



**HAL**  
open science

# L'influence du populisme sur les changements constitutionnels

Aurélie Duffy-Meunier, Nicoletta Perlo

► **To cite this version:**

Aurélie Duffy-Meunier, Nicoletta Perlo (Dir.). L'influence du populisme sur les changements constitutionnels. Confluence des droits. DICE Editions, 236 p., 2024, 10.4000/books.dice.15447 . hal-04480171

**HAL Id: hal-04480171**

**<https://amu.hal.science/hal-04480171v1>**

Submitted on 27 Feb 2024

**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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License



# L'influence du populisme sur les changements constitutionnels

## Approche de droit comparé

---

sous la direction de  
Aurélie Duffy-Meunier  
Nicoletta Perlo



21



---

# L'influence du populisme sur les changements constitutionnels

Approche de droit comparé

Aurélie Duffy-Meunier et Nicoletta Perlo (dir.)

---

DOI : 10.4000/books.dice.15447  
Éditeur : DICE Éditions  
Lieu d'édition : Aix-en-Provence  
Année d'édition : 2024  
Date de mise en ligne : 15 février 2024  
Collection : Confluence des droits  
EAN électronique : 979-10-97578-21-3



<https://books.openedition.org>

## Édition imprimée

Nombre de pages : 236

## Référence électronique

DUFFY-MEUNIER, Aurélie (dir.) ; PERLO, Nicoletta (dir.). *L'influence du populisme sur les changements constitutionnels : Approche de droit comparé*. Nouvelle édition [en ligne]. Aix-en-Provence : DICE Éditions, 2024 (généré le 16 février 2024). Disponible sur Internet : <<https://books.openedition.org/dice/15447>>. ISBN : 979-10-97578-21-3. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.dice.15447>.

---



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-ND 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

## RÉSUMÉS

Le populisme se développe dans des pays qui relèvent de tous les continents. Malgré son caractère multiforme rendant difficile son appréhension, le populisme se caractérise par certaines constantes qui ont été analysées du point de vue de la science politique, mais très peu sous un angle juridique, pluridisciplinaire et de droit comparé. Du Mouvement 5 étoiles en passant par le péronisme et le castrisme, les mouvements populistes séparent la société en deux groupes antagonistes : d'un côté une élite corrompue, de l'autre le peuple pur, doté d'une légitimité supérieure. Par conséquent, le phénomène populiste refuse toute institution représentative et de garantie de l'État de droit – le Parlement, les Cours constitutionnelles, la magistrature – pouvant concurrencer un leader, seul représentant légitime du peuple. Le populisme remet ainsi en cause le constitutionnalisme et ses valeurs en produisant tant des changements constitutionnels formels qu'informels. Dans cet ouvrage, des chercheurs nationaux et étrangers ont croisé leurs regards sur les transformations des institutions démocratiques représentatives, sur les révisions constitutionnelles ou les conventions constitutionnelles suscitées par les populismes ainsi que sur les réactions des institutions à de telles transformations. Cet ouvrage entend ainsi apporter un éclairage renouvelé sur la question de la confrontation du populisme et des différentes formes de constitutionnalisme dans des pays européens, du continent américain et en Russie.

### AURÉLIE DUFFY-MEUNIER (DIR.)

Aurélie Duffy-Meunier est professeur de droit public à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille Université. Ses principaux thèmes de recherche portent sur le droit public comparé et s'intéressent, plus particulièrement, au constitutionnalisme, à la démocratie, à l'État de droit et à la protection des droits et libertés.

### NICOLETTA PERLO (DIR.)

Nicoletta Perlo est maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Toulouse I Capitole, rattachée à l'Institut de droit européen international et comparé. Ses thèmes de recherche portent sur la démocratie et sa crise, les rapports entre le populisme et le constitutionnalisme et la protection des droits fondamentaux en Europe.



collection d'ouvrages numériques

## *Dans la même collection*

MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, 2017.

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, SEVERINO Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, 2017.

RUBIO Nathalie (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, 2017.

TABAU Anne-Sophie (dir.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de La Réunion*, 2018.

BARDIN Michaël, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, JENSEL-MONGE Priscilla, SEVERINO Caterina (dir.), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, 2018.

BIDOUZO Thierry Sèdjro, *Les Organisations internationales et la résolution des conflits post-bipolaires en Afrique*, 2019.

GESLIN Albane, TOURME JOUANNET Emmanuelle (dir.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, 2019.

DARGENT Fleur, *La consultation en droit public interne*, 2020.

HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHÉ Ève (dir.), *Procès et environnement. Quelles actions en justice pour l'environnement ?*, 2020.

COURNIL Christel (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, 2020.

MEHDI Rostane, *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile*, 2020

LE BOT Olivier, LE BŒUF Romain, *L'inapplication du droit*, 2020.

FUTHAZAR Guillaume, *Les modalités d'influence de l'IPBES sur l'évolution du droit international de l'environnement en Méditerranée*, 2020.

SEVERINO Caterina, ALCARAZ Hubert, *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, 2021.

BROSSET Estelle, MEHDI Rostane, RUBIO Nathalie, *Solidarité et droit de l'Union européenne. Un principe à l'épreuve*, 2021.

BERGÉ Jean-Sylvestre, *Rethinking Flow Beyond Control. An Outreach Legal Essay*, 2021.

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, MAGNON Xavier, *Les assemblées citoyennes. Nouvelle utopie démocratique ?*, 2022.

BROSSET Estelle, RENOUX Thierry, TRUILHÉ Ève, VIDAL-NAQUET Ariane (dir.), *Justice, responsabilité et contrôle de la décision publique. Leçons de la crise sanitaire*, 2022.

VIDAL-NAQUET Ariane (dir.), *Constitution et passé. Entre mémoire et histoire*, 2023.

