

Samantha Besson/Eva Maria Belser (éd./Hrsg.)



31

La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons

Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone

Journée BENEFRi de droit européen de l'Institut de droit européen

BENEFRi-Tagung im Europarecht des Instituts für Europarecht



UNIVERSITÉ DE Fribourg
UNIVERSITÄT FREIBURG

Schulthess §

**La Convention européenne des droits de l'homme
et les cantons**

**Die Europäische Menschenrechtskonvention
und die Kantone**



Forum Europarecht Forum droit européen

31

Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg,
unter der Leitung von Prof. Astrid Epiney, Prof. Samantha Besson, Prof. Marc Amstutz.

Publié sous l'égide de l'Institut de droit européen des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg,
sous la direction des Prof. Astrid Epiney, Prof. Samantha Besson, Prof. Marc Amstutz.

Samantha Besson/Eva Maria Belser (éd./Hrsg.)
avec la collaboration de/in Zusammenarbeit mit:
Alexandre Biedermann

La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons

Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone

Avec les contributions de/mit Beiträgen von:

Heinz Aemisegger
Eva Maria Belser
Samantha Besson
Sébastien van Drooghenbroeck
Michel Hottelier
Giorgio Malinverni
Arnold Marti
Stefan Oeter
Daniel Rietiker
Frédéric Scheidegger
Frank Schürmann
Françoise Tulkens

**UNI
FR**
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Avec le soutien financier de/
mit finanziellem Beitrag von:



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHER)

Schulthess § 2014

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2014
ISBN 978-3-7255-6792-8

www.schulthess.com

Sommaire/Inhaltsübersicht

Table des matières/Inhaltsverzeichnis.....	VII
Liste des contributeurs/Autorenverzeichnis.....	XV
Préface/Vorrede.....	1
SANDRA MAISSEN	
Avant-propos/Vorwort.....	5
SAMANTHA BESSON/EVA MARIA BELSER	
Droits de l’homme et fédéralisme : une introduction thématique.....	7
SAMANTHA BESSON	
I^{ère} partie / 1. Teil: Les cantons dans le système de la CEDH – Die Kantone im System der EMRK.....	41
La réception de la CEDH dans les cantons.....	43
MICHEL HOTTELIER	
Kantonale Grundrechte und ihre Bedeutung für die Verwirklichung der Menschenrechte im mehrstufigen Staat.....	67
EVA MARIA BELSER	
Die Bedeutung der EMRK in der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte: am Beispiel des Kantons Schaffhausen.....	95
ARNOLD MARTI	
Die Bedeutung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur EMRK für die Kantone.....	113
HEINZ AEMISEGGER	
Les cantons et le droit cantonal devant la CourEDH.....	133
DANIEL RIETIKER	

Die Kantone und die Umsetzung der Urteile des EGMR: die Sicht des Bundes.....	161
FRANK SCHÜRMANN	
Les cantons et l'exécution des jugements de la CourEDH : le point de vue cantonal.....	185
FRÉDÉRIC SCHEIDEGGER	
II^{ème} Partie / 2. Teil: La contribution de la CEDH au fédéralisme européen – Der Beitrag der EMRK zum europäischen Föderalismus.....	213
Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale – <i>Je t'aime, moi non plus</i>	215
SAMANTHA BESSON	
La CEDH et la protection des minorités fédérales.....	249
GIORGIO MALINVERNI	
III^{ème} Partie / 3. Teil: Perspectives d'autres Etats fédéraux européens – Perspektiven aus anderen europäischen föderalen Staaten.....	273
Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme – L'exemple de la Belgique.....	275
FRANÇOISE TULKENS/SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK	
Die EMRK und der Föderalismus in Deutschland.....	311
STEFAN OETER	

SAMANTHA BESSON

Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale –

Je t'aime, moi non plus

I. Introduction.....	216
II. Les droits de l'homme et l'entité politique	223
A. Les droits de l'homme et la médiation institutionnelle des obligations.....	224
B. Les droits de l'homme et la nature des institutions débitrices	225
C. Les droits de l'homme et l'effectivité des institutions débitrices.....	226
III. Les droits de l'homme et le régime politique : la démocratie.....	227
A. Les droits de l'homme et l'égalité politique : droits et statut.....	228
B. Les droits de l'homme par la démocratie et la démocratie par les droits de l'homme	229
IV. Les droits de l'homme et la forme politique : le fédéralisme	229
A. La démocratie et le fédéralisme.....	230
1. La relation conceptuelle entre démocratie et fédéralisme	230
2. La relation instrumentale entre démocratie et fédéralisme.....	231
B. Les droits de l'homme et le fédéralisme au travers de la démocratie	234
1. La relation instrumentale entre fédéralisme et droits de l'homme	234
2. Deux limites égalitaires.....	235
a. L'égalité des droits et la pluralité des droits fédéraux.....	236
b. L'égalité des droits individuels et les droits des minorités fédérales	239
V. Conclusions	246

« 36. En l'occurrence, il importe de souligner que les toiles incriminées représentent crûment des relations sexuelles, en particulier entre hommes et animaux, comme les juridictions suisses l'ont constaté sur le plan cantonal, en première instance et en cassation, puis au niveau fédéral (paragraphe 14, 16 et 18 ci-dessus). Créées sur place, suivant le dessein d'une manifestation qui se voulait spontanée, le public y avait librement accès : les organisateurs n'avaient fixé ni droit d'entrée ni limite d'âge. Il s'agissait d'une exposition ouverte sans restriction au grand public et cherchant à l'attirer. La Cour reconnaît – comme d'ailleurs lesdites juridictions – que les conceptions de la morale sexuelle ont changé ces dernières années. Ayant examiné les toiles litigieuses, elle ne trouve pourtant pas déraisonnable que les juges compétents les aient tenues pour "de nature à blesser brutalement", par l'accent mis sur la sexualité dans certaines de ses formes les plus crues, "la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale" (paragraphe 18 ci-dessus). Eu égard aux circonstances, et à la marge d'appréciation que leur réservait l'article 10 § 2 (art. 10-2), ils étaient en droit d'estimer "nécessaire" à la protection de la morale d'infliger aux requérants une amende pour publications obscènes. Les intéressés prétendent que l'exposition des tableaux ne suscita aucun mouvement de protestation et que dans l'ensemble la presse se prononça en leur faveur. Il se peut aussi que Josef Felix Müller ait montré des œuvres de la même veine à d'autres endroits de Suisse et à l'étranger, avant et après la "Fri-Art 81" (paragraphe 9 ci-dessus). Il n'en résulte pourtant pas que la condamnation des requérants à Fribourg, eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, n'ait pas répondu à un besoin social réel comme l'ont en substance affirmé toutes trois les juridictions suisses saisies de l'affaire. »

CourEDH, arrêt du 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, req. n° 10737/84, série A, n° 133, par. 36

« Si, à la rigueur, on peut être d'avis que les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis des exigences de l'article 10 (art. 10) de la Convention, toujours est-il que, dans une Europe d'États, il n'est pas acceptable qu'un État concerné laisse à des cantons ou des communes la décision d'une telle appréciation. »

Opinion dissidente du Juge Dean SPIELMANN, dans CourEDH, arrêt du 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, req. n° 10737/84, série A, n° 133

I. Introduction

La démocratie, en tant que régime politique, est une dimension inhérente aux garanties internationales et européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence y relative¹. Pourtant, ces mêmes garanties et leurs in-

¹ Cf. p.ex. le droit à la participation démocratique de l'art. 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PDCP). Voir aussi la condition de nécessité dans une société démocratique de l'art. 8 par. 2 CEDH. Plus généralement, voir CourEDH [GC], arrêt du 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*,

interprétations sont agnostiques quant à la forme politique de leurs Etats parties². Cela vaut aussi *a fortiori* pour la forme politique qu'est le fédéralisme.

Les rares mentions directes du fédéralisme que l'on trouve dans les instruments internationaux et européens de protection des droits de l'homme sont soit positives soit négatives. Elles sont parfois, mais rarement, positives comme les éventuelles clauses fédérales qui exemptent les Etats fédéraux de responsabilité ou, du moins, limitent leur responsabilité pour les actions ou omissions de leurs entités fédérées pour ce qui ressort des domaines de compétence de ces dernières³. La plupart du temps, cependant, les mentions directes du fédéralisme sont négatives, comme les clauses de rappel de l'étendue du champ d'application des garanties de droits de l'homme et de leur application à l'ensemble des actes ou omissions des unités politiques des Etats parties, y compris ceux des entités fédérées⁴. Bien entendu, l'exigence

req. n° 58278/00, Rec. 2006-IV, par. 98 : « La démocratie représente un élément fondamental de « l'ordre public européen ». Cela ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et sur une conception et un respect communs des droits de l'homme, d'autre part. Le préambule affirme ensuite que les Etats européens ont en commun un patrimoine d'idéaux et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. Ce patrimoine commun est constitué par les valeurs sous-jacentes à la Convention ; la Cour a ainsi rappelé à plusieurs reprises que la Convention était effectivement destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique. En d'autres termes, la démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle [...] »

² Cf. p.ex. CourEDH, arrêt du 26 septembre 1997, *R.M.D. c. Suisse*, req. n° 19800/92, Rec. 1997-VI, par. 53 : « Cette situation s'explique par la structure fédérale de la Confédération helvétique, où chaque canton dispose de son propre code de procédure pénale, et il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur le système en tant que tel. » (mise en exergue par l'auteur).

³ Cf. p.ex. art. 28 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Voir aussi Samantha BESSON, « Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique », dans cet ouvrage.

⁴ Cf. p.ex. art. 50 PDCP et art. 28 Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels (PDESC). Voir aussi, bien qu'indirectement, l'art. 1 CEDH et la présomption de juridiction territoriale que reconnaît la

indirecte pesant sur la forme politique choisie par un Etat est la compatibilité de cette forme d'organisation non seulement avec les droits de l'homme protégés par ces instruments internationaux de protection, mais aussi avec le régime de démocratie pluraliste qu'ils défendent⁵. C'est précisément cette exigence indirecte et double de compatibilité avec les droits de l'homme et la démocratie qui sera au cœur de mes considérations dans ce chapitre.

Curieusement au vu de ce qui vient d'être dit, il y n'a pas ou que très peu de jurisprudence ou de pratique des organes judiciaires ou quasi-judiciaires internationaux en matière de droits de l'homme qui porte sur la compatibilité entre le fédéralisme, d'une part, et les droits de l'homme et/ou la démocratie, d'autre part. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) mentionne parfois la forme fédérale, mais c'est habituellement sans conséquence pour le raisonnement de la Cour et ses conclusions⁶. Et, même si un Etat fédéral finit par être condamné, c'est toujours pour une autre raison dans ces cas-là⁷. L'organisation politique de chaque Etat ressort

jurisprudence (CourEDH [GC], arrêt du 8 avril 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, req. n° 71503/01, Rec. 2004-II ; CourEDH [GC], arrêt du 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, req. n° 48787/99, Rec. 2004-VII, par. 312). Voir aussi BESSON, « Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique », *op.cit.*, note 3.

⁵ Cf. p.ex. art. 8 par. 2 CEDH et CourEDH [GC], *Zdanoka c. Lettonie*, *supra*, note 1, par. 98.

⁶ Cf. p.ex. CourEDH, arrêt du 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, req. n° 10737/84, série A, n° 133, par. 36 (voir, cependant l'opinion dissidente du Juge Dean SPIELMANN) ; CourEDH [GC], arrêt du *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, req. n° 16354/06, Rec. 2012, par. 64 : « La gestion de l'affichage public dans le cadre de campagnes non strictement politiques peut varier d'un Etat à un autre, voire d'une région à une autre, surtout s'agissant d'un Etat ayant choisi une organisation politique de type fédéral. » (mise en exergue par l'auteur).

⁷ Cf. p.ex. CourEDH, *R.M.D. c. Suisse*, *supra*, note 2, par. 54 : « Elle estime cependant, avec la Commission, que ces circonstances ne sauraient justifier que le requérant soit privé des droits que lui reconnaît l'article 5 § 4. Si, comme en l'espèce, une personne en détention est transférée continuellement d'un canton à l'autre, il appartient à l'Etat d'agencer son système judiciaire de manière à permettre à ses tribunaux de répondre aux exigences de cet article. » Voir aussi CourEDH, arrêt du 29 octobre 2010, *Agraw c. Suisse*, req. n° 3295/06, par. 53 : « La Cour estime que, même si la répartition équitable des requérants d'asile entre les cantons peut être rattachée à la notion de « bien-être économique du pays », le fait d'attribuer plus tôt la requérante au canton de Vaud n'aurait eu ni

en effet des circonstances dont il peut se prévaloir au titre de sa marge d'appréciation⁸. En outre, une minorité seulement d'Etats, soit 6 sur les 47 Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁹, par exemple, sont des Etats qu'on peut considérer comme fédéraux. Tout cela permet de relativiser l'omission du fédéralisme dans la jurisprudence conventionnelle ou, du moins, la gravité de cet agnosticisme jurisprudentiel.

Face à ce silence des traités et de la jurisprudence, les auteurs ne sont évidemment pas restés muets et ont pris position sur la compatibilité entre fédéralisme et droit international et européen droits de l'homme. Ainsi, beaucoup s'accordent à dire que, même si le fédéralisme augmente souvent en pratique les possibilités de contextualisation et donc de spécification adéquate des obligations relatives aux droits de l'homme et ne fournit donc pas seulement, comme le craignent certains, une manière de justifier politiquement des pratiques culturelles conservatrices et restrictives des

une incidence notable sur le nombre d'étrangers dirigés vers ce canton, ni perturbé la répartition équitable des requérants d'asile entre les cantons, ni porté atteinte à l'ordre public. En tout état de cause, les effets bénéfiques de ce système pour l'Etat défendeur ont bien moins de poids, dans la pesée des intérêts, que les intérêts privés de la requérante dans la présente affaire. Certes, le transfert d'une personne d'un canton à un autre implique un certain nombre de formalités administratives, mais le travail et les coûts ainsi occasionnés aux autorités doivent céder le pas devant l'intérêt de la requérante à pouvoir vivre avec son époux. ».

⁸ Voir p.ex. CourEDH, *Müller et autres c. Suisse*, *supra*, note 6, par. 36. Voir aussi, cependant, l'opinion dissidente du Juge Dean SPIELMANN sur l'absence d'une telle marge d'appréciation *infranationale* dans le système conventionnel. Sur la marge d'appréciation dans le système conventionnel en général, voir Dean SPIELMANN, « Allowing the Right Margin – The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 14, 2011-2012, pp. 381-418.

⁹ Il s'agit de l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, la Russie et la Suisse. Par extension, on peut leur associer des Etats fortement décentralisés comme l'Espagne, le Royaume-Uni ou même l'Italie. Je me concentrerai principalement sur la Suisse dans ce chapitre, même si quelques affaires importantes d'origine belge, bosniaque, britannique et italienne seront aussi examinées.

droits de l'homme¹⁰, les droits de l'homme ont en retour un effet centralisateur (des compétences matérielles et/ou procédurales) et/ou uniformisateur (par l'interprétation), et érodent par conséquent l'organisation fédérale des Etats parties, même s'ils peuvent aussi renforcer l'autonomie des entités fédérées dans certains cas¹¹.

Etonnamment, cependant, forts de l'observation de ces paradoxes en pratique¹², peu d'auteurs cherchent à étayer leurs propos d'arguments conceptuels ou normatifs¹³. La plupart se fondent sur l'histoire constitutionnelle (p.ex. américaine, canadienne, allemande ou helvétique, voire de l'UE)¹⁴ ou sur des observations empiriques (p.ex. fondées sur la jurisprudence nationale ou internationale/européenne)¹⁵. L'absence de

¹⁰ Cf. Olivier BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques. Le cas particulier de la Fédération », *Revue universelle des droits de l'homme*, no 1-4, vol. 16, 2004, p. 25 ; Voir aussi BESSON, « Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique », *op.cit.*, note 3.

¹¹ Cf. Françoise TULKENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « *E pluribus unum ?* Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, pp. 1517-37. Voir aussi BESSON, « Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique », *op.cit.*, note 3.

¹² Sur ce paradoxe, voir BESSON, « Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique », *op.cit.*, note 3.

¹³ Il y a bien entendu des exceptions, mais ces contributions se situent surtout en théorie du fédéralisme et en théorie constitutionnelle anglo-américaine. Voir p.ex. Daniel J. ELAZAR, « Federalism, Diversity and Rights », in Ellis KATZ, G. Alan TARR, dir., *Federalism and Rights*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1996, pp. 1-10 ; Gary J. JACOBSON, « Contemporary Constitutional Theory, Federalism and the Protection of Rights », in Ellis KATZ, G. Alan TARR, dir., *Federalism and Rights*, *op.cit.*, pp. 29-56 ; Christopher MCCRUDDEN, Brendan O'LEARY, « Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May Destabilize Power-Sharing Settlements », *European Journal of International Law*, no 2, vol. 24, 2013, pp. 477-501.

¹⁴ Cf. p.ex. BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 10 ; Koen LENAERTS, « Federalism and Rights in the European Community », in Ellis KATZ, G. Alan TARR, dir., *Federalism and Rights*, *op.cit.*, note 13, pp. 139-72.

¹⁵ Cf. p.ex. José WOEHLING, « The Relationship between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », in Stephan BREITENMOSER *et al.*, dir., *Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich/Saint-Gall, Dike, 2007, pp. 895-914 ; TULKENS, VAN

traitement normatif de la question vaut étrangement tant en théorie du fédéralisme qu'en théorie des droits de l'homme¹⁶.

Comme je l'ai indiqué dans mon introduction¹⁷, on peut identifier deux raisons de cet état de choses. La première, avancée par Olivier BEAUD, est le « stato-centrisme » de la théorie fédérale¹⁸. Selon lui, la théorie du fédéralisme s'est concentrée avant tout sur l'Etat et sa relation à l'individu, ce qui explique une certaine confusion de l'Etat et du fédéralisme et, par conséquent, une compréhension simpliste du fédéralisme comme forme politique ne pouvant appartenir qu'à un Etat. Cet angle fait négliger aux auteurs toute la question du fonctionnement interne de l'Etat et notamment de la manière dont cette organisation interne plutôt que l'entité globale « Etat » protège les droits de l'homme. La deuxième raison qu'on peut proposer tient à l'angle adopté en théorie des droits de l'homme. Les théoriciens des droits de l'homme se sont avant tout concentrés sur le régime politique de l'entité politique garante des droits de l'homme et notamment son caractère démocratique, et non pas tant sur la forme ou l'organisation politique de cette entité, négligeant ainsi toute la question du fédéralisme.

Il s'agira dans ce chapitre de remédier à cette lacune dans la discussion des relations entre droits de l'homme et fédéralisme. Ce lien pourrait être conceptuel, mais aussi, plus vraisemblablement nous le verrons, instrumental et, dans ce cas, être soit mutuel soit unilatéral. Ce chapitre cherchera des réponses à ces questions en théorie des droits de l'homme, offrant ainsi une autre lecture de la relation entre droits de l'homme et fédéralisme que celle de l'article séminal d'Olivier BEAUD qui se fonde sur la théorie du fédéralisme¹⁹. Selon ce que l'on retient comme étant la justification et la fonction des droits de l'homme et leurs relations aux institutions politiques

DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note 11 ; Françoise TULKENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme ? L'exemple de la Belgique », dans cet ouvrage.

¹⁶ Voir BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 10, sur cet « aveuglement ».

¹⁷ Voir BESSON, « Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique », *op.cit.*, note 3.

¹⁸ BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 10, p. 17.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 16-26.

(avant tout étatiques pour l'heure), mais aussi à l'égalité politique et donc à l'une ou l'autre conception de la démocratie, les réponses pourront en effet varier grandement. Il est donc essentiel d'aller au cœur de ce que sont la justification et la fonction des droits de l'homme pour ensuite pouvoir mieux les articuler à la forme politique fédérale. Comme je l'expliquerai, cette articulation passe par les relations respectives du fédéralisme et des droits de l'homme avec la démocratie.

Mon argument se déploiera en trois temps. Tout d'abord, j'examinerai la relation qui existe entre les droits de l'homme et l'entité politique débitrice (II.). Je passerai ensuite à la relation des droits de l'homme à l'un des régimes politiques de cette entité politique débitrice : la démocratie, au travers de leurs relations à l'égalité politique (III.). Finalement, dans une troisième partie, il s'agira de lier les droits de l'homme à une forme politique de l'entité politique débitrice en particulier : le fédéralisme, au travers de leurs relations respectives à la valeur pivot de l'égalité politique et donc de la démocratie (IV.).

Avant de commencer, deux *caveat*, conceptuel et méthodologique, s'imposent, toutefois.

Tout d'abord, quelques clarifications conceptuelles. Le « fédéralisme » est compris ici comme la forme politique d'une entité politique (Etat ou autre) ; les « droits de l'homme » comme des droits individuels légaux garantis par le droit interne (droits fondamentaux) ou international (y compris européen) des droits de l'homme ; et la « démocratie » comme le régime politique d'une entité politique (Etat ou autre). En quelques mots, le fédéralisme est la forme, structure ou organisation politique qui correspond à la division territoriale²⁰ du pouvoir et de l'autorité entre une unité centrale et des unités locales (i) et à l'allocation constitutionnelle du pouvoir ultime et de l'autorité finale sur certains thèmes entre les unités (ii). Il se distingue de l'Etat

²⁰ Je laisse donc de côté les formes non-territoriales de fédéralisme, notamment le fédéralisme personnel dans lequel les unités politiques locales ou fédérées sont déterminées par des caractéristiques personnelles (langue, religion, etc.) et non pas territoriales, même si ma discussion ultérieure du consociationnalisme vaut aussi pour ces formes plus lâches du fédéralisme. Voir aussi TULKENS, VAN DROOGHENBROEK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme », *op.cit.*, note 15 ; MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13.

unitaire. La démocratie, elle, est le régime politique qui garantit l'inclusion (i) de tous ceux qui sont sujets à une décision dans le processus de décision (auto-détermination) (ii) et dans le respect de leur égalité politique (iii). Elle se distingue notamment de la monarchie. Bien sûr, il y a autant de formes de fédéralisme qu'il y a de formes de démocratie et, par conséquent, autant de rapports potentiels entre eux, et toutes ne pourront pas être passées en revue.

Méthodologiquement, ensuite, il convient de préciser comment je procéderai. Le chapitre se réclame de la théorie des droits de l'homme et en particulier d'une théorie des droits de l'homme qui se veut juridique²¹, c'est-à-dire la théorie d'une pratique qui se situe dans cette pratique et guide/critique cette pratique. Ce chapitre n'est donc pas un exercice de philosophie idéale, qui propose de réformer la pratique de l'extérieur. Mais ce n'est pas non plus un exercice de droit positif arbitrairement descriptif et fermé aux débats normatifs et critiques internes à la jurisprudence. Je chercherai autant que possible un ancrage de chaque argument normatif dans la pratique judiciaire de la CourEDH. La pratique des droits de l'homme doit en effet constituer non seulement le point de départ, mais aussi le point d'arrivée de tout argument sur ces droits.

II. Les droits de l'homme et l'entité politique

Dans cette première section, il s'agit d'identifier les liens qui existent entre les droits de l'homme que garantissent les instruments internationaux comme la CEDH et le type d'entité politique qui en est la débitrice. C'est en effet en partie cette dimension politique des droits de l'homme qui dicte ensuite quel régime (démocratique ou non) et quelle forme (fédérale ou non) politiques sont compatibles avec les droits de l'homme, voire exigés par eux.

Je procéderai en trois étapes. La faisabilité de la protection et donc l'existence des droits de l'homme dépend, tout d'abord, de la médiation institutionnelle des obligations qui leur correspondent et donc de l'existence d'institutions politiques (A.). Du point de vue de leur nature, ces institutions peuvent être celles d'un Etat, bien sûr, mais aussi d'une organisation

²¹ Sur la méthode de la théorie des droits de l'homme, voir Samantha BESSON, « The Law in Human Rights Theory », *Zeitschrift für Menschenrechte – Journal for Human Rights*, vol. 7, 2013, pp. 120-50.

internationale si les conditions d'égalité politique que requièrent les droits de l'homme sont remplies (B.). Enfin, l'effectivité de ces institutions est une conséquence de l'exigence de mise en œuvre effective des droits de l'homme (C.).

A. Les droits de l'homme et la médiation institutionnelle des obligations

L'existence des droits de l'homme dépend de la faisabilité de leur protection et, plus exactement, de celle des obligations correspondant aux droits de l'homme²². La faisabilité de ces obligations dépend à son tour de leur médiation institutionnelle, c'est-à-dire leur médiation par des institutions aptes à spécifier ces obligations et à les allouer.

Seules des institutions sont en effet à même d'assurer la coordination à large échelle des différents paramètres nécessaires à la spécification d'obligations pesant sur tous et dues à tous, mais aussi la distribution des ressources, nécessairement limitées, à cet effet²³. Outre cet argument de médiation pratique, c'est aussi un argument d'égalité dans la spécification et l'allocation des obligations qui milite en faveur de l'approche institutionnelle des débiteurs des droits de l'homme de tous²⁴. Comme nous le verrons, cette dimension égalitaire a aussi une influence à son tour sur la procédure légitime de spécification et d'allocation de ces obligations, et donc sur le type de régime politique compatible avec les droits de l'homme.

Cette approche institutionnelle des droits de l'homme trouve une confirmation dans la pratique internationale des droits de l'homme. Le droit international des droits de l'homme ne génère en effet des obligations que pour des institutions. Il s'agit avant tout de celles des Etats (p.ex. art. 1

²² Sur la condition de faisabilité des droits de l'homme (et sa distinction de l'effectivité), voir Samantha BESSON, « L'effectivité des droits de l'homme », in Jean-Baptiste ZUFFEREY, Jacques DUBEY, A. PREVITALI, dir., *Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Fribourg, AISUF, 2011, pp. 53-84.

²³ Voir Henry SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, 2ème éd., New Jersey, Princeton University Press, 1996, p. 166 ss.

²⁴ Voir Samantha BESSON, « The Allocation of Anti-poverty Rights Duties – Our Rights, but Whose Duties? », in Krista NADAKAVUKAREN-SCHEFER, dir., *Duties to Address Poverty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 408-31.

CEDH), mais aussi récemment de certaines organisations internationales (p.ex. l'UE ; art. 59 par. 2 CEDH). Il ne prévoit pas d'obligations relatives aux droits de l'homme de la part de personnes privées, physiques ou morales.

B. Les droits de l'homme et la nature des institutions débitrices

La nature des institutions qui soient aptes à assurer la médiation des droits de l'homme en pratique reflète la dimension égalitaire des droits de l'homme, qui sont, pour rappel, des droits de tous et envers tous. Les droits de l'homme sont, comme nous le verrons, constitutifs du statut politique égal de leurs titulaires et vice-versa²⁵. Les droits de l'homme requièrent donc des institutions débitrices qu'elles puissent respecter l'égalité publique ou politique de leurs titulaires.

La dimension égalitaire, mais surtout démocratique des institutions débitrices de droits de l'homme trouve confirmation dans la pratique internationale des droits de l'homme. C'est le cas notamment dans le système conventionnel où la démocratie joue un rôle essentiel, tant dans la justification de la restriction des droits de l'homme (p.ex. art. 8 par. 2 CEDH)²⁶, que plus généralement dans le contexte des conditions de mise en œuvre effective des droits de la Convention²⁷.

Les entités politiques dont le régime politique est démocratique et à même d'assurer l'égalité politique des individus sont actuellement avant tout les

²⁵ Sur la relation entre droits de l'homme, statut et égalité politique, voir Samantha BESSON, « The Egalitarian Dimension of Human Rights », *Archiv für Sozial- und Rechtsphilosophie Beiheft*, 2012, pp. 19-52. Plus généralement, sur les droits de l'homme en tant que statut, voir Jeremy WALDRON, « Is Dignity the Foundation of Human Rights? », *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-73*, January 2013.

²⁶ Voir CourEDH [GC], arrêt du 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, req. n^{os} 25088/94, 28331/95, 28443/95, Rec. 1999-III, par. 113. Voir aussi Philippe GÉRARD, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Facultés universitaires St Louis, 2007, pp. 204-8.

²⁷ Voir CourEDH [GC], *Zdanoka c. Lettonie*, *supra*, note 1, par. 98. Voir aussi François OST, « Le concept de "démocratie" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Le Journal des Procès*, no 124, 1988, pp. 13-19.

Etats. Il peut aussi s'agir d'organisations internationales, mais toutes ne sont pas (encore) à même d'assurer l'égalité politique des titulaires des droits de l'homme dont elles seraient les débitrices²⁸. A ce jour, il n'est d'ailleurs pas surprenant que l'Union européenne (UE) soit la seule organisation internationale débitrice de droits de l'homme internationaux et partie à ce titre d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme²⁹. On mentionnera ainsi sa qualité d'Etat partie à la Convention internationale sur les droits des personnes handicapées, et très prochainement la CEDH. L'UE est en effet la seule organisation internationale à avoir des « citoyens » auxquels elle reconnaît des droits individuels et l'égalité politique (art. 9 Traité sur l'Union européenne).

Rien n'exclut cependant que d'autres organisations internationales puissent se développer institutionnellement de manière à pouvoir assurer l'égalité politique des individus. Et surtout rien de cela n'entame leurs « responsabilités » internationales pour les droits de l'homme. Ces dernières ne doivent pas en effet être confondues avec des « obligations » relatives aux droits de l'homme au sens strict³⁰. On pensera, par exemple, aux responsabilités pour les droits de l'homme des Nations Unies, qui comprennent des responsabilités de faire répondre les Etats débiteurs des droits de l'homme de leurs violations de ces droits, d'assister ces Etats débiteurs et, le cas échéant, d'intervenir en cas de violation des droits de l'homme par ces Etats.

C. Les droits de l'homme et l'effectivité des institutions débitrices

La protection effective de droits de l'homme requiert l'existence d'institutions qui soient non seulement égalitaires, mais aussi effectives. Les institutions de l'Etat débiteur ont donc une obligation d'effectivité, et ce de manière à pouvoir assurer celle des droits de l'homme dont elles sont débitrices.

²⁸ Voir BESSON, « The Allocation of Anti-poverty Rights Duties », *op.cit.*, note 24.

²⁹ Voir Samantha BESSON, « The Human Rights Competence in the EU – The State of the Question after Lisbon », in Pasquale PISTONE, Miguel POIARES MADURO, Georg W. KOFLER, dir., *Taxation and Human Rights in Europe and in the World*, Amsterdam, IBFD, 2011, pp. 37-63.

³⁰ Voir BESSON, « The Allocation of Anti-poverty Rights Duties », *op.cit.*, note 24.

On peut se demander dès lors si ces institutions devraient être d'ores et déjà effectives pour pouvoir devenir débitrices de ces droits de l'homme en premier lieu et si, en d'autres termes, les droits de l'homme doivent être effectifs pour exister. Il me semble que non, l'effectivité n'étant qu'une conséquence normative de l'existence des droits de l'homme, contrairement à leur faisabilité³¹. Cependant, même si l'existence des droits de l'homme ne requiert pas aussi nécessairement l'effectivité des institutions débitrices à tout instant, leur effectivité minimale est une condition de cette existence à long terme en pratique.

On trouve une confirmation pratique de cette obligation d'effectivité dans les obligations positives, et surtout procédurales, que génèrent les instruments internationaux de protection des droits de l'homme quant à l'organisation et à la structure de l'Etat. La jurisprudence de la CourEDH en matière de juridiction, au sens de l'art. 1 CEDH, en témoigne bien. La Cour considère en effet que la juridiction d'un Etat est non seulement présumée sur le territoire de l'Etat, mais génère aussi des obligations de contrôle effectif de ce territoire. Ces obligations comprennent d'ailleurs une obligation de rétablissement du contrôle effectif sur le territoire national en cas de perte de ce dernier³².

III. Les droits de l'homme et le régime politique : la démocratie

Si la reconnaissance et la protection effective des droits de l'homme exigent la mise en place d'institutions égalitaires et effectives, il reste à déterminer

³¹ Voir BESSON, « L'effectivité des droits de l'homme », *op.cit.*, note 22 ; John TASIOLAS, « The Moral Reality of Human Rights », in Thomas POGGE, dir., *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 75-101. *Contra* : Joel FEINBERG, « The Nature and Value of Rights », *Journal of Value Inquiry*, no 4, vol. 4, 1970, pp. 243-51 ; Onora O'NEILL, « The Dark Side of Human Rights », *International Affairs*, no 2, vol. 81, 2005, pp. 427-39 ; Susan JAMES, « Rights as Enforceable Claims », *Proceedings of the Aristotelian Society*, no 2, vol. 133, 2003, pp. 133-47.

³² Voir CourEDH [GC], arrêt du 19 octobre 2012, *Catan et autres c. République de Moldavie et Russie*, req. n^{os} 43370/04, 18454/06, 8252/05, Rec. 2012, par. 146.

ce que cela implique pour le régime politique de ces institutions et de l'entité politique pour laquelle ils agissent. Je procéderai en deux temps : j'expliquerai, tout d'abord, comment les droits de l'homme sont liés de manière constitutive à l'égalité politique (A.), puis en quoi la démocratie est le régime politique qui permet au mieux de réaliser cette égalité politique et de protéger les droits qui la constituent : les droits de l'homme (B.).

A. Les droits de l'homme et l'égalité politique : droits et statut

Les droits de l'homme ont une dimension égalitaire³³. Cette dimension se retrouve non seulement dans la justification (normative) des droits de l'homme, mais aussi dans leur structure morale (analytique)³⁴.

Mais quel est, plus précisément, le lien des droits de l'homme avec l'égalité ? Il faut rappeler, tout d'abord, que les droits de l'homme sont des droits qui appartiennent à chacun également et que chacun doit aux autres. Mais on peut aller plus loin : la dimension égalitaire est en fait constitutive des droits de l'homme. Pour le comprendre, il faut commencer avec l'égalité morale de chacun en tant que statut moral fondamental. Le statut moral égal de toute personne est relationnel et social. Un statut est en effet un ensemble de droits, et vice-versa. Plus précisément, le statut moral égal de chacun consiste donc en un ensemble de droits moraux universels correspondant à des obligations.

L'égalité morale de statut nous mène ensuite vers l'égalité politique. Le statut moral égal de chaque personne, lorsqu'elle se trouve située dans des circonstances spécifiques qu'on peut qualifier de politiques (soit l'existence d'intérêts communs égaux et interdépendants), devient en effet une égalité politique. En tant qu'ensemble de droits, ce statut politique égal correspond alors à un ensemble des droits *de l'homme*. L'égalité politique comme sous-statut de l'égalité morale est donc constituée de droits de l'homme comme sous-ensemble des droits moraux universels.

³³ Voir BESSON, « The Egalitarian Dimension of Human Rights », *op.cit.*, note 25.

³⁴ Voir Samantha BESSON, « Justifications of Human Rights », in Daniel MOECKLI, Sangeeta SHAH, Sandesh SIVAKUMARAN, dir., *International Human Rights Law*, 2ème éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 34-52.

B. Les droits de l'homme par la démocratie et la démocratie par les droits de l'homme

Il n'est pas étonnant au vu de la dimension égalitaire des droits de l'homme que la démocratie, qui est le régime politique qui protège au mieux l'égalité politique ou publique des individus, soit intimement liée aux droits de l'homme³⁵.

En fait, cette relation n'est pas seulement instrumentale, mais elle est aussi conceptuelle et normative. La dimension égalitaire des droits de l'homme implique en effet que la procédure par laquelle ils sont identifiés, justifiés, mis en œuvre et restreints doit être démocratique. En retour, la démocratie, en tant que régime politique garant de l'égalité politique et donc d'un statut moral égal en conditions politiques, implique de respecter les droits de l'homme qui sont constitutifs de ce statut. Il y a bien sûr d'autres conditions de la démocratie que l'égalité politique et les droits de l'homme.

On trouve une confirmation pratique de la dimension constitutive égalitaire, mais surtout démocratique des droits de l'homme dans la pratique internationale des droits de l'homme. Comme je l'ai indiqué auparavant, c'est le cas notamment dans le système conventionnel. La démocratie y joue un rôle essentiel, tant dans la justification de la restriction des droits de l'homme (p.ex. art. 8 par. 2 CEDH) que plus généralement dans le contexte des conditions de mise en œuvre effective des droits de la Convention. La CourEDH affirme d'ailleurs sans ambages que « [...] la démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle »³⁶.

IV. Les droits de l'homme et la forme politique : le fédéralisme

Si la reconnaissance et la protection effective des droits de l'homme exigent l'existence d'institutions non seulement égalitaires et effectives, mais aussi démocratiques, il reste à voir ce que cela implique pour la forme politique de

³⁵ Voir BESSON, « The Egalitarian Dimension of Human Rights », *op.cit.*, note 25.

³⁶ Voir CourEDH [GC], *Zdanoka c. Lettonie*, *supra*, note 1, par. 98.

ces institutions et de l'entité politique pour laquelle ils agissent. Je procéderai en deux temps : j'expliquerai, tout d'abord, quelle est la relation entre démocratie et fédéralisme (A.), pour me tourner ensuite vers la relation entre droits de l'homme et fédéralisme au travers de leurs relations respectives avec la démocratie (B.).

A. La démocratie et le fédéralisme

La démocratie et le fédéralisme entretiennent une relation qu'on peut qualifier soit de conceptuelle (1.) soit de normative (2.).

1. La relation conceptuelle entre démocratie et fédéralisme

La démocratie et le fédéralisme sont deux concepts aux extensions (c'est-à-dire objets) très différentes et sans relation inhérente l'un avec l'autre. Le régime ou mode de décision dans une entité politique est en effet distinct de la forme ou l'organisation de cette entité politique. Plus concrètement, le respect de l'égalité et de l'inclusion dans le mode de décision politique n'implique pas nécessairement de diviser le pouvoir entre différentes entités politiques. A l'inverse, le partage de ce pouvoir entre unités n'implique pas nécessairement l'inclusion de toutes les personnes concernées ni leur égalité dans le mode de décision politique. Il n'y a donc en soi aucune identité ou exclusion analytique claire entre les deux concepts³⁷.

On trouve une confirmation pratique de cela dans le fait que toutes les démocraties ne sont pas fédérales, et vice-versa, et dans différentes études empiriques³⁸.

³⁷ Voir p.ex. Robert A. DAHL, « Federalism and the Democratic Process », in J. Roland PENNOCK, John W. CHAPMAN, dir., *Liberal Democracy: NOMOS XXV*, New York, New York University Press, 1983, pp. 95-108.

³⁸ Voir p.ex. Jan-Erik LANE, Ersson SVANTE, « The Riddle of Federalism: does Federalism Impact on Democracy? », *Democratization*, no 2, vol. 12, 2005, pp. 163-82.

2. La relation instrumentale entre démocratie et fédéralisme

La relation entre démocratie et fédéralisme est donc plutôt instrumentale : l'une permet de réaliser l'autre en pratique³⁹.

Selon la *direction* de la relation de dépendance entre les deux concepts, cette relation instrumentale peut être décrite comme unilatérale ou mutuelle. En l'occurrence, la relation est unilatérale : le fédéralisme est instrumental à la démocratie, tandis que l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Selon le *degré* de la relation de dépendance entre démocratie et fédéralisme, la relation instrumentale peut être considérée comme simple ou absolue. En l'occurrence, il ne s'agit clairement pas d'une relation de nécessité, puisque la démocratie peut se développer sans fédéralisme. On trouve une confirmation pratique de cela en droit international des droits de l'homme. En effet, nombre d'Etats démocratiques non-fédéraux (dont la France) figurent parmi les Etats parties à la CEDH.

Diverses justifications de la relation instrumentale entre le fédéralisme et la démocratie (plutôt que l'inverse) peuvent être avancées. Tout d'abord, la délibération démocratique est accrue par le fédéralisme, qui est donc favorable à une approche délibérative de la démocratie. En effet, le fédéralisme multiplie les unités politiques et donc potentiellement les *fora* de délibération. Ensuite, le pluralisme démocratique est développé par le fédéralisme, qui est donc favorable à la protection des minorités *contra* la majorité. En effet, le fédéralisme multiplie les unités politiques et donc potentiellement la reconnaissance de la pluralité d'intérêts à prendre en compte. Enfin, la décentralisation démocratique est accrue par le fédéralisme, qui est favorable à une approche non-majoritaire ou conso-

³⁹ Voir p.ex. Daniel J. ELAZAR, « Federalism », in Seymour M. LIPSET, dir., *The Encyclopedia of Democracy*, vol. II, London, Routledge, 1995, pp. 474-82 : « A form of political association or organization that unites separate polities within a more comprehensive political system, allowing each polity to maintain its own fundamental political integrity. Federalism can be understood as constitutionalized power sharing *through systems that combine self rule and shared rule*. » (mise en exergue par l'auteur). Voir aussi DAHL, « Federalism and the Democratic Process », *op.cit.*, note 37 ; William H. RIKER, Andreas FØLLESDAL, « Federalism », in Robert E. GOODIN, Philip PETTIT, Thomas POGGE, dir., *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2ème éd., Oxford, Blackwell Publishing, 2007, pp. 612-21.

ciationnelle (lit. consensuelle)⁴⁰ de la démocratie. En effet, le fédéralisme en reconnaissant certaines minorités comme entités politiques leur donne potentiellement une voix et une représentation proportionnelle qu'elles n'auraient pas nécessairement dans une démocratie unitaire.

On trouve une confirmation pratique de ces justifications dans la conception de la démocratie retenue par la jurisprudence de la CourEDH, notamment lorsqu'elle identifie les conditions nécessaires à une protection effective des droits de la Convention. La Cour a considéré, tout d'abord, que la démocratie délibérative doit être protégée par la Convention⁴¹. Elle considère aussi que le pluralisme démocratique doit être sauvegardé⁴². Enfin, elle a eu *l'occasion* de défendre une conception non-strictement majoritaire de la démocratie⁴³. Chacune de ces reconnaissances de la part de la Cour ne s'est pas fait en lien avec le fédéralisme, mais dans certaines de ces décisions, l'Etat dont la démocratie était en cause était un Etat fédéral, ou du moins un Etat décentralisé ou consociationnel⁴⁴.

La difficulté provient, bien entendu, des potentielles tensions entre ces dimensions de la démocratie elle-même, et notamment entre les deux dernières. L'exemple le plus récent de ces tensions est fourni par la jurisprudence *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*. La Cour y identifie une violation du pluralisme démocratique comme une discrimination raciale, mais au prix d'une condamnation indirecte de l'organisation décentralisée de

⁴⁰ Pour une définition du consociationalisme et sur sa relation au fédéralisme, voir MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13, pp. 480-1. Voir aussi Arend LIJPHART, « Consociational Democracy », *World Politics*, no 2, vol. 21, 1969, pp. 207-25.

⁴¹ Voir p.ex. CourEDH [GC], arrêt du 13 février 2003, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, req. n^{os} 41340-42-43-44/98, Rec. 2003-II, par. 88-89, 98-99.

⁴² Voir p.ex. CourEDH, arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. 7525/76, série A, n^o 45, par. 53 ; CourEDH [GC], arrêt du 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n^{os} 27996/06, 34836/06, Rec. 2009, par. 43-44.

⁴³ Voir p.ex. CourEDH, arrêt du 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, req. n^o 9267/81, série A, n^o 133, par. 57.

⁴⁴ Voir p.ex. CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *supra*, note 43 ; CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, *supra*, note 42 ; CourEDH [GC], *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, *supra*, note 42.

l'Etat et donc d'une limitation des effets instrumentaux bénéfiques de la forme d'organisation politique consociationnelle pour la démocratie⁴⁵.

Cette question nous amène à celles des limites de la relation d'instrumentalité entre fédéralisme et démocratie. Le fédéralisme, ou du moins certaines formes de fédéralisme, peuvent en effet nuire à la démocratie ou du moins à l'une de ses dimensions ou conceptions. Premier problème : la tendance à la fragmentation politique du fédéralisme, qui est contraire à l'unité de l'entité fédérale ou principale (subsistant en dehors des entités fédérées), porte directement atteinte à l'égalité politique qui est la valeur centrale de la démocratie⁴⁶. En effet, la co-existence d'une pluralité d'entités politiques fédérées égales et donc démocratiques ne suffit pas à assurer la démocratie de l'ensemble du point de vue de l'égalité politique sans une entité politique globale ou du moins principale. Un minimum d'unité politique, garante de l'égalité politique est nécessaire : d'où le choix d'une unité déterminante comme entité politique principale (p.ex. passage de confédération d'Etats à un Etat fédéral), et peu importe laquelle du point de vue démocratique. La coexistence d'une pluralité de *demoi* ne devrait pas se faire au prix de la reconnaissance d'un seul *demos* (de *demoi*) et donc de l'égalité politique⁴⁷. On peut aussi mentionner un deuxième problème : la difficulté connexe de l'auto-détermination dans une démocratie, et notamment du contrôle de l'agenda politique global. Cette dimension essentielle de la démocratie peut en effet être mise en péril par certaines formes de fédéralisme qui n'ont pas mis en place de correctifs (p.ex. par le biais des initiatives constitutionnelles en Suisse)⁴⁸.

Alors que la première difficulté rappelle la tension classique entre unité et pluralité, la seconde se fait l'écho de celle qui oppose l'individu au groupe.

⁴⁵ CourEDH [GC], *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, *supra*, note 42. Pour une critique de la jurisprudence de la Cour du point de vue du consociationnalisme, voir MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13.

⁴⁶ Voir p.ex. DAHL, « Federalism and the Democratic Process », *op.cit.*, note 37.

⁴⁷ Contrairement à MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13, pp. 482-3, je ne pense pas qu'il puisse y avoir démocratie sans un *demos* unique (même s'il est composé de multiples *demoi*) et par conséquent qu'il puisse y avoir une autre conception (moins « libérale ») de l'égalité, collective et non-individuelle. Voir notamment BESSON, « The Egalitarian Dimension of Human Rights », *op.cit.*, note 25.

⁴⁸ Voir p.ex. DAHL, « Federalism and the Democratic Process », *op.cit.*, note 37.

Ces limites à l'instrumentalité entre fédéralisme et démocratie se retrouvent, d'ailleurs et sans surprise, dans la relation entre fédéralisme et droits de l'homme vers laquelle je me tourne maintenant.

B. Les droits de l'homme et le fédéralisme au travers de la démocratie

Le temps est venu de se tourner à nouveau vers les droits de l'homme et leur relation au fédéralisme, et ce au travers de leurs relations respectives avec la démocratie. Après une discussion de la nature de leur relation (1.), je traiterai de deux difficultés pour cette relation en soi instrumentale entre fédéralisme et droits de l'homme, deux difficultés qui découlent de la dimension égalitaire des droits de l'homme (2.).

1. La relation instrumentale entre fédéralisme et droits de l'homme

Au vu de la dimension égalitaire des droits de l'homme et des rapports de référence mutuelle à l'égalité qui existent entre droits de l'homme et démocratie, c'est sans surprise que l'on peut constater que la relation entre fédéralisme et droits de l'homme reflète celle qui existe entre fédéralisme et démocratie.

Leur relation est une relation instrumentale unilatérale et simple. Le fédéralisme a en principe un effet favorable sur le développement des droits de l'homme, effet qui se confirme par l'observation empirique. L'inverse n'est pas vrai, cependant. Leur relation est simple en ce que les droits de l'homme peuvent très bien être protégés de manière effective en dehors de la forme politique fédérale.

Diverses explications de la relation instrumentale entre le fédéralisme et les droits de l'homme (plutôt que l'inverse) peuvent être avancées⁴⁹. Tout d'abord, le fédéralisme permet une contextualisation accrue des droits de l'homme. Il permet de veiller en effet à ce que les obligations correspondant

⁴⁹ Voir aussi WOEHLING, « The Relationship between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », *op.cit.*, note 15 ; TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note 11 ; BESSON, « Droits de l'homme et fédéralisme : une introduction thématique », *op.cit.*, note 3.

à chaque droit de l'homme soient spécifiées dans un contexte politique plus étroit et donc plus proche des porteurs de droits et des considérations morales et politiques de la communauté concernée. Ensuite, le fédéralisme, et les garanties politiques qu'il donne aux différentes entités politiques impliquées, permettent de protéger certains intérêts (notamment politiques) collectifs que les droits de l'homme *qua* droits individuels ne protègent pas nécessairement suffisamment. C'est notamment le cas de la protection des droits des minorités politiques en tant que « droits » collectifs qui se fait indirectement par les garanties institutionnelles de l'organisation de l'Etat que donne habituellement la constitution d'un Etat fédéral.

Curieusement, la pratique internationale des droits de l'homme ne confirme pas directement cette relation d'instrumentalité. De manière intéressante, elle ne l'infirme pas non plus. La forme politique des Etats parties à la Convention relève en effet de leur marge d'appréciation⁵⁰. Ainsi, la jurisprudence de la CourEDH ne condamne-t-elle pas un Etat fédéral dans un cas⁵¹, mais le fait dans une autre situation similaire. Mais même dans ce dernier cas, alors que c'est le fédéralisme qui est à l'origine de la violation de la Convention identifiée, la Cour invoque une autre fait à l'origine de cette violation et ne met donc pas en cause le fédéralisme⁵². Généralement, la Cour choisit donc une position résolument agnostique sur la question de la relation d'instrumentalité entre fédéralisme et protection des droits de l'homme. Cet agnosticisme connaît néanmoins des limites dans sa jurisprudence, discrètes certes mais toujours plus présentes, limites qu'il s'agit maintenant d'explorer.

2. Deux limites égalitaires

La dimension égalitaire des droits de l'homme (et de la démocratie) emporte une limite importante de la relation d'instrumentalité que l'on peut observer entre fédéralisme et droits de l'homme. Plus précisément, j'en discuterai de deux ici : l'objection égalitaire à la *pluralité de droits* individuels que peut entraîner le fédéralisme (a.) et l'objection égalitaire aux *droits collectifs* qu'on peut reconnaître aux minorités fédérales (b.).

⁵⁰ Voir CourEDH, *Müller et autres c. Suisse*, *supra*, note 6, par. 36.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Voir p.ex. CourEDH, *R.M.D. c. Suisse*, *supra*, note 2, par. 53-54.

La première limite a trait à l'égalité dans le bénéfice des droits et à sa mise en cause par la coexistence de plusieurs régimes de droits distincts, alors que la seconde concerne l'égalité des droits des individus et sa mise en cause par la reconnaissance de droits de groupes dont les individus sont mieux protégés que d'autres⁵³. En bref, la première critique porte sur la pluralité d'entités démocratiques et se fait l'écho de celles que j'ai discutées précédemment dans la relation entre fédéralisme et démocratie, alors que la seconde porte sur le caractère non-démocratique de l'entité politique principale.

La jurisprudence de la CourEDH montre des signes grandissants de sensibilité à ces considérations égalitaires en constatant l'application inégale de différents droits de la Convention et leur violation dans le premier cas, et en constatant la division de la communauté politique et la violation des droits politiques égaux de la Convention dans le second.

a. L'égalité des droits et la pluralité des droits fédéraux

La première objection égalitaire met en cause la compatibilité du pluralisme politique qu'implique une certaine conception du fédéralisme avec les droits de l'homme.

C'est la même limite de l'égalité politique, et ses conséquences pour l'unicité politique et donc l'unicité de droits, qui s'applique ici qu'en matière démocratique. L'égalité des droits de l'homme implique de choisir une seule communauté politique et démocratique de référence : soit une unité locale soit l'unité centrale, mais pas les deux de manière égale, même si l'entité centrale coexiste politiquement avec les entités locales. Le fédéralisme ne peut donc pas mener à une pluralité (ou dualité) de droits et de statuts politiques⁵⁴. En effet, si c'est le cas, il est incompatible avec l'égalité

⁵³ Voir aussi Henry J. STEINER, « Ideals and Counter-Ideals in the Struggle over Autonomy Regimes for Minorities », *Notre Dame Law Review*, vol. 66, 1990-91, p. 1551 ; MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13, pp. 482-3, 484-5.

⁵⁴ Contrairement à ce que suggère BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 10, pp. 24-5. Voir aussi David WIPPMANN, « Practical and Legal Constraints on Internal Power Sharing », in David WIPPMANN, dir., *International Law and Ethnic Conflict*, New York, Cornell University Press, 1998, p. 232.

politique et les droits de l'homme dans l'entité démocratique principale ou fédérale. A noter qu'il ne faut pas confondre le pluralisme juridique (c'est-à-dire, la coexistence d'ordres juridiques) qui caractérise un Etat fédéral avec le pluralisme politique et démocratique, et donc de droits de l'homme⁵⁵.

On trouve une confirmation pratique de cette limite égalitaire aux bienfaits démocratiques du fédéralisme dans la pratique internationale des droits de l'homme, et notamment dans la jurisprudence de la CourEDH. Bien sûr, comme les autres organes internationaux de protection des droits de l'homme⁵⁶, la CourEDH ne le fait pas directement sur la base du principe de non-discrimination⁵⁷. Tout d'abord, il n'existe pas de critère de

⁵⁵ Voir aussi CourEDH [GC], *Refah Partisi et autres c. Turquie*, *supra*, note 41, par. 128. D'où la difficulté dans l'UE où les droits fondamentaux de l'UE précipitent toute la question du pluralisme juridique et confortent l'approche « étatisante » de l'UE, même fédérale. Voir aussi BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques », *op.cit.*, note 10, p. 25 ; les conclusions de l'Avocate générale Eleanor SHARPSTON dans CJUE [GC], 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09, Rec. 2011, p. I-1177 ; BESSON, « The Human Rights Competence in the EU », *op.cit.*, note 29 ; Piet EECKHOUT, « Human Rights and the Autonomy of EU Law : Pluralism or Integration ? », *Current Legal Problems*, 2013, pp. 1-34.

⁵⁶ Cf. Comité des droits de l'homme, 31 juillet 2001, *Cheban c. Fédération de Russie*, Constatations CCCPR/C/72/D/790/1997, par. 7.4. : « Une violation de l'article 26 pourrait en outre être alléguée du fait qu'il était possible d'être jugé par un tribunal avec jury dans certaines régions du pays, mais pas à Moscou, où les auteurs ont été jugés et condamnés. Le Comité note qu'en vertu de la Constitution de l'État partie la question de savoir si l'accusé peut être jugé par un tribunal avec jury relève du droit fédéral, mais qu'il n'y a pas de loi fédérale sur cette question. Le fait qu'un État partie ayant une structure fédérale autorise des différences entre les divers éléments de la fédération en matière de procès avec jury ne constitue pas en soi une violation de l'article 26. »

⁵⁷ Voir CourEDH [GC], arrêt du 16 mars 2000, *Magee c. Royaume-Uni*, req. n° 42184/05, Rec 2010, par. 50-51 : « La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention protège contre le traitement discriminatoire de personnes placées dans des situations analogues en matière d'exercice des droits et libertés reconnus par la Convention et ses Protocoles. Elle observe à cet égard que dans certains domaines les différents territoires composant le Royaume-Uni ne partagent pas toujours la même conception de la législation. Le point de savoir si une personne peut ou non revendiquer un droit découlant de la législation peut par conséquent dépendre de la portée géographique de la législation en question et du lieu où se trouve l'intéressé au moment des faits. Pour autant que les suspects détenus

discrimination proscrit qui soit politique ou territorial et qui puisse par conséquent s'appliquer au fédéralisme en soi. Par ailleurs, pour des raisons politiques évidentes, la CourEDH ne peut pas condamner un Etat pour le simple fait d'avoir adopté une forme d'organisation politique plutôt qu'une autre, choix qui relève de sa marge d'appréciation⁵⁸. Lorsqu'elle condamne l'Etat dans un tel cas, elle le fait par référence à d'autres droits dont le respect dans l'égalité n'est plus assurée, mais dont la violation peut donc être imputée à autre chose que la forme fédérale. C'est le cas, par exemple, des droits garantis aux art. 5 ou 8 CEDH⁵⁹. Dans les rares cas où la Cour condamne un Etat fédéral pour discrimination, elle a recours à d'autres critères de discrimination comme la race ou la religion, mais uniquement à

soient traités différemment, en ce qui concerne les questions évoquées par le requérant, selon qu'ils relèvent de l'ordonnance de 1988 ou de la législation de l'Angleterre et du pays de Galles, cette distinction ne s'explique pas par des caractéristiques personnelles telles que l'origine nationale ou l'appartenance à une minorité nationale, mais par la situation géographique du lieu où l'intéressé est arrêté et détenu. Ainsi la législation peut-elle tenir compte de différences et de caractéristiques régionales de nature objective et raisonnable. En l'espèce, cette distinction ne constitue pas un traitement discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention. » ; et CourEDH, décision sur la recevabilité du 3 juin 2008, *Siveri et Chiellini c. Italie*, req. n° 13148/04, B.2. : « Dans la mesure où les requérants se plaignent d'une différence de traitement entre les personnes nommées à des postes du ressort de la région Toscane et celles nommées à des postes similaires dans d'autres régions ou au sein de l'administration de l'Etat, la Cour note que la possibilité qu'une région règle certaines matières de manière différente par rapport à d'autres régions ou à l'administration centrale est une conséquence inévitable de l'autonomie législative reconnue aux régions. Elle ne saurait, en tant que telle, être constitutive d'une violation de l'article 14 de la Convention. »

⁵⁸ Cf. l'opinion dissidente du Juge Franz MATSCHER dans CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, *supra*, note 42 : « (a) The diversity of domestic laws, which is characteristic of a federal State, can in itself never constitute a discrimination, and there is no necessity to justify diversity of this kind. To claim the contrary would be to disregard totally the very essence of federalism. »

⁵⁹ Voir p.ex. CourEDH, *R.M.D. c. Suisse*, *supra*, note 2, par. 54 ; CourEDH, *Agraw c. Suisse*, *supra*, note 7, par. 53 ; CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, *supra*, note 42, par. 69.

ce jour en combinaison avec l'art. 3 Protocole 1 CEDH et toujours très prudemment, comme nous allons le voir maintenant⁶⁰.

b. L'égalité des droits individuels et les droits des minorités fédérales

La deuxième objection égalitaire s'oppose à ce que les droits des entités fédérées soient protégés au titre des droits des minorités (p.ex. langue, religion, ethnie), lorsque cette protection entraîne la protection d'un ou plusieurs autres groupes que la communauté démocratique principale.

Pour mémoire, la dimension collective des droits collectifs, qu'on appelle aussi droits des minorités, peut porter sur les sujets de ces droits, les intérêts protégés par ces droits ou l'exercice de ces droits. Les droits collectifs du premier type sont très controversés pour des raisons d'égalité politique et de systématicité des droits de l'homme⁶¹. Les droits des minorités au premier sens du terme ne sont d'ailleurs pas protégés par la majeure partie des traités en matière de droit de l'homme, y compris la CEDH. En fait, l'art. 34 CEDH exclut expressément les communautés politiques, et donc les entités fédérées comme les cantons, de la légitimation active devant la CourEDH. Les droits des minorités protégées par le droit international des droits de l'homme, et notamment la CEDH, sont donc des droits individuels uniquement. C'est d'ailleurs par ce biais que les droits des minorités fédérales sont protégés par la CEDH, comme l'ont montré notamment les affaires linguistiques et politiques belges des années passées⁶².

⁶⁰ Voir p.ex. CourEDH [GC], *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, *supra*, note 42, par. 50 ; CourEDH, arrêt du 22 septembre 2004, *Aziz c. Chypre*, req. n° 69949/01, Rec. 2004-V, par. 36-38.

⁶¹ Voir p.ex. Jeremy WALDRON, « Taking Group Rights Carefully », in Grant HUSCROFT, PAUL RISHWORTH, dir., *Litigating Rights: Perspectives from Domestic and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 203-20 ; Yahel TAMIR, « Against Collective Rights », in Christian JOPPKE, Steven LUKES, dir., *Multicultural Questions*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 158-81.

⁶² Voir notamment CourEDH, arrêt du 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, req. n°s 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, série A, n° 6 ; CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *supra*, note 43. Voir aussi Giorgio MALINVERNI, « La CEDH et la protection des minorités », dans cet ouvrage.

La difficulté néanmoins est que ces droits individuels qui peuvent être invoqués afin de protéger les membres d'une minorité ne doivent pas mener à la consolidation politique de cette minorité ou, au contraire, à la déconsolidation politique d'autres entités politiques fédérées de l'Etat fédéral qui exerce sa juridiction. Le risque sinon est de mettre l'équilibre démocratique de l'Etat et l'égalité individuelle de ses citoyens en péril. L'égalité des droits politiques garantis par la Convention (p.ex. art. 3 Protocole 1 CEDH) serait alors menacée dans son « essence même »⁶³. Selon la CourEDH, en effet, « la seule condition posée par l'art. 3 du Protocole 1 est que l'élection assure l'égalité de traitement aux citoyens, soit une égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice de leur droit de vote et de leur droit de se présenter aux suffrages »⁶⁴. Cette atteinte à l'égalité politique dans un système fédéral pourrait survenir aussi bien en présence d'un fédéralisme *personnel* dans la mesure où il lierait les droits politiques à des caractéristiques personnelles comme l'ethnie ou la religion⁶⁵, que *territorial* dans la mesure où les membres des minorités politiquement non-protégées dans un Etat fédéral pourraient invoquer les droits politiques de la Convention pour bénéficier des mêmes droits que les minorités politiquement reconnues⁶⁶.

La jurisprudence de la CourEDH fournit une confirmation pratique de cette prudence face aux éventuelles conséquences pour l'égalité des droits politiques de la protection des droits des minorités fédérales par le biais des droits individuels de la CEDH.

Avant tout, et sans surprise, on a longtemps pu observer la volonté de la Cour de ne pas stigmatiser clairement le fédéralisme en tant que tel⁶⁷. Au

⁶³ Voir CourEDH [GC], arrêt du 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, Rec. 1999-I, par. 63-65. Voir aussi CourEDH, *Aziz c. Chypre*, *supra*, note 60, par. 30.

⁶⁴ Voir CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *supra*, note 43, par. 54.

⁶⁵ Voir p.ex. CourEDH [GC], *Refah Partisi et autres c. Turquie*, *supra*, note 41, par. 67 ; CourEDH, *Aziz c. Chypre*, *supra*, note 60, par. 36-38 ; CourEDH [GC], *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, *supra*, note 42, par. 50.

⁶⁶ Voir p.ex. CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *supra*, note 43, par. 52.

⁶⁷ Voir p.ex. CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *supra*, note 43, par. 57 ss : « Toutefois, la loi spéciale de 1980 s'insère dans un système institutionnel général de l'Etat belge, inspiré par le principe de territorialité. Il concerne tant les

risque de me répéter, la forme politique choisie par un Etat partie relève de sa marge d'appréciation, y compris son choix du fédéralisme. Selon la Cour, le principe d'égalité politique de l'art. 3 Protocole 1 CEDH n'implique « aucune obligation d'introduire un système déterminé ... tel que la proportionnelle ou le système majoritaire à deux tours. [...] Le choix du mode de scrutin est une question pour laquelle chaque Etat jouit d'une ample

institutions administratives et politiques que la répartition de leurs compétences et de leurs pouvoirs. Encore inachevée, la réforme en cours cherche à réaliser un équilibre entre les diverses communautés culturelles et régions du Royaume moyennant un ensemble complexe de freins et de contrepoids ; elle a pour but d'apaiser, par la création de structures plus stables et décentralisées, les différends linguistiques au sein du pays. Légitime en soi, ce dessein ressort avec clarté des débats d'un Parlement national démocratique et des majorités massives recueillies, notamment, par ladite loi y compris l'article 29 (paragraphe 22 et 31 ci-dessus). En examinant le régime électoral en cause, on ne saurait en oublier le contexte global. Il ne se révèle pas déraisonnable si l'on a égard aux intentions qu'il reflète et à la marge d'appréciation de l'Etat défendeur dans le cadre du système électoral parlementaire belge, marge d'autant plus étendue qu'il s'agit d'un système inachevé et transitoire. Il entraîne, pour les minorités linguistiques, la nécessité d'accorder leurs suffrages à des personnes aptes et prêtes à user de la langue de leur région. Une obligation analogue se rencontre dans nombre d'Etats pour l'organisation de leurs élections. Pareille situation, l'expérience le montre, ne menace pas forcément les intérêts de ces minorités. Il en va surtout ainsi, en présence d'un système qui dans son ensemble s'inspire de la loi du sol, quand l'ordre politique et juridique fournit des garanties, sous la forme par exemple de l'exigence de majorités qualifiées, contre des modifications intempestives ou arbitraires (paragraphe 17 ci-dessus). Les électeurs francophones de l'arrondissement de Hal-Vilvorde jouissent des droits de vote et d'éligibilité dans les mêmes conditions légales que les électeurs néerlandophones. Ils ne s'en trouvent point privés par la seule circonstance qu'il leur faut voter soit pour des candidats qui, prêtant leur serment de parlementaire en français, figureront parmi les membres du groupe linguistique français de la Chambre ou du Sénat et siégeront au Conseil de la communauté française, soit pour des candidats qui, optant pour le néerlandais, appartiendront au groupe linguistique néerlandais de la Chambre ou du Sénat et au Conseil flamand. Il ne s'agit pas là d'une limitation disproportionnée, contrecarrant "la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif" (paragraphe 51, 52 et 53 in fine ci-dessus). Dès lors, la Cour constate l'absence de violation de l'article 3 du Protocole no 1 (P1-3) considéré isolément. »

marge d'appréciation. »⁶⁸. Outre la marge d'appréciation, la Cour, si elle appliquait le test de non-discrimination, limitait jusqu'ici son pouvoir de cognition, et prenait en compte diverses justifications potentielles de la différence de traitement politique⁶⁹. Par exemple, la Cour se référait au soutien démocratique accordé à la forme politique choisie. Par exemple, dans l'affaire *Matthieu Mohin et Clerfayt c. Belgique*, la Cour s'est appuyé sur le soutien démocratique important existant en Belgique pour la forme politique fédérale et le système électoral, et y voit une justification à la différence de traitement politique qu'il entraîne.

Dans l'affaire *Matthieu Mohin et Clerfayt c. Belgique*, cependant, on pouvait déjà sentir la critique poindre. Ainsi, même si l'opinion dissidente des Juges John CREMONA et autres souligne bien l'importance que la Cour donne à l'autonomie des Etats parties quant au choix de leur forme politique, y compris fédérale, elle signale aussi clairement que l'invocation de la marge d'appréciation est vide de sens⁷⁰. Tout récemment, par ailleurs, la Cour a

⁶⁸ Voir p.ex. CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *supra*, note 43, par. 64.

⁶⁹ Voir p.ex. l'évaluation de la jurisprudence par MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13, p. 489 ; WIPPMAN, « Practical and Legal Constraints », *op.cit.*, note 54, pp. 240-1 ; STEINER, « Ideals and Counter-Ideals », *op.cit.*, note 53, p. 1540.

⁷⁰ Opinion dissidente commune des Juges John CREMONA, Denise BINDSCHIEDLER-ROBERT, Rudolf BERNHARDT, Dean SPIELMANN, Nicolas VALTICOS (CourEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *supra*, note 43) : « Le système actuel, a-t-on souligné, a été adopté, en 1980, par une très large majorité dans les deux groupes linguistiques du Parlement. Mais il s'agissait par définition d'une étape transitoire et de ce point de vue l'argument est plus empirique que juridique et sa valeur est fort douteuse. Le système devrait, à notre avis, être évalué selon ses propres mérites. En outre, le caractère transitoire du système actuel a lui-même été avancé comme argument. Ce caractère transitoire de la situation dure, toutefois, déjà depuis plus de six ans et, si un Centre d'études pour la réforme de l'Etat a bien été institué, la Cour n'a reçu du Gouvernement aucune indication sur la date même approximative à laquelle un régime définitif pourrait être adopté et moins encore sur le sens dans lequel le changement pourrait intervenir. Enfin, on ne saurait dire que la situation soumise à la Cour représente la seule solution concevable du problème ; en réalité, le fait même qu'elle est considérée comme transitoire montre que d'autres formules acceptables sont envisagées ou du moins ne sont pas exclues. Simplement à titre d'exemple et sans prétendre d'aucune manière présenter des suggestions concrètes (que nous ne sommes pas

conclu à une première violation de la Convention dans un cas similaire. Dans l'affaire *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, la Cour a en effet considéré que l'exclusion constitutionnelle de l'éligibilité de deux personnes du fait de leur appartenance ethnique et religieuse pouvait être considérée comme une discrimination raciale, et une violation de l'art. 14 CEDH et de l'art. 1 Protocole 12 CEDH en conjonction avec l'art. 3 Protocole 1 CEDH⁷¹.

Certes, la Cour ne se prononce pas sur la potentielle justification politique de cette restriction de l'égalité des droits politiques et notamment sur la justification de la structure consociationnelle de l'Etat bosniaque, structure s'approchant fortement d'un fédéralisme personnel⁷². Ce qui est regrettable,

qualifiés pour faire), on pourrait envisager de donner aux divers élus francophones de l'arrondissement de Hal-Vilvorde la possibilité de participer au Conseil flamand même s'ils ont prêté serment en français au Parlement, ce qui n'exclut pas qu'ils s'expriment en néerlandais au Conseil flamand, ou encore de tenir des élections distinctes au niveau régional et au niveau national, étant entendu que les élus au niveau régional devraient pouvoir participer au Conseil régional concerné. Mais naturellement il appartient au gouvernement lui-même de trouver les meilleurs moyens de résoudre le problème. *Le recours à la marge d'appréciation ne résout pas le problème dans ce cas, car cette marge trouve ses limites dans le respect effectif des droits protégés.* » (mise en exergue par l'auteur).

⁷¹ CourEDH [GC], *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, *supra*, note 42. Pour une critique de cette jurisprudence sur ce point, voir aussi MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13.

⁷² CourEDH [GC], *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, *supra*, note 42, par. 45-46 : « Se tournant vers la présente espèce, la Cour observe que pour pouvoir se porter candidat aux élections à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine il faut déclarer une appartenance à l'un des « peuples constituants ». Les requérants, qui se disent respectivement d'origine rom et d'origine juive et qui ne déclarent d'appartenance à aucun « peuple constituant », n'ont donc pas cette possibilité (paragraphe 11 ci-dessus). La Cour note que cette règle d'exclusion poursuivait au moins un but globalement compatible avec les objectifs généraux de la Convention tels qu'ils se trouvent reflétés dans son Préambule, à savoir le rétablissement de la paix. Lorsque les dispositions constitutionnelles litigieuses furent mises en place, un cessez-le-feu très fragile régnait sur le terrain. Les dispositions en cause visaient à faire cesser un conflit brutal marqué par des faits de génocide et d'« épuration ethnique ». La nature du conflit était telle que l'approbation des « peuples constituants » (à savoir les Bosniaques, les Croates et les Serbes) était nécessaire pour assurer la paix. Cela peut expliquer, sans forcément la justifier, l'absence de représentants des autres communautés

cependant, c'est précisément que la Cour ait condamné la Bosnie sans mettre en cause la forme politique fédérale, mettant ainsi en péril la transparence de son raisonnement et, plus généralement, sa légitimité judiciaire⁷³. Plus regrettable, encore, est le fait que la Cour semble avoir abandonné son mode de raisonnement antérieur sur l'organisation politique des Etats parties. Elle ne considère plus l'organisation politique de l'Etat comme relevant de sa marge d'appréciation⁷⁴. Elle opte pour un pouvoir de cognition élevé, n'autorisant plus de justifications à la restriction⁷⁵. Elle assimile en outre très rapidement une différence de traitement fondée sur l'ethnie à une discrimination raciale, sans fournir de base de distinction utilisable dans de

(notamment les communautés rom et juive locales) aux négociations de paix et le souci des négociateurs de veiller à une égalité effective entre les « peuples constituants » dans la société post-confliktuelle. 46. Il n'en reste pas moins que la Cour n'est compétente *ratione temporis* que pour examiner la période postérieure à la ratification par la Bosnie-Herzégovine de la Convention et du Protocole no 1. La Cour estime à cet égard qu'il ne lui est pas nécessaire de décider si l'on peut considérer que le maintien des dispositions constitutionnelles litigieuses après la ratification de la Convention poursuivait un « but légitime », dès lors qu'en tout état de cause, pour les raisons énoncées ci-dessous, la conservation du système ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité. »

⁷³ Voir Christopher MCCRUDDEN, Brendan O'LEARY, *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁷⁴ Voir MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13, pp. 491-3.

⁷⁵ CourEDH [GC], *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, *supra*, note 42, par. 44 : « Dans ce contexte, lorsqu'une différence de traitement est fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible (D.H. et autres, précité, § 196). La Cour a par ailleurs considéré que dans une société démocratique contemporaine basée sur les principes de pluralisme et de respect pour les différentes cultures, aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne ne peut être objectivement justifiée (*ibidem*, § 176). Cela étant, l'article 14 de la Convention n'interdit pas aux Parties contractantes de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des « inégalités factuelles » entre eux ; de fait, dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, en l'absence d'une justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause (affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », précitée, § 10 ; *Thlimmenos c. Grèce* [GC], no 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV ; et D.H. et autres, précité, § 175). »

futures affaires où un fédéralisme personnel fondé sur la langue ou la religion se présenterait⁷⁶. Enfin, elle n'envisage même pas la justification politique, et surtout démocratique du mode d'organisation politique choisi par la Constitution bosniaque. Bien sûr, la raison en est peut-être que, précisément, la solution choisie par les bosniaques ne l'avait pas été démocratiquement⁷⁷. La difficulté de cette interprétation toutefois est qu'elle n'est pas étayée dans l'arrêt. Elle ne cadre pas non plus avec l'approche désormais très objective de la démocratie qu'adopte la Cour dans sa jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire *Refah Partisi et autres c. Turquie*, la Cour a rejeté la justification démocratique offerte à une forme de fédéralisme personnel et notamment religieux⁷⁸.

Parmi les motifs qu'on peut avancer pour cette condamnation, bien qu'indirecte, d'un modèle d'organisation politique consociationnelle et donc quasi-fédéral par la CourEDH, il faut mentionner, tout d'abord, l'évolution du consensus européen sur certaines questions d'organisation politique⁷⁹. Ensuite, on ne saurait sous-estimer le renforcement de la jurisprudence de la CourEDH en matière de droit anti-discriminatoire, et notamment dans le domaine des droits des minorités⁸⁰. Deux paradigmes s'affrontent désormais en matière de protection des minorités dans le système conventionnel ; la protection des minorités non-politiques semble maintenant l'emporter sur la protection des minorités politiques qui a longtemps prévalu. Il semblerait, en

⁷⁶ CourEDH [GC], *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, *supra*, note 42, par. 43. Voir la critique de MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13, pp. 493-6.

⁷⁷ Pour cette interprétation, voir MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13, pp. 499-500. Voir aussi en faveur de cette interprétation, CourEDH, *Aziz c. Chypre*, *supra*, note 60, puisque l'occupation de l'île et la forme politique correspondante dans sa partie grecque n'ont pas pu être avalisées démocratiquement.

⁷⁸ CourEDH [GC], *Refah Partisi et autres c. Turquie*, *supra*, note 41, par. 98-99.

⁷⁹ CourEDH [GC], *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, *supra*, note 42, par. 48-49. Voir la critique de MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13, p. 490.

⁸⁰ Voir p.ex. la jurisprudence conventionnelle relative aux droits des Roms : CourEDH [GC], arrêt du 16 mars 2010, *Orsus et autres c. Croatie*, req. n° 15766/03, Rec. 2010 ; CourEDH, arrêt du 24 septembre 2012, *Yordanova et autres c. Bulgarie*, req. n° 26446/06 ; CourEDH, arrêt du 29 avril 2013, *Horvath and Kiss c. Hongrie*, req. n° 11146/11.

d'autres termes, que le prix à payer pour la consolidation des droits de l'individu en Europe soit une uniformisation des formes de l'organisation politique de l'Etat.

Il est difficile à l'heure actuelle de savoir si la CourEDH considérera sa décision dans *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine* comme un revirement jurisprudentiel et comme une décision de rupture avec sa position généralement agnostique des années passées quant aux limites égalitaires qu'impose la Convention au fédéralisme⁸¹. Le fait que sa décision n'ait pas encore été exécutée à ce jour – puisqu'elle requiert notamment une révision constitutionnelle – la prive certainement d'une part de son autorité *de facto* à cet égard. Dans tous les cas, on peut considérer que l'affaire bosniaque ne concernant que le fédéralisme personnel, la jurisprudence antérieure de la Cour en matière de fédéralisme territorial reste pour l'instant en place.

V. Conclusions

Il existe une relation normative, et plus particulièrement instrumentale, entre les droits de l'homme et le fédéralisme, et ce au travers de leurs relations respectives à la démocratie et, plus précisément, du fait de la dimension égalitaire des droits de l'homme.

Comme j'ai essayé de l'expliquer, cette relation vaut la peine d'être examinée en marge des discussions désormais nombreuses sur l'impact pratique ou historique des droits de l'homme sur le fédéralisme ou du fédéralisme sur les droits de l'homme, dans la mesure où elle corrobore et explique leurs résultats et surtout permet de les influencer à l'avenir.

Plus concrètement, la relation entre les droits de l'homme et la forme politique fédérale devrait peser sur la manière dont la jurisprudence de la CourEDH approche les concepts d'égalité politique et de démocratie dans un contexte fédéral. La Cour devrait aborder cette question plus ouvertement plutôt que d'avancer cachée. L'agnosticisme qu'elle a longtemps affiché quant au fédéralisme et sa compatibilité avec la démocratie et les droits de l'homme de la Convention est en effet désormais remis en cause. On peut

⁸¹ Pour cette critique, voir aussi MCCRUDDEN, O'LEARY, « Courts and Consociations », *op.cit.*, note 13, pp. 497-9.

même considérer qu'il est devenu une excuse pour une partialité exercée dans certains cas et non pas dans d'autres. Sans mentionner l'impact de cette jurisprudence aléatoire sur la légitimité du juge, d'une part, et du juge international et européen de surcroît, d'autre part, pour trancher ces questions politiques fondamentales en faisant preuve de si peu de transparence. Plus grave encore, l'ambivalence de la Cour met en péril le respect effectif de la valeur fondamentale de la Convention : l'égalité politique, et le régime qui la protège : la démocratie.