



**HAL**  
open science

## La doctrine de stare decisis de la Cour suprême américaine face à la présidence Trump

Maria Gudzenko

### ► To cite this version:

Maria Gudzenko. La doctrine de stare decisis de la Cour suprême américaine face à la présidence Trump. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2019. hal-02470694

**HAL Id: hal-02470694**

**<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02470694>**

Submitted on 7 Feb 2020

**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.

Institut Louis Favoreu  
Groupe d'Études et de Recherches  
sur la Justice Constitutionnelle  
Équipe associée au CNRS (UMR 7318)  
Aix-en-Provence

**Annuaire  
International  
de Justice  
Constitutionnelle**

**XXXIV**

**2018  
(extraits)**

**ECONOMICA**  
49, rue Héricart  
75015 Paris

**PRESSES UNIVERSITAIRES  
D'AIX-MARSEILLE**  
3, Avenue R. Schuman  
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2019



II<sup>e</sup> UNIVERSITÉ D'ÉTÉ  
DE L'INSTITUT LOUIS FAVOREU  
POPULISME ET DÉMOCRATIE

MASTERCLASS

*Aix-en-Provence – du 3 au 6 septembre 2018*

**Juridictions constitutionnelles et populisme :  
vers un « autre » constitutionnalisme en Europe centrale ?**

*Laurianne ALLEZARD, ATER, École de droit - Université Clermont Auvergne,  
Centre Michel de l'Hospital*

**La doctrine de *stare decisis* de la Cour suprême américaine  
face à la présidence Trump**

*Maria GUDZENKO, Doctorante contractuelle, Aix Marseille Univ, Université  
de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France*

**Le renforcement du contrôle de la procédure législative.  
Une stratégie proposée aux Cours constitutionnelles  
opérant dans un système populiste**

*Viktor Zoltán KAZAI, Doctorant, Central European University (Budapest)*

**Le juge conventionnel, remède à l'effacement du juge constitutionnel  
dans un système populiste – Le cas turc**

*Fabrice PEZET, Docteur en droit public, Université de Paris-Est Créteil*



## La doctrine de *stare decisis* de la Cour suprême américaine face à la présidence Trump

Maria GUDZENKO\*

Les populismes contemporains se développent autant dans des démocraties nouvelles<sup>1</sup> que dans des démocraties établies de longue date<sup>2</sup>. Ils se réduisent, avec une définition plus ou moins générale, en une conception du politique qui repose sur une logique de lien personnel<sup>3</sup>, non institutionnalisé et immédiat d'un *leader* politique avec un peuple « ordinaire » opposé aux élites<sup>4</sup> et, dans certains cas, à certains groupes – notamment les minorités – qui en sont aussi soustraits. Le concept de populisme, ayant émergé en sciences politiques<sup>5</sup>, traite ainsi de certaines caractéristiques de discours et de modes de mobilisation politique. Ce concept apparaît dès lors difficilement transposable en droit constitutionnel. Il n'en reste pas moins que le populisme peut avoir des répercussions juridiques, et notamment jurisprudentielles.

La présidence de Donald Trump satisfait la définition ainsi proposée. Le chef de l'exécutif américain puise ses supports de la distinction entre le « *peuple américain* » et des élites menaçant la démocratie, voire le bien-être du pays<sup>6</sup>. Les intérêts du « peuple » ainsi visé requerraient, sur le plan des politiques publiques, une maîtrise de l'immigration assez sévère, dont la construction d'un mur à la frontière mexicaine et un reflux des questions de discrimination, ces vicieux enjeux du « *politiquement correct* ». Les techniques de l'exercice de son mandat consistent principalement en appels périodiques aux partisans lors de leurs rassemblements et en contacts directs grâce à *Twitter* et aux émissions de *Fox News*. Durant les deux

---

\* Doctorante contractuelle, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

1 V. par exemple J. BECKER, « The rise of right-wing populism in Hungary », *SEER : Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe*, vol. 13, n° 1, 2010, p. 29-40 ; O. WYSOCKA, « Populism in Poland : In/visible Exclusion », in L. FREEMAN (dir.), *In/visibility: Perspectives on Inclusion and Exclusion*, IWM Junior Visiting Fellows' Conferences, vol. 26, Vienna, 2009 [Source en ligne]. URL : <http://www.iwm.at/publications/5-junior-visiting-fellows-conferences/vol-xxvi/populism-in-poland/> (consulté le 26 septembre 2018).

2 D. ROHAC, L. KENNEDY, V. SINGH, « Drivers of Authoritarian Populism in the United States », Center For American Progress, 10 mai 2018 [Source en ligne]. URL : <https://www.americanprogress.org/issues/democracy/reports/2018/05/10/450552/drivers-authoritarian-populism-united-states/> (consulté le 26 septembre 2018).

3 P.D. KENNY, « Understanding Populism and Why It Matters », in P.D. KENNY, *Populism and Patronage: Why Populists Win Elections in India, Asia, and Beyond*, Oxford Scholarship, 2017, 256 p.

4 C. LASCH, *La Révolte des élites et la trahison de la démocratie* (1995), traduit par Christian Fournier, Flammarion, 2010, 270 p.

5 La présente analyse ne poursuit pas l'ambition de relever une définition juridique de populisme. Pour l'étude générale de ce concept, v. notamment P.-A. TAGUIEFF, « Le populisme et la science politique du mirage conceptuel aux vrais problèmes », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 56, 1997, p. 4-33.

6 Sur la qualification du discours et de modes de mobilisation politiques de Donald Trump, v. par exemple T. BOUSSAC, « Le populisme aux États-Unis, du XIX<sup>e</sup> siècle à Donald Trump », *Questions internationales*, n° 83, janvier-février 2017.

premières années de son mandat, une prédominance du parti Républicain dans les deux chambres du Congrès fédéral avait rendu illusoire l'opposition aux politiques publiques réclamées par l'exécutif. Ce « *corps intermédiaire* » ne remplissait pas son rôle de maintien de l'équilibre des pouvoirs en raison d'une « *paralysie et [d'une] polarisation* », comme le suggère Andrew McCanse Wright<sup>7</sup>. Ainsi, il semble opérant de décrire le pouvoir exécutif américain comme populiste, et, jusqu'aux élections au Congrès fédéral du 6 novembre 2018<sup>8</sup>, « *unchecked and unbalanced* »<sup>9</sup>.

Se pose ainsi la question des rapports entre le chef de l'exécutif et la branche judiciaire, et notamment en ce qui concerne la mission de cette dernière d'assurer la prééminence du droit (*rule of law*) et la suprématie de la Constitution. L'attitude du chef de l'État américain face à la branche judiciaire se caractérise par une hostilité qui consiste en une dénonciation, non pas du système en général, mais des juges qui oseraient censurer son activité normative<sup>10</sup>. En vue de remédier aux censures, l'administration Trump procède au filtrage des candidats potentiels pour les postes de juges fédéraux par les groupements des juristes conservateurs et originalistes comme *Federalist Society* et *Heritage Foundation*<sup>11</sup>. La légitimité du rôle de « contre-pouvoir » exercé par les juges fédéraux se voit ainsi contestée. À cet égard, une mutation s'observe dès lors que les juridictions fédérales inférieures sont devenues le lieu d'oppositions politiques.

D'une part, elles traitent d'un nombre croissant de plaintes déposées par les États « bleus » – à majorité démocrate – contestant les restrictions d'entrée sur le territoire américain de certains pays à majorité de population musulmane<sup>12</sup>, les politiques de séparation des familles des immigrés clandestins sur la frontière<sup>13</sup> et les sanctions fiscales appliquées aux « *juridictions-refuges* » (*sanctuary jurisdictions*) pour les immigrés clandestins<sup>14</sup>. Pour l'heure, les juges saisis ont accueilli les requêtes sur tous ces points sensibles.

D'autre part, certaines juridictions, censées avoir un biais démocrate, s'auto-instrumentalisent de bon gré. Elles ont notamment adapté les critères de recevabilité, et plus particulièrement de celui de l'intérêt à agir, pour permettre l'examen des requêtes en question<sup>15</sup>. En outre, les effets des injonctions préliminaires prononcées en l'occurrence vont au-delà de cas concrets déferés et concernent

7 A. MCCANSE WRIGHT, « Constitutional Good Faith », *New York University Law Review*, vol. 93, 2018, p. 41-49.

8 L'échéance électorale ayant pour résultat la majorité démocrate à la Chambre des représentants.

9 Parallèle tracé avec les rapports entre le législatif et l'exécutif lors de la présidence de George W. Bush, décrits notamment dans l'ouvrage de F.A.O. SCHWARTZ, A.Z. HUQ, *Unchecked And Unbalanced: Presidential Power in a Time of Terror*, The New Press, 2008, 288 p.

10 K. JUDD, K. WATTERS, « Trump's attacks on courts undermine judicial independence », *ABA Journal*, 28 juin 2018 [Source en ligne]. URL : [http://www.abajournal.com/news/article/trumps\\_attacks\\_on\\_courts\\_undermines\\_judicial\\_independence](http://www.abajournal.com/news/article/trumps_attacks_on_courts_undermines_judicial_independence) (consulté le 26 septembre 2018).

11 K. SCHAUL, K. UHRMACHER, « How Trump is shifting the most important courts in the country », *The Washington Post*, 4 septembre 2018 [Source en ligne]. URL : [https://www.washingtonpost.com/graphics/2018/politics/trump-federal-judges/?utm\\_term=.d32580eec3ec](https://www.washingtonpost.com/graphics/2018/politics/trump-federal-judges/?utm_term=.d32580eec3ec) (consulté le 26 septembre 2018).

12 Cour d'appel du 9<sup>e</sup> Circuit des États-Unis, 9 février 2017, *State of Washington and State of Minnesota v. Trump, President of the United States et a.* ; Cour d'appel du 9<sup>e</sup> Circuit des États-Unis, 12 juin 2017, *State of Hawaii v. Trump, President of the United States et a.*

13 Cour de district de Californie, 26 juin 2018, *Ms L. et a v. US Immigration and Customs Enforcement*.

14 Cour de district de Californie, 20 juillet 2017, *County of Santa Clara and City and County of San Francisco v. Trump, President of the United States et a.* ; Cour d'appel du 7<sup>e</sup> Circuit des États-Unis, 19 avril 2018, *City of Chicago v. Sessions*.

15 Sur ce point, v. en détail N. GERTNER (juge), « The Lower Federal Courts: Judging in a Time of Trump », *Indiana Law Journal*, vol. 93, 2018, p. 83-91.

l'ensemble du territoire national, et cela même en absence d'action de groupe. Cette dernière pratique, connue de longue date du système judiciaire américain<sup>16</sup>, est entrée dans la routine judiciaire sous la présidence Trump.

Or, en ce qui concerne la Cour suprême, elle semble être loin de devenir un lieu d'opposition. En effet, la Cour Roberts a une majorité conservatrice. Elle s'est consolidée avec la confirmation des juges Neil Gorsuch et Brett Kavanaugh, confirmation opérée respectivement le 7 avril 2017 et le 6 octobre 2018. Même si les orientations idéologiques ne prédéterminent pas le comportement des juges suprêmes de façon mécanique, il a été démontré qu'elles sont le premier facteur d'explication de leur vote<sup>17</sup>. De ce fait, la Cour Roberts serait plus susceptible de former une jonction avec le chef de l'exécutif que de procéder de manière inverse, comme ce fut le cas lors de la présidence de George W. Bush<sup>18</sup>. Une telle crainte peut également être expliquée par la déférence au chef de l'exécutif dans la conduite de sa politique migratoire dans l'arrêt de la Cour suprême du 26 juin 2018 *Trump v. Hawaii*<sup>19</sup>, ainsi que plus récemment, par la levée par celle-ci de la suspension imposée par trois cours de circuit du mémorandum présidentiel limitant l'accès des personnes transsexuelles aux forces armées<sup>20</sup>.

La logique de cet arrêt vient élucider la jonction inattendue dans l'intitulé de la présente étude, entre la doctrine de *stare decisis*, d'une part, et la présidence Trump, d'autre part. L'hypothèse de l'analyse des rapports entre les politiques populistes de l'administration Trump et la doctrine du précédent, s'entrevoit dans la motivation des opinions majoritaire et dissidente. En l'espèce, la question politiquement sensible des restrictions de l'entrée sur le territoire américain des nationaux des pays à majorité de population musulmane dépendait largement du choix de précédents applicables que la Cour fera en la matière et, non pas, de considérations liées au caractère proportionné ou discriminatoire des politiques engagées<sup>21</sup>. L'argumentation des juges suprêmes révèle la place centrale occupée par l'interprétation des précédents.

En effet, ces derniers sont censés lier la Cour dans la mesure où les cas similaires doivent être résolus de la même manière, en s'appuyant sur les décisions antérieures. Le recours à la règle du précédent est censé stabiliser le droit, en rendant la production normative prétorienne prévisible, cohérente et ancrée solidement dans les solutions antérieures. Elle est aussi l'outil central du juge suprême en vue d'atteindre une certaine unicité du droit fédéral du fait que le précédent fédéral s'impose aux juridictions fédérales inférieures<sup>22</sup>. Mais, plus encore, le respect de la doctrine de *stare decisis* est vu comme un obstacle pour les interprétations

16 V. D. AMAR, « Federalism Friction in the First Year of the Trump Presidency », *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 45, 2018, p. 419. L'on peut également songer à des stratégies de *cherry-picking* des tribunaux afin d'atteindre une injonction préliminaire nationale.

17 V. par exemple J.F. II SPRIGGS, T.G. HANSFORD, « Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent », *The Journal of Politics*, vol. 63, n° 4, novembre 2001, p. 1094, ou N. GENNAIOLI, A. SHLEIFER, « Overruling and the Instability of Law », *Journal of Comparative Economics*, vol. 35, 2007, p. 310.

18 V. MICHELOT, « La Cour suprême des États-Unis durant la présidence de George W. Bush. Un nouvel équilibre des pouvoirs ? », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2008/1, n° 97, p. 117-129.

19 Scotus, 26 juin 2018, *Trump, President of the United States v. Hawaii*.

20 Ordres n° 18-676 (*Trump v. Karnoski*), n° 18-677 (*Trump v. Jane Doe 2*) et n° 18-678 (*Trump v. Stockman*) du 22 janvier 2019.

21 V. *infra*.

22 S. BURTON, « The Conflict Between *Stare Decisis* and Overruling in Constitutional Adjudication », *Cardozo Law Review*, vol. 35, 2014, p. 1687.



constitutionnelles motivées principalement par les allégeances idéologiques<sup>23</sup>. Cette dimension ressort des dernières procédures de confirmation des juges suprêmes<sup>24</sup>.

**Dès lors une interrogation apparaît : quelles relations entretient la règle du précédent, telle qu'appliquée par la justice constitutionnelle suprême, avec les politiques populistes du 45<sup>e</sup> président des États-Unis ?**

Bien qu'en principe la doctrine du précédent soit censée entrer en conflit avec le populisme (I), la pratique de l'interprétation constitutionnelle semble paradoxalement la soumettre à ce dernier (II).

### **I.- UNE CONTRADICTION THÉORIQUE ENTRE LA DOCTRINE DE PRÉCÉDENT ET LE POPULISME**

Lorsque le précédent impose au juge de faire prévaloir la décision visant un peuple dans le passé par opposition au peuple « actuel », instrumental dans les décisions populistes (A), cette contradiction est censée être levée par la prévalence de l'un de deux (B).

#### **A.- Un peuple précédent contre un peuple actuel dans la jurisprudence constitutionnelle**

La question de savoir dans quelle mesure la volonté du Peuple est prise en compte dans l'interprétation constitutionnelle aux États-Unis, occupa les théoriciens du *judicial review* soucieux de neutraliser la critique du caractère essentiellement anti-démocratique, de « *difficulté contre-majoritaire* » du contrôle de constitutionnalité par la Cour suprême<sup>25</sup>. Tel est le cas du doyen John Hart Ely qui lui assigne le rôle d'arbitre susceptible de promouvoir la démocratie représentative<sup>26</sup>. La présente démarche consiste de la sorte à assigner à la justice constitutionnelle le rôle réservé traditionnellement aux autorités électives.

Mais, de manière plus importante, l'idée d'évacuation de cette difficulté peut également consister en une affirmation de l'attribution qu'a la Cour de se prononcer au nom du Peuple. Telle est la première conclusion qui peut être tirée de la théorie de dualisme politique de professeur Bruce Ackerman<sup>27</sup>. La Cour suprême remplirait dans sa conception la mission de confirmation et de préservation de la volonté du peuple, lequel ne s'exprimerait que rarement à travers de grandes mobilisations politiques et sociales aboutissant aux changements matériels de la Constitution<sup>28</sup>. Les juges suprêmes seraient ainsi censés protéger le dernier état d'expression du peuple constituant des atteintes potentielles de la part des majorités du moment. Ces

23 *Ibidem*, p. 1695-1697.

24 G.R. STONE, « The Roberts Court, *Stare Decisis*, and the Future of Constitutional Law », *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008, p. 1536.

25 I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois des États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, p. 4-5 et 466-467.

26 *Ibidem*.

27 B. ACKERMAN, *Au nom du Peuple : les fondements de la démocratie américaine*, Paris, Calmann-Lévy, 1998, 434 p.

28 *Ibidem*. Comme l'observe l'auteur, pour l'heure, les États-Unis n'ont vu que trois changements matériels de la Constitution de 1787, c'est-à-dire les changements sans recours à la procédure établie par l'Article V. Il s'agit de la Fondation de l'Union en 1787, de la Reconstruction après la guerre de Sécession en 1866 et, enfin, de la politique de *New Deal* de F.D. Roosevelt en 1937.

dernières, quant à elles, ne sauraient prétendre à exprimer la volonté du peuple américain du fait de la faible mobilisation de celui-ci aux élections fédérales.

Dans une perspective plus pragmatique et plus courante toutefois, partagée notamment par Oliver Wendell Holmes et Benjamin Cardozo<sup>29</sup>, la Cour suprême est susceptible à l'occasion de l'interprétation constitutionnelle, d'être guidée non pas par la volonté du peuple constituant, mais par les valeurs partagées par la société qui lui est contemporaine<sup>30</sup>. Le juge est ainsi positionné, et ce d'autant plus après le 29 mars 1937<sup>31</sup>, en tant qu'élément majeur dans la construction du droit régulant au mieux les rapports sociaux, laquelle passe par sa jurisprudence créatrice. En somme, dans les deux dernières hypothèses, à partir du moment où une fonction d'expression au nom du Peuple est assignée à la Cour suprême, bien qu'avec certaines limites inhérentes à la fonction juridictionnelle<sup>32</sup>, une question se pose de savoir quel Peuple serait visé par les opinions de cette dernière.

Le principe sous-jacent de la doctrine du précédent semble trancher en faveur de l'expression de la volonté du peuple « passé ». Qu'il s'agisse du rôle de préservation de la volonté du peuple constituant ou d'une expression des valeurs contemporaines que remplissent les arrêts de la Cour suprême, une fois devenus précédents judiciaires, ils sont censés lier les juges suprêmes ultérieurs. Ainsi, en décidant, par exemple, que le droit à la vie privée découle de plusieurs garanties combinées de *Bill of Rights*, et en se préoccupant notamment de la question de l'intimité des couples mariés, la Cour suprême cherche à doter un peuple américain de 1965 d'un droit fondamental « redécouvert » par celle-ci<sup>33</sup>. Or, la volonté du Peuple telle qu'elle fut exprimée par les juges suprêmes en 1965 aura pour qualité de s'imposer, en vertu de la doctrine de *stare decisis*, à chaque fois que la Cour sera confrontée à une espèce similaire.

La thèse découlant du dualisme politique de professeur Bruce Ackerman – celle d'absence de monopole de représentation du Peuple américain par les pouvoirs électifs – semble témoigner d'une contradiction entre la représentation des générations passées et celle du peuple actuel. Si la branche judiciaire, en appliquant fidèlement la règle du précédent, réitère les décisions prises dans un contexte social d'autrefois, les branches électives sont censées exprimer la volonté de la majorité électorale actuelle. Cette dernière mission est susceptible d'être davantage exacerbée par le contexte populiste, dans la mesure où la volonté du peuple sur laquelle s'appuient les autorités à tentation populiste devrait, selon eux, l'emporter sur toute autre considération<sup>34</sup>. Les contraintes institutionnalisées peuvent être présentées comme l'héritage de l'ordre établi qui fait l'objet d'une contestation populiste. La logique de populisme, en ce sens, viserait à réactiver la souveraineté populaire, un

29 B. FRYDMAN, « Le droit comme savoir et comme instrument d'action dans la philosophie pragmatique », *Cahiers de méthodologie juridique*, RRJ, n° 5, 2017, p. 1807-1821.

30 M. J. KLARMAN, « Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments », *Stanford Law Review*, vol. 44, 1992, p. 772.

31 Scotus, 29 mars 1937, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

32 V. I. FASSASSI, « La légitimité de la justice constitutionnelle aux États-Unis à l'épreuve du constitutionnalisme populaire », *AJIC*, XXIII-2007, 2008. Constitution et liberté d'expression – Famille et droits fondamentaux. p. 87-90.

33 Scotus, 7 juin 1965, *Griswold v. Connecticut*.

34 Dans une logique des « rêves d'immédiateté » décrite par Margaret Conovan, citée par P.-A. TAGUIEFF, « Le populisme et la science politique du mirage conceptuel aux vrais problèmes », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 56, 1997, p. 10.

gouvernement direct du peuple<sup>35</sup>. Le fait pour le juge constitutionnel d'imposer une décision prise en considération d'un peuple américain de 1965 au peuple américain de 2018 entre donc en contradiction fondamentale avec le mode de raisonnement populiste, en sachant toutefois qu'en cas de concordance des « volontés » de ces « peuples », la contradiction semble être évacuée.

Il convient toutefois d'insister sur le fait que la représentation du peuple, telle que conçue par les mouvements populistes, ne reflète pas de manière systématique l'opinion publique statistiquement observable. À titre d'exemple, peut être évoquée la controverse sur le soutien public de la jurisprudence *Roe v. Wade* de 1972<sup>36</sup> consacrant le droit à l'avortement : selon le dernier sondage de *Gallup*, environ 64 % des Américains ne veulent pas la voir abandonnée<sup>37</sup>. En revanche, le « peuple » représenté dans les discours du chef de l'exécutif américain serait divisé sur la question sans qu'une majorité claire ne se dégage<sup>38</sup>.

La discordance entre les volontés des « peuples » représentés par l'exécutif élu et par les juges suprêmes nommés mais assumant la recherche d'une cohésion sociale (A) se résout, dans la pratique établie de la Cour suprême américaine, par la prévalence de l'une des conceptions concurrentes (B).

### B.- Une conciliation apparemment introuvable

La majeure partie de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême permet de dégager une tendance générale à la remise en cause assez fréquente de précédents<sup>39</sup>, notamment lorsqu'ils ne s'inséreraient pas aisément dans le contexte sociopolitique actuel. Même si la Cour a souvent justifié l'abandon des précédents par le fait qu'ils étaient « mal jugés »<sup>40</sup>, l'approche de « justification spécifique » (*special justification*), quelle que soit la raison invoquée du revirement, semble prévaloir en pratique<sup>41</sup>. L'application de cette approche est directement liée aux intérêts présents dans la société américaine qui peuvent être atteints par le

35 C. MOUFFE, « La "fin du politique" et le défi du populisme de droite », *Revue du MAUSS*, 2002/2, n° 20, p. 178-194.

36 *Scotus*, 22 janvier 1973, *Roe v. Wade*.

37 M. BRENNAN, « Nearly Two-Thirds of Americans Want Roe v. Wade to Stand », *Gallup Politics*, 12 juillet 2018 [Source en ligne]. URL : <https://news.gallup.com/poll/237071/nearly-two-thirds-americans-roe-wade-stand.aspx> (consulté le 5 septembre 2018).

38 J. SINK, « Trump Says He Understands Why Women Fear Roe v. Wade Reversal », *Bloomberg Politics*, 15 juillet 2018 [Source en ligne]. URL : <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-07-14/trump-says-he-understands-why-women-fear-u-s-abortion-reversal> (consulté le 5 septembre 2018).

39 J.F. II SPRIGGS, T.G. HANSFORD (« Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent », *The Journal of Politics*, vol. 63, n° 4, novembre 2001, p. 1092. Les auteurs montrent que la fréquence de revirements pour la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle fut de trois par année (par « terme »). Il est généralement admis qu'il serait aussi plus facile pour la Cour suprême d'opérer les revirements de jurisprudence en matière constitutionnelle qu'en matière statutaire. Cela est lié à la difficulté pratique de renverser le précédent constitutionnel par le biais de la révision de Constitution de 1787 selon la procédure de l'article V. En revanche, le renversement de la jurisprudence en matière statutaire est plus aisé, le Congrès passant les statuts ordinaires à majorité simple et sans ratification par les assemblées législatives des États fédérés. *Ibidem*, p. 1095.

40 Il s'agit de la sorte de revirements qui tirent leur origine de l'admission par la majorité présente à la Cour suprême de l'erreur de l'interprétation commise par ses prédécesseurs ; ainsi, cette erreur devrait être rectifiée. V. par exemple *Scotus*, 27 juin 1991, *Payne v. Tennessee* et *Scotus*, 26 juin 2003, *Lawrence v. Texas*.

41 R. J. KOZEL, « Stare decisis as judicial doctrine », *Washington and Lee Law Review*, vol. 67, n° 411, 2010, p. 411-466.

revirement. En résumé, « le trait commun des débats autour de *stare decisis* est l'évaluation du monde contemporain confrontée au monde qui existait au moment où la décision de justice a été rendue »<sup>42</sup>.

Ainsi, la première hypothèse consiste à faire prévaloir les attentes légitimes du « peuple » tel qu'il existerait aujourd'hui et donc, à renverser la jurisprudence ancienne. Cette dernière peut, soit être pratiquement inapplicable dans le contexte actuel, soit être réputée caduque par rapport aux nouvelles circonstances de droit ou de fait<sup>43</sup>. Il convient de noter que, comme c'est le cas de la représentation du « peuple » chez les mouvements populistes, l'image du peuple pouvant être acquise à la lecture de l'analyse sociologique ne sera pas systématiquement reflétée dans les opinions des juges suprêmes. Ces derniers voient le contexte social à travers le prisme de leurs positionnements idéologiques, facteurs d'explication des revirements de jurisprudence les plus significatifs<sup>44</sup>, en les conciliant avec les considérations politiques actuelles et les intérêts particuliers en cause. La Cour a notamment expliqué cette approche des revirements de jurisprudence dans l'arrêt *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>45</sup> portant sur l'abandon des précédents libéraux déclenché par la jurisprudence *West Coast Hotel Co. v. Parrish* de 1937<sup>46</sup>. Dans son *obiter dictum*, elle a énoncé que « la [Grande] Dépression est venue et, avec elle, la leçon qui paraissait être sans ambiguïté à la grande majorité du peuple de 1937, à savoir que l'interprétation de la liberté contractuelle, telle que protégée par [la jurisprudence] *Adkins* [de l'époque *Lochner*], fut fondée sur l'hypothèse factuelle fondamentalement erronée de la capacité du marché relativement libre de satisfaire le niveau minimum de protection sociale des individus ». La majorité dans l'arrêt *Casey* s'est ainsi référée au peuple de 1937 en expliquant, bien qu'*ex post*, le revirement opéré.

Il convient pourtant d'observer que la majorité dans les branches élues du pouvoir peut faciliter les revirements de jurisprudence en faisant primer la volonté du « peuple » telle qu'elle la voit. L'exemple classique de pressions ainsi exercées par la majorité élue est celui du *Judicial Procedures Reform Bill* du Président F.D. Roosevelt en 1937. Il n'en reste pas moins que la procédure classique de nomination des juges suprêmes peut y contribuer dans le contexte de concordance des majorités.

La présidence de Donald Trump marque ainsi une politisation excessive de ladite procédure. Cette tendance affecte en premier lieu le règlement du Sénat fédéral, transformé sous la pression partisane. En témoigne la banalisation de l'exception de « l'option nucléaire »<sup>47</sup> qui autorise, dans des circonstances exceptionnelles d'obstruction grave, la confirmation des titulaires de hautes fonctions de l'État par un vote à la majorité simple, et non pas à la majorité des 3/5<sup>e</sup> comme l'exige le Règlement du Sénat. La majorité simple est devenue la règle après deux utilisations sous la présidence Trump. En l'état actuel des règles de procédure au Sénat, c'est la coutume de confirmation des juges suprêmes à la majorité simple

42 *Ibidem*, p. 426.

43 E. ZOLLER, « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20 (Dossier : Revirements de jurisprudence du juge constitutionnel), juin 2006 [Source en ligne]. URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-revirements-de-jurisprudence-de-la-cour-supreme-des-etats-unis>

44 J.F. II SPRIGGS, T.G. HANSFORD, « Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent », *The Journal of Politics*, vol. 63, n° 4, novembre 2001, p. 1094.

45 Scotus, 29 juin 1992, *Planned Parenthood v. Casey*, III – B.

46 Scotus, 29 mars 1937, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

47 Dérogation par rapport à l'article 22 alinéa 2 du Règlement du Sénat (*nuclear option*).

qui prévaut, dans une logique de division partisane de la seconde chambre, sur la règle des 3/5<sup>e</sup> imposée par l'article 22 alinéa 2 de son Règlement. Un « *packing* »<sup>48</sup> de la Cour suprême en vue d'accélérer les revirements de jurisprudence favorables à la majorité actuelle et, partant, à sa conception du « peuple », devient plus opportun.

La deuxième hypothèse de résolution du conflit analysé est celle de prévalence du peuple « passé » par rapport au peuple « actuel » avec le maintien en vigueur du précédent judiciaire déjà établi. Pourtant, cette solution soulève la question de savoir dans quelle mesure tout précédent peut faire l'objet d'abandon du fait de l'exercice de son pouvoir de l'interprétation constitutionnelle par la Cour suprême ? En principe, la Cour est libre d'adopter, de modifier et de rejeter les règles de remise en cause de jurisprudences constitutionnelles, les grilles de lectures exposées dans certaines opinions ne relevant que de l'*obiter dictum*<sup>49</sup>. Pourtant, lors de la procédure de confirmation du juge John Roberts, alors candidat pour la position du juge en chef de la Cour suprême, le sénateur Arlen Specter a introduit le terme « *superprécédent* » pour caractériser certaines jurisprudences fondamentales que les juges suprêmes sont tenus de respecter malgré leurs orientations idéologiques<sup>50</sup>. Elles seraient ainsi « *tellement ancrées dans le système juridique qu'il serait particulièrement difficile de les abandonner* »<sup>51</sup>. Une certaine grille de lecture se dégage ainsi de débats doctrinaux. Un « *superprécédent* » peut être un précédent confirmé après qu'il y ait eu des tentatives de l'abandonner, celui qui sert de base pour un vaste corpus législatif et doctrinal et, enfin, celui qui vient comme résolution longtemps attendue d'un problème socialement sensible, résolution saluée par une majorité écrasante de la doctrine<sup>52</sup>.

Cette catégorie induit alors une hiérarchie des précédents judiciaires, dont certains deviendraient exceptionnellement indisponibles au revirement. Il n'en reste pas moins que les « *superprécédents* » demeurent un concept de la doctrine, n'étant jamais apparus explicitement dans les opinions de la Cour. En revanche, une fois réceptionnés par les juges suprêmes, ils peuvent limiter de façon substantielle la marge de manœuvre des majorités poursuivant les politiques populistes dans la mesure où ils restreignent la possibilité de contourner les contraintes existantes, tant institutionnelles que relatives aux droits fondamentaux. Un regard moins optimiste sur le concept peut néanmoins relever son instrumentalisation dans le clivage « majorité – opposition », poussant davantage la politisation des juges suprêmes. Ainsi, l'opposition démocrate au Sénat invoque l'arrêt *Roe v. Wade* comme « *superprécédent* » à l'occasion des procédures de confirmation des juges nommés par

48 Expression reprise du conflit entre le président F.D. Roosevelt et la Cour suprême dans les années trente et notamment employée à propos de son projet de loi destiné à faire passer le nombre de juges suprêmes de 9 à 15 afin de rendre la branche judiciaire favorable à la majorité. V. de manière plus détaillée B. SOLOMON, *FDR v. The Constitution: The Court-Packing Fight and the Triumph of Democracy*, Walker Books, 2008, 352 p.

49 S. BURTON, « The Conflict Between *Stare Decisis* and Overruling in Constitutional Adjudication », *Cardozo Law Review*, vol. 35, 2014, p. 1687-1713.

50 E. ZOLLER, « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 20 (Dossier : Revirements de jurisprudence du juge constitutionnel), juin 2006 [Source en ligne]. URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-revirements-de-jurisprudence-de-la-cour-supreme-des-etats-unis> (consulté le 30 août 2018).

51 M. J. GERHARDT « Super Precedent », *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, p. 1204.

52 *Ibidem*. V. de manière plus systématique, dans le même sens : J. BALKIN, « Don't Talk to Me About Super Precedents », Balkinization : blog de professeur Jack Balkin, 30 octobre 2005 [Source en ligne]. URL : <https://balkin.blogspot.com/2005/10/dont-talk-to-me-about-superprecedents.html> (consulté le 30 août 2018).

les chefs d'État républicains, quand bien même la doctrine exprime des doutes sérieux quant à son caractère inamovible<sup>53</sup>.

Au-delà des hypothèses évoquées, le caractère apparemment irréductible de la contradiction entre le précédent judiciaire et la volonté du peuple (I) peut être levé grâce aux techniques d'interprétation utilisées par la majorité à la Cour suprême actuelle (II).

## II.- UN RISQUE DE SOUMISSION PRATIQUE DE LA RÈGLE DE PRÉCÉDENT AU POPULISME

Bien que le choix fait par la Cour suprême actuelle d'instrumentaliser les précédents puisse être favorable aux politiques populistes (A), le risque de leur légitimation par le biais d'un attachement aux jurisprudences ancrées n'induit pas la déférence de principe de la branche judiciaire à l'administration Trump (B).

### A.- Une distinction conséquentialiste des précédents favorable au populisme

La contradiction évoquée repose néanmoins sur la présomption de motivation suffisante des opinions de la Cour, fondée sur le texte de la Constitution lui-même et notamment sur son corpus existant des précédents judiciaires. Or, la marge de manœuvre des juges suprêmes tant vis-à-vis de la structure de la motivation des opinions que vis-à-vis de l'interprétation des précédents est suffisamment large du fait d'absence de définition unique des règles de revirements de jurisprudences constitutionnelles. À cet égard, l'avènement de la présidence du juge John Roberts en 2005 a présenté une innovation dans le maniement de la doctrine du *stare decisis*. Il s'agit du « *stealth overruling* », concept introduit par Ronald Dworkin<sup>54</sup>, revirements furtifs des jurisprudences. Tout en réaffirmant leur place dans l'ordre constitutionnel, la Cour les aurait, à plusieurs reprises, limités aux faits de façon artificielle.

L'étude approfondie de ce phénomène fut entreprise en ce qui concerne la jurisprudence phare de droit à un procès équitable aux États-Unis, *Miranda v. Arizona*<sup>55</sup>, dont la portée fut considérablement réduite par les jurisprudences subséquentes, quand bien même ces dernières la réaffirmaient de manière déclarative<sup>56</sup>. Il en fut pourtant de même de la confirmation de la loi limitant l'accès à l'interruption médicale de grossesse<sup>57</sup> qui irait moins loin dans la limitation posée que celle renversée par la Cour sept années plus tôt<sup>58</sup>, d'invalidation des mesures de discrimination positive pour les admissions scolaires<sup>59</sup> distinguée de leur validation pour les universités<sup>60</sup> et, enfin, de l'irrecevabilité de la requête des contribuables se plaignant de dépenses susceptibles de financer la propagande de la religion au motif

53 *Ibidem*.

54 R. DWORKIN, *The Supreme Court Phalanx: The Court's New Right-Wing Bloc*, New York Review Books, 2008, 71 p. V. a contrario R.M. RE, « Narrowing Precedent in the Supreme Court », *Columbia Law Review*, vol. 114, 2014, p. 1861-1912.

55 Scotus, 13 juin 1966, *Miranda v. Arizona*.

56 B. FRIEDMAN, « The Wages of Stealth Overruling (with Particular Attention to *Miranda v. Arizona*) », *The Georgetown Law Journal*, vol. 99, 2010, p. 1-62.

57 Scotus, 18 avril 2007, *Gonzales v. Carhart*.

58 Scotus, 28 juin 2000, *Sternberg v. Carhart*.

59 Scotus, 28 juin 2007, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District n° 1*.

60 Scotus, 23 juin 2003, *Grutter v. Bollinger*.

que le précédent antérieur avait admis la requête similaire dirigée contre les dépenses votées par le Congrès et non pas décidées par l'exécutif comme ce fut le cas en l'occurrence<sup>61</sup>.

Dans certaines décisions, à titre de l'argument confortatif, la Cour réinterprète des superprécédents dont l'esprit irait dans le sens inverse. Par exemple, afin de renforcer la crédibilité de la distinction en matière de discrimination positive citée ci-dessus, le juge en chef Roberts a recouru à la citation de l'arrêt fondateur de déségrégation raciale *Brown v. Board of Education of Topeka*. Sous sa plume, il légitimerait l'invalidation des mesures incitatives pour les minorités raciales puisque ce serait encore une discrimination raciale institutionnalisée dont l'arrêt *Brown* avait pour mérite de déclarer qu'elle « n'a[vait] pas sa place »<sup>62</sup>.

Dans le contexte de politiques populistes entreprises par l'administration Trump, la Cour présidée par John Roberts semble continuer d'appliquer la technique présentée. Pour l'heure, la seule mesure publiquement revendiquée par le chef de l'exécutif et contestée devant la Cour suprême fut le décret présidentiel n° 13769 restreignant l'entrée sur le territoire américain des ressortissants des pays à majorité de population de religion musulmane<sup>63</sup>. La présente analyse le retient comme un cas d'étude, bien qu'isolé, de l'interprétation controversée des précédents afin de valider les décisions s'inscrivant dans le discours populiste.

Les griefs constitutionnels dans *Trump v. Hawaii* concernent l'applicabilité de la clause d'établissement consacrant la liberté religieuse au décret présidentiel susmentionné dont l'*animus* a été défini à plusieurs reprises par le chef de l'exécutif comme « *Muslim ban* »<sup>64</sup>. Un cas similaire retenu par la majorité fut celui de 1972, *Kleindienst v. Mandel*<sup>65</sup>, où la Cour avait opté pour le contrôle restreint, et plus précisément pour celui de proportionnalité théorique de la mesure prise au but poursuivi, en se guidant par le standard ordinaire de déférence au pouvoir exécutif. Une simple argumentation suffirait ainsi pour démontrer sa bonne foi, sans qu'une recherche approfondie de cette proportionnalité ne soit entreprise par la Cour<sup>66</sup>. De la sorte, la liberté religieuse n'est pas enfreinte si la présomption de menace à la sécurité nationale peut être raisonnablement établie suite aux explications fournies par le gouvernement. La rigueur du contrôle est de la sorte très basse. La majorité a repris fidèlement cette grille de lecture à l'occasion du décret présidentiel contesté par l'État de Hawaii. Ainsi, lorsque son texte ne mentionne pas directement la religion musulmane comme motif de restrictions d'entrée sur le territoire américain,

61 Scotus, 25 juin 2007, *Hein v. Freedom From Religion Foundation*.

62 Scotus, 17 mai 1954, *Brown v. Board of Education of Topeka*.

63 Le refus opposé par la Cour suprême le 22 janvier 2019 de valider les injonctions préliminaires prononcées par les cours fédérales de circuit dans trois cas similaires et tenant à suspendre les effets du mémorandum présidentiel du 25 août 2017 (remplacé par celui du 23 mars 2018 et venant restreindre l'accès des personnes transsexuelles au service militaire) ne constitue pas la décision définitive sur le fond. V. les ordres n° 18-676 (*Trump v. Karnoski*), n° 18-677 (*Trump v. Jane Doe 2*) et n° 18-678 (*Trump v. Stockman*) du 22 janvier 2019.

64 T. HIGGINS, « Supreme Court rules that Trump's travel ban is constitutional », CNBC Politics, 26 juin 2018 [Source en ligne]. URL : <https://www.cnbc.com/2018/06/26/supreme-court-rules-in-trump-muslim-travel-ban-case.html> (consulté le 5 octobre 2018).

65 Scotus, 29 juin 1972, *Kleindienst v. Mandel*.

66 *Ibidem* : « when the Executive exercises this {delegated} power negatively on the basis of a facially legitimate and bona fide reason, the courts will neither look behind the exercise of that discretion, nor test it by balancing its justification ».

la majorité a établi que la clause d'établissement n'était pas mise en péril et que les objectifs invoqués par l'exécutif étaient valables<sup>67</sup>.

Il n'en reste pas moins que la similitude de la jurisprudence *Mandel* avec la situation visée par la mesure présidentielle peut être remise en question, et elle le fut dans l'opinion dissidente de la juge Sotomayor. En effet, le précédent analysé concerne la restriction ponctuelle et dérogatoire de l'entrée d'un national belge communiste et non pas une restriction générale susceptible de toucher plus d'un million de personnes. L'inapplicabilité de *Mandel* entraînerait ainsi l'applicabilité de la jurisprudence constante<sup>68</sup> de la Cour en matière de clause d'établissement, au titre de laquelle le contrôle plus strict s'applique, et l'*animus* de l'exécutif serait pris en compte. Ainsi, le choix des précédents et la question de similitude des cas ont une importance capitale pour le raisonnement téléologique des juges suprêmes, tant conservateurs que libéraux<sup>69</sup>.

Une querelle similaire est susceptible<sup>70</sup> de se produire dans le cas où l'affaire des juridictions de refuge<sup>71</sup> arrive devant la Cour suprême : est alors en cause le dixième amendement. En effet, certains États fédérés ou localités ont la faculté de ne pas communiquer au gouvernement fédéral des informations concernant les immigrés clandestins se trouvant sur leur territoire. Or, le décret présidentiel n° 13768 prévoit l'annulation de tout financement fédéral pour les juridictions de refuge, sauf pour le maintien de l'ordre public. La jurisprudence constante<sup>72</sup> de la Cour induit le respect de la compétence des États fédérés grâce au principe de non-commandement des États fédérés par la Fédération (*anti-commandeering principle*). Il n'en reste pas moins que cette jurisprudence peut être inapplicable en l'espèce dans la mesure où l'arrêt *Printz v. United States* de 1997 réserve le principe de non-commandement pour déclarer inconstitutionnelle toute obligation d'action mais non pas l'obligation d'information<sup>73</sup>. Ainsi, il pourrait s'interpréter tant en faveur de mesures que le gouvernement fédéral prend en vue d'extraire les données sur les immigrés clandestins résidant dans ces juridictions, qu'en leur défaveur. L'argumentation de l'arrêt *Trump v. Hawaii* pourrait de la sorte être réitérée.

67 Scotus, 26 juin 2018, *Trump, President of the United States v. Hawaii* : « that standard of review considers whether the entry policy is plausibly related to the Government's stated objective to protect the country and improve vetting processes ».

68 V. par exemple : Scotus, 27 juin 2005, *McCreary County v. American Civil Liberties Union* ; Scotus, 27 janvier 1969, *Presbyterian Church in U.S. v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church*.

69 Il n'en reste pas moins que, au-delà de la controverse entre l'opinion de la majorité et celle de la dissidence, une applicabilité partielle de la jurisprudence constante relative à la clause d'établissement peut être arguée dans le domaine d'immigration, débouche sur la constitutionnalité du décret présidentiel n° 13769. V. J. BLACKMAN, « The Legality of the 3/6/17 Executive Order, Part III: The Establishment Clause », *Lawfare*, 15/03/2017 [Source en ligne]. URL : <https://www.lawfareblog.com/legality-3617-executive-order-part-iii-establishment-clause> (consulté le 4 février 2019).

70 J. SHARMAN, « Donald Trump says 'see you in court' after federal judge blocks his sanctuary cities executive order », *Independent*, 26 avril 2017 [Source en ligne]. URL : <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/donald-trump-federal-judge-see-you-in-court-sanctuary-cities-executive-order-us-supreme-court-a7702886.html> (consulté le 8 octobre 2018).

71 V. *supra*, et les injonctions prononcées à présent dans Cour de district de Californie, 20 juillet 2017, *County of Santa Clara and City and County of San Francisco v. Trump, President of the United States et a.* ; Cour d'appel du 7<sup>e</sup> Circuit des États-Unis, 19 avril 2018, *City of Chicago v. Sessions*.

72 Scotus, 19 juin 1992, *New York v. United States* ; Scotus, 27 juin 1997, *Printz v. United States* ; Scotus, 14 mai 2018, *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*.

73 V. D. AMAR, « Federalism Friction in the First Year of the Trump Presidency », *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 45, 2018, p. 408.



Le revirement furtif des précédents lève la contradiction théorique entre les logiques du populisme et de la règle du précédent et ouvre une voie épineuse de légitimation des politiques populistes, par leur instrumentalisation téléologique. Ainsi, il peut ressortir de la motivation des arrêts de la Cour suprême que les décisions populistes auraient leur ancrage dans sa jurisprudence constante et doivent donc être réceptionnées comme toute autre décision politique de la majorité au pouvoir. Néanmoins, bien que le risque d'un tel usage détourné puisse être constaté (A), il serait prématuré de conclure qu'il existe une relation de déférence générale de la Cour suprême face à un exécutif populiste (B).

#### A.- Une règle du précédent, nouvel outil de légitimation du populisme ?

La jonction entre l'exécutif et la majorité à la Cour suprême, relevée dans l'arrêt *Trump v. Hawaii*, semble concurrencer l'idée selon laquelle cette dernière doit systématiquement agir tel un contre-pouvoir face à de possibles tendances autoritaires<sup>74</sup>. Or, même si la Cour Roberts est loin d'une telle approche, il serait au moins prématuré d'en déduire qu'elle donnera un *quitus* constitutionnel à toute politique revendiquée par le chef de l'exécutif en lui octroyant un ancrage dans la jurisprudence constante. Pour l'heure, l'observation qui s'impose est celle d'une concordance occasionnelle d'affinités entre les deux branches qui génère l'absence d'intérêt pratique de jouer le rôle d'un contre-pouvoir.

Cette concordance ne peut, à notre avis, déboucher *de facto* sur une déférence irrévocable dès lors que la Cour est susceptible d'être contrainte par l'opinion publique<sup>75</sup> et par les « *superprécédents* »<sup>76</sup>, honorés implicitement comme tels par l'ensemble de la magistrature. Une confirmation récente, bien qu'éventuellement prématurée, du respect des « *superprécédents* », s'entrevoit dans la décision de la Cour suprême (majoritairement conservatrice) du 7 février 2019<sup>77</sup> de ne pas cesser la suspension de la loi relative à l'avortement de l'État de Louisiane, de la sorte qu'elle reste inapplicable jusqu'à ce que les juges suprêmes ne statuent sur le fond. Cette loi impliquerait en effet, selon les plaignants, une charge excessive imposée aux femmes souhaitant recourir à l'avortement, charge similaire à celle condamnée par la majorité dans l'affaire *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*<sup>78</sup>. Il n'en reste pas moins que la décision sur le fond peut renverser l'arrêt de 2016, revenant sur l'étendue du droit à l'avortement.

En ce qui concerne l'opinion publique, il n'est guère rattachable aux prises de position par le chef de l'exécutif : les remarques négatives adressées à la haute magistrature par le Président n'altèrent pas la perception générale de la Cour par le

74 B. PETKOVA, « Populism and Judicial Backlash in the United States and Europe », *VerfBlog*, 2017/4/30 [Source en ligne]. URL: <https://verfassungsblog.de/populism-and-judicial-backlash-in-the-united-states-and-europe/> (consulté le 28 janvier 2019).

75 À cet égard, une stratégie presque « populiste » de la Cour est revendiquée par certains auteurs. Selon Or Bassok, une mutation de la base de légitimité de la Cour suprême aurait eu lieu avec l'introduction des sondages d'opinion publique sur l'institution. L'idée selon laquelle c'est l'expertise juridique (« *judgment* ») qui fonde la légitimité de la Cour serait alors relayée au second plan, se pliant devant le support public dorénavant objectivement quantifiable. V. O. BASSOK, « The Supreme Court at the Bar of Public Opinion Polls », *Constellations*, vol. 23, n° 4, 2016, p. 573-584.

76 V. *supra*.

77 Scotus, 7 février 2019, *June Medical Services LLC et al. v. Rebekah Gee, Secretary, Louisiana Department of Health and Hospitals*, on application for stay. V. notamment l'opinion dissidente du juge Kavanaugh, annexé au jugement.

78 Scotus, 27 juin 2016, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*.

public<sup>79</sup>. Cependant, la Cour est confrontée à une politisation de la perception de ses décisions, dans l'optique de laquelle celles-ci seraient perçues comme exclusivement motivées par les affinités idéologiques<sup>80</sup>. Les mutations dans la procédure de confirmation des juges suprêmes et la banalisation du recours aux injonctions nationales par les cours de circuit y contribuent sans doute de façon substantielle<sup>81</sup>. Dans ce contexte, il serait logique pour la Cour de tenter de réfuter toute critique de l'institution « populiste » en insistant davantage sur son jugement (*judgment*)<sup>82</sup> aboutissant à des décisions solidement ancrées dans le droit. Autrement dit, les juges suprêmes auraient « un intérêt marqué à se présenter comme n'étant pas beaucoup plus que des automates qui appliqueraient mécaniquement le droit aux faits », en racontant ainsi une « noble mensonge » (*a noble lie*)<sup>83</sup>. L'administration des précédents par la Cour Roberts, en particulier telle qu'elle s'est présentée dans l'arrêt *Trump v. Hawaii*, permet justement d'aboutir à une telle dépolitisation, aussi apparente soit-elle.

Il convient ici de rappeler que des distinctions contestables furent opérées par la Cour Roberts avant l'avènement de l'administration Trump, et qu'elles sont utilisées à présent dans les affaires où la politique de l'exécutif n'est pas directement mise en cause. En atteste notamment la controverse autour du poids du précédent de 1977<sup>84</sup> commandant la considération des « discriminations passées » (*past discriminations*) dans une affaire de découpage électoral racial (*racial gerrymander*) du 25 juin 2018, *Abbott v. Perez*, domaine qui ne semble guère rentrer dans le programme présidentiel. En l'occurrence, la Cour a renversé l'annulation par la Cour de District de Texas du découpage des circonscriptions adopté par la législature du Texas. La carte électorale en jeu, datant de 2013, fut rectifiée suite à l'invalidation de celle de 2011 par cette dernière juridiction. L'opinion de la majorité de la Cour suprême, rédigée par le juge Alito, a insisté sur la présomption de bonne foi de l'assemblée qui ne saurait être renversée en l'espèce et ce, malgré l'existence de la « *discrimination passée* » de 2011. La question de savoir dans quelle mesure cette dernière est susceptible de contribuer au renversement de présomption de bonne foi de l'assemblée divisa la majorité et la dissidence dans l'interprétation de la jurisprudence *Arlington Heights*. Tandis que le juge Alito l'a citée à peine une fois comme source de l'un des critères qui peuvent faire basculer la présomption<sup>85</sup>, la juge Sotomayor s'est accordée dans son opinion dissidente avec une interprétation de la juridiction inférieure et ce, à la lumière de la grille de lecture assez approfondie de l'arrêt de 1977<sup>86</sup>. Ce choix d'accorder plus de poids audit précédent a induit une solution inverse. La controverse dans la partie substantielle (III) de l'arrêt du 25 juin

79 D. FONTANA, « How Do People Think About The Supreme Court When They Care? », *New York University Law Review*, vol. 93, 2018, p. 50-55.

80 M.J. NELSON, J.L. GIBSON, « Has Trump Trumped The Courts? », *New York University Law Review*, vol. 93, 2018, p. 32-40.

81 V. *supra*.

82 Dans le sens de l'expertise juridique, évoqué par A. Hamilton dans *Federalist* n° 78 (392) : « [The Judiciary] may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments ».

83 J. IULIANO, « The Supreme Court's Noble Lie », University of California, Davis, vol. 51, 2018, p. 916 : « judges [...] have a strong incentive to present themselves as little more than automatons who mechanically apply the law to the facts at hand. In cultivating this perception, however, the Supreme Court is propagating a falsehood to promote its own legitimacy [...] the Supreme Court is telling a "noble lie" ».

84 Scotus, 11 janvier 1977, *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*

85 *Ibidem*, opinion of the Court, III – A, p. 22.

86 *Ibidem*, Sotomayor, J., dissenting, II – B, p. 20-22.

2018 et le problème de l'administration des précédents en général ne sont pas consubstantiellement liés à la présidence Trump.

\*

Il n'en reste pas moins que la légitimation des politiques populistes par les précédents judiciaires a indirectement eu lieu, puisqu'il revient ainsi à la Cour d'apprécier l'activité normative du 45<sup>e</sup> chef de l'exécutif américain comme elle aurait apprécié toute autre norme émanant de n'importe quel président. Autrement dit, se pose la question de savoir si la Cour, en appliquant le standard jurisprudentiel constant relatif aux pouvoirs de l'Article II aux politiques populistes de l'administration Trump dans une démarche « dépolitisée », ne « remet [pas] en question la légitimité institutionnelle et l'intégrité du système »<sup>87</sup>.

La doctrine majoritaire tranche en faveur d'une interprétation dépolitisée, celle de « *neutral principles* »<sup>88</sup>, dans les affaires opposant les décrets présidentiels aux normes constitutionnelles et statutaires. Ainsi, selon le professeur Josh Blackman, « peu importe que Trump soit, d'une manière ou d'une autre, différent de ses prédécesseurs, ou qu'il insulte les juges en violation choquante des convenances du Bureau ovale. La branche judiciaire ne doit pas abandonner son rôle traditionnel tout simplement parce que le président a abandonné le sien »<sup>89</sup>. Un traitement différencié constituerait ainsi un revirement injustifié par rapport à la pratique constante de la Cour suprême, en décalage avec le principe de séparation des pouvoirs<sup>90</sup>. La haute magistrature, selon cette approche, ne doit pas utiliser son rôle de contre-pouvoir ni appliquer les précédents constitutionnels en poursuivant des objectifs politiques de lutte contre les mesures populistes. Le risque en cause est celui de création de nouveaux précédents potentiellement dangereux pour l'office du Président – des précédents qui auront vocation à demeurer dans le système bien au-delà du mandat de Donald Trump.

Une approche radicalement différente, minoritaire dans la doctrine, revendique au contraire un usage de l'interprétation téléologique de la Constitution et des précédents constitutionnels afin de restreindre davantage les pouvoirs du chef de l'exécutif actuel. La justification de ladite approche repose sur l'idée d'une discordance éminente entre le profil du président Trump, « inapte pour la fonction » (*unfit for office*), et celui souhaité par les Pères fondateurs, d'après les professeurs Sanford Levinson et Mark A. Graber<sup>91</sup>. Lorsqu'il y a « des bonnes raisons de penser

87 B. PETKOVA, « Populism and Judicial Backlash in the United States and Europe », *VerfBlog*, 2017/4/30 [Source en ligne]. URL: <https://verfassungsblog.de/populism-and-judicial-backlash-in-the-united-states-and-europe/> (consulté le 28 janvier 2019) : « *Judicial deference to the political branches in times of crisis is similarly unwarranted as it puts institutional legitimacy and systemic integrity in question* ».

88 S. LEVINSON, M. GRABER, « The Constitutional Powers of Anti-Publican Presidents : Constitutional Interpretation in a Broken Constitutional Order », *Chapman Law Review*, vol. 21, n° 27, 2017, p. 3.

89 J. BLACKMAN, « Why Courts Shouldn't Try to Read Trump's Mind », *POLITICO Magazine*, 16/03/2017 [Source en ligne]. URL : <https://www.politico.com/magazine/story/2017/03/why-courts-shouldnt-try-to-read-trumps-mind-214921> (consulté le 29 janvier 2019) : « *it doesn't matter if Trump is somehow different than his predecessors, or if he insults judges in a shocking breach of Oval Office decorum. The judiciary should not abandon its traditional role simply because the president has abandoned his* ».

90 *Ibidem*.

91 S. LEVINSON, M. GRABER, « The Constitutional Powers of Anti-Publican Presidents: Constitutional Interpretation in a Broken Constitutional Order », *op. cit.*, note 83, p. 6.

que les différences entre les premiers quarante-quatre présidents ne justifiaient pas de variation importante dans leurs attributions formelles reconnues par le droit »<sup>92</sup>, la présidence Trump devrait être traitée à part, selon le standard d'un chef d'exécutif « *anti-Publian* » (*Anti-Publian President*).

La conception dérive de *Publius*, pseudonyme de James Madison, Alexander Hamilton et John Jay dans le *Fédéraliste*, et repose sur une justification presque originaliste à partir des écrits des Pères fondateurs sur les qualités personnelles d'un éventuel chef d'État d'une « *Union plus parfaite* ». L'argument est conforté à partir de la jurisprudence progressive de la Cour Warren, dont l'arrêt *Brown*, qui ne saurait être considérée comme politiquement neutre. Cela reviendrait à fournir un ancrage dans la doctrine du *stare decisis* en vue de l'adoption d'un standard distinct pour une présidence qui revient à saper les présomptions sur lesquelles repose la structure constitutionnelle, comme une sorte de caution en temps de crise<sup>93</sup>. Il n'en reste pas moins que la conception de Levinson et Graber ne propose pas de grille de lecture satisfaisante pour juger de l'aptitude des présidents à assumer correctement leurs fonctions. La prémisse même d'une telle analyse par la branche judiciaire est de surcroît en contradiction directe avec le principe de séparation des pouvoirs. Le cas de la présidence Trump, qualifiée de populiste, est tout de même un enseignement éclairant sur la justice constitutionnelle américaine et l'usage par celle-ci de la doctrine du précédent.

---

92 *Ibidem*, p. 4 : « *good reason exists for thinking that the differences among the first forty-five presidents did not warrant significant variation in their formal legal powers* ».

93 *Ibidem*, p. 22.



## Le renforcement du contrôle de la procédure législative. Une stratégie proposée aux Cours constitutionnelles opérant dans un système populiste

Viktor Zoltán KAZAI\*

Le terme « populisme » est omniprésent non seulement dans le débat public, mais aussi dans le débat doctrinal, ce qui renforce son ambiguïté. C'est pourquoi il semble nécessaire d'étudier brièvement le sens de ce terme avant d'aborder le rôle d'une cour constitutionnelle dans un système populiste. Quelle est la différence entre les systèmes populistes et les démocraties constitutionnelles ?

Il n'est pas facile de répondre à cette question pour au moins deux raisons. Premièrement, il est devenu largement accepté dans la doctrine du droit constitutionnel comparé qu'il existe un nouveau type de régime entre la démocratie constitutionnelle et la dictature. Ce qui n'est pas encore certain, néanmoins, c'est la dénomination exacte de ce nouveau régime. À l'heure actuelle, une multitude de termes est offerte dans les différents travaux qui s'y rapportent<sup>1</sup>. Certains chercheurs utilisent le terme « populisme » et « constitutionnalisme populiste » (*populist constitutionalism*)<sup>2</sup>. D'autres préfèrent la dénomination « illibéral »<sup>3</sup>. Mais on peut aussi trouver plusieurs termes différents comme « constitutionnalisme abusif » (*abusive constitutionalism*)<sup>4</sup>, « rétrogradation constitutionnelle » (*constitutional retrogression*)<sup>5</sup>, « légalisme autocratique » (*autocratic legalism*)<sup>6</sup>, ou « constitutionnalisme autoritaire » (*authoritarian constitutionalism*)<sup>7</sup>. Voici quelques-uns des exemples les plus connus. Devant cette énorme diversité de termes, il est difficile de déterminer le sens juridique de ce terme « populisme », son rapport avec les autres termes utilisés dans la doctrine et sa pertinence du point de vue du constitutionnalisme. S'ajoute à cela le fait qu'un débat similaire se déroule dans la

---

\* Docteur, Central European University (Budapest).

Je voudrais exprimer mes remerciements et ma reconnaissance aux rédacteurs de l'*Annuaire international de la justice constitutionnelle*, ainsi qu'à mes collègues Eszter Bodnár, Zsolt Körtvélyesi et Endre Orbán pour leurs commentaires et suggestions sur les versions anciennes de cet article. Je souhaiterais remercier également Laurianne Allezard pour avoir relu cette contribution.

- 1 Pour une vue d'ensemble des analyses pertinentes voir G. A. TÓTH, « Constitutional Markers of Authoritarianism », *Hague Journal on the Rule of Law* (2018).
- 2 P. BLOKKER, « Populist Constitutionalism », in C. de la TORRE (dir.), *Routledge Handbook of Global Populism*, Milton Park, Abingdon, Oxon, New York, NY, Routledge, 2018 ; D. LANDAU, « Populist Constitutions », *University of Chicago Law Review*, vol. 65, Issue 1, 2018 ; voir aussi le numéro spécial de *German Law Journal* sur le populisme, vol. 20, Issue 3, 2019.
- 3 R. UITZ, « Can You Tell When an Illiberal Democracy is in The Making? An Appeal to Comparative Constitutional Scholarship from Hungary », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, Issue 1, 2015 ; le terme « illibéral » est en général repris de l'article de F. ZAKARIA, « The Rise of Illiberal Democracy », *Foreign Affairs*, vol. 76, n° 6, 1997.
- 4 D. LANDAU, « Abusive Constitutionalism », *UC Davis Law Review*, vol. 47, Issue 1, 2013.
- 5 A. H. HUQ, T. GINSBURG, « How to Lose a Constitutional Democracy », *University of Chicago Law Review*, vol. 65, Issue 1, 2018.
- 6 K. L. SCHEPPELE, « Autocratic Legalism », *University of Chicago Law Review*, vol. 65, Issue 1, 2018.
- 7 M. TUSHNET, « Authoritarian Constitutionalism », *Cornell Law Review*, vol. 100, n° 2, 2015.

discipline de la science politique qui rend non seulement la dénomination, mais aussi l'analyse de ce type de régime politique encore plus complexe<sup>8</sup>.

Deuxièmement, l'identification de cette catégorie du régime politique présente également beaucoup de difficultés aux savants du droit constitutionnel. R. Uitz souligne par exemple que la raison pour laquelle les événements en Hongrie après 2010 ont été considérés comme des « bizarreries locales » (*local oddities*) par les chercheurs du courant dominant jusqu'en 2014 environ était le manque de concepts et de cadres juridiques susceptibles d'analyser et décrire ce nouveau type de système<sup>9</sup>. Il semble que les chercheurs n'ont pas encore réussi à remédier à cette lacune et trouver les outils nécessaires à la détermination et à l'analyse systématique et uniforme de ces systèmes politiques<sup>10</sup>.

En dépit de ces remarques, on peut constater que les chercheurs concentrent leur attention sur – plus ou moins – les mêmes régimes politiques et tirent –  *grosso modo* – des conclusions similaires de leurs analyses. Il est ainsi possible de synthétiser ces analyses et d'énumérer les principales caractéristiques de ce nouveau type de régime.

Premièrement, les leaders populistes maintiennent l'apparence d'une démocratie constitutionnelle, en gardant son vocabulaire et en utilisant ses outils. Il est très difficile de voir ce qui se cache sous la surface, parce que la plupart des mesures juridiques adoptées pour construire un système populiste ne semblent en rien extraordinaires au premier abord. Dans le domaine de l'organisation de l'État, notamment, il y a, d'une part, des standards internationaux peu développés et, d'autre part, une grande diversité entre les pays européens des réglementations relatives au statut, aux compétences et à la composition des organes constitutionnels. La lettre de la loi ne montre pas le vrai visage d'un régime populiste<sup>11</sup>. Par exemple, la réforme du système judiciaire administratif est en cours en Hongrie. Selon l'explication officielle du gouvernement hongrois, le nouveau modèle de justice administrative est tout simplement inspiré par les systèmes établis en Autriche et en Bavière. En revanche, les chercheurs et les organisations non gouvernementales pensent que l'autonomie et l'indépendance de ce dernier – élément effectif du système de freins et contrepoids – sont en danger<sup>12</sup>. Dans une telle situation, il n'est pas facile pour les organismes de contrôle européens, comme la Commission de Venise, de ne pas se perdre dans les détails et de reconnaître le caractère illibéral de cette réforme<sup>13</sup>.

8 Dans la discipline de science politique le « régime hybride » est la dénomination la plus souvent utilisée. Voir S. LEVITSKY, L. A. WAY, *Competitive authoritarianism. Hybrid regimes after the Cold War*, Cambridge, CUP, 2010.

9 R. UITZ, « Can You Tell When an Illiberal Democracy is in The Making? », *op. cit.*

10 G. A. TÓTH, « Constitutional Markers of Authoritarianism », *op. cit.*

11 Mark TUSHNET remarque par exemple : « Most if not all institutional changes implemented by contemporary populist regimes are, one by one, compatible with constitutional liberalism. This is shown by the fact that almost without exception for every institutional innovation or constitutional change implemented by a populist regime, we can find exactly the same institutional design in some unquestionably liberal polity. » Voir « Varieties of populism », *German Law Journal*, vol. 20, Issue 3, 2019, p. 386. Il convient de mentionner aussi qu'il a été remarqué que les constitutions des systèmes autoritaires ne sont pas très différentes de celles des régimes libéraux. Voir T. GINSBURG, A. SIMPSON, *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, 2014.

12 <https://www.helsinki.hu/en/the-rule-of-law-and-the-independence-of-the-judiciary-in-hungary-and-in-europe-trends-concerns-ways-ahead/>

13 Commission de Venise, Avis sur la loi relative aux juridictions administratives et la loi relative à l'entrée en vigueur de la loi sur les juridictions administratives et certaines règles transitoires, CDL-AD(2019)004, Avis n° 943/2018. Cf. Renáta UITZ, *What Does the Spring Bring for the Rule of Law in*

Deuxièmement, derrière l'apparence d'une démocratie exemplaire, les leaders populistes travaillent sans cesse afin de paralyser le système de freins et contrepoids. Il est important de noter qu'il n'est pas nécessaire de fermer les institutions chargées d'exercer du contrôle politique ou juridique sur l'exécutif et la législature. Il est possible de les rendre inefficaces par l'adoption des mesures moins radicales et moins spectaculaires, comme l'exemple de la Cour constitutionnelle hongroise en témoigne. De la même façon, il n'y a pas besoin d'emprisonner l'opposition parlementaire, parce que la manipulation subtile du régime électoral s'avère suffisante pour produire les résultats électoraux désirés par la majorité gouvernementale. En effet, le gouvernement Fidesz-KDNP a complètement réécrit les codes électoraux peu après son entrée en fonction en 2010 et créé une réglementation qui défavorise les partis d'opposition<sup>14</sup>. Il convient de noter que selon l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) les élections en Hongrie en 2018 n'étaient pas équitables<sup>15</sup>.

Troisièmement, toutes les mesures politiques ou juridiques mises en place par les populistes servent le même but : assurer la dominance d'un seul centre de force politique. Ce centre de force peut consister en un seul parti ou une coalition, il n'y a pas de grande différence<sup>16</sup>. L'important est de garantir que le programme politique soit mis en œuvre d'une manière efficace et efficiente sans que l'opposition parlementaire ou les autres acteurs constitutionnels n'interviennent. Les décisions importantes de ce centre de force politique ne sont susceptibles d'aucune contestation en pratique, comme la modification régulière de la Constitution hongroise en réponse aux décisions de la Cour constitutionnelle annulant les projets politiques du gouvernement le montre. La volonté politique du gouvernement doit être réalisée à tout prix.

Quatrièmement, dans un régime populiste, la sphère publique dans laquelle le programme politique de la majorité gouvernementale pourrait faire l'objet d'un véritable débat public est réduite. Les leaders populistes essaient, d'une part, d'empêcher l'accès aux informations publiques pour entraver l'appréciation correcte des mesures adoptées et, d'autre part, font de leur mieux pour rendre le travail des organisations non gouvernementales plus difficile, sinon impossible par la mise en place de mesures juridiques et administratives.

Enfin, les populistes en pouvoir savent très bien qu'il faut éviter toute ressemblance avec les dictatures du xx<sup>e</sup> siècle et s'abstiennent d'effectuer des violations massives et spectaculaires de droits fondamentaux. Ils ont recours à des solutions beaucoup moins évidentes. Par exemple, il suffit de rendre l'accès aux mécanismes de protection des droits fondamentaux plus compliqué et moins efficace et de choisir les candidats les plus loyaux aux partis gouvernants pour les plus hauts postes afin que le cabinet et les institutions d'État ne soient pas contraints de respecter la loi.

---

*Europe?*, *VerfBlog*, 2019/4/06, <https://verfassungsblog.de/what-does-the-spring-bring-for-the-rule-of-law-in-europe/>

14 La réforme du système électoral en Hongrie est un autre exemple qui montre qu'il est très difficile de reconnaître le caractère illibéral des mesures politiques. Cf. Commission de Venise, Avis conjoint relatif à la loi sur les élections des membres du Parlement de Hongrie, CDL-AD(2012)012-f et G. ILONZKI, R. VÁRNAGY, « Parliamentary elections in Hungary, 2014 », *Electoral Studies*, vol. 43 (2016).

15 Le rapport final est disponible sous le lien : <https://www.osce.org/odihr/elections/hungary/385959?download=true>

16 Cf. le parti Droit et justice en Pologne et la coalition Fidesz-KDNP en Hongrie.



Aujourd'hui, il est incontestable que la Hongrie, autrefois félicitée pour son progrès exemplaire vers le modèle de la démocratie libérale, appartient au groupe des régimes politiques populistes<sup>17</sup>. Cette conclusion est renforcée par le fait que le Parlement européen a déclenché la procédure Article 7 contre la Hongrie en raison de la violation systématique des valeurs démocratiques et constitutionnelles<sup>18</sup>. Le régime hongrois présente toutes les caractéristiques susmentionnées. Il a même été un pionnier, Viktor Orbán étant devenu le premier chef politique populiste au sein de l'Union européenne en 2010 lorsque la coalition politique Fidesz-KDNP a remporté la victoire électorale avec une majorité de deux tiers des mandats parlementaires. Peu après les élections législatives, le nouveau gouvernement, dans un esprit révolutionnaire, s'est mis à changer profondément le système politique<sup>19</sup>. En fait, les élections législatives en 2010 ont été considérées comme une « révolution par les urnes » par le Premier ministre Orbán et l'Assemblée nationale a déclaré peu après l'entrée en fonction du cabinet la création d'un nouveau régime, dénommé « Système de la Coopération Nationale »<sup>20</sup>. L'une des premières cibles des réformes a été la Cour constitutionnelle en tant que défenseur principal de la Constitution et acteur du contrôle des pouvoirs politiques.

La première partie de cet article analyse l'impact des attaques politiques sur le fonctionnement d'une juridiction constitutionnelle en général et, plus spécifiquement, dans les systèmes populistes (I). La seconde partie traite la marge de manœuvre des cours constitutionnelles opérant sous pression politique forte et constante et interroge en particulier l'existence d'une stratégie spécifique à laquelle les juges pourraient avoir recours dans une telle situation.

## I.- LES COURS CONSTITUTIONNELLES SOUS PRESSION POLITIQUE

Dans les années 1990, après la chute des régimes communistes en Europe centrale et orientale, le contrôle juridictionnel d'actes législatifs est devenu un élément standard des constitutions des nouvelles démocraties<sup>21</sup>. L'établissement d'une cour constitutionnelle a été considéré comme indispensable pour garantir le succès de la transition et assurer le maintien de l'ordre démocratique<sup>22</sup>. La Hongrie

17 A. ÁGH, « The Decline of Democracy in East-Central Europe », *Problems of Post-Communism*, vol. 63, n° 5-6, 2016 ; A. BATORY, « Populists in government? Hungary's "system of national cooperation" », *Democratization*, vol. 23, n° 2, 2016 ; B. BUGARIC, A. KUHELJ, « Varieties of Populism in Europe: Is the Rule of Law in Danger? », *Hague J Rule Law*, 2018 ; G. HALMAI, « Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism'? The Case of Hungary », *Fudan J. Hum. Soc. Sci.*, vol. 11, 2018.

18 Rapport relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, (2017/2131(INL)), disponible sous le lien suivant : [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250\\_FR.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250_FR.html)

19 K. KOVÁCS, G. A. TÓTH, « Hungary's Constitutional Transformation », *European Constitutional Law Review*, Vol. 7, 2011 ; P. SONNEVEND, A. JAKAB, L. CSINK, « The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics. The Basic Law of Hungary », in A. von BOGDANDY, P. SONNEVEND (dir.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2015.

20 Résolution n° H/47 de l'Assemblée nationale sur le Programme du Système de la Coopération Nationale, disponible en anglais sous le lien suivant : [https://www.parlament.hu/irom39/00047/00047\\_e.pdf](https://www.parlament.hu/irom39/00047/00047_e.pdf)

21 A. S. SWEET, « Constitutional Courts », in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, p. 816.

22 L. SÓLYOM, « The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy with Special reference to Hungary », *International Sociology*, vol. 18, Issue 1, 2003 ; K. LACH, W. SADURSKI,

était un élève exemplaire avançant rapidement sur le chemin d'une véritable démocratie bien établie, et les juges constitutionnels ont contribué à ce progrès dans une large mesure par l'annulation des lois adoptées sous le régime socialiste non conformes à la nouvelle Constitution et par l'établissement d'une jurisprudence fondée sur les principes du constitutionnalisme libéral<sup>23</sup>. C'est pourquoi toute la communauté juridique s'est trouvée en état de choc lorsqu'ont eu lieu les premières attaques politiques menées contre la Cour après les élections en 2010<sup>24</sup>. L'histoire de la conquête de la Cour constitutionnelle hongroise n'est pas simplement un compte rendu de l'affaiblissement progressif d'une institution, autrefois prestigieuse et puissante, mais ouvre une réflexion plus générale sur la fragilité des cours constitutionnelles.

#### A.- La fragilité des cours constitutionnelles : confrontation avec les pouvoirs politiques

Les cours constitutionnelles<sup>25</sup> sont des éléments très fragiles du système de freins et contrepoids, parce qu'elles sont assujetties au pouvoir politique. D'une part, le cadre juridique qui règle le statut, la composition, les compétences, le fonctionnement et le budget de la cour constitutionnelle est déterminé par la législature agissant d'après les ordres de l'exécutif. D'autre part, l'exécution des décisions rendues par les juges constitutionnels dépend de l'acceptation, voire de la coopération des pouvoirs politiques.

Il est nécessaire de garder à l'esprit que les cours constitutionnelles ne sont pas simplement des organes juridiques, mais aussi des acteurs politiques<sup>26</sup>. Comme organes juridiques elles sont tenues de se borner aux questions de droit pour trancher les litiges constitutionnels. Mais en tant qu'acteurs politiques elles ont besoin de prendre en considération l'attitude et le comportement des pouvoirs politiques. Les conséquences d'une stratégie mal choisie peuvent être nuisibles à l'autorité, sinon à l'existence de la juridiction constitutionnelle<sup>27</sup>. Savoir comment naviguer dans la sphère politique est une compétence hautement utile pour les juges, en témoigne l'expérience de plusieurs juridictions constitutionnelles autour du monde<sup>28</sup>.

---

« Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity », *Journal of Comparative Law*, vol. 3, 2008.

- 23 K. L. SCHEPPELE, « Guardians of the Constitution. Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, Issue 6, 2006.
- 24 O. W. LEMBCKE, Ch. BOULANGER, « Between Revolution and Constitution: The Roles of the Hungarian Constitutional Court », in G. A. TÓTH (dir.), *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Budapest, Central European University Press, 2012 ; K. L. SCHEPPELE, « Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary) », *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 23, Issue 1, 2014.
- 25 Dans le cadre de cet article le terme « cour constitutionnelle » couvre toutes les instances juridiques qui exercent une fonction du contrôle constitutionnel, y compris les cours suprêmes.
- 26 L'article suivant de Robert Dahl est souvent cité comme la source de ce point de vue. R. DAHL, « Decision-making in a Democracy. The Supreme Court as a National Policy-maker », *Journal of Public Law*, vol. 6, Issue 2, 1957.
- 27 D. KAPISZEWSKI, G. SILVERSTEIN, R. A. KAGAN, *Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective*, Cambridge University Press, 2013, p. 36.
- 28 L. EPSTEIN, J. KNIGHT, O. SHVETSOVA, « The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government », *Law and Society Review*, vol. 35, n° 1, 2001 ; T. GINSBURG, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, 2003 ; T. GINSBURG, T. MOUSTAFA (dir.), *Rule by Law. The Politics of*

Les représailles politiques contre les cours sont aussi vieilles que le contrôle constitutionnel. Rappelons que la Cour suprême américaine a tranché l'affaire *Marbury v. Madison*<sup>29</sup> dans un climat politique extrêmement tendu<sup>30</sup>. Les pouvoirs politiques ont menacé la Cour suprême constamment. Il est vrai que la décision rendue est entrée dans l'histoire comme l'acte de naissance du contrôle constitutionnel moderne, mais en réalité les juges ont, en partie, capitulé : Marbury est parti les mains vides et le président Jefferson a finalement réussi à annuler toutes les réformes relatives au système judiciaire mises en place par son prédécesseur. Il convient de garder à l'esprit également que Hans Kelsen, le « père fondateur » du modèle européen du contrôle constitutionnel a été limogé de son poste à sa « propre » cour constitutionnelle après une confrontation sérieuse avec le parti social-chrétien en pouvoir<sup>31</sup>. Évidemment, ces exemples ne sont pas exceptionnels. Les représailles politiques sont présentes dans tous les régimes juridiques contemporains, même dans les démocraties prétendues bien établies<sup>32</sup>. Par conséquent, la perception des Cours constitutionnelles doit être plus nuancée pour être capable de mesurer plus précisément leurs champs de manœuvre et analyser d'une manière plus réaliste leurs rapports avec les organes politiques.

### B.- La suppression du contrôle constitutionnel effectif

Si les attaques politiques contre les juridictions constitutionnelles n'ont rien d'extraordinaire, pourquoi les mesures adoptées dans les systèmes populistes, comme la Hongrie, suscitent-elles une inquiétude croissante ? La réponse à cette question semble assez simple. Ce qui distingue les représailles déployées par un système populiste des imperfections d'une démocratie constitutionnelle n'est pas nécessairement le choix des moyens, mais l'intention qui anime les mesures adoptées. Il arrive que les gouvernements dans les démocraties bien établies fassent la leçon aux cours si elles se permettent de critiquer, voire annuler leurs projets favoris. Néanmoins, les leaders populistes n'ont pas seulement pour but d'affaiblir temporairement, mais de supprimer complètement le contrôle constitutionnel effectif<sup>33</sup>.

Les populistes n'acceptent pas la primauté de la constitution et ne considèrent les dispositions constitutionnelles ni comme obligatoires ni servant à limiter la législature et le cabinet. Cet antagonisme aboutit nécessairement à un conflit tendu entre les juges constitutionnels et les pouvoirs politiques populistes. L'exécutif, grâce à l'assistance de l'assemblée parlementaire, a plusieurs moyens à sa

---

*Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, 2008 ; D. KAPISZEWSKI, G. SILVERSTEIN, R. A. KAGAN, « Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective », *op. cit.* ; S. ISSACHAROFF, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge University Press, 2015.

29 *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

30 A. SAJÓ, R. URTZ, *Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford University Press, 2017, p. 329-331.

31 S. LAGI, « Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929) », *Revista Co-herencia* vol. 9, n° 16, 2012, p. 289.

32 T. S. CLARK, « The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy », *American Journal of Political Science*, vol. 53, n° 4, 2009 ; M. de VISSER, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford and Poland Hart Publishing, 2015, p. 356 sq ; D. KAPISZEWSKI, G. SILVERSTEIN, R. A. KAGAN, « Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective », *op. cit.*

33 P. CASTILLO-ORTIZ, « The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe », *European Constitutional Law Review*, Volume 15, Issue 1, March 2019, p. 48-72.

disposition pour lancer une attaque systématique contre la cour constitutionnelle<sup>34</sup>. Le gouvernement hongrois s'est avéré particulièrement créatif dans ce domaine. L'histoire de la conquête de la Cour constitutionnelle hongroise ayant déjà été étudiée<sup>35</sup>, il s'agit ici non pas d'établir un compte rendu chronologique des événements, mais de clarifier les différentes repréailles à un niveau plus abstrait.

En premier lieu, peu après les élections en 2010, la majorité parlementaire a pris pour habitude d'amender la Constitution régulièrement pour valider préalablement ou ultérieurement ses mesures politiques anticonstitutionnelles. Entre 2010 et 2012, l'ancienne constitution (Loi n° XX de 1949) a été modifiée douze fois par la majorité gouvernante et la nouvelle constitution, la Loi fondamentale a été révisée déjà sept fois depuis son entrée en vigueur en 2012. À quelques reprises la Cour a été saisie pour se prononcer sur la constitutionnalité des amendements. Même si la Cour constitutionnelle n'a jamais invalidé les amendements attaqués, plusieurs indications cachées dans certaines décisions laissaient penser que les juges seraient prêts à effectuer un contrôle substantiel malgré l'absence de fondement juridique explicite. La majorité gouvernante a rapidement inséré une disposition dans la Constitution afin de « clarifier » que les juges constitutionnels disposent de la compétence pour vérifier la régularité du processus de l'adoption, mais non la substance de l'amendement, anticipant ainsi toute velléité de la Cour.

En deuxième lieu, la composition de la Cour a été manipulée étape par étape depuis 2010. Tout d'abord, les règles relatives à la sélection des juges, garantissant la représentation paritaire des partis politiques dans la commission de nomination, ont été modifiées afin d'assurer la domination de la majorité gouvernementale. Ensuite, le nombre de juges a été augmenté de 11 à 15. Par conséquent, donner la majorité des postes aux candidats ayant une attitude suffisamment déférente, voire loyale, à l'égard des pouvoirs politiques, n'était qu'une question de temps. À cela s'ajoute que le président de la Cour constitutionnelle n'est plus élu par ses pairs, mais par l'Assemblée nationale dominée par le gouvernement avec une majorité de deux tiers.

En troisième lieu, après un affrontement agressif entre le cabinet et les juges en 2010, les lois fiscales sont devenues exemptées de contrôle constitutionnel c'est-à-dire la Cour a été privée de la compétence d'examiner la conformité des lois fiscales à la constitution<sup>36</sup>. Ensuite, l'« *actio popularis* », c'est-à-dire la voie de recours constitutionnelle contre les actes législatifs sans aucun intérêt personnel, a été tout simplement effacée. Cet élément particulier du système hongrois était la contrainte juridique la plus efficace sur les pouvoirs politiques depuis le changement de régime en 1989-1990. L'introduction du recours constitutionnel « allemand » contre les

34 P. H. SOLOMON, « Courts and Judges in Authoritarian Regimes », *World Politics*, vol. 60, n° 1, 2007 ; A. SAJÓ, R. ÚITZ, « Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism », *op. cit.*, p. 347-366 ; B. BUGARIC, T. GINSBURG, « The Assault on Postcommunist Courts », *Journal of Democracy*, vol. 27, n° 3, 2016 ; W. SADURSKI, « How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding », *op. cit.*

35 O. W. LEMBCKE, Ch. BOULANGER, « Between Revolution and Constitution: The Roles of the Hungarian Constitutional Court », *op. cit.* ; K. L. SCHEPPELE, « Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary) », *op. cit.*

36 Il y a quelques petites exceptions : les lois fiscales peuvent faire l'objet d'un contrôle constitutionnel si elles sont attaquées devant la Cour par une requête fondée sur l'allégation d'une violation du droit à la vie et à la dignité humaine, droit à la protection des données privées, droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion et droits attachés à la nationalité. Voir Article 37, paragraphe 4 de la Loi fondamentale.

décisions judiciaires n'était pas susceptible de compenser cette perte, parce qu'il a détourné l'attention de la Cour constitutionnelle des activités législatives vers la jurisprudence des cours ordinaires<sup>37</sup>.

En quatrième lieu, avec l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, toutes les affaires pendantes devant la Cour initiées dans le cadre d'une procédure « *actio popularis* » ont été automatiquement terminées. Par conséquent, la Cour avait seulement quelques mois après l'adoption de la Loi fondamentale pour décider des milliers de requêtes non transformables, c'est-à-dire des requêtes qui n'ont pas été susceptibles d'être reformulées afin de remplir les conditions fixées par la nouvelle réglementation. Parmi les affaires éventuellement clôturées se trouvaient beaucoup de demandes introduites contre les projets favoris et hautement controversés du gouvernement.

En cinquième lieu, de nombreuses mesures ont visé à réduire l'autonomie des juges dans l'interprétation et l'application du texte constitutionnel. Plusieurs dispositions ont été insérées dans la nouvelle Constitution dans le but d'orienter l'interprétation du texte à l'avance. La Loi fondamentale, entrée en vigueur en 2012, consacre que toutes les dispositions doivent être interprétées conformément à leurs fins, au préambule et aux acquis de la constitution historique<sup>38</sup>. La Cour constitutionnelle, comme tous les autres organes d'État, est chargée de protéger l'identité constitutionnelle et la culture chrétienne<sup>39</sup>. Les juges constitutionnels sont aussi tenus de respecter le principe d'une gestion budgétaire équilibrée, transparente et durable<sup>40</sup>. De plus, l'interprétation des dispositions de la Loi fondamentale doit être fondée sur l'hypothèse qu'elles servent un but moral et économique correspondant au sens commun et à l'intérêt général<sup>41</sup>. Le quatrième amendement constitutionnel a rendu toutes les décisions prononcées antérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale « caduques » pour « libérer » les juges des restrictions de sa jurisprudence précédente<sup>42</sup>. En outre, afin d'assurer à l'avance la constitutionnalité de certaines mesures politiques fermement critiquées, plusieurs « amendements préventifs » ont été insérés dans l'ancienne Constitution et la Loi fondamentale. Cette stratégie a été déployée par le gouvernement pour la toute première fois peu après son entrée en fonction en 2010. La majorité gouvernante a introduit un impôt rétroactif sur les revenus des fonctionnaires d'État (employés par l'ancien gouvernement). La Constitution a été modifiée dans le but de créer un fondement juridique pour cet impôt punitif, mais la Cour constitutionnelle l'a annulé<sup>43</sup>. La réaction du cabinet était la limitation de la compétence de la Cour qui n'a plus le droit d'examiner la conformité des lois fiscales à la Constitution.

Enfin, la majorité gouvernante n'a fait preuve d'aucun respect à l'égard des décisions de la Cour constitutionnelle annulant ses projets favoris. En agissant avec une force irrésistible, la coalition au pouvoir a souvent utilisé la procédure de l'amendement constitutionnel dans le but de valider ultérieurement ses mesures déclarées non conformes à la Constitution. Cette pratique continue de nos jours, bien

37 F. GÁRDOS-OROSZ, « The Hungarian Constitutional Court in Transition – from Actio Popularis to Constitutional Complaint », *Acta Juridica Hungarica*, vol. 53, n° 4, 2012.

38 Article R) (3).

39 Article R) (4).

40 Article N) (3).

41 Article 28.

42 Malgré cette disposition, la Cour constitutionnelle utilise son ancienne jurisprudence selon le test établi dans Décision 22/2012. (V. 11.) et Décision 13/2013. (VI. 17.).

43 Décision 184/2010. (X. 28.).

que la majorité de la Cour se compose désormais des juges nommés et élus uniquement par les partis gouvernants. L'exemple le plus spectaculaire était l'adoption du quatrième amendement de la Loi fondamentale en 2013. Par cet amendement la majorité gouvernante a pratiquement renversé les décisions de la Cour constitutionnelle qui avaient annulé certains projets favorisés du cabinet. Cet amendement a introduit une définition traditionnelle de la famille, a habilité l'Assemblée nationale à reconnaître une association religieuse en tant qu'église, a validé les restrictions sur les publicités politiques, etc.

Le résultat de cette guerre politique menée contre la Cour constitutionnelle est bien visible. De nombreuses études analysant la jurisprudence constitutionnelle ont souligné que la Cour est devenue bien plus déférente, sinon loyale, envers les partis gouvernants<sup>44</sup>. Dans les affaires politiquement délicates, les juges n'osent pas aller à l'encontre de la volonté de la majorité parlementaire. La Cour constitutionnelle a donc cessé d'exercer un contrôle effectif sur les pouvoirs politiques.

## II.- ENTRE CONFRONTATION DIRECTE ET PASSIVITÉ ABSOLUE : UNE STRATÉGIE PROPOSÉE

Comment agir en tant que cour constitutionnelle dans un climat caractérisé par une hostilité politique constante ? Bien sûr, il n'est pas possible de trouver une seule règle d'or. Néanmoins, si l'on peut tirer des enseignements de l'histoire des cours constitutionnelles opérant ou ayant opéré sous pression politique forte et persistante, on peut conclure que les juges constitutionnels ont besoin de trouver une stratégie qui peut garantir la survie de la cour. La survie de la cour constitutionnelle dans un régime populiste est un but très important, parce que son existence continue – même si sa marge de manœuvre est très limitée – rend le fonctionnement de l'État plus complexe. La complexité de la structure institutionnelle de l'État peut empêcher ou ralentir dans une certaine mesure les tendances de centralisation du pouvoir politique et juridique dans les mains des leaders populistes. La continuité de son fonctionnement peut être assurée si les juges essaient d'éviter la confrontation directe avec le parti au pouvoir dans les cas politiquement délicats. En effet, une attitude belliqueuse pousserait les forces politiques à l'adoption de mesures fatales pour la cour.

Pour autant, cette précaution ne doit pas entraîner une passivité absolue. Il est primordial de souligner que la simple survie d'une cour constitutionnelle ne garantit pas la conformité d'un système politique au principe de constitutionnalité. Le contrôle de constitutionnalité exercé par un organe judiciaire est omniprésent autour du monde : il existe dans 87 % des pays<sup>45</sup>. Ce chiffre démontre que même les systèmes politiques manifestement autoritaires peuvent disposer de cours constitutionnelles<sup>46</sup>. Par conséquent, il ne faut pas oublier que la responsabilité principale des juges constitutionnels dans une démocratie libérale est l'exercice d'un contrôle effectif sur les pouvoirs politiques. Quand un système populiste s'éloigne des standards démocratiques acceptés dans les régimes constitutionnels bien établis,

44 Voir en anglais Z. SZENTE, « The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014 », *Constitutional Studies*, Issue 1, 2016, p. 123-149.

45 D. S. LAW, M. VERSTEEG, « The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism », *California Law Review*, vol. 99, n° 5, 2011, p. 1199.

46 P. H. SOLOMON, « Courts and Judges in Authoritarian Regimes », *op. cit.* ; T. GINSBURG, T. MOUSTAFA (dir.) *Rule by Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, *op. cit.*

c'est à la Cour constitutionnelle que revient la tâche d'empêcher le déclin démocratique du pays.

### A.- Les outils de la Cour constitutionnelle

Sans doute, trouver le juste milieu entre confrontation directe et passivité absolue est très compliqué. Néanmoins, même dans un environnement politiquement hostile, la cour n'est pas totalement dépourvue de moyens pour protéger l'intégrité de la Constitution. La marge de manœuvre des juges dans un système populiste est certes très étroite, mais c'est exactement la raison pour laquelle ils doivent naviguer dans l'espace politique d'une manière sage et créative. Plusieurs études analysant le comportement des juridictions constitutionnelles opérant ou ayant opéré sous la pression forte d'une majorité gouvernementale remarquent que le destin de la cour dépend dans une large mesure de la stratégie choisie par les juges<sup>47</sup>.

De nombreux facteurs peuvent avoir une influence significative sur le fonctionnement de la juridiction constitutionnelle. On peut les regrouper en trois grandes catégories. Premièrement, on peut mentionner le « type de contrôle » exercé par la Cour. Cette grande catégorie peut être subdivisée en trois parties : (i) Il est nécessaire de prendre en considération les sujets qui sont le plus politiquement délicats dans tel ou tel régime juridique : les questions relatives aux droits fondamentaux ou celles relatives au fonctionnement de l'État<sup>48</sup>. (ii) De la même façon, la cour peut choisir entre, d'une part, la protection des droits des particuliers (protection subjective) et, d'autre part, l'assurance du respect de la Constitution à un niveau plus abstrait (protection objective). (iii) Enfin, on peut ajouter que les différences entre contrôle de fond (ou contrôle intrinsèque) et contrôle de forme (ou contrôle extrinsèque, y compris le contrôle procédural) peuvent être particulièrement pertinentes lorsque les juges se trouvent face à une affaire susceptible de susciter de vives réactions de la part des partis en pouvoir.

Deuxièmement, une stratégie judiciaire bien choisie ne peut pas négliger les conséquences des décisions. Dans un système populiste, la dichotomie « annulation contre approbation de la loi attaquée » ne s'applique pas<sup>49</sup>. Quand l'annulation s'avère trop risquée, les juges ont besoin d'avoir recours à des mesures plus nuancées, comme par exemple déclarer une omission législative contraire à la Constitution et appeler la législature à remédier à la situation<sup>50</sup>, donner une interprétation de la loi

47 Voir la note de bas de page 20.

48 L. EPSTEIN, J. KNIGHT, O. SHVETSOVA, « The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government », *op. cit.*, p. 149.

49 Pour une analyse plus générale des limites de l'appréciation de la jurisprudence des cours constitutionnelles, voir K. PÓCZA, G. DOBOS, A. GYULAI, « How to Measure the Strength of Judicial Decisions: A Methodological Framework », *German Law Journal*, vol. 18, Issue 6, 2017 ; S. GARDBAUM, « What Makes for More or Less Powerful Constitutional Courts? », *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper n° 17-37, 2018, UCLA School of Law.

50 En fait, il arrive de plus en plus souvent en Hongrie que dans les cas politiquement délicats la Cour constitutionnelle, au lieu d'annuler la loi attaquée, tout simplement constate une lacune dans la réglementation constituant une omission législative non conforme à la Constitution et appelle la législature à mettre en place les mesures législatives nécessaires. Cependant, en pratique le législateur ne peut pas être forcé à exécuter cette décision de la Cour. Les statistiques de la jurisprudence sont disponibles sous le lien suivant : <https://alkotmanybirosag.hu/ugyforgalmi-es-statisztikai-adatok?ev=2017>

attaquée conforme à la Constitution<sup>51</sup>, constater la non-conformité de la loi à la Constitution sans l'annuler<sup>52</sup>, etc.<sup>53</sup>. Prêter attention à l'aspect temporel de l'affaire peut être également important. Trancher le litige dans un climat politiquement moins tendu, plus calme, peut augmenter les chances du respect du jugement de la part des pouvoirs politiques, particulièrement si les partis gouvernants se trouvent affaiblis en raison de pressions politiques internationales ou internes.

Troisièmement, si les ailes de la cour constitutionnelle sont coupées, elle peut tenter de se renforcer avec la coopération des autres mécanismes de contrôle. D'une part, il est possible, dans une certaine mesure, de partager la responsabilité de la garantie de la Constitution en ayant recours à l'autorité des autres mécanismes de protection des droits de l'homme (nationaux ou internationaux), à leurs jurisprudences, standards établis, instruments adoptés, etc. D'autre part, dans un sens plus spécifique, la cour constitutionnelle a le choix de « déléguer » partiellement sa responsabilité et saisir directement les instances internationales, notamment la Cour européenne des droits de l'homme (*i.e.* la nouvelle demande d'avis constitutif introduite par le Protocole n° 16) et la Cour de justice de l'Union européenne (*i.e.* le renvoi préjudiciel), afin d'obtenir du soutien pour trancher une affaire politiquement délicate.

La division entre ces catégories susmentionnées n'est pas forcément très claire en pratique. Néanmoins, elles constituent dans les grandes lignes le domaine dans lequel la Cour constitutionnelle peut naviguer<sup>54</sup>. Avant d'aller plus loin, il faut formuler deux remarques importantes concernant les outils de la Cour constitutionnelle. La première précision est qu'il est hautement probable qu'une cour constitutionnelle opérant dans un système populiste n'est pas en mesure de maintenir le niveau de protection de la constitution déjà atteint avant l'entrée en fonction des partis populistes à cause de sa fragilité dans le système politique. Il est logique que sous pression politique persistante les juges deviennent plus restreints dans leur interprétation et exercent un contrôle plus modéré. C'est la raison pour laquelle même « une stratégie bien choisie » n'implique pas nécessairement que les juges soient capables de contrer toutes les mesures politiques populistes avec succès. Cependant, la Cour est absolument obligée de faire de son mieux pour trouver les solutions adéquates afin de protéger l'intégrité de la Constitution. Les « vertus passives » (*passif virtues*) ne sont acceptables qu'aussi longtemps que la modération de la Cour sert un but légitime. Le soutien des partis populistes au pouvoir ne peut pas être considéré comme un but légitime.

51 C'est une autre stratégie de plus en plus souvent utilisée par la Cour constitutionnelle hongroise si la loi attaquée constitue un élément important du programme politique du gouvernement. Voir aussi la note de bas de page 62.

52 Ce dernier type de manœuvre n'existe pas en Hongrie, mais il est exercé dans quelques systèmes du Commonwealth. Par exemple au Royaume-Uni les juridictions sont autorisées à constater la conformité des lois à la Constitution, mais cette décision n'affecte pas la validité de la loi. A. KAVANAGH, « What's so weak about "weak-form review"? The case of the UK Human Rights Act 1998 », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, Issue 4, 2015.

53 S. GARDBAUM, « Are Strong Courts Always a Good Thing for New Democracies? », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, Issue 2, 2015, p. 313 ; cf. A. TROCHEV, P. H. SOLOMON JR., « Authoritarian constitutionalism in Putin's Russia. A pragmatic constitutional court in a dual state », *Communist and Post-Communist Studies*, vol. 51, 2018.

54 Pour une vue d'ensemble brève de ces outils dans la jurisprudence la Cour constitutionnelle hongroise, voir E. BODNÁR, F. GÁRDOS-OROSZ, Z. POZSÁR-SZENTMIKLÓSY, « Hungary. The State of Liberal Democracy », in R. ALBERT, D. LANDAU, P. FARAGUNA, S. DRUGDA (dir.), *2017 Global Review of Constitutional Law*, ICON et Cough Center, 2018, p. 131 sq.



La seconde remarque est qu'en réfléchissant aux outils à choisir par la cour constitutionnelle afin d'éviter la confrontation directe avec les partis au pouvoir, il faut garder à l'esprit que les systèmes populistes ne peuvent pas être considérés comme un nouveau modèle du constitutionnalisme politique (*political constitutionalism*)<sup>55</sup>. Cette observation implique que les solutions offertes par les partisans de *Weak-Form of Judicial Review* doivent être examinées avec précaution. Les outils susmentionnés peuvent devenir extrêmement dangereux : s'ils ne sont pas utilisés par les juges constitutionnels d'une manière systématique et cohérente, ils sont susceptibles de contribuer à la solidification d'un système populiste. Les prochaines pages traiteront une proposition spécifique, à savoir l'exercice d'un contrôle plus fort sur la constitutionnalité de la procédure législative.

### B.- Le contrôle de la constitutionnalité de la procédure législative

De nos jours, la protection des droits fondamentaux est considérée comme la responsabilité principale des juridictions constitutionnelles<sup>56</sup>. Pour la majorité de la doctrine, le contrôle exercé sur le fonctionnement des organes de l'État, y compris la procédure législative parlementaire est regardé comme ayant une importance secondaire<sup>57</sup>. Cette vue est un peu paradoxale dès lors qu'à l'origine, le bon fonctionnement de l'État était au cœur du modèle « européen » de justice constitutionnelle élaboré par Kelsen<sup>58</sup>. Néanmoins le contrôle de la procédure législative parlementaire présente beaucoup d'avantages, particulièrement dans un système populiste, dont trois au moins peuvent être mentionnés. Premièrement, une attention qui porte sur les questions procédurales, au détriment, dans une certaine mesure, des questions substantielles, peut conduire à un rapport moins conflictuel avec les pouvoirs politiques. L'appréciation critique de la substance des projets favoris du cabinet provoquerait potentiellement de vives réactions de la part des partis au pouvoir. L'annulation des lois qui constituent l'essentiel du programme du gouvernement en raison de la non-conformité de leur substance à la Constitution probablement entraînerait une guerre ouverte. En revanche, les questions relatives à la procédure législative peuvent être formulées comme des simples détails techniques n'ayant rien à voir avec la décision politique de la majorité gouvernante. Bien sûr, même dans ce domaine, il est impossible pour les juges d'éviter de se prononcer parfois sur certains problèmes politiquement délicats. Néanmoins, on peut dire qu'en général une approche procédurale peut donner un caractère plus neutre aux décisions rendues par la cour constitutionnelle. En examinant la régularité du processus parlementaire, les juges réussiraient à bloquer, ou au moins retarder, les mesures politiques controversées sans avoir à apprécier leur constitutionnalité substantielle. Force est de souligner que le renforcement du contrôle de la procédure

55 G. HALMAI, « Populism, authoritarianism and constitutionalism », *German Law Journal*, vol. 20 ; cf. S. GARDBAUM, « Are Strong Courts Always a Good Thing for New Democracies? », *op. cit.*

56 A. S. STONE, « Constitutional Courts », *op. cit.*, p. 823.

57 C'est toujours la protection des droits fondamentaux qui est soulignée dans les études compréhensive. Voir M. SHAPIRO, A. STONE, « The New Constitutional Politics of Europe », *Comparative Political Studies*, vol. 26, n° 4, 1994, p. 409-410 ; T. GINSBURG, « The Global Spread of Constitutional Review », in G. A. CALDEIRA, R. D. KELEMEN, K. WHITTINGTON (dir.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2008, p. 87-8 ; D. S. LAW, M. VERSTEEG, « The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism », *California Law Review*, vol. 99, n° 5, 2011, p. 1194-1199 ; A. S. SWEET, « Constitutional Courts », *op. cit.*, p. 823.

58 H. KELSEN, « La Garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928.

législative n'implique pas nécessairement l'abandon du contrôle substantiel et cet article ne vise pas à suggérer la simplification du système de contrôle constitutionnel.

Deuxièmement, en se concentrant sur la procédure législative, la cour peut renforcer les droits et la position des organisations civiles et professionnelles et de la minorité politique afin d'augmenter le contrôle démocratique sur la majorité populiste. D'une part, de nombreux acteurs sociaux, à savoir groupes d'intérêt, organisations non gouvernementales, institutions d'État, etc., doivent être obligatoirement consultés pendant la phase préparatoire de la procédure législative qui leur donne l'opportunité de faire valoir des considérations professionnelles et constitutionnelles au cours des négociations. D'autre part, les députés parlementaires sont autorisés à exercer non seulement un contrôle politique, mais aussi un contrôle constitutionnel sur les projets de loi. Ce sont évidemment les députés de l'opposition parlementaire qui sont beaucoup plus motivés à exercer un contrôle puissant sur les projets de loi introduits par les partis au pouvoir. L'exercice effectif de ces droits constitue une sorte de contrôle politique et constitutionnel sur le fonctionnement de la majorité gouvernante. Certes, le contrôle exercé par les acteurs sociaux et politiques ne peut pas se substituer au contrôle juridique exercé par les juges. Néanmoins, quand la marge de manœuvre de la cour constitutionnelle est réduite, les acteurs sociaux et politiques peuvent compenser dans une certaine mesure l'affaiblissement du contrôle juridique<sup>59</sup>.

Dans tous les systèmes juridiques il y a une interdépendance nécessaire entre les deux types de contrôle. Évidemment, chaque cour constitutionnelle fait partie d'un régime politique, qui implique que son fonctionnement, sa légitimité, sa marge de manœuvre, voire sa survie sont fortement influencés par tous les acteurs du système politique, pas seulement par les partis en pouvoir. Une juridiction constitutionnelle opérant sous pression politique forte a absolument besoin de tout le soutien possible de la part des acteurs sociaux et politiques qui s'opposent aux partis au pouvoir. C'est la raison pour laquelle, dans un système populiste, les juges constitutionnels doivent mettre un accent particulier sur leur rapport avec les organisations civiles et professionnelles et la minorité politique. Il va de soi que ce rapport ne peut se manifester dans aucune collaboration officielle. Plutôt, cette coopération peut se traduire par la volonté de la juridiction constitutionnelle de prendre en considération les intérêts des acteurs sociaux et politiques en minorité dans l'exercice de ses propres compétences.

Troisièmement, cibler la procédure législative peut potentiellement contribuer à l'amélioration de la qualité du processus de prise de décision parlementaire. Des irrégularités procédurales se produisent souvent même dans les démocraties bien établies, mais l'abus des droits parlementaires et le détournement de la procédure législative systématique sont des caractéristiques d'un système populiste et résultent intrinsèquement de sa logique. Les partis populistes se

59 Pour illustration, voir par exemple les affrontements politiques et juridiques concernant la réforme du commerce du tabac. Les groupes d'intérêt ont été complètement ignorés par le cabinet avant l'adoption de la réforme, mais la CEDH a constaté une violation du droit de propriété (*Vékony c. Hongrie*, Requête n° 65681/13, 13 janvier 2015). Les partis d'opposition ont essayé d'empêcher l'adoption de la loi, mais la majorité parlementaire a procédé au vote malgré tout et l'assemblée plénière a infligé une amende à quelques députés d'opposition pour leur comportement. Les députés ont saisi la Cour constitutionnelle qui a rejeté leur requête, mais la CEDH a constaté la violation de l'Article 10 de la Convention (*Karácsony et Autres c. Hongrie (GC)*, Requêtes n° 42461/13 and 44357/13, 17 mai 2016).

considèrent comme les seuls représentants véritables du peuple autorisés à mettre en place les mesures politiques nécessaires pour exécuter la « volonté générale ». Personne n'a le droit de mettre en doute les décisions manifestant la souveraineté populaire. Par conséquent, les droits participatifs de l'opposition parlementaire et les acteurs sociaux sont régulièrement limités, sinon complètement vidés de leur substance afin de garantir la mise en place des projets favoris du gouvernement sans délai et sans compromis.

Les avantages d'une approche procédurale étant exposés, reste à illustrer comment une Cour constitutionnelle peut intervenir en pratique pour exercer un contrôle sur la procédure législative. L'analyse brève des pratiques abusives relatives à la législation parlementaire par l'Assemblée nationale hongroise après l'entrée en fonction des partis gouvernants Fidesz-KDNP en 2010<sup>60</sup> et les réponses de la Cour constitutionnelle à ces violations peut nous aider à mieux comprendre les possibilités et les limites de cette stratégie proposée. Les pratiques parlementaires abusives peuvent être regroupées en trois grandes catégories : (i) la préparation inadéquate des projets de loi, (ii) le détournement de la procédure parlementaire et (iii) la violation des règles du vote.

Premièrement, peu après les élections en 2010, il est devenu pratique courante d'introduire des réformes législatives significatives et hautement controversées sous la forme d'initiative parlementaire individuelle (dans la terminologie française : proposition de loi)<sup>61</sup>. Il a été remarqué dans la doctrine que, au regard de leur complexité, ces propositions de loi ont été préparées par le gouvernement ou l'administration publique, d'autant qu'elles semblent complètement conformes au programme politique du cabinet<sup>62</sup>. La raison de cette tactique choisie est claire. Le gouvernement est, en effet, tenu par la loi de garantir la préparation adéquate des projets de loi. Cette obligation s'étend à la conduite des consultations préliminaires avec plusieurs acteurs sociaux et juridiques, à savoir les groupes d'intérêts, les groupes professionnels, les organisations non gouvernementales et les institutions d'État concernés. Afin d'éviter les consultations longues, les scrutins, les critiques ou, encore pire, les compromis, le cabinet a décidé de s'exempter de cette responsabilité en privilégiant les initiatives introduites par les députés de la majorité<sup>63</sup>.

Sans surprise, de nombreuses réformes législatives ont été attaquées devant la Cour constitutionnelle au motif que le cabinet avait manqué à son obligation de conduire une consultation préliminaire avec des groupes sociaux ayant le droit de participer à la procédure législative. Malheureusement, la Cour constitutionnelle a rejeté tous les arguments avancés à cette fin<sup>64</sup>. S'appuyant sur sa jurisprudence bien établie, elle a conclu que les consultations préliminaires ne font pas partie de la procédure législative qui commence officiellement au moment de l'introduction du projet ou de la proposition de loi à l'Assemblée nationale. La Cour a réaffirmé qu'elle n'avait pas la compétence pour examiner la régularité de la phase préparatoire de la

60 V. Z. KAZAI, « The Instrumentalization of Parliamentary Legislation and its Possible Remedies. Lessons from Hungary », *Jus Politicum*, à paraître.

61 Gy. MÜLLER, « A második és a harmadik Orbán-kormány döntési rendjének sajátosságairól », *MTA Law Working Papers* 62, 2014, p. 2-3.

62 Gy. MÜLLER, « A második és a harmadik Orbán-kormány döntési rendjének sajátosságairól », *op. cit.*, p. 4.

63 A. GYULAI, « Az Országgyűlés », in A. KÖRÖSÉNYI (dir.) *A magyar politikai rendszer – negyedszázad után*, Budapest, Osiris, 2015, p. 145.

64 Voir notamment Décision n° 8/2011. (II. 18.) et Décision n° 165/2011. (XII. 20.).

procédure législative. Par conséquent, les allégations de violations relatives au droit d'être consulté ne sont pas susceptibles de faire l'objet du contrôle constitutionnel.

Deuxièmement, la majorité gouvernante hongroise a également eu recours au détournement de la procédure parlementaire. En particulier, elle a développé l'habitude de déposer des amendements au dernier moment, juste avant le vote final<sup>65</sup>. Le règlement de l'Assemblée nationale prévoit la possibilité d'introduire des amendements de dernière minute mais seulement pour éviter une incompatibilité potentielle de la loi avec la Constitution ou pour remédier à une incohérence dans le texte. Mais la pratique adoptée par la majorité gouvernante est allée à l'encontre de la lettre et de l'esprit de cette règle. D'une part, à plusieurs reprises, les projets de loi ont été complètement modifiés juste avant le vote final. La version adoptée par la législature n'avait rien à voir avec le texte faisant l'objet de la délibération parlementaire. D'autre part, de nombreuses dispositions n'ayant aucun rapport avec le projet de loi ont été insérées dans le texte afin de modifier des dizaines de lois à la fois. Le but de cette stratégie était de ne pas dévoiler les intentions véritables du gouvernement derrière le projet de loi jusqu'à la dernière seconde et d'empêcher ainsi l'opposition politique d'exercer un contrôle effectif sur la législation parlementaire<sup>66</sup>.

Il va de soi que beaucoup de requérants ont saisi la Cour constitutionnelle pour contester la constitutionnalité des lois adoptées selon cette pratique abusive. Au début les juges se sont montrés plus courageux dans ce domaine. Dans la première affaire portée devant la Cour, les juges ont déclaré que le droit d'amendement est un élément essentiel de l'exercice des pouvoirs publics, dans la mesure où ce droit sert à garantir la participation active et effective des députés au processus législatif<sup>67</sup>. C'est la raison pour laquelle la violation de la disposition du règlement de l'Assemblée nationale relative à l'amendement de dernière minute peut potentiellement rendre la loi adoptée non conforme à la Constitution. Après avoir détecté un abus de droit d'amendement, la Cour constitutionnelle a déclaré la loi contraire à la Constitution.

Malheureusement, cette attitude progressiste n'a pas duré longtemps. Dans une autre affaire concernant des irrégularités encore plus manifestement incompatibles avec la Constitution, les juges ont décidé de ne pas annuler la loi adoptée malgré le détournement de procédure. Dans ce cas, le projet de la loi a été introduit à l'Assemblée nationale tard dans la nuit, délibéré le jour suivant dans les commissions parlementaires dans un délai extrêmement bref et adopté en première lecture par l'assemblée plénière plus tard dans l'après-midi. Bien que les juges aient constaté que les règles relatives à l'ordre du jour avaient été enfreintes et que les députés n'avaient eu aucune chance d'examiner ou même tout simplement de lire le texte du projet de loi, ils n'ont pas procédé à l'annulation du texte adopté<sup>68</sup>. Les juges ont conclu que la violation des dispositions du règlement de l'Assemblée nationale n'a pas été suffisamment manifeste pour entraîner l'invalidité de la loi adoptée.

Troisièmement, les règles relatives aux majorités requises pour l'adoption des décisions parlementaires ont joué un rôle primordial dans la tactique du gouvernement. En 2010, en 2014, même en 2018, la coalition Fidesz-KDNP a remporté les élections parlementaires avec une majorité de deux tiers des mandats dans le parlement unicaméral. Autrement dit, le gouvernement était soutenu par une

65 Zs. SZABÓ, « A parlamenti jog változásai », *MTA Law Working Papers* 25, 2014, p. 37.

66 Cf. Zs. SZABÓ, « A parlamenti jog változásai », *op. cit.*, p. 30.

67 Décision 164/2011. (XII. 20.).

68 Décision n° 6/2013. (III. 1.).

majorité constitutionnelle lui permettant de mettre en place son programme politique sans aucun besoin de coopérer avec l'opposition parlementaire. Cette légitimité électorale a été utilisée afin de complètement réformer l'ordre juridique, les lois cardinales et la Constitution incluse. Dans le système juridique, la réglementation de certaines matières législatives relatives aux droits fondamentaux et au fonctionnement de l'État par une loi cardinale, c'est-à-dire une loi votée à la majorité de deux-tiers, est une exigence constitutionnelle. Le but constitutionnel de cette exigence, ainsi que l'a exposé la Cour constitutionnelle elle-même, est de garantir une coopération minimale entre la majorité gouvernante et la minorité parlementaire dans certains domaines particulièrement importants d'un point de vue constitutionnel<sup>69</sup>.

Le gouvernement hongrois n'a pas agi dans l'esprit de cette exigence constitutionnelle. D'une part, s'appuyant sur leur majorité qualifiée, les partis gouvernants ont complètement ignoré les partis minoritaires et ont refusé de s'engager activement dans la procédure législative. Certes, les députés minoritaires n'étaient pas privés du droit d'assister au processus parlementaire mais, en pratique, l'opposition s'est rapidement trouvée totalement dépourvue de tous les moyens effectifs de participation<sup>70</sup>. D'autre part, la majorité gouvernante, par la modification du texte de la Constitution, a élargi le domaine des lois cardinales. Par conséquent, beaucoup de mesures politiques n'ayant aucune importance constitutionnelle ont été adoptées sous forme de loi cardinale afin d'ancrer les éléments centraux du programme politique du gouvernement.

En 2015, le cabinet a perdu sa majorité qualifiée dans l'hémicycle grâce aux élections partielles. Il est donc devenu difficile pour la majorité gouvernante d'amender une loi cardinale. Cette dernière a dès lors délibérément choisi de cacher les dispositions modifiant les lois cardinales dans les lois ordinaires adoptées à la majorité simple. Certaines de ces dispositions ont été attaquées devant la Cour constitutionnelle qui, confirmant une jurisprudence bien établie, a déclaré que l'exigence constitutionnelle de la majorité qualifiée était une question de fond, pas de forme. Autrement dit, toutes les dispositions ayant un rapport direct avec le sujet d'une loi cardinale doivent être adoptées à la majorité des deux tiers. Cette exigence constitutionnelle s'étend à tous les aspects principaux de la matière législative concernée. Dans les cas où les juges ont constaté que la majorité gouvernante avait triché, les dispositions attaquées ont été annulées<sup>71</sup>. En revanche, en 2018, quand la coalition Fidesz-KDNP est entrée en fonction de nouveau avec une majorité de deux tiers des mandats parlementaires, l'Assemblée nationale a adopté la réforme des juridictions administratives malgré les manifestations politiques et la résistance des partis d'opposition<sup>72</sup>. Les députés minoritaires ont essayé d'empêcher l'adoption de la loi, mais les partis au pouvoir, s'appuyant sur leur majorité qualifiée, ont finalement voté pour le projet dans une procédure caractérisée par beaucoup d'irrégularités. La

69 Décision 4/1993 (II. 12).

70 Dans ce contexte, plusieurs élus de l'opposition ont décidé de faire usage de moyens symboliques de communication parlementaires afin d'exprimer leur protestation sur des questions d'intérêt général et d'atteindre ainsi un public plus large. V. Z. KAZAI, « La liberté d'expression des députés et l'autonomie parlementaire en Hongrie. Un rapport conflictuel », *JP blog*, March 23, 2018, disponible sur: <http://blog.juspoliticum.com/2018/03/23/la-liberte-d-expression-des-deputes-et-l-autonomie-parlementaire-en-hongrie-un-rapport-conflictuel-par-victor-zoltan-kazai/>

71 Voir notamment Décision n° 16/2015. (VI. 5.) et Décision n° 1/2017. (I. 7.).

72 Commission de Venise, Avis sur la loi relative aux juridictions administratives et la loi relative à l'entrée en vigueur de la loi sur les juridictions administratives et certaines règles transitoires, CDL-AD(2019)004-f

Cour constitutionnelle a adopté une approche très déférente et rejeté la requête introduite par les députés minoritaires<sup>73</sup>.

En dehors de ces exemples, les abus commis en matière de procédure législative par la majorité gouvernante couvrent un domaine beaucoup plus large<sup>74</sup>. De nombreuses irrégularités n'ont jamais été portées devant la Cour constitutionnelle. En outre, seuls les cas les plus pertinents ont été étudiés ici<sup>75</sup>, qui ne représentent pas nécessairement la totalité de la jurisprudence constitutionnelle hongroise. Néanmoins, même cette analyse brève est susceptible de montrer que l'approche procédurale n'était pas une stratégie délibérément choisie par la Cour constitutionnelle hongroise. À l'exception de certaines décisions progressistes, les juges n'ont pas exploité le contrôle de la procédure législative. Beaucoup d'irrégularités manifestement contraires à la Constitution n'ont pas été sanctionnées.

## CONCLUSION

La conclusion est à reprendre entièrement – vous ne pouvez pas reprendre des phrases déjà utilisées pour redire exactement la même chose

Dans les systèmes populistes les cours constitutionnelles fonctionnent sous pression politique forte et constante ce qui rend leur marge de manœuvre très étroite. Les juges se trouvent confrontés à deux difficultés : d'une part, éviter la confrontation directe qui n'est pas absolument nécessaire avec les partis au pouvoir est très importante pour la survie de la Cour mais, d'autre part, même dans une telle situation les juges sont toujours tenus de protéger l'intégrité de la constitution contre les tendances antidémocratiques. Par conséquent, une stratégie bien choisie est essentielle pour pouvoir naviguer dans un climat extrêmement tendu.

Cet article a proposé le renforcement du contrôle de la procédure législative comme l'une des solutions potentielles<sup>76</sup>. Au niveau théorique cette approche offre plusieurs avantages : (i) rapport moins conflictuel avec les partis au pouvoir dans un climat politique extrêmement tendu, (ii) la protection plus puissante des droits et de la position des organisations civiles et professionnelles et de la minorité politique au cours du processus législatif et (iii) contribution à l'amélioration de la qualité du processus de prise de décision parlementaire. Après avoir analysé les pratiques abusives relatives à la législation parlementaire après 2010 et les réponses de la Cour constitutionnelle à ces violations, on peut conclure que le bilan de la jurisprudence pertinente est ambivalent : d'une part, il y avait quelques décisions progressistes, d'autre part, les juges ont refusé d'annuler la loi attaquée même dans les cas où l'irrégularité de la procédure législative était grave et évidente. Il n'est pas possible de discerner de logique derrière la jurisprudence pertinente qui donne l'impression que la Cour constitutionnelle n'a pas agi délibérément dans le but de compenser l'affaiblissement de son pouvoir de contrôle dans d'autres domaines.

73 Décision 15/2019. (IV. 17.). Voir aussi V. Z. KAZAI, *Administrative Judicial Reform in Hungary: Who Gives a Fig about Parliamentary Process?*, *VerfBlog*, 2019/5/01, disponible sous le lien : <https://verfassungsblog.de/administrative-judicial-reform-in-hungary-who-gives-a-fig-about-parliamentary-process/>

74 V. Z. KAZAI, « The Instrumentalization of Parliamentary Legislation and its Possible Remedies. Lessons from Hungary », *Jus Politicum*, à paraître.

75 Pour une analyse plus détaillée des décisions citées, voir V. Z. KAZAI, « The illiberal challenge to the Rule of Law principle: the neglected procedural aspect (with special focus on Hungary) », étude de conférence présentée à 2019 ESIL Research Forum, Göttingen, 4-5 avril 2019.

76 Cf. D. PRENDERGAST, « The judicial role in protecting democracy from populism », *German Law Journal*, vol. 20, Issue 2, 2019.