LE BOT Olivier (dir.), *Les mutations contemporaines du droit de l'animal*, 2023.

<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>

<https://books.openedition.org/dice/>

DUFFY-MEUNIER Aurélie, PERLO Nicoletta (dir.), *L'influence du populisme sur les changements constitutionnels. Approche de droit comparé*, Confluence des droits [en ligne], Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2024.

ISBN : 979-10-97578-20-6

ISSN : 2556-1162

DICE Éditions

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

[dice-editions@univ-amu.fr](mailto:dice-editions@univ-amu.fr)

# **L'INFLUENCE DU POPULISME SUR LES CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS APPROCHE DE DROIT COMPARÉ**

sous la direction de  
Aurélie Duffy-Meunier  
Nicoletta Perlo





## SOMMAIRE

<b>Introduction</b> .....	7
Aurélie DUFFY-MEUNIER, Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
Nicoletta PERLO, Maître de conférences HDR, Université Toulouse Capitole, IRDEIC, en délégation CNRS au sein de l'UMR DICE.	
<b>Ce que le populisme fait à l'Union européenne</b> .....	11
<b>Remarques sur l'institutionnalisation paradoxale de la critique anti-UE dans l'UE</b>	
Philippe ALDRIN, Professeur, Sciences Po Aix.	
<b>Constitution et populisme : approche théorique</b> .....	33
Xavier MAGNON, Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
<b>L'influence du populisme sur les changements constitutionnels en Hongrie</b> .....	49
Pierre-Alain COLLOT, Maître de conférences, INU Jean-François Champollion, Albi.	
Fruzsina GÁRDOS-OROSZ, Directrice du Sciences Centre for Social Sciences, Budapest.	
<b>Violating the Rule of Law in the Name of the People</b> .....	71
<b>Poland as Exhibit A in the European Union</b>	
Laurent PECH, Full Professor of Law, Sutherland School of Law, University College Dublin.	
<b>L'influence du populisme sur les changements constitutionnels en Russie</b> .....	91
Marie-Élisabeth BAUDOIN, Professeur de Droit public, Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital, F-63000 Clermont-Ferrand, France.	
Nataşa DANELCIUC-COLODROVSCHI, Maître de conférences associée, Aix Marseille Université, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
<b>Les limites de la démocratie défensive allemande face au populisme de l'AfD</b> .....	113
Aurore GAILLET, Professeure, Université Toulouse Capitole, IRDEIC.	
Mattias WENDEL, Professeur, Université de Leipzig.	
<b>Populisme et changements constitutionnels en Italie</b> .....	133
<b>Il faut que tout change pour que rien ne change ?</b>	
Giacomo DELLEDONNE, Ricercatore, Scuola superiore Sant'Anna, Pise.	
Nicoletta PERLO, Maître de conférences HDR, Université Toulouse Capitole, IRDEIC, en délégation CNRS au sein de l'UMR DICE.	
<b>Populisme et changements constitutionnels au Royaume-Uni</b> .....	161
Aurélie DUFFY-MEUNIER, Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
Alison YOUNG, Sir David Williams Professor of Public Law, University of Cambridge.	

<b>L'influence du populisme sur les changements constitutionnels</b> .....	<b>183</b>
<b>Approche de droit comparé : le cas argentin</b>	
Carolina CERDA-GUZMAN, Maître de conférences, CERCCLÉ, Université de Bordeaux.	
Fernando ARLETTAZ, Professeur au Centre Universitaire de la Défense / Université de Saragosse.	
<b>Populism as a Constitutional Force in the United States</b> .....	<b>207</b>
Aziz Z. HUQ, Professor of Law, University of Chicago Law School.	
<b>Propos conclusifs</b> .....	<b>221</b>
Elisabeth ZOLLER, Professeur émérite à l'Université Paris-Panthéon-Assas.	

## INTRODUCTION

Aurélie DUFFY-MEUNIER<sup>1</sup>

Nicoletta PERLO<sup>2</sup>

Le populisme est un thème qui se situe à la croisée de plusieurs disciplines. Les politologues et les sociologues, depuis le symposium de 1967 organisé par la revue *Government and Opposition* à la *London School of Economics*<sup>3</sup>, ont contribué de façon déterminante à sa définition, en essayant d'établir s'il s'agit d'une idéologie, ou bien d'un style ou encore d'une « mentalité ». L'étendue géographique et chronologique de ce phénomène, ainsi que son éclectisme continuent d'alimenter les débats au sein des sciences sociales. Et, il nous semble, encore aujourd'hui, que le travail de compréhension et de catégorisation de ce phénomène est loin d'être achevé<sup>4</sup>.

C'est peut-être en raison de la difficulté d'appréhension tout d'abord politique de ce phénomène que les juristes, et notamment les constitutionnalistes, se sont intéressés tard au populisme. En effet, ce n'est qu'à partir de 2011, lorsque certains mouvements populistes ont accédé au pouvoir que, dans l'Europe continentale<sup>5</sup>, des juristes ont commencé à réfléchir au populisme en mobilisant les catégories du droit constitutionnel.

---

1 Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

2 Maître de conférences HDR, Université Toulouse Capitole, IRDEIC, en délégation CNRS au sein de l'UMR DICE.

3 En parle M. TARCHI in *Italia populista*, Bologne, Il Mulino, 2015, p. 26 et s.

4 Parmi les publications récentes en langue anglaise et française v. : J. W. Müller, *What is populism?* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016 ; C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO e Pierre OSTIGUY, *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, Oxford, 2017 ; C. MUDDE, C. ROVIRA Kaltwasser, *Populism: a very short introduction*, Oxford University Press, 2017, 136 p. ; G. FITZI, J. MACKERT, B. S. TURNER (dir.), *Populism and the crisis of democracy. Vol. 1: Concepts and theory*, Routledge, 2018, 192 p. ; F. TAARONI, *L'esprit démocratique du populisme*, La Découverte, L'horizon des possibles, 2019, 312 p. ; P. ROSANVALLON, *Le Siècle du populisme. Histoire, Théorie, critique*, Seuil, 2020, 288 p. ; J. GAUBERT, *Malaise dans la démocratie contemporaine. Que faire du populisme ?*, Kimé, Philosophie politique, 2021, 84 p. ; P. PERTINEAU, *Le populisme*, PUF, Que sais-je ?, 2021, 128 p. ; O. DARD, C. BOUTIN, F. ROUVILLOIS, *Le dictionnaire des populismes*, Les éditions du Cerf, 2019, 1213 p. ; C. COLLIOT-THÉLÈNE et F. GUÉNARD, *Peuples et populisme*, PUF, La vie des idées, 3<sup>e</sup> éd., 2019, 93 p.

5 Dans le contexte anglo-américain, en revanche, des écrits de constitutionnalistes sur ce thème apparaissent bien avant : v. J. BALKIN, « Populism and Progressivism as Constitutional Categories », *Yale Law Journal*, 1995, p. 1935 ; A. R. AMAR, « A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism and Populism », *Fordham Law Review*, 1997, p. 1657 ; J. BELL, *Populism and Elitism. Politics in the Age of Equality*, Regnery Gateway, Washington, 1992.

Dans le cadre de ce Colloque, la question fondamentale a été celle de savoir s'il était possible d'établir un rapport entre le populisme et le constitutionnalisme, c'est-à-dire s'il était possible de penser le populisme au sein des démocraties occidentales, alors que jusqu'aux années 1990 la science politique analysait et considérait ce phénomène comme appartenant exclusivement aux pays « en voie de modernisation »<sup>6</sup>.

Si certains constitutionnalistes ont considéré le rapport entre le constitutionnalisme et le populisme exclusivement en termes d'opposition<sup>7</sup>, d'autres ont souligné que le populisme et le constitutionnalisme partagent, tout du moins, un langage commun – la démocratie, le peuple, la souveraineté, le pouvoir constituant –<sup>8</sup>, au point que certains parlent de l'existence d'un *populist constitutionalism* – un constitutionnalisme populiste<sup>9</sup>. Ils envisagent en d'autres termes le populisme comme un projet constitutionnel alternatif. Aux États-Unis, le débat sur le constitutionnalisme et le populisme s'est grandement développé autour de l'opposition entre le constitutionnalisme « *legal* » et « *popular* »<sup>10</sup>, axé sur la question de la légitimité du *judicial review*. Dans un contexte constitutionnel bien différent, un regain d'intérêt s'est manifesté au Royaume-Uni, au début des années 2000, envers le « Political constitutionalism »<sup>11</sup> à la suite des travaux de J.A.G. Griffith de la fin des années 1970<sup>12</sup>.

Au sein de ce vaste débat, nous avons adopté la thèse de l'existence d'un ensemble de rapports complexes mais riches entre le populisme et le constitutionnalisme. Nous nous sommes alors interrogées sur la question de savoir si et comment les forces populistes de gouvernement et d'opposition peuvent concrètement influencer le droit constitutionnel et, éventuellement, altérer ses fondements, par une sorte de contre-narration, c'est-à-dire une utilisation alternative, mais, au fond, détournée des concepts fondamentaux du constitutionnalisme.

Or, ce thème pose plusieurs difficultés. Tout d'abord, il implique fatalement de faire appel à d'autres disciplines, et notamment à la science politique. Avant d'analyser les changements constitutionnels induits par des forces populistes, il est en effet nécessaire d'identifier ces forces et donc de donner une définition au « populisme ». Cette définition peut changer selon les contextes sociopolitiques étudiés et aussi, il faut le dire, en fonction des choix interprétatifs de l'observateur.

6 M. TARCHI, *Italia populista*, *op. cit.*, p. 8.

7 V. C. PINELLI, « The Populist Challenge to Constitutional Democracy », *European Constitutional Law Review*, n° 1, 2011, p. 5-16. En science politique, Yves Mény et Yves Surel arrivent aux mêmes conclusions : « The Constitutive Ambiguity of populism », in Y. MÉNY et Y. SUREL (dir.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, 2002, p. 9.

8 L. CORRIAS, « Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity », *European Constitutional Law Review*, 12(1), 2016, p. 9-11.

9 P. BLOKKER, « Populism as a Constitutional Project », *International Journal of Constitutional Law*, n° 2, 2019, p. 537.

10 L. D. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004.

11 R. BELLAMY, *Political constitutionalism: a Republican Defence of Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007 ; C. MAC AMHLAIGH, « Putting Political Constitutionalism in Its Place », in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, p. 175 ; P. MINKKINEN, *Political Constitutional Theory vs Political Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 585 ; M. TOMKINS, *In Defence of the Political Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, p. 157.

12 J.A.G. GRIFFITH, « The Political Constitution », *MLR*, vol. 42, n° 1, 1979, p. 16.

Une seconde difficulté est posée par la notion de « changement constitutionnel », et tout particulièrement par celle de changement constitutionnel informel. Chaque ordre constitutionnel entretient une relation différente avec cet ensemble normatif déformalisé composé de pratiques, précédents, conventions, usages. Par conséquent, l'importance de l'influence des forces populistes sur les ordres constitutionnels dépend de la place de cet ensemble déformalisé dans l'ordre juridique.

Enfin, nous tenons à souligner le caractère neutre du mot « influence », utilisé dans l'intitulé de l'ouvrage. Si très souvent l'influence négative des réformes voulues et impulsées par les « populistes » est mise en valeur, il sera intéressant d'observer si cette influence peut également aller dans le sens d'un renforcement des principes du constitutionnalisme. En d'autres termes si les instances populistes sont ou peuvent être accueillies, tout en étant transformées, afin de les rendre compatibles avec les exigences du constitutionnalisme.

Une telle problématique nécessitait d'adopter une approche comparative, qui s'est avérée être une évidence. Le populisme n'est pas limité à un État en particulier. C'est un phénomène multiforme, partagé par plusieurs pays. Il varie selon les contextes et les époques puisqu'il a traversé les âges depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>13</sup>.

Le populisme trouve, en effet, ses premières manifestations en 1861, en Russie, avec la création du mouvement Narodniki, « ceux du peuple ». Ce mouvement a été créé au moment de l'abolition par le tsar Alexandre II du servage des 50 millions de moujiks. Il prône la défense des communautés paysannes et rejette la politique de modernisation du tsarisme dans les années 1860-1870. Ce mouvement a influencé le populisme en France dont la première expression, le Boulangisme, a rassemblé le peuple bien au-delà de la classe ouvrière et transcendé les clivages partisans entre 1886-1889. En 1891, l'apparition du terme dans des journaux américains est liée à la création du *People's Party*, mais depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, le véritable laboratoire du populisme n'est pas tant l'Amérique du Nord que l'Amérique latine.

L'Argentine d'Hipolito Yrigoyen et le Chili d'Arturo Alessandri au début du XX<sup>e</sup> siècle ou, plus récemment, le populisme qui s'est développé dans les années 1940 et 1950 pour mettre en œuvre des politiques de centre gauche le montrent bien. Dans les années 1990-2000, l'Amérique du Sud et l'Europe ont été touchées par le populisme avec Fernando Collor au Brésil, Alberto Fujimori au Pérou et Carlos Menem en Argentine, dans les années 1990, puis, en 2000, un tournant vers la gauche radicale s'est manifesté avec Rafael Correa en Équateur, Evo Morales en Bolivie et Hugo Chavez au Venezuela. En Europe, le FPÖ de Jörg Haider, parti conservateur et nationaliste autrichien, en passant par le parti de gauche radicale, Syriza, en Grèce et Podemos en Espagne en témoignent.

---

13 À ce propos, cf. C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO e Pierre OSTIGUY, *Populisme, an overview of the Concept and the State of the Art*, *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, Oxford, p. 3 et s.

Étant un phénomène mondial et évolutif, le populisme révèle des influences croisées entre États européens, mais aussi au-delà de l'Atlantique. Comprendre le phénomène nécessitait donc de comparer des pays dans lesquels surviennent des changements constitutionnels à l'aune du populisme en prenant en compte les facteurs politico-juridiques de ces transformations.

Il a fallu choisir un certain nombre de pays dans lesquels le populisme peut être de gouvernement ou de lutte<sup>14</sup>. Les États étudiés dans le cadre de ce colloque témoignent d'une volonté de représentativité du phénomène sans prétendre à l'exhaustivité. Ces pays permettent d'analyser le phénomène sous divers angles. Ils relèvent, d'abord, de régimes politiques différents : parlementaires, présidentiels, présidentialisés, des républiques et des monarchies. Il était, ensuite, important de représenter des traditions juridiques différentes, de *civil law* ou de *common law*; des mouvements et partis populistes de l'aile droite comme de l'aile gauche ainsi que des pays et continents qui ont des lectures différentes du phénomène populiste comme les États-Unis, l'Europe et l'Amérique du Sud. Pour finir, il était important d'appréhender le phénomène dans des « démocraties militantes », comme l'Allemagne, qui réglementent les partis politiques et leurs statuts.

La France n'a pas fait l'objet d'une contribution spécifique. En effet, il paraissait très difficile d'identifier de premier abord des changements constitutionnels formels ou informels induits par les populistes en France. Le système français a cependant constitué un fil conducteur qui a été éclairé par les expériences des autres pays. Ces derniers ont servi de révélateur afin de montrer de quelle façon les populismes français influencent les débats constitutionnels et les projets de révision constitutionnelle. La comparaison avec le droit français a donc été une constante implicite grâce aux interventions des présidents de séance, à travers les débats<sup>15</sup>, mais aussi en raison de l'organisation des interventions en binôme.

En effet, la méthode adoptée dans ce colloque est, elle aussi, comparative<sup>16</sup>. Cette méthode novatrice repose sur un croisement des points de vue des chercheurs nationaux et étrangers pour chaque pays étudié et chaque contribution. Ces regards croisés de l'intérieur et de l'extérieur ont enrichi l'analyse comparative de la question du populisme et des changements constitutionnels. Le croisement de ces regards pour chaque pays, puis la comparaison entre les différents pays abordés dans le cadre de ce colloque a permis de dessiner les contours juridiques du populisme et des changements constitutionnels formels ou informels qui en résultent. Proposant une analyse juridique comparative d'un phénomène jusqu'à présent principalement appréhendé par la science politique, les contributions de cet ouvrage dégagent un certain nombre de constantes, de convergences et de points de divergence entre plusieurs pays et enrichissent par là même la doctrine juridique relative au populisme.

14 M. ANSEMI, P. BLOKKER et N. URBINATI (dir.), *Populismo di lotta e di governo*, Feltrinelli, Milan, 2018.

15 Le colloque est disponible en ligne : [<https://www.canal-u.tv/chaines/ut1capitole/l-influence-du-populisme-sur-les-changements-constitutionnels-approche-de-3>].

16 Lors du colloque, deux regards se sont croisés pour l'analyse des expériences américaine et polonaise (pour prendre connaissance de la vidéo de ces contributions cf. *Ibid.*). En revanche, seule une contribution apparaît pour ces deux pays dans l'ouvrage.

**CE QUE LE POPULISME FAIT À L'UNION EUROPÉENNE**  
**REMARQUES SUR L'INSTITUTIONNALISATION PARADOXALE DE LA CRITIQUE**  
**ANTI-UE DANS L'UE**

Philippe ALDRIN<sup>1</sup>

« Tout se passe comme si, ayant à nommer le même processus dans des contextes sociaux et aussi mentaux différents, chaque époque avait besoin de se donner sa propre taxinomie. Outre que des variations extérieures pèsent sur le système des dénominations, celles-ci s'usent très vite, se démodent, se chargent de significations parasitaires ou de connotations trop précisément localisées [...] et pour tout dire perdent de leur rendement social et politique<sup>2</sup>. »

« *Populism is a gauge by which we can measure the health of representative political systems. Where populists, as inherently politically reluctant, mobilize as movements or parties, there are strong grounds for examining the functioning of representative politics and for suspecting that all may not be well. This does not necessarily mean that we need accept the populist solutions but it does mean that we should be sensitive to the presence of populism<sup>3</sup>.* »

---

1 Professeur, Sciences Po Aix.

2 A. SAYAD, *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Paris, Seuil, 1999, p. 382.

3 P. TAGGART, *Populism*, Buckingham, Open University Press, 2000, p. 115.

Depuis la fin du siècle dernier, le « populisme » fait couler beaucoup d'encre académique. Dans les sociétés comme sur les scènes politiques des démocraties, le phénomène a suscité une attention grandissante. Au cours de la dernière décennie, les partis « populistes » ont réalisé une avancée médiatique et politique inédite, multipliant les succès électoraux jusqu'à porter au pouvoir des gouvernements déterminés à défaire les principes, les valeurs et les institutions au fondement des systèmes démocratiques les mieux installés. Et d'incertaine, la menace qu'ils représentaient pour la démocratie s'est avérée subitement bien réelle. Si de l'Inde au Brésil en passant par la Hongrie ou l'Italie les exemples ne manquent pas, les événements survenus en 2016 dans deux des plus vieilles démocraties du monde ont constitué la manifestation la plus tangible de cette alerte. En juin 2016, invités à se prononcer sur le sujet après l'adoption de l'*European Union Referendum Act*, les Britanniques votent majoritairement pour amorcer le retrait de leur pays de l'UE. La campagne référendaire a été marquée par les messages populistes anti-Europe diffusés notamment par l'*United Kingdom Independence Party* (UKIP). Cette même année, les propos xénophobes et anti-élite de la campagne victorieuse de Donald Trump puis le style à l'avenant de sa présidence marquent un « moment populiste » aux États-Unis. Un moment parachevé par l'assaut du Capitole (2021) et la circulation *ad nauseam* d'images montrant les émeutiers – aiguisés par le président sortant lui-même – venus interrompre par un coup de force le processus de validation du scrutin. Cette « vague populiste » ne laisse depuis d'interroger journalistes et commentateurs de la chronique politique ; le monde académique n'étant pas en reste. Et toute forme de contestation de l'ordre établi, de ses institutions ou de ses représentants, est désormais suspecte de cotiser au phénomène. Ainsi, en Europe, il semble aller de soi que le vieil « euroscepticisme » a cédé la place au « néopopulisme ». Mais le remplacement d'un concept obsolète et un peu abscons par un mot plus en vogue est-il simplement un signe des temps ou marque-t-il l'advenue d'un phénomène fondamentalement nouveau et différent ?

La réponse à cette question suppose de considérer sérieusement ce que l'on pourrait appeler le problème du désignateur « populisme ». Tout à la fois registre de la rhétorique politicienne, idéologie mobile du pouvoir, répertoire des stratégies électoralistes ou encore concept discuté de théorie politique, le mot présente la propriété d'être meuble tant théoriquement qu'empiriquement, se comportant comme une argile politique où s'impriment l'air du temps, les mécontentements et les critiques du « système » en place. Son étymologie voyageuse lui confère une large polysémie qui ouvre à des logiques plurielles d'usage – et donc de fonctions de signification – et complique un maniement conceptuel *en toute rigueur*. La présente contribution, qui vise à interroger les rapports entre l'Europe politique et le populisme qui la prend pour cible, doit donc non seulement composer avec cette fluidité fonctionnelle du concept,<sup>4</sup> mais plus encore en faire le point d'ancrage de la réflexion proposée. L'hypothèse de travail défendue ici<sup>5</sup> est que l'Europe et « sa » critique populiste

4 Pierre Rosanvallon le qualifie de « mot caoutchouc ». Cf. P. ROSANVALLON, *Le siècle du populisme, Histoire, théorie, critique*, Paris, Seuil, 2021.

5 Dont l'exploration a été initiée ailleurs. Je me permets de mentionner deux papiers où cette question a été ouverte : « La "société civile européenne", entre idéal démocratique et contingences politiques. De Maastricht à Lisbonne, les mises à l'agenda parlementaire de l'ouverture aux lobbys et à la société civile », in J. AUVRET (dir.), *Le Parlement européen après le traité de Lisbonne*, Paris, Larcier, 2013 et « L'Union européenne, une démocratie de *stakeholders*. Des laboratoires du participationnisme à l'expérimentation démocratique », *Gouvernement et Action publique*, vol. 5, n° 2, 2016 (avec N. HUBÉ).

sont prises dans une interaction d'influence mutuelle déjà ancienne, complexe et à bien des égards paradoxale. Dans le droit fil d'une lecture « crisologique »<sup>6</sup> du processus de fabrication des structures institutionnelles et du régime politique de l'UE, nous voudrions montrer que nombre d'aménagements et d'innovations introduits depuis trente ans dans ce processus, soumis d'ailleurs à une réforme continue, peuvent s'analyser comme une réponse – indirecte ou oblique – aux critiques eurosceptiques puis populistes. Pour déjouer les procès en illégitimité démocratique ou en bureaucratisme intentés par les leaders populistes, l'UE a en effet repensé sa politique de communication, parlementarisé son processus décisionnel, opéré un tournant participatif, clarifié ses procédures, moralisé ses liens avec les représentants d'intérêts. Ces réformes n'ont pas réussi à enrayer la montée électorale des partis populistes anti-UE. Leur accès au pouvoir dans des États membres a créé une situation inédite où les institutions de l'UE doivent composer en leur sein même avec des gouvernements ouvertement hostiles aux objectifs et aux valeurs communes au fondement de l'unification. Le déconcertant feuilleton de l'après-Brexit et l'invasion russe de l'Ukraine semblent avoir installé la gouvernance technocratique de l'UE et les gouvernements populistes dans une relation de cohabitation ambivalente.

Pour nous mettre au clair sur la nature des liens entre « euroscepticisme » et « populisme », nous proposerons dans un premier temps un état de l'art sélectif et raisonné des travaux publiés à propos du phénomène « populiste » avec l'intention de mieux identifier les éventuelles spécificités de ses manifestations *en* Europe et *contre* l'Europe. Dans un second temps, nous exposerons les attributs et les manifestations du populisme anti-UE, son installation durable au cœur même des arènes de la décision européenne, pour mieux comprendre les adaptations correctives introduites dans l'organisation et la mécanique de l'UE pour tenter d'en éteindre les moteurs.

## I. Un concept ductile, pivot d'un nouveau champ d'études

Depuis moins d'une décennie, le « populisme » fait l'objet d'une production surabondante d'articles et ouvrages scientifiques. Aujourd'hui, c'est en moyenne une vingtaine d'articles scientifiques qui sont publiés chaque semaine sur le sujet, sans compter les ouvrages et les rapports divers, au point qu'il est désormais impossible de suivre l'évolution des avancées et des agendas de la recherche sur le sujet<sup>7</sup>. Cette véritable frénésie éditoriale dit sans doute autant de la prégnance bien réelle du populisme sur les formes contemporaines du politique que de la curiosité fébrile

6 Pour une mise en perspective, voir A. MÉGIE, A. VAUCHEZ, « Crise, crises et crisologie européenne », *Politique européenne*, vol. 44, n° 2, 2014.

7 Avec les défauts d'une démarche très approximative et les limites de l'outil, une requête lancée dans Google Scholar permet de mesurer la véritable explosion des publications traitant du populisme. 90 « articles scientifiques » en 1990 comportent le terme « populism/e » et/ou « populist/e » dans leur titre. On en trouve 187 en 2000, 290 en 2015, avant le Brexit. Leur nombre explose au cours des cinq dernières années : 624 en 2017, 1 160 en 2022. À trente ans de distance, il se publie donc près de 13 fois plus d'articles scientifiques par an sur le phénomène. En 2017, l'équipe du *Cambridge Dictionary* choisit « *populism* » comme mot de l'année. En 2018, un manuel entier est dédié au sujet : C. R. KALTWASSER, P. A. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, Oxford University Press. En 2022, Michael Oswald édite *The Palgrave Handbook of Populism* chez Palgrave Macmillan, confirmant la transformation du phénomène en vaste champ d'études pluridisciplinaires. En 2021, des politistes de l'Université de Liège ont créé la revue *Populisme* dédiée au phénomène.

des opérateurs et des bailleurs de la recherche en quête de comprendre les mues récentes d'un vieux phénomène, sonder ses ressorts, anticiper ses menaces. Dans un champ des propositions scientifiques aussi saturé, il semble subsister très peu d'espace pour formuler un propos sinon original du moins utile pour penser le phénomène à nouveau frais. D'ailleurs, avant même de se risquer au projet d'allonger encore la liste des analyses, sans doute est-il fondé de se demander de quoi le populisme est-il *désormais* le nom ? Qu'est-ce que le populisme par-delà le catalogue des études de cas qui engrènent la valeur fiduciaire du concept ? En effet, il suffit de passer en revue la littérature scientifique récemment consacrée au sujet pour s'en convaincre : l'assise théorique du terme ne paraît pas toujours fermement assurée, pas plus que ses usages analytiques. Plus frappant encore, avec l'avènement récent d'un « populisme de gouvernement » et d'un « populisme médiatique »<sup>8</sup>, l'intérêt pour le phénomène a logiquement débordé du périmètre habituel de l'analyse des entreprises partisans, des comportements électoraux et des idées politiques.

### A. Localiser scientifiquement le « populisme »

Comme pour le mot « nationalisme », les sens du terme « populisme » sont l'illustration de la plasticité historique, mais aussi de la grande élasticité idéologique de notions politiques vernaculaires qui peuvent brusquement passer d'un bord politique à l'autre, de l'étendard au stigmaté... ou l'inverse. Il est sans doute vain de penser pouvoir forger un concept scientifique à partir d'un mot qui est d'abord et – surtout – celui des idéologues, des militants et des commentateurs. Sans disposer au vrai des moyens de pouvoir l'arracher définitivement à ses fonctions polémiques initiales (d'épouvantail, d'accessoire de disqualification ou de revendication) pour lui conférer les vertus d'un concept effectif, objectivé et codifié qui serait immunisé contre les mutations ou les altérations de son double non-savant. D'autant que l'épithète « populiste » a été refaçonée dans la période récente, témoignant de ruptures de sens et de renversements d'usages. Il n'y a encore pas si longtemps, il servait à frapper d'indignité politique les démagogues flattant les plus bas instincts (racistes, nationalistes, poujadistes...) du « peuple ». Aujourd'hui, à la faveur d'un véritable retournement du stigmaté, des leaders politiques de premier plan s'en réclament fièrement. Mieux : des figures emblématiques du populisme ont été érigées en modèles d'inspiration : le président Miloš Zeman s'est présenté comme le « Trump tchèque », le président Jair Bolsonaro comme le « Trump brésilien », etc. La référence et le mimétisme du modèle trumpien portant la promesse d'importants dividendes électoraux. Mais le brouillage des usages du mot n'est pas limité au champ politique. Dans l'espace académique, outre la démultiplication et la dilatation des usages, des théoriciens politiques cherchent à étayer normativement la thèse d'un « populisme de gauche »<sup>9</sup> quand d'autres s'appliquent à défendre celle d'un « bon populisme », allant jusqu'à voir dans l'« anti-populiste » des élites intellectuelles et politiques un plus grand risque pour la démocratie que dans la « politique démocratique disruptive » (*disruptive democratic politics*) que plébisciteraient les électeurs en donnant leur voix aux partis populistes<sup>10</sup>.

8 Dans sa typologie des populismes, Guy Hermet isole dès 2001, un « populisme médiatique ». Cf. G. HERMET, *Les Populismes dans le monde. Une histoire sociologique (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Fayard, 2001.

9 C. MOUFFE, *Pour un populisme de gauche*, Paris, Albin Michel, 2018.

10 R. HOWSE, « In Defense of Disruptive Democracy. A Critique of Anti-Populism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, n° 2, 2019.

Après le Brexit et l'élection de D. Trump<sup>11</sup>, le caractère inquiétant et apparemment contagieux du phénomène semble justifier qu'il soit désormais investi par une palette très large de disciplines scientifiques. Ainsi, des psychosociologues interrogent les matrices d'adhésion aux propositions populistes, s'attachent à repérer les ressorts cognitifs et émotionnels comme les traits distinctifs de la personnalité populiste<sup>12</sup> ou encore les intrications entre populisme et théories du complot<sup>13</sup>. Sous l'angle de l'analyse de risques, des économistes et des spécialistes des sciences de gestion questionnent les effets du populisme, saisi comme une réaction de rejet à la globalisation économique, et évaluent les possibles ajustements stratégiques des firmes multinationales placées dans le viseur des leaders populistes<sup>14</sup>. Des experts en relations internationales tentent de théoriser l'impact des réformes introduites par les gouvernements populistes sur la structure de l'ordre politique mondial<sup>15</sup>, quand des juristes évaluent les atteintes de ces réformes aux droits fondamentaux et aux architectures constitutionnelles dans les démocraties gouvernées par des partis populistes<sup>16</sup>. Sans prétendre clore ici l'énumération, on peut encore mentionner l'ensemble des abondants travaux de la *media research* traitant des liens entre populisme, médias numériques et mutations des processus informationnels<sup>17</sup>. Comme le propose d'ailleurs le présent ouvrage, cet appétit multivore pour le sujet a le mérite d'ouvrir sans relâche de nouvelles lignes d'analyse et enrayer les tendances à une populismologie en vase clos où les spécialistes du populisme ne parleraient qu'aux spécialistes du populisme.

Pour passionnante qu'elle soit, la lecture de ces travaux signale toutefois l'incroyable fragmentation des significations savantes attribuées aujourd'hui au terme « populisme ». Il est possible de mesurer cette fragmentation à partir de différents indices. En premier lieu, ces publications s'appuient sur des cadres théoriques, méthodologiques et empiriques naturellement très divers, mais surtout réciproquement étanches. Pour la seule science politique, un relevé systématique et comparatif de ces cadres a montré que les articles scientifiques sur le populisme divergeaient sur trois aspects pourtant cruciaux : le repérage des focales géographiques du phénomène, l'identification des idéologies innervées par le populisme (*host ideologies*) et le type de méthodologies déployées pour l'étudier<sup>18</sup>.

11 À partir d'une substantielle base de données bibliographiques, Cristóbal Rovira Kaltwasser et ses collègues attestent que ces événements de 2016 – immédiatement labellisés comme des victoires « populistes » ont été suivies par une poussée des études convoquant le concept « populisme » en économie, en relations internationales, en sociologie ou encore en communication. Cf. C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY, « Populism: an overview of the concept and the state of the art », in C. ROVIRA Kaltwasser *et al.* (eds), *The Oxford Handbook of Populism*, *op. cit.*

12 B. RICHARDS, « Beyond the Angers of Populism: a Psychosocial Inquiry », *Journal of Psychosocial Studies*, vol. 12, n° 1-2, 2019.

13 K. PAPAIOANNOU, M. PANTAZI, J. VAN PROOIJEN, « Unravelling the Relationship Between Populism and Belief in Conspiracy Theories: The Role of Cynicism, Powerlessness and Zero-Sum Thinking », *British Journal of Psychology*, vol. 0, 2022.

14 O. BUTZBACH, D. B. FULLER, G. SCHNYDER, « Manufacturing Discontent: National Institutions, Multinational Firm Strategies, and Anti-Globalization Backlash in Advanced Economies », *Global Strategy Journal*, vol. 10, n° 1, 2020.

15 F. FUKUYAMA, *Political Order and Political Decay: From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014.

16 N. HAUPAIS, T. POUTHIER, P. ZWEDO, W. ZAGORSKI (dir.), *Le constitutionnalisme face au populisme en Europe centrale*, Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021.

17 Parmi une abondante littérature, voir C. REINEMANN, J. STANYER, T. AALBERG, F. ESSER, C. H. DE VREESE, *Communicating Populism. Comparing Actor Perceptions, Media Coverage, and Effects on Citizens in Europe*, Londres, Routledge, 2019.

18 Selon les résultats de Sophie Hunger et Fred Paxton, à partir d'une base constituée de 2 794 résumés d'articles de revues scientifiques anglophones de toutes disciplines publiés entre 2004 et 2019, de 884 résumés d'articles de science politique et de l'étude qualitative de 50 articles de science politique sélectionnés au hasard. Cf. S. HUNGER, F. PAXTON, « What's in a Buzzword? A Systematic Review of the State of Populism Research in Political Science », *Political Science Research and Methods*, n° 10, 2022.

On reste en effet dubitatif face à la grande hétérogénéité des contextes ou dynamiques qualifiés de « populistes » ou encore devant l'improbable liste des gouvernants convoqués comme ses incarnations contemporaines : Orban, Chávez, Morales, Berlusconi, Modi, Correa, Duterte, Trump, mais aussi Xi Jinping, Poutine, Mugabe, Erdogan... Ici, la caractérisation comme « populiste » d'une situation s'affranchit de toute considération pour les critères habituellement retenus pour différencier, comme préalable à toute analyse des systèmes politiques, d'un côté les démocraties consolidées (État de droit, principes de séparation des pouvoirs, effectivité d'une possibilité d'alternance...) et de l'autre les régimes autoritaires où le populisme n'est souvent qu'une autre façon d'appeler la propagande démagogique du clan au pouvoir. En second lieu, l'examen des publications révèle les multiples aménagements ou combinatoires sémantiques, parfois déroutants, que le mot « populisme » subit pour devenir « populisme néolibéral »<sup>19</sup>, « populisme ethnonational »<sup>20</sup>, « populisme technocratique »<sup>21</sup>, « ethnopopulisme »<sup>22</sup>, populisme participatif<sup>23</sup>, « populisme économique »<sup>24</sup>, « populisme digital »<sup>25</sup>, etc. À l'instar du conspirationnisme, le populisme suscite un engouement académique débridé, comptant parmi les thèmes que la plupart des champs d'études, des comités de revues et des directions du monde de l'édition scientifique se sentent un devoir d'investiguer. De sorte que les précoces préventions, pourtant bien avisées, de Ghita Ionescu et Ernst Gellner quant aux dangers épistémologiques d'un étirement conceptuel infini du mot populisme semblent aujourd'hui bel et bien oubliées<sup>26</sup>. Au risque d'en brouiller l'entendement élémentaire. Car survient toujours la question inéluctable : « populisme » est-il bien le concept approprié pour désigner et saisir efficacement les phénomènes mis à l'étude à travers lui ?

## B. Historiciser, sociologiser, typifier les manifestations du phénomène

De façon paradoxale, en commençant la lecture d'un article ou d'un ouvrage extrait de cette florissante littérature sur le populisme, on rencontre invariablement des remarques formulées par le(s) auteur(s) sur le caractère « flou », « labile », « fuyant », « insaisissable »<sup>27</sup> du concept dont il(s) s'apprête(nt) pourtant à livrer de longues analyses. C'est là, semble-t-il, l'*incipit* attendu, convenu, de toute tentative de contribution à la populismologie et que l'on pourrait illustrer par de multiples citations. Ce doute épistémologique légitime à l'égard du « populisme » comme concept scientifique s'observe

19 K. WEYLAND, « Neoliberal Populism in Latin America and Eastern Europe », *Comparative Politics*, vol. 31, n° 4, 1999.

20 B. BONIKOWSKI, « Ethno-Nationalist Populism and the Mobilization of Collective Resentment », *British Journal of Sociology*, vol. 68, n° 1, 2017.

21 V. HAVLÍK, « Technocratic Populism and Political Illiberalism in Central Europe », *Problems of Post-Communism*, vol. 6, n° 6, 2019.

22 M. A. VACHUDOVA, « Populism, Democracy, and Party System Change in Europe », *Annual Review of Political Science*, n° 24, 2021.

23 A. BATORY, S. SVENSSON, « The Use and Abuse of Participatory Governance by Populist Governments », *Policy & Politics*, vol. 47, n° 2, 2019.

24 P. PHONGPAICHIT, C. J. BAKER, « Business Populism in Thailand », *Journal of Democracy*, vol. 16, n° 2, 2005.

25 G. BOBBA, « Digital Populism: How the Web and Social Media are Shaping Populism in Western Democracies », in R. K. HEINISCH, C. HOLTZ-BACHA, O. MAZZOLENI (eds), *Political Populism: Handbook of Concepts, Questions, Strategies*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2021.

26 G. IONESCU, E. GELLNER, *Populism: Its Meaning and National Characteristics*, New York, Macmillan, 1969.

27 P. TAGGART, *Populism*, *op. cit.*

avec d'autres mots transfuges, ces mots d'abord inventés par la rhétorique politique ou la pratique journalistique puis importés dans la langue scientifique... et dont tout usage demeure conditionné à la formulation de précautions préalables<sup>28</sup>. Sans doute, le « populisme » partage-t-il aussi avec d'autres concepts ce caractère d'évidence spontanée qui, curieusement, en dérègle l'efficacité analytique à force d'usages indolents ou cavaliers. Il serait donc de ces concepts, dirait Jean-Claude Passeron, dotés d'« un pouvoir de catégorisation qu'ils n'ont jamais eu à conquérir puisqu'ils le doivent au fait d'avoir un sens évident, en deçà de toute analyse »<sup>29</sup>. En même temps, le « populisme » n'est pas qu'un concept de papier, au sens où il possède bien une utilité descriptive pour une classe de phénomènes sociopolitiques spécifiques. Il n'est pas non plus une de ces chimères théoriques, créatures conceptuelles si mal conçues qu'elles ne sont bonnes qu'à déclencher des controverses savantes inépuisables. Si le concept de « populisme » possède de véritables mérites heuristiques, c'est circonscrit à une définition resserrée sur ses traits spécifiques contemporains et considérée comme un phénomène politique émergent dans les sociétés démocratiques – c'est-à-dire comme un ensemble de produits politiques (organisations, leaders, valeurs, idées, discours, programmes) apparaissant dans un contexte de pluralisme idéologique et culturel qu'il entend précisément détruire. Le « populisme » n'est donc pas qu'un mot. C'est entendu. Cependant, à la lumière des remarques qui précèdent, son usage scientifique bien compris suppose de prendre quelque distance avec une conceptualisