement du doigt le système de répartition des fonds attribués aux régions peu développées du Sud, au risque de faire ressurgir les « vieux antagonismes politiques ». La stabilité du système, tout comme les risques de sa déstabilisation, reposent ainsi sur l'imbrication des dimensions politiques et économiques.

Entre les premières crises des années 1970 et celles de 1989, les fissurations du système seront de plus en plus visibles. Cependant, une réforme en profondeur du système économique n'est pas envisageable. Pour éliminer les causes des déséquilibres sous-jacents, il aurait fallu abandonner l'autogestion et la répartition des revenus régionaux entre le Nord et le Sud. Ceci étant contradictoire avec les principes du « yougoslavisme titiste », le système perdure jusqu'en 1989.

Cette année-là, il est question de mettre en œuvre un programme de transition économique comme dans les autres pays de l'Europe de l'Est²⁰⁵, comportant deux

volets : une stabilisation macroéconomique pour lutter contre l'inflation et des réformes structurelles afin de procéder à une transition plus profonde²⁰⁶. Influencée directement par les travaux de Jeffrey Sachs²⁰⁷ et de Michaël Bruno²⁰⁸, l'originalité du programme de stabilisation d'Ante Markovic²⁰⁹, Premier ministre yougoslave (Président du Conseil exécutif fédéral) en 1989, réside dans l'amorce des transformations radicales.

Jamais depuis la Seconde Guerre mondiale, il ne fut question d'accepter l'abandon de l'autogestion. Pourtant, les crises économiques et financières des années 1970 et 1980 annonçaient qu'il n'était plus possible de continuer dans la même voie et le programme de transition économique était censé marquer la fin de ces périodes. Les profondes réformes économiques qui se mettent en place en 1989 ont lieu pratiquement à la même période que les premières élections multipartites dans les Républiques. C'est dire à quel point les effets de la « récession transformationnelle »²¹⁰ feront partie des discours politiques des nouveaux partis. Les pressions exercées sur le pouvoir fédéral seront ainsi de plus en plus virulentes.

and Hungarian Experiences, New York, St Martin's Press, 1988, p. 13.

²⁰⁴ B. Horvat, « Lutanja jugoslovenske privrede », *op. cit.*, p. 550-565.

²⁰⁵ W. Andreff, *La crise des économies socialistes, la rupture d'un système*, *op. cit.*, p. 183.

²⁰⁶ J. Kornai, *Du socialisme au capitalisme : l'exemple de la Hongrie*, Paris, Gallimard, 1990, 225 p.

²⁰⁷ J. Sachs, économiste, était professeur à l'Université de Harvard en 1989 et 1990, lors de la mise en œuvre des réformes économiques pour le passage du système socialiste au capitalisme dans les pays d'Europe de l'Est. Il a été conseiller économique pour plusieurs pays en Europe de l'Est.

²⁰⁸ M. Bruno, économiste, a été professeur à l'Université de Jérusalem.

²⁰⁹ A. Marković a été Président du Conseil exécutif fédéral yougoslave lorsque le programme de

stabilisation macroéconomique a été mis en place le 1^{er} janvier 1990.

²¹⁰ J. Kornai, *Vision and reality, market and State. Contradictions and dilemmas revisited*, New York, Harvester Wheatsheaf, 1990, 260 p. ; J. Kornai, *La récession transformationnelle*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1993. L'auteur précise : « En théorie, il y a deux façons de sortir de la récession : vers l'avant ou vers l'arrière. Vers l'arrière, signifie restaurer les anciennes structures de l'économie (...). La sortie vers l'avant, c'est essayer de surmonter les plus graves difficultés, en d'autres termes, faire disparaître les emplois inefficaces et faire tous les efforts nécessaires pour assurer le développement du secteur privé, la création de nouveaux emplois productifs, la mise en place des ajustements structurels nécessaires et le développement d'exportations rentables », p. 63.

III – Le programme macroéconomique d'Ante Marković et l'émergence des conflits

On peut donc s'apercevoir que la transition économique est appliquée dans un contexte politique particulièrement instable²¹¹ et peu propice à sa réussite¹⁰. Selon, les économistes Robert Boyer et Jacques Mistral, « seul le pouvoir politique peut et doit proposer certains axes stratégiques de recomposition des compromis institutionnalisés entre groupes sociaux et donc de restauration d'une cohérence dynamique entre transformation des conditions de production et des modes de vie »²¹².

Ce constat qui peut s'appliquer aux réformes dans le cadre des transformations politiques et économiques du postcommunisme peut nous servir d'argument afin de montrer les limites du pouvoir fédéral yougoslave. En effet, si celui-ci peut proposer en 1989 les « axes stratégiques de recomposition », il n'a pas les moyens de les mettre en œuvre. Selon Robert Boyer, « tout espace économique est socialement construit »²¹³.

Dans le cas yougoslave, cet « espace économique » va ainsi connaître une dynamique de déconstruction que l'article entend analyser. Le projet fédéral de réformes, connu sous le nom de « programme Marković », est similaire au « programme Balzerowicz », mis en place en Pologne au début de l'année 1990. Une des raisons rapidement avancées pour comprendre

la nécessité d'appliquer de tels programmes en Europe de l'Est était d'insister sur les effets de la dissolution du CAEM²¹⁴ et l'éclatement de l'Union soviétique.

Mais ce genre d'arguments n'était pas valable pour la Roumanie ou pour l'Albanie. Des auteurs comme Andrew Berg et Jeffrey Sachs²¹⁵ ont évoqué la thèse selon laquelle les économies postsocialistes étaient surindustrialisées. D'où la nécessité d'opérer un déplacement des ressources vers les services par une désindustrialisation. D'autres auteurs, comme Jan Winiecki²¹⁶, estimaient que la chute de la production était un état naturel, dans la mesure où il s'agissait de l'élimination de ce qui ne devait pas être.

Grzegorz W. Kolodko²¹⁷ a souligné pour sa part que les causes de la récession en économie postsocialiste étaient les suivantes : l'héritage de l'économie du socialisme réel ; les chocs extérieurs ; les effets de la sortie de l'économie de pénurie dans un contexte de stabilisation macroéconomique ; l'élimination des productions à valeur ajoutée négative par la limitation ou le retrait des subventions aux productions déficitaires, ainsi que par la libéralisation du commerce et l'ouverture de l'économie à la concurrence étrangère ; les problèmes liés à la politique économique, ou les erreurs commises en raison d'un mauvais enchaînement temporel des décisions et du blocage de la stabilisation macroéconomique.

Celle-ci n'a pratiquement pas fait l'objet de publications en France. Il

²¹¹ M. Diinkic, *Ekonomija destrukcije* [Économie de la destruction], Belgrade, Stubovikulture, 1995, 314 p.

²¹² R. Boyer, J. Mistral, *Accumulation, inflation, crises*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, p. 276.

²¹³ R. Boyer, *Une théorie du capitalisme est-elle possible ?*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 131.

²¹⁴ CAEM = Conseil d'assistance économique mutuel.

²¹⁵ A. Berg, J. Sachs, "Structural Adjustment and International Trade in Eastern Europe: The Case of Poland", *Economy Policy*, avril 1992, p. 118-173.

²¹⁶ J. Winiecki, "Costs of Transition That Are Not Costs: On Non-Welfare-Reducing output", *Rivista di politica economica*, n° VI, 1991, p. 85.

²¹⁷ G. W. Kolodko, « Stabilisation, récession et croissance dans les économies postsocialistes », *Économie prospective internationale*, n° 51, 1992, p. 71-104.

s'avère donc nécessaire de revenir sur la stabilisation macroéconomique yougoslave à partir de laquelle a eu lieu le passage du système communiste autogestionnaire au système capitaliste. S'il existe une littérature abondante sur le programme de stabilisation macroéconomique polonais, appelé « Plan Balzerowitz », très peu de publications mentionnent le programme de stabilisation macroéconomique yougoslave, plus connu sous le nom de « Plan Marković ». Pourquoi un tel oubli ?

À première vue, les deux programmes étaient fort identiques, avec cependant quelques différences dans les politiques monétaires. La différence de taille résidait plutôt du côté institutionnel : dans un cas, il s'agissait d'un pays centralisé, dans l'autre, d'une fédération. Le « Plan Marković » a pourtant connu un succès au second semestre 1990, avant de déboucher finalement sur la guerre en 1991. Quels étaient les liens entre ces réformes économiques et les crises politiques qui ont mené à la guerre ?

Si la question peut paraître simple, les réponses sont d'une grande complexité. En effet, comprendre l'interaction entre ces réformes économiques et les dimensions politiques suppose la nécessité de comprendre non seulement les mécanismes économiques en œuvre, mais aussi les « réactions » et les « anticipations » des acteurs à différents niveaux. Un élément central se dégage ici et concerne la perception du temps à différents niveaux par les acteurs : organisations internationales qui demandaient la mise en œuvre des réformes, gouvernements en charge de les mettre en œuvre, entreprises, institutions et individus. Entre chaque niveau, on pouvait observer un décalage des temporalités, c'est-à-dire

des perceptions fondamentalement différentes du temps. Ces décalages ont formé des frictions des temporalités.

IV – L'économie de guerre et les transformations économiques du postcommunisme

Les guerres de 1991 à 1999 ont profondément marqué tous les pays issus de la fédération yougoslave, qui ont connu durant cette décennie une forte contraction de la production, des baisses importantes du PIB, avec la mise en place d'une économie de guerre, notamment en Bosnie-Herzégovine. En outre, la Serbie²¹⁸ est confrontée, à la différence des autres Républiques ex-yougoslaves, à des sanctions internationales durant cette décennie, contraignant les autorités à réorganiser la production interne faute d'approvisionnements extérieurs et de débouchés. Une économie en autarcie se met alors progressivement en place.

Robert Cooper précise : « L'application de sanctions n'est qu'une invitation faite à un pays pour qu'il change de comportement et leur levée peut représenter une bonne carte quand vient le moment de négocier. Mais ces sanctions font le plus souvent plus de mal à la population qu'à ses maîtres, qui sauront toujours s'épargner la moindre privation »²¹⁹. Ainsi, les sanctions ont principalement provoqué leurs contournements, l'apparition de trafics parmi lesquels de pétrole (avec la Roumanie), enrichissant les mafias locales et régionales. Elles ont aussi isolé le pays. Ces sanctions étaient totales et concernaient aussi la culture, contribuant à isoler les intellectuels, les artistes, les écrivains, les étudiants du reste du monde, ce qui renforçait paradoxalement le pouvoir de Slobodan Milošević.

²¹⁸ À ce sujet, voir la thèse de N. Vukadinovic, *op. cit.*

²¹⁹ R. Cooper, *La Fracture des nations, Ordre et chaos au XXI^e siècle*, Paris, Éditions Denoël, 2004, p. 145.

Dès la désintégration de la Yougoslavie, la RFY (Serbie-et-Monténégro) a connu une brutale contraction de son produit brut intérieur. Ainsi, selon Michel Drouet, « L'ampleur de la chute de la production au cours des années 1990 ne saurait donc conduire à l'idée, largement répandue lors du changement de régime, que "le fond" ayant été atteint, la mise en œuvre rapide des réformes propres à la transition, avec la réintégration dans l'économie mondiale après la levée des sanctions, allait nécessairement et rapidement déboucher sur une reprise durable et élevée de la croissance »²²⁰.

La chute de la production des années 1990 a été si forte qu'elle se ressent encore de nos jours. Les niveaux de production de 1989 ne sont toujours pas atteints plus de trente ans plus tard. Par ailleurs, durant les périodes de conflits, les réformes économiques se poursuivent dans un contexte qui permet aux profiteurs de guerres et de trafics en tout genre de prendre le contrôle des entreprises qui étaient autogérées. Cela a été rendu possible par la nature même de la propriété autogestionnaire. Celle-ci, selon la loi, « appartenait à tous et à personnes ».

Ainsi, pour privatiser, il a fallu paradoxalement d'abord nationaliser, ce qui a permis aux nouveaux pouvoirs dans les nouveaux pays devenus indépendants de mettre en place une captation des entreprises et ainsi renforcer les liens entre les pouvoirs politiques et les nouvelles « élites économiques ».

V – Du communisme au capitalisme : analyser l'interaction entre l'économique et le politique

Afin de cerner l'interaction entre les processus de recompositions nationales dans l'espace yougoslave à partir de 1989,

il est nécessaire de comprendre les processus de désintégration de la fédération yougoslave, non seulement sous l'angle de la création de nouveaux États-nations dans la région, mais aussi sous l'angle des interactions entre les politiques économiques qui ont été menées depuis le début des années 1990.

Ainsi, les transformations économiques mises en œuvre dans un premier temps par le programme de stabilisation macroéconomique au début du mois de janvier 1990 a largement précédé la dislocation de la fédération yougoslave. Pourtant, les liens visibles entre la stabilisation économique de cette époque et l'émergence des conflits, ou autrement dit entre les aspects économiques et les impacts politiques des transformations du système communiste sont pratiquement passés inaperçus dans le domaine de la recherche.

Le 1^{er} janvier 1990, le changement est en marche. Sous la direction des communistes réformateurs réunis autour d'Ante Marković, qui est alors à la tête du gouvernement fédéral, la Yougoslavie entame la transition vers l'économie de marché à l'instar de la Pologne. Le passage du système socialiste autogestionnaire au système capitaliste est alors en route et toutes les réformes qui vont dans ce sens sont mises en œuvre.

Cependant, au niveau des républiques, les nouvelles forces politiques vont essayer de « torpiller » les autorités fédérales. Freiner les réformes économiques ou bien s'y opposer devient dès lors un enjeu politique. Ceci est d'autant plus facile que la Ligue des communistes est divisée par républiques et que le gouvernement fédéral n'a pas les moyens d'imposer ses décisions au niveau local. L'affaiblissement de la fédération est donc apparu avant l'émergence du multipartisme. Dans ce contexte, un programme de stabilisation

²²⁰ M. Drouet, « Serbie : Quelle transition économique ? », in M. Morokvasic, N. Vukadinovic

(dir.), *Sortir de la transition bloquée : Serbie-Monténégro*, numéro spécial de la Revue d'études comparatives Est-Ouest, vol. 35, n° 1-2, 2004, p. 93.

macroéconomique s'imposait. La Yougoslavie en avait déjà connu quelques applications, mais les blocages des réformes furent à chaque fois trop forts.

Les républiques s'opposant de plus en plus systématiquement à un pouvoir fédéral central soupçonné de partialité, les questions politiques et nationales dominaient le débat politique dans un contexte de crise économique. Ont-elles fait échouer les réformes en cours ? La question mérite d'être posée, car la perte de la légitimité de l'État fédéral, tout comme la victoire au niveau des républiques de forces politiques anticomunistes lors des premières élections libres depuis la Seconde Guerre mondiale en 1991, montre clairement que les transitions politiques et économiques se mettaient en place au moment même où les structures de l'État se désintégraient.

Juan Linz et Alfred Stepan²²¹ expliquent que, dans un État multinational confronté à des tendances centrifuges, il est très important que les premières élections démocratiques soient d'abord organisées sur la totalité de son territoire. Dans le cas yougoslave, les premières élections libres n'ont pas eu lieu à l'échelle fédérale, mais à des dates différentes dans chacune des républiques, renforçant de la sorte la légitimité des élites républicaines et nationalistes, ainsi que l'émergence d'un grand nombre de partis ethniques.

Ces élections ont été l'occasion de revendiquer les intérêts de la majorité ethnique dans chaque république. La désintégration du centre, c'est-à-dire du

pouvoir fédéral, a mis en exergue les notions de nationalité, de citoyenneté et de peuple constitutif. L'État successeur se définissant comme celui de l'ethnie majoritaire, il relègue les autres citoyens au statut de minorité nationale.

Le débat sur l'importance de la prise en compte simultanée des réalités politiques et économiques a été relancé bien plus tard par le chef économiste de la Banque mondiale en 1999, Joseph Stiglitz. Ce dernier critique ce qu'il appelle le « consensus de Washington »²²² et explique qu'il aurait fallu que les réformes se fassent plus en douceur²²³. Au-delà de cette constatation ouvrant le débat entre « la thérapie de choc »²²⁴ et « le gradualisme »²²⁵ qui partagea de nombreux économistes au début des années 1990, il importe de comprendre le contexte dans lequel « le consensus de Washington » est apparu.

Le débat sur les trajectoires de la transition économique dès le début des années 1990 reposait sur deux grands courants (thérapie de choc et gradualisme). D'un côté, les économistes estimant que la « thérapie de choc » était la solution pour mener à bien les réformes. Parmi ceux-ci, Olivier Blanchard, Stanley Fichet, Rudiger Dornbush et Jeffrey Sachs. Pour ces économistes, les transformations économiques doivent déboucher sur une économie de marché et pour cela, il est nécessaire de mettre en œuvre rapidement et en même temps toutes les réformes, parmi lesquelles les privatisations constituent l'élément central du passage du système communiste au capitalisme. De

²²¹ J. Linz, A. Stepan, *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America, and Post-communist Europe*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996, 480 p.

²²² Le « consensus de Washington » est caractérisé par la nécessité de mettre en œuvre les réformes suivantes afin d'instaurer un cadre économique stabilisé : « 1/ Discipline fiscale ; 2/ Réorientation des dépenses publiques ; 3/ Réforme fiscale ; 4/ Libéralisation financière ; 5/ Fixation d'un taux de change unique et compétitif ; 6/ Libéralisation du commerce extérieur ; 7/ Suppression des obstacles aux investissements directs étrangers ; 8/ Privatisation

des entreprises publiques ; 9/ Déréglementation de la concurrence ; 10/ Sécurisation des droits de propriété ». Cf. J. Williamson, *Latin American Adjustment : How much Happened?*, Washington D.C., Institute for International Economics, 1999, p. 21.

²²³ O. Blanchard, *Les leçons de la transition à l'Est*, Paris, Éditions économiques, 1999, p. 39.

²²⁴ Thérapie de choc : application simultanée de la stabilisation macroéconomique et des réformes de la transition économique.

²²⁵ Gradualisme : application par étapes espacées dans le temps des réformes de la transition économique.

l'autre, les économistes prônant « le gradualisme » qui était présenté comme moins douloureux pour les populations et présentait des avantages dans la prise en compte des séquences dans la mise en œuvre des réformes.

La théorie économique néo-classique met en place l'institution du marché en tant que paradigme, qui a le mérite de résoudre l'ensemble des problèmes économiques. Cette théorie est fondée sur la rationalité individuelle, l'équilibre et les relations entre les marchés. Elle ne prend pas en considération la perception du temps par les acteurs. Cette analyse, qui développe un ensemble de théorèmes démontrant la supériorité de la libre entreprise et de la concurrence, est devenue « la théorie standard ». Observer les séquences et les phases de changements économiques et politiques sous le prisme de leurs articulations s'avère de ce fait nécessaire.

L'analyse du rapport du « temps politique » et du « temps économique » fait partie de ce travail. Il s'agit du temps imparti aux acteurs économiques (entreprises, entrepreneurs autogestionnaires et privés) et politiques ainsi que du temps nécessaire à la réalisation des réformes économiques. Il s'agit aussi du retard accumulé qu'il est difficile de rattraper. En effet, les termes de « retard de transition »²²⁶ ou de « transition bloquée »²²⁷ caractérisent aujourd'hui les pays issus de l'ex-Yougoslavie, excepté la Slovaquie.

VI – Les trajectoires des transformations économiques dans l'espace post-yougoslave : vers quel modèle de capitalisme ?

Il s'avère nécessaire d'interroger aussi les mutations économiques plus récentes à travers l'émergence de nouvelles pratiques, en s'appuyant sur les modèles de capitalismes, selon Bruno Amable²²⁸. Ainsi, à partir de la matrice économique commune, il s'agit de comprendre l'évolution des modes de production. On assiste dans à une multiplicité des canaux de dépendances extérieures : économique, institutionnelle et politique.

En effet, il ne s'agit pas ici seulement d'une exposition à la dépendance du marché extérieur et des vulnérabilités qui peuvent s'en suivre, comme on a pu le voir lors de la crise de 2008. Il s'agit aussi d'une dépendance structurelle liée aux investissements directs étrangers, aux transferts financiers de la diaspora serbe, à l'assistance financière de l'aide internationale. La dépendance est aussi d'ordre institutionnel et politique puisque la plupart des réformes se font sous des impulsions venues de l'extérieur dans le cadre du processus d'adhésion à l'Union européenne. On peut dès lors poser la question de savoir si la sortie du communisme dans les Balkans occidentaux n'a pas donné lieu au développement d'un capitalisme dépendant²²⁹ ?

Nebojsa VUKADINOVIC

*Enseignant à Sciences Po (Dijon),
Chercheur associé IRM-CMRP (Bordeaux)*

²²⁶ Cette notion a été développée par Vladimir Goati.

²²⁷ Le terme de « transition bloquée » a été développé par le sociologue Mladen Lazic dans sa contribution au colloque portant sur *La réintégration de la Serbie*, Centre de Géostratégie, École Normale Supérieure, Paris, mars 2002.

²²⁸ B. Amable, *Les cinq capitalismes. Diversité des systèmes économiques et sociaux dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005, 374 p. L'auteur

distingue les modèles suivants de capitalisme : le modèle néolibéral, le modèle continental européen, le modèle social-démocrate, le modèle méditerranéen et le modèle asiatique.

²²⁹ É. Magnin, V. Delteil, J. Verceuil, « La dépendance dans les relations entre capitalismes nationaux : quelle portée analytique ? (Introduction au dossier « Capitalismes dépendants », *Revue de la régulation*, 2018, <https://journals.openedition.org/regulation/13338>.

LE HAUT REPRÉSENTANT DE LA BOSNIE-HERZÉGOVINE OU LA MISE EN CAUSE DE LA SOUVERAINÉTÉ NATIONALE PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Lorsqu'on se réfère au droit international public, il est assez commun, en présentant ses spécificités et principalement ses limites, de le qualifier de *droit primitif*. L'utilisation de cet adjectif est justifiée par rapport à la possibilité du droit d'imposer des règles coercitives sur les comportements humains. Sur ce point, il est possible d'observer certains aspects qui *ab initio* limitent la portée prescriptive des règles issues du droit international.

Tout d'abord, en se référant à la principale juridiction du droit international, la Cour internationale de justice (CIJ), force est de constater que cette juridiction fonctionne sur une base consensuelle : les parties doivent accepter la compétence de la Cour par une manifestation propre de volonté contenue dans un compromis ou bien dans une clause compromissoire insérée dans un Traité²³⁰. Ce principe du consensus, nécessaire à l'effectivité des fonctions de la CIJ, s'avère tellement important et décisif qu'il reste applicable même lorsqu'une norme impérative du droit international (*jus cogens*) est violée, tel que le montre le droit international jurisprudentiel.

En effet, dans l'affaire *Congo c. Rwanda*, le Congo réclamait que la CIJ se déclare compétente dans l'affaire, dans la mesure où le Rwanda était responsable d'une violation d'une norme impérative du droit international, à savoir l'interdiction du génocide. Cependant, la requête du Congo a été rejetée par la CIJ, qui a d'abord laissé entrevoir une forme d'ouverture en faveur des normes de *jus cogens*, en affirmant que « les principes

sous-jacents à la Convention [sur le génocide] sont des principes qui sont reconnus par les nations civilisées comme contraignants pour les États, même sans aucune obligation conventionnelle²³¹ [...]. [Il en suit] que les droits et obligations consacrés par la Convention sont des droits et obligations *erga omnes* », pour atténuer ensuite la portée des règles *erga omnes* car « le caractère *erga omnes* d'une norme et la règle de consentement à la juridiction sont deux choses différentes [...]. Le simple fait que des droits et obligations *erga omnes* puissent être en cause dans un différend ne donnerait pas compétence à cette Cour pour connaître ce différend [...] » et, *in fine*, de se déclarer incompétente en la matière au motif que la compétence de la CIJ « est toujours fondée sur le consentement des parties »²³².

En deuxième lieu, en droit international est absent un organe chargé d'assurer la réalisation coercitive du droit, ce qui pose le problème inhérent à l'exécution des décisions internationales. C'est ainsi qu'en présence d'une décision de la CIJ, il n'existe pas actuellement de moyens permettant d'enjoindre et de forcer une des parties à la respecter. Cette situation n'était pas exclue dans le droit international du passé, l'article 13 paragraphe 4 du Pacte de la Société des Nations accordait en effet au Conseil le pouvoir de proposer les mesures nécessaires si une décision de la Cour permanente de justice internationale n'était pas exécutée, mais le recours à la force n'était pas exclu en soi-même par un État victorieux afin de contraindre l'État perdant à respecter la décision prononcée en raison d'une lecture combinée des articles 12 paragraphe 1 et 13 paragraphe 4 du Pacte de la Société des Nations : « Tous les membres de la Société conviennent que, s'il s'élève entre eux un différend

²³⁰ N. Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, Giappichelli editore, 2013, 4^e éd., p. 504, cit. p. 281.

²³¹ ICJ, Reports, 2006, par. 64.

²³² ICJ, Reports, 2006, par. 64 et 125 : <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf>.

susceptible d'entraîner une rupture, ils le soumettront soit à la procédure de l'arbitrage, soit à l'examen du Conseil. Ils conviennent encore qu'en aucun cas ils ne doivent recourir à la guerre avant l'expiration d'un délai de trois mois après la sentence des arbitres ou le rapport du Conseil» (article 12, paragraphe 1) ; « Les membres de la Société s'engagent à exécuter de bonne foi les sentences rendues et à ne pas recourir à la guerre contre tout membre de la Société qui s'y conformera. Faute d'exécution de la sentence, le Conseil propose les mesures qui doivent en assurer l'effet»²³³. Désormais, le droit international contemporain ne prévoit plus cette possibilité. L'article 12 paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies (ONU) exclut la possibilité de recourir à la force pour obliger un État à exécuter une décision, seule est admissible le recours à une contremesure qui ne peut, dans aucun cas, contempler le recours à la force armée.

Selon cette procédure tracée par l'article 94 de la Charte de l'ONU, s'active un mécanisme d'intervention subsidiaire du Conseil de Sécurité qui, toutefois, ne peut, en aucun cas, être rapproché aux mécanismes existants dans les ordres juridiques internes concernant l'exécution des décisions de justice. Effectivement, si le respect des décisions de la CIJ est contenu dans le Statut de l'ONU, il s'agit d'une reconnaissance qui dépend tout d'abord de la volonté de l'État, tel qu'on le constate à la lecture de la formule employée dans le paragraphe 1 de l'article 94 de l'ONU : « Chaque membre des Nations unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de justice dans tout litige auquel il est partie »²³⁴. Ensuite, c'est le paragraphe 2 du même article qui admet la possibilité qu'un tel engagement de reconnaissance et de respect des décisions

de la CIJ reste lettre morte lorsqu'il prévoit que « Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour », il est possible de recourir au « Conseil de sécurité [qui], s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt »²³⁵.

Comme on peut le constater déjà par les formulations littérales de ces dispositions, laissant entrevoir un grand pouvoir discrétionnaire au Conseil de Sécurité « [...] s'il le juge nécessaire », « peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt », la procédure en question accorde un dernier mot significatif à un organe politique qui a la possibilité d'adopter ou pas un acte juridiquement contraignant ou un acte purement exhortatif. Un dernier mot qui acquiert un poids important en raison de la rédaction du texte dans la mesure où il est possible de se questionner si « le Conseil de Sécurité a la possibilité de prendre telles mesures dans tous les cas d'inexécution des décisions de la CIJ, ou seulement lorsque son inexécution est susceptible de mettre en péril la paix et la sécurité internationale »²³⁶. En dehors de cette hypothèse, il est évident aussi que le fait d'accorder à un organe politique la décision relative à une inexécution d'une décision de la CIJ n'est pas en soi la solution au problème, mais peut constituer la procédure qui aggrave le problème, dans la mesure où les décisions du Conseil de Sécurité doivent être prises avec le vote des cinq membres permanents et qu'un seul veto, venant d'un État hostile à la décision prise par la CIJ et étant politiquement proche de l'État envers lequel a été rendue la décision, pourrait enliser *ab initio* la procédure.

Ainsi, il n'est pas étonnant d'observer la présence dans le droit international de

²³³ Pacte de la Société des Nations, Partie I du Traité de Versailles de 1919 : <https://mjp.univ-perp.fr/traites/sdn1919.htm>.

²³⁴ Cf. Charte de l'ONU, digithèque MJP : <https://mjp.univ-perp.fr/traites/ONU1945.htm#14>.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ N. Ronzitti, *op. cit.*, p. 286.

décisions de la CIJ inexécutées. C'est le cas, par exemple, de la décision sur les otages détenus à Téhéran (1980), où il fut ordonné à l'Iran de relâcher immédiatement le personnel diplomatique et consulaire américain tenu en otage, mais aussi de la décision *Nicaragua c. États-Unis* (1986) où ces derniers furent obligés à dédommager le Nicaragua pour des dommages causés par des violations de normes de droit international coutumier.

Eu égard à ces éléments et à ce tableau d'ensemble synthétique, on peut mieux comprendre les limites du droit international « comme ordre juridique primitif »²³⁷ par rapport aux trois phases classiques caractérisant le droit (création, vérification, application) qui sont faciles à cerner pour le droit étatique, mais présentent plus de difficultés pour le droit international, car ces trois moments répondent à trois questions : qui crée la norme ? Qui est chargé de son application ? Qui exerce le pouvoir coercitif ?

La réponse à ces questions n'est pas aisée, dans la mesure où, par rapport à la création, le droit international n'institue pas « d'organes pour la production des normes [...] »²³⁸, *a contrario* de ce qui se produit dans le droit interne, où c'est le législateur qui monopolise la fonction propre à la création des normes. Si les normes existent, il n'y a pas d'autorité *ad hoc* pour leur création comme cela se produit dans le droit interne. Il y a donc, certes, un droit international, sans avoir pour autant une autorité législative internationale, dans la mesure où ce sont les États qui contribuent à la création de ce droit.

En outre, concernant la vérification, s'il existe différentes juridictions internationales, est absente une juridiction supérieure à

toutes. De ce fait, si de nouveaux tribunaux *ad hoc* sont créés, ils fonctionnent tous séparément, étant l'un indépendant de l'autre.

Enfin, s'agissant de l'application, il n'y a pas une véritable force internationale permettant que le droit international s'impose indépendamment de la volonté de l'État à s'y soumettre, à partir du moment où le droit international s'applique aux acteurs de la communauté internationale qui « n'est pas une communauté de subordination, mais de coordination »²³⁹.

Si, au regard de tous ces aspects, les limites existantes, permettant de constater la nature perfectible du droit international, sont nombreuses, cette faiblesse du droit international s'atténue sensiblement par rapport à la situation existante actuellement en Bosnie-Herzégovine, à l'issue du *Great framework of Peace Agreement*, plus connu sous le nom d'Accords de Paix de Dayton (*Dayton Peace Agreement*) de 1995 et, plus précisément, par rapport à la figure du Haut représentant.

Certainement « le passé de cette institution, pour le moins particulier, est complexe »²⁴⁰ et est intimement lié aux processus de reconstruction successif à la guerre de Bosnie (1992-1995), comme d'ailleurs la spécificité du système juridique de la Bosnie-Herzégovine, qui se caractérise par le fait d'être un ordre juridique imposé, car « l'ordre constitutionnel [de ce pays] présente la particularité d'avoir été imposé de l'extérieur [...] »²⁴¹, lors des conférences internationales qui ont eu lieu après la fin du conflit.

²³⁷ Dans ce sens, H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi editore, 2021, p. 487, cit. p. 416.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Id.*, p. 9.

²⁴⁰ L. De Perrot, « Bosnie-Herzégovine : Le Haut représentant a-t-il fait son temps ? Du Danube au

Vardar : les Balkans occidentaux », *Le blog de Léon Perrot* : <https://blogs.letemps.ch/leon-de-perrot/2022/07/28/bosnie-herzegovine-le-haut-representant-a-t-il-fait-son-temps/>.

²⁴¹ Cf. Bosnie-Herzégovine, *Digithèque MJP*, op. cit.

S'il devait, idéalement, constituer une figure nécessaire à la mise en œuvre des Accords de Dayton, cette institution ne devait pas se pérenniser, son mandat ayant une portée transitoire conditionnée.

Cette figure a non seulement perduré dans le temps en Bosnie-Herzégovine, mais force est de constater que les pouvoirs qui lui ont été attribués découlent d'une œuvre d'interprétation extensive internationale des Accords de Dayton (I). À ce jour, son maintien témoigne de l'existence d'une semi-souveraineté ou plutôt de l'existence d'un État maintenu par le droit international, dont les décisions, venant d'une autorité externe issue de la communauté internationale, peuvent s'imposer aux décisions des autorités nationales (II).

De ce fait, la situation existante en Bosnie-Herzégovine contribue à la réalisation d'un droit international fort et atypique, car, dans cette perspective, la communauté internationale joue un rôle décisif, du fait notamment qu'elle « n'est [plus] communauté de [coordination] [mais au contraire] de subordination », dans la mesure où une personnalité choisie par les acteurs de la communauté internationale peut s'imposer face aux autorités nationales. Ainsi, la situation mise en place après la conférence tenue dans la base militaire américaine de Dayton dans l'Ohio, constitue une dérogation au principe d'égalité du droit international, selon lequel « Tous les États, grands et petits, puissants et moins puissants, participent de manière égalitaire »²⁴² à la vie de la communauté internationale. Non seulement le pays se caractérise par un ordre juridique atypique, où d'ailleurs la Constitution ne constitue pas le sommet de la hiérarchie des normes, mais est englobée dans un traité de droit international, les Accords de Dayton, donc la pointe de la pyramide est constituée par le droit international qui s'érige au sommet de

cette dernière par une centralité dans la constitutionnalisation du droit international, mais la centralité en question risque d'être le reflet « des grandes puissances et des rapports de forces entre les États ». Un ensemble d'aspects qui sont plus l'apanage « des relations internationales, plutôt que du droit international »²⁴³.

I – Le Haut représentant de la Bosnie-Herzégovine ou la création subreptice d'un diplomate international gouvernant le pays

La Constitution issue des Accords de Dayton est le produit direct d'un des actes caractérisant au mieux le droit international : un traité. C'est ainsi qu'au regard de cette situation, il n'est pas possible de séparer le droit constitutionnel du pays du droit international, dans la mesure où, déjà formellement, la Constitution est contenue dans une des 10 annexes des Accords, plus précisément l'annexe 4.

Si en soi-même l'élaboration d'un traité n'a rien d'étonnant par rapport à la résolution d'un conflit, ce qui est important d'observer concerne le moment d'élaboration d'une constitution par rapport à un traité de droit international. En effet, l'élaboration de ces deux actes intervient séparément : le traité est le fruit d'une élaboration intervenant d'abord entre les autorités nationales d'un certain nombre de pays, les autorités nationales d'autres pays et des autorités internationales ; une constitution est rédigée généralement après, afin de permettre aux autorités nationales d'élaborer *motu proprio* et *ab interno* le nouvel ordre juridique interne.

Le cas de la Bosnie-Herzégovine s'affranchit de ce modèle traditionnel, tout en préservant un acquis du droit constitutionnel contemporain concernant la rigidité constitutionnelle. Si cette dernière

²⁴² N. Ronzitti, *op. cit.*, p. 9.

²⁴³ *Ibid.*

est préservée, comme permet de le constater l'article X consacré à la « Révision de la Constitution », force est de constater la présence d'une Constitution imposée et non pas d'une Constitution propre. En effet, la Constitution de l'État de Bosnie-Herzégovine « n'a fait l'objet d'aucune participation des citoyens »²⁴⁴, ni au début du processus, ce qui est, bien entendu, logique, car autrement la négociation du Traité serait trop longue et complexe, ni surtout à la fin, ce qui aurait pu être le cas en organisant rapidement un référendum constitutionnel pour demander aux citoyens d'approuver la Constitution, comblant ainsi un droit constitutionnel créé par la dépossession totale : absence des représentants nationaux dans le processus d'élaboration de la Constitution, absence de vote des citoyens pour valider la Constitution ainsi élaborée.

Dans cette situation, on observe une sorte d'inversion des rôles entre les missions accomplies par le droit international et le droit constitutionnel, dans la mesure où le droit international va s'occuper de domaines relevant du droit constitutionnel qui, dans ce cas, a une liberté de mouvement inexistante et qui demeure en tout cas conditionné aux agissements du premier.

Il serait possible de rétorquer que le fait d'englober le droit constitutionnel dans le droit international n'élimine pas pour autant une forme d'autonomie du premier envers le second. Si la Constitution de la Bosnie-Herzégovine permet alors d'affirmer que le droit constitutionnel classique a pu se développer, car cette dernière contient bon nombre d'aspects prévus par d'autres Constitutions (libertés et droits fondamentaux, organisation du cadre institutionnel, organe de garantie), « cette Constitution ne régit que l'apparence du pouvoir »²⁴⁵ et ne constitue qu'un trompe-

l'œil constitutionnel. En effet, au-delà de la fresque tracée *de jure* par la Constitution, le pouvoir est exercé *de facto* par le Haut représentant dont les pouvoirs initiaux prévus par les Accords de Dayton, assez flous et ambigus (A), ont été élargis énormément sous l'impulsion de la communauté internationale (B).

A – Le Haut représentant de la Bosnie-Herzégovine ou l'ambiguïté d'une institution à compétences incertaines

Le texte qui fut négocié et paraphé à Dayton le 21 novembre 1995 et signé ensuite à Paris, se compose de trois parties. Tout d'abord, un Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine formé de onze articles qui posent les principes généraux. Ensuite, onze Annexes qui rentrent dans les détails et ont la finalité de préciser les modalités relatives à la mise en œuvre des principes contenus dans l'Accord-cadre, à savoir « les modalités de l'instauration de la paix et de la reconstruction de l'État de Bosnie-Herzégovine »²⁴⁶. Enfin, un Accord sur la signature et l'entrée en vigueur à partir de sa signature qui eut lieu à Paris le 14 décembre 1995.

Par rapport à cette tripartition, il est possible d'observer que les trois parties de cet accord répondent à trois types de questions : quoi ? (la paix en Bosnie-Herzégovine), comment ? (contenu dans les différentes annexes), quand ? (la date de l'entrée en vigueur). De ce fait, en utilisant une logique interne de droit constitutionnel, l'Accord-cadre correspondrait ainsi à des dispositions programmatiques constitutionnelles ou, plus largement, pour simplifier, à la Constitution, alors que les annexes seraient l'équivalent des lois organiques qui

²⁴⁴ Rapport d'information du Sénat n° 367 par H. Haenel, D. Boulaud, Session extraordinaire 2004-2005, p. 47, cit. p. 5.

²⁴⁵ Cf. Bosnie-Herzégovine, Digithèque, MJP, op. cit.

²⁴⁶ M. Ducasse-Roger, *À la recherche de la Bosnie-Herzégovine – la mise en œuvre de l'accord de paix de Dayton*, Paris, PUF, 2003, p. 543, version e-book, cit. p. 70, n°23.

rempliraient de contenu les dispositions de l'Accord cadre, imbibées de bonnes intentions et d'enthousiasme, comme permet de le constater la formule utilisée à six reprises au début des onze articles de l'Accord-cadre général, « Les parties se réjouissent et approuvent [...] », mais plutôt imprécises, qui énoncent en large partie les fins à atteindre sans préciser les moyens à utiliser.

Les Annexes remplissent donc cet objectif capital de mise en œuvre dont la fonction est précisée dans l'article IX qui, en prévoyant d'abord que « Les parties doivent coopérer pleinement avec tous les organismes impliqués dans la mise en œuvre de ce règlement de paix [...] », ajoute immédiatement après cette incise « comme indiqués dans les Annexes au présent Accord »²⁴⁷.

Si les annexes sont toutes animées par une même finalité initiale, consistant d'abord dans « la nécessité d'un règlement global pour mettre fin au conflit tragique dans la région » et ensuite, dans la conséquence directe et logique « de promouvoir une paix et une stabilité durables »²⁴⁸, la nature de ces finalités, prévue par chaque annexe, n'est pas homogène et correspond à différents domaines tous nécessaires pour parvenir à un résultat identique, consistant dans la reconstruction d'un nouvel État par la voie du droit, en l'occurrence d'un droit international constitutionnel, dans la mesure où le droit international a participé activement à bâtir le nouvel ordre juridique d'après-guerre.

En dépit de l'hétérogénéité du contenu propre aux onze annexes, elles sont en réalité animées par deux finalités distinctes, mais complémentaires « concernant respectivement les aspects militaires »²⁴⁹, d'une part – il s'agit de l'annexe composée respectivement par l'annexe 1-A « Accord

sur les aspects militaires du règlement de paix » et l'annexe 1-B « Accord sur la stabilisation régionale », – et des annexes ayant trait aux « aspects civils » de l'autre, s'agissant des annexes de 3 à 9. L'annexe 2 concernant l'« Accord sur le tracé de la frontière inter-entités » constitue une catégorie hybride, car il concerne « à la fois des aspects militaires et civils de l'Accord »²⁵⁰.

Il va de soi qu'après avoir tracé les éléments indispensables et nécessaires au maintien de la paix, qui d'ailleurs font l'objet de la toute première annexe accompagnant les accords, la Constitution occupe une place centrale dans le nouvel acte juridique d'après-guerre et ce, même si elle donne lieu à un *droit* constitutionnel atypique, car s'il est vrai que des constitutions imposées se retrouvent dans d'autres pays, il faut relever que « le principe même de l'inclusion de la Constitution de l'État au sein d'un [Traité] » représente d'emblée « toute la singularité de la démarche [car] rares sont en effet les accords de paix incluant une Constitution »²⁵¹.

Cela ne signifie pas que l'élaboration d'une Constitution puisse être induite ou profondément influencée par des autorités externes au pays auquel cette dernière s'appliquera. En effet, il est possible de cerner des similitudes entre la Constitution de la Bosnie-Herzégovine et, à titre d'exemple, la Constitution japonaise du 3 novembre 1946. Certainement, la déclaration contenue dans les Accords de Potsdam du 26 juillet 1945 contenait des éléments permettant d'observer une influence externe sur le futur droit constitutionnel japonais notamment le 10^{ème} point imposant au Japon d'« éliminer tous les obstacles à la relance et au renforcement des tendances démocratiques du peuple japonais » et

²⁴⁷ C'est nous qui soulignons.

²⁴⁸ Préambule de l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine, Digithèque MJP, *op. cit.*

²⁴⁹ M. Ducasse-Roger, *op. cit.*, p. 71, n° 24.

²⁵⁰ *Id.*, note 47.

²⁵¹ *Id.*, p. 91, n° 49.

pour parvenir à ces finalités, de faire en sorte que « la liberté d'expression, de religion, de pensée, ainsi que le respect des droits fondamentaux de l'homme soient établis [...] »²⁵². Néanmoins, si la Constitution japonaise fut préparée par deux juristes américains (Milo Rowell et Courtney Whitney), elle ne fut pas non plus totalement imposée, dans la mesure où certaines indications venant des autorités japonaises furent prises en compte. En outre, elle fit l'objet d'un vote de la Diète impériale, les deux chambres du Parlement (Chambre des représentants, Chambre des pairs) et, plus précisément, de la Chambre des représentants nouvellement élue après les élections du 10 avril 1946. C'est ainsi que, malgré l'absence d'une Constitution propre, élaborée exclusivement sous l'égide des représentants nationaux, on peut tout de même affirmer que la Constitution japonaise ne fut pas non plus une Constitution totalement ou substantiellement imposée. Le vote de la Diète impériale japonaise permet d'affirmer l'absence d'une « érosion du principe de la souveraineté nationale dans les relations internationales »²⁵³ et, en définitive, de remédier à certaines lacunes initiales, évitant d'avoir une Constitution qui « n'est en effet plus véritablement l'expression de la volonté du peuple »²⁵⁴ auquel elle s'applique, dans la mesure où la souveraineté nationale n'a pu, à aucun stade, émerger et s'exprimer pleinement par le vote de représentants, étant l'expression directe de la souveraineté en question.

Des éléments qui sont absents dans la Constitution de Bosnie-Herzégovine,

caractérisée par « une naissance anti-démocratique »²⁵⁵, et qui ne permettent pas d'établir un parallèle avec le contexte constitutionnel précité. Le texte constitutionnel bosniaque est le reflet « d'un atypique pouvoir constituant [international originaire] »²⁵⁶. Les stigmates de ces paradoxes constitutionnels-internationaux sont contenus dans le préambule, lorsque sont mentionnés « les Bosniaques, les Croates, et les Serbes en tant que peuples constitutifs (avec d'autres) [...] et les citoyens de la Bosnie-Herzégovine [...] ». Cette partie finale du préambule s'avère stupéfiante, car au-delà de la belle théorie constitutionnelle, la réalité constitutionnelle nous restitue une tout autre image, notamment celle d'une Constitution d'un nouvel État, « rédigée et convenue dans une instance internationale » et qui est « ensuite entrée en vigueur en vertu des transactions internationales [...] »²⁵⁷. La portée de ces « peuples constitutifs » est réduite à peau de chagrin, d'ailleurs si preuve en était, la Constitution a été rédigée en anglais et non pas dans les langues des trois peuples constitutifs²⁵⁸. *Quid* de leur réelle portée constitutive ? Tout ceci permet alors de conclure que la filiation de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine vient du droit international, car elle n'est pas « le résultat d'un processus constitutionnel interne »²⁵⁹.

L'influence du droit international ne fut pas la seule dans le processus d'élaboration de la Constitution, car le droit comparé joua aussi un rôle important, notamment le droit constitutionnel américain à partir de la légistique constitutionnelle, « l'influence américaine

²⁵² J. Ashida, G. Fabio Colombo, M. Dragoni, M. Giorgi, M. Kotani, G. Lemme, T. Matsuda, A. Ortolani, M. Riminucci, M. Sakuramoto, T. Takashi, K. Tanimoto (dir.), *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, Giappichelli editore, 2021, p. 304, cit. p. 16.

²⁵³ M. Ducasse-Roger, *op. cit.*, p. 92.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ S. Yee, « The New Constitution of Bosnia and Herzegovina », *European Journal of International Law*, vol. 7, n° 2, 1996, p. 176-192, cit. p. 180.

²⁵⁶ P. Gaeta, « The Dayton Peace Agreement and International Law », *European Journal of International Law: Special Yugoslav Issue*, vol. 7, n° 2, 1996, p. 147-163, cit. p. 160.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Id.*, p. 161.

[étant] bien présente à partir de la structure, à savoir une Constitution composée par des articles longs avec de nombreux paragraphes »²⁶⁰. Bien entendu, cette imprégnation est présente à partir de l'incise de la phrase précitée du préambule prévoyant « les Bosniaques, les Croates et les Serbes, en tant que peuples constitutifs [...] » qui constitue une allusion à la célèbre phrase du « *We, the people of the United States* » figurant dans le préambule de la Constitution américaine²⁶¹. Cependant, cette similitude entre la légistique constitutionnelle de la Constitution contenue dans l'annexe 4 des Accords de Dayton et la Constitution américaine doit être relativisée pour les raisons que nous venons de citer précédemment, dans la mesure où la Constitution américaine n'a pas « une origine anti-démocratique »²⁶². Or, elle est entrée en vigueur en suivant la procédure prévue par l'article VII, prévoyant la ratification par neuf États pour son entrée en vigueur, ce qui bien entendu n'a pas du tout été le cas pour la Bosnie-Herzégovine.

En ce qui concerne la similitude en termes de rédaction constitutionnelle, des précisions s'imposent au niveau de la longueur. La Constitution de 1995 contient des articles composés de paragraphes, mais on constate l'absence de Sections, présentes dans la Constitution américaine. Les articles de la Constitution contenue dans l'annexe 4 ne sont pas plus longs que ceux de la Constitution américaine, bien au contraire. En effet, les articles I et II de la Constitution américaine sont presque aussi longs que la Constitution de la Bosnie-Herzégovine. Si on ajoute les cinq articles et les autres amendements constitutionnels, on dépasse largement la longueur de la Constitution élaborée à Dayton.

En outre, les similitudes constitutionnelles risquent d'être un trompe-l'œil, dans la

mesure où, au niveau des droits et libertés fondamentales, la rédaction diffère profondément. La Constitution américaine, comme d'autres constitutions non imposées, énonce les droits constitutionnels fondamentaux dans différents amendements constitutionnels, alors que la Constitution de Bosnie-Herzégovine énonce les droits constitutionnels sous la forme d'une liste comme permet de le constater clairement l'intitulé du paragraphe 3, « Énumération des droits », qui fait purement une liste de droits fondamentaux, contenus dans différentes lettres (de la lettre a) à la lettre m))²⁶³.

Enfin, en suivant cette logique constitutionnelle de l'énumération, une véritable différence concerne l'importance accordée par la Constitution de Bosnie-Herzégovine au droit international, ce qui est tout à fait logique, par rapport à la Constitution américaine. Une lecture de la Constitution permet d'observer d'emblée une primauté du droit international sur le droit interne, l'exemple le plus significatif à ce sujet est représenté par l'article II, que nous venons juste de citer, et plus précisément du paragraphe 2 « Normes Internationales », prévoyant que : « Les droits et libertés stipulés dans la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses protocoles sont directement applicables en Bosnie-Herzégovine. Ces règles ont la primauté sur les autres lois »²⁶⁴. De même, le paragraphe 7 « Accords Internationaux » contient une sorte de clause d'éternité constitutionnelle d'adhésion au droit international, disposant simplement que « La Bosnie-Herzégovine restera ou deviendra partie des accords internationaux énumérés à l'annexe 1 de la présente Constitution »²⁶⁵. L'ensemble de ces éléments permet donc de relativiser

²⁶⁰ Voir : https://www.servat.unibe.ch/icl/bk__indx.html.

²⁶¹ S. Yee, *op. cit.*

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ Voir : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/ba1995.htm>.

²⁶⁴ C'est nous qui soulignons.

²⁶⁵ C'est nous qui soulignons.

cette parenté constitutionnelle avec la Constitution américaine.

Si l'ensemble des annexes constitue un véritable échafaudage juridique, la mise en place s'avère cependant très complexe et ce, malgré le grand souci d'exhaustivité qui a animé leur rédaction. Cette complexité est double, car il s'agit d'une difficulté liée aux différents domaines contenus dans les annexes, mais aussi aux types d'acteurs rentrant en jeu, ce qui permet de constater que la mise en œuvre des accords implique une approche plurithématique et pluri-institutionnelle.

En effet, chaque annexe se caractérise par une thématique spécifique (militaire, civile) dont la mise en œuvre appartient à une autorité spécifique. C'est le cas de l'annexe 3, qui est consacrée respectivement aux « Accords sur les élections » et a l'une des finalités principales concernant les aspects civils : l'organisation d'un scrutin électoral « libre et équitable » afin que les institutions de la République de Bosnie-Herzégovine soient démocratiquement élues, un aspect d'autant plus nécessaire par rapport aux déficits démocratiques du droit constitutionnel existant dans le pays. Pour parvenir à ces finalités, l'organisation des élections est déléguée, « pour la première fois dans l'histoire » et « [sans] bénéficie [r] d'aucune expérience dans l'organisation d'un scrutin »²⁶⁶, à l'OSCE ayant comme tâche celle de « superviser [toutes] les élections », à savoir les élections de la présidence tricéphale, des membres de la Chambre des représentants de la Bosnie-Herzégovine, de la Chambre des représentants de la Fédération, de l'Assemblée nationale de la Republika Srpska, mais aussi des assemblées cantonales et municipales. Tout ceci, dans un délai de neuf mois à compter de la signature des Accords de Dayton.

Compte tenu des l'organisation d'un scrutin si complexe et ambitieux, défini par Robert Frowick, le chef de la mission de l'OSCE, comme l'un des « plus complexes jamais organisés dans l'histoire »²⁶⁷, fut instituée une Commission électorale provisoire²⁶⁸, dont la composition est à la fois nationale et internationale (trois communautés, le chef de mission de l'OSCE, le Haut représentant, la République de Croatie, la République fédérale de Yougoslavie, la République de Bosnie-Herzégovine et toutes autres personnes acceptées par ces trois derniers membres²⁶⁹). La Commission était chargée d'établir avant le scrutin l'ensemble des règles concernant la législation électorale et, durant les élections, d'assurer le bon déroulement de ce dernier, en intervenant si nécessaire. Elle disposait d'un véritable « droit de décision sans appel ». L'institution de cet organe *ad hoc* n'était pas transitoire, car, après l'organisation des premières élections, se mettait en place une Commission électorale permanente²⁷⁰.

Une logique similaire se trouve dans l'annexe 7 « Accords relatifs aux réfugiés et personnes déplacées » qui, pour résoudre un des problèmes majeurs du conflit (2,2 millions de personnes contraintes d'abandonner leur foyer), et souhaitant créer un véritable droit constitutionnel au retour, s'accompagnant d'un *devoir* de rapatriement, institue une Commission pour les personnes déplacées et les réfugiées. Sa composition hybride, qui mélange membres nationaux et internationaux, présente des similitudes avec la Commission électorale précitée. Elle est formée de huit membres nommés de la manière suivante : quatre par la Fédération de la Bosnie-Herzégovine, deux par la Republika Srpska, deux par le Président de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette Commission n'intervient pas de

²⁶⁶ M. Ducasse-Roger, *op. cit.*, p. 87, n° 44.

²⁶⁷ Cf. Ambassadeur R. Frowick, Chef de la mission de l'OSCE de 1996 à 1997, *Statement to the PIC*, Mid-term Assessment Meeting, Florence, 14 juin 1996.

²⁶⁸ Article III, annexe III des Accords de Dayton.

²⁶⁹ Article III, annexe III, paragraphe 3.

²⁷⁰ Article V, annexe III.

manière solitaire, mais en synergie avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), devant établir un plan de rapatriement pour permettre le retour des réfugiés et des personnes déplacées afin que le droit d'être indemnisées ou d'obtenir la restitution des biens dont elles avaient été spoliées pendant le conflit soit pleinement garanti.

Il en va de même pour l'annexe 8 prévoyant la création d'une « Commission chargée de la préservation des monuments nationaux » et pour l'annexe 9 relative à l'institution de la « Commission des entreprises publiques » ayant pour finalité de fixer les modalités concernant la création et le fonctionnement des entreprises et de créer des sociétés chargées d'assurer la gestion des services publics donnant effectivité à certains droits constitutionnels : routes, chemin de fers, énergie, eau, poste, télécommunications.

Parmi ces annexes, l'avant dernière, l'annexe 10, consacrée à l'institution du Haut représentant, détient une place importante qui, au niveau de la dimension strictement constitutionnelle, occupe une place ambiguë, étant mentionnée incidemment et uniquement dans l'annexe à la Constitution, notamment dans les annexes à l'annexe 4, plus précisément, dans l'annexe 2 « Dispositions transitoires », alinéa 1 lettre c) qui le mentionne seulement pour indiquer qu'il préside une institution transitoire, la Commission mixte intérimaire.

Par rapport à ce qui a été analysé précédemment, la question relative à la mise en œuvre des accords s'avère complexe, car dépendante de plusieurs acteurs liés à certaines thématiques propres aux annexes. En effet, dans la majorité des cas, les accords requièrent une mise en œuvre complexe qui dépend à la fois d'acteurs nationaux et internationaux. Certainement, même au niveau du droit constitutionnel classique, les

mis en œuvre des textes constitutionnels sont toujours complexes, dans la mesure où elles dépendent d'une imbrication de plusieurs actes juridiques (lois ordinaires, lois organiques), dont l'édiction est liée en dernier ressort aux autorités politiques en place, ayant la possibilité d'accélérer ou de retarder l'application de la Constitution. Dans ce cas, la complexité relève de plusieurs actes juridiques, dont l'édiction est liée au volontarisme de différents acteurs, tous situés au niveau interne d'un ordre juridique donné.

En revanche, au regard de la situation existante en Bosnie-Herzégovine, la mise en œuvre dépend de plusieurs acteurs internes, mais aussi externes à l'ordre juridique en question. Cette situation ne peut être que transitoire et dépend strictement de l'implémentation des Accords de Dayton, car plus cette dernière est intense et plus on assistera à une mise en œuvre interne par les autorités nationales. Inversement, la mise en œuvre sera plus faite sous l'impulsion des autorités externes.

Dans une première phase constitutionnelle, immédiate à l'entrée en vigueur de la Constitution, compte tenu de l'amplitude des macro-réformes à réaliser, un organe de coordination était indispensable. De ce point de vue, si ce rôle est souvent confié au représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU, « afin de compenser l'absence d'[un] coordinateur civil [...] », en Bosnie-Herzégovine, fut créé le Haut représentant « chargé de suivre et de faciliter l'application des [nombreuses et complexes dispositions] civiles de l'accord »²⁷¹.

La complexité de ces missions se dévoile déjà *ictu oculi*. Tout d'abord, par la prise de conscience des autorités internationales figurant dans l'ouverture du préambule de l'annexe 10, prévoyant que « Les parties conviennent que la mise en œuvre des aspects civils du règlement de paix

²⁷¹ M. Ducasse-Roger, *op. cit.*, p. 115, n° 75.

nécessitera un large éventail d'activités, notamment la poursuite de l'effort d'aide humanitaire aussi longtemps que nécessaire, la réhabilitation des infrastructures et la reconstruction économique, la création d'institutions politiques et constitutionnelles en Bosnie-Herzégovine, la promotion du respect des droits de l'homme et le retour des personnes déplacées et des réfugiés, et la tenue d'élections libres et équitables [...] », nécessitant, par conséquent, « Un nombre considérable d'organisations internationales et d'organismes [qui] seront appelés à y contribuer »²⁷², d'où la volonté, « compte tenu de la complexité des problèmes à résoudre [...], [de] désigner [un] Haut représentant, [...] »²⁷³.

Ensuite, la longue énumération des compétences attribuées figure à l'article II consacré à ses pouvoirs : surveiller la mise en œuvre des accords de paix, maintenir des contacts avec les parties afin de les encourager à mettre en œuvre les aspects civils, faciliter la résolution des difficultés dans la mise en œuvre des accords, participer aux réunions des organismes donateurs, conseiller le chef de la force de police internationale (IFPT, *International Police Task Force*), rendre compte de la mise en œuvre des accords de paix à l'ONU, à l'Union européenne, aux États-Unis, à la Fédération de Russie et aux autres gouvernements intéressés, convoquer et présider la commission mixte civile de la Bosnie-Herzégovine, créer des organes subsidiaires à cette Commission, participer aux réunions de la Commission militaire mixte, établir des contacts avec le commandant de l'IFOR²⁷⁴.

Si l'énumération reste longue, force est de constater que pour remplir « ces innombrables responsabilités, le Haut

représentant ne dispose [véritablement] d'aucun pouvoir²⁷⁵ [...] ». Les textes laissent entrevoir plus l'institution d'un genre de diplomate de la communauté internationale, agissant en tant que médiateur, plutôt qu'une institution chargée, si nécessaire, de missions de gouvernance au nom de la communauté internationale. Un indice allant dans ce sens est représenté par une incise de l'article II, énonçant ses compétences, lorsqu'il est dit, par rapport à la mission, de « maintenir des contacts étroits avec les parties afin de les encourager à se conformer à tous les aspects civils du règlement de paix », qu'il doit, en accomplissant cette tâche, « respecter leur autonomie dans leurs sphères d'opération [...] »²⁷⁶.

L'idée de médiateur, donc d'un acteur ne jouant pas un rôle politique de premier plan, figure aussi dans le texte de l'annexe 10, notamment la lettre d) à l'alinéa 1 de l'article II qui, concernant les devoirs du Haut représentant, précise qu'il doit « faciliter, [lorsqu'il] le juge nécessaire, la résolution des difficultés qui surviennent dans le cadre de la mise en œuvre civile [...] »²⁷⁷.

Une chose est certaine et concerne sa légitimité en termes légaux. Celle-ci puise ses racines dans le droit international, notamment d'un traité de droit international et de résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU, comme le précise une incise contenue à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de l'annexe 10 : « les parties demandent la désignation d'un Haut représentant, qui sera nommé conformément aux résolutions pertinentes du Conseil de Sécurité [...] ».

Au-delà de ces aspects, et malgré le « triomphe des efforts de la négociation internationale »²⁷⁸ animant les Accords de

²⁷² Annexe 10, article 1^{er}, paragraphe 1.

²⁷³ Annexe 10, article 1^{er}, paragraphe 2.

²⁷⁴ Annexe 10, article II, paragraphes 1-9.

²⁷⁵ M. Ducasse-Roger, *op. cit.*, p. 125, n° 87.

²⁷⁶ Annexe 10, article II, paragraphe 1, lettre c). C'est nous qui soulignons.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ A. Merdzanovic, *Democracy by decrees, Prospects and limits of Imposed Consociational Democracy in Bosnia and Herzegovina*, version e-book, Ibidem Press, Stuttgart, 2015, p. 432, cit. p. 179.

Dayton, les pouvoirs concrets du Haut représentant n'étaient pas clairs et laissaient entrevoir en contre-lumière une des difficultés majeures concernant leur mise en œuvre : si la fin de la guerre était « la priorité des priorités »²⁷⁹, qui devait être actée par l'approbation dudit Traité, la mise en œuvre de ce dernier était une autre affaire, permettant de constater « l'impréparation de la communauté internationale »²⁸⁰, à l'exception de l'envoi à Sarajevo du Haut représentant avec une « valise pleine d'argent et d'instructions »²⁸¹, sans disposer de l'élément le plus important : les pouvoirs pour les traduire en réalité.

B – Un élargissement par voie prétorienne des pouvoirs induit par les difficultés initiales de mise en œuvre

La complexe mission de *peace building* prévue par les négociateurs à Dayton consistait en une véritable multiplication des acteurs chargés de sa mise en œuvre qui, néanmoins, ne prévoyaient pas de pouvoirs d'injonction efficaces, permettant d'imposer aux acteurs locaux le respect des engagements souscrits à Dayton.

C'est ainsi que la mise en œuvre des aspects civils des Accords de Dayton, déléguée à différents acteurs en fonction des thématiques, se caractérise par l'absence d'une centralisation au profit d'une décentralisation, stratégie reflétant un véritable « déficit de commandement »²⁸². Ces aspects mettent bien en exergue le ratio animant l'esprit des auteurs réunis à Dayton, donnant lieu à un jeu à somme zéro. Si ces derniers « ont fait preuve d'une grande ambition », en raison d'une volonté tendant à « traiter dans un

même texte de nombreuses questions touchant à la reconstruction de l'État », en même temps, et en dépit de ce souci d'exhaustivité, ils ne se sont « paradoxalement pas donné tous les moyens pour réussir ce pari [ambitieux] », risquant de ce fait de neutraliser l'efficacité du déterminisme fort se manifestant dans le Traité.

Le modèle choisi à Dayton se différencie donc de celui suivi au Cambodge, une autre opération de *peace building* comparable consacrée par les Accords de Paris de 1991. Dans ce second cas, un rôle central dans la mise en œuvre était accordé aux Nations Unies et plus particulièrement au Représentant spécial du Secrétaire Général de l'ONU. Plus précisément, était créé par le Conseil de Sécurité un organisme *ad hoc*, l'Autorité provisoire des Nations Unies au Cambodge (APRONUC) qui avait la mission principale de contrôler de « manière continue la mise en œuvre de l'accord »²⁸³ et agissait pendant la période transitoire, commençant avec l'entrée en vigueur de l'accord et prenant fin « lorsque l'Assemblée constituante, élue par la voie d'élections libres et équitables » aurait approuvé la Constitution et une fois qu'un « nouveau gouvernement aura [it] été ensuite formé »²⁸⁴.

Au-delà de cette organisation, c'est le Représentant spécial de l'ONU, à la tête de l'APRONUC, qui non seulement disposait d'un pouvoir de coordination, mais aussi d'un pouvoir décisionnel considérable. Ce dernier pouvait, en dernier ressort, s'imposer sur les autorités nationales lorsque survenaient des difficultés et des différends liés à l'application de l'accord de paix au terme d'une complexe procédure de négociation entre les autorités nationales

²⁷⁹ Paddy Ashdown, *Statement by the High Representative, Lord Paddy Ashdown to the Venice Commission, Appendix 1 of CDL-PV, 2004, 003*, Venice, 8 October 2004, cit. p. 16.

²⁸⁰ A. Merdzanovic, *op. cit.*

²⁸¹ P. Ashdown, *Swords and Ploughshares*, Phoenix, 2008, p. 352, cit. p. 125.

²⁸² M. Ducasse-Roger, *op. cit.*, p. 141, n° 103.

²⁸³ Accord de Paris, Partie I « Arrangement durant la période de transition », Chapitre II, article 2, alinéa 2.

²⁸⁴ *Id.*, Article 1 du Chapitre II de la Partie I des Accords de Paris.

(Conseil national suprême) et internationales (Représentant spécial de l'ONU), lui laissant le dernier mot quant à la mise en œuvre de l'accord puisqu'il avait, lui seul, le pouvoir de décider si les actions menées par les autorités nationales étaient conformes ou pas aux accords de Paris²⁸⁵.

Or, rien de tel n'était expressément prévu dans les Accords de Dayton et l'importante présence des acteurs chargés de la mise en œuvre alimentait « une certaine confusion », qui avait un effet néfaste dans la mise en œuvre, car elle permettait « [aux] parties récalcitrantes » de faire obstacle à une exécution du Traité déjà complexe, dont les marges d'actions étaient « déjà restreinte[s] »²⁸⁶.

Ainsi, l'esprit de Dayton ne fut-il nullement conditionné par ce qui se passa quatre ans auparavant à Paris, alors que « le modèle du Cambodge [...] aurait pu servir »²⁸⁷, non seulement pour l'ensemble des aspects civils, mais aussi au niveau constitutionnel. Or, le droit constitutionnel de Bosnie-Herzégovine est englobé dans le droit international, alors que le droit constitutionnel cambodgien est séparé, dans la mesure où la négociation du Traité a été distincte de la phase constituante, qui a eu lieu avec la tenue d'élections pour former l'Assemblée constituante.

L'ensemble de ces aspects devait se répercuter sur le « chantier civil » prévu par les annexes des Accords de Dayton et engendrer des problèmes dans la mise en œuvre, qui a commencé à la fin de l'année 1995. Si, de manière anecdotique, on raconte souvent que le premier Haut représentant, Carl Bildt, se « soit retrouvé littéralement largué dans Sarajevo, sans logement et dans un bureau sans électricité, ni chauffage »²⁸⁸, qui « ne disposa [it] [même pas] d'eau, ni de téléphone », dont les fenêtres gardaient

encore les « traces d'impact des balles »²⁸⁹, il est certain que « [l] es débuts [furent] tâtonnants »²⁹⁰ sur plusieurs fronts.

Tout d'abord, au niveau financier. Le Bureau du Haut représentant (*Office of the High Representative*, ci-après OHR) commençait sa mission dans une situation tout à fait particulière, car il devait recruter du personnel pour assurer ses missions, alors que son budget, financé par les gouvernements nationaux, était réduit au minimum possible et qu'il put assurer ses missions par une aide financière accordée par l'Union européenne ainsi qu'une subvention du gouvernement japonais²⁹¹.

Ensuite, au niveau des missions. Là encore, c'est le manque de coordination prévue entre les organes créés à Dayton qui s'accompagnait d'inévitables problèmes. L'absence d'un organe chargé de gérer la première phase de transition constitutionnelle dans l'attente des nouvelles élections, rendit inévitable le recours à la seule structure dans laquelle pouvaient se parler les acteurs de la reconstruction : la Commission mixte intérimaire et la Commission civile mixte. Cependant, même avec cette démarche, émergeaient les lacunes institutionnelles propres à ces organes et donc à la procédure suivie. S'il est vrai que ces organes avaient été créés pour permettre de débattre sur des aspects pratiques concernant la mise en œuvre des Accords de Dayton, ils n'avaient aucune vocation à jouer un rôle actif dans cette situation, en gouvernant simultanément. Il s'agissait donc ni plus ni moins « de forums de discussions et d'échange de points de vue », alors qu'il aurait été indispensable qu'ils puissent agir comme des organes constitutionnels provisoires « où [étaient] prises des décisions concernant le

²⁸⁵ Annexe I, Mandat de l'APRONUC, Section A « Procédure générale », alinéa 2, lettre e) des Accords de Paris.

²⁸⁶ M. Ducasse-Roger, *op. cit.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ A. Merdzanovic, *op. cit.*, p. 180.

²⁸⁹ M. Ducasse-Roger, *op. cit.*, p. 211, n° 4.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ S/1996/190, Rapport du Haut représentant, 13 mars 1996, par. 8.

processus de paix et l'administration du pays »²⁹².

Avant même cette situation intervenant *ex post* la signature des accords de Dayton, l'absence d'un organe ayant une fonction réellement centralisatrice constituait un problème. S'il est vrai que le Haut représentant devait accomplir cette mission, force est de constater que l'annexe 10, tout en dressant une longue liste de ses missions, demeurait dans son ensemble lacunaire, car il y avait des omissions significatives au sujet de la direction politique.

Sur ce point, l'annexe 10 nous instruit sur les raisons de son institution (Article I), ses missions (Article II), les aspects organisationnel-administratifs (Article III), la nécessité pour les parties signataires de l'Accord de collaborer avec lui (Article IV), ainsi que son pouvoir final d'interprétation sur les Accords de Dayton (Article V), mais ne dit rien quant à la légitimité du Haut représentant et, surtout, tout ce qui a trait au contrôle de son action, donc plus largement à ce qui relève de l'*accountability*. Les seules précisions à ce sujet portaient seulement sur la nécessité des parties de nommer le Haut représentant « sur la base des résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU » (article I, alinéa 2) lui permettant, par ailleurs, de mettre en œuvre la liste des tâches prévues par l'article II.

Au regard de ces deux aspects, les résolutions du Conseil de Sécurité ont donc une fonction de nomination, car c'est sur la base de ces dernières qu'est nommé le Haut représentant, si on s'en tient à la lettre, et une fonction de mise en œuvre des missions qu'il tient de l'article précité de l'annexe 10. Cependant, rien n'est dit quant à sa représentation si ce n'est que celui-ci est censé représenter, et surtout quel est l'organe qui lui dicte les lignes directrices dans son action, car une chose est certaine : ce dernier est censé recevoir

des instructions tirant sa légitimité d'un Traité de droit international.

Deux options peuvent alors être retenues au regard du texte.

La première position concernerait un genre d'*accountability* restrictive, autrement dit le Haut représentant serait exclusivement responsable vis-à-vis des signataires de l'Accord qui, selon la première phrase du préambule des Accords de Dayton, sont respectivement « la République de Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République Fédérale de Yougoslavie (les parties) ».

La seconde, en revanche, porterait sur une *accountability* extensive, qui irait au-delà bien entendu des parties signataires de l'Accord. En faveur de cette solution militerait une interprétation téléologique, car la finalité principale des Accords de Dayton est celle de mettre fin à un conflit qui a eu lieu entre les parties signataires. Or, par définition, toute paix est négociée avant tout entre les ennemis, donc les parties belligérantes. Il serait alors manifestement déraisonnable que les instructions imparties au Haut représentant puissent venir de ceux qui ont été à la base du conflit. Cela risquerait de donner lieu à des instructions contradictoires en raison de potentiels intérêts divergents, risquant de porter atteinte à l'efficacité de l'action de mise en œuvre par le Traité.

C'est surtout l'ensemble des dispositions contenues dans l'alinéa 2 de l'article I qui permettrait d'infirmer l'hypothèse d'une *accountability* restrictive. La nécessité de nommer un Haut représentant vient des parties, « compte tenu de la complexité des problèmes à résoudre, les parties demandent la désignation d'un Haut représentant [...] », sur la base d'une manifestation de volonté contraignante et permanente et non facultative (« les parties demandent [...] »). En même temps, le texte précise immédiatement après : « qui [le Haut représentant] sera nommé

²⁹² M. Ducasse-Roger, *op. cit.*, p. 215, n° 9.

conformément aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité [...] ». Au regard de cette rédaction, il serait possible d'affirmer que la volonté exprimée par les parties concerne une manifestation de volonté d'agrément à nommer un Haut représentant au niveau général, autrement dit l'accord de procéder à l'institution d'un tel organe, mais pas à la nomination effective, qui serait du ressort du Conseil de sécurité via la résolution mentionnée dans l'alinéa 2 de l'article 1 de l'annexe 10. Sur ce point, il serait même possible d'imaginer, au niveau strictement juridique, qu'on procède à la nomination d'un Haut représentant hostile aux parties, mais recueillant l'aval des membres ayant le droit de veto dans le Conseil de sécurité.

Ni l'une ni l'autre solution ne furent retenues en définitive, car, pour pallier les lacunes existantes dans le texte, fut convoquée la Conférence de Londres, réunie entre le 8 et le 9 décembre 1995, qui eut lieu avant la cérémonie de signature des Accords de Dayton, organisée à Paris le 14 décembre 1995. Si sa convocation *ab initio* fut liée à des rivalités diplomatiques entre les délégations présentes à Dayton, notamment celles françaises et anglaises, au motif que les Français avaient obtenu que la cérémonie finale se déroule à Paris et les Anglais exigèrent donc que soit convoquée dans leur capitale cette Conférence, force est de constater que celle-ci ne doit pas être interprétée comme une preuve de force permettant de mesurer la puissance diplomatique anglaise²⁹³. En effet, lors de cette Conférence, afin de combler certaines lacunes présentes dans les Accords de Dayton, fut créé un organe jouant un rôle central, le *Peace Implementation Council* (ci-après PIC) composé de cinquante-cinq pays et d'organisations internationales, et doté d'un comité directif (le *Steering*

Board) agissant comme organe exécutif du PIC, constitué des États membres du G8 (Allemagne, Canada, États-Unis, France, Grande-Bretagne, Italie, Japon, Russie), de la Présidence de l'Union européenne, de la Commission européenne et de l'Organisation de la Conférence Islamique, ayant comme mission principale celle de donner les directives politiques au Haut représentant.

Ce nouvel organe devait avoir une fonction déterminante et innovante. Non seulement il était institué après la négociation des Accords de Dayton, *a contrario* de ce qui s'était produit dans les Accords de Paris de 1991, prévoyant dès le départ des organes gérant la transition constitutionnelle, mais il faut constater que les conclusions de la Conférence de Londres n'ajoutent rien de significatif à ce qui était prévu par l'annexe 10 au sujet du Haut représentant. Les conclusions écrites de cette conférence contiennent, effectivement, un intitulé expressément consacré au Haut représentant (points 17-19), mais le contenu a une portée symbolique, caractérisée par une certaine redondance avec les Accords de Dayton. C'est le cas justement du point 17, disposant que : « Compte tenu de la complexité des tâches, les parties ont demandé la désignation d'un Haut représentant qui, conformément à l'annexe sur la mise en œuvre civile de l'Accord de paix, surveillera la mise en œuvre de l'Accord et mobilisera, le cas échéant, coordonnera les activités des organisations et agences civiles impliquées »²⁹⁴. De même, dans les conclusions figurant au point 19 concernant les conclusions du PIC au sujet du Haut représentant, on peut lire : « l'engagement des parties à collaborer avec le Haut représentant [...], veiller à ce qu'il puisse jouir des capacités juridiques

²⁹³ *Id.*, p. 126, n° 88.

²⁹⁴ PIC *London Conclusion*, 12/08/1995 PIC SB LONDON, Conclusion of the Peace Implementation

Council Held at Lancaster House London: <https://www.ohr.int/pic-london-conclusions-6/>.

nécessaires à l'exercice de ses fonctions [...], faire tout le nécessaire pour qu'il bénéficie du personnel et d'autre soutien »²⁹⁵.

Seul le point 18 contenait des aspects intéressants, car il était prévu, d'une part, que le PIC « approuv [ait] la nomination de Carl Bildt » et qu'il invitait *in fine* « le Conseil de Sécurité à approuver la désignation de Carl Bildt au poste de Haut représentant ». De ce fait, la création du PIC semblait mettre en place un mécanisme d'*accountability* pour le moins original, envisageant une sorte de double investiture internationale, prévoyant un premier mécanisme de nomination du Haut représentant par la communauté internationale, c'est-à-dire le PIC et, ensuite, un deuxième mécanisme de validation par le Conseil de sécurité de l'ONU.

Il s'agissait d'un mécanisme de gouvernance tout à fait particulier, car « le dispositif prévu à Londres » prévoit que « pour la première fois, la gestion politique d'une opération complexe [...] dépasse le cadre de l'ONU », en englobant un nouvel organe *ad hoc* au niveau international, alors que la gestion de la paix et de la sécurité internationale est bel et bien une mission du ressort de l'ONU.

Si les innovations apportées en termes de gouvernance étaient significatives et qu'elles permettaient de pallier les résultats symboliques atteints par la Conférence du PIC à Londres, la situation était destinée à changer rapidement, permettant de dévoiler les potentialités du nouvel organe créé dans la capitale anglaise, ce dernier déterminant et clarifiant le rôle du Haut représentant. De ce fait, si le Haut représentant tire sa légitimité des Accords de Dayton, ces derniers ne déterminent pas les modalités concrètes lui permettant

d'exercer ses missions. Elles sont précisées par le PIC. De ce fait, si les Accords de Dayton constituent la base constitutionnelle internationale pour la légitimité du Haut représentant, le PIC assume un rôle à portée constitutionnelle, car il joue à son endroit un rôle comparable à celui d'une loi organique au niveau constitutionnel, en assurant l'effectivité juridique des nombreuses tâches prévues par l'article II de l'annexe 10.

Cette mission ne fut pas accomplie lors des sommets du PIC de Florence et de Paris de 1996. Cependant, c'est justement lors de ce dernier sommet dans la capitale française que le Comité exécutif du PIC manifestait sa volonté de renforcer les pouvoirs du Haut représentant. En effet, dans le point 6 des Conclusions de cette réunion, l'organe exécutif du PIC reconnaissait d'abord la nécessité que « le Haut représentant poursuive ses missions de mise en œuvre des Accords ». Pour ce faire, il préconisait le besoin de « renforcer ses pouvoirs », notamment dans « le cas de conflit d'interprétation sur la mise en œuvre civile des Accords, [agissant] comme autorité finale conformément à l'article V de l'annexe 10 » et, en l'occurrence, « en cas de dispute » de pouvoir, « donner son interprétation et faire ses recommandations »²⁹⁶.

La concrétisation de cette mission eut lieu sous le mandat du deuxième Haut représentant, Carlos Westendorp, et lors de la Conférence de Bonn de 1997, pendant laquelle il apparaissait plus qu'évident que l'ensemble des dispositions du « monstre de Dayton »²⁹⁷ avait créé une structure tellement complexe qu'elle nécessitait d'être intégrée par des dispositifs opportuns et ce, d'autant plus dans un contexte où s'étaient tenues les premières élections de 1996, mais qui était encore dominé par des

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ PIC Paris Conclusions, Ministerial Meeting of the Steering Board and of the Presidency of the Bosnia-Herzegovina, 11/14/1996, PIC SB Ministerial Meeting Paris, *Conclusions: Guiding principles of the civilian*

consolidation plan, point 5: <https://www.ohr.int/pic-paris-conclusions/>.

²⁹⁷ P. Ashdown, *Swords and Ploughshares*, *op. cit.*, p. 221.

récalcitrances de la part des acteurs politiques nationaux.

À ce stade, il était alors plus que jamais indispensable de « chercher dans les Accords de Dayton et de voir quelles étaient les faiblesses »²⁹⁸, les imprécisions pouvant être utilisées. C'est ainsi que, tout en affirmant que la « Bosnie ne [sera pas] un protectorat »²⁹⁹ et que « l'OHR ou tout autre bureau ne sera pas un gouverneur imposé de la Bosnie-Herzégovine »³⁰⁰, la recherche se concentra sur les lacunes quant « à l'autorité finale » du Haut représentant mentionnée à l'article V de l'annexe 10. Il était alors indispensable de faire à Bonn, deux ans plus tard, ce qui n'avait pas été fait à Dayton, cette conférence devant alors constituer une sorte de session de rattrapage internationale. La communauté internationale devait alors « introduire une méthode par laquelle le Haut représentant pourrait prendre les décisions sur lesquelles les politiciens locaux n'arrivaient pas à trouver un compromis »³⁰¹. Il devait s'agir d'une autorité qui était acceptée par tous les acteurs de la communauté internationale, dans la mesure où ces derniers « savaient que ces éléments [les aspects ayant trait à la mise en œuvre civile] étaient nécessaires, mais au niveau interne, les partis politiques n'avaient pas la force de [les] mettre en œuvre »³⁰².

Ce que les autorités internes ne pouvaient ou, surtout, ne voulaient pas faire, devait alors être fait par une autorité externe.

Les conclusions de la conférence du PIC à Bonn devaient inaugurer une véritable période constitutionnelle pour le Haut représentant, constituant une véritable date charnière, car, à partir de cette date, on se réfère aux pouvoirs de Bonn, certifiant le passage d'une période caractérisée par

un *soft power* du Haut représentant, ou d'un Haut représentant de l'inefficacité, à un *hard power* du Haut représentant ou d'un Haut représentant de l'efficacité.

Cette efficacité était contenue dans le point XI des conclusions consacrées à nouveau au Haut représentant. Le début était inspiré de la même logique invoquée lors des autres réunions des précédents PIC, en prévoyant solennellement dans l'alinéa 1 que : « Le Conseil [le PIC] salue les efforts déployés par le Haut représentant et ses collaborateurs pour poursuivre la mise en œuvre de l'Accord de paix. Il souligne le rôle important du Haut représentant pour assurer la création des conditions d'une paix durable en Bosnie- Herzégovine et sa responsabilité à coordonner les activités des forces civiles, organisations et agences en Bosnie-Herzégovine »³⁰³ ; « il [le PIC] réaffirme que le comité directeur du CIP fournira au Haut représentant des orientations politiques sur la mise en œuvre de la paix. Il continuera à se réunir mensuellement, invitant des représentants des organisations internationales compétentes à y assister, le cas échéant »³⁰⁴. C'est toutefois l'alinéa 2 qui contenait les aspects fondamentaux certifiant l'évolution du rôle du Haut représentant dans le pays.

Le PIC exprimait à cette occasion son accord en ce qui concernait la possibilité pour le Haut représentant d'utiliser « son autorité finale pour toute question concernant l'interprétation de l'Accord sur la mise en œuvre civile du règlement de paix afin de faciliter la résolution des difficultés, en rendant des décisions qu'il juge nécessaires » sur « [c] es [3] problèmes » :

²⁹⁸ C. Westendrop, *Personal interview in Madrid*, 11 September 2012.

²⁹⁹ *Dnevni Avnaz*, 15 December 1997: <https://www.ohr.int/archive/1995-2000/docs/press/1971215a.htm>.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ C. Westendrop, *op. cit.*

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ PIC Bonn Conclusions, p. 18, cit. p. 17 :

<https://www.ohr.int/pic-bonn-conclusions/?print=pdf>.

³⁰⁴ *Id.*, p. 18.

1. les calendrier, lieu et présidence des réunions des institutions communes (lettre a)) ;
2. les mesures provisoires devant prendre effet lorsque les parties ne parviennent pas à un accord, qui resteront en vigueur jusqu'à ce que la présidence ou le Conseil des ministres ait adopté une décision conforme à l'Accord de paix sur la question concernée (lettre b)) ;
3. d'autres mesures pour assurer la mise en œuvre de l'Accord de paix en Bosnie-Herzégovine et ses entités, ainsi que le bon fonctionnement des établissements communs. Ces mesures peuvent comprendre des actions contre des personnes détenant des fonctions publiques ou des fonctionnaires qui s'absentent des réunions sans motif valable, comportements que le Haut représentant juge comme étant en violation des engagements juridiques pris dans le cadre de l'Accord de paix ou les modalités de sa mise en œuvre (lettre c)³⁰⁵ ».

Ainsi, la logique suivie à Bonn par le PIC consistait non pas en une interprétation prétorienne, ce qui n'aurait pas de sens dans la mesure où cette œuvre interprétative n'était nullement apportée par une juridiction et s'insérait en dehors de tout litige, mais plutôt dans une interprétation « extrêmement extensive »³⁰⁶ des dispositions existantes, devant avoir des répercussions considérables sur l'exercice de la souveraineté nationale par les autorités nationales de la Bosnie-Herzégovine.

II – La semi-souveraineté de la Bosnie-Herzégovine : un État maintenu par le droit international

Comme il a été rappelé précédemment, l'œuvre interprétative réalisée à Bonn à l'égard des pouvoirs du Haut représentant se basait sur deux dispositions contenues dans l'annexe 10. Il s'agissait respectivement de l'article II alinéa 1 lettre d) prévoyant, par rapport à ses missions, la possibilité de « faciliter, si le Haut représentant le juge nécessaire, la résolution des difficultés qui surviennent dans le cadre de la mise en œuvre civile », et de l'article V, établissant que « le Haut représentant est l'autorité finale en ce qui concerne l'interprétation du présent Accord sur la mise en œuvre civile du règlement de paix ».

S'il est possible alors d'affirmer que les pouvoirs de Bonn trouvent un appui juridique au niveau de l'annexe 10, il faut quand même constater que la solution retenue a très peu pris en compte d'autres dispositions prévues dans l'annexe 10 et, plus particulièrement, l'incise figurant dans l'article II, alinéa 1 lettre c), disposant que « le Haut représentant doit respecter leur autonomie [organisation et institutions de la Bosnie-Herzégovine] dans leur sphère d'opération s'il est nécessaire de leur donner des orientations générales concernant l'impact de leurs activités sur la mise en œuvre de l'Accord de paix ».

Au regard de l'ensemble de ces dispositions, on ne peut s'empêcher de constater que la conciliation qui a été réalisée par la communauté internationale a valorisé au maximum les dispositions concernant les pouvoirs du Haut représentant (article II, alinéa 1 lettre d) et article V) et tout ceci, au détriment de l'autre disposition concernant les limites à

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Venice Commission, *European Commission for democracy through law, opinion on the*

constitutional situation in Bosnia and Herzegovina and the Powers of the High Representative, CDL-AD (2005), 004, Or. Eng., p. 25, cit. p. 21.

son action (article II, alinéa 1 lettre c) incise précitée).

En effet, en observant les textes, il est possible d'affirmer, certes, que le Haut représentant a la possibilité d'exercer un rôle de médiateur (« Faciliter, si le Haut représentant le juge nécessaire, la résolution de difficultés qui surviennent dans le cadre de la mise en œuvre civile ») et dispose d'une autorité finale en matière d'interprétation des Accords de Dayton (« Le Haut représentant est l'autorité finale en ce qui concerne l'interprétation du présent Accord [...] »). Néanmoins, la solution interprétative retenue risque d'être finalement trop extensive et ne prend pas suffisamment en compte la lettre des dispositions, car s'il est vrai que tout type d'interprétation ne se base pas uniquement et principalement sur le seul texte et les seuls mots utilisés, force est de constater que tout type d'interprétation doit s'arrêter lorsque le texte contient une limite interprétative suffisamment infranchissable.

Or, de ce point de vue, l'ensemble des dispositions devant être conciliées présente une certaine contradiction. Le Haut Représentant doit « donner des orientations générales » que les autorités nationales sont censées respecter, ce qui laisse difficilement entrevoir la possibilité qu'il puisse disposer d'un pouvoir d'imposition à leur égard. En même temps, il est prévu qu'il est « l'autorité finale en ce qui concerne l'interprétation du présent Accord [...] ».

Il serait alors possible de retenir deux solutions interprétatives.

La première, concernant un rôle de médiation et, en l'occurrence, de dernier mot interprétatif du Haut représentant. Dans ce cas, il devrait essayer de faciliter le compromis entre les autorités nationales et, en cas de différends interprétatifs sur certaines dispositions du Traité, il aurait l'autorité finale concernant la solution interprétative définitive à retenir. Son rôle *mutatis mutandis* s'apparenterait d'une certaine façon à celui de la Cour de

cassation qui, parmi les différentes interprétations pouvant être dégagées, dispose de l'autorité finale pour la solution interprétative définitive, ayant une portée contraignante pour tous les juges inférieurs et évitant ainsi qu'elle évolue comme le feuillage des arbres en automne.

La seconde, en revanche, valoriserait au maximum le rôle du Haut représentant, en lui accordant, si nécessaire, la possibilité d'utiliser « son autorité finale » pour imposer aux autorités nationales les décisions nécessaires à la mise en œuvre des Accords de paix. Il s'agit bien entendu d'une interprétation qui n'est pas exempte de problèmes, car l'autorité finale en question concerne « l'interprétation du présent Accord » et la seconde solution retenue risque de profiter, voire d'abuser de la notion d'autorité finale, pour permettre au Haut représentant d'exercer véritablement un pouvoir législatif, dans la mesure où ces décisions recouvrent une portée législative.

De ce fait, l'autorité finale revêt une grande portée, car au prétexte d'interpréter, le Haut représentant est en mesure de légiférer. Il s'agit dans ce cas d'une autorité plus politique que légale, dans la mesure où aucun type de remède juridictionnel n'est prévu par rapport à l'utilisation des pouvoirs de Bonn, qui sont bel et bien des pouvoirs substitutifs. Cette compétence constitue un problème, car l'ensemble des dispositions existantes concernant l'exercice de ses pouvoirs (autorité finale dans l'interprétation prévues par l'annexe 10 à Dayton et les pouvoirs de Bonn) ont trait à deux prérogatives propres à deux pouvoirs distincts, le législatif et le pouvoir judiciaire, qui sont dans ce cas concentrés entre les mains d'un organe politique issu de la communauté internationale, alors qu'il aurait été loisible, afin d'asseoir une meilleure impartialité, d'accorder cette compétence à un organe judiciaire classique ou *ad hoc* et ce, surtout au

regard des différents organes mis en place par les négociateurs à Dayton.

Il faut relever, cependant, que si la latitude de ces pouvoirs est importante, elle dépend aussi de la personne qui exerce temporairement les fonctions de Haut représentant. Si l'histoire du Bureau du Haut représentant ne peut être disjointe de ceux qui ont occupé ce poste et qu'elle se base donc sur des phases d'activismes ou de modestie quant à l'utilisation des pouvoirs de Bonn (B), il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un pouvoir exerçant à titre subsidiaire des fonctions relevant de la souveraineté nationale, qui pose des problèmes au niveau démocratique et juridique (A).

A – Les pouvoirs de Bonn ou le risque d'un interventionnisme externe illimité

Il ne fait pas de doute que les compromis du PIC à Bonn consistent dans la création d'un dispositif créant un genre de mécanisme de substitution international qui, néanmoins, ne constitue pas pour cette simple et bonne raison un mécanisme *sui generis*, dans la mesure où le droit comparé permet d'observer la présence de mécanismes similaires.

À titre d'exemple, la Constitution italienne contient dans son article 120, alinéa 2, un mécanisme similaire de substitution, prévoyant que « Le gouvernement peut se substituer aux organes des régions, des villes métropolitaines, des provinces et des communes en cas de non-respect des normes et des traités internationaux ou des normes communautaires, ou bien en cas de danger grave pour la sécurité publique, ou bien encore quand cela est requis afin de protéger l'unité juridique ou l'unité économique et, notamment, afin de protéger les niveaux essentiels des prestations en matière de droits civiques et sociaux, indépendamment des limites

territoriales des pouvoirs locaux. La loi définit les procédures visant à garantir que les pouvoirs substitutifs sont exercés dans le respect du principe de subsidiarité et du principe de loyale collaboration »³⁰⁷.

Si on constate une similitude avec les pouvoirs de Bonn, car, dans cette procédure prévue en Italie, on accorde à un organe politique, l'exécutif, la possibilité de se substituer à des organes très divers, certains ayant des fonctions administratives (communes, provinces, villes métropolitaines) et d'autres des fonctions législatives (les régions), force est de constater la présence de différences permettant de saisir mieux les spécificités et les problématiques propres aux pouvoirs accordés en 1997 au Haut représentant.

Tout d'abord, il faut observer que cette procédure s'active en présence de certains actes normatifs, car il est nécessaire, que soient édictés des actes contraires au droit international et européen (« non-respect des normes et traités internationaux ou des normes communautaires [...] »), des actes menaçant l'ordre et la sécurité publique (« ou bien en cas de danger grave pour la sécurité publique [...] »), ou encore afin de garantir une uniformité juridique par rapport à certaines prestations fondamentales ne pouvant être conditionnées par la région de résidence régionale (« ou bien encore quand cela est requis afin de protéger l'unité juridique ou l'unité économique et, notamment, afin de protéger les niveaux essentiels des prestations en matière de droits civiques et sociaux, indépendamment des limites territoriales des pouvoirs locaux »), ce qui en présence d'un État régional risquerait d'être compromis par une hétérogénéité législative.

Ainsi, la procédure se déclenche majoritairement en présence d'un activisme juridique de la part des entités visées dans l'alinéa précité de la

³⁰⁷ Article 120, alinéa 2 de la Constitution.

Constitution italienne et concerne la possibilité d'une substitution face à une inertie législative, notamment lorsqu'il « s'agit d'une substitution législative de l'État à l'égard des régions » qui doit « être justifiée par la sauvegarde d'exigences suprarégionales »³⁰⁸, même si, sur ce point, la doctrine reste divisée du fait de la nature de l'intervention « préventive ou successive »³⁰⁹.

A *contrario*, s'agissant des pouvoirs de Bonn, on observe tout d'abord une grande latitude autorisant le Haut représentant à se substituer aux autorités nationales. C'est notamment les lettres b) et c) qui lui accordent des marges de manœuvre considérables. Non seulement il doit s'agir de situations qui dénotent un blocage décisionnel, « des mesures provisoires devant prendre effet lorsque les parties ne parviennent pas à un accord [...] », mais aussi des situations plus larges ayant trait globalement au bon fonctionnement institutionnel et à la mise en œuvre des Accords de Dayton, « d'autres mesures pour assurer la mise en œuvre de l'Accord de paix de la Bosnie-Herzégovine et ses entités, ainsi que le bon fonctionnement des établissements communs », qui concernent aussi bien des situations individuelles et donc des décisions *ad hoc*, dans la mesure où ces décisions « peuvent comprendre des actions contre des personnes détenant des fonctions publiques ou des fonctionnaires qui s'absentent des réunions sans motif valable ou qui sont jugées par le Haut représentant comme étant en violation des engagements juridiques pris dans le cadre de l'Accord de paix ou les modalités de sa mise en œuvre ».

Ainsi, l'intervention du Haut représentant se situe dans une logique préventive, qui n'est pas liée à l'édiction

d'actes juridiques, mais simplement à des situations postulant une simple volonté inefficace des acteurs nationaux de procéder dans ce sens (« lorsque les parties ne parviennent pas à un accord [...] »), ou alors à toute situation d'ordre général lui permettant *ad libitum* de prendre les décisions qu'il considérera les plus opportunes, « d'autres mesures pour assurer la mise en œuvre de l'Accord de paix », indépendamment de tout type de controverse concrète.

Mises à part les décisions *ad hoc*, les pouvoirs du Haut représentant consistent donc en une substitution essentiellement préventive. Cependant, en plus de ces aspects, une différence significative s'impose par rapport à la procédure italienne, que nous venons juste d'évoquer et qui concerne l'exercice du pouvoir substitutif. En effet, après avoir fait une énumération des cas dans lesquels peut intervenir le pouvoir substitutif de l'exécutif, la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 120 contient une réserve législative qui ne constitue pas un blanc-seing, dans la mesure où cette dernière devra remplir de sens les pages blanches de la Constitution, mais elle devra garantir que les « procédures visant à garantir que les pouvoirs substitutifs s[o]ient exercés dans le respect du principe de subsidiarité et du principe de loyale collaboration ».

Ainsi, la loi n° 131/2003, dans son article 8, a prévu un mécanisme en fonction duquel le Président du Conseil des ministres, en présence des circonstances prévues par l'article 120 alinéa 2 de la Constitution, accorde à l'organe en question un délai pour intervenir, au-delà duquel il va, après avoir entendu à nouveau l'organe envers lequel s'exercera la substitution, adopter la mesure en question (alinéa 1), proportionnée aux

³⁰⁸ V. Crisafulli, I. Paladin, S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2^e éd., 2008, p. 1256, cit. p.120.

³⁰⁹ Cf. *La Costituzione italiana, Commento articolo per articolo*, Vol. II Parte II – Ordinamento della

Repubblica (artt. 55-139) e disposizioni transitorie e finali, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani, Bologna, Il Mulino Manuali, 2018, p. 534, cit. p. 384.

mesures envers lesquelles s'exerce la substitution (alinéa 5), en nommant un commissaire *ad hoc*³¹⁰.

Cette loi n'est pas la seule à encadrer l'exercice de ce pouvoir substitutif. Un rôle important a été celui assuré par la jurisprudence constitutionnelle. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle italienne a pu établir que l'article 120, alinéa 2, prévoit « une substitution extraordinaire » qui se caractérise par une « nécessaire nature temporaire et limitée », dans la mesure où « l'institution étatique est appelée à assumer la responsabilité de résoudre, dans les meilleurs délais, la crise d'une certaine collectivité, afin de la remettre en condition de pouvoir exercer des fonctions auparavant compromises ». Au regard de cette situation, l'État « doit alors utiliser toutes ses propres et meilleures énergies ainsi que ses ressources », tout ceci afin d'« asseoir un point d'équilibre, évitant qu'au détriment de toute la République, on assiste à une aggravation d'un état chronique de crise qui serait préjudiciable à plusieurs principes constitutionnels »³¹¹.

La Cour constitutionnelle d'Italie a pu établir d'autres critères concernant la gouvernance de la substitution par rapport au mandat du commissaire nommé par le Gouvernement, disposant que « ses fonctions se maintiennent jusqu'à l'accomplissement de ses missions, et tout ceci, à l'abri de toute interférence des [organes substitués] » qui, en cas d'organes exerçant la fonction législative (les régions), impliquerait des violations de la procédure prévue par l'article 120 alinéa 2³¹², « même lorsque l'interférence est à l'état potentiel, donc, indépendamment de l'émergence d'un conflit direct avec les pouvoirs du commissaire chargé de mettre en place le plan de régularisation nécessaire »³¹³.

Enfin, les juges constitutionnels italiens ont précisé les contours de la substitution en absence d'une intervention législative, en précisant que « lorsque se manifeste une situation d'inertie législative répétée, l'article 120 alinéa 2 de la Constitution permet d'utiliser le pouvoir substitutif extraordinaire afin d'assurer en même temps l'unité économique de la République et les niveaux essentiels des prestations concernant »³¹⁴ les droits civils et politiques fondamentaux.

Si la procédure prévue par l'article 120 alinéa 2 contient à la base une certaine « ambiguïté et imprécision », force est de constater que, d'abord l'intervention législative, ensuite, et surtout, l'intervention de la jurisprudence constitutionnelle, ont eu le mérite de « préciser les modalités d'intervention et les modalités concrètes d'intervention des pouvoirs de substitution »³¹⁵, garantissant par ce fait que la procédure respecte le principe de légalité et de loyale collaboration afin que la substitution œuvrée ne se réduise à un remplacement dans l'exercice du pouvoir par rapport aux organes auxquels revient l'exercice de ce dernier.

L'utilisation des pouvoirs de Bonn s'avère déficitaire par rapport à ces éléments.

Comme il a été relevé plus haut, les pouvoirs de Bonn accordent au Haut représentant la possibilité de prendre des décisions substitutives et des décisions *ad hoc*. Concernant la première catégorie, il faut observer que le mot utilisé et figurant sur le site de l'OHR, qui liste l'ensemble des décisions prises par le Haut représentant, en vertu des pouvoirs de Bonn, ne correspond pas strictement au contenu, dans la mesure où leur portée est législative. Les décisions substitutives sont donc des décisions

³¹⁰ Voir : <https://www.parlamento.it/parlam/leggi/031311.htm>.

³¹¹ Décision 20/2023, cons. droit n° 4.

³¹² Décisions 247 et 199/2018, 14 et 106/2017, 78/2011 de la CCI.

³¹³ Décisions 266/2016, 227/2015, 110/2014 de la CCI.

³¹⁴ Décision 20/2023 de la CCI.

³¹⁵ Cf. *La Costituzione italiana, Commento articolo per articolo, op. cit.*, p. 383.

législatives qui recouvrent une portée plus politique que juridique.

Sur ce point, il faut observer que les décisions ont une base juridique, qui est représentée par les conclusions du PIC de Bonn. Toutefois, cette base juridique s'avère atypique et énigmatique au niveau juridique, dans la mesure où elle ne figure pas dans les Accords de Dayton. La légitimité des pouvoirs de Bonn vient de la Conférence de Londres de 1995, qui a créé ce nouvel organe chargé de donner des directives au Haut représentant et, donc, de le doter de pouvoirs ne figurant pas expressément dans les Accords de Dayton. En plus de cela, se pose la question de la légitimité des pouvoirs de Bonn au regard de l'annexe 10, car, comme on a pu le relever, l'opération interprétative qui a été réalisée dans la ville allemande n'est pas si escomptée, au regard de la rédaction des textes.

Même en admettant la validité de la base légale des pouvoirs de Bonn, force est de constater qu'une décision juridique ne se base pas seulement sur une base légale qui, bien entendu, constitue une étape indispensable. La motivation constitue un autre élément inéliminable, car, comme l'affirme, à juste titre, Chaim Perelman, c'est la motivation qui constitue la frontière entre une décision démocratique et une décision autoritaire, dans la mesure où « le droit autoritaire [est] celui qui s'impose par le respect et la majesté, [donc] il n'a guère à motiver », alors qu'un droit démocratique est celui qui « doit rechercher par la motivation une adhésion raisonnée »³¹⁶.

De ce point de vue, les décisions substitutives du Haut représentant s'apparentent à cette deuxième

catégorie, car au-delà des apparences, il s'agit de décisions motivées en trompe-l'œil. Formellement parlant, la structure des décisions s'apparente à celles des décisions du Conseil constitutionnel VU-CON.-DIS. (vu, considérant, dispositif). Tout d'abord, sont évoqués initialement les textes de références³¹⁷ sur la base desquels le Haut représentant rend sa décision, présentés sous la mention anglaise, langue officielle de l'OHR, du « *in the exercise of the powers [...]* », du « *Recalling* » et « *Further recalling* ». Ensuite, s'ajoute une série de pseudo-motivations qui mélangent à la fois plusieurs actes juridiques internes et externes, en rappelant, par exemple, des décisions de la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine, des décisions du PIC, des résolutions du Conseil de sécurité ou encore des rapports de la Commission européenne, mais aussi d'autres aspects plus factuels, car, souvent, le Haut représentant justifie sa décision au motif qu'il déplore certains événements ou en raison d'une situation institutionnelle de paralysie.

Enfin, au regard des motivations apportées par le Haut représentant, l'ultime partie de la décision est constituée par le dispositif qui contient d'abord les modalités relatives à l'entrée en vigueur du texte législatif, selon la formule « la loi qui suit et qui fait partie intégrante de la présente décision entre en vigueur dans les conditions prévues à l'article [...] », en ajoutant ensuite sa portée transitoire, car « elle restera en vigueur tant que... n'approuvera pas la présente loi en bonne et due forme, sans modifications et sans conditions »³¹⁸, avec le rajout à la fin du

³¹⁶ C. Perelman, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in C. Perelman, P. Foirier (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 425.

³¹⁷ Il s'agit respectivement de l'article V et de l'article II, 1, (d) de l'annexe 10 des Accords de Dayton, du paragraphe XI.2 des conclusions du PIC de Bonn. Dans ce sens, l'ensemble des décisions rendues par l'OHR. À titre d'exemple, voir :

<https://www.ohr.int/decision-enacting-the-law-on-supplement-to-the-law-on-principles-of-local-self-government-in-the-federation-of-bosnia-and-herzegovina-4/>.

³¹⁸ À titre d'exemple, voir la décision du 04/27/2023 de l'OHR : <https://www.ohr.int/decision-on-enacting-the-law-on-amendment-to-the-criminal-code-of-republika-srpska/>.

texte de la loi en question du Haut représentant.

Cette structure intervient *mutatis mutandis* dans d'autres cas de décisions substitutives qui peuvent concerner des situations où le Haut représentant impose la loi au Parlement (décisions substitutives impositives), lorsqu'il abroge une loi votée par le Parlement (décisions substitutives abrogatives), ou s'il suspend la procédure législative d'une loi votée par le Parlement (décisions substitutives suspensives).

La structure est assez similaire dans le cas des décisions *ad hoc*.

Dans un premier temps, sont évoqués les textes de référence, ensuite une série de motivations synthétiques sous forme de considérants, le dispositif et, enfin, de manière plus détaillée, les explications du Haut représentant le conduisant à cette décision, par laquelle il prononce la destitution ou la suspension de certaines personnes sur la base de la lettre c) du paragraphe XI des conclusions du PIC de Bonn. Il peut, dans un second temps, révoquer la décision lorsque ne sont plus réunies les conditions l'ayant amené à la prononcer.

Au regard de tous ces aspects, il est possible de constater qu'en dépit de la motivation et de la structure des décisions, il s'agit de décisions hautement politiques. S'agissant des décisions substitutives, en dépit de la motivation utilisée, qui mélange aussi des aspects non purement juridiques, force est de constater que le Haut représentant dispose d'un pouvoir gigantesque, car il a la possibilité d'imposer carrément une loi toute entière au Parlement national ou des deux entités composant la Bosnie-Herzégovine (*Republika Srpska, Fédération de la Bosnie-Herzégovine*) et même d'imposer une révision constitutionnelle au niveau fédéral³¹⁹ ! Tout ceci, sans qu'aucun

recours puisse être exercé à leur égard, ce qui a une portée considérable, car il s'agit de vérifier l'absence d'abus de pouvoir de la part du Haut représentant, aussi bien pour les décisions substitutives que pour les décisions *ad hoc*.

Il s'agit là sans doute d'un des points les plus significatifs au niveau de l'utilisation des pouvoirs de Bonn, qui est directement lié à celui de la légitimité du Haut représentant, mais aussi à la mise en œuvre d'« un paradis normatif » au sein de la Bosnie-Herzégovine, ce qui ne devait pas être le cas au moment de l'élaboration de ces pouvoirs. Désormais, comme on peut le lire sans équivoque sur le site de l'OHR, « parmi les étapes les plus importantes du processus de mise en œuvre de la paix figur[e] la conférence PIC à Bonn de décembre 1997 », lui permettant de « démettre de leurs fonctions les fonctionnaires qui violent les engagements de paix de Dayton » et « d'imposer les lois qu'il juge appropriées si les organes législatifs de la Bosnie-Herzégovine ne le font pas »³²⁰. Ces pouvoirs devaient toutefois s'accompagner de remèdes juridiques qui ne furent *in fine* pas retenus³²¹.

Une telle situation ne devait pas constituer un problème pouvant être sacrifié purement et simplement sur l'hôtel de la mission de *peace-building* et présenté comme motif d'intérêt général permettant de tout justifier. Il est vrai que les pouvoirs attribués au Haut représentant ont été « bénéfiques [pour le pays] », car « sans ceux-ci, la Bosnie-Herzégovine n'aurait pas pu réaliser certains objectifs ». Cette opinion est partagée non seulement par « les représentants de la communauté internationale, mais aussi par les autorités nationales »³²². Ces avancées ne peuvent toutefois pas effacer les problèmes que pose l'exercice de ces pouvoirs, qui constituent une triade fatale en raison des

³¹⁹ Dans ce sens, voir la décision du 04/27/2023 : <https://www.ohr.int/decision-unblocking-the-appointment-of-the-government-of-the-federation-of-bosnia-and-herzegovina/>.

³²⁰ Voir : <https://www.ohr.int/about-ohr/mandate/>.

³²¹ C. Schwarz-Schilling, *Personal interview*, Germany, 23 August 2012.

³²² Cf. Venice Commission, *op. cit.*

critiques formulées en termes de légitimité démocratique, d'atteinte à la souveraineté parlementaire et au niveau juridique.

Concernant le premier aspect, c'est la Commission de Venise qui s'y est prononcée suite à la résolution 1384 « Renforcement des institutions démocratiques en Bosnie-Herzégovine » par laquelle l'Assemblée du Conseil de l'Europe lui a demandé de rendre un avis pour savoir « dans quelles mesures ces pratiques sont conformes aux principes fondamentaux du Conseil de l'Europe, notamment avec la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », et, plus précisément, « de procéder à une évaluation complète de la conformité de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine avec la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] »³²³.

Les constats faits par la Commission de Venise à cet effet, en 2005, ont été clairs et tranchants. Si la Commission soulignait l'utilité de ces pouvoirs pour réformer le pays, la légitimité démocratique du Haut représentant ne pouvait, par ce simple aspect, être régularisée *sic et simpliciter*, dans la mesure où « il n'est assurément pas normal qu'un étranger non élu exerce de tels pouvoirs dans un État membre du Conseil de l'Europe [...] »³²⁴. Les propos de la Commission faisaient preuve de pragmatisme, au regard de certains aspects concernant le droit constitutionnel institutionnel national et, plus précisément, de la procédure législative, témoignant d'un véritable déficit en termes d'efficacité, car « la procédure législative en Bosnie-Herzégovine est excessivement alambiquée et offre beaucoup trop de possibilités de bloquer l'adoption de la législation »³²⁵.

Une analyse du droit positif permet, effectivement, de partager ces propos.

La fonction législative est exercée par un Parlement composé de deux chambres : Chambre des représentants et Chambre des peuples. La première a la fonction de représenter la répartition du pays en deux entités (Fédération de la Bosnie-Herzégovine – FBiH, Republika Srpska – RS, art. 1 alinéa 3 de la Constitution), en prenant en compte le critère géographique, qui accorde la majorité du territoire à la FBiH (51 % contre 49 % de la RS). La seconde, composée de quinze membres (dix représentants à un nombre égalitaire entre Bosniaques et Croates de la FBiH, et cinq de la RS) a une fonction de représentation égalitaire de chaque ethnie.

Cette seconde chambre partage les compétences législatives avec la première³²⁶, mais exerce aussi une fonction de préservation des équilibres entre les entités qui composent le pays. Son fonctionnement prévoit un système de quorum très complexe se différenciant sensiblement de la simplicité des dispositions constitutionnelles se référant à la Chambre des représentants, qui prévoient que : « Toute décision dans les deux chambres est prise à la majorité des députés présents et participant au vote »³²⁷. Pour la validité des délibérations, 1/3 des votes des membres appartenant à chaque entité du pays doivent être réunis. Lorsque le seuil n'est pas atteint, est convoquée une commission chargée de trouver un compromis pour approuver le texte dans les trois jours qui suivent. En cas d'échec, un nouveau scrutin est organisé dans cette chambre, où est requise la majorité simple, mais l'adoption du texte est valable seulement si les votes contraires ne comprennent pas 2/3 ou plus des membres d'une entité.

³²³ *Id.*, p. 2.

³²⁴ *Id.*, p. 21, c'est nous qui soulignons.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ Article IV, alinéa 3 lettre c) de la Constitution de la BiH.

³²⁷ Article IV, alinéa 3 lettre d) de la Constitution de la BiH.

On constate alors la présence d'une commission mixte paritaire interne ou monocamérale, car englobant seulement les membres de la Chambre des peuples, qui cohabite avec la commission mixte paritaire bicamérale. Celle-ci, formée de six membres – trois pour chaque chambre –, se réunit lorsque surgit un différend législatif entre les deux chambres sur un texte et est chargée d'élaborer un texte de compromis soumis ensuite au vote des deux chambres qui, en cas d'échec, est considéré comme définitivement rejeté.

En plus de cette procédure législative égalitaire, qui consacre l'existence au niveau institutionnel d'un bicamérisme ethnique égalitaire, la Chambre des peuples exerce un pouvoir d'équilibre entre les entités, car une proposition de loi peut être déclarée contraire aux intérêts vitaux des entités³²⁸ bosniaques, serbes et croates par un vote exprimé à la majorité des membres de l'ethnie de référence. Dans ce cas, le Président de la Chambre des peuples convoque une commission spéciale, qui se compose des membres représentant chaque ethnie, chargée de trouver un compromis³²⁹. En cas d'échec, dans les cinq jours suivants, la question est soumise par le Président de la Chambre des peuples à la Cour constitutionnelle qui se prononce en la matière, entraînant entre-temps une suspension du débat parlementaire en cours³³⁰. Sur ce point, non seulement cette procédure « implique un risque sérieux de blocage », car elle fait l'objet d'une « utilisation préventive » par les parlementaires qui utilisent cette clause

pour éviter toute forme de compromis et maintenir des positions intransigeantes, mais la Constitution en soi-même ne définit pas ces intérêts vitaux qui sont ainsi remis à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle³³¹.

Par rapport à l'ensemble de ces aspects, on peut donc comprendre les propos de la Commission de Venise quant aux pouvoirs du Haut représentant, mettant bien en exergue les difficultés d'ordre institutionnel qui peuvent faciliter l'émergence d'attitudes obstructionnistes, pouvant être fatales pour l'éventuel succès de la procédure législative. Non seulement la Bosnie-Herzégovine est souvent citée comme un des rares pays ayant encore un bicamérisme égalitaire, avec l'Italie, sur le continent européen³³², mais ce dernier constitue un cas *ad unicum* car le pouvoir dont dispose la Chambre des peuples, un contrôle avec effet suspensif sur le débat parlementaire *in itinere*, attribue à cette chambre un pouvoir asymétrique, ce qui ne permet pas de parler simplement d'un bicamérisme égalitaire, mais plutôt d'un bicamérisme ethnique égalitaire asymétrique³³³.

Malgré l'ensemble de ces aspects, mettant bien en relief les dysfonctionnements propres au droit constitutionnel de Bosnie-Herzégovine, les questions touchant à la légitimité du Haut représentant restaient toujours, ainsi que les problèmes inhérents à sa responsabilité politique, car la pratique devait démontrer une certaine flexibilité, témoignant de la présence de conventions politiques

³²⁸ Article IV, alinéa 3, lettre e) de la Constitution.

³²⁹ A. Evangelisti, « Le Parlement italien : l'exemple d'un bicamérisme plus que parfait sans équivalent », *Revue Civitas Europa*, n° 46, 2021, p. 259-307, cit. p. 283-284.

³³⁰ Article 162 of the Rules of Procedure of the Chamber of Peoples: <http://www.ustavnisud.ba/osnovni-akti/pravila-suda/drugi-dio/?title=uvod&submenu=true>.

³³¹ La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en la matière demeure très limitée (deux décisions, U-2/04, U-2/08). Ainsi a émergé un catalogue d'intérêts vitaux en incluant : la dignité humaine, la liberté religieuse, le

respect de l'identité culturelle et des identités présentes dans le pays, la confiance dans le social et dans les institutions politiques qui mettent en œuvre la participation sociale (décision U-2/04, VI Merits, § 31). D'autre part, la Cour a dégagé aussi un principe plus général, à propos de la protection des intérêts vitaux, précisant que ces derniers doivent garantir la protection des droits individuels et des droits des groupes minoritaires.

³³² A. Apostoli, M. Gorlani, S. Troilo, *La Costituzione in movimento*, Torino, Giappichelli editore, 2016, p. 469, cit. p. 76.

³³³ A. Evangelisti, *op. cit.*, p. 285.

internationales plutôt que de coutumes internationales qui, à l'instar de ce qui passe en droit constitutionnel, peuvent être adaptées en fonction de la contingence.

Si on s'en tient à ce que nous avons dit précédemment, au regard des Accords de Dayton (annexe 10) et de la Conférence de Londres de 1995, il est possible de concevoir un système de responsabilité du Haut représentant, prévoyant une double investiture (nomination par le PIC, validation par le Conseil de sécurité de l'ONU). Cependant la pratique permet d'observer des aménagements par rapport à cette procédure, comme en témoigne la nomination, en 2021, de l'actuel Haut représentant, Christian Schmidt. La procédure de sa désignation par l'organe exécutif du PIC (*Steering Board*) fut en effet contestée en Conseil de sécurité.

Certains membres ont invoqué un vice de forme dans la procédure. Plus précisément, le grief soulevé par le représentant de la Fédération russe tournait autour du fait que le nom proposé du Haut représentant par l'organe du PIC aurait dû être entériné par le vote d'une résolution du Conseil de sécurité, alors que d'autres États trouvaient la procédure suivie parfaitement légale, à l'instar de l'Angleterre, soutenant qu'« aucune règle juridique ne prévoit que le Conseil se prononce pour approuver cette nomination »³³⁴.

Cet épisode s'avère important, car il s'agissait de déterminer en d'autres termes si le dernier mot dans la nomination appartenait au *Steering Board* du PIC, devenant ainsi à la fois organe de proposition et de validation, ou s'il revenait au Conseil de sécurité, selon la logique précitée de la double investiture. Le choix final pencha en faveur de la première solution, car le Conseil de sécurité n'émit

aucun vote, alors que certains États avaient pourtant souligné, lors de ce débat, l'émergence de cette pratique (Saint-Vincent-et-les Grenadines, Niger, Kenya, Chine)³³⁵.

Si cette situation permet, en termes de droit international, d'affirmer l'absence de l'émergence d'une véritable coutume quant à la procédure de nomination du Haut représentant, cette dernière ne recueillant pas l'adhésion d'un nombre significatif d'États de la communauté internationale (est-ce que la CIJ aurait-elle pu certifier l'existence, évitant qu'elle se réduise à une simple convention ou pratique ?), en même temps, l'absence de vote par le Conseil de sécurité ne peut être écartée si facilement comme étant une procédure supplémentaire, mais non nécessaire.

Sur ce point, si le *Steering Board* s'était prononcé par un vote quant à la nomination du Haut représentant et que l'unanimité n'était pas requise en son sein, il faut observer que les Accords de Dayton ne mentionnent jamais le PIC, qui se situe dans un cadre *extra legem* puisqu'il a été mis en place *a posteriori* des négociations, qui se sont tenues dans la base militaire américaine. Pourtant, les Accords de Dayton se réfèrent au Conseil de sécurité, car ils prévoient « compte tenu de la complexité des problèmes à résoudre, que les parties demandent la désignation d'un Haut représentant qui sera nommé conformément aux résolutions du Conseil de sécurité [...] »³³⁶. Comment est-il possible alors d'écartier un organe expressément mentionné dans un Traité au profit d'un organe qui ne l'est même pas, alors qu'un des organes en question (Conseil de sécurité) a des règles de quorum bien différentes et qu'un seul refus d'un membre

³³⁴ Séance de l'après-midi, CS/14568, 29 juin 2021, Bosnie-Herzégovine : la nomination du nouveau Haut représentant divise les membres du Conseil de sécurité : <https://press.un.org/fr/2021/cs14568.doc.htm>.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ C'est nous qui soulignons.

permanent est susceptible de bloquer l'adoption de la résolution ?

Cette question s'avère cruciale, car, déjà *ab initio*, le Haut représentant souffre d'un manque de légitimité et la possibilité d'avoir un vice de forme dans sa nomination s'avère davantage insoutenable par rapport à la latitude des pouvoirs de Bonn qui ne peuvent, en aucun cas, reposer sur des bases légales initiales douteuses, à savoir le fait de ne pas avoir fait voter un organe susceptible de bloquer sa nomination. Certainement, un éclaircissement sur ce point de la CIJ aurait été des plus profitables, afin d'éviter que le respect de la règle *pacta sunt servanda* puisse être seulement remise à la seule volonté des parties.

À ce premier groupe de problèmes, s'ajoute un deuxième, qui a été évoqué précédemment, concernant l'atteinte à la souveraineté parlementaire.

Par rapport à cet aspect, force est de constater que l'adhésion de la Bosnie-Herzégovine, en 2002, au Conseil d'Europe devait rendre insoutenables ces problématiques au regard d'une des missions principales confiées à la Commission de Venise, promouvoir la démocratie par le droit, mais aussi par rapport au contenu de la Convention européenne des droits de l'homme.

En effet, déjà *ab initio*, donc avant l'adhésion de la BIH au Conseil d'Europe, les pouvoirs de Bonn de 1997 posaient des problèmes de constitutionnalité au regard de l'annexe 10, car le Haut représentant devait assumer une fonction de médiateur (article I alinéa 2, article II alinéa 1 lettres c) et d)) et non pas une fonction de législateur subsidiaire et ce, sans que soit prévue *a minima* une procédure de loyale collaboration, permettant d'éviter *in extremis* que les autorités nationales soient remplacées par le Haut représentant.

Sur ce point, il aurait été possible de concevoir des remèdes juridiques, permettant d'éviter que la souveraineté parlementaire puisse être mise en échec par un procédé dont les contours juridiques sont absents. Dans ce cas, il aurait été concevable d'imaginer qu'en présence de la possibilité d'activer les pouvoirs de Bonn par le Haut représentant, celui-ci puisse recourir à une forme d'entente nécessaire à prévoir des formes de tractations pour dépasser ou aplanir d'éventuelles divergences, constituant de véritables obstacles, pour atteindre un accord sur une certaine question³³⁷.

Là encore, rien de tel n'est prévu *a priori* mais, surtout, *a posteriori* de l'activation des pouvoirs de Bonn, ce qui constitue le troisième problème d'ordre juridique. En effet, le recours aux pouvoirs de Bonn soulève deux types d'interrogations, concernant les vices de fond et de forme.

Concernant la première, la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, même si cela ne rentre pas expressément dans ses compétences, a fait appel au principe des pouvoirs implicites plutôt qu'à celui du principe d'attribution, car « légalement, la Cour constitutionnelle [...] veille à la constitutionnalité du contenu de la législation adoptée par le Haut représentant, au même titre qu'à celle adoptée par le Parlement [du pays] »³³⁸.

Néanmoins, aucun contrôle n'est exercé au niveau des vices de forme, car la Cour « ne détermine pas si le Haut représentant a des motifs suffisants pour adopter la législation en lieu et place des organes démocratiquement élus »³³⁹. Cette dernière se limite à valider la légitimité des décisions prises par le Haut représentant en vertu d'affirmations apodictiques : « quelle que soit la nature des pouvoirs conférés à [celui-ci] par l'annexe 10 de l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine, le fait que la loi [...] soit

³³⁷ Voir en ce sens la décision 27/2004 de la CCI, cons. droit n° 2.

³³⁸ Venice Commission, *op. cit.*, p. 22.

³³⁹ *Ibid.*

promulguée par le Haut représentant et non pas par l'Assemblée parlementaire de Bosnie-Herzégovine [ou tout autre autorité] n'affecte en rien la validité de la loi»³⁴⁰. Aucune confrontation n'est faite avec le principe démocratique de la souveraineté du peuple, qui « requiert que la législation soit adoptée par un organe élu par le peuple » et, plus précisément, avec l'article 3 du Protocole n° 1 à la CEDH, qui stipule que « l'Assemblée législative doit être élue par le peuple, droit vidé de sa substance si la législation est adoptée par un autre organe »³⁴¹, ou alors avec des affirmations essayant de justifier les pouvoirs de Bonn par le recours à l'histoire.

Compte tenu de la situation générale en Bosnie-Herzégovine, le statut juridique du Haut représentant, en tant que représentant de la communauté internationale, n'est pas exceptionnel, des fonctions similaires ayant déjà été connues dans d'autres pays, dans des circonstances politiques particulières. Des exemples pertinents sont les mandats sous le régime de la Société des Nations et, à certains égards, l'Allemagne et l'Autriche après la Seconde Guerre mondiale. Bien que reconnus comme souverains, les États respectifs étaient soumis à une supervision internationale et les autorités étrangères agissaient dans ces pays au nom de la communauté internationale, se substituant aux autorités nationales. Les actes adoptés par les autorités internationales étaient souvent promulgués « au nom des États sous contrôle »³⁴², sans se soucier de la pertinence de la comparaison en question au regard de la situation actuelle du pays.

Ce même discours s'observe dans d'autres décisions³⁴³, ce qui témoigne de l'exercice d'une justice constitutionnelle

« au rabais »³⁴⁴ et plus largement, d'une « Constitution maltraitée » par la Cour constitutionnelle de la BIH, signe d'une justice constitutionnelle encore en voie de construction. En effet, le fait d'insister sur un contrôle de constitutionnalité de fond et non pas de forme n'est pas suffisant pour régulariser la situation, car les deux concepts sont interdépendants et indissociables l'un de l'autre. En plus, la grande latitude des pouvoirs accordée au Haut représentant dans l'exercice des pouvoirs de Bonn exige un contrôle tendant à vérifier que les conditions pour y recourir sont réunies. Sans ce contrôle, les conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale dans le pays sont définitivement compromises, à savoir son bon exercice, son émergence, son altération, son annulation et sa réduction.

Enfin, l'attitude du juge constitutionnel de la BIH s'avère non seulement insoutenable, mais est critiquable en termes de logique jurisprudentielle. La Cour aurait très bien pu se déclarer incompétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois approuvées par le Haut représentant, en se basant sur une stricte interprétation de l'article VI de la Constitution. Tel n'a pas été le cas, ce qui permet d'observer qu'elle a interprété extensivement sa mission, au-delà de ce qui avait été établi à Dayton. De ce fait, elle aurait dû poursuivre logiquement dans ce sillon, car une fois admise, la possibilité d'exercer un contrôle de constitutionnalité sur les lois approuvées par le Haut représentant, il est aussi indispensable de vérifier si les conditions pour que ce dernier puisse agir en guise de législateur soient réunies. Non seulement ce contrôle est indispensable pour vérifier qu'un organe qui n'est pas officiellement

³⁴⁰ Dans ce sens, voir la décision du Haut représentant du 07/01/2023 OHR, Decision Preventing the Entry into Force of the Law on Amendments to the Law on Publication of Laws and Other Regulations of Republika Srpska : <https://www.ohr.int/decision-preventing-the-entry-into-force-of-the-law-on-amendments-to-the-law-on-publication-of-laws-and-other-regulations-of-republika-srpska/>.

³⁴¹ Venice Commission, *op. cit.*

³⁴² Décision U-9/00 du 3 novembre 2000 de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine.

³⁴³ À titre d'exemple, voir les décisions : U16/00 of 2 February 2001, U 25/00 of 23 March 2001 and U 26/01 of 28 September 2001.

³⁴⁴ L. Fontaine, *La Constitution maltraitée*, Paris, Éditions Amsterdam, 2023, p. 269, cit. p. 131.

législateur ne se substitue illicitement à un organe qui l'est officiellement, mais avant même de procéder à un contrôle de constitutionnalité au fond d'une loi, il est indispensable de procéder à un contrôle de constitutionnalité de forme, car il n'y a pas de sens à contrôler le fond si la forme n'y est pas.

Une chose est certaine : s'il est indispensable qu'une telle situation puisse changer et que l'action du Haut représentant soit plus contrôlée au niveau juridique, force est de constater que, souvent, le modèle apporté par d'autres juridictions, devant faire preuve d'une majeure maturité constitutionnelle, s'avère souvent négatif et décevant. De plus, il serait logique d'imaginer que des évolutions constitutionnelles puissent voir le jour en raison du fait que le pays fait partie du Conseil d'Europe. Là encore, le modèle apporté par d'autres pays risque de constituer un anti-modèle. Après tout, il devient véritablement difficile, au niveau de la réalité française, par exemple, de donner au monde des leçons de droit et de démocratie alors que, souvent, ce pays est le premier à être censuré par la Cour EDH et, au lieu de remédier aux problèmes relevés, persiste dans ses erreurs, avec l'aval de certains qui, nommés au Conseil constitutionnel, interrogés quant aux éventuelles condamnations par les juges strasbourgeois à l'endroit de la France répondaient tout simplement « On payera pas »³⁴⁵. Ainsi, face à cette situation, existante dans d'autres pays membres du Conseil d'Europe également, il est possible d'utiliser la célèbre synecdoque évangélique de la paille et de la poutre : « Car on vous jugera du jugement dont vous jugez, et l'on vous mesurera avec la mesure dont vous mesurez. Pourquoi vois-tu la paille qui est dans l'œil de ton frère, et n'aperçois-tu pas la poutre qui est dans ton

œil ? Ou comment peux-tu dire à ton frère : laisse-moi ôter une paille de ton œil, toi qui as une poutre dans le tien ? Hypocrite, enlève premièrement la poutre de ton œil, et alors tu verras comment retirer la paille de l'œil de ton frère »³⁴⁶.

B – L'activisme ou la retenue dans l'utilisation des pouvoirs de Bonn

Par rapport aux problématiques précitées, concernant le cadre légal très large dans lequel agit le Haut représentant, les pouvoirs de Bonn ne constituent, ni plus ni moins, des pouvoirs d'urgence, dont le fondement est externe à la Constitution. Ils ont été adoptés en 1997 sans qu'intervienne entre-temps une révision constitutionnelle pour intégrer cet aspect dans l'annexe 4 des Accords de Dayton. Il s'agit donc, dans une certaine mesure, d'un genre d'article 16 non constitutionnalisé de la Constitution française, tel que celui existant avant la révision de 2008. Ainsi, on pourrait affirmer que les pouvoirs de Bonn de 1997 constituent, dans une logique propre au droit constitutionnel français, un super article 16 renforcé.

En effet, il est possible d'observer que les pouvoirs de Bonn interviennent dans des cas d'urgence, « des mesures provisoires devant prendre effet lorsque les parties ne parviennent pas à un accord [...] », « d'autres mesures pour assurer la mise en œuvre de l'Accord de paix de la Bosnie-Herzégovine et ses entités, ainsi que le bon fonctionnement des établissements communs », de manière similaire, *mutatis mutandis* à ce que prévoit l'article 16 alinéa 1 de la Constitution française, « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont

³⁴⁵ C'est A.-M. Le Pourhiet qui évoque cette anecdote par rapport à une réponse fournie par Michel Charras avant d'être nommé au Conseil constitutionnel dans *Dialogue des juges ou guerre des*

juges en Europe : <https://www.youtube.com/watch?v=OG1h2RFF1fk&t=2156s>.

³⁴⁶ Cf. Mathieu, 7, 2-5.

menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances [...]»³⁴⁷.

En outre, il est possible d'affirmer que, dans sa rédaction initiale, avant la révision de 2008, l'article 16 prévoyait un certain abus dans son utilisation. Dans les années 1960, « spécialement à la suite de l'unique mise en œuvre des pouvoirs spéciaux du Président de la République »³⁴⁸, si « les conditions étaient réunies le 22 avril 1961 pour que l'article 16 soit enclenché », en même temps, « le maintien des pouvoirs exceptionnels au profit du Général de Gaulle jusqu'au 29 septembre », soit plus de cinq mois, alors que « le péril avait été conjuré en quelques jours »³⁴⁹, posaient des problèmes au niveau juridique. En effet, l'article 16 permettait de vérifier si les conditions étaient réunies *a priori* de l'activation de pouvoirs spéciaux, en raison de la partie finale de l'alinéa 2 du même article, prévoyant que « Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet [par rapport aux mesures prises par le Président de la République] », postulant par ce fait l'obligation pour le Président « avant l'adoption de [ces mesures], de consulter le Conseil constitutionnel [...] »³⁵⁰. En même temps, il « ne prévo [yait] aucun terme automatique à sa mise en application »³⁵¹ et aucun mécanisme n'était prévu pour s'assurer *a posteriori* que les conditions étaient toujours réunies pour maintenir en place les pouvoirs prévus par l'article 16.

En conséquence, si la procédure prévue par l'article 16 soulevait, déjà *ab initio*, bon nombre de problèmes, car pouvant se prêter à une utilisation abusive, en accordant au Président « une

concentration de pouvoirs qui écarte le Parlement de sa fonction »³⁵² constitutionnelle, les pouvoirs de Bonn présents en Bosnie-Herzégovine constituent un véritable abus du droit international sur le droit constitutionnel. Or, aucun mécanisme juridique n'est prévu, ni *a priori*, ni *a posteriori* de leur activation.

Ces éléments permettent alors de mieux identifier les pouvoirs conférés depuis 1997 au Haut représentant et d'affirmer qu'il s'agit, purement et simplement, d'un parent pauvre de l'ancien article 16. Par la révision constitutionnelle de 2008, certaines lacunes ont pu être comblées, avec l'introduction d'un contrôle facultatif à la demande des mêmes autorités pouvant saisir le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori*, après 30 jours d'activation des pouvoirs prévus par l'article 16, et un contrôle systématique à partir de 60 jours (dernier alinéa de l'article 16 issu de la révision de 2008). Un ensemble d'aspects absents dans le cas de la Bosnie-Herzégovine, alors que la Constitution de ce pays prévoit un contrôle *a priori* de constitutionnalité, activable à la demande des parlementaires (article VI, alinéa 3, lettre a)). Un élément de plus qui militerait en faveur de cette intervention.

Une chose est certaine, au regard de l'analogie qui peut être faite entre les pouvoirs de Bonn et l'article 16 : si on peut partager les propos des parlementaires français, rédigeant le rapport sénatorial de 2005, affirmant que « Ces pouvoirs peuvent être qualifiés de pouvoirs d'urgence. Or, de par leur même nature, les pouvoirs d'urgence doivent prendre fin en même temps que la situation d'urgence qui a initialement justifié le recours à ces pouvoirs »³⁵³, la référence qui est faite à l'article 16 avant la révision de 2008 pour

³⁴⁷ Article 16, alinéa 1 de la Constitution.

³⁴⁸ F. Saint-Bonnet, « Article 16 », in F. Luchaire, G. Conac, X. Pretot (dir.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 3^e éd., 2008, p. 525-544.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ *Id.*, p. 535.

³⁵¹ *Id.*, p. 534.

³⁵² *Id.*, p. 530.

³⁵³ Rapport d'information du Sénat n° 367, *op. cit.*, p. 22.

résoudre les problèmes touchant à l'exercice des pouvoirs de Bonn questionne. En effet, il ne s'agissait pas d'un modèle exempt de critiques dans l'utilisation, surtout par rapport à l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel dans la célèbre décision n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961, permettant au Président de la République d'utiliser abusivement l'article 11 pour réviser la Constitution au lieu de l'article 89 et témoignant, par ce fait, de sa basse considération de la justice constitutionnelle, en raison de son attitude de « chien de garde de l'exécutif », plutôt que de gardien et défenseur de la Constitution.

L'absence d'un contrôle légal dans l'utilisation des pouvoirs de Bonn a l'effet de valoriser au maximum le rôle exercé par le Haut représentant et, plus précisément, par les huit personnes qui ont occupé ce poste depuis sa création en 1995. Les pouvoirs conférés ont impliqué une modification au niveau de la gouvernance. Initialement, il devait s'agir de pouvoirs temporaires, mais à compter de 1997, l'institution est devenue partie intégrante du système politique.

La fusion qui devait se réaliser entre les pouvoirs de Bonn et les missions accordées par l'annexe 10 donne lieu à une sorte de cohabitation qui permet d'entrevoir les deux visages et pouvoirs ambivalents du Haut représentant, à la fois médiateur et décideur. En tant qu'acteur du système politique, il est remis à son exclusive appréciation, dans la mesure où, juridiquement, il « n'y a aucun mécanisme permettant de rendre responsable le Haut représentant pour ses décisions » et qu'« aucune règle de procédure [n'est prévue] pour rendre de telles décisions »³⁵⁴, si ce n'est celles qu'il s'auto-impose.

Mis à part le premier Haut représentant de la Bosnie-Herzégovine, Carl Bildt (1995-1997), en raison de l'absence des pouvoirs de Bonn et donc d'un Haut représentant

agissant activement sur le terrain, l'analyse doit se focaliser sur ses successeurs pour mieux cerner leurs différentes attitudes dans l'exercice de leur mandat.

Ainsi, le mandat du deuxième Haut représentant, Carlos Westendorp (1997-1999), revêt une importance capitale, car il s'agit du premier Haut représentant qui « a introduit un nouvel instrument dans les relations de la communauté internationale avec la politique locale »³⁵⁵, après avoir fait une mise en garde pendant l'été 1997, anticipant l'éventuelle création des pouvoirs de Bonn. Plus précisément, lors d'une interview, il annonçait que « Certaines propositions ont été acceptées, alors que d'autres font l'objet d'obstruction politique », tout en ajoutant que « la question est de savoir si ces solutions dureront une fois que nous partirons » et précisant *in fine* que « Toutefois, si la situation actuelle ne s'améliore pas radicalement dans les quatre ou cinq prochains mois, je demanderai à la communauté internationale de renforcer le mandat du Haut représentant »³⁵⁶.

L'introduction de ces pouvoirs a été faite en réponse à l'inertie des autorités nationales de la Bosnie-Herzégovine, mais s'appuyait aussi sur des précédents historiques, servant de justification qui, similairement à ce qui a été relevé précédemment dans la décision de la Cour constitutionnelle de la BIH, devaient justifier un déclasserement des exigences démocratiques en faveur des exigences du maintien et de la consolidation de la paix.

C'est ainsi que les exemples apportés par l'Allemagne, le Japon durant la Seconde Guerre mondiale, mais aussi le Mozambique, El Salvador étaient sciemment utilisés pour justifier une gouvernance externe sur la gouvernance interne, car « il y a eu de nombreux cas ces derniers temps où il a été nécessaire d'aider un pays à passer de la guerre [...] à

³⁵⁴ A. Merdzanovic, *op. cit.*, p. 183.

³⁵⁵ *Id.*, p. 246.

³⁵⁶ Carlos Westendorp, Personal Interview, *Dnevni Avaz*, 19 August 1997, p. 5.

la pleine démocratie. Dans ces circonstances et pour une durée limitée, il est parfois nécessaire de faire passer la démocratie au second plan, derrière l'impératif de mettre fin au conflit et de créer les institutions de justice et de bonne gouvernance dont dépend la démocratie »³⁵⁷.

Un discours s'appuyant, voire se réfugiant dans l'histoire, sans prendre en compte le fait que l'introduction des pouvoirs de Bonn se différenciait des exemples donnés, dans la mesure où ceux-ci concernaient des pays qui n'avaient pas encore commencé leur chemin vers la démocratie, alors que la Bosnie-Herzégovine, en 1997, avait bel et bien entamé sa marche démocratique. Tout ceci était attesté non seulement par l'approbation des Accords de Dayton deux ans auparavant, mais aussi par le fait qu'après cette approbation, elle possédait un gouvernement démocratiquement élu après les élections qui s'étaient tenues en 1996.

En effet, l'introduction des pouvoirs de Bonn aurait été différente si elle avait eu lieu en 1995, lors des négociations à Dayton. Dans ce cas, le recours à ces pouvoirs aurait été justifié, dans la mesure où ils auraient constitué une norme transitoire destinée à régir le fonctionnement du pays dans l'attente que les institutions démocratiques commencent à fonctionner, à l'instar de ce qui s'était passé au Cambodge avec les Accords de Paris de 1991. L'introduction en 1997 des pouvoirs de Bonn se situait dans un tout autre contexte et devait contribuer ainsi à changer « les caractéristiques de l'ensemble du système »³⁵⁸ construit à Dayton. Il ne s'est donc pas agi d'une « étape logique dans un certain processus » inspiré par un lien de causalité directe « mais plutôt [de sa] rupture »³⁵⁹.

Le système mis en place par les Accords de paix au niveau constitutionnel crée une « démocratie consociative imposée ». Il a été amendé à seulement deux ans d'écart, en profitant du rôle important qu'une présence externe était en mesure d'exercer à l'intérieur du pays et sans passer par la voie établie par l'article X de la Constitution. Il est souvent affirmé que les pouvoirs de Bonn peuvent impliquer aussi des révisions des Constitutions des deux entités du pays, mais pas des révisions de la Constitution fédérale issue des Accords de Dayton³⁶⁰. Cette dernière limitation à l'utilisation des pouvoirs de Bonn par le Haut représentant questionne. L'introduction des pouvoirs de Bonn ne risque-t-elle pas de dépasser les limites inhérentes à l'interprétation par rapport à ce que prévoit l'annexe 10 ? Il serait possible de rétorquer que la procédure prévue par l'article X de la Constitution ne s'applique que pour réviser les articles contenus dans l'annexe 4 des Accords de Dayton et ne vise pas les autres annexes. Cependant, compte tenu de l'impact des pouvoirs de Bonn sur le système institutionnel et sur le droit constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine, ne faudrait-il pas considérer que les pouvoirs de Bonn, bien qu'ayant trait à des fonctions d'un organe contenu dans un autre annexe, rentrent dans le droit constitutionnel, en raison de leur influence déterminante sur le système institutionnel, et qu'ils n'échappent pas à l'emprise d'une procédure de révision constitutionnelle intégrative ?

Au-delà de ces questionnements, une chose est certaine : non seulement l'introduction des pouvoirs de Bonn devait avoir un impact considérable, mais surtout l'absence de mécanismes légaux à leur égard, qui auraient permis, selon Schwarzschilding, futur 4^e Haut représentant, de

³⁵⁷ P. Ashdown, *Swords and Ploughshares*, op. cit., p. 19.

³⁵⁸ A. Merdzanovic, op. cit., p. 256.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ L. De Perrot, op. cit.

« distinguer la Bosnie-Herzégovine d'une administration coloniale »³⁶¹.

Une fois créés, les pouvoirs de Bonn furent aussitôt utilisés par Carlos Westendorp. Par rapport à la loi sur la nationalité, c'est ainsi que si une *deadline* avait été initialement retenue pour son approbation finale (avant le 16 décembre 1997), un jour après cette échéance, le Haut représentant décida lui-même d'approuver la loi, en informant les autorités compétentes de sa décision par une simple lettre, mettant bien au clair sa volonté d'utiliser ses nouveaux pouvoirs « Conformément à l'autorité qui m'est conférée par l'annexe 10 de l'Accord de paix et l'article XI du document de Bonn, je décide par la présente décision que la loi sur la citoyenneté de la Bosnie-Herzégovine entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1998, à titre provisoire, jusqu'à ce que l'Assemblée parlementaire adopte la présente loi en bonne et due forme, sans modifications et sans conditions. Le texte de la loi, soumis au Parlement et conformément à l'annexe 10 des documents de Bonn, est joint à la présente et doit également être publié au *Journal officiel* [...]. Je suis décidé à utiliser pleinement mes pouvoirs en vertu de l'annexe 10 de l'Accord de paix de Dayton et de l'article 11 du document de Bonn pour assurer une mise en œuvre efficace et compte pleinement sur votre entière coopération dans cette entreprise »³⁶².

Cette première utilisation des pouvoirs de Bonn devait démontrer les nouveaux pouvoirs du Haut représentant et son attitude vis-à-vis des législateurs nationaux : il pouvait non seulement adopter des lois à la place du Parlement, mais il n'était même pas obligé de justifier son action, sous aucune forme, ce qui constituait véritablement le degré zéro de loyale

collaboration. Le simple « regret » concernant « l'échec de l'adoption de la loi par les deux chambres »³⁶³ du Parlement national suffisait pour adopter sa décision. Commença ainsi une saison caractérisée par un activisme dans l'utilisation des pouvoirs de Bonn, qui furent utilisés soixante-et-onze fois jusqu'à la fin de son mandat, en mai 1999.

À cette phase, s'en est suivie une autre, avec la nomination du 3^e Haut représentant, Wolfgang Petrisch (1999-2002), qui devait se caractériser par une « rupture avec la tradition »³⁶⁴. En effet, M. Westendorp avait un profil plus politique. Il avait été ministre des Affaires étrangères espagnol. L'Autrichien Petrisch était un meilleur connaisseur de la réalité des Balkans, en raison de son expérience comme ambassadeur de l'Autriche à Belgrade (1997-1999), d'envoyé spécial pour la Commission européenne au Kosovo, en 1998, mais aussi de négociateur de l'Union européenne à la Conférence de Rambouillet en mars 1999. Sa conviction reposait sur le fait qu'un des problèmes de la région reposait sur « le manque d'une culture du compromis politique », car « la logique du gagnant-perdant animait la vie politique locale, alors qu'un tel concept de *win-win* simplement n'existe pas »³⁶⁵.

Au regard des opinions exprimées, aurait pu être envisagée une tendance inverse à celle de son prédécesseur, consistant à réduire les pouvoirs de Bonn, sur le fondement de la doctrine de la gouvernance locale. Selon celle-ci, ce sont les autorités bosniennes et non pas le Haut représentant qui doivent prendre leur responsabilité et donc approuver la législation nécessaire *motu proprio*. Cependant, connaissant le contexte, Petrisch était conscient du fait que, dans

³⁶¹ A. Merdzanovic, *op. cit.*

³⁶² Office of the High Representative, Decision on Imposing the law on citizenship of BiH, 16 December 1997 : <https://www.ohr.int/decision-imposing-the-law-on-citizenship-of-bih/>.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ A. Merdzanovic, *op. cit.*, p. 271.

³⁶⁵ C. Solioz and W. Petrisch, « The interview: The fate of Bosnia-Herzegovina: An exclusive interview of Christophe Solioz with Wolfgang Petrisch », *Journal of Southern Europe and the Balkans Online*, vol. 5, n° 3 (2003), p. 357.

certaines circonstances, les compromis n'étaient pas possibles. L'utilisation des pouvoirs de Bonn était donc indispensable lorsqu'il s'agissait de décisions qui « étaient absolument nécessaires, mais qui étaient inaccessibles » en termes de compromis.

On peut constater ainsi une certaine tendance à la retenue dans l'utilisation des pouvoirs de Bonn consistant, d'une part, à favoriser le plus possible le compromis entre les acteurs nationaux et, de l'autre, à circonscrire l'utilisation de ces pouvoirs en fonction de l'importance de la législation. Cette approche témoignait en définitive du fait que les pouvoirs de Bonn n'étaient pas conçus comme des pouvoirs d'imposition, mais des pouvoirs d'assistance et d'une prise de conscience que « chaque fois que les pouvoirs de Bonn étaient utilisés [cela impliquait] *de facto* un désaveu de la conception de la gouvernance locale »³⁶⁶. Au regard de ces aspects, on assistait alors à une utilisation subsidiaire des pouvoirs de Bonn, intervenant uniquement lorsque les politiques n'arrivaient vraiment pas à atteindre un compromis sur un sujet et lorsqu'il s'agissait d'une matière importante.

Cette même attitude devait se retrouver par rapport à une autre prérogative importante prévue par les pouvoirs de Bonn, celle qui lui permettait de prendre « des actions à l'encontre des personnes exerçant des fonctions publiques ou des responsables absents aux réunions sans motif valable, ou que le Haut représentant considère comme violant les engagements juridiques pris en vertu de l'Accord de paix ou des dispositions prises pour sa mise en œuvre » (lettre d) du paragraphe XI du PIC de Bonn), donc d'émettre des sanctions ou suspensions à l'égard des politiques nationaux. Un pouvoir considérable qui le plaçait au cœur de la vie politique, car il pouvait non

seulement imposer des lois, mais aussi prendre des décisions impactant directement la politique nationale.

Là encore, pour limiter l'utilisation de ces pouvoirs, Petrisch élaborait une jurisprudence dans l'utilisation des pouvoirs de Bonn, consistant dans une procédure de *warning* à deux étapes : la personne en question était informée que le Haut représentant doutait de sa conduite, une possibilité d'explication lui était offerte et, *in fine*, celle-ci était invitée à modifier son comportement par l'envoi d'un deuxième *warning* ; si ce dernier était encore ignoré les pouvoirs de Bonn étaient utilisés³⁶⁷.

La nomination du 4^e Haut représentant, Paddy Ashdown (2002-2006) a marqué le retour aux origines. En effet les résultats représentaient la justification principale pour ses actions. C'est ainsi qu'une fois nommé, il énonça son programme devant le Parlement bosnien, donnant lieu à un genre de partenariat entre les autorités locales et l'OHR. L'utilisation des pouvoirs de Bonn était néanmoins conditionnée, s'inspirant d'une logique de *realpolitik*, car elle devait dépendre en dernier ressort de l'acceptation des autorités envers lesquelles elle s'adressait. En effet, Ashdown était convaincu du fait que « si l'une des décisions des pouvoirs de Bonn prise par moi-même ou par mes prédécesseurs avait été rejetée d'emblée par le peuple bosnien ou par leurs politiciens, il n'[y a] aucun moyen pour que la décision pu [iss]e être maintenue [...] [ainsi] le pouvoir lui-même aurait *de facto* disparu du jour au lendemain »³⁶⁸. En suivant cette approche, il s'agissait alors de combler le manque de légitimité démocratique du Haut représentant par une logique de compensation. Selon celle-ci, si la décision prise en vertu des pouvoirs de Bonn était validée par des représentants issus de la souveraineté nationale, le manque de légitimité était ainsi régularisé.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ A. Merdzanovic, *op. cit.*, p. 278.

³⁶⁸ P. Ashdown, *Swords and Ploughshares*, *op. cit.*, p. 219.

Au regard de cette logique, «l'effectivité de la mission du Haut représentant dépendait du support public dont il bénéficiait »³⁶⁹. C'est donc autour de ce concept que devait reposer l'utilisation des pouvoirs de Bonn. Quid alors de son *accountability* vis-à-vis du PIC et, plus précisément, du *Steering Board* qui le choisissait et lui donnait des directives ?

Cette question devait se poser durant le mandat du 5^e Haut représentant, Christian Schwarz-Schilling (2006-2007) qui avait un profil similaire à celui de Wolfgang Petrisch, grand connaisseur du pays et plaidant en faveur d'une vision de la gouvernance locale en fonction de laquelle le Haut représentant ne doit pas décider, mais aider les autorités bosniennes à prendre la décision.

En effet, l'utilisation des pouvoirs de Bonn empêchait de concrétiser une véritable transition démocratique, conduisant le pays de Dayton à Bruxelles, car «il n'est pas possible que le Haut représentant exerce [en même temps] les fonctions propres au législatif, à l'exécutif et au judiciaire, alors que l'Europe prêche en faveur de la séparation des pouvoirs »³⁷⁰. Afin de réduire cette contradiction, il était indispensable de réduire au maximum l'utilisation des pouvoirs de Bonn.

Devant le Parlement, il réaffirmait alors, en mai 2006 : « je suis là pour [vous assister], pour vous conseiller et pour vous défendre. Je ne prendrai aucune décision pour ceux qui n'ont pas le courage de les prendre, telle est la démocratie et le Parlement doit exercer son rôle »³⁷¹. L'utilisation des pouvoirs de Bonn devait toutefois intervenir s'il détectait un danger imminent au niveau démocratique. C'est alors que son rôle principal se réduisait à celui qui entendait favoriser les autorités nationales afin

qu'elles puissent elles-mêmes trouver un compromis sur une certaine thématique. Cette approche devait impliquer un ralentissement de son action et se heurter à la communauté internationale.

Il est alors intéressant de relever que c'est sous ce mandat que se produisit une fracture entre celui-ci et les organes de la communauté internationale, notamment le PIC et le *Steering Board* qui conduisit à la démission, en 2007, de Schwarz-Schilling. Cette situation a révélé un point délicat concernant l'*accountability* du Haut représentant. Si un soutien au niveau interne est, indispensable, afin d'éviter que les décisions internes soient perçues comme de véritables impositions législatives, le soutien externe ne peut non plus être négligé, dans la mesure où le Haut représentant est nommé par des autorités internationales et non pas par les autorités internes de Bosnie-Herzégovine. Certes, un compromis entre les deux exigences serait souhaitable, mais de ce point de vue, la situation présente un problème de légitimité initiale : le Haut représentant est nommé par l'organe exécutif du PIC et par les onze pays qui y sont présents, parmi lesquels ne figure pas la Bosnie-Herzégovine.

L'appui des autorités de la BIH s'avère indispensable. Mais, là encore, on peut soulever un autre problème. L'appui des politiques nationaux est important, mais il n'est pas à lui seul suffisant, car une loi pour être approuvée nécessite une majorité. S'il n'y a pas de majorité, comment une non-majorité peut-elle accorder à un organe qui n'est pas élu le pouvoir d'adopter une loi au lieu et place de l'institution qui représente la souveraineté nationale ? Faudrait-il alors imaginer qu'une majorité, peut-être en raison d'une potentielle

³⁶⁹ A. Merdzanovic, *op. cit.*, p. 296.

³⁷⁰ M. Martens, Schwarz-Schilling nicht ganz freiwilliger Abschied, FAZ.NET, 25 January 2002 : <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/bosnien-hercegovina-schwarz-schillings-nicht-ganz-freiwilliger-abschied-1409649.html>.

³⁷¹ C. Schwarz-Schilling, Speech by the High Representative, Christian Schwarz-Schilling, to the BIH Parliament (Sarajevo, Office of the High Representative, 2006) : http://www.ohr.int/ohr-dept/pressop/pressp/de-faut.asp?content_id=37224.

obstruction, au regard de la procédure législative, puisse voter dans les deux chambres une résolution parlementaire déléguant provisoirement le pouvoir législatif au Haut représentant ?

Le 6^e Haut représentant, Miroslav Lavjčák (2007-2009), devait poursuivre à nouveau la retenue dans l'utilisation des pouvoirs de Bonn, non seulement par l'existence de structures légitimées par le vote populaire, mais aussi par l'adaptation des acteurs politiques à l'utilisation des pouvoirs de Bonn. C'est ainsi que lorsqu'il s'agissait de prendre des décisions complexes, les conduisant à prendre leur responsabilité vis-à-vis de leurs électeurs, l'utilisation des pouvoirs de Bonn par le Haut représentant constitue un formidable outil de déresponsabilisation politique. Or, l'adoption de décisions par ce dernier évite directement aux responsables politiques d'assumer pleinement leur responsabilité pour des lois impopulaires.

Ainsi, l'attitude des politiques peut-elle avoir une double finalité : une attitude législative de collaboration interne, tendant à vouloir approuver une loi sur un certain sujet grâce à l'appui d'autres parlementaires, et une attitude législative de non-collaboration externe, tendant à ne pas vouloir trouver une solution sur une matière sensible et complexe afin de provoquer une décision du Haut représentant.

Il y a donc deux attitudes vis-à-vis des pouvoirs de Bonn : une mise en place physiologique, lorsqu'un compromis parlementaire est impossible, et une mise en place pathologique, lorsque le compromis parlementaire n'est pas recherché, non pas parce qu'il est impossible, mais simplement du fait que les partis n'ont pas un intérêt politique à le trouver. L'utilisation des pouvoirs de Bonn

devait alors se faire toujours par la voie subsidiaire, en s'inspirant de l'attitude de Schwarz-Shilling, « pour protéger les institutions conçues à Dayton et l'intégrité de l'État »³⁷² et, à titre de prévention, pour « protéger les résultats acquis d'un éventuel démantèlement »³⁷³.

En effet, si une similitude pouvait être initialement relevée entre l'utilisation des pouvoirs de Bonn par Lavjčák et celle de Schwarz-Schilling, la protection des résultats acquis introduisait un nouveau concept dans le recours au pouvoir de Bonn, à savoir le principe de non-régression législative. Cette retenue devait se poursuivre avec le 7^e Haut représentant, Valentin Inzko (2009-2021), qui « a cessé d'utiliser les pouvoirs de Bonn de la moitié de 2011 jusqu'en juin 2021 »³⁷⁴. La phase finale de son mandat permet néanmoins d'observer une certaine résurgence dans l'utilisation des pouvoirs de Bonn, qui s'est poursuivie avec la nomination du 8^e Haut représentant, Christian Schmidt (2021 - toujours en fonction).

Cet examen rapide des mandats de Haut représentant par rapport à l'utilisation des pouvoirs de Bonn permet en définitive d'observer qu'il s'agit véritablement d'un organe d'autorégulation qui, en fonction de la lecture de la réalité politique de la Bosnie-Herzégovine, ainsi que de sa sensibilité, utilise différemment les pouvoirs de Bonn, impliquant des phases d'activisme, de retenues, ou bien à des renoncements dans l'utilisation.

Dans l'exercice de ses prérogatives, il serait possible d'établir un parallèle avec le rôle du Président de la République en Italie et le Haut représentant, au regard de la théorie de l'accordéon élaborée par la doctrine italienne. À l'instar d'un accordéon, les prérogatives du Haut représentant se rétrécissent lorsque les

³⁷² M. Lavjčák, Personal interview in Bratislava, cité par A. Merdzanovic, *op. cit.*, p. 334, note 1040.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ C. Mihalcatinova, *The (un)democratic role of the High Representative* :

<https://www.strategicanalysis.sk/the-undemocratic-role-of-the-high-representative-in-bosnia-and-herzegovina/>.

circonstances politiques ne nécessitent pas son intervention. En revanche, lorsque la situation politique est plus complexe ses prérogatives s'élargissent.

Cependant, une différence remarquable s'impose. Pour autant que cette théorie puisse faire l'objet de critiques, force est de constater que l'attribution de ces prérogatives au Président de la République est admissible, dans la mesure où il a une légitimité démocratique qui lui vient de la Constitution, ce dernier étant élu par le Parlement réuni à cet effet en séance commune (art. 83 de la Constitution italienne).

Il n'est pas possible de dire la même chose pour le Haut représentant, dont la légitimité démocratique vient de la communauté internationale, plus précisément, d'un organe composé par des fonctionnaires et dans lequel ne sont même pas présentes les autorités venant de Bosnie-Herzégovine. Si, formellement parlant, on ne peut pas affirmer qu'il s'agit d'un protectorat, dans la mesure où il n'y a pas un traité conclu entre un État protecteur et un État protégé, substantiellement, il s'agit d'un semi-protectorat ou d'un protectorat déguisé. Dans le cas de Bosnie-Herzégovine, il n'existe pas une obligation pour l'État protégé d'accepter l'ingérence de l'État protecteur dans certaines de ses affaires internes. Toutefois, les domaines d'intervention des pouvoirs de Bonn sont tellement larges qu'ils permettent une ingérence similaire, voire plus étendue. Or, les domaines dans lesquels le Haut représentant peut intervenir ne sont pas précisés.

L'absence de moyens juridiques pour contester les décisions du Haut représentant ne fait qu'aggraver cette situation, mais elle donne lieu à une situation, sur le plan institutionnel, qui demeure atypique et qui risque d'engendrer une perte d'effectivité juridique ou une neutralisation normative

de certaines dispositions constitutionnelles. Tout d'abord, on assiste à une cohabitation entre deux Constitutions : une Constitution nationale officielle (Constitution de la Bosnie-Herzégovine) qui *de jure* devrait avoir une pleine effectivité, mais *de facto* ne l'a pas toujours, et une Constitution internationale officieuse (pouvoirs de Bonn) qui *de jure* ne devrait avoir aucune effectivité, mais qui *de facto* assure la portée d'une Constitution provisoire.

En plus de cet aspect, se posent certaines questions au regard de l'effectivité de certaines dispositions constitutionnelles. À quoi sert un gouvernement qui reçoit un vote de confiance de la part du Parlement sur la base d'un certain programme si ce programme est réalisé *in fine* par les décisions du Haut représentant ? Un raisonnement similaire pourrait être fait par rapport aux élections.

L'ordre juridique créé à Dayton et ensuite à Bonn constitue un ordre juridique vraiment atypique. S'il est possible d'affirmer que la portée de l'ordre juridique national de Bosnie-Herzégovine est réduite à peau de chagrin, en raison de la primauté d'un ordre juridique international, force est de constater que ce dernier demeure un ordre juridique international *ad hoc*, qui est distinct de l'ordre juridique international, car il dispose de règles tout à fait particulières.

Il s'agit ainsi d'un ordre juridique atypique, dans lequel cohabitent un ordre juridique national et un ordre juridique international, où le second est en mesure de gouverner le premier lorsque les conditions le rendent nécessaires. Non seulement cette situation s'avère assez particulière, mais elle est aussi problématique en termes d'efficacité, car si la gouvernance interne est souvent faite par une gouvernance externe, quelles seront les chances du pays en question de pouvoir marcher avec ses propres jambes lorsque le Bureau du Haut représentant sera démantelé ?

Le maintien de cet ordre institutionnel risque d'être problématique, car, en définitive, il est difficile de construire un pays avec un droit (le droit international) qui n'est pas le ciment adapté pour construire une maison (le droit constitutionnel), mais dont un organe issu de ce droit inadapté (le Haut représentant) participe, par ses actions, à la construction de cet édifice.

Le risque dans ce cas est que la maison s'effondre d'un seul coup, lorsqu'on y entre, en raison d'un ciment fragile comme le sable.

Adriano EVANGELISTI

*Docteur en droit public (ILF-GERCJ, UMR
DICE 7318),
ATER en droit public à l'Univ. de Rouen*

RÉUNION DU CONTINENT EUROPÉEN SUR LA SCÈNE MUSICALE DE L'EUROVISION 2023

Réunis à Liverpool à l'occasion de la 67^e édition du Concours Eurovision de la chanson, trente-sept pays issus de la grande famille européenne, s'étendant de l'Islande à l'Azerbaïdjan, se sont affrontés lors de la plus grande compétition musicale au monde. Sur fond de guerre en Ukraine, l'édition 2023 de l'Eurovision s'est déroulée une nouvelle fois sans la Russie et la Biélorussie, respectivement exclue et suspendue de l'Union européenne de radiodiffusion en charge de la production du concours.

Bien que l'Eurovision se réclame apolitique, plus que jamais, cette 67^e édition ancre la compétition dans un ensemble géopolitique uni par les valeurs défendues par les démocraties occidentales. Le concours cesse donc d'être le pont enjambant les clivages politiques et diplomatiques en Europe et redevient l'expression d'une identité libérale et progressiste comme au temps de la Guerre froide.

Si, sur le plan artistique, la compétition n'a offert que peu de suspense, sur le plan diplomatique, elle a joué le rôle de catalyseur des aspirations de l'Ukraine qui a remporté le concours en 2022.

I – Une compétition « au nom » de l'Ukraine

Pour rappel, le groupe ukrainien *Kalush Orchestra* a remporté l'édition 2022 du concours avec un record de points venu des téléspectateurs. Cette victoire – dont la qualité musicale est discutable – a immédiatement été analysée comme la conséquence de l'émoi global généré par l'invasion russe de l'Ukraine ainsi que par l'important flux de réfugiés ukrainiens dans le reste de l'Europe.

Si la tradition du concours veut que le vainqueur soit invité à organiser l'édition suivante, les autorités de l'Union européenne de radiodiffusion ont dérogé à la règle, en estimant que la situation en Ukraine ne satisfaisait pas les exigences de sécurité nécessaires à la venue d'un public nombreux. Le Président Zelensky avait pourtant proposé la candidature hautement symbolique de la ville martyre de Marioupol.

L'organisation de la compétition échoit finalement au Royaume-Uni et à la BBC – arrivé second en 2022 – qui propose la ville de Liverpool. C'est la première fois, depuis 1980, que l'Eurovision n'est pas organisée par le tenant du titre. Si le concours prend place en Angleterre, son identité demeure fortement ukrainienne et la BBC diffuse volontiers la culture et la musique du pays.

La télévision ukrainienne, associée à la production du spectacle, dépêche la chanteuse Julia Sanina à la présentation aux côtés de l'actrice Hannah Waddingham et de la chanteuse Alesha Dixon. Au cours des trois soirs de spectacle, plusieurs artistes ukrainiens – dont l'ancienne gagnante Jamala – se produisent sur scène à Liverpool. La prestation d'Alyosha et Rebecca Ferguson lors de l'entracte de la première demi-

finale, le 9 mai, est très fortement remarquée.

L'Ukraine – qualifiée directement en finale en raison de sa victoire l'année précédente – est représentée par le duo *Tvorchi* et la chanson *Heart of Steel*, sélectionnée par le public ukrainien lors d'une finale nationale sous haute surveillance. Ce dernier a composé le titre durant le siège de Marioupol et a trouvé l'inspiration dans la résistance ukrainienne lors de la bataille d'Azovstal.

Si leur prestation sur scène n'est pas aussi remarquée que l'année précédente, elle est toutefois fortement commentée, en raison d'une déclaration du groupe sur les réseaux sociaux quelques minutes avant l'ouverture des votes au public, stipulant que l'armée russe a bombardé leur ville d'origine Ternopil durant leur passage. La délégation ukrainienne a abordé ainsi une pancarte au nom de la ville durant leur passage en direct au moment de l'ouverture des votes.

II – Une compétition sans surprise

Côté résultats, la 67^e édition du concours Eurovision de la chanson n'a donné lieu à aucun suspense. La chanteuse suédoise Loreen et son titre *Tattoo* – favorite depuis sa victoire à la sélection nationale en Suède – s'est imposée largement dans le vote du jury professionnel, mais a été dépassée par le candidat finlandais lors des votes du public. L'addition de l'ensemble des points lui a toutefois permis de décrocher une seconde victoire, égalant ainsi le record du chanteur irlandais Johnny Logan ayant remporté les éditions de 1980 et 1987.

La Suède se hisse également à la première place des pays les plus titrés au concours – une fois encore *ex aequo* avec l'Irlande – avec sept victoires depuis sa première participation en 1958. La tenue du concours dans ce pays scandinave, l'année prochaine, coïncide avec le cinquantième anniversaire de la victoire du

groupe ABBA à l'Eurovision, en 1974, qui avait lancé sa carrière internationale. Au regard de l'expérience de la télévision publique suédoise en matière de grands programmes musicaux, de l'engouement du public, ainsi que l'excellent souvenir laissé par l'édition 2016, organisée à Stockholm, présage d'une compétition de très haute qualité l'année prochaine.

L'édition 2023 a apporté une innovation en matière de vote. Pour la première fois, l'ensemble des téléspectateurs du monde entier (Russie et Biélorussie exclues) pouvaient voter lors des demi-finales et de la finale de la compétition. Le résultat de ces votes a été délivré sous le label du « Reste du monde ». À ce titre, les organisateurs du concours se sont inspirés d'un système mis en place par les fans dans les compétitions organisées par ces derniers depuis les années 1980.

Des téléspectateurs de cent sept pays ont pris part au vote, ce qui confirme l'Eurovision comme le plus grand exercice démocratique du monde en termes du nombre de votants. L'analyse de ces résultats est intéressante à double titre : elle nous enseigne les pays dans lesquels la popularité du concours est forte parmi la population locale ou en raison d'une forte immigration européenne, ainsi que l'importance de la mobilisation d'une diaspora à l'échelle du monde.

Les pays qui ont pris le plus part au vote en ligne sont : les États-Unis, le Canada, le Kosovo, le Luxembourg (qui fera son retour sur la scène du concours en 2024 après plus de trente ans d'absence), la Nouvelle-Zélande, le Mexique, la Hongrie, la Slovaquie, les Émirats arabes unis, la Turquie et le Chili. Israël s'impose lors de ce vote, tandis que l'Arménie et l'Albanie obtiennent un nombre important de points en raison de leur diaspora à l'étranger. La France et l'Espagne bénéficient des liens culturels qui les unissent avec le Canada et l'Amérique latine.

Les pays d'Europe de l'Est pâtissent du vote combiné du jury et du public ainsi que

de la montée en gamme des plus gros contributeurs au concours (Espagne, Italie, France, Allemagne et Royaume-Uni) qui souhaitent décrocher une nouvelle victoire. À l'exception de l'Ukraine – qui est le pays de l'Est enchaînant le plus de succès ces dernières années –, l'Estonie parvient à se hisser dans le Top10 à l'aide d'un très bon score chez le jury, ainsi que la Tchéquie qui bénéficie aussi du soutien du jury. Côté télévote, seules l'Ukraine, la Pologne et la Moldavie parviennent à atteindre le haut du classement.

S'étant tenu quelques semaines avant le second sommet de la Communauté politique européenne, le concours de l'Eurovision est l'unique autre occasion durant laquelle l'ensemble de la famille est réuni. Avec l'absence de la Biélorussie et de la Russie, ainsi que de la Turquie et de la Hongrie, la compétition a désormais pris des allures de forum des démocraties unies par une communauté de valeurs dont seul l'Azerbaïdjan semble être le membre défaillant. L'ambition mondiale du concours semble ainsi avoir été freinée par l'identité que celui-ci souhaite se donner.

Laurent LÉOTHIER

*Docteur en droit public,
Aix-Marseille Université*

**PENSER ET CONSTRUIRE L'AVENIR
EUROPÉEN DE LA RÉPUBLIQUE DE
MOLDOVA**

Recension critique de l'ouvrage de Victor Moraru, *La République de Moldova : les enjeux du passé, du présent et de l'avenir*, Chişinău, Institutul de Cercetări Juridice, Politice și Sociologice, 2022, ed. 2, 200 p., ISBN 978-9975-4203-9-6.

L'étude imagologique *La République de Moldova : les enjeux du passé, du présent et de l'avenir* (Chişinău, 2022, 200 p.) du

membre correspondant de l'Académie des Sciences de Moldova, Victor Moraru, offre un vaste champ conceptuel contenant des essais sur les dimensions géopolitiques, historiques, sociétales et médiatiques de la République de Moldova, dont l'auteur est expert, dans une perspective temporelle évolutive sur un pays à la frontière de l'Europe de l'Est, émergeant de l'espace ex-communiste.

Le titre paraît en consonance avec l'idée d'Ernest Renan sur la construction de la nation faite d'un passé partagé et d'un projet commun d'avenir. Certains sujets du livre ont été traités dans le cadre du colloque international *Penser l'Europe*, abordant la nouvelle construction européenne, qui s'est déployé durant une dizaine d'années à Bucarest, sous la présidence du regretté Eugen Simion, président de l'Académie roumaine.

Le fait que la République de Moldova soit moins connue à l'étranger impose à l'auteur, vice-président de l'Académie des Sciences de Moldova, de publier le volume en français, une modalité de présenter au public un panorama multiforme de son pays. L'auteur part du constat que « le cas de la Moldova est unique pour la simple raison que cette province n'a jamais existé en tant qu'entité politique indépendante » (p.86). Faisant partie de la Roumanie historique, cet espace, marqué par sa position à l'entrecroisement de grands empires, en a été souvent victime. Longtemps, la République de Moldova a été la frontière qui sépare le monde libre du monde totalitaire.

Comme Paul Valéry misait entre les deux guerres sur « une certaine puissance de transformation » (*Lettre sur la société de transformation*), l'espérance des mutations a changé le trajet de la République de Moldova, devenant un vecteur du mouvement.

Le volume s'ouvre avec une idée programmatique dans le style du discours de Martin Luther King Jr. : « I have a dream » (repris récemment par le Président

ukrainien, Volodimir Zelenski) : « Au début, il y a eu l'aspiration. Une aspiration, plutôt vague et générale, à l'occidentalisation » qui est développée dans un argumentaire de l'incipit : « Étant stimulée par les changements fondamentaux survenus dans la société vers la fin des années 1980 – début des années 1990, cette aspiration a amené à la découverte du fait que les principes démocratiques et la défense des droits de l'homme, représentant des valeurs inhérentes à la société occidentale, peuvent aussi constituer des repères sûrs pour les pays de l'Est » (Moraru, p. 7).

Cette ouverture vers l'Occident était considérée comme une « métamorphose pertinente » et même comme une panacée. Les transformations ont visé différents secteurs et ont entraîné l'introduction de diverses innovations, telles que la culture politique, le multipartisme, la réorientation des mentalités, etc.

Par sa démarche, Victor Moraru identifie les voies qui permettent d'optimiser la politique d'intégration européenne – comme la collaboration avec l'OTAN, contribuant à la sécurité et à la stabilité de la région – ainsi que les multiples obstacles qui surviennent sur ce trajet, tel que le caractère inefficace des gouvernements qui se sont succédé au pouvoir, une certaine duplicité de la politique de la République de Moldova, la confrontation entre les « anciens et les modernes » (*homo sovieticus* versus *homo europeus*), le facteur de la Russie, la soi-disant question de la Transnistrie, le manque de tradition du statut d'État, etc.

Renvoyant aux analyses du concept de « nation », fondée sur l'unité géographique, territoriale, administrative, financière, juridique, linguistique et spirituelle, Victor Moraru va conclure, comme la majorité des historiens et des politologues en connaissance de cause, que la République de Moldova « ne va pas en réunir toutes les caractéristiques » (cf. Angela Demian, *La nation impossible ? Construction nationale*

en République de Moldova, et au-delà, Paris, L'Harmattan, 2006).

Entre les concepts d'identité-résistance et d'identité-projet (v. Yves Tardif), la construction identitaire se situe à l'entrecroisement de la conscience de soi (*idem*) et la reconnaissance de l'autre (*ipse*), de la continuité et de la rupture. La tension dialectique entre les deux tendances (traditionaliste et européenne, défensive et cosmopolite), les oscillations entre les étapes d'isolement et d'intégration sont un trait spécifique des pays de frontière.

Les nouveaux facteurs de la réalité moldave « tendent à redéfinir ses priorités, de réaffirmer sa vocation européenne », ce qui permet de constater que « la République de Moldova s'est engagée sur la voie de la démocratisation et de la réformation de la société ». Ainsi, la réalisation de ces tâches a-t-elle exigé l'élaboration d'une stratégie bien définie et d'un programme complexe et ambitieux de diverses transformations d'ordre politique, économique et social en matière d'intégration européenne, ainsi que la recherche de sa propre voie de développement.

L'examen difficile de l'option européenne passe par le processus de remplacement des anciennes valeurs par celles qui sont propres à la société contemporaine. Le système de valeurs européennes (la liberté, l'égalité, la fraternité, la démocratie, la légalité, les droits de l'homme, etc.), assurant la stabilité des régimes démocratiques, est devenu un repère et un modèle existentiel pour la société moldave où il doit être encore, selon la juste remarque de l'auteur, pleinement inoculé par le renforcement de la conscience européenne ouverte pour la *praxis* des valeurs.

Partant de ces valeurs constitutives de l'esprit européen, l'auteur souligne que l'identité européenne découle de trois principes communs : le christianisme, l'humanisme et la loi, même si on parle de

deux Europes, ayant des histoires et des expériences différentes. Pour accéder au projet européen, il est très important « d'exploiter le patrimoine de l'histoire commune, d'identifier les repères sûrs européens, d'obtenir une vraie convergence désirée, focalisée sur les valeurs approuvées » (Moraru, p. 102).

À l'étape actuelle, le vecteur européen, avec ses valeurs, idéaux et horizons, est déterminant pour le pays, la conclusion de l'auteur étant que « la vocation européenne de la Moldova est pérenne et constante ». L'intégration est devenue, souligne l'auteur, le slogan du jour. Ces défis ont fait renoncer la Moldova à l'ancienne expectative et devenir actuellement pays candidat à l'adhésion à l'Union européenne, avec un ferme engagement sur l'irréversibilité du cours européen du pays.

L'« européenité » est visée aussi dans un autre argumentaire, la considérant en tant que paradigme et expérience culturelle de la liberté de pensée et d'expression. Les articles concernant les évolutions dans le domaine des médias sont surtout intéressants dans leur corrélation avec le politique, « justement, une politisation croissante du contenu des médias et l'amplification des proportions des flux de communication politique, même le nombre d'acteurs impliqué ».

En assumant de fonctionner comme des agents du changement, les médias ont reflété la confrontation dure de diverses positions, les interprétations controversées concernant les aspects principaux relatifs aux horizons politiques du pays. Victor Moraru a une position critique, parlant de certaines vulnérabilités des médias moldaves, des attitudes serviles par rapport aux élites politiques, de la spectacularisation et de la personnalisation de la politique, du simplisme et de la schématisation dans le traitement de la réalité, de la diminution conceptuelle des messages au lieu de révéler l'essence des

phénomènes qui caractérisent la société moldave.

Ainsi, le phénomène d'hyperpersonnalisation du politicien est stimulé par les médias, réduisant toute la complexité de la vie politique aux figures des politiciens. L'auteur note que cette hyperprésence des « nouveaux Olympiens » et leur « canonisation » attribuées à l'activité de la presse « sont devenues écrasantes » en Moldova après 1989 et constituent des traits novateurs qui caractérisent le processus politique et médiatique des dernières années.

Par comparaison, on va citer le journaliste britannique Bernard Ingham, qui soutient que les gouvernements et les médias occidentaux vivent dans un état permanent et naturel de tension et même de cannibalisme. On est de plus en plus convaincu de l'importance du rôle de la personnalité dans la politique, car les leaders politiques deviennent des symboles de compétence/incompétence, de bien/mal, de promesse future/retour au passé, etc., aidant ainsi à la valorisation du sens du spectacle politique dans un monde politique obscur (cf. Corina Barbaros. *Comunicarea politică. Construirea spectacolului politic, a opiniei publice și a agendei publice*, Iași, Adenium, 2014).

Optant pour « une information opérationnelle pertinente et variée », les réflexions de l'auteur portent de même sur la qualité de l'évaluation, du commentaire et de l'interprétation des faits, des événements, des attitudes. Les constats visent aussi le fait qu'actuellement, les médias ne se limitent plus à diffuser le message, mais, au contraire, que le centre de gravitation se déplace vers la création, la construction de la réalité et « vers la promotion insistante d'une vision spécifique de cette réalité » (Moraru, p. 132).

Développant les analyses pertinentes des chercheurs étrangers, Victor Moraru nous présente une liste de sujets médiatiques autochtones, mettant l'accent sur des aspects et personnalités

d'intérêt pour les technologies manipulatrices, telles la persuasion et la propagande, la symbolisation et la mythisation, la virtualisation des personnages et des événements qui estompent la présentation explicite et claire. Suivant les principes de la logique médiatique, l'auteur réussit à démontrer, de façon argumentée, « le jumelage de la politique et des médias » et « la médiatisation de la politique comme mode d'existence ». Partant d'un monitoring des médias moldaves, l'auteur constate que l'histoire est devenue « une composante primaire de la politique ». S'alignant aux théories de l'historien roumain Nicolae Iorga sur la nécessité de l'histoire pour la société, du politologue italien Gaetano Mosca sur les enseignements de l'histoire et de l'historien français Fernand Braudel, en ce qui concerne l'interprétation de l'histoire dans sa totalité, englobant celle des événements et celle du quotidien, Victor Moraru estime que la vocation naturelle des médias est « de construire et d'interpréter l'histoire immédiate et aussi l'histoire des temps passés ».

L'explosion de la problématique historique, avec l'interprétation des thèmes antérieurement considérés comme tabou et la configuration de la vraie histoire dans une optique nouvelle, figure à la une des médias moldaves chargés de l'éducation historique. L'argument décisif de l'apprivoisement de l'histoire est l'opinion que si « l'enseignement de l'histoire a eu pour objectif, dans le passé, la formation et la consolidation du sentiment d'identité nationale chez les citoyens [...] à présent, on doit surtout parler, peut-être, de l'identité européenne et de la citoyenneté européenne » (Moraru, p. 185).

Un article consacré au problème de la migration, sujet emblématique pour la Moldova, championne européenne à ce titre, est présenté par le biais de son reflet dans les médias. Victor Moraru a dirigé une série de projets dans ce domaine et la

collection de plusieurs volumes « Migration : Problèmes et opportunités ». Le titre formulé de façon équilibrée, mettant le doigt non seulement sur le côté problématique, mais aussi sur celui constructif, met en exergue l'opinion défendue par l'auteur, qui considère que la question de « la migration devrait être expliquée, réglementée et optimisée » par un instrument de médiation sociale et d'intégration.

Présentant une liste des facteurs qui influencent et caractérisent l'état actuel de cette nouvelle Odyssée des Moldaves, l'auteur avance la proposition d'une meilleure utilisation des médias dans la diffusion du sujet dans la presse des pays occidentaux. Partant de l'idée que « la migration est presque toujours un drame (familial, économique, social, politique), il est nécessaire de penser aux solutions pertinentes pour optimiser ce processus, pour valoriser les opportunités ».

Il faut, insiste-t-il, diminuer l'exploitation des clichés et stéréotypes obsolètes (immigrés irréguliers, comportement délictueux, etc.), en faveur des principes de cohabitation et d'intégration nécessaire (vu le besoin de travailleurs étrangers), de l'acceptation de l'altérité, de la viabilité du dialogue, de la communication interculturelle. Un rôle à part est réservé à la presse occidentale, les études effectuées constatant qu'elle « ne s'occupe que d'une manière restreinte de leurs problèmes, presque jamais de leur culture, de leur contexte de vie ou de leur aspiration ». D'où une conclusion à la hauteur du sujet : « Le mot d'ordre qui devrait accompagner les "histoires des migrants", c'est tout d'abord la "dignité humaine", quelles que soient les circonstances dans lesquelles cela se produit ». L'auteur considère que, parmi les facteurs qui peuvent aider les migrants à créer une nouvelle existence dans un contexte nouveau pluraliste, c'est la profession de la religion qui « peut devenir une clé de la dynamique et des stratégies d'intégration des migrants », prise en

considération pour les citoyens moldaves. Réalisant leur fonction sociale, les Églises deviennent « un pont entre les différentes cultures ». Les activités édificatrices de dizaines de paroisses orthodoxes en Italie gardent la continuité des traditions et des coutumes, ainsi que la langue roumaine dans la communauté moldave.

Ainsi, l'ouvrage de Victor Moraru réussit-il à proposer des réponses-modèles aux incertitudes et aux nécessités. La démarche de l'auteur a le goût de l'avenir, dans le sens des mutations profondes des valeurs de la société moldave, offrant une image du pays comme territoire porteur de sens et d'aspirations démocratiques.

Elena PRUS

*Professeure universitaire,
Vice-recteur de l'Université Libre
Internationale de Moldova*

Lettre de l'Est

Sous l'égide
de l'Institut Louis Favoreu-
GERJC CNRS UMR 7318 (DICE)

et de l'Association
Francophone des Chercheurs
sur les Pays de l'Est

Équipe de rédaction :

Arianna ANGELI
Nataša DANELCIUC-COLODROVSKI
ADRIANO EVANGELISTI
Katarzyna KUBUJ
LAURENT LÉOTHIER
Ramona DELIA POPESCU
Elena PRUS
Márton SÜLYÖK
Aleksandar TSEKOV
Nebojsa VUKADINOVIC

Maquette :
Charlotte LARGERON

ISSN électronique
2428-4718

Contact rédaction :
afcpe.asso@gmail.com

Angela DI GREGORIO, *Professeure, Université de Milan* ; Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, *Directrice de recherche au CNRS Aix-Marseille Université* ; Péter KRUSZLICZ, *Professeur adjoint, Université de Szeged* ; Xavier MAGNON, *Professeur, Aix-Marseille Université* ; Bertrand MATHIEU, *Professeur, Université Paris I Panthéon-Sorbonne* ; Xavier PHILIPPE, *Professeur, Université Paris I Panthéon-Sorbonne* ; Aleksandar TSEKOV, *Professeur adjoint, Université St. Kliment d'Odrin de Sofia* ; Marc VERDUSSEN, *Professeur, Université de Louvain*