



HAL
open science

POPULISME et DROITS DE L'HOMME. Du désenchantement à la riposte démocratique.

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. POPULISME et DROITS DE L'HOMME. Du désenchantement à la riposte démocratique.. 2018. hal-01885818v1

HAL Id: hal-01885818

<https://hal.science/hal-01885818v1>

Preprint submitted on 2 Oct 2018 (v1), last revised 21 Jan 2019 (v2)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

A paraître dans *Refonder les droits de l'homme ?*, E. Dubout, S. Touzé (dir.), Paris, Pedone, (fin 2018).

POPULISME et DROITS DE L'HOMME *Du désenchantement à la riposte démocratique*

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Populisme. La charge péjorative du mot est indéniable : il se situe du « côté obscur de la politique » – pour reprendre l'expression de la linguiste Marie-Anne Paveau. Sur la base d'une recherche aléatoire relative aux contextes et aux usages effectifs de ce « mot voyageur » dans une série hétéroclite de supports de communication, elle a confirmé ce qu'instinctivement le sens commun impose : l'indéniable connotation dépréciative de ce mot en *isme*¹.

Droits de l'homme. C'est exactement l'inverse. Bien que les droits de l'homme aient toujours fait l'objet de discussions quant à leur fondement, leur nature, leurs titulaires, leur universalité² – on ne peut pas affirmer qu'il y ait d'emblée – quand on prononce cette formule de « droits de l'homme » qui existe dans le patrimoine juridique mondial depuis 1789 – une charge politique négative aussi puissante, notamment dans le langage courant, que celle induite par le mot populisme³.

La mise en relation de ces deux termes paraît donc *a priori* étrange, voire inappropriée. Et pourtant, ces deux mots et les charges politiques qu'ils impliquent s'inscrivent dans des trajectoires particulièrement sinueuses, complexes lesquelles, en réalité, se croisent et

¹ Anne-Marie PAVEAU, « Populisme : itinéraires discursifs d'un mot voyageur », *Critique*, 2012/1, n°776-777, p. 84.

² La littérature critique à l'endroit des droits de l'homme est imposante. La référence « classique » en langue française est l'*opus* de M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, 169 p. Pour un état des lieux récent, voir l'ouvrage de J. LACROIX et J-Y. PRANCHERE, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie d'un scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, 2016, 339 p. Pour une étude en langue anglaise qui fait le point sur toutes les écoles de pensée relatives aux droits de l'homme, l'article de M-B. DEMBOUR est également un classique, mais dans le monde anglo-saxon cette fois-ci, «What are Human Rights ? Four Schools of Thought », *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, n°1, February 2010, pp. 1-20. L'ouvrage de S. MOYN qui connut un succès éditorial considérable a bousculé les idées reçues sur la généalogie des droits de l'homme, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard, Harvard University Press, 2012, 352 p. Va t'il jusqu'au point de réécrire l'Histoire des droits de l'homme ? Les critiques de révisionnisme furent rudes, venant de tous les auditoires de l'univers académique (*ad ex.* A. SAJÓ, « The fate of Human Rights in indifferent societies (*i.e.* in more and more constitutional democracies », *From Criticism to Scorn : How the Recalibration of Human Rights Diminishes Liberty and What to Do About it*, Workshop on Human Rights, 18-19 mai 2018, 22 p.). A cet égard, il convient de souligner que l'ouvrage de J. Lacroix et Pranchère constitue, notamment dans le monde académique francophone, une volonté de « répondre » à la nouvelle approche historique proposée par Samuel Moyn.

³ Ceci étant, on reconnaîtra toutefois qu'aujourd'hui il n'est guère aisé de parler, d'enseigner ou de défendre tout simplement les droits de l'homme de la même manière qu'il y a dix ou quinze ans. Les temps changent ; les vents tournent et l'adhésion immédiate à leur égard ne va plus de soi.

s'entrecroisent pour le pire et le meilleur. Le pire, c'est l'instrumentalisation par les logiques populistes des faiblesses inhérentes au droit des droits de l'homme et des mécanismes de leur protection juridictionnelle⁴ ; tandis que le meilleur, c'est la riposte des juridictions des droits de l'homme contre les effets dévastateurs des régimes populistes. Avant d'examiner ces interactions complexes pour ne pas dire sinueuses, il n'est guère possible, au préalable, de faire l'économie du passage obligé consistant à savoir si les savants, qui se sont penchés sur l'étude du populisme⁵ – son histoire, ses caractéristiques, ses objectifs – ont réussi à le définir, d'autant plus quand on rappelle son « voisinage » linguistique avec le mot « populaire » qui entraîne systématiquement, toutes les confusions et les amalgames idéologiques possibles⁶. En effet, « si le populisme s'associe de façon automatique à un certain style d'appel au peuple, l'affirmation symbolique de la souveraineté populaire caractérise également la représentation classique. C'est bien là le problème : populistes et démocrates se disputent le monopole de la référence au Peuple souverain auxquels les uns et autres acceptent de se subordonner⁷ ».

Partant l'*irruption populiste* (I) mérite d'être scrutée afin de comprendre les ressorts de sa mécanique à travers le temps et l'espace⁸. C'est uniquement après cette nécessaire incursion dans l'histoire du populisme qu'il sera possible d'examiner la manière dont les logiques et/ou les gouvernements populistes se nourrissent d'un désenchantement social qui est en réalité, fondamentalement, un désenchantement démocratique à l'égard du pouvoir transformateur de l'Etat de droit (et dont les droits de l'homme sont un pilier essentiel).

Partant, comprendre l'irruption populiste nécessite d'examiner sans concessions le fonctionnement des systèmes démocratiques, qui ne sont pas exempts de dysfonctionnements, surtout quand ils s'insèrent dans des mécanos politico-institutionnels plus vastes, comme l'Union européenne. Les *imperfections démocratiques* (II) seront donc scrutées afin de voir si on peut y déceler des carences qui sont intimement reliées au droit des droits de l'homme et à ses mécanismes de garantie et qui expliqueraient l'utilisation par les leaders et partis populistes d'éléments objectifs qui participent à nourrir leur politique.

⁴ Il a été décidé d'aborder le droit et les institutions des droits de l'homme de la manière la plus globale qui soit, en y intégrant tout à la fois les Cours constitutionnelles lesquelles, *ad intra*, ont pour fonction d'assurer la protection des « droits fondamentaux » (pour reprendre la terminologie constitutionnelle qui leur est spécifique) et les juridictions régionales de protection des droits (essentiellement ici la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme), dont la raison d'être est de préserver les systèmes démocratiques de la raison d'Etat et de protéger au mieux les personnes.

⁵ Ce que Guy HERMET nomme « les définitions savantes du populisme », voir « Permanences et mutations du populisme », *Critique*, 2012/1, n°776-777, p.71.

⁶ « Parmi les malentendus dont souffre le débat démocratique, l'un des plus lourds de conséquences est la confusion entretenue, non sans arrières pensées, entre l'adjectif "populaire" et son dérivé, "populiste" », Alain-Gérard SLAMA, « Au nom du peuple : de "populaire" à "populiste" », *Le Débat*, 2011, n°4, p. 64. L'auteur estime qu'en réalité toutes les constances dans le populisme permettent d'affirmer qu'il est « l'exact envers du contenu auquel renvoie le mot populaire. Ces deux termes, cousins par l'étymologie, sont antinomiques sur le plan politique ». Populaire, en son sens politique, remonte au 19^{ème} siècle et prend racine dans le monde ouvrier qui « regarde vers le haut » et qui est « confiant dans l'avenir ; « 'populaire' correspond à une aspiration de promotion individuelle et d'égalité démocratique ». Le populisme quant à lui est entièrement tourné vers un passé idéalisé.

⁷ Guy HERMET, *op.cit.*, p.71.

⁸ Il était impossible évidemment dans le cadre de cette analyse globalisante de faire le point sur ce qui se passe sur tous les continents. Toutefois, ceux sur lesquels les Cours régionales de protection des droits ont été confrontées à l'irruption populiste (CEDH et CIADH) ont orienté le choix des pays analysés : le Venezuela, la Bolivie, l'Equateur pour l'Amérique latine ; la Pologne, la Hongrie pour l'Europe.

La critique du fonctionnement démocratique effectuée ; le passage en revue des faiblesses du droit des droits de l'homme et de sa mise en œuvre analysés, il s'agira de décrypter les effets de l'arrivée au pouvoir de partis populistes. Quand les discours populistes arrivent à créer de puissantes logiques qui finissent par conquérir le pouvoir, les effets sur les principes élémentaires des régimes démocratiques sont dévastateurs. Contrairement aux atteintes traditionnelles à la démocratie par le biais de coups d'Etats – où les autorités dirigeantes sont emprisonnées voire éliminées, la Constitution confisquée, l'état d'exception décrété – l'arrivée au pouvoir de leaders populistes grâce au ressort du vote, engendre un délitement de la démocratie qui peut passer, dans un premier temps, totalement inaperçu. Les tanks n'ont pas investi les villes et les campagnes, les militaires ne sont pas dans les rues, la Constitution continue de trôner, les institutions de fonctionner, les opposants de s'exprimer (dans un premier temps). Toutefois, si un vernis démocratique persiste, la substance démocratique est attaquée. Devant ce dangereux *démantèlement démocratique* (III), si le droit et les institutions des droits de l'homme sont affectés de façon directe, ils tentent dans le même temps de riposter. La *riposte démocratique* n'est pas toutefois exempte de multiples difficultés (IV).

I. L'IRRUPTION POPULISTE

Il ressort des multiples études sur le populisme qu'il est impossible de trouver des éléments définitionnels communs acceptés par la grande majorité des auteurs (A). En revanche, les éléments ayant permis l'émergence, le développement, bref, la greffe du populisme au sein de multiples types de sociétés – et ce quelles que soient les latitudes et les histoires singulières propres à chaque construction étatique – laissent à voir de significatives convergences causales (B).

A. L'impossible convergence définitionnelle

« Appliqué à un concept du champ politique, le flou est loin d'être la propriété du populisme. Pour ne s'arrêter qu'à l'un de ceux qu'on y associe le plus souvent, la 'démocratie' est loin de briller par sa netteté », P. ORY, *Peuple souverain. De la révolution populaire à la radicalité populiste*, Paris, Gallimard, 2017, p. 35.

La littérature sur le populisme est foisonnante et déconcertante. Foisonnante, car depuis les premières manifestations historiques du phénomène populiste à la fin du 19^{ème} siècle jusqu'à ses manifestations les plus récentes et profondément déstabilisantes au début du XXI^{ème} siècle, les chercheurs – en premier lieu les sociologues, rejoints par les historiens et les politologues – n'ont eu de cesse de se pencher sur le phénomène. Partant, l'immersion dans l'univers des études savantes sur le populisme démontre une richesse épistémologique inouïe. Elle suit en quelque sorte les trois « idéaux types » qui relatent l'irruption populiste par aires géographiques et par périodes historiques. Le « populisme agraire » en Russie et aux Etats-Unis au 19^{ème} siècle ; le « populisme socio-économique » en Amérique latine au milieu du XX^{ème} siècle et le « populisme xénophobe » en Europe à la fin du XX^{ème} siècle et au début du XXI^{ème}⁹. De telles typologies – dont on trouvera des variantes selon les auteurs¹⁰ –

⁹ Ces « idéaux types » sont ceux considérés comme les plus courants dans la littérature spécialisée, voir C. MUDDE, C. ROVIRA KALTWASSER, « Populism », *The Oxford Handbook of Political Ideologies*, 2013, p. 494. Même si la littérature francophone n'utilise pas ces formules, l'incursion dans l'approche historique révèle *grosso modo* le même séquençage, v. G. HERMET, « Permanences et mutations du populisme », *Critique*, 2012/1, n°776-777, pp. 62-74.

¹⁰ Ainsi, la spécialiste britannique de sciences politiques, Margaret Canovan distingue, quant à elle, le « populisme agraire » du « populisme politique », M. CANOVAN, *Populism*, Harcourt Brace Jovanovich, New

démontrent *a contrario* l'aporie définitionnelle. C'est en cela que la littérature sur le populisme est déconcertante : étant l'un des concepts les plus contestés et discutés en sciences sociales, il n'a jamais permis l'émergence et l'acceptation d'une définition acceptée par tous et partout.

La production scientifique sur le sujet a été et continue d'être, le plus souvent, « sectorisée », fragmentée. Ainsi, quand Gino Germani, un sociologue argentin d'origine italienne¹¹ propose, dans son ouvrage *Authoritarianism, fascism and National Populism*¹², une définition du populisme comme « une stratégie de mobilisation transgressant les règles de la démocratie représentative¹³ », elle découle directement de son étude du fascisme et du péronisme. De même, quand le politologue brésilien Hélio Jaguaribe¹⁴ mit en avant le « rôle primordial du charisme personnel dans la relation entre le leader populiste et ses fidèles », il met en avant un élément classique du panorama politique latino-américain depuis la *Conquista*, où la figure du *Caudillo* est omniprésente¹⁵. Plus près de nous dans le temps, quand le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe produit un rapport entièrement consacré au populisme en Europe, il l'identifie en affirmant que « le populisme désigne ceux qui invoquent la proclamée 'volonté du peuple' pour museler l'opposition et détruire les contre-pouvoirs qui leur font barrage »¹⁶ ; en cela il s'appuyait sur les dérives constatées dans de nombreux pays européens. En plus d'être « sectorisée », la littérature a pu également être engagée au point de fournir une approche apologétique du populisme. A la fin des années 70, ce sont les travaux de l'Argentin Ernesto Laclau qui irradiant le paysage intellectuel sur la question en utilisant une clé d'analyse marxiste¹⁷. Figure de proue en la matière, il en présente une vision constructive en considérant qu'il s'agit de « tout projet politique hégémonique applicable à des situations où il existe des demandes sociales insatisfaites. L'articulation de ces demandes insatisfaites est l'objectif principal du leader populiste »¹⁸. On sait que Chantal Mouffe, sa compagne, de

York, 1981, 351 p. G. Hermet mentionne quant à lui le « populisme des anciens » et le « populisme des modernes », G. HERMET, *op.cit.*, p. 74 ; dans son ouvrage paru en 2001 (*Les populismes dans le monde, voir plus bas*), il parle des « populismes fondateurs » et du « populisme consolidé ».

Il convient ici de souligner que ce n'est qu'à partir des années 90 que des études d'envergure commencèrent à fleurir en France, dans le champ de la science politique. Elles adoptèrent en général, une démarche consistant à décrypter le plus souvent le cas français, à travers l'analyse de quelques exemples étrangers (en général uniquement européens). Une notable exception est celle de l'ouvrage de G. Hermet qui explore les univers indo-pakistanaï, arabo-islamique ou extrême oriental, Guy HERMET, *Les populismes dans le monde. Une histoire sociologique. XIX-XXème siècle*, Fayard, Paris, 2001, 479 p. ; de même, Yves MENY, Yves SUREL, *Par le peuple, pour le peuple. Le populisme et les démocraties*, Paris, Fayard, 2000, 326 p. ; Dominique REYNIÉ, *Populismes. La pente fatale*, Paris, Plon, 2011, 288 p.

¹¹ Né en 1911 en Italie, il émigre en Argentine en 1934 afin de fuir le régime autoritaire de Mussolini qui l'avait mis sous surveillance constante. En 1966, il décidait de quitter l'Argentine de Juan Perón afin de continuer son travail de sociologue aux Etats-Unis. Il mourut en 1979 à Rome après avoir fini par récupérer sa nationalité italienne. Ces informations sont tirées du compte-rendu de son ouvrage (*Authoritarianism, fascism and National Populism*) effectué par Barbara CELARENT dans *l'American Journal of Sociology*, vol. 119, n°2, septembre 2013, pp. 590-596.

¹² G. GERMANI, *Authoritarianism, fascism and National Populism*, New Brunswick, Transaction Book, 1978, p. 71.

¹³ Cité par Guy HERMET in « Permanences et mutations du populisme », *Critique*, 2012/1, n°776-777, p.71.

¹⁴ *Problemas do desenvolvimento latinoamericano*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967.

¹⁵ J. LYNCH, *Caudillos in Spanish America, 1800-1850*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 486 p.

¹⁶ T. JAGLAND, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'Etat de droit. Populisme-Le système de contre-pouvoirs suffisamment puissant en Europe ?* Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2017, p.4. Il a proposé également une définition par la négative : « le populisme n'est pas un terme 'fourre-tout' pour désigner quiconque – individu ou mouvement – cherche à ébranler l'ordre établi ; utilisé abusivement, il est vidé de sa substance ».

¹⁷ E. LACLAU, *Politics and Ideology in Marxist Theory. Capitalism. Fascism. Populism*, Londres, 1977.

¹⁸ Il s'agit ici de l'analyse d'Alejandra SALINAS sur les travaux d'Ernesto Laclau « El populismo según Laclau : ¿Hegemonía vs Derechos ? », *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, n°57, Octobre 2012, pp. 187-207.

nationalité belge, a repris la rhétorique en participant à la rendre célèbre en Europe au point de conseiller des mouvements s'en inspirant, comme celui de la « France insoumise »¹⁹.

On l'a compris, point de définition consensuelle à l'horizon qui s'accorderait, systématiquement, sur le populisme, et ce quels que soient les auteurs, leur spécialité, leur approche analytique. Le récent essai du théoricien des idées, Jan-Werner Müller, le confirme à l'envi. Car en réalité, « les chercheurs battent tout de suite en retraite » dès qu'il s'agit de fournir une définition acceptée par tous²⁰. C'est tout simplement impossible. Les travaux réunis au sein de l'*Oxford Handbook of Populism* et publiés à la fin de l'année 2017²¹ – s'ils témoignent à eux seuls de l'importance sociologique du phénomène et s'ils proposent des analyses démontrant l'explosion des populismes à travers le monde²² – rendent compte également du fait qu'il est impossible au regard de la variété de ses manifestations, comme des usages hétérogènes de la rhétorique populiste, d'en fournir une définition consensuelle. En réalité, comme beaucoup d'autres concepts au cœur des phénomènes politiques (démocratie, nationalisme, fascisme etc.), il est insaisissable et flou, ce qui ne manque pas d'ailleurs de faire son succès²³.

Toutefois, avec le passage du temps et le recul historique et politique sur le(s) phénomène(s) populiste(s), de nombreux spécialistes ont proposé, non pas des définitions, mais la présentation de caractéristiques qui seraient pérennes et qui transcenderaient les époques et les régions. Au-delà du fait que trois « concepts centraux » (*core concepts*) sont intrinsèquement liés au populisme – le peuple, l'élite et la volonté générale²⁴ – les spécialistes insistent sur certaines caractéristiques. On constatera que si, là encore, l'unanimité n'est pas au rendez-vous, ces traits singuliers considérés comme pérennes, permettent toutefois de s'approcher au plus près de la réalité populiste.

Ainsi, pour le politologue néerlandais Case Mudde et son collègue chilien Cristóbal Rovira Kaltwasser, si la présence d'un leader charismatique est régulièrement relevée dans l'histoire de certains populismes (surtout en Amérique latine), ces deux auteurs considèrent qu'il n'y a pas là un « attribut définitionnel » du populisme²⁵. Ils mettent en revanche plutôt l'accent sur le fait qu'il s'agit d'une idéologie ou d'une « vue du monde » (*world view*) binaire, manichéenne, qui oppose le « vrai peuple » à l'« élite corrompue »²⁶. Pour le sociologue et

¹⁹ Pierre Birnbaum l'a démontré de façon magistrale, P. BIRNBAUM, « Les “gens” contre l'oligarchie : le discours de la France insoumise », *Cités*, 2017-4, pp. 163-173.

²⁰ J-W. MÜLLER, *Qu'est-ce que le populisme ? Définir enfin la menace*, Paris, Gallimard, 2017, p. 30. (Coll. Essai Folio). (Titre original *Was Ist Populismus ? Ein Essay*, 2016).

²¹ C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, 2017.

²² Le phénomène a en effet de loin dépassé l'Amérique latine (sa terre d'élection traditionnelle), l'Europe de l'Ouest et les Etats-Unis, pour saisir l'Europe centrale et orientale, les Etats dits « post-soviétiques », l'Afrique, l'Asie, l'Australie et la Nouvelle Zélande, voir la Partie II du *Oxford Handbook on Populism*.

²³ Pascal Ory le souligne avec pertinence, « Appliqué à un concept du champ politique, le flou est loin d'être la propriété du populisme. Pour ne s'arrêter qu'à l'un de ceux qu'on y associe le plus souvent, la 'démocratie' est loin de briller par sa netteté », P. ORY, *Peuple souverain. De la révolution populaire à la radicalité populiste*, Paris, Gallimard, 2017, p.35. Cet auteur poursuit, toujours à propos du populisme, en affirmant que « la notion ne peut pas ne pas garder une part d'incertitude puisque, dans une certaine façon, elle a été créée pour ça. », p.45.

²⁴ C. MUDDE, C. ROVIRA KALTWASSER, « Populism », *op.cit.*, p. 590 et s. Ces concepts sont suffisamment larges, pour ne pas dire flous, pour y intégrer en réalité ce que les leaders populistes désirent en fonction des histoires propres à leur mouvement et leur pays. Cet élément explique que le populisme se manifeste à tous les endroits de l'échiquier politique, de l'extrême droite à l'extrême gauche.

²⁵ C. MUDDE, C. ROVIRA KALTWASSER, « Populism and Political Leadership », *The Oxford Handbook of Political Science*, 2014, p. 376.

²⁶ C. MUDDE, C. ROVIRA KALTWASSER, « Populism and Political Leadership », *op.cit.*, p. 377 : « *In fact, It would be erroneous to equate populism with charismatic or strong leadership. In this chapter we will try to shed*

historien français Guy Hermet, l'élément singulier commun serait celui d'« une relation au temps en opposition absolue avec le temps normal de la politique » dont on sait qu'il est régi par la longue durée « face à l'impossibilité de répondre à toutes les demandes à la fois. » Or, selon lui, le « rapport du populisme au temps immédiat en constitue le noyau distinctif²⁷ ». Il estime en effet que « l'unique trait permanent du populisme (...) paraît être l'exploitation systématique du rêve populaire de réalisation immédiate des revendications des masses²⁸ ». Si on se tourne à présent vers les travaux du chercheur allemand Jan-Werner Müller, ce qui caractérise fondamentalement le populisme, *i.e.*, sa « revendication fondamentale » consiste à « affirmer constamment ceci, à peu de choses près : 'Nous – et seulement nous – représentons le peuple véritable' ». Autrement dit, si la critique des élites est un critère nécessaire, il n'est en rien suffisant. « Pour le dire autrement, une 'attitude anti-establishment' ne suffit pas à définir correctement le populisme. A l'anti-élitisme doit encore s'ajouter un anti-pluralisme²⁹ ». Ce dernier point est particulièrement important car ce trait distinctif n'est pas uniquement mis en avant par Müller. Alain-Gérard Slama dans un article éclairant ne dit pas autre chose quand il affirme que le populisme se base sur un courant des « anti-Lumières » : « d'un côté, l'anti-individualisme, exprimé dans la détestation du notable et du bourgeois, et, de l'autre, l'antimatérialisme, confondu avec l'anticapitalisme. En regard de cette modernité détestée, le populisme cherche, sous une forme ou sous une autre, à provoquer un retour à des valeurs qui rassurent : communautaires, au sens territorial, ethnique et religieux ; identitaires, au sens déterministe et normalisateur du rejet du tout pluralisme ; corporatistes, au sens de l'appartenance au groupe, à la transmission, au métier³⁰ ». On pourrait également ici souligner que c'est cet anti-pluralisme qui alarma le Secrétaire général du Conseil de l'Europe dans le cadre de son rapport publié en 2017³¹.

De ces quelques incursions dans le champ de travaux savants sur le populisme³², on arrive tant bien que mal à dresser le portrait-robot de ses permanences : une vue binaire du Monde (*Peuple v. Elite*) qui exclut la complexité du réel ; un rapport défiant voire délégitimant à toute approche critique qui ne serait pas conforme aux vœux du « Peuple » incarnés dans la voix du Leader et/ou du parti populiste (*Pluralisme vs. Sectarisme*) ; un rapport singulier au Temps (*temps long de la politique classique v. promesse de résultats immédiats*).

Si de consensus définitionnel il ne peut être question, on aura tout de même constaté l'existence de caractéristiques communes à travers le temps, ce qui n'est pas négligeable. Il s'agira d'autant d'éléments importants à prendre en considération dans l'analyse des rapports complexes entre populisme et droits de l'homme. Ceci constaté, il n'en reste pas moins que les causes de l'émergence populiste sont, quant à elles, plus aisément identifiables. En effet, on découvre que quelles que soient les époques et les continents, les mouvements populistes d'un côté et les régimes populistes de l'autre – *i.e.*, les mouvements qui ont fini par accéder au pouvoir – exploitent des frustrations suscitées d'un côté par différents types d'évolutions

light on this complex relationship, arguing, in the main, that neither charismatic nor strong leadership is inherent to populism. While it is true that these elements are relevant in most manifestation of populism, we maintain that populism is first and foremost a Manichean world view or ideology that assume that society is characterized by a distinction between the 'pure people' and the 'corrupt elite'.

²⁷ G. HERMET, « Permanences et mutations du populisme », *Critique*, 2012/1, n°776-777, p.73.

²⁸ *Ibid.*, p. 72

²⁹ J-W. MÜLLER, *Qu'est-ce que le populisme ? op.cit.*, p.31. Il réitérait cette approche, de façon synthétique, dans le *Oxford Handbook of Populism* sous l'entrée « Populism and constitutionalism ».

³⁰ A-G. SLAMA, *op.cit.*, p. 67.

³¹ T. JAGLAND, *Situation de la démocratie, op.cit.*,

³² Certains travaux allant même jusqu'à entreprendre une analyse critique (pour ne pas dire acide) du travail de la science à ce sujet, voir L. JEANPIERRE, « Les populismes du savoir », *Critique*, 2012/1, pp.150-164.

économiques et sociales (industrialisation du 19^{ème} siècle ; dépression économique entre les deux guerres ; globalisation et migrations massives de la fin du 20^{ème} siècle et début du 21^{ème} siècle). En un mot, le populisme s'est en règle générale nourri des crises économiques qui ont débouché sur d'importants bouleversements politiques³³. Les *leaders* populistes jouent à l'envi sur la mobilisation des affects et vitupèrent contre l'accumulation de multiples frustrations. Le *désenchantement social*, et plus largement, *démocratique*, est au cœur de l'irruption populiste.

B. L'étonnante convergence causale : le désenchantement social

Cette exploitation des multiples frustrations sociales générées par des bouleversements économiques d'envergure se met en place, très souvent (mais pas systématiquement) grâce à l'existence d'un leader charismatique qui va utiliser – en jouant sur l'affect et non sur la raison – une rhétorique très particulière, articulée sur le même antagonisme, celui du Peuple *versus* les Autres, en promettant à ce Peuple un changement radical et immédiat de l'ordre établi. Si ces Autres recouvriront différents visages « par-delà les époques et les cultures³⁴ » – les bourgeois, les « gros » (sous la IV^{ème} République en France), les corporations, les élites, les oligarchies, l'*Establishment* qui est protéiforme (politique, économique, médiatique, judiciaire, national, international...), ce qui est sûr, c'est que la figure du Peuple est, quant à elle, toujours idéalisée, à l'instar du passé, qui incarne un Age d'or perdu qu'il faut recouvrer, coûte que coûte. « Le retour aux valeurs qui rassurent »³⁵ est au cœur de la matrice populiste.

Parcourons rapidement les différents moments historiques de l'irruption populiste pour prendre la mesure de la convergence des causes de son irruption : le populisme s'est toujours nourri des crises générées par d'imposants bouleversements économiques. Le survol historique du désenchantement (1), permettra de mieux saisir ensuite deux 'désenchantements contemporains' qui permirent l'exercice de populismes de gouvernement en Amérique latine et en Europe centrale et orientale. Ce *zoom* sur le présent sera l'occasion de montrer (en dépit des éloignements géographiques et culturels), que les ressorts populistes résident toujours et encore dans un désarroi social qui s'est développé – à l'aube du XXI^{ème} siècle – au sein de démocraties constitutionnelles libérales, ce qui est ici un élément distinctif par rapport aux expériences historiques. Ainsi, au désenchantement social *per se*, se superpose un désenchantement démocratique libéral qui n'épargne guère le rôle et la place des Cours constitutionnelles garantes des droits fondamentaux, dont on sait qu'elles sont un rouage consubstantiel au constitutionnalisme moderne (2).

³³ Au point que certains ont considéré que son rapport à la terre était important, A-G. SLAMA rappelle en effet ceci : « Il n'est pas insignifiant que tous les mouvements de la planète qui se sont réclamés du populisme depuis le 19^{ème} siècle aient été, sans exception, reliés à la terre. », *op.cit.*, p.66.

³⁴ A-G. SLAMA, *op.cit.*, p. 67.

³⁵ *Ibid.*, p. 67. Ces valeurs peuvent être communautaires (au sens territorial, ethnique et religieux) ; identitaires (au sens du rejet de tout pluralisme) ; corporatistes (au sens de l'appartenance au groupe traditionnel, au métier).

1. Survol historique du désenchantement

La grande majorité des auteurs font remonter les premières manifestations populistes en Russie Tsariste d'un côté et aux Etats-Unis de l'autre³⁶. D'un côté, les *Narodniki*³⁷ russes des générations de 1840-1870, sensibles aux thèses développées par Alexandre Herzen. Membres de l'*intelligentsia*, ils valorisent un « communautarisme agraire » afin de faire face à ce qu'ils pensent être une destruction sociale découlant du capitalisme. Intellectuels « d'extraction sociale élevée, ou petite bourgeoise », ils furent les « initiateurs du national-populisme, [...] honnissaient le projet modernisateur du tsarisme et exaltaient la vision ethnique d'une 'Petite Mère Russie' conforme au modèle idéalisé de ses communautés paysannes »³⁸. D'un autre côté, le mouvement des *Grangers* vers 1870 puis les membres du *People's Party* (le Parti du Peuple) en 1890 qui défendaient les ruraux de l'Ouest et du Sud lésés par les banques et les chemins de fer de l'Est. L'historien Pascal Ory, dans un essai brillant et dense³⁹, met en lien ces deux expériences – qui se situaient à la gauche de l'échiquier politique et qui furent toutes deux de retentissants échecs – en relevant leur point commun. Tout d'abord, « la conviction que la société politique doit se ressourcer dans un peuple oublié par les institutions établies » ; ensuite, le fait que « l'essence dudit peuple renvoie à un mythe de la nation, dont il constituerait le pilier le plus sain » ; enfin « que le discours se construit sur la dénonciation des dominants économiques ou supposés tels, grands propriétaires terriens, grandes entreprises capitalistes, milieux financiers⁴⁰ ». Il faut lire la littérature française sur le populisme pour prendre l'importance, à la même époque, du boulangisme qui « apparaît dans une société traumatisée par la Commune de Paris et affectée par la défaite de 1871 sur l'Empire allemand » et qui souffre « depuis 1885 d'une dépression économique prolongée. » C'est surtout la première fois que l'on découvre la manière dont les poussées populistes, ductiles, passent sur l'échiquier politique, d'un extrême à l'autre, *i.e.* celui de « la gauche idéaliste à la droite radicale⁴¹. »

Alors que la Grande guerre avait valorisé d'autres thématiques (communisme, social-démocratie, libéralisme, fascisme) – le concept ressurgira au sein des Amériques après la seconde guerre mondiale et dans le prolongement de la dépression économique des années 1930. Une donnée supplémentaire y est associée, celle du *leadership* charismatique dans la tradition des *Caudillos*. Les expériences populistes de Getúlio Vargas au Brésil dans les années 30 (1930-1945)⁴² et celles d'après-guerre de Juan Domingo Perón en Argentine (1946-1955)⁴³ ont « toutes reposé sur une idéologie corporatiste qui prétendait assurer l'ordre économique et social avec l'appui des paysans misérables émigrés vers les villes »⁴⁴. De l'avis de nombreux auteurs, l'exemple péroniste est paradigmatique de l'expérience populiste

³⁶ C. MUDDE, C. ROVIRA KALTWASSER, « Populism », *The Oxford Handbook of Political Ideologies*, 2013, p. 495. Ils l'ont catégorisé comme étant le « populisme agraire », à l'instar de M. CANOVAN. ; dans le même sens, A.-G. SLAMA, *op.cit.*, p.66 ; G. HERMET, « Permanences et mutations du populisme », *op.cit.*, p.63. L'historien français Pascal ORY, dans son essai – *Peuple souverain. De la révolution populaire à la radicalité populiste*, Paris, Gallimard, 2017, 252 p. – consacre également de longues et éclairantes pages sur cette apparition populiste de la fin du 19^{ème} siècle, spec. pp. 37-41.

³⁷ La traduction de *Narodnik / Narodnichestvo* sera, dans « l'historiographie du mouvement révolutionnaire internationale, rendue par les termes « populiste/populisme », P. ORY, *op.cit.*, p.40.

³⁸ G. HERMET, « Permanences et mutations du populisme », *op.cit.*, p.63.

³⁹ P. ORY, *Peuple souverain. De la révolution populaire à la radicalité populiste*, Paris, Gallimard, 2017, 252 p.

⁴⁰ P. ORY, *op.cit.*, p.42.

⁴¹ G. HERMET, « Permanences et mutations du populisme », *op.cit.*, p.64.

⁴² Il revint ensuite au pouvoir entre 1950 et 1954.

⁴³ Chassé par un coup d'Etat en 1955, Juan Perón et sa femme – la fameuse *Evita* – revinrent au pouvoir en 1973.

⁴⁴ A.-G. SLAMA, *op.cit.*, p. 67.

à cette époque. Le parcours de Juan Perón en dit long en la matière. Ayant débuté sa carrière politique au sein du gouvernement militaire (1943-1946), il y devint Ministre du Travail. Cela lui permit de forger de multiples réseaux avec les syndicats en général et les pauvres, les « sans-chemises » (*descamisados*), en particulier. Gagnant les élections en 1946⁴⁵, il mit en place des réformes radicales (nationalisation de l'économie, établissement de certains droits sociaux, extension du suffrage aux femmes) au point que la société argentine fut profondément divisée (on dirait de nos jours « polarisée ») et continue de le rester, structurellement. Si les années 1990 furent celles de l'accès de nouveaux gouvernements populistes en Amérique latine (oscillant entre autoritarisme et dictature), ils étaient tous à l'époque en faveur de l'économie de marché et avaient la volonté de contrôler l'inflation et de miser sur la croissance – le Brésil de Fernando Collor de Mello (1990-2002), le Pérou d'Alberto Fujimori (1990-2000) et l'Argentine de Carlos Menem (1989-1999) – : en un mot, ils se situaient à droite de l'échiquier politique.

Les années 2000 marqueront un important tournant, pour ne pas dire une fracture. Alors que nombre de pays accèdent à la démocratie constitutionnelle et que le cycle des dictatures autoritaires prend fin, les nouvelles figures de proue du populisme sont toutes à gauche de l'échiquier politique, dénonçant la faillite des élites et leur corruption comme la persistance des inégalités sociales : Hugo Chávez au Venezuela (1998-2013) suivi de son successeur Nicolás Maduro (2013 –), Evo Morales en Bolivie (2006 –) et Rafael Correa en Equateur (2007-2017). Ils accèdent au pouvoir et modifient radicalement le paysage politique en optant délibérément pour un constitutionnalisme d'un genre nouveau.

En Europe, la crise économique de la fin des années 2000, couplée à certains effets collatéraux de la mondialisation, créa de véritables déserts industriels dans de nombreuses régions européennes accroissant la paupérisation de la classe ouvrière – le chômage augmentant – et orchestrant le début du déclasserement des classes moyennes⁴⁶. Comme si le tableau n'était pas assez négatif, les crises migratoires et terroristes vinrent se superposer aux déstabilisations économiques en plaçant qui plus est l'Union européenne au-devant de la scène. Une Union européenne en perte de sens, déboussolée, sans aucune vision à long terme (ne faisant que *réagir*), ayant perdu le Cap des années 80-90 où tout semblait lui sourire⁴⁷.

⁴⁵ La production sur le péronisme, sur le couple Juan Perón et Eva Perón, n'a eu de cesse d'alimenter la littérature, le cinéma et les écrits scientifiques. Dans ce vaste océan de références, on se permet ici de renvoyer au formidable « roman vrai » d'Olivier GUEZ, *La disparition de Josef Mengele*, Paris, Grasset, 2017, 231 p. (*Prix Renaudot*). On (re)découvre la compromission de Juan Perón – fasciné par l'Allemagne hitlérienne et l'Italie de Mussolini – avec les nazis, accueillis à bras ouverts dès 1946, au moment où il accédait au pouvoir. On retranscrit ici un extrait significatif de son ouvrage qu'il a bâti sur la base d'une imposante documentation historique : « Perón veille personnellement au bon déroulement de la grande évasion [des nazis]. A Buenos Aires, il crée un service spécial, le Bureau d'information dirigé par Rudi Freude, le fils de son principal contributeur à la présidentielle victorieuse de 1946, Ludwig Freude, richissime banquier nazi et actionnaire des éditions Dürer (.../...) A la fin des années 1940, Buenos Aires est devenue la capitale des rebuts de l'ordre noir déchu (.../...). Un Quatrième Reich fantôme. Perón choisit ses *desesperados*. En juillet 1949, il amnistie ceux qui sont entrés sous une fausse identité et les reçoit parfois à la *Casa Rosada* », p.40.

⁴⁶ Beaucoup de travaux d'économistes ont relié la « globalisation » économique aux « *backlash* » populistes. Pour une analyse circonstanciée de cette interaction, v. D. RODRIK, « Populism and the Economics of Globalization », *Faculty Research Working Paper Series*, Harvard Kennedy School, 2017, 46 p.

⁴⁷ De même, pour des analyses démontrant le lien entre le chômage consécutif à la crise économique, la faiblesse des institutions européennes à aborder et résoudre ces difficultés et la montée du populisme, on renvoie à Y. ALGAN, S. GURIEV, E. PAPAIOANNOU, E. PASSARI, « The European Trust Crisis and the Rise of Populism », *Brookings Papers on Economic Activity*, Fall 2017, pp. 309-382, spec. pp. 374-375 : « Our results imply that the loss of confidence in national and European political institutions and the rise of populism are related to the crisis-driven increase in unemployment (.../...). The Great Recession, coupled with the relative weakness of European institutions and the indecisiveness of policymakers in coping with its severe consequences, led to a dramatic decline in citizens' confidence in political and even legal institutions. »

Alors que l'Europe avait été dans l'ensemble immune au populisme, elle en fit l'expérience de façon assez massive à la fin de années 1990 et au début des années 2000 quand des partis situés à l'extrême droite de l'échiquier politique entrèrent au sein de certains gouvernements, *La Ligue du Nord* en Italie ou encore le *Parti de la Liberté autrichienne* (FPÖ) en Autriche. C'est un populisme où la valorisation de l'identité nationale est à son zénith, où les thématiques sont axées sur les migrations, le crime, la corruption, et où l'intégration européenne est honnie : elle est l'archétype d'une organisation élitiste qui confisque la souveraineté populaire et qui, par voie de conséquence, est déconnectée des aspirations du « Peuple ». Si les leaders et partis populistes sont longtemps restés dans l'opposition (comme le *Front national* de Jean-Marie et Marine Le Pen en France), si d'autres prennent de plus en plus d'importance dans le paysage politique de leur Etats – comme le *Parti pour la Liberté PVV* de Geert Wilders aux Pays-Bas, le parti europhobe et anti-migrant *Alternative pour l'Allemagne* (AfD) et, toujours en Allemagne, le parti anti-migrant *Pegida* – certains incarnent tout simplement l'apothéose du succès du « populisme xénophobe » – pour reprendre « l'idéal type » de C. Mudde et C. Rovira Kaltwasser⁴⁸ – puisqu'ils ont, par les urnes, accédé au pouvoir en plein cœur du continent européen (Viktor Orbán en Hongrie (2011 –) et Jaroslaw Kaczyński en Pologne)⁴⁹ et plus récemment, dans le cadre d'un scénario inouï, en Italie, où deux populismes – l'un identitaire, xénophobe et d'extrême droite (la *Ligue* de Matteo Salvini), l'autre qui affirme être ni de gauche ni de droite, mais qui affiche son approche « anti-système » (le *Mouvement 5 étoiles* de Luigi Di Maio) – réussirent à passer un pacte de gouvernement⁵⁰.

Dans le cadre de cet idéal-type du « populisme xénophobe », le musulman devient la cible idéale (conséquence tout à la fois de l'attaque terroriste du 11 septembre 2001 et de la « crise migratoire ») et permet en contrechamp de magnifier l'identité, transformée en « pureté » nationale. « La défense de l'identité nationale menacée par la globalisation économique et culturelle – et d'abord par la migration – est ce qui enracine le plus profondément les mouvements populistes dans leurs pays respectifs, de Marine Le Pen à Donald Trump » écrit Pascal Ory⁵¹. Le même constat s'impose sans difficultés à l'endroit de la Pologne, la Hongrie et les autres pays à l'Est du continent européen⁵².

S'en tenir à ce populisme radical qui se nourrit fondamentalement de nationalisme⁵³, serait fournir une cartographie incomplète du scénario populiste, à tout le moins en Europe. Le paysage politique n'est pas simple car, dans le même temps, des partis se réclamant des « valeurs » de gauche, sont également classés sous l'étiquette « populiste » : de la « France insoumise » de Jean-Luc Mélenchon⁵⁴ à *Podemos* en Espagne en passant par *Syriza* en Grèce.

⁴⁸ C. MUDDE, C. ROVIRA KALTWASSER, « Populism », p. 497 et s.

⁴⁹ Jaroslaw Kaczyński, actuel député et ancien Premier ministre entre 2006 à 2007, est le président du Parti *Droit et Justice* (*PiS*) créé en 2001. Il est redevenu l'homme fort du pays grâce à la très large victoire de son parti aux élections législatives de 2015. Cette formation politique ultraconservatrice a de nombreuses accointances avec le *Fidesz* du Hongrois Viktor Orbán (un souverainisme et un conservatisme moral débridés articulés par un discours magnifiant l'identité nationale), voir *infra*. III. *Le démantèlement démocratique*.

⁵⁰ R. LAUDANI, « De Berlusconi au Mouvement 5 étoiles », *Le Retour des populismes, L'état du monde 2019*, B. Badie, D. Vidal (dir.), Paris, La découverte, 2018, pp. 234-239.

⁵¹ P. ORY, *Peuple souverain, op.cit.*, p.76.

⁵² J. RUPNIK, « La démocratie illibérale en Europe centrale », *Esprit*, 2017, 6, pp. 69-85 ; L-A. SERRUT, « Une nouvelle catégorie politique dans les Etats de l'Est de l'Union européenne », *Cités*, 2017/2, n°70, pp. 135-160.

⁵³ Comme l'essai de P. ORY le démontre à merveille dans le troisième chapitre « Génie du populisme » de son ouvrage, *Peuple souverain, op.cit.*, pp. 72-90.

⁵⁴ P. BIRNBAUM, « Les “gens” contre l'oligarchie : le discours de la France insoumise », *op.cit.* L'auteur cite plusieurs extraits des différents ouvrages écrits ces dernières années par J-L. Mélenchon. On y découvre toute la rhétorique populiste qui oppose le Peuple à une Elite corrompue qu'il convient de chasser du pouvoir. Ainsi, dans *l'Ere du peuple* (Paris, Pluriel, 2017, p.12), le président de la *France insoumise* écrit : « Le peuple

Ils ont comme point commun avec les partis précédents leur anti-européanisme (dénonçant les effets pervers de la logique libérale prônée par l'Union européenne)⁵⁵ et, d'une manière générale, de toute institution qui serait élitiste et déconnectée des aspirations du vrai Peuple (ainsi des médias par exemple) ; ils ne partagent pas toutefois, en principe, le discours identitaire et xénophobe des partis d'extrême droite.

2. Zoom sur deux désenchantements contemporains

Quoi de commun entre Hugo Chávez, Rafael Correa et Evo Morales d'un côté et Viktor Orbán de l'autre ? *A priori*, rien tant les histoires des continents où ces leaders apparurent n'ont rien en commun, tant chacun des pays concernés (le Venezuela, l'Equateur, la Bolivie et la Hongrie) ont des histoires singulières. Et pourtant, c'est un désenchantement social et, plus largement c'est le désenchantement à l'endroit de la démocratie constitutionnelle libérale, qui s'est exprimé par les urnes, en portant au pouvoir ces hommes politiques.

En Amérique latine, les trois premiers dénoncent les apories du *Néo-constitutionnalisme* des années 1990 dont le cadre analytique fut le constitutionnalisme libéral. Il n'aurait pas été « transformateur ». Revenons quelques instants sur l'enthousiasme des années 1990 sur ce continent. Elles furent marquées par un consensus sur la nécessité de consolider des systèmes démocratiques libéraux. Dans le contexte de la fin de la vague des régimes militaires et de l'échec des expériences de « socialismes réels », la démocratie constitutionnelle paraissait la seule alternative raisonnable ; elle était l'unique mécanisme légitime pour élire les gouvernants, tandis que les gouvernements élus devaient respecter les droits fondamentaux de tous, notamment ceux des minorités. Tous les discours des intellectuels à cette époque tournaient autour de la question de savoir comment atteindre ces objectifs (tandis qu'à aucun moment ne fut posée la question de la pertinence de tels objectifs). Ainsi, il s'agissait de doter les démocraties constitutionnelles de contrôles efficaces ; d'institutionnaliser le pouvoir judiciaire de telle sorte qu'il soit indépendant et impartial ; de soumettre les forces militaires et policières au contrôle du pouvoir civil ; de promouvoir une société civile consciente de l'importance de la protection des droits fondamentaux etc... Il est intéressant de constater qu'à l'époque, même la gauche latino-américaine avait fini par se rallier à ce courant dominant⁵⁶. Après l'enthousiasme, la désillusion. Ce sont en effet les promesses non tenues du constitutionnalisme libéral qui furent à l'origine du désenchantement social. La frustration populaire était à son zénith au sein de nombreux pays. Non seulement aucune avancée significative ne fut constatée en matière de réduction de la pauvreté et des inégalités – les plus importantes au monde sur ce continent – mais en outre la lutte contre la corruption rampante de nombreuses « élites » politiques et économiques de la région ne fut pas combattue avec

détrônera la petite oligarchie des riches, la caste dorée des politiciens qui servent leurs intérêts et les médiocrates qui envoûtent les esprits. Du balai ! Il le fera ! ».

⁵⁵ L'article de Dani RODRIK, « Populism and the Economics of Globalization », *op.cit.*, p. 25, démontre que l'impact de certaines politiques économiques – similaires à celles ayant eu cours en Amérique latine – eurent des impacts spécifiques en Espagne et en Grèce générant l'apparition de partis populistes d'extrême gauche.

⁵⁶ La gauche espérait en effet qu'une profonde transformation sociale surgirait des nouvelles formes d'organisation, apparues dans le cadre des processus de transition démocratique, ainsi des ONG nationales et transnationales, seraient à même de mobiliser efficacement les tribunaux afin qu'ils appliquent le catalogue des droits fondamentaux (plus spécifiquement les droits économiques et sociaux), consacrés tant à l'échelle nationale et internationale. Cette attente d'un changement social à travers l'action judiciaire consacrait une sorte de « réconciliation » de la gauche latino-américaine avec le droit (J. COUSO, « Las democracias radicales y el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano' », *Sela 2015*, p. 5). En effet, au début des années 1970, de nombreux intellectuels voyaient le droit comme un obstacle au changement social ; ainsi d'Eduardo Novoa Monreal un conseiller juridique influent de Salvador ALLENDE, (E. NOVOA MONREAL, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Ed. Siglo XXI, 1975).

pugnacité, les partis politiques se faisant le plus souvent complices de tels états de fait. Partant, au Venezuela dans un premier temps⁵⁷, puis en Bolivie et en Equateur dans un deuxième temps, c'est une nouvelle politique qui fut promue d'autant plus facilement que les partis politiques des démocraties constitutionnelles libérales furent dans l'incapacité de réagir efficacement, empêtrés dans des logiques politiciennes ; un élément qui facilita grandement l'émergence de *leaders* charismatiques. Ces derniers se lancèrent de façon très agressive tout à la fois dans une restructuration constitutionnelle de premier plan et dans d'importantes politiques de redistribution, particulièrement prisées par les secteurs les plus défavorisés de la société.

Certains intellectuels vinrent au soutien de telles démarches en défendant ouvertement l'idée qu'il était nécessaire, mieux, légitime, d'adopter des systèmes démocratiques « radicaux » caractérisés par une forte concentration du pouvoir entre les mains de l'Exécutif afin de pouvoir en finir avec l'exclusion et les inégalités. Deux constitutionnalistes espagnols – entièrement engagés dans ces processus – Roberto Viciano Pastor et Rubén Martínez Dalmau, professeurs à l'Université de Valence – théoriseront cette nouvelle approche en utilisant l'expression de *Nuevo constitucionalismo*⁵⁸ afin de le distinguer de ce qui fut nommé, dans les années 1990, le *Néo-constitutionnalisme*⁵⁹. Dans ce contexte, il ne fut pas compliqué de faire appel au « Peuple », à ses légitimes frustrations et déceptions et à son nécessaire réinvestissement en politique afin qu'un changement radical de l'ordre établi voit rapidement le jour.

Il est remarquable de constater qu'en dépit d'un contexte et d'une histoire politique différents, le scénario hongrois qui permit à Viktor Orbán d'arriver au pouvoir en 2011, s'est nourri d'un désenchantement du même type. Une désillusion à l'endroit de la démocratie constitutionnelle libérale tout d'abord, accentuée ensuite par les conséquences d'une crise économique « nationale » (depuis 2005-2006), complétée et amplifiée par le choc de la crise mondiale de 2008. Pál Sonnevend, dans une analyse percutante⁶⁰, décortique la mécanique de certains éléments lesquels, avec le recul, prennent une signification particulière. Son analyse est confirmée par d'autres chercheurs comme le professeur Gabor Halmaï, professeur à l'Institut Universitaire de Florence⁶¹. La transition démocratique menée en 1989 prit une allure élitiste (*elitist touch*) pour avoir été menée par une série de négociations nationales (*National Roundtable*) qui ne débouchèrent pas sur une approbation populaire, mais uniquement

⁵⁷ D. VALADÉS, « Venezuela y la izquierda », A. R. Brewer Carías et C. García Soto (coord.), *Estudios sobre la Asamblea nacional constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Jurídica Venezolana, 2017, p. 13 : « El ascenso al poder de Hugo Chávez en 1999 estuvo relacionado con el desprestigio de los partidos políticos en Venezuela. Formó parte de un movimiento antisistema que ya para entonces se había generalizado en diversos lugares del mundo como respuesta a la corrupción e ineptitud de los gobernantes y a la incapacidad de las instituciones representativas para ejercer controles sobre ellos ».

⁵⁸ *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte constitucional de Ecuador, 2010 ; des mêmes auteurs, R. VICIANO PASTOR, R. MARTINEZ DALMAU « El nuevo constitucionalismo latinoamericano : fundamentos para una construcción doctrinal », *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2011, 9.

⁵⁹ Miguel Carbonell, professeur mexicain de droit constitutionnel, a été (avec beaucoup d'autres) celui qui a le plus écrit sur le Néo-constitutionnalisme en proposant une grille analytique précise pour en discerner les grands traits. Parmi une littérature prolifique, on citera le livre qu'il a coordonné sur la question, M. CARBONELL (dir.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Edition Trotta, 2003, 286 p. Pour une présentation en français, voir l'ouvrage dirigé par C-M. HERRERA, *Le Constitutionnalisme latino-américain : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Editions Kimé, 2017, 133 p.

⁶⁰ P. SONNEVEND, « Preserving the *Acquis* of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis. Lessons from the Hungarian Case », *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune* A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antonazzi, F. Piovesan (eds), Oxford, OUP, 2017, pp. 123-145.

⁶¹ G. HALMAI, « Hungary and Poland : How the EU Can and Should Cope with Illiberal Member States », accessible en ligne sur le site de l'Institut Universitaire de Florence.

parlementaire. La Constitution, bien qu'elle fut modifiée de fond en comble par plusieurs réformes, resta formellement celle de 1949 – *i.e.* celle de l'ancien régime communiste – car les forces politiques en présence furent incapables de trouver le consensus nécessaire en vue de l'adoption d'une nouvelle Charte constitutionnelle⁶². Dans ce contexte, il revint à la Cour constitutionnelle – présidée par Lázlo Sólyom⁶³ – d'injecter de la cohérence normative. Elle sut avec habileté pour ce faire utiliser la procédure de *l'actio popularis* (Section 1(b) et Section 21 (2) de l'Acte n° XXXII de 1989 de la Cour constitutionnelle)⁶⁴. Au final, la Cour combla les lacunes constitutionnelles, développa une jurisprudence fournie en matière de droits fondamentaux (peine de mort, euthanasie, avortement, liberté de religion, séparation de l'Eglise et de l'Etat, restitution des biens confisqués par le régime communiste etc...) et s'engagea dans toutes les questions relatives à la transition démocratique⁶⁵. Alors qu'elle développa un activisme judiciaire remarqué sur toutes ces questions⁶⁶, il n'en fut pas de même s'agissant des droits sociaux. La Constitution hongroise réformée – si elle avait diminué leur nombre par rapport à la Constitution soviétique – n'en était pas moins pourvue d'un catalogue somme toute audacieux (droit au travail, droit d'établir des syndicats, droit à la santé, droit à la sécurité sociale et droit à l'éducation), mais, dans la pratique, la Cour les interpréta comme de « simples objectifs étatiques⁶⁷ » et « se réfréna de promouvoir des politiques ayant pour objet d'éliminer les inégalités ». Pusillanime sur la question générale des droits sociaux, elle déploya toutefois « d'importants efforts pour réduire les effets négatifs des mesures d'austérité rendues nécessaires afin d'assurer la transition d'une économie socialiste à une économie de marché⁶⁸ ».

Au détour d'une crise politique interne d'envergure en 2006 – qui porta au grand jour les manœuvres à court terme du premier ministre en place pour conserver le pouvoir⁶⁹ – c'est toute la légitimité du système politique et constitutionnel ayant présidé à la transition – et donc encore très fragile – qui fut brutalement affectée. A la même période, les mesures d'austérité mises en œuvre pour contrebalancer une mauvaise gestion budgétaire antérieure (entre 2002 et 2006), cumulées avec la crise mondiale de 2008, eurent des conséquences dévastatrices sur le niveau de vie des Hongrois et leur adhésion aux valeurs du système démocratique libéral. Les fragilités du constitutionnalisme libéral qui orchestra la transition apparurent alors au grand jour et – cumulées aux difficultés conjoncturelles de type politique et économique – ne purent rien contre l'arrivée au pouvoir du *Fidesz* de Viktor Orbán : une Constitution préparée et adoptée de façon élitiste qui ne généra aucun « attachement

⁶² *Ibid.*, p. 127 : « The constitutional reform was formally adopted as an act modifying the communist constitution (officially entitled Act XX of 1949 on the Constitution), although this Act did in fact amount to a new constitution. In essence, nothing in the previous constitution remained unchanged, except the capital of Hungary and the national anthem. »

⁶³ Il présida la Cour entre 1990 et 1998. Il devint ensuite Président de la République de Hongrie jusqu'en 2010.

⁶⁴ Qui permet à toute personne (physique et morale) d'attaquer la constitutionnalité des lois sans qu'elle ait besoin de démontrer son affectation personnelle par la-dite loi.

⁶⁵ P. SONNEVEND, « Preserving the *Acquis...* », *op.cit.*, p.129 : « It is fair to say that the Constitutional Court shaped the transition on the basis of its ideal of the rule of law as much as the political process did. »

⁶⁶ *Ibid.*, p. 130 : « the agenda of the Court clearly went beyond the traditional self-understanding of the judiciary. The motivation behind such actions was also clear: The Court tried to consolidated the rule of law and democracy in the shortest possible time under unstable political circumstances, while at the same time attempting to prevent backlash. »

⁶⁷ *Ibid.*, p. 130 : « In practice, the Court interpreted social rights as mere state goals. »

⁶⁸ *Ibid.*, p. 131 : « It shall suffice to know that the Constitutional Court refrained from actively promoting policies aimed at eliminating inequalities. Yes it did make considerable efforts to mitigate the effect of austerity measure which became necessary in the transition from a socialist to a market economy. »

⁶⁹ *Ibid.*, p.133 : « The direct cause of the crisis was behind closed doors speech of then Prime Minister Ferenc Gyurcsány, which was later leaked to the press. In that speech, the prime minister fiercely proclaimed that his party only pretended to govern in order to win the next elections, applied “hundred of different tricks to survive” the economic difficulties, and that they ‘were lying in the morning, in the evening and at night’ ».

émotionnel » de la population ; une classe politique (profondément polarisée) prompte à lui faire supporter les problèmes économiques et de corruption émergeant à intervalles réguliers ; sa frustration voire sa crainte de voir une Cour constitutionnelle trop activiste et indépendante, non redevable de ses décisions, en mesure d'imposer sa volonté sans clair et ferme élément concret pour ce faire dans le texte constitutionnel⁷⁰.

Si le désenchantement social – qui prit racine dans le fonctionnement imparfait du constitutionnalisme libéral – est à n'en pas douter le curseur commun entre les expériences populistes contemporaines en Amérique latine et en Hongrie, les conséquences en termes politiques furent aux antipodes. Hugo Chávez, Evo Morales et Rafael Correa ont succédé à des gouvernements de droite qui avaient imposé une doctrine économique particulière qui s'avéra dévastatrice pour les couches populaires : la déferlante populiste se situa donc à gauche de l'échiquier. Viktor Orbán succéda quant à lui à des partis de gouvernement socialistes et libéraux qui ne furent pas en mesure de faire face, avec responsabilité, aux nombreux défis découlant de la transition démocratique ; l'irruption populiste se manifesta alors à l'extrême droite de l'échiquier.

Dans l'histoire de ces désillusions – celle de la faillite des sociétés démocratiques à convaincre de la pertinence du modèle constitutionnel libéral, notamment en période de crise économique – quelle est la part de responsabilité du droit des droits de l'homme et de son contentieux subséquent – *i.e.*, celui des « droits fondamentaux » devant les Cours constitutionnelles et celui des « droits de l'homme » devant les juridictions régionales ? Ce contentieux aurait-il permis aux discours populistes de se répandre avec plus de vigueur ? Aurait-il participé à l'impossibilité de réduire les inégalités au point d'être inaptes à promouvoir l'inclusion ? Si ces questions sont nécessaires – dans le cadre d'une introspection critique du fonctionnement des régimes démocratiques modernes – les réponses que les juristes sont en mesure de fournir ne peuvent être que singulièrement modestes. La question populiste est suffisamment complexe en soi, aux frontières de l'histoire, de la politique et de l'économie, pour que le spécialiste de la chose juridique se sente humble et n'avance qu'à pas mesuré. Les quelques éléments qui suivent ne sont donc que des pistes de réflexion – qui mériteraient le moment venu d'être considérablement approfondies – sur certaines faiblesses démocratiques des démocraties constitutionnelles.

II. LES FAIBLESSES DÉMOCRATIQUES

« L'intelligence de la démocratie est inséparable d'une intelligence de ses perversions »,
P. Rosanvallon, Leçon inaugurale, 26^{ème} *Rencontres de Pétrarque*, 2011⁷¹

Préserver la démocratie, une fois établie, est un combat de tous les instants. Si la plupart des grandes démocraties occidentales souffrent depuis plus de vingt ans d'une profonde crise de représentativité, si ses causes sont nombreuses et complexes, l'une d'entre elles concerne l'incapacité, l'incompétence et/ou, pis, le renoncement – devant les évolutions rapides du Monde – des partis politiques, des intellectuels, des universités, des mass-médias à continuer de défendre leurs traditions politiques, de prôner la culture, de transmettre un Savoir et de

⁷⁰ Le concept « d'invisible Constitution » ayant alimenté ces craintes, voir A. SAJÓ, « Reading the Invisible Constitution : Judicial Review in Hungary », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, pp. 253-267. Pour une présentation synthétique de l'activisme de la Cour hongroise au début des années 90, voir N. J. BROWN, J. G. WALLER, « Constitutional courts and political uncertainty : Constitutional ruptures and the rule of judges », *I. CON*, 2016, n°4, pp. 817-850.

⁷¹ Le texte de 11 pages est disponible sur le site Laviedesidées.fr

participer à former les esprits critiques⁷². Ce n'est pas le lieu toutefois ici de décrypter les nombreuses faiblesses qui étreignent les démocraties qui évoluent dans un « *vacuum spirituel* »⁷³ où la société de consommation a fait table rase des idées et de la culture, où de nombreuses fractures mettent à mal le lien social et politique⁷⁴. Ce dont il est question, c'est de se demander si le droit des droits de l'homme – inhérent aux socles démocratiques contemporains – décèle des faiblesses, des failles – ou plus simplement des limites – qui pourraient expliquer la greffe du discours populiste, qui se nourrit de l'existence de crises économiques alliées à un profond désenchantement à l'égard de classes politiques qui n'ont pas été à la hauteur des défis.

La première faiblesse concerne la classification binaire des droits, reléguant aux magasins des accessoires juridiques, les droits économiques et sociaux, dont on peut considérer que seule l'inconditionnelle justiciabilité permettrait une réelle transformation des sociétés par l'inclusion sociale et l'atténuation des inégalités sociales. La révolution conceptuelle promue par toute une partie de la doctrine au sein des Amériques et en Europe, relative à la nécessité de changer de curseur quand sont en jeu ces droits, n'a pas encore fondamentalement intégré la structure des instruments de protection comme la jurisprudence des Cours constitutionnelles d'un côté et celle des Cours régionales de l'autre (A).

La seconde faiblesse concerne l'extrême difficulté qu'il y a à rendre effective la protection juridictionnelle une fois qu'elle a été allouée, octroyée. Autrement dit, quand bien même l'existence de jurisprudences sociales progressistes est avérée, surgit ici deux types d'obstacles. Celui, tout d'abord, de la mise en œuvre effective des décisions de justice audacieuses, laquelle questionne fondamentalement leur capacité transformatrice. Celui, ensuite, de la critique corrélative d'un activisme judiciaire déplacé. Une audace judiciaire est prompte à être dénoncée par les membres des classes politiques qui n'ont de cesse, dès que cela peut servir leurs intérêts, de brandir la critique classique mais toujours percutante du « gouvernement des juges » (B).

A. L'éternelle classification des droits

Que l'on tourne le regard vers les droits constitutionnels internes ou vers les instruments de droit international, le constat est identique. Le *Droit* contemporain, malgré d'indéniables progrès dans la consécration formelle des droits économiques, sociaux et culturels⁷⁵, est encore toutefois traversé par une fracture conceptuelle à l'endroit de leur nature.

⁷² L'essai inspirant du Néerlandais Rob RIEMEN est à méditer, *To Fight against this Age. On Fascism and Humanism*, Norton, New York, 2018, 171 p. En plus de considérer que l'on assiste à un retour du fascisme (en se basant pour cela sur les leçons de l'histoire), il n'élude pas la part de responsabilité de multiples acteurs politiques, intellectuels, médiatiques en la matière : « The contemporary fascism is once again the result of political parties that have renounced their own intellectual tradition, of intellectuals who have cultivated a pleasure-seeking nihilism, of universities not worthy of their description, of the greed of the business world, and of mass media that would rather be the people's ventriloquist than a critical mirror », pp. 84-85.

⁷³ C'est la formule de R. RIEMEN (*op.cit.*, p. 85) utilisée non pas dans un sens religieux, mais plutôt intellectuel et littéraire.

⁷⁴ P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, 1998, p. 12 : « Les démocraties sont bien marquées par la déception, comme si elles incarnaient un idéal trahi et défiguré. »

⁷⁵ On sait que la terminologie de « droits économiques, sociaux et culturels » (DESC) est celle communément admise à l'échelle internationale. Par souci ici de simplicité (mais également afin d'éviter une récurrence trop fréquente du sigle DESC), j'emploierai généralement l'expression de « droits sociaux ».

En effet, quelles que soient les latitudes, la question des droits sociaux fait et fera encore débat : leur nature et ce faisant leur justiciabilité n'arrêtant pas de questionner ; les arguments sont nombreux pour éviter un engagement trop important des juges en ce domaine⁷⁶. On sait que les systèmes constitutionnels (1) et conventionnels (2) – qui sont tous le fruit de consensus politiques à un *moment T* – reflètent cette absence de consensus sur l'égal respect entre les droits sociaux d'un côté et les droits civils et politiques de l'autre.

Bien que les études démontrent que les Constitutions qui, à travers le monde, consacrent des droits sociaux ne cessent d'augmenter, ces listes sont loin d'être homogènes. Les droits sociaux consacrés ne sont pas identiques, n'ont pas le même statut, n'ont pas la même portée juridique, tandis que leur interprétation – loin de se réaliser dans un *vacuum* – dépend d'une série d'éléments d'ordre sociologique relatifs à la puissance ou non de partis de gauche, l'engagement de la société civile, mais également le profil des interprètes et les traditions juridiques favorisant ou non un certain activisme judiciaire etc..., ce qui donne un paysage extrêmement contrasté sur la portée des droits sociaux au sein des Etats⁷⁷. Partant, si les études récentes dans le champ de la philosophie ont proposé des fondements théoriques à la valorisation des droits sociaux afin que les besoins élémentaires des personnes puissent être satisfaits⁷⁸ ; si des juristes inventifs ont proposé de nouvelles manières de structurer le droit pour rendre exigible les droits sociaux⁷⁹, le fait est là : le droit positif est encore loin d'avoir intégré ces révolutions conceptuelles, même si les vingt dernières années ont démontré un accroissement significatif, à travers le monde, des décisions de justice sur les droits sociaux⁸⁰.

1. A l'échelle nationale

A l'échelle des droits nationaux, il arrive que les droits sociaux irradiant le(s) champ(s) constitutionnel(s). C'est le cas de l'Amérique latine⁸¹ qui est le continent avec le taux le plus élevé de droits sociaux reconnus à l'échelle constitutionnelle⁸². A la suite du Mexique, connu

⁷⁶ Diane ROMAN présente avec beaucoup de clarté les deux arguments classiquement présentés contre une pleine justiciabilité des droits sociaux : l'argument démocratique (c'est au Parlement d'opérer les choix budgétaires et de se saisir des questions générales d'ordre économique et social) ; l'argument technique (l'imprécision et le caractère progressif de leur réalisation), v. D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux : les arguments classiques en faveur d'un *self restraint* juridictionnel », *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, D. Roman (dir.), Paris, Pedone, 2012, pp. 29-43.

⁷⁷ On prendra connaissance de l'impressionnante étude de droit comparé menée par C. JUNG, R. HIRSHL, E. ROSEVEAR, « Economic and Social Rights in National Constitutions », *American Journal of Comparative Law*, 2014, 62, pp. 1043-1098. Ce ne sont pas moins de 195 Constitutions qui ont été analysées afin d'évaluer le nombre et le statut des droits économiques et sociaux qui y sont inclus.

⁷⁸ Les travaux d'Amartya SEN (sur l'égalité), de Martha NUSSBAUM (sur la vulnérabilité et les capacités), de John RAWLS (sur la justice) sont significatifs à cet égard.

⁷⁹ Parmi une abondante littérature, voir M. CARBONELL, E. FERRER MAC GREGOR, *Los Derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Mexico, Editorial Flores, 2014, 161 p. ; R. ARANGO, *Democracia social. Une proyecto pendiente*, Mexico, Fontamara, 2012, 226 p.

⁸⁰ La littérature en langue anglaise le démontre à l'envi, M. LANGFORD (dir.), *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 740 p ; R. GARGARELLA, P. DOMINGO, T. ROUX, *Courts and Social Transformation in new Democracies : An Institutional Voice for the Poor ?*, Aldershot/Burlington, Routledge, 2006, 328 p.

⁸¹ Les recherches démontrent que c'est également le cas en Afrique du Sud (la Cour constitutionnelle de Johannesburg est connue pour ses décisions avant-gardistes en matière de droits sociaux) et en Asie du Sud (ici c'est la Cour suprême indienne qui remporte la palme de l'engagement en la matière). Pour des raisons de place, et de temps, l'Afrique comme l'Asie n'ont pas été incluses dans l'analyse globale des causes et des effets du populisme dans ses régions. Un champ de recherche immense s'ouvre ici à moyen et long terme.

⁸² C. JUNG, R. HIRSHL, E. ROSEVEAR, *op.cit.*, voir figure 6.

pour être le berceau du « constitutionnalisme social »⁸³, le continent latino-américain – traumatisé par les écarts et inégalités sociales qui le parcourt du Nord au Sud – dispose d’une longue tradition en matière sociale qui ne s’est pas démentie avec la vague de réformes des années 1990 qui introduisit la démocratie constitutionnelle libérale⁸⁴. Les constituants ne lésinèrent pas avec les droits économiques et sociaux en instituant qui plus est des mécanismes directs – comme l’*amparo*⁸⁵ ou les procédures similaires – pour les faire directement respecter⁸⁶. Ainsi, en Colombie en 2014 sur les 498.200 *acciones de tutela* (équivalent de l’*amparo*), plus d’un quart concernait le droit à la santé (soit 118.281, 23,74 %) ⁸⁷. Si la Colombie est donc connue sur le continent pour avoir fait beaucoup pour les droits sociaux et plus spécifiquement pour le droit à la santé⁸⁸, il n’est guère possible de généraliser. En effet, une cartographie plus précise démontre que les juges en réalité ont du mal à se départir des schémas classiques afférents à la dichotomie entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux. Il faut toujours compter sur une dose d’activisme pour donner pleinement effet aux textes. Cet activisme en outre ne sera pas homogène au sein d’un même pays (entre les droits sociaux eux-mêmes), mais également entre les pays et selon les époques⁸⁹.

Le panorama européen n’est pas non plus marqué du sceau de l’homogénéité. On constate une *summa divisio* assez frappante entre l’Est et l’Ouest. Les constitutions des pays de l’Est sont particulièrement généreuses à l’endroit des droits sociaux⁹⁰. En plus de les consacrer en nombre – le droit à l’éducation est ainsi intégré dans toutes les Constitutions comme le droit à la santé, excepté en Bosnie-Herzégovine, tandis que les droits des travailleurs, les droits sociaux standards et le droit à l’environnement le sont dans un tiers des constitutions⁹¹), leur justiciabilité est également – comme en Amérique latine – très souvent reconnue. Le droit à l’éducation et à la santé sont justiciables dans toutes les Constitutions, excepté dans seulement

⁸³ On renvoie ici à la fameuse Constitution mexicaine de 1917, la Constitution de Querétaro – qui fut la première à inaugurer un constitutionnalisme social d’envergure.

⁸⁴ P. CAROZZA, « From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2003, pp. 281-313.

⁸⁵ A. BREWER CARIAS, *Constitutional protection of Human Rights in Latin America: a comparative study of Human Rights of the Amparo Proceeding*, 2008.

⁸⁶ Pour un remarquable aperçu des tendances du constitutionnalisme latino-américain au tournant des années 1990 et 2000 et la très grande place octroyée aux droits en général et aux droits sociaux en particulier, v. R. UPRIMY, « The recent transformation of Constitutional law in Latin America: Trends and Challenges », *Texas Law Review*, 2011, pp. 1587-1609.

⁸⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La Tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014*, Bogotá, 2015, 188 p.

⁸⁸ La Cour constitutionnelle colombienne a été, à cet égard, l’objet de toutes les attentions (politiques et doctrinales) pour avoir inauguré une jurisprudence originale en la matière. C’est notamment sous la présidence de José Manuel CEPEDA – actuel Président de l’Association internationale de droit constitutionnel – que les principes directeurs en matière de justice sociale ont été formulés. La récente publication en anglais des *leading cases* de la Cour constitutionnelle colombienne permettra de mieux faire découvrir ce contentieux original, J-M. CEPEDA, D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law. Leading cases*, Oxford, OUP, 2017, 436 p.

⁸⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique latine », D. Roman (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, pp. 223-235 : « L’inventivité d’une partie de la doctrine latino-américaine sur la question des droits sociaux et le relais juridictionnel qu’elle peut susciter ne pourraient être appréciés à leur juste mesure sans rappeler qu’hormis les recours massifs en matière de droit à la santé au Brésil et en Colombie, l’accueil des recours fondés sur les droits sociaux reste pour le moment mitigé » (p. 235).

⁹⁰ Même si les processus constituants ont révélé une tension récurrente que les constituants ont dû arbitrer : d’un côté, la prise en compte des attentes populaires concernant les obligations sociales de l’Etat providence et de l’autre la nécessité de préparer le passage à l’économie de marché, voir W. SADURSKI, « Post-communist Constitutional Courts in search of political legitimacy », *EUI Working paper*, 2001, 54 pages.

⁹¹ C. JUNG, R. HIRSHL, E. ROSEVEAR, *op.cit.*, voir figure 5.

quatre Etats (Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, République tchèque et Slovaquie) lesquels en réalité, sont ceux qui n'octroient la justiciabilité à aucun droit fondamental.

Le contraste est saisissant avec les pays d'Europe de l'Ouest dont la plupart des constitutions, si elles mentionnent des droits sociaux (les droits des travailleurs, comme le droit de grève, étant très répandus), ne leur accordent pas l'onction de la justiciabilité, leur portée normative n'est généralement que programmatique. Par voie de conséquence, dans des pays où il existe des recours directs de protection des droits fondamentaux devant les juges constitutionnels, les droits sociaux en sont exclus (ainsi de l'Espagne⁹² ou de l'Andorre⁹³ par exemple), car ils ne sont vus justement que comme des éléments interprétatifs devant guider seulement l'action du législateur. Au-delà de cette question d'ordre procédural – qui est en réalité fondamentale – les gardiens de la Constitution en Europe ne seront pas prompts à jouer la carte de l'activisme judiciaire contre le législateur. Ils lui laisseront une marge de manœuvre conséquente dans la détermination des politiques sociales. Il y a ici la permanence – forte – de la répartition des tâches entre les représentants du peuple qui doivent déterminer – au regard de leur couleur politique – les contours sociaux de l'Etat de droit et le juge qui n'est pas un législateur et qui n'entend, qu'à la marge, rectifier d'éventuelles 'sorties de route' qui s'avèrent manifestement inconstitutionnelles. Des études vont plus loin et démontrent que quand le juge doit mettre en balance la liberté d'entreprendre et la liberté du travail, l'exercice proportionnaliste le conduira très souvent – comme en France – à privilégier la première⁹⁴, donnant à la « Constitution sociale » une piètre envergure.

La *summa divisio* entre l'Europe de l'Ouest et l'Est doit être toutefois, en pratique, relativisée. Car si les droits sociaux sont légion au sein des catalogues constitutionnels à l'Est, si la justiciabilité n'est pas reléguée au magasin des accessoires théoriques, ce sont les juges constitutionnels qui – dans des contextes politiques particuliers, comme celui de la transition démocratique par exemple – ont dû trouver des équilibres savants entre l'activisme et la retenue judiciaires. Le cas hongrois est symptomatique à cet égard : activiste dans la construction de l'Etat de droit, la Cour a été en revanche mesurée en matière sociale, même si elle s'est évertuée à atténuer les effets des mesures d'austérité sur la vie des citoyens⁹⁵. Du

⁹² La Constitution espagnole circonscrit le champ d'application du recours d'*amparo* aux droits protégés à l'article 14 (égalité devant la loi) et à la Première section du Chapitre II de la Constitution intitulée « Des droits fondamentaux et des libertés publiques » qui intègre le droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, la liberté idéologique, la liberté et la sécurité, le droit à l'honneur, l'intimité personnelle et familiale et le droit à la propre image, le droit à la circulation et à la résidence des Espagnols sur le territoire national, la liberté d'opinion, le droit de réunion pacifique et sans armes, le droit d'association, de participation dans les affaires publiques, la protection juridictionnelle effective, le principe de légalité, le droit à l'éducation, le droit de se syndiquer et le droit de pétition ». Sont donc exclus les droits économiques, sociaux et culturels du recours direct de protection des droits (recours d'*amparo*) que la Constitution nomme de façon significative des « principes programmatiques ». Pour le rapport alarmant du Comité DESC sur la situation de l'Espagne (publié en 2012) en la matière, v. S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, « España y el Pacto des Derechos económicos, Sociales y Culturales », *El Cotidiano*, n°180, Julio-Agosto 2013, pp. 53-56.

⁹³ En Andorre, les droits consacrés au sein du Chapitre V de la Constitution – relatif aux « Droits et principes économiques, sociaux et culturels » – ainsi du droit à la propriété privée, de la liberté d'entreprise, du droit au travail, du droit à la protection, à la préservation des ressources naturelles, du droit des consommateurs – ne tombent pas dans le champ d'application du recours d'*empara*. Seuls ceux mentionnés au sein des Chapitres III et IV du Titre II de la Constitution peuvent faire l'objet d'un recours de protection des droits fondamentaux : est-il nécessaire de mentionner qu'ils ne concernent que des droits civils et politiques ?

⁹⁴ L. FONTAINE, A. SUPIOT, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Droit social*, n°9, Septembre 2017, pp. 754-763.

⁹⁵ P. SONNEVEND, « Preserving the *Acquis*... », *op.cit.*, p.131 : « It shall suffice to know that the Constitutional Court refrained from actively promoting policies aimed at eliminating inequalities. Yes it did make considerable efforts to mitigate the effect of austerity measure which became necessary in the transition from a socialist to a market economy. »

coup, ressurgit ici la lancinante problématique de la place et du rôle du juge constitutionnel au sein des systèmes démocratiques.

2. A l'échelle internationale

A l'échelle internationale, le tableau est tout aussi hétérogène. Soit les droits sociaux brillent par leur absence (c'est le cas de la Convention européenne des droits de l'homme)⁹⁶, soit ils sont frappés par les syndromes de la progressivité – conditionnant leur réalisation aux ressources financières suffisantes des Etats, à l'instar de l'article 26 de la Convention américaine) ou de la conditionnalité (leur normativité se réalisant uniquement après l'intervention du législateur comme c'est le cas des « Principes » dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sis au cœur du chapitre IV Solidarité)⁹⁷. Quand ils obtiennent une place de choix dans les textes – le Pacte international sur les droits économiques et sociaux, la Charte sociale européenne – c'est la structure même du mécanisme de protection qui en affaiblit la portée – soit par l'instauration de Comités dépourvus de fonction juridictionnelle et dont la compétence est optionnelle⁹⁸, soit par la limitation de la justiciabilité à certains droits. C'est le cas du Protocole de San Salvador à la Convention américaine des droits de l'homme (adopté en 1988 et entré en vigueur en 1999) qui ne rend justiciable que deux droits, le droit de créer des syndicats (article 8) et le droit à l'éducation (article 13)⁹⁹.

Inutile de dire alors que dans ces conditions techniques, il est tout sauf évident pour le juge des droits de l'homme d'appréhender à bras le corps la question de l'exclusion sociale, de la marginalisation sociale, en un mot de la pauvreté – sans sortir du cadre de son office tel qu'il a été fixé par les textes, sous peine d'encourir la critique de l'activisme judiciaire qui prend une allure très particulière dans le champ international. C'est en effet immédiatement la légitimité du juge, taxé aisément d'« étranger », qui sera questionnée avec virulence. Cela ne veut pas dire que les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme sont restées hermétiques aux dimensions sociales des affaires qui leur étaient soumises. Elles ont en général redoublé d'efforts interprétatifs – usant du vecteur des droits civils et politiques et magnifiant le principe de l'indivisibilité des droits – pour arriver à aborder indirectement des questions sociales¹⁰⁰.

⁹⁶ Pour une explication historique d'une telle absence, voir M. MADSEN, « 'La Cour qui venait du froid'. Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après-guerre », *Critique internationale*, n°26, janvier 2005, pp. 133-146.

⁹⁷ Pour la petite histoire de l'introduction de la notion de « principes » au sein de la Charte des droits fondamentaux, voir G. BRAIBANT, *Témoignage et commentaires. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, 329 p. Pour une présentation de la jurisprudence de la CJUE relative aux principes, voir C. NIVARD, « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », A. Biad, V. Parisot (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Essai de bilan*, Bruxelles, Anthémis, 2018, pp. 31-75 et V. PARISOT, « La Charte des droits fondamentaux, un instrument inutile pour les travailleurs ? », A. Biad, V. Parisot (dir.), *op.cit.*, pp. 367- 411. Pour une présentation de l'application nationale de la jurisprudence de la CJUE, notamment sur les principes, voir L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne saisie par les juges en Europe / The EU Charter of Fundamental Rights as apprehended by National Judges*, Paris, Pedone, 2017, 715 p. (Col. Cahiers européens, n°10).

⁹⁸ Ainsi du Comité sur les droits économiques et sociaux créé par le protocole facultatif au Pacte international sur les droits économiques et sociaux et du Comité européen des droits sociaux.

⁹⁹ O. RUIZ-CHIRIBOGA, « The American Convention and The Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System », *Netherlands Quarterly of Human Rights (NQHR)*, 2011, pp. 159-186.

¹⁰⁰ Pour le système européen des droits de l'homme, voir la thèse C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, Etude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; voir également les analyses issues

Toutefois, cette appréhension médiate n'est pas idéale ; surtout, et c'est le cercle vicieux de la problématique en période de crise économique, de repli souverainiste et de forte contestation des juridictions internationales, elles peuvent vouloir ne pas aggraver le mouvement de défiance étatique à leurs égards. A tout le moins, c'est la position de la Cour européenne des droits de l'homme, dont on verra qu'elle diffère radicalement de celle de son homologue interaméricain.

La Cour de Strasbourg est passée à côté de l'appréhension de la pauvreté dans le cadre de sa politique jurisprudentielle. Dans l'arrêt du 6 novembre 2017, rendu dans l'affaire *Garib*¹⁰¹ (à douze voix contre cinq), la Grande chambre esquive la question qui, pour la première fois de son histoire contentieuse, lui était véritablement donnée de statuer sur la pauvreté. En refusant de jouer la combinaison normative (celle de l'article 14 couplée avec l'article 2 du protocole 4, relatif à la liberté de circulation) qui lui aurait permis de statuer sur la discrimination d'une loi qui avait pour objet de s'attaquer à la paupérisation de certains quartiers de Rotterdam (et qui eut pour conséquence d'expulser une néerlandaise, vivant des allocations sociales et élevant seule ses deux enfants), elle passa à côté de cette problématique qui alimente tous les populismes¹⁰².

La jurisprudence de la Cour interaméricaine a pris un tournant qui est aux antipodes de la prudence européenne. Alors que la portée de l'article 26 de la Convention américaine avait toujours été au centre de multiples *disputatio* doctrinales, alors que la Cour de San José avait ouvert timidement en 2009 un nouvel horizon en considérant justiciable le principe de « non-régression » des droits sociaux¹⁰³, elle opéra une véritable révolution conceptuelle dans un arrêt majeur rendu contre le Pérou, *Lagos del Campo*¹⁰⁴. La Cour formula une nouvelle interprétation de l'article 26 considérant que « les normes économiques et sociales » qui y sont mentionnées dérivent, tant de la Charte de l'OEA que de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (deux textes dont la nomenclature sociale est importante). Ayant affirmé la justiciabilité de l'article 26 – coupant court à des années de controverses – et ayant utilisé cette technique de la « dérivation », c'est une somme inouïe de droits économiques et sociaux qu'elle pourra, au fil des affaires, appréhender et protéger¹⁰⁵.

de la journée d'études sur *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), Paris, Pedone, 2013, 201 p. (Col. Cahiers européens, n°4). S'agissant de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur les droits économiques et sociaux essentiellement appréhendés à travers les droits civils et politiques, voir L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, Chap. 24, pp. 613-639.

¹⁰¹ Cour EDH, Gde Ch., 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *AJDA*, 29 janvier 2018, spec. pp. 157-160.

¹⁰² On sait que la vulgate populiste réside dans l'idée que le «vrai Peuple» est ignoré pour ne pas dire méprisé par les appareils d'Etat, représentant une Elite déconnectée des souffrances du Peuple.

¹⁰³ Cour IDH, 1^{er} juillet 2009, Exceptions préliminaires, Fond et Réparations, *Acevedo Buendía et al. [Licenciés et retraités de l'Inspection générale des Finances]*, Série C n°198.

¹⁰⁴ Cour IDH, 31 août 2017, Exceptions préliminaires, Fond et Réparations, *Lagos del Campo c. Pérou*, Série C n°340. L'affaire concernait le licenciement pour faute grave d'un travailleur, consécutivement à ses déclarations publiques en tant que représentant du personnel. Un licenciement que les juridictions internes, plus spécifiquement la juridiction suprême qui infirma le jugement de première instance, avalisa sur la base d'une motivation elliptique. Licencié, il fut dans l'impossibilité de bénéficier d'une pension et ne retrouva point de travail. Sa vie familiale et sa santé en furent affectées (§152). Le Pérou fut condamné (à 5 voix contre 2) pour avoir enfreint, d'un côté, le droit à la « stabilité du travail » (*el derecho a la estabilidad laboral*) reconnu à l'article 26 (combiné avec les articles 1§1, 13, 8 et 16 de la Convention) et, de l'autre, le droit à la liberté d'association des travailleurs reconnu aux articles 16 et 26 (combiné avec les articles 1§1, 13 et 8 de la Convention américaine).

¹⁰⁵ Dans les six mois qui suivirent la révolution de l'arrêt *Lagos del Campo*, la Cour confirmait sa nouvelle approche tirée de la dérivation des droits, tant dans l'arrêt *Petroperú* que dans son avis formulé à la demande de la Colombie (Cour IDH, Avis, 15 novembre 2017, *Environnement et droits de l'homme*, OC-23/17). Dans l'affaire péruvienne, elle déclara la violation du droit au travail à l'égard de plus d'une centaine de travailleurs, à

Retenue (européenne) d'un côté, audace (interaméricaine) de l'autre. Dans les deux cas, on pourrait rétorquer que ces approches ne feront que nourrir le populisme. La Cour européenne pourrait être taxée de ne pas prendre au sérieux les « vrais gens » affectés par la pauvreté et pourrait apparaître comme l'archétype d'une « Elite » judiciaire internationale déconnectée des problématiques nationales ; tandis que de l'autre, la Cour interaméricaine pourrait être taxée d'ultra-activiste, ne respectant pas la *summa divisio* entre le législateur et le juge, entre celui qui crée et celui qui ne devrait qu'interpréter. Complexe équilibre, pis, infernal équilibre où le rôle du juge est encore en question(s). Est-ce lui qui doit promouvoir et donc modeler une jurisprudence aux allures sociales ? N'est-ce pas fondamentalement le rôle du législateur à travers l'élaboration de politiques publiques à visées sociales ? Si le législateur est censé être au cœur de l'édiction de politiques sociales (en accord de préférence avec le pouvoir exécutif), alors la retenue judiciaire en la matière se conçoit, à tout le moins peut être justifiée. Toutefois, si le législateur fait pencher la balance vers d'autres curseurs où les approches économiques sont prégnantes et/ou s'il ne prend pas au sérieux les questions et nécessités sociales – au détriment de la grande majorité de la population et de ses conditions de vie – un certain activisme judiciaire ne se conçoit-il pas ?

A ce stade – si l'on considère que c'est aux forces politiques de déterminer (exclusivement) les politiques sociales ou si à l'inverse on estime que les juges ont leur part à jouer dans cette complexe équation – il reste que le populisme instrumentalise le plus souvent une autre caractéristique élémentaire du droit, mise en exergue à l'envi dans le cadre du contentieux des droits de l'homme : sa lente et difficile mise en œuvre.

B. L'impossible mise en œuvre *immédiate*

Quand bien même le contentieux des droits de l'homme recèlerait des avancées – dans ce que l'on pourrait appeler les « jurisprudences sociales » avant-gardistes des juridictions constitutionnelles et internationales – *quid* de leur effective et concrète mise en œuvre ? Les juges peuvent certes beaucoup, mais ils ne peuvent pas tout. Ils ne peuvent se faire le bras armé de l'exécution de leurs décisions de justice. Ils dépendent d'autres acteurs de l'échiquier politique et sociétal pour ce faire. Qu'il soit interne ou international, le juge a fondamentalement besoin de la coopération loyale des représentants des deux autres pouvoirs constitués – des assemblées parlementaires en passant par les administrations nationales – mais également plus largement de la société civile, afin que s'enclenche les processus de mise en œuvre lesquels peuvent déboucher, le cas échéant, vers des impacts d'envergure¹⁰⁶.

raison de leur impossibilité d'accéder à un recours judiciaire effectif conformément aux articles 8§1 et 25 (Cour IDH, 30 novembre 2017, Exceptions préliminaires, fond et réparations, *Travailleurs licenciés de Petroperú et al. c. Pérou*, Série C n°344, §195). Dans le cadre de la demande d'avis consultatif présentée le 14 mars 2016 par le gouvernement colombien, la Cour profita des questions axées sur les obligations des Etats à l'égard de la préservation de l'environnement dans la région des Caraïbes à l'aune du texte conventionnel, pour consacrer la justiciabilité du droit à un environnement sain (§57), considéré qui plus est comme un droit « autonome ». La politique jurisprudentielle a l'air bien implantée et la Cour profite de chaque occasion qui lui est donnée pour l'approfondir : Cour IDH, 8 février 2018, Fond et réparations, *San Miguel de Sosa et al. C. Venezuela*, Série C n°348 ; Cour IDH, 8 mars 2018, *Poblete Viches et a. Chili*, Fond et réparations, Série C n°349).

¹⁰⁶ Il faut en effet ici distinguer entre l'*exécution* proprement dite d'une décision de justice donnée et son *impact*, sur la société. Au-delà du fait d'être deux concepts différents, des analyses sociologiques ont démontré qu'une décision de justice peut être dûment exécutée mais ne pas avoir d'impact ou inversement, ne pas être exécutée et avoir un impact politique et social conséquent. Les combinaisons analytiques ne se résument pas à ces deux cas de figure, voir à ce sujet l'ouvrage passionnant dirigé par M. LANGFORD, C. RODRÍGUEZ GARAVITO, J. ROSSI (dir.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá, DeJusticia, 2017, 611 p.

Il est significatif à cet égard de constater que la question de l'exécution des décisions de justice et, au-delà, de leur impact, est depuis plusieurs années au cœur d'analyses doctrinales d'envergure. La littérature à cet égard démontre que le juriste (surtout issu des systèmes de droit continental) ne peut plus se contenter d'une stricte analyse technique des arrêts. Il doit s'engager dans l'analyse des conséquences de ceux-ci avec le renfort d'autres disciplines (à l'instar de la sociologie), afin de rendre compte au plus près du *Réel*. Au-delà de la problématique de l'exécution des décisions de justice en général¹⁰⁷ ; de celle afférente aux droits civils et politiques en particulier, l'exécution des décisions rendues en matière sociale commence à peine à faire l'objet de recherches spécifiques. Avocats activistes et chercheurs spécialisés ont tiré la sonnette d'alarme après avoir constaté le fort degré de non-exécution des décisions nationales (et internationales) en matière sociale. Il est donc très clairement établi que les jurisprudences sociales qui ont vu le jour ces dernières années ne se sont pas traduites, dans l'ensemble, par des bouleversements juridiques et sociaux d'envergure. Le pouvoir transformateur du droit et plus particulièrement des décisions de justice en matière sociale est directement en question(s). On perçoit aisément que les démocraties libérales, par un concours complexe d'éléments tout à la fois techniques (tenant à la structure et à la nature du droit des droits de l'homme en matière sociale) et politique (l'existence de nombreux obstacles au moment de la mise en œuvre), sont à l'origine d'une extraordinaire difficulté à se saisir des inégalités sociales pour mieux les éradiquer.

Le constat effectué, des remèdes s'imposent. Ils passent par l'approfondissement des études sur les obstacles à la mise en œuvre afin de ne pas reproduire indéfiniment les mêmes erreurs. Il y va, à long terme, de la pérennité de la mécanique démocratique libérale qui ne peut plus se contenter de n'appréhender, qu'à la marge, *La* question sociale. Il va sans dire ici que la responsabilité première revient aux acteurs politiques ; encore faut-il qu'ils soient à la hauteur des défis.

Une étude théorique et empirique publiée à la fin de l'année 2017 – sous la direction des professeurs Langford (Oslo), Rodríguez Garavito (Bogotá) et Rossi (Buenos Aires)¹⁰⁸ – entend proposer un cadre analytique afin d'évaluer au plus près la question tout à la fois de l'exécution et de l'impact des décisions de justice en matière économique et sociale en soulignant l'importance de quatre « variables »¹⁰⁹. Au-delà de la variable juridique – qui soulève en elle-même pléthore de questions relatives à la nature du droit, au profil des requérants, aux mesures de contrôle ordonnées par le juge ; à la nature (continentale ou anglo-saxonne) du système juridique ; à la culture judiciaire etc...–, on prend la mesure de l'importance de la variable politique (relative aux caractéristiques de l'Etat et du système politique en cause, de la capacité de la structure étatique à mettre en œuvre les décisions de justice en matière sociale, des accords institutionnels au sein des différentes structures gouvernementales pour ce faire etc...), mais également socio-économique (relative au niveau de développement économique, aux écarts de richesse, à la fragmentation ethnique et territoriale du pays, au degré d'appui politique en faveur de politiques sociales...) et sociétale (la force ou non des « agents sociaux non institutionnels » et le degré de leur interaction)¹¹⁰. La diversité des variables afin de garantir une exécution rapide et efficace des jurisprudences sociales est telle, qu'il est évidemment impossible d'en inférer des généralités assurées.

¹⁰⁷ Qui a toujours attiré la littérature nord-américaine, très encline aux analyses sociologiques du droit, D. L. HORVITZ, *The Courts and Social Policy*, Washington DC, The Brookings Institution, 1977, 309 p. ; J. F. SPRIGGS, « Explaining Federal Bureaucratic Compliance With Supreme Court Opinions », *Political Research Quarterly*, 50 (3) 1997, pp. 567-593.

¹⁰⁸ M. LANGFORD, C. RODRÍGUEZ GARAVITO, J. ROSSI (dir.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá, DeJusticia, 2017, 611 p.

¹⁰⁹ M. LANGFORD, C. RODRÍGUEZ GARAVITO, J. ROSSI, « Introducción : de la jurisprudencia al cumplimiento », *La lucha ...*, *op.cit.*, pp. 16-61, spec. 29-31.

¹¹⁰ *Ibid.*, spec pp. 29-31.

Ce qui est sûr, c'est qu'elles démontrent l'extraordinaire complexité de la question de la mise en œuvre et qu'en tout état de cause, celle-ci ne peut être rapide et immédiate comme les populistes le laissent croire à leurs partisans.

N'est-il pas symptomatique de voir qu'en dépit d'œuvres jurisprudentielles remarquables à de nombreux égards, les systèmes européen et interaméricain souffrent, littéralement, du problème d'inexécution de leurs arrêts ? Comment arriver à transformer les sociétés, à répondre aux appels des exclus, si les juges sont impuissants face aux problèmes structurels d'inexécution ? La Cour européenne des droits de l'homme ne vient-elle pas de reconnaître qu'il y a un seuil où le juge ne peut plus rien ? L'arrêt de radiation du 12 octobre 2017 rendu dans la très importante affaire *Burmych c. Ukraine*¹¹¹ démontre à l'envi les limites fondamentales de l'exécution des arrêts mettant au grand jour des problèmes systémiques (les fameux « arrêts pilote »). Il arrive un moment où le juge ne peut que s'effacer devant le politique. Or, ces éléments renforcent le discours populiste qui, comme on l'a souligné, développe un rapport au temps très singulier, puisqu'il promet des réalisations sociales bénéfiques immédiates. Le temps long de la délibération politique, comme le temps long propre à l'exécution des décisions de justice ne peut dès lors, par définition, cadrer avec la logique populiste qui dénigrera systématiquement le système judiciaire, inapte à la transformation radicale et immédiate des sociétés.

Si certaines caractéristiques des systèmes démocratiques (et de leurs appareils de justice), ont pu participer (même indirectement) à la rapidité et à la facilité avec laquelle les logiques populistes sont apparues, il est en revanche un fait certain : une fois arrivées au pouvoir, ces

¹¹¹ CEDH, Ge Ch., 12 octobre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine* (radiation), req. n°46852/13. L'arrêt *Burmych* – rendu après dessaisissement de la Vème section – désespérera les défenseurs inconditionnels du droit de recours individuel, à l'instar des sept juges dissidents auxquels ne cachèrent pas leur désarroi, pour ne pas dire leur courroux, quand ils affirmèrent que « la Cour tire une balle dans son propre pied, c'est-à-dire la prééminence du droit au sein des Etats membres » (pt 39), en précipitant des « milliers de personnes désespérées dans une situation d'incertitude juridique » (pt. 41 de l'opinion dissidente des juges Yudkivska, Sajò, Bianku, Karakas, De Gaetano, Laffranque et Motoc). La raison de leur colère ? L'utilisation de l'article 37§1 c) pour radier du rôle l'affaire *Burmych* ainsi que 12.142 requêtes pendantes (que la Cour avait au préalable décidé de joindre, sans en avoir précisément examiné les faits et les allégations de violation), afin de les transmettre au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. La raison d'une telle décision ? Le fait que l'exécution d'un arrêt pilote rendu contre l'Ukraine – CEDH, Gde Ch., 15 octobre 2009, *Ivanov c. Ukraine* – révélant un problème systémique d'inexécution prolongée des décisions de justice et d'absence de recours internes effectifs pour y remédier – n'ait jamais fait l'objet d'une exécution en bonne et due forme par les autorités ukrainiennes. Les conséquences procédurales de cette politique judiciaire ? La réécriture de la Convention concernant les rôles respectifs du Comité des ministres et de la Cour (§141, §172, §194, §199). Cette dernière estime qu'en délivrant l'arrêt pilote *Ivanov*, elle s'est dûment acquittée de sa mission juridictionnelle telle que définie à l'article 19 (§197) ; partant, les questions soulevées dans l'affaire *Burmych* (ainsi que dans les 12.142 requêtes du même type) « sont indissociables de la procédure de l'arrêt pilote ». Par voie de conséquence, elles doivent être traitées dans le cadre de la procédure d'exécution de l'arrêt *Ivanov* et notifiées au Comité des ministres « en sa qualité d'organe ayant dans le système de la Convention la responsabilité de veiller à ce que toutes les personnes touchées par le problème systémique constaté dans un arrêt pilote obtiennent justice et réparation » (§198). En voulant sauver coûte que coûte l'efficacité du système européen de garantie des droits – en évitant que les « ressources de la Cour » ne soient trop affectées et en évitant que le délai de souffrance des affaires ne s'allonge (§174) – la Cour a joué à plein la carte de la subsidiarité « qui sous-tend l'ensemble de la Convention et non uniquement la procédure de l'arrêt Pilote » (§197). Partant, elle élevait au niveau de l'instance politique l'examen de plusieurs milliers de requêtes (qu'elle se refusa à examiner), faisant dire aux juges dissidents que l'on revenait au système de 1950 qui octroyait aux représentants des Etats une fonction juridictionnelle (pt 15 de l'opinion dissidente commune) !... Refus d'accomplir sa tâche judiciaire d'examen des requêtes individuelles ou lucidité judiciaire devant des problèmes systémiques qui ne cessent de grever le rôle de la Cour ? Le pragmatisme satisfera certains ; tandis que la perte de vue des idéaux induits par l'article 34 sera fortement regrettée par d'autres. Difficile équilibre.

logiques déconstruisent, démantèlent, points par points, ce qui constitue l'essence même de la démocratie. En effet, si la rhétorique populiste pointe du doigt le plus souvent des problèmes réels – pour mieux s'octroyer les votes des déçus et/ou des désespérés – l'histoire démontre toutefois qu'il n'est pas question une fois au pouvoir de régler ces problèmes. La revanche l'emporte sur la réforme. La déconstruction démocratique enclenchée, bien que lente, n'en est pas moins inexorable. Les processus entamés par les gouvernements populistes détruisent littéralement de l'intérieur ce qui constitue le socle du pacte constitutionnel depuis la Déclaration de 1789 où la formule immuable de l'article 16 continue de constituer une boussole de premier ordre.

III. LA « DECONSOLIDATION » DEMOCRATIQUE

« What happens to the stability of wealthy liberal democracies when many of their citizens no longer believe that their system of government is especially legitimate or even go so far as to express open support for authoritarian regime forms ? (.../...) ». Democracy may that be said to be deconsolidating », R. S. FOA, Y. MUNCK, « The Signs of Deconsolidation », *Journal of Democracy*, Vol. 28, n°1, January 2017, p. 9¹¹².

« Democracy backsliding today begins at the ballot box ».

S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *How democracies die ? What history reveals about our future*, Crown, 2018, p.4¹¹³.

Quand la rhétorique populiste arrive à séduire au point de permettre l'accès au pouvoir de ses auteurs, les conséquences sont marquées par des convergences politiques indéniables : elles confinent au *hold-up* démocratique. Cette prise d'otage de la démocratie libérale n'est pas visible instantanément et c'est bien là le cœur du problème. Elle passerait presque inaperçue, dans un premier temps tout du moins. Son vecteur n'est pas le coup d'Etat classique – le *Golpe de Estado* est en effet le plus souvent relégué aux livres d'histoire¹¹⁴ – mais l'instrumentalisation du désespoir des uns (les laissés pour compte de la crise économique), de l'indifférence voire du narcissisme des autres (dans le cadre de sociétés de consommation où ce qui compte c'est l'*acquisition*), et de la nostalgie de beaucoup à l'endroit de « leur » pays qu'ils voient se transformer au point d'être méconnaissable (face aux bouleversements culturels et religieux majeurs vécus par de nombreuses sociétés aux fondements judéo-

¹¹² « Qu'arrive-t-il à la stabilité de prospères démocraties libérales quand une grande partie de leurs citoyens ne croit plus que leur gouvernement soit particulièrement légitime ou vont même jusqu'à exprimer leur soutien à des formes autoritaires de régimes ? (.../...) On peut alors affirmer que la déconsolidation de la démocratie est en quelque sorte en marche » (Traduction personnelle).

¹¹³ « Aujourd'hui, le déclin démocratique commence par les urnes » (Traduction personnelle).

¹¹⁴ On se reportera avec profit à l'essai éclairant de S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *How democracies die ? What history reveals about our future*, Crown, 2018, pp. 3-4: «There is another way to break a democracy. It is less dramatic but equally destructive. Democracies may die at the hands not of generals but of elected leaders – presidents or prime ministers who subvert the very process who brought them to power. Some of these leaders dismantle democracy quickly as Hitler did in the wake of 1933 Reichstag fire in Germany. More often, though, democracies erode slowly, in barely invisible steps. (.../...) Blatant dictatorship – in the form of fascism, communism or military rule – has disappeared across much of the world. Military coups and others violent seizures of power are rare. Most countries hold regular elections. Democracies still die but by different means (.../...) Democracy backsliding today begins at the ballot box».

chrétiens)¹¹⁵. Ces sentiments témoignent plus globalement d'un profond désenchantement pour la démocratie libérale – « ce mélange unique de liberté individuelle et de souveraineté populaire »¹¹⁶. Or, qu'il s'agisse des Amériques ou de l'Europe, la démocratie *et* les principes de l'Etat de droit sont au cœur de leur ADN politique. A l'échelle des systèmes constitutionnels internes bien évidemment¹¹⁷, mais également dans le cadre des « principes » et/ou « valeurs » qui structurent les systèmes régionaux. Les Etats membres du Conseil de l'Europe reconnaissent les « principes » de la prééminence du droit et du respect des droits de l'homme et libertés fondamentales (article 3 du Statut)¹¹⁸ ; ceux de l'Organisation des Etats Américains promeuvent et consolident la démocratie représentative et « proclament » les droits fondamentaux (article 2 b. et article 3 l. de la Charte de l'OEA)¹¹⁹, tout en déclinant les liens majeurs entre la démocratie et le système interaméricain dans la *Charte démocratique interaméricaine* (Préambule et Ière partie essentiellement)¹²⁰. Quant aux Etats de l'Union européenne, ils ont en commun les « valeurs »¹²¹ sur lesquelles l'Union européenne est « fondée » (article 2 TUE¹²² et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

Dans ce contexte, en rejetant le modèle constitutionnel libéral, ce sont également les valeurs et principes propres à ces organisations internationales – pensées et créées après-guerre – que les citoyens rejettent également. La fracture est béante et le danger d'un *spill over* anti-libéral

¹¹⁵ Sociétés qui souffrent, qui plus est, d'importantes vagues d'émigrations. Beaucoup de jeunes diplômés des pays de l'Est partent travailler et vivre à l'étranger, ce qui renforce le *ressenti*, pour ceux qui restent, d'être « envahis » par les migrants et de s'engager dans une défense implacable de leur « identité » qu'ils estiment être en péril.

¹¹⁶ Y. MOUNK, *Le peuple contre la démocratie*, Paris, Edition de l'Observatoire, 2018, p. 26.

¹¹⁷ R. ARNOLD, « L'Etat de droit comme fondement du pacte constitutionnel européen », *RFDC*, 2014, n°4, pp. 679-676.

¹¹⁸ L'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe se lit ainsi : « Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre 1^{er}. »

¹¹⁹ L'article 2 b) de la Charte de l'OEA se lit ainsi : « L'Organisation des Etats américains, afin de réaliser les principes sur lesquels elle est fondée et accomplir ses obligations régionales en accord avec la Charte des Nations Unies, établit les propositions suivantes essentielles : (.../...) b. Promouvoir et consolider la démocratie représentative dans le respect du principe de non intervention ». L'article 3 l). se lit ainsi : « Les Etats américains proclament les droits fondamentaux de la personne humaine sans faire de distinction de race, nationalité, croyance ou sexe ».

¹²⁰ Les 8^{ème} et 9^{ème} alinéas du Préambule de la Charte démocratique interaméricaine sont significatifs : « Gardant présent à l'esprit que la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme ainsi que la Convention américaine relative aux droits de l'homme consacrent les valeurs et principes de liberté, d'égalité, de justice sociale qui font partie intrinsèque de la démocratie / Gardant à l'esprit que la promotion et la protection des droits de la personne s'avère une condition essentielle à l'existence d'une société démocratique et reconnaissant l'importance du développement et du renforcement continu du Système interaméricain des droits de l'homme pour la consolidation de la démocratie ». De même, la Ière partie intitulée 'La démocratie et le système interaméricain' est composée de 6 articles qui l'un après l'autre, reconnaissent l'importance de la démocratie représentative, de l'Etat de droit, de la protection des droits des personnes. L'article 3 est particulièrement significatif : « Au nombre des composantes essentielles de la démocratie représentative figurent, entre autres, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'accès au pouvoir et son exercice assujéti à l'Etat de droit, la tenue d'élections périodiques, libres, justes et basées sur le système universel et secret, à titre d'expression de la souveraineté populaire, le régime plural de partis et d'organisations politiques, ainsi que la séparation et l'indépendance des pouvoirs politiques. »

¹²¹ V. SKOURIS, « L'Union européenne en tant que communauté de valeurs. L'exemple de l'Etat de droit », *L'exigence de justice, Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 701-713.

¹²² Il se lit ainsi : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que le respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les hommes et les femmes ».

est réel. En effet, si les citoyens ne sont plus persuadés de la légitimité de ce modèle, ils en viennent à se laisser séduire voire à plébisciter des régimes autoritaires¹²³. La « consolidation démocratique » que l'on croyait irréversible n'est plus ; la « déconsolidation démocratique » (*deconsolidation of democracy*) est quant à elle à l'œuvre pour reprendre la formule percutante de Roberto Stefan Foa et Yascha Mounk¹²⁴. Après avoir mesuré – avec les outils des sciences sociales – le désenchantement démocratique que nous avons présenté plus haut, ces deux auteurs considèrent que les théories relatives à la « consolidation » démocratique ne valent plus. Elles partaient du principe qu'une fois établie, la démocratie ne pouvait que se renforcer, s'améliorer, s'enraciner ; en un mot, le processus démocratique une fois enclenché était inexorablement positif (*a one-way street*)¹²⁵. Or, aujourd'hui, la désaffection des citoyens envers le modèle démocratique libéral est telle – puisqu'ils ne sont plus persuadés de ses avantages – que la diffusion des discours puis l'arrivée des régimes populistes au pouvoir est aisée ; leur maintien aux commandes des Etats l'est également car le démantèlement démocratique mis en œuvre rapidement et tout azimut musèle l'opposition et organise l'octroi des plein-pouvoirs au Parti populiste dominé par son leader.

Dans ce contexte, ce sont deux matrices essentielles du pacte constitutionnel démocratique libéral qui sont délibérément et minutieusement détruites par les régimes populistes : la séparation des pouvoirs (A) d'un côté et la protection des droits de l'homme (B) de l'autre.

A. Le démantèlement de la séparation des pouvoirs

Un des effets visibles des politiques populistes est la disparition des mécanismes de contre-pouvoir. Les *checks and balances* n'ont plus lieu d'être. Le déclin démocratique – la littérature anglophone parle de *democracy backsliding* – se caractérise par la mise au point de stratégies délibérées afin d'affaiblir, de dominer ou carrément d'éliminer les processus institutionnels participant à la séparation des pouvoirs. Au final, le parti incarnant la logique populiste détient les pleins pouvoirs, au sein du Parlement et bien évidemment au sommet du gouvernement. La confiscation des modes classiques de fonctionnement démocratique est

¹²³ W.A. GALSTON, « The Populist Challenge to Liberal Democracy », *Journal of Democracy*, Vol. 29, n°2, April 2018, pp. 5-19.

¹²⁴ R. STEFAN FOA, Y. MOUNK, « The Signs of Deconsolidation », *Journal of Democracy*, Vol. 28, n°1, January 2017, pp. 5-15. Le premier est spécialiste des sondages en sciences sociales à Melbourne ; le second, est un jeune politologue de Harvard menant des recherches sur la crise du libéralisme politique. Elles viennent de se concrétiser par la publication simultanée de son ouvrage en anglais (*The People vs Democracy. Why Democracy is in Danger and How to save it.*, Harvard University Press, 2018, 400 p.) et en français (*Le peuple contre la démocratie*, Paris, Editions de l'Observatoire, 2018, 517 p.).

¹²⁵ *Ibid.*, *op.cit.*, p. 8-9 : « Political scientists have long assumed that what they call « democratic consolidation » is a one-way street : Once democracy in a particular country has been consolidated, the political system is safe, and liberal democracy is here to stay. Historically, this has indeed been the case. So far, democracy has not collapsed in any country that has experienced at least two government turnovers as a result of free and fair elections. *But a large part of the reason that liberal democracy proved to be so stable in the past was its ability to persuade voters of its advantages. (.../...) What happens to the stability of wealthy liberal democracies when many of their citizens no longer believe that their system of government is especially legitimate or even go so far as to express open support for authoritarian regime forms? To answer this question, we need to conceive of the possibility that democratic consolidation might not be a one-way street after all. Democracy comes to be the only game in town when an overwhelming majority comes of a country's citizens embraces democratic values, reject authoritarian alternatives, and support candidates or parties that are committed to upholding the core norms and institutions of liberal democracy. By the same token, it can cease to be the only game in town when, at some later point, a sizable minority of citizens loses its belief in democratic values, becomes attracted to authoritarian alternatives, and stars voting for "antisystem" parties, candidates, or movements that flout or oppose constitutive elements of liberal democracy. Democracy may that be said to be deconsolidating ».*

(C'est nous qui soulignons).

donc promue et activée au profit d'un Exécutif surpuissant incarné par le *leader* charismatique¹²⁶ qui, *Lui*, est censé incarner la voix du « Peuple », seul « corps politique » qui vaille. A partir de cette valorisation globalisante et fourre-tout du « Peuple » – jamais identifié – c'est une concentration des pouvoirs au profit de l'Exécutif qui est savamment orchestrée. Elle s'accompagne d'une mise sous tutelle du pouvoir judiciaire – notamment des Cours constitutionnelles, dont on sait qu'elles sont normalement des contrepoids nécessaires au sein des démocraties libérales – et du rejet de toute prise de position critique.

Affectés par la mise à l'écart du principe de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance judiciaire, la garantie des droits de l'homme est ainsi directement menacée.

La *praxis* des gouvernements populistes démontre que cette attaque en règle des éléments inhérents aux modèles constitutionnels démocratiques d'après-guerre peut se faire – juridiquement – de différentes manières : soit par la voie de la réforme constitutionnelle en bonne et due forme (ce sont les cas vénézuélien, équatorien, péruvien en Amérique latine tandis que c'est le scénario hongrois en Europe) (1) ; soit par la voie de la refonte législative laquelle rend inopérante les principes consacrés dans la Constitution : cette dernière demeure, mais elle est vidée de son sens (c'est le cas de figure polonais) (2)¹²⁷.

1. Le démantèlement par la réforme constitutionnelle

D'un côté de l'Atlantique comme de l'autre, des constitutions d'un genre particulier ont vu le jour. Les unes ont mis en place ce que la doctrine latino-américaine a appelé un *Nuevo constitucionalismo* – objet d'une littérature prolifique sur le continent américain¹²⁸ – tandis que d'autres – à l'instar de la constitution hongroise de 2011 – ont promu ce qui apparaît être un « constitutionnalisme populiste ». Il commence à être décrypté par une partie de la communauté des constitutionnalistes qui a pris la mesure de la pérennité du phénomène¹²⁹. Et pour cause, c'est par le biais constituant que les *leaders* populistes décident de démanteler la démocratie libérale. Dit autrement, ils utilisent les outils du constitutionnalisme moderne – la rupture politique par le changement constitutionnel – pour mieux en affaiblir sa conception libérale¹³⁰.

a. En *Amérique latine*, le politologue chilien Javier Couso a parfaitement démontré la manière dont trois régimes radicaux se mirent en place – au Venezuela, puis en Bolivie et en Equateur – en suivant un même « scénario »¹³¹. Il se déroula en quatre actes. Tout d'abord, l'obtention du pouvoir et la mainmise sur l'Exécutif, fut mis en œuvre au moyen de processus électifs

¹²⁶ Le leader et/ou son Parti.

¹²⁷ Au-delà de ces exemples, la littérature spécialisée démontre très clairement que les régressions démocratiques se répandent rapidement au sein d'autres pays d'Europe centrale et orientale, comme la Bulgarie, Roumanie, Slovaquie. Parmi une importante littérature, voir J. RUPNIK, « La démocratie illibérale en Europe centrale », *Esprit*, 2017-6, pp. 69-85 ; O. A. MACOVEI, « L'Etat illibéral dans l'Union européenne, essai de conceptualisation », *Civitas Europa*, 2018/1, n°40, pp. 127-144.

¹²⁸ Voir la note 58.

¹²⁹ G. HALMAI, « Is there Such Thing As 'Populist Constitutionalism' ? », *Fudan Journal of the Humanities and Social Science*, 2018, 23 p. Du même auteur, « From a Pariah to a Model ? Hungary's Rise to an Illiberal Member State of the EU », *European Yearbook of Human Rights*, 2017, pp. 33-45.

¹³⁰ On signalera à ce stade l'analyse de Luigi CORRIAS qui a entrepris de présenter ce qu'il appelle une théorie constitutionnelle du populisme qui combine selon lui trois lectures spécifiques du pouvoir constituant, de la souveraineté populaire et de l'identité constitutionnelle, « Populism in a Constitutional Key : Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity », *European Constitutional Law Review*, 2016, pp. 6-26.

¹³¹ J. COUSO, « Las democracias radicales y el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano' », *Sela* 2015, p.8. L'auteur emploie le mot significatif de « *guión* » (scénario).

conduits sous l'empire des anciens systèmes constitutionnels, tout en usant d'une rhétorique révolutionnaire qui promettait de changer radicalement l'ordre établi. Immédiatement après l'accession au pouvoir, des *referenda* furent convoqués pour consulter le peuple sur l'idonéité d'une nouvelle constitution, symbole de la mise en place d'une nouvelle ère politique. Le troisième acte se manifesta par l'installation d'une assemblée constituante en charge d'élaborer un nouveau texte constitutionnel, tandis que le quatrième acte vit la convocation d'un second référendum afin de ratifier le document élaboré par l'Assemblée constituante. Si les constitutions en vigueur furent clairement violées selon Javier Couso – en ce qu'elles ne prévoyaient pas de mécanismes de substitution adoptés dans ces conditions –, les puissantes et réitérées approbations populaires donnèrent une légitimité sans précédent à ces processus qui, en outre, ne générèrent point de violences de masse¹³². Les constitutions vénézuélienne, bolivienne et équatorienne furent adoptées respectivement en 1999 pour la première¹³³ et 2008 pour les deux autres¹³⁴. Si les deux dernières sont souvent célébrées, il faut y voir l'effet d'une de leur imposante spécificité : avoir attribué des droits à la *Pacha Mama* (« Mère Nature ») ; avoir poussé très loin, également, la logique pluriethnique dans la distribution du pouvoir. Quant à la Constitution vénézuélienne de 1999, si elle fut également louée, c'est qu'elle introduisit une clause particulièrement moderne qui fut considérée, à juste titre, comme une des grandes innovations du texte constitutionnel¹³⁵. Elle octroyait en effet un rang constitutionnel aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, signés et ratifiés par le Venezuela tout comme de prévoir leur primauté dans l'ordre interne quand leurs normes, sur la jouissance et l'exercice des droits, sont plus favorables à celles établies par la Constitution (article 23)¹³⁶. Si ces nouvelles constitutions sont donc à certains égards particulièrement originales et intéressantes, elles n'en sont pas moins préoccupantes quand on s'attarde sur les modalités renouvelées de distribution des rôles entre les pouvoirs constitués, qu'elles mettent en place. Le constat est édifiant. La concentration des pouvoirs au profit de l'Exécutif y est clairement organisée avec, à la clé, un net affaiblissement du pouvoir judiciaire. Qu'on en juge. L'exacerbation du pouvoir exécutif est imposante dans la mesure où lui sont dévolues des compétences hors du commun, surtout si on a égard à ce qui existe dans les systèmes présidentielistes des systèmes constitutionnels libéraux. Ainsi, en Equateur, de la dissolution de l'Assemblée par le Président quand elle obstrue, de « manière réitérée et injustifiée (...) le Plan National de Développement, ou du fait d'une grave crise politique »¹³⁷ ; ainsi, au Venezuela, la faculté de décréter des Etats d'urgence sans consulter le pouvoir législatif et sans qu'il existe une révision judiciaire dudit décret pendant 8 jours¹³⁸. S'agissant de l'affaiblissement du principe de la séparation des pouvoirs au détriment du pouvoir judiciaire (*Judicatura*), le constat est également dénué d'ambiguïté. En Bolivie et en Equateur, le pouvoir judiciaire est placé sous le « contrôle populaire » ou celui de

¹³² La doctrine anglo-saxonne est divisée sur ces changements constitutionnels. Considérés comme « inconstitutionnels » et évalués comme porteurs de futures dérives autoritaires par les uns (voir entre autres LANDAU, « Abusive constitutionalism », *U.C. Davis L.R.*, 47, 2013), ils sont à l'inverse vus comme nécessaires par les autres afin d'en finir avec le cercle vicieux de l'exclusion et de l'injustice sociale (voir, J. BRAVER, « Putting 'Abusive constitutionalism' and populism in Perspective », *Int'l J. Const. L. Blog*, 27 juillet 2018).

¹³³ Constitution du 30 décembre 1999, JO de la République du Venezuela n°36.860.

¹³⁴ Constitution bolivienne du 25 janvier 2009 et Constitution équatorienne du 28 septembre 2008.

¹³⁵ A. R. BREWER CARÍAS, *La Constitución de 1999 comentada*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 161.

¹³⁶ Le texte original de l'article 23 se lit ainsi : « *Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tiene jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de República, y son de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.* ».

¹³⁷ Art. 148 de la Constitution équatorienne.

¹³⁸ Art. 339 de la Constitution vénézuélienne.

l'Exécutif¹³⁹. Au Venezuela, le pouvoir judiciaire se trouve subordonné dans les faits au gouvernement, produit du contrôle continu des organismes qui ont en charge de nommer les juges et qui se trouve sous le contrôle de l'Exécutif. Le résultat est l'absence, dans ces trois pays, d'un pouvoir judiciaire indépendant¹⁴⁰.

Il convient ici de s'attarder quelques instants sur le cas vénézuélien. Paraphrasant Gabriel García Marquez, on pourrait affirmer que le Venezuela témoigne de la chronique d'un démantèlement démocratique annoncé. Il suffit de lire les écrits d'Alan Brewer Carías – un des plus grands comparatistes latino-américains, sinon le plus grand – pour se rendre compte de la destruction continue de tous les mécanismes démocratiques dans son pays natal, dont on rappellera qu'il fut un des Etats les plus riches, développés et stables du continent depuis 1958¹⁴¹. Comme s'il fallait témoigner pour l'histoire, il n'y a pas un épisode de cette tragique « déconsolidation » qui n'ait pas été consigné par A. Brewer Carías dans ses innombrables écrits dont la précision et la rigueur techniques sont éloquents¹⁴². Nombre de ses collègues latino-américains ont également participé à décrypter la déliquescence démocratique du pays¹⁴³. Il ressort de ces nombreux écrits que la disparition de la démocratie eut lieu tout à la fois sur la base d'une main mise de l'Exécutif sur le pouvoir judiciaire dans un premier temps (et plus particulièrement sur la Chambre constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, TSJ)¹⁴⁴, puis par une série continue d'inconstitutionnalités qui n'ont eu de cesse d'émailler la *praxis* populiste pour arriver en 2015, 2017 puis 2018, à trois événements paroxystiques, fossoyeurs définitifs de la démocratie vénézuélienne. En 2015, alors que l'opposition gagnait pour la première fois les élections législatives, la Chambre constitutionnelle du TSJ dénia toute valeur à cette élection¹⁴⁵. Le 1^{er} mai 2017, fut lancé au moyen d'un décret (le n°2830)¹⁴⁶ – et ce en contradiction flagrante avec les articles 347 et 348 de la Constitution¹⁴⁷ – un nouveau processus constituant. Il se solda par l'abrogation de la Constitution de 1999 et la convocation d'élections anticipées. Si, le 20 mai 2018, la réélection de Nicolás Maduro fut

¹³⁹ Article 182 de la Constitution bolivienne et article 198 de la Constitution équatorienne.

¹⁴⁰ Enfin, on soulignera l'élimination du bicaméralisme en Equateur et au Venezuela, afin de rendre plus fluide la relation entre le pouvoir souverain du peuple et les organes de l'Etat, plus spécialement l'Exécutif.

¹⁴¹ Rappelons qu'il s'agit d'un pays pétrolier, membre fondateur de l'OPEP, qui possède les premières réserves au monde d'hydrocarbures (y compris devant l'Arabie Saoudite) et dont les revenus lui ont permis pendant de nombreuses années d'être la nation la plus riche du continent latino-américain.

¹⁴² Tout son travail (ouvrages, articles de revues juridiques, articles de presse, conférences) se trouvent en ligne sur son site : www.allanbrewercarias.com.

¹⁴³ R. BREWER CARÍAS et C. GARCÍA SOTO, *Estudios sobre la Asamblea nacional constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Jurídica Venezolana, 2017, 756 p.

¹⁴⁴ Transformer le système de justice constitutionnelle en un système d'*in*-justice constitutionnelle pour reprendre la formule d'A. BREWER CARÍAS, *Crónica sobre la « In » Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, 15 p.

¹⁴⁵ A. BREWER CARÍAS, *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revoco mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

¹⁴⁶ Il fut dénoncé par de très nombreux constitutionnalistes latino-américains dans le recueil de textes réunis par A. R. BREWER CARÍAS et C. GARCÍA SOTO, *Estudios sobre la Asamblea nacional ..op.cit., passim*.

¹⁴⁷ L'article 347 se lit comme suite : « Le Peuple du Venezuela est le dépositaire du Pouvoir Constituant originel. Dans l'exercice de ce pouvoir, il peut convoquer une Assemblée Nationale Constituante dans le but de transformer l'Etat, créer un nouvel ordonnancement juridique et rédiger une nouvelle Constitution ». L'article 348 se lit comme suit : « L'initiative de convocation de l'Assemblée Nationale Constituante peut être prise par le Président ou Présidente de la République en Conseil des Ministres, l'Assemblée Nationale, après accord des deux tiers de sa composante. Les Conseils municipaux, siégeant, après le vote des deux tiers, le quinze pour cent des électeurs ou électrices inscrits sur le registre électoral. »

officiellement proclamée, cette date fut surtout la marque d'une rébellion populaire majeure caractérisée par le rejet de ce qui fut une mascarade électorale : 82,7% de la population n'alla pas voter.

Quelle sera la prochaine étape de ce *hold up* démocratique ? On sait qu'il se solde, pour l'heure en termes économiques et humains, par une paupérisation généralisée et un exode massif de la population vers les pays voisins : la Colombie, le Pérou, la Bolivie. La rhétorique populiste sur la justice sociale, la fin de la misère et de l'exclusion, démontre ici avec éclat son inanité. Les politiques redistributives généreuses initiales se transformèrent, sur le temps long et sans vision plus globale, en un désastre humain de grande ampleur. Impossible de savoir si du populisme on passera à une dictature¹⁴⁸ en bonne et due forme et où la rhétorique du *Peuple vs les Autres* aura été remplacée par des arrestations et exécutions arbitraires, des disparitions forcées, où les chars et les bruits de bottes s'implanteront au quotidien. Ce qui est aujourd'hui avéré, c'est que dans le cadre de ce long processus de déliquescence, les attaques envers les mécanismes de protection des droits de l'homme furent à leur apogée¹⁴⁹.

Il est crucial ici de marteler que le début de ce processus continu de délitement démocratique commença par la mise sous tutelle du pouvoir judiciaire par l'Exécutif : dès l'année 2000, la Chambre constitutionnelle du Tribunal suprême fut tout simplement l'agent de l'Exécutif au sein de l'Etat¹⁵⁰. A partir de là, tout était vicié et, pourrait-on ajouter, tout était écrit. Cet élément devrait profondément inquiéter les Européens : ce scénario se déploie aujourd'hui au cœur même de l'Union qui n'est certainement *plus* un « club » d'Etats démocratiques attachés aux valeurs de l'article 2 TUE comme d'ailleurs le Conseil de l'Europe qui, en plus de la Hongrie et de la Pologne, est composé de pays comme la Turquie et la Russie gouvernés par deux populistes autoritaires¹⁵¹.

b. *En Europe*, l'adoption en 2011 d'une nouvelle Constitution en Hongrie ne passa pas inaperçue¹⁵². Elle suscita l'émoi de la Commission de Venise¹⁵³, tant au regard de son contenu¹⁵⁴ que de ses modalités d'approbation, écartant du processus constituant l'opposition

¹⁴⁸ Une des dernières études écrites par Alan BREWER-CARÍAS considère que le dernier épisode de cette triste déliquescence démocratique a plongé le Venezuela en dictature : « Reflexiones sobre la dictadura en Venezuela después de la fraudulenta 'reelección' presidencial de mayo de 2018 », 38 p. (disponible sur le site web www.allanbrewercarias.com).

¹⁴⁹ Voir plus loin, « la riposte difficile ».

¹⁵⁰ A. R. BREWER CARIAS, « El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución : el caso de la Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009) », *Revista de Administración pública*, Madrid, n°180, 2009, pp. 383-418.

¹⁵¹ A. INSTEL, « Rupture et continuité dans la politique autoritaire d'Erdogan », *Le Retour des populismes, op.cit.*, pp. 189-195 ; J. RADVANYI, « Vladimir Poutine ou la mobilisation patriotique », *Le Retour des populismes, op.cit.*, pp. 202-208.

¹⁵² A. BADÓ, P. MEZEI, « Comparativism and the New Hungarian Fundamental Law-Taking Raz Seriously », *International and Comparative Law Review*, 2017, Vol. 17 n°1, pp. 109-127.

¹⁵³ La nouvelle Constitution hongroise, adoptée le 18 avril 2011 par l'Assemblée nationale et signée par le Président de la République le 25 avril 2011, est entrée en vigueur le 1er janvier 2012. Cette nouvelle constitution a donné lieu à de vifs échanges de vues sur le plan national et international (voir les avis CDL (2011) 016 et CDL (2011) 001 de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise), la résolution n° 12490 déposée le 25 janvier à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, les déclarations du Conseil et de la Commission ainsi que la résolution du Parlement européen du 5 juillet 2011. On renvoie ici à l'*Editorial comment* de L. AZOULAI, « Hungary's new constitutional order and « European Unity », *Common Market Law Review*, 2012, 49, pp.871-883.

¹⁵⁴ D'un côté, la nouvelle Constitution organise une valorisation expresse de certains droits consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – v. A. BERKES, « Hongrie », *La Charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe/ The Charter of Fundamental Rights as apprehended by Judges in Europe*, L. Burgorgue-Larsen (dir.), Paris, Pedone, 2017, pp. 425-464, Col. Cahiers européens, n°10 – de l'autre, elle exacerbe moult éléments nationalistes.

et les membres de la société civile. Comment a-t-elle pu être promue aussi facilement ? Le professeur hongrois Gábor Halmai¹⁵⁵ met parfaitement en évidence ce qui permit au parti de Viktor Orbán de remporter les élections en 2010 et d'être en position de force pour enclencher, dans la foulée, la mécanique réformatrice, législative et constitutionnelle. Le degré d'insatisfaction d'une grande partie de la population était élevé, tant à l'endroit du gouvernement en place à cette époque, qu'à l'égard du processus de transition lui-même¹⁵⁶. Il fut alors aisé au *Fidesz* d'instrumentaliser ce sentiment en clamant que, de transition démocratique réelle, il ne fut pas question en 1989/1990. Le temps était donc venu pour une « véritable » révolution que le *Fidesz* allait mettre en oeuvre. Il est crucial ici de relever un élément commun à d'autres scénarios populistes : la rapidité avec laquelle une fois au pouvoir, le gouvernement agit pour démanteler ce qui constitue l'essence même de l'Etat de droit : la séparation des pouvoirs avec, normalement à la clé, l'indépendance des tribunaux. En effet, avant même que la Constitution n'entre en vigueur le 1^{er} janvier 2012, le Parlement hongrois avait préparé et adopté une série de textes législatifs modifiant en profondeur le fonctionnement démocratique du pays. Elles concernaient la liberté de la presse, le droit pénal, le droit de la famille et de la nationalité, le droit des élections, le statut des Eglises, et *last but not least*, le fonctionnement de la Cour constitutionnelle. La « déconsolidation » ne s'arrêta pas là : dans les derniers jours de l'année 2011, le Parlement adoptait une « Disposition transitoire à la Loi Fondamentale » avec rang constitutionnel dont le but fut de suppléer littéralement la nouvelle Constitution qui n'était pas encore entrée en vigueur¹⁵⁷.

A partir de là, le pouvoir incarné dans la personne de Viktor Orbán n'a eu de cesse de détricoter les acquis démocratiques de la séparation des pouvoirs et de s'opposer à l'Union européenne, incarnant un *Establishment* corrompu loin des préoccupations du « Peuple » hongrois unifié sur la base d'un discours jouant sur les affects identitaires. A partir de cette réforme constitutionnelle, la rhétorique populiste continua à sévir afin de permettre le renouvellement du maintien au pouvoir du *Fidesz* et de son leader : les *fake news* devinrent « la narration officielle », après le musèlement de la presse libre¹⁵⁸. Une telle politique fut clairement revendiquée et affichée ; elle fut brandie – et continue plus que jamais de l'être – comme un étendard de l'identité nationale hongroise. Le discours de Viktor Orbán du 26 juillet 2014 en est l'emblème¹⁵⁹. Il affirme que le « nouvel Etat que nous sommes en train de construire en Hongrie est un Etat illibéral, un Etat non libéral » qui ne « rejettera pas les principes fondamentaux du libéralisme comme la liberté », mais qui en revanche, « ne fera pas de cette idéologie l'élément central de l'organisation de l'Etat », qui « inclut une approche

¹⁵⁵ Actuellement en poste à l'Institut universitaire européen de Florence.

¹⁵⁶ G. HALMAI, «Before the 2010 elections, most voters had grown dissatisfied not only with the government, but also with the transition itself, more than in any other East Central European country. Fidesz fed these sentiments by claiming that there had been no real transitions in 1989–1990, and that the previous nomenclatura had merely converted its lost political power into economic influence, pointing to the previous two prime ministers of the Socialist Party, both of whom became rich after the transition owing to privatization. Fidesz's populism was directed against all elites, including the elites who designed the 1989 constitutional system (in which Fidesz had also participated), claiming that it was time for a new revolution. », « Hungary and Poland : How the EU Can and Should Cope with Illiberal Member States », *op.cit.*, pp. 3-4.

¹⁵⁷ Et le professeur HALMAI d'affirmer que « These new laws have been uniformly bad for the political independence of state institutions, for the transparency of law and for the future of human rights in Hungary », *op.cit.*, p. 4.

¹⁵⁸ Voir l'entretien avec Peter KREKO, Directeur du *Think Tank* atlantiste et libéral, *Political Capital* dans *Le Monde* du 9 avril 2018.

¹⁵⁹ Discours du Premier ministre Victor ORBÁN à l'occasion du 25^{ème} anniversaire de l'Université libre d'Etat. Reproduite sur le site officiel du gouvernement hongrois, [http:// www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp](http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp). Il se trouve traduit en anglais sur le site « *Budapest Beacon* ».

différente, spéciale, nationale ». Et de poursuivre : « il est impossible de construire un nouvel Etat basé sur des fonctions illibérales et nationales au sein de l'Union européenne¹⁶⁰. » En transformant une expression au point d'en faire la marque de fabrique du constitutionnalisme populiste, il instrumentalisait, ni plus ni moins, ce que le politologue américain, Fareed Zacharia, dès 1997, avait décrit dans un article publié dans la revue *Foreign affairs*.

« *The Next Wave*. The American diplomat Richard Holbrooke pondered a problem on the eve of the September 1996 elections in Bosnia, which were meant to restore civic life to that ravaged country. "Suppose the election was declared free and fair," he said, and those elected are "racists, fascists, separatists, who are publicly opposed to [peace and reintegration]. That is the dilemma." Indeed it is, not just in the former Yugoslavia, but increasingly around the world. Democratically elected regimes, often ones that have been reelected or reaffirmed through referenda, are routinely ignoring constitutional limits on their power and depriving their citizens of basic rights and freedoms. From Peru to the Palestinian Authority, from Sierra Leone to Slovakia, from Pakistan to the Philippines, we see the rise of a disturbing phenomenon in international life -- illiberal democracy¹⁶¹. »

Fareed Zacharia s'alarmait évidemment du phénomène ; à l'inverse, Viktor Orbán le transforme en étendard de ce qu'il veut et pense être une nouvelle ère politique. Partant, il crée une rupture ontologique avec la construction du modèle constitutionnel et international d'après-guerre, mettant en exergue dans son discours tous les échecs de la démocratie libérale qui accéda au pouvoir en 1990 en Hongrie. Une telle approche n'est pas viable avec l'évolution au sein de l'Union, dont on sait qu'elle est fondée sur des valeurs (article 2 TUE) que l'Etat membre ne reconnaît plus. La confrontation des « modèles » ne peut pas être plus paroxystique.

2. Le démantèlement par la refonte législative

Que dire du cas Polonais¹⁶², sinon que le démantèlement démocratique se fit sans que la Constitution du 2 avril 1997 n'ait été touchée ? Grandement inspiré par l'approche hongroise du *Fidesz*¹⁶³, le parti « Droit et Justice » (*PiS*), arrivé au pouvoir en 2015, déploya *tous azimuts* un éventail de mesures législatives qui se chargea de mener une attaque en règle, très rapide, de tout ce qui pouvait entraver l'action des autorités nouvellement élues. En l'espace de deux ans à peine, pas moins de treize lois ayant affecté de façon profonde toute l'architecture du système judiciaire, ont été adoptées. Autrement dit, le démantèlement au-delà de sa célérité a été systémique comme le souligne avec justesse W. Sadurski¹⁶⁴. Ainsi, les éléments clés du fonctionnement et des pouvoirs de la Cour constitutionnelle, de la Cour suprême, des juridictions ordinaires, du Conseil national de la Magistrature, des services du

¹⁶⁰ Les extraits en anglais se lisent ainsi : « *Meaning, that Hungarian nation is not a simple sum of individuals, but a community that needs to be organized, strengthened and developed, and in this sense, the new state that we are building is an illiberal state, a non-liberal state. It does not deny foundational values of liberalism, as freedom, etc.. But it does not make this ideology a central element of state organization, but applies a specific, national, particular approach in its stead.* ».

¹⁶¹ F. ZACHARIA, « The rise of Illiberal Democracy », *Foreign Affairs* 76, November-December 1997, pp. 22-45.

¹⁶² W. SADURSKI, « How Democracy Dies (in Poland) : A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding », Sydney Law School, *Legal Studies Research Paper*, n°18/01, January 2018, 72 p. (<http://ssrn.com/abstract=3103491>).

¹⁶³ « Budapest à Varsovie » (*Budapest to Warsaw*) telle fut la formule utilisée par Kaczyński quand son Parti (le *PiS*) a commencé à exercer le pouvoir en 2015.

¹⁶⁴ W. SADURSKI, « How Democracy Dies (in Poland) ... », *op.cit.*, pp. 4-5

Procureur et de l'École nationale de la Magistrature ont été profondément modifiés¹⁶⁵. Le point commun de ces réformes législatives est le pouvoir octroyé à l'Exécutif, comme au Législatif (qui est également entre les mains du *PiS* et plus précisément d'un seul Homme, Kaczyński), d'intervenir de façon significative dans la composition, les pouvoirs, l'administration et le fonctionnement de ces diverses institutions, sans que la Cour constitutionnelle puisse intervenir. Le professeur Wojciech Sadurski – qui a analysé de façon particulièrement fouillée la situation polonaise – considère qu'elle met en scène un « *anti-constitutional populist backsliding* » (*une régression populiste anticonstitutionnelle*), expression qu'il estime la plus adéquate pour décrire de la situation de son pays. Il met parfaitement en évidence que l'adoption de nombreuses lois eut clairement pour objectif de contourner de précises dispositions constitutionnelles, tant dans le domaine de la justice (constitutionnelle et ordinaire), que dans le champ du pluralisme des médias notamment. Il laisse à voir que la centralisation du pouvoir est telle que le siège du *PiS* en est même devenu l'emblème¹⁶⁶. Dans un tel contexte, Adam Bodnar – Ombudsman polonais qui représente encore une des rares institutions indépendantes en Pologne – pose parfaitement les termes de la problématique : « Poland is currently facing new challenges – how to protect human rights in a country where constitutional review is subject of political manipulation and where the Constitution of 2 April 1997 was *de facto* changed *via* legislative mean, while the original text of the Constitution remain intact¹⁶⁷ ? »

Ces deux pays européens au sens géographique et institutionnel du terme – ils sont en effet situés au cœur de l'Europe et sont membres de l'Union européenne – bien qu'ils soient traversés par plusieurs différences, n'en sont pas moins animés par une obsession commune : celle de ne pas perdre leur « identité » de pays chrétiens blancs¹⁶⁸. Cette « guerre culturelle » comme la nomme Jacques Rupnik est un élément majeur de ce repli nationaliste populiste¹⁶⁹.

¹⁶⁵ A. BODNAR, « Protection of Human Rights after the Constitutional crisis in Poland », *Jahrbuch des öffentlichen rechts der Gegenwart*, S. Baer, O. Lepsius, C. Schönberger, C. Waldhoff, C. Walter (dir.), Mohr Siebeck, 2018, pp.639-662. Le début de l'article d'Adam Bodnar, Défenseur du Peuple polonais résume tout... : « In 2015-2017 the attempt to dismantle rule of law guarantees was undertaken in Poland. The new government of the « Law and Justice » party (PiS) won the majority in elections in October 2015. A number of reforms were introduced. Most importantly, the independence of the Constitutional Court was undermined. The paralysis of the typical daily operation of the Constitutional Court allowed the ruling majority to pass legislation that aimed to centralize state power. The legislation (except for one law) was never verified by the Constitutional Court. In 2017, the ruling majority passed legislation threatening judicial independence, most notably the Supreme Court and the National Council of Judiciary. », pp. 639-640.

¹⁶⁶ W. SADURSKI, « How Democracy Dies (in Poland) ... », *op.cit.*, p. 10 : « “Nowogrodzka” (the Warsaw address of the PiS headquarters, where Kaczyński has his main office) became synonymous with the true locus of power. When ministers need a strategic decision to guide their action, they “go to Nowogrodzka Street”. »

¹⁶⁷ A. BODNAR, « Protection of Human Rights after the Constitutional crisis in Poland », *Jahrbuch des öffentlichen rechts der Gegenwart*, S. Baer, O. Lepsius, C. Schönberger, C. Waldhoff, C. Walter (dir.), Mohr Siebeck, 2018, *Ibid.*, p. 640.

¹⁶⁸ Le témoignage d'Adam BODNAR est édifiant à cet égard : « Another set of anti-constitutional actions by the government was its policy towards refugees and migrants. Poland is one of the most homogenous member states of the European Union, with 98% of the population belonging to the Polish nation, and over 90% being Roman Catholic. The migration crisis in Europe coincided exactly with the electoral campaign. Therefore, the topic of migration and relocation of refugees within the EU, according to the scheme agreed on by the EU, was subject of intense discussion during the electoral campaign and its aftermath. The argument of a general fear of the Polish society towards migration was used both as a justification of certain legislative reforms (especially surveillance powers of secret service as well as method to increase popular support of government policies. In consequence, Poland has refused to participate in the EU relocation scheme», voir « Protection of Human Rights after the Constitutional crisis in Poland », *Jahrbuch des öffentlichen rechts der Gegenwart*, S. Baer, O. Lepsius, C. Schönberger, C. Waldhoff, C. Walter (dir.), Mohr Siebeck, 2018, pp. 650-651.

¹⁶⁹ J. RUPNIK, « The Crisis of Liberalism », *Journal of Democracy*, Vol. 29, July 2018, pp. 24-38. Cette guerre culturelle n'est pas déclenchée uniquement en Pologne et en Hongrie, mais se manifeste également au-delà des

Dans ce contexte, les atteintes aux droits de l'homme ne peuvent qu'apparaître de façon systémique.

B. Les droits de l'homme bafoués

Les régimes populistes ont un rapport très singulier aux droits de l'homme. Ils se proclament les champions de la défense des droits économiques et sociaux, délaissés par les régimes libéraux, tandis qu'ils attaquent frontalement un nombre clé de droits civils et politiques, notamment afin de maintenir leur emprise sur le Peuple qu'ils sont censés incarner¹⁷⁰. Parmi ces derniers, il y en a un qui devient rapidement une cible privilégiée : le droit à la liberté d'expression. Toute prise de parole critique est *ipso facto* présentée comme illégitime. Une critique à l'encontre de la politique menée par le leader populiste est analysée ipso facto comme une attaque contre le « Peuple ». La boucle est bouclée. On est ici parfaitement dans ce que le chercheur allemand Jan-Werner Müller ou encore le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, ont respectivement relevé pour mieux dénoncer : l'anti-pluralisme est intrinsèquement lié au populisme (1)¹⁷¹. Au-delà d'une atteinte radicale à la liberté d'expression (qui touche la presse, les opposants politiques, les ONG etc.), c'est également, et sans doute plus fondamentalement, l'égalité des êtres humains qui est directement reniée (2).

1. La liberté d'expression délégitimée

S'exprimer librement est la marque d'une démocratie vigoureuse. La critique (de l'opposition politique, des syndicats, des activistes des droits de l'homme), la satire (même de mauvais goût), bref les oppositions de tout type, sont la marque d'un système où les multiples voix, notamment celle des minorités politiques mais aussi celle des « saltimbanques », peuvent sans crainte, sans avoir peur d'un quelconque *chilling effect*, s'exprimer. Très vite, ce n'est plus le cas dans les régimes populistes qui organisent une délégitimation en règle de toute analyse contestataire et ce, quel que soit son auteur : l'opposition (si elle arrive à se structurer), la presse (si elle n'est pas muselée) et les représentants de la société civile, les ONG et les universitaires (si les ressources en vue d'assurer leur fonctionnement ne sont pas limitées voire supprimées). La délégitimation de l'expression critique n'est que la première phase dans

frontières du vieux continent. On la retrouve dans les discours de Vladimir Poutine qui fustige la décadence et la permissivité de l'Europe (qui fait fi des valeurs traditionnelles, notamment en matière de mariage et d'orientation sexuelle) ou encore Donald Trump lequel, en voyage officiel à Varsovie, encouragea la Pologne à être un rempart de la civilisation occidentale pour « la famille, la liberté, le pays et pour Dieu », voir « The Crisis... », *op.cit.*, p. 27.

¹⁷⁰ Ceci est caractéristique en Amérique latine. L'article théorique (basé toutefois sur les multiples expériences populistes latino-américaines) de l'Argentin Marcelo ALEGRE, « Populismo y derechos humanos ¿ Agua y aceite ? », *SELA* 16, 2016, 21 p. démontre à merveille la manière dont les régimes populistes, le « Kichnerisme » en tête, ont une relation symbiotique avec les droits de l'homme : « *En Argentina, en particular, la relación entre el activismo de los derechos humanos y el populismo es casi simbiótica. El discurso dominante en materia de derechos humanos es populista y el populismo tiene en los derechos humanos su bandera más preciada* ». Si donc le gouvernement populiste de Nestor puis Cristina Kirchner ont eu pour étendard la préservation des droits de l'homme (et notamment la lutte contre l'impunité), de l'autre, le constat des atteintes à de nombreux droits a été tout aussi flagrant : « *Pero, por otra parte, el record del populismo en el terreno de los derechos humanos es poco auspicioso. Respecto de los derechos civiles y políticos, los gobiernos populistas suelen restringir la libertad de expresión, elevar los costos de ser opositor o disidente, y debilitar los controles sobre el Estado, sean el poder judicial u otros organismos de control, incluyendo los controles internacionales, con el riesgo concomitante para la protección de los derechos humanos.* », p.1. Pour une présentation des nuances entre les populismes en Amérique latine (plus précisément entre le Venezuela et l'Argentine, v. M. SAINT-UPÉRY, « Péronisme et chavisme : affinité et divergence », *Le Retour des populismes, op.cit.*, pp. 157-163.

¹⁷¹ Voir *supra*.

cette offensive ; la seconde consiste à la réduire à une peau de chagrin, voire à l'éliminer. Ces scénarios se manifestent quels que soient les continents, quels que soient les positionnements sur l'échiquier politique des régimes populistes, de Chávez et Maduro à Donald Trump, Kaczyński, Orbán, Poutine, Erdogan. De multiples stratagèmes sont à l'œuvre pour *in fine* faire adopter des lois qui rognent sur la liberté des médias, qui limitent voire interdisent la possibilité pour les ONG, notamment étrangères, d'émettre des opinions critiques. Les incidences de ces stratégies sont majeures sur les processus électoraux qui ne se déroulent plus dans un environnement serein où tous les points de vue sont en mesure de s'exprimer (Hongrie)¹⁷² et où les leaders d'opposition sont arbitrairement mis en prison (Venezuela)¹⁷³.

2. L'égale dignité des êtres humains bafouée/reniée

Les discours et les gouvernements populistes ont un marqueur commun indéniable : la valorisation pour ne pas dire l'idéalisation du « Peuple » (qui n'est jamais identifié). Il peut tout, vaut tout ; il a un seul intérêt commun et se retrouve érigé en « unité politique ». Cette approche afférente au « Peuple » est en contradiction frontale avec ce qui constitue la matrice des droits de l'homme fondée sur la pluralité et la protection des minorités et, au-delà, sur la protection de « tous » les êtres humains. Partant, la première attaque perpétrée par le discours et la *praxis* populiste concerne la négation de la philosophie sous-jacente aux droits de l'homme. La logique inhérente aux droits de l'homme implique que la personne humaine, quelle que soit sa condition, son sexe, son origine, sa nationalité etc...a droit à la protection de ses droits. Personne admirable ou criminel détestable¹⁷⁴, ressortissant national ou étranger, individu tout puissant ou « damné de la terre »¹⁷⁵, peu importe. Or, la fracture qui se dessine avec la rhétorique populiste est ici béante.

En fonction du contexte historique et de la conjoncture politico-économique dans lequel s'insère le mouvement et/ou le gouvernement populiste, il pourra à sa convenance, en fonction des circonstances, de ses accointances idéologiques, tantôt fustiger la protection de l'étranger (populisme de droite) ; tantôt blâmer celle du renégat, du criminel ou du terroriste ; tantôt faire les deux¹⁷⁶. Pis, elle pourra également réactiver un discours antisémite nauséabond à l'instar de celui propagé par Viktor Orbán en Hongrie afin de continuer à se maintenir au pouvoir¹⁷⁷. Le discours populiste, en mobilisant l'affect plutôt que la raison¹⁷⁸, est en mesure

¹⁷² Pour des références concrètes sur le cas hongrois et les atteintes à la liberté d'expression (ainsi que les réactions de la Commission de Venise et du Comité des droits de l'homme de l'ONU), on renvoie au Rapport de la députée écologiste J. SARGENTINI (v. *infra*). On signalera une information alarmante que la parlementaire relate. Le Représentant de l'OSCE pour la liberté des médias a fermement condamné, le 13 avril 2018, la publication en Hongrie par le magazine *Figyelő* d'une liste de 200 personnes qui concourraient (avec environ 1500 autres) au « renversement du gouvernement » (point 32 du rapport).

¹⁷³ Le cas de l'opposant politique Leopoldo López est significatif.

¹⁷⁴ L'exemple souvent présenté est le cas de d'Ilse Bock dite la « Chienne de Buckenwald ». Bien qu'elle ait été une ancienne gardienne de camp de concentration, cela « ne la prive [...] point des droits et libertés définis dans la Convention » (Com. EDH, 1962, *Ilse Koch c/ RFA, Rec.*, n°8, p.91).

¹⁷⁵ Cette célèbre formule est celle tirée de l'ouvrage de Franz FANON, *Les Damnés de la terre*, Paris, Maspéro, 1961.

¹⁷⁶ Donald TRUMP, en lançant sa rhétorique sur le « Mur », entendait stopper l'immigration illégale des Mexicains, présentés au-delà de leur qualité d'étrangers, comme des criminels. La même logique a inspiré l'interdiction d'entrer sur le territoire américain de ressortissants en provenance de plusieurs pays arabo-musulmans, dûment identifiés.

¹⁷⁷ Viktor Orbán, dans le cadre de sa campagne législative d'avril 2018 – après huit ans d'exercice du pouvoir – est allé jusqu'à utiliser un discours antisémite contre Georges Soros (le célèbre philanthrope américain d'origine hongroise) et son « plan » – qualifié de « complot » – en faveur de « l'invasion » de la Hongrie par des « hordes » de migrants musulmans. Le leader du Parti Populaire Européen (PPE) au sein du Parlement européen, Manfred Weber (dont fait partie le *Fidesz*), est venu à Budapest prêter main forte au leader hongrois afin qu'il remporte les élections, ce qui fut le cas. La complaisance du grand parti de droite et de centre droit qu'est le PPE

très aisément d'instrumentaliser la logique inhérente à la protection des droits, de la transformer soit en faiblesse, soit en complicité, afin de fustiger le fait que le « Peuple », le « vrai », se trouve oublié, pis, dénigré, par une Elite, une Oligarchie judiciaire, celle d' « en haut » qui ne sert que ses intérêts et/ou ceux des « Autres ».

Dans ce contexte, il est particulièrement aisé de démonter la mécanique protectrice d'une Cour régionale de protection des droits ; de fustiger une protection qui s'applique à l' « Autre », mais pas au « Peuple ». Quand la Cour européenne considère que le transfert de migrants vers la Libye par les autorités libyennes est une « expulsion collective d'étrangers » prohibée par l'article 4 du Protocole n°4¹⁷⁹ ; quand elle suspend des mesures d'expulsions en ce qu'il existe un « risque réel » de créer une « situation irréversible » ou un « préjudice irréparable » à l'endroit des étrangers sous le coup de mesures d'expulsion¹⁸⁰ ; quand elle interdit aux Etats de renvoyer les étrangers, même en situation irrégulière, gravement malades¹⁸¹ ; quand elle estime que les demandeurs d'asile doivent faire l'objet de conditions dignes de détention¹⁸² ; quand elle estime qu'une étrangère, même entrée de façon illégale sur le territoire, a le droit de poursuivre sa vie aux Pays-Bas, pays où elle a fondé une famille¹⁸³ ; quand elle exclut toute différence de traitement fondée, en matière d'attribution de prestations sociales, sur la nationalité (en en faisant bénéficier par conséquent les étrangers¹⁸⁴) etc... ; il y a là une faute majeure du point de vue de certains mouvements et régimes populistes à l'endroit du « Peuple » qui, lui ne bénéficiera pas de la protection des droits.

De même, quand la Cour européenne contraint un Etat de commuer la peine à perpétuité d'un criminel (qui avait tué sa femme) en une peine de trente ans d'emprisonnement¹⁸⁵ ; quand elle condamne un Etat de revenir sur l'interdiction absolue et automatique du droit au vote aux détenus¹⁸⁶ ; quand elle rappelle que des criminels affiliés au terrorisme, tantôt islamique¹⁸⁷, tantôt basque¹⁸⁸ ont droit aux garanties de la Convention, notamment sous l'angle de l'article 5... ; quand le sort des prisonniers et de leur condition l'inquiète au point de délivrer des arrêts pilote¹⁸⁹, forçant les Etats à prendre des mesures d'ordre général pour faire face à ces problèmes d'ordre systémique... les populistes s'en donnent à cœur joie.

avec le gouvernement hongrois est tragique et n'a pas suscité une indignation généralisée, à part celle de ceux qui sont conscients du caractère tout simplement inacceptable de cette alliance. Voir l'analyse de T. GARTON ASH Professeur d'études européennes à l'Université d'Oxford, « El autoritarismo dentro de Europa », *El País*, 17 mai 2018.

¹⁷⁸ Je renvoie à cet égard à l'article éclairant de Pierre BIRNBAUM paru dans la revue *Cités*. Il décrypte avec brio le langage de la *France insoumise* qui s'inspire résolument des travaux de Chantal MOUFFE pour laquelle « les affects jouent en politique » : ils permettent de mobiliser un « nous », en mobilisant les passions. Le « peuple » est ainsi construit en un « nous » unifié par les affects, v. « Les “gens” contre l'oligarchie : le discours de la France insoumise », *Cités*, 2017-4, pp. 163-173.

¹⁷⁹ CEDH, Gde Ch., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et al. c. Italie*.

¹⁸⁰ CEDH, 19 septembre 2013, *R.J c. France* ; CEDH, 10 octobre 2013, *K.K c. France* ; CEDH, 14 novembre 2013, *Z.M c. France* ; CEDH, 19 décembre 2013, *N.K. c. France*.

¹⁸¹ CEDH, Gde Ch., 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*.

¹⁸² CEDH, *MSS c. Belgique* ; CEDH, Gde Ch., 3 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*.

¹⁸³ CEDH, Gde Ch., 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*.

¹⁸⁴ Cour EDH, 9 juillet 2009, *Zeibek c. Grèce* ; Cour EDH, 28 octobre 2010, *Fawsie c. Grèce* ; Cour EDH, 28 octobre 2010, *Saidoun c. Grèce*.

¹⁸⁵ CEDH, Gde Ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie* (n°2).

¹⁸⁶ CEDH, Gde Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2).

¹⁸⁷ CEDH, 17 janvier 2012, *Othman c. Royaume-Uni*.

¹⁸⁸ CEDH, 30 juin 1999, *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne* ; CEDH, 2 octobre 2008, *Leroy c. Franc* ; CEDH, 26 janvier 2012, *Sagarzazu c. France*.

¹⁸⁹ CEDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie* ; CEDH, 25 novembre 2014, *Vasilescu c. Belgique*.

Cette générosité protectrice à l'endroit de l'*Autre* (l'étranger et/ou le criminel) ne fait qu'alimenter le langage populiste qui fustige les Elites, notamment les juges (y compris, et sans doute surtout, les juges internationaux), qui oublient le vrai « Peuple » – qui prendra tantôt l'allure du citoyen national attaché à son identité et à sa sécurité (dans la Hongrie de Viktor Orbán, la Pologne de Kaczyński, le Royaume-Uni *des Tories*, les Etats-Unis de Trump), tantôt toute personne attachée à ses conditions dignes de vie (dans l'Espagne de *Podemos* ou la Grèce de *Siriza*)¹⁹⁰. Or, si on met côte à côte les jurisprudences protectrices évoquées plus haut et les difficultés pour les juges, soit à s'emparer franchement et directement des questions sociales, soit à faire exécuter rapidement leurs décisions de justice en matière sociale, tous les raccourcis et les simplifications sont alors possibles pour les populistes. Il sera si aisé de faire croire au « Peuple » qu'il est oublié voire dénigré par les juges, ces Elites déconnectées des réalités.

En toute logique, la survalorisation du « Peuple », de ses intérêts et de ses désirs, a pour conséquence de remettre directement en cause les modes de représentation de ce dernier au point, à terme, de démanteler le principe de la séparation des pouvoirs. Face à cette « déconsolidation » démocratique, de quelle manière les mécanismes de protection juridictionnelle des droits de l'homme sont-ils en mesure de riposter ?

IV. LA RIPOSTE DEMOCRATIQUE

« En ce moment, les ennemis de la démocratie libérale semblent plus décidés à réformer notre monde que ses défenseurs. Si nous voulons préserver à la fois la paix et la prospérité, la souveraineté populaire et les libertés individuelles, il nous faut reconnaître que cette époque n'a rien d'ordinaire – et accepter qu'il faudra accomplir des efforts extraordinaires pour défendre nos valeurs. », Y. Mounk, *Le peuple contre la démocratie*, Paris, Editions de l'Observatoire, 2018, p. 36.

Selon le *Dictionnaire historique de la langue française*, la riposte « désigne une réponse vive et rapide à un interlocuteur agressif ». Il a été « réemprunté en escrime pour désigner une attaque qui suit immédiatement la parade (1640) »¹⁹¹. Cet ouvrage savant souligne également qu'il a fait florès dans le domaine militaire. On l'a donc choisi à dessein. C'est en effet une véritable *guerre* des valeurs qui se dessine à travers le monde et qui va sans nul doute structurer l'état des rapports de force au sein des Etats et entre eux pour les nombreuses années à venir. Le tournant populiste qu'est en train de vivre l'Europe, les Etats-Unis, l'Amérique latine et d'autres pays en Asie¹⁹², et en Afrique¹⁹³ n'est pas conjoncturel. Il s'agit d'un mouvement de fond où la démocratie libérale n'est plus l'horizon idéal, encore moins idéalisé et où l'autoritarisme est plébiscité. Devant cette régression sans précédent depuis la fin du IIème conflit mondial et l'essor conjugué du constitutionnalisme moderne comme du multilatéralisme, que faire sur le long terme ? Quelle est la bonne réponse à apporter ; la

¹⁹⁰ Pour un article qui présente le discours populiste sur les droits de l'homme de *Podemos* (axé sur la justice sociale) et des *Tories* (axé sur la sécurité), avec une détestation commune à l'égard de l'Union européenne, voir K. NASH, « Politicising human rights in Europe : Challenges to legal constitutionalism from the Left and the Right », *The International Journal of Human Rights*, 2016, vol. 20, n°8, pp. 1295-1308.

¹⁹¹ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1998, p. 3258.

¹⁹² Il suffit de penser aux Philippines de Rodrigo Duterte (D. CAMROUX, « Duterte : un cas d'école », *Le Retour des populismes*, *op.cit.*, pp. 214-221) ou la Corée du Sud de Park Geun-Hye quand elle était encore au pouvoir.

¹⁹³ G. CARBONE, « Populism visits Africa : The Case of Yoweri Museveni and No-Party in Uganda », *Crisis States programme*, Development Research Centre, LSE, *Working paper n°73*, 2005, 19 p.

bonne stratégie à déployer pour apaiser les craintes (tantôt légitimes, tantôt indûment exacerbées), d'une partie toujours plus grande de la population, tout en tenant bon face à des discours et des politiques qui, à terme, ne sont que les fossoyeurs des droits et libertés des personnes ? La riposte se doit d'être ambitieuse (B). Pour ce faire, elle doit être continue, puissante, elle doit mobiliser tous les acteurs qui croient tout autant dans les vertus du libéralisme politique sous peine d'entrer profondément, et pour un temps long, dans une récession démocratique de grande ampleur. Cette riposte s'est d'ores et déjà manifestée. Le constat est sans appel : elle est difficile (A). Elle a en effet commencé à se matérialiser dans le cadre du fonctionnement des mécanismes de protection des droits ; toutefois, son efficacité est loin d'être acquise : nombreux sont les stratagèmes mis en place afin de l'affaiblir voire de l'anéantir.

A. La riposte difficile

Devant cette machiavélique instrumentalisation des ressorts propres aux démocraties, il est notable de relever que de nombreux types d'acteurs ont réagi. Les juges – constitutionnels¹⁹⁴ et internationaux¹⁹⁵ – ont joué leur part dans la riposte. Ils ont protégé tout à la fois la liberté d'expression (notamment celle des médias, des juges et/ou encore de l'opposition) et l'indépendance de la justice, deux éléments qui structurent aujourd'hui le 'contentieux populiste' devant les organes de protection des droits.

1. La riposte judiciaire

En Hongrie, quand la Cour constitutionnelle était encore indépendante, elle fut en mesure de riposter aux attaques flagrantes à l'endroit de la liberté d'expression. Dans un arrêt *19 décembre 2011*, n°165/2011 (XII. 20.), elle déclara inconstitutionnels certains articles de la loi sur les médias. Ce ne fut, au bout du compte, qu'un coup d'épée dans l'eau. C'était sans compter en effet avec le subterfuge constitutionnel mis en place par le parlement. Le 11 mars 2013, il ajoutait un « Quatrième amendement » à la Constitution de 2011, dont l'objectif était de réactiver les dispositions législatives les plus controversées sur le droit de la presse qui avaient été annulées par la Cour constitutionnelle. De même, quand la Cour constitutionnelle était encore *majoritairement* indépendante, elle fut en mesure de déclarer inconstitutionnel le *16 juillet 2012* le brusque changement de règles concernant l'âge de leur départ à la retraite¹⁹⁶, ce qui entraîna du jour au lendemain la mise à la retraite forcée d'environ 274 juges¹⁹⁷. Là encore, la riposte ne porta pas ses fruits. Au-delà du fait que Viktor Orbán déclara

¹⁹⁴ S'il arrive aux Cours constitutionnelles de tenir bon quand les temps politiques sont 'mauvais', il est un fait certain : une fois leur composition revue et corrigée, une fois leur indépendance altérée, la riposte est anéantie. Elle ne fait plus mouche. Les juges ne sont plus en effet que des pantins au service de l'Exécutif comme en témoigne de façon paroxystique le cas vénézuélien.

¹⁹⁵ Ces derniers peuvent également jouer la riposte aussi longtemps que les gouvernements populistes ne décident pas de dénoncer les textes de protection qui fondent leurs compétences.

¹⁹⁶ Il avait été en effet réduit de 70 ans à 62 ans dès l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution le 1^{er} janvier 2012. Cette nouvelle règle fut également appliquée aux procureurs et aux notaires hongrois.

¹⁹⁷ G. HALMAI, « The Early Retirement Age of the Hungarian Judges », F. Nicola, B. Davies (eds.), *EU Law Stories : Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 471-488. Gábor Halmai détailla le raisonnement de la Cour en pointant du doigt également le fait que la décision était agrémentée d'opinions séparées des juges nouvellement nommés par l'Exécutif, p. 479 : « Judges elected through the governing party's new two-thirds parliamentary majority, without the consent of any opposition party, wrote a number of dissenting opinions explaining their views. Some (Justices Balsai and Dienes- Oehm) argued that judicial independence only guarantees independence of decision-making in the concrete case and does not guarantee a continuing judicial appointment. As a result, judges may never be removed from particular cases, but the Constitution does not protect them from being removed from their

le lendemain du prononcé de l'arrêt, que le nouveau système, bien que déclaré inconstitutionnel, resterait en place, l'intervention de la justice constitutionnelle sur cette affaire fut lente et démontre les limites inhérentes à la fonction de juger. La Cour statuait un an après le dépôt des premières requêtes et soulignait qu'elle n'était pas en mesure d'imposer la réintégration des juges¹⁹⁸. A ce stade, on se dit que les procédures européennes pourront contrearrer efficacement ces limitations d'ordre interne ; c'est en effet tout l'intérêt d'être un Etat membre, tant de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe. La Commission européenne, qui suivait attentivement ces évolutions¹⁹⁹, décida d'activer la procédure en constatation de manquement de l'article 258 TFUE. Le 6 novembre 2012, la Cour de justice condamnait la Hongrie pour avoir enfreint le cadre législatif découlant de la directive 2000/78/CE sous l'angle d'une atteinte au principe de non-discrimination à raison de l'âge²⁰⁰. A l'inverse de la Cour constitutionnelle et des conclusions de l'Avocat général Kokott (pts 54-55), la Cour de Luxembourg ne souffla mot d'une atteinte au principe de l'indépendance judiciaire. Elle préféra jouer la carte technique, se basant sur une jurisprudence somme toute classique en matière de non-discrimination, plutôt que de s'engager frontalement dans une bataille pour le respect d'un élément afférent à la préservation de l'Etat de droit. L'ADN économique du projet intégratif explique sans nul doute cette pusillanimité, et ce en dépit de l'existence d'articles (articles 2 et 7 TUE) et d'un texte majeur (la Charte des droits fondamentaux érigée au rang de droit primaire), qui auraient parfaitement permis une approche plus ambitieuse. En tout état de cause, la Cour européenne put également jouer sa part dans la riposte en complétant en quelque sorte l'approche technique de la Cour de justice. Alors que le parlement hongrois faisait passer une loi *ad hominem* afin d'écarter de la Présidence de la Cour suprême András Baka²⁰¹, la Grande chambre délivra un arrêt exceptionnel qui restera parmi les plus grands de son « répertoire » récent. Elle défendit sans sourciller ce qui compte fondamentalement en situation de « déconsolidation » démocratique : l'indépendance judiciaire. L'arrêt confirme un standard posé par de nombreux documents de *soft law* lesquels – à partir du début des années 1980 – ont eu pour objet de dresser des codes de bonnes pratiques à l'attention des Etats afin qu'ils garantissent l'indépendance des juges.

positions by a general law. Others (Justices Szívós, Lenkovics and Szalay) noted that the retirement age was lowered both in the pension law and also in a constitutional amendment, which meant to them that the Court could not review it because the Court had no power to review constitutional amendments. These justices had a point: different sources of law said different things on the retirement age. But only the constitution said that judges must retire by the “general retirement age”, and that is precisely what the Court’s majority opinion said was problematic in the new pension law, because, in fact, no retirement age was “general.” Still others (Justices Pokol and Stumpf) argued that the judges had no standing to bring the case in the first place either because they should have gone first to the labour courts (Pokol) or because they had already been fired and so their cases were moot (Stumpf)”.

¹⁹⁸ G. HALMAI, « The Early Retirement Age... », *op.cit.*, p. 479.

¹⁹⁹ A l'instar du Parlement européen qui monta également au créneau en exprimant ses « graves inquiétudes » à l'égard de la détérioration démocratique en Hongrie (Résolution du 16 février 2012 sur les « récents événements politiques en Hongrie » (2012/2511(RSP)).

²⁰⁰ CJUE, 6 novembre 2012, *Commission c. Hongrie*, aff. C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687. Le point 82 de l'arrêt se lit ainsi : « En adoptant un régime national imposant la cessation de l'activité professionnelle des juges, des procureurs et des notaires ayant atteint l'âge de 62 ans, qui entraîne une différence de traitement fondée sur l'âge n'ayant pas un caractère proportionné par rapport aux objectifs poursuivis, la Hongrie a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2 et 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. »

²⁰¹ Il fut juge à la Cour européenne des droits de l'homme pendant dix-sept ans (1991-2008) puis à la Cour d'appel de Budapest (pendant un an), avant d'être élu président de la Cour suprême par le Parlement hongrois pour un mandat de six ans qui devait s'achever le 22 juin 2015. Sa notoriété et ses compétences lui avaient également permis d'être élu à l'unanimité à la présidence du réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne pour un mandat de deux ans (2011-2013).

Des Nations-Unies²⁰², en passant par le Conseil de l'Europe²⁰³, les principes sont légion et témoignent de la nécessité vitale de combattre toute confiscation démocratique qui passerait par une atteinte à l'indépendance des juges.

Sur le front de la mise à la retraite d'office des juges comme de la mise à l'écart *ad hoc* du juge Baka de ses fonctions de président de la Cour suprême, la Hongrie n'est pas restée inactive. Sur le premier point, elle adopta la loi XX de 2013 qui prévoit que l'âge de cessation de l'activité des juges sera progressivement ramené à 65 ans au cours d'une période de dix ans et qui fixe des critères de réintégration et de compensation. Si la Commission européenne estima que l'affaire était close²⁰⁴, l'Institut des droits de l'homme de l'Association internationale du barreau indiquait toutefois, dans son rapport de 2015, qu'une majorité de juges démis n'avaient pas retrouvé leur poste d'origine, notamment parce qu'il avait déjà été pourvu... Quant à l'exécution de l'arrêt *Baka*, les informations publiées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe démontrent amplement que les mesures individuelles et générales qui devaient être adoptées par la Hongrie sont loin d'être suffisantes et complètes²⁰⁵. D'une manière générale, bien que la Hongrie continue à dialoguer avec les instances supranationales et à faire partie du système conventionnel européen, elle n'en suit pas moins comme bon lui semble son agenda populiste. En ce sens, la situation ressemble à un marché de dupes. Si la Cour européenne continue à riposter, à rappeler à la Hongrie ses obligations d'Etat partie à la Convention (notamment celle d'exécuter ses arrêts conformément à l'article 46§2 TUE)²⁰⁶, si le Conseil de l'Europe fait de même (en rappelant l'importance de respecter les valeurs sises à l'article 3 du statut Conseil de l'Europe)²⁰⁷; si le Parlement européen de l'Union européenne a pris ses responsabilités le 12 septembre 2008 à son égard alors qu'il bafoue ouvertement les valeurs de l'article 2 TUE, le régime de Viktor

²⁰² *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*, Res. 40/32 et 40/146 de 1985.

²⁰³ *Charte européenne sur le statut des juges* du 8-10 juill. 1998 ; recommandation du Comité des ministres sur les juges du 17 nov. 2010 ; nombreux avis de la Commission de Venise et *Magna Carta* des juges du Conseil consultatif de juges européens de novembre 2010.

²⁰⁴ COMMISSION EUROPEENNE, 20 novembre 2013, IP/13/1112.

²⁰⁵ CM/Notes/1280/H46-15, voir le site du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, et plus spécifiquement l'onglet : Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁰⁶ L'arrêt *Gazsó* en la matière est significatif (CEDH, 16 juillet 2015, *Gazsó c. Hongrie*, req. 48322/12). Lisons un de ses passages clés : « Depuis l'accession de la Hongrie à la Convention et jusqu'au 1^{er} mai 2015, plus de 200 arrêts ont constaté des violations par la Hongrie concernant la lenteur excessive des procédures civiles. Pour la seule année 2014, des violations du droit à être entendu dans un délai raisonnable dans les affaires civiles ont été constatées dans 24 affaires. En outre, le gouvernement a conclu des règlements amiables et transmis des déclarations unilatérales dans de nombreuses affaires du même type. Par la suite, ces requêtes ont été rayées du rôle. La Cour constate que le gouvernement défendeur n'a pas jusqu'à présent réussi à mettre en œuvre des mesures effectives afin d'améliorer la situation, et ce en dépit de la jurisprudence de la Cour en la matière, particulièrement substantielle et cohérente. Le caractère systémique du problème identifié dans la présente affaire est mis en évidence par le fait qu'au 1^{er} mai 2015, approximativement 400 affaires présentées contre la Hongrie et concernant le même problème sont pendantes devant plusieurs formations judiciaires de la Cour, et le nombre de ce type de requêtes est en constante augmentation » (§§34-36). Le passage original en anglais se lit ainsi : « 34. *From Hungary's accession to the Convention system and up to 1 May 2015, more than 200 judgments have involved the finding of a violation by Hungary concerning the excessive length of civil proceedings. In 2014 alone, violations of the right to a hearing within a reasonable time in civil cases were found on 24 occasions. Moreover, the Government have concluded friendly settlements and submitted unilateral declarations in numerous cases concerning the length of civil proceedings; these applications were subsequently struck out of the list of cases.* 35. *The Court notes that the respondent State has failed so far to put into effect any measures actually improving the situation, despite the Court's substantial and consistent case-law on the matter.* 36. *The systemic character of the problems identified in the present case is further evidenced by the fact that, on 1 May 2015, approximately 400 cases submitted against Hungary and concerning the same issue are pending before the Court's various judicial formations, and the number of such applications is constantly increasing.* »

²⁰⁷ Notamment à travers le travail incessant d'expertise technique et de dialogue diplomatique de la Commission de Venise.

Orbán gagne du temps, joue la montre et continue de démanteler le régime politique libéral en tentant qui plus est d'instrumentaliser tous les ressorts de l'Union pour constituer un front illibéral en son sein même. Aujourd'hui, la Cour constitutionnelle n'est plus indépendante : sa composition a été remaniée et ses membres promeuvent l'importance de l'« identité hongroise » tout en décidant qu'ils ne sont pas liés par la jurisprudence mise en place par « l'ancienne » Cour constitutionnelle au début des années 1990.

Est-ce que l'on arrivera en Hongrie à un scénario de type vénézuélien ? Impossible de prédire l'avenir. Mais à ce stade, il n'est pas inutile de présenter la suite de la mort annoncée de cette démocratie latino-américaine. On va découvrir qu'une fois la logique populiste poussée à l'extrême, une fois la justice nationale définitivement mise sous tutelle – elle ne peut évidemment plus être un contre-pouvoir efficace tandis que les mécanismes internationaux n'arrivent pas, pour leur part, à être efficaces.

Cette descente aux enfers est d'autant plus paradoxale que le continent latino-américain attache une importance majeure à l'Etat de droit. Il a en effet trouvé une concrétisation normative importante en étant érigé, par la *Charte démocratique interaméricaine*²⁰⁸, comme un des socles de la démocratie : « La soumission constitutionnelle de toutes les institutions de l'Etat à l'autorité civile légalement constituée et le respect de l'Etat de droit par toutes les entités et les secteurs de la société sont, à parts égales, des éléments fondamentaux pour la démocratie » (article 4§2)²⁰⁹. Dans ce contexte, la Cour interaméricaine n'a pas démerité dans la défense de la séparation des pouvoirs et ce dès 2001 dans un arrêt historique rendu contre le Pérou. Elle y affirmait que « son principal objectif était la défense de l'indépendance des juges²¹⁰ ». Dans une autre série d'arrêts rendus contre le Venezuela en 2008 (*Apitz Barbera*)²¹¹, en 2009 (*Reverón Trujillo*)²¹² et 2011 (*Chocrón chocrón*)²¹³, elle précisait que l'indépendance devait être préservée par l'Etat, tant dans son aspect institutionnel (où c'est le système judiciaire dans son ensemble dont l'indépendance devait être préservée) que dans son aspect individuel (où les juges doivent pouvoir préserver et faire préserver leur indépendance). Si la riposte judiciaire internationale eut bien lieu²¹⁴...elle est arrivée à un moment où la « déconsolidation » démocratique était déjà très avancée. Si le 5 août 2008, la Cour interaméricaine déclarait notamment la violation du droit à un être jugé par un tribunal indépendant dans l'affaire *Apitz Barbera* à l'encontre du Venezuela, la contre-attaque de la Chambre constitutionnelle du Tribunal supérieur de justice (sous contrôle de l'Exécutif) ne se fit pas attendre. Par un arrêt aberrant du 18 décembre 2008, la Chambre constitutionnelle vida littéralement de son sens les dispositions constitutionnelles – et notamment le fameux article 23²¹⁵ – afin de déclarer les arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme rendus contre le Venezuela, insusceptibles d'exécution²¹⁶. Ne s'arrêtant pas à cette déclaration

²⁰⁸ Elle a été adoptée le 11 septembre 2001 sous l'égide de l'Organisation des Etats américains.

²⁰⁹ Le texte original se lit ainsi : « *La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia* ».

²¹⁰ Cour IDH, 31 janvier 2001, *Tribunal constitutionnel c. Pérou*, Série C n°71, § 73.

²¹¹ Cour IDH, 5 août 2008, *Apitz Barbera c. Venezuela*, Série C n°182, § 55.

²¹² Cour IDH, 30 juin 2009, *Reverón Trujillo c. Venezuela*, Série C n°197, § 67.

²¹³ Corte IDH, 1er juillet de 2011, *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Serie C No. 227, § 97.

²¹⁴ Pour une analyse plus globale sur ces questions, voir Y. NEGISHI, « Conventionality control of domestic « abuse of power » : maintaining human rights and democracy », *The Italian Yearbook of International Law* (2016), Londres, Brill, pp. 243-264.

²¹⁵ Voir la note 125.

²¹⁶ C. AYALA CORAO, « La doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009) », *Diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos entre Tribunal constitucionales y Cortes internacionales*, In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García (coord.), Mexico, Tirtant Lo Blanch, 2013, pp. 503-568 ; A.

générale de non-exécution, la Chambre enjoignait l'Exécutif de dénoncer la Convention américaine. C'était chose faite le 6 septembre 2012²¹⁷. Il prenait effet un an plus tard...

2. La riposte politique

Si les juges sont en mesure d'être aux premières loges de la riposte, des acteurs politiques le sont également. En Europe, la Commission de Venise dans le cadre de l'Europe des Quarante-sept, en passant par la Commission et le Parlement européens dans le cadre de l'Union européenne, sont montés au « front » pour tenter de freiner voire stopper le délitement démocratique en Pologne et en Hongrie. Une certaine ingénierie fut même à l'œuvre puisque la Commission lança le « mécanisme de l'alerte précoce », sorte d'« antichambre »²¹⁸ de l'article 7 TUE²¹⁹. Ce qui a pu apparaître dans un premier temps comme un gage de souplesse diplomatique bienvenue s'est très vite transformé en un attentisme et une complaisance coupables. Car si la Commission était arrimée, coûte que coûte, à l'idée qu'il ne fallait pas rompre le dialogue, le gouvernement polonais quant à lui jouait la montre et continuait, avec un cynisme de premier ordre, à déconstruire le tissu démocratique du pays. Comment avoir pu penser que le dialogue pourrait fonctionner avec un pays qui avait clairement rompu avec les valeurs incarnées à l'article 2 du TUE ? Or, dès le mois de janvier 2017, un imposant ensemble d'ONG pria instamment la Commission d'abandonner le mécanisme de l'alerte précoce et d'activer au plus vite l'article 7§1 TUE. Un an passa avant qu'elle ne se résolve à répondre à cette urgente et responsable sollicitation le 21 décembre 2017. Un an de perdu²²⁰... Le 12 septembre 2018, ce fut au tour du Parlement européen d'activer l'article 7§1

R. BREWER CARIAS, « La interrelación entre los tribunales constitucionales en América latina y la Corte interamericana de derechos humanos y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n°13, 2009, pp.89-136.

²¹⁷ C'est par une note diplomatique datée du 6 septembre 2012 (n°000125) – présentée le 10 septembre 2012 auprès du Secrétaire Général de l'OEA – que ce pays dénonçait la Convention américaine ; elle prenait effet, un an plus tard, le 10 septembre 2013.

²¹⁸ Selon la formule percutante d'A. MANGAS MARTÍN, « Polonia en el punto de mira : ¿ solo riesgo de violación grave del Estado de derecho ? », *Revista General de Derecho europeo*, 44, 2018, pp. 1-12, spec. p. 2. Sur l'article 7 TUE, la littérature commence à être importante, v. G. HALMAI, « The possibility and desirability of economic sanction : Rule of law conditionality requirements against illiberal EU Members States », European University Institute, Department of Law, *EUI Working Paper Law*, 2018/06, 29 p.

²¹⁹ L'article 7 TUE se lit ainsi : « 1. Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut lui adresser des recommandations, en statuant selon la même procédure.

Le Conseil vérifie régulièrement si les motifs qui ont conduit à une telle constatation restent valables. 2. Le Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2, après avoir invité cet État membre à présenter toute observation en la matière. 3. Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales. Les obligations qui incombent à l'État membre en question au titre des traités restent, en tout état de cause, contraignantes pour cet État. 4. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider par la suite de modifier les mesures qu'il a prises au titre du paragraphe 3 ou d'y mettre fin pour répondre à des changements de la situation qui l'a conduit à imposer ces mesures. 5. Les modalités de vote qui, aux fins du présent article, s'appliquent au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sont fixées à l'article 354 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

²²⁰ On rejoint ici sans sourciller la critique implacable délivrée par L. PECH, et de K.L. SCHEPPELE, « Illiberalism Within : Rule of Law Backsliding in the EU », *Cambridge Yearbook of European Studies*, 19 2017, pp. 3-47.

TUE, sur la base du rapport de la députée écologiste Judith Sargentini qui reprenait, points par points, toutes les atteintes délibérées à l'Etat de droit en Hongrie. Des attaques au fonctionnement du système constitutionnel et électoral, en passant par celles à l'égard de l'indépendance de la justice, à la liberté d'expression, à la liberté académique, à la liberté de religion, à la liberté d'association, à la vie privée et à la protection des données, à l'égalité de traitement, aux droits des réfugiés et aux droits économiques et sociaux, le rapport établit un état des lieux clinique de la « déconsolidation »²²¹. A ce stade, il est un fait avéré qu'en dépit des réactions (bien trop tardives mais toutefois réelles) de la « gardienne » des traités d'un côté et de l'enceinte parlementaire européenne de l'autre, la suite de la procédure de l'article 7 ne pourra pas (sauf changement exceptionnel mais peu probable de circonstances), arriver à son terme. Si on peut espérer que le Conseil des ministres puisse réunir la majorité des quatre cinquièmes prévue à l'article 7§1 TUE afin de « constater » officiellement « l'existence d'un risque clair de violation grave »²²², il est un fait aujourd'hui que l'existence au cœur de l'Union européenne de trois régimes populistes de gouvernement (l'Italie, la Hongrie et la Pologne), dont deux issus du « Groupe de Visegrad », ne permet pas de réunir l'unanimité propice au déclenchement de l'article 7§2, seul moyen pour arriver à la suspension des droits de vote des pays qui ont délibérément décidé de rompre avec les valeurs de l'article 2 TUE.

Dans le cadre de l'OEA, au-delà des décisions de la Commission interaméricaine et des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, les organes politiques de l'organisation panaméricaine sont intervenus afin de tenter de ramener le Venezuela sur le chemin du dialogue politique et du respect des principes énoncés par la Charte démocratique interaméricaine. Alors que les manquements à ce texte furent repérés dès 1999²²³, le Secrétaire général, Luis Almagro, le 30 mai 2016, devant les atteintes à « l'ordre constitutionnel » et conformément à l'article 20 de la Charte saisit le Président du Conseil Permanent de l'OEA afin qu'il puisse organiser sa convocation. La rapport émis à cette occasion par le Secrétaire général est un document de plus témoignant de la longue déconstruction démocratique²²⁴. Si le 23 juin 2016, c'est une réunion historique qui permet au Conseil permanent de prendre ses responsabilités devant cette situation intimant au Venezuela de réinstaurer les éléments essentiels propre à tout Etat de droit, et si les péripéties ultérieures

²²¹ Le rapport publié le 4 juillet 2018 fut rédigé dans le cadre des travaux de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen. Il a été approuvé à 448 voix pour, 197 contre et 48 abstentions par les députés européens. Cette victoire n'a été possible que grâce au ralliement d'une grande partie des députés du Parti Populaire Européen (115 contre 57 et 28 abstentions), c'est-à-dire le parti conservateur majoritaire au sein de l'Hémicycle strasbourgeois, dont le *Fidesz* de Viktor Orbán fait partie. Il s'agit enfin de la première attitude responsable de ce parti dont le président, Manfred Weber, avait été très conciliant jusqu'à présent avec la Hongrie, allant même prêter main forte à ce dernier lors des élections législatives du printemps 2018 en se rendant à Budapest. On signalera que parmi les eurodéputés français, les Verts (dont José Bové), les socialistes (dont Pervenche Bérès ou encore Vincent Peillon) et les centristes (dont Jean-Marie Cavada ou encore Jean Arthuis) ont tous voté pour le rapport ; les membres du Front national (Bruno Gollnisch) ou d'anciens membres comme Florian Philippot) ont quant à eux, à l'inverse, tous voté contre, tandis que les représentants des Républicains (LR), membres du PPE, étaient pour leur part divisés. Si Alain Lamassoure ou encore Jérôme Lavrilleux votèrent pour, on signalera les abstentions de Michèle Alliot-Marie, Rachida Dati, Brice Hortefeux et le vote en défaveur du rapport de Nadine Morano.

²²² A l'heure où ces lignes finissent d'être écrites (fin septembre 2018), le Conseil des Ministres n'a toujours pas adopté de décision, alors que la première saisine, celle de la Commission européenne, date de décembre 2017. Or, on a vu que le passage du temps joue sans cesse en faveur des régimes populistes.

²²³ Le résumé des infractions à la Charte démocratique se trouve in A. BREWER-CARÍAS, A. AGUIAR, *Historia institucional de Venezuela. 1999-2012*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 511-534. Voir également, dès 2010, l'ouvrage d'A. BREWER CARÍAS édité en anglais, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York, 2010.

²²⁴ Communication du Secrétaire Général de l'OEA du 30 mai 2016, *Informe sobre la situación en Venezuela en relacion con el cumplimiento de la Carta democrática interamericana* (OSG-243).

furent nombreuses, le résultat fut une fois de plus celui d'une dénonciation et donc d'un isolationnisme délibéré. En effet, la Chambre constitutionnelle du TSJ dans une décision en date du 28 mars 2017²²⁵, enjoignait au Président de la République qu'il dénonce la Charte de l'Organisation des Etats américains (OEA). Là encore, Nicolás Maduro s'exécutait : par une décision du 27 avril 2017, il notifiait au Secrétaire Général de l'OEA la dénonciation et le retrait du Venezuela de l'organisation panaméricaine²²⁶.

Les ripostes judiciaire et politique eurent bien lieu au Venezuela, mais elles furent vaines. Quant à la Pologne et à la Hongrie, elles se manifestèrent avec des résultats contrastés. Les réponses judiciaires ont réussi à recadrer certains aspects de la déconsolidation, toutefois elles le firent tantôt à la marge (CJUE) et, quand elles furent implacables, leur impact furent restreint (CEDH). Quant aux ripostes politiques, elles furent lentes et émaillées de compromissions. Elles restent, pour l'heure, hautement symboliques. Est-ce à dire que les outils et les mécanismes propres aux institutions libérales ne sont pas adéquats ? Est-ce à dire que face à des « *Rogue States* », des Etats voyous qui, avec détermination se parant de la légitimité populaire et instrumentalisant toutes les procédures propres à l'Etat de droit, les régimes libéraux sont faibles ? La réponse prend malheureusement le chemin du « oui ». Le mal est profond. La riposte devra être plus ambitieuse que la simple « activation » de mécanismes de garantie prévus, à l'origine, pour des Etats qui coopèrent de façon loyale et de bonne foi.

B. La riposte ambitieuse

« Pour critiquer le populisme, il est ainsi nécessaire d'avoir un projet de réinvention et de reconstruction de la démocratie. »,

P. Rosanvallon, Leçon inaugurale, 26^{ème} *Rencontres de Pétrarque*, 2011.

Le désenchantement démocratique et le désespoir social sont tels au sein de nombreux pays que la riposte devra être résolument ambitieuse et ingénieuse afin que les régimes démocratiques libéraux puissent gagner la bataille. En réalité, les ébauches de solutions se situent bien au-delà du fonctionnement des mécanismes (internes et internationaux) de garantie des droits. Ce sont tous les aspects du fonctionnement des sociétés contemporaines qui devront être passés au crible pour être repensés : de la « réinvention » de la démocratie (Pierre Rosanvallon) à sa « refondation » avec une mise en abîme radicale (Dominique Rousseau)²²⁷, les appels au changement ne manquent pas. Et pour cause. Les sociétés n'ont pas réussi à se transfigurer au fur et à mesure des évolutions technologiques, économiques et sociales qui ont étreint la fin du XXème siècle et le début du XXIème. L'exigence élémentaire de justice sociale ne fut pas prise (suffisamment) au sérieux tandis que (l'inéluctable) diversité culturelle et ethnique ne fut pas digérée, car elle ne fut pas correctement accompagnée. Ces deux éléments sont au cœur des peurs et des angoisses de nombreuses personnes qui n'arrivent plus à trouver leur place dans un Monde-village où l'instabilité est permanente et où les agressions sont multiformes (l'agression du terrorisme islamique étant la

²²⁵ Chambre constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice (SC/TSJ), arrêt n°155 du 28 mars 2017, *affaire du député Hector Rodríguez Castro c. Accord de l'Assemblée nationale sur la réactivation de la Charte démocratique interaméricaine* (req. n°17-0323)

²²⁶ C. AYALA CORAO, *Inconstitucionalidades de la denuncia de la Carte de la OEA por Venezuela y sus consecuencias en el derecho internacional*, Academia de ciencias políticas y sociales, Serie Estudios n°113, 2017, 65 p.

²²⁷ D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Proposition pour une refondation*, Paris, Points, 2018, 235 p.

plus anxiogène)²²⁸. Partant, la tentation du repli, de la fermeture, de la clôture tant territoriale qu'économique, sociale et humaine, est grande. Le nationalisme qui érige des clôtures et emmure les esprits est en train de reprendre insidieusement ses droits.

Il ressort clairement des écrits des intellectuels qui se sont lancés dans une analyse clinique des causes et des manifestations du populisme que le chemin sera long et difficile afin de gagner cette guerre des valeurs entre le libéralisme (marqueur de l'évolution des régimes politiques après-guerre) et le populisme. La première des démarches doit consister à faire un état des lieux critique des dysfonctionnements des systèmes démocratiques libéraux afin de comprendre, afin de saisir, afin même de *ressentir*, le désenchantement et le désespoir²²⁹. Ne pas se lancer dans une telle introspection, serait une faute politique grave²³⁰. Yasha Mounk avec une finesse et une justesse analytiques hors pair s'est attelé à cette tâche. Il n'a éludé aucune question complexe²³¹. La vie de ce jeune spécialiste de science politique est tout à la fois le fruit des horreurs du passé totalitaire et les possibilités offertes par le présent, celui d'un monde global et ouvert²³² ; il s'agit sans nul doute de l'une des clés de son attachement viscéral à la démocratie libérale. Il s'est attaché à décrypter tous les ressorts de l'émergence populiste, tout en ne cachant aucune des faiblesses des fonctionnements démocratiques actuels. Il présente surtout des « remèdes ». Par ces « temps mauvais », c'est évidemment ce qui est le plus urgent à proposer et le plus délicat à mettre en œuvre. Comme on pouvait s'en douter, la politique, l'économie et l'éducation sont les trois axes autour desquels gravitent ses

²²⁸ L'Europe est plus particulièrement la cible du terrorisme qualifié parfois « d'islamo-fasciste » dont l'ambition est la domination politique. Des ouvrages comme *Soumission* de M. HOUELLEBECQ ou encore *2084* de Boualem SANSAL, tantôt fantasment les peurs (le roman *Soumission* étant une projection fictionnelle de ce qui pourrait se passer en France si l'Islamisme arrivait à conquérir le pouvoir), tantôt exorcisent le passé (2084 étant une fable pour parler en réalité des ravages de l'Islamisme en Algérie).

²²⁹ On signalera l'ouvrage écrit par deux intellectuels Mexicains – María de los ANGELES MORENO URIEGAS, L. ANGELES ANGELES, *El riesgo de la democracia*, Mexico, Porrúa, 2018, 273 p. – qui met également l'accent sur cette nécessité. Je remercie ici chaleureusement Sergio GARCIA RAMIREZ de m'avoir offert cet ouvrage puisqu'il savait que je travaillais sur ces questions.

²³⁰ Il va sans dire que cette introspection critique doit, s'agissant du continent européen, être également réalisée à l'endroit du fonctionnement de l'Union européenne. Cette dernière doit de façon urgente repenser son fonctionnement (pour le démocratiser) et prendre définitivement au sérieux la place de la justice sociale (afin qu'elle concurrence l'« économie de marché »), Jan-Werner MÜLLER, *Qu'est-ce que le populisme ?*, *op.cit.*, *passim*. Voir la publication d'une tribune collective dans *Le Monde* du 25 septembre 2008, « Il est encore possible de réanimer l'Union européenne ».

²³¹ Y. MOUNK, *Le peuple contre la démocratie*, Paris, Editions de l'Observatoire, 2018, 517 p.

²³² L'on découvre, au fil des pages, que son grand-père « Léon » est né à Lviv en 1913 (il est aujourd'hui enterré dans une petite ville en Suède). On se permettra de signaler ici une coïncidence inouïe avec l'ouvrage de Philippe SANDS, *Retour à Lemberg*, Paris, Albin Michel, 2017, 539 p. Livre magistral, fruit d'une enquête personnelle et historique sur les origines de sa famille comme sur celle de Raphaël LEMKIN (l'inventeur de la notion de génocide) et d'Hersh LAUTERPACH (l'inventeur de la notion de crime contre l'humanité), on y découvre que son grand-père (qui s'appelait Léon comme le grand-père de Yasha Mounk), est né également à Lviv, ainsi que Raphaël Lemkin et Hersh Lauterpach. Cette ville a subi de multiples modifications territoriales découlant des convulsions du XX^{ème} siècle. Qu'on en juge. Le nom de cette ville à l'époque de l'Empire austro-hongrois était Lemberg. « Peu de temps après la première guerre mondiale, elle fut incorporée à la nouvelle Pologne indépendante et devint Lwów ; occupée par les Soviétiques, au début de la Seconde Guerre mondiale, on l'appela Lvov. Les Allemands envahirent la ville de manière inattendue en juillet 1941 et en firent la capitale du *Distrikt Galizien* au sein du Gouvernement général ; Lvov redevint Lemberg. Ukrainienne après la victoire de l'Armée rouge sur les nazis à l'été 1944, elle prit le nom, communément admis aujourd'hui, de Lviv », *Retour à Lemberg*, *op.cit.*, p. 13.

Quant à la vie de Yasha Mounk, on comprend qu'il a « grandi en Allemagne », a fait ses études entre la France, l'Italie et les Etats-Unis et qu'il a écrit sa thèse de science politique à Harvard. Il vient d'obtenir la nationalité américaine. En somme, il s'agit d'un jeune intellectuel qui a su, de par ses compétences, utiliser les ressorts de la mondialisation « heureuse » en entreprenant de s'éduquer et de vivre dans plusieurs pays, tout en restant profondément marqué par l'histoire de sa famille.

propositions. Promouvoir un « patriotisme inclusif » qui doit être le pendant du nationalisme d'exclusion²³³ ; « réparer » l'économie en refondant les principes de la fiscalité, en prenant à bras le corps la question du logement et du travail ; enfin, refonder ce qu'il appelle la « religion civique » en formant des citoyens. Le chantier est immense et il faudra du temps (une, voire deux générations ?), pour remettre à l'endroit le mécano démocratique.

On le voit, de telles propositions dépassent la stricte approche juridique axée sur le droit et les mécanismes de protection des droits. Ce sont les hommes et femmes politiques, aux commandes des destinées nationales, qui devront impérativement prendre leur responsabilité ; ce sont également les citoyens qui – sceptiques à l'endroit de la rhétorique populiste ; témoins des apories à moyen et long terme de l'exercice du pouvoir par des régimes populistes – qui devront se mobiliser afin de s'opposer aux attaques à l'endroit du régime démocratique libéral construit après-guerre²³⁴. Dompter la raison d'Etat, empêcher les excès de pouvoir, protéger les libertés individuelles devront devenir la raison d'être, dans les années à venir, des citoyens.

Dans ce contexte, les « acteurs » qui participent à faire vivre le droit des droits de l'homme ont également leur part à jouer dans cette reconquête démocratique.

Les *activistes* tout d'abord, qui gravitent dans l'univers des ONG, nationales et internationales. Ils devront sans doute réajuster leur « agenda » en prenant beaucoup plus en compte le désespoir social, celui des laissés pour compte de l'économie concurrentielle de marché. Les combats du mouvement des droits de l'homme ces dernières années a, en grande partie, déployé toute son énergie à l'endroit de la protection des minorités discriminées (les minorités sexuelles, religieuses, ethniques). Cet engagement a été d'autant plus fort que ces minorités furent actives, promouvant une conceptualisation d'un droit de la reconnaissance (de leurs multiples identités). Sans abandonner l'importance de la non-discrimination à l'égard de ces groupes – d'autant plus que les régimes populistes les prennent pour cibles – il sera fondamental le plus rapidement possible de recentrer le combat sur la lutte contre l'exclusion sociale et les inégalités²³⁵. Les droits sociaux, consacrés dans moult constitutions, devront être résolument au cœur de politiques publiques d'envergure. Les ONG devront participer à promouvoir ce tournant social. Dans le même ordre d'idées, le critère social du principe de non-discrimination devra être au cœur de leurs stratégies judiciaires (*strategic litigation*) devant les tribunaux. En effet, le critère relatif à « l'origine social » – qui se trouvent dans de nombreuses Constitutions mais également au sein des conventions

²³³ Il a une approche « équilibrée », ce qu'il appelle un « compromis digne » sur le sujet majeur de ces dernières années qui alimente toutes les peurs, l'immigration. D'un côté, il montre parfaitement que les « défenseurs » de la démocratie libérale « ne peuvent céder au ressentiment populiste » et doivent se montrer à la hauteur de leurs principes : « ils se doivent de protéger les immigrés des mauvais traitements » ; de l'autre, ils ne peuvent ignorer « les craintes relatives à l'inefficacité des contrôles frontaliers » ou mépriser « le degré de colère publique à propos des niveaux actuels d'immigration », *Le Peuple contre la démocratie, op.cit.*, pp. 305-306.

²³⁴ On soulignera, par exemple, que les Polonais ont défilé en nombre dans les rues de Varsovie pour clamer tout à la fois leur attachement à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance de la justice comme à l'Union européenne. Autrement dit, la déconstruction démocratique ne se fait pas sans réactions des citoyens. En ce sens, l'optimisme peut être au rendez-vous. Ces mobilisations devront toutefois être pérennes et vigoureuses et ce, dans tous les Etats où les régimes populistes sont et/ou auront pris place.

²³⁵ P. ALSTON, « The Populist Challenge to Human Rights », *Journal of Human Rights Practice*, 2017, pp. 1-15. Il est intéressant de souligner que le système interaméricain s'est déjà engagé sur la question. Il faut dire qu'il s'agit du continent où les inégalités économiques et sociales sont les plus criantes, voir COMMISSION INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME, *Probreza y derechos humanos*, 7 septembre 2017, OEA/Ser.L/II.164. Doc. 147.

régionales des droits de l'homme²³⁶ – jusque-là largement ignoré par les acteurs des droits de l'homme, doit être redécouvert et activé intelligemment afin que les multiples discriminations au regard de la pauvreté finissent par être efficacement combattues.

Les *juges*, constitutionnels et internationaux, ensuite. Ils sont évidemment au cœur de la bataille car ils participent à fixer les standards. Leur contrôle (de constitutionnalité et de conventionalité) participe à la formation d'un standard qui a pour objet de préserver les droits et libertés, y compris des minorités. Ils sont donc évidemment essentiels à la préservation de l'Etat de droit, la matrice libérale de la démocratie (tant que leurs fonctions de contre-pouvoir n'a pas été confisquée par l'Exécutif). Ils devront tout d'abord ne pas transiger sur la préservation des droits et tous les acquis obtenus ces dernières années. La liberté d'expression devra continuer à s'imposer y compris en présence d' « idées qui heurtent, choquent ou inquiètent » ; le droit à la sûreté comme celui de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants ne devra pas céder devant le péril terroriste ; la tolérance ne devra pas s'effacer devant l'accroissement du caractère multi-ethnique des sociétés etc... A ce Cap qu'il faudra maintenir, il conviendra également de s'engager sur un terrain trop timidement exploré jusqu'alors : celui des droits économiques et sociaux. Bien que nous avons rappelé que le juge n'est pas le législateur, il est n'est certainement pas incongru de penser à un « rééquilibrage ». A l'échelle interne, le rééquilibrage devra se faire au profit des droits des travailleurs sur la liberté d'entreprendre et les impératifs de la libre concurrence ; à l'échelle internationale, la préservation des conditions dignes d'existence, qui impliquent notamment l'accès au logement et aux soins, devra être pris plus promptement en considération dans l'évaluation des restrictions aux droits.

Les *enseignants* enfin. Eduquer en cultivant et en mobilisant toutes les humanités ; former, en promouvant un esprit curieux et ouvert, par le biais notamment de la transmission des leçons du passé²³⁷. La « valeur de l'éducation » (*El valor de educar*) pour reprendre le titre du livre

²³⁶ Pour se limiter aux Conventions européennes et américaine des droits de l'homme, on rappellera le libellé des « clauses de non-discrimination » qui possèdent de multiples potentialités afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté. L'article 14 de la Convention européenne se lit ainsi : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, *l'origine nationale ou sociale*, l'appartenance à une minorité nationale, *la fortune*, la naissance *ou toute autre situation* ». L'article 1 du Protocole n°12 est encore plus compréhensif en ce qu'il s'applique à tous types de droits reconnus par les lois des Etats parties et pas uniquement par ceux garantis par la Convention européenne : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, *l'origine nationale ou sociale*, l'appartenance à une minorité nationale, *la fortune*, la naissance *ou toute autre situation* ». Le libellé de l'article 1§1 de la Convention américaine permet de développer des stratégies judiciaires encore plus ambitieuses puisque s'y trouve le crière, au-delà de celui afférent à l'origine sociale, de la « situation économique » : « Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, *l'origine nationale ou sociale, la situation économique*, la naissance *ou toute autre condition sociale* ». (Les italiques sont ajoutés).

²³⁷ R. RIEMEN est très pessimiste d'autant plus qu'il assimile en réalité le populisme à un fascisme qui prendra à chaque fois les couleurs de l'époque et d'une culture propre à un Etat et/ou continent : « The use of the term populist is only one more way to cultivate the denial that the ghost of fascism is haunting our societies again and to deny the fact that liberal democracies have turned into their opposite : masse democracies deprived of the spirit of democracy », *To Fight against this Age, op.cit.*, p. 19. On peut également lire plus loin dans son essai : « Fascism, because of its distressing lack of ideas and its absence of universal values, would always take on the form and colors of its time and culture. Thus fascism in the United States would be religious and anti-black, in Western Europe it would be secular and anti-Islam, in Eastern Europe it would be Catholic or Orthodox and anti-Semitic. But fascist techniques are identical every-where: the presence of a charismatic leader ; the use of populism to mobilize the masses ; the designation of the based group as victims (of crises, of elites, or of

du philosophe espagnol Savater, est majeure²³⁸. Or, le constat dressé sur la formation délivrée dans les établissements d'enseignement supérieur sur tous les continents est consternant. La logique concurrentielle du marché a envahi l'enseignement supérieur au sein duquel la compétition fait rage. Devenues des sortes de succursales des entreprises, les Universités doivent encore et toujours « professionnaliser » leur parcours pour être en 'phase' avec le monde extérieur. Résister à ce courant, c'est être « ringard », pour ne pas dire « réactionnaire ». Et les étudiants dans tout cela ? Pris en otage entre les peurs générées par un monde instable où la vitesse des transformations est inouïe, une économie globalisée qui les transforme en consommateurs compulsifs et narcissiques et un enseignement supérieur qui se privatise, ils ne sont plus formés pour être des citoyens. Appréhendés comme de futures forces vives du marché, ils ne sont plus éduqués pour être membres de communautés de valeurs. Modifier ces tendances de fond qui se manifestent à l'échelle du globe (avec des intensités variables), n'est pas le moindre des défis. Il s'agit là sans nul doute d'une des plus imposantes gageures qui se dessine pour l'avenir. Les enseignants devront d'une manière ou d'une autre, dans tous les secteurs et à toutes les échelles de l'enseignement, s'engager pour redevenir des passeurs de cultures et de savoirs. De l'école primaire à l'Université, ils devront prendre la mesure du péril populiste qui est celui de l'organisation stratégique d'une sidérante régression ; ils devront se battre pour démontrer les bienfaits (en dépit de ses faiblesses) de la démocratie libérale pour la préservation de la liberté. Si René Cassin utilisa les ressources du Prix Nobel de la Paix dans le but de créer un centre qui avait pour entière vocation l'éducation (*i.e.*, l'Institut international des droits de l'homme devenu la Fondation Cassin), ce ne fut certainement pas un hasard²³⁹. Il savait qu'il était impératif de transmettre inlassablement, génération après génération, le Savoir.

*Eduquer pour mieux éviter.
Eviter le basculement, à tout prix.
Après, il est trop tard.*

foreigners) ; and the direction of all resentment toward an « enemy». Fascism has no need for a democratic party with members who are individually responsible; it needs an inspiring and authoritative leader who is believed to have superior instincts (making decisions that don't require supporting arguments), a faction leader who can be followed and obeyed by the masses. The context in which this form of politics can dominate is a crisis-tested mass society that hasn't learned the lessons of the twentieth century", p.84.

²³⁸ F. SAVATER, *El valor de educar*, Barcelona, Ariel, 1997, 100 p.

²³⁹ Parmi les nombreux écrits sur René Cassin, on renvoie au numéro spécial publié dans la *Revue Trimestrielle des droits de l'homme* 112/2017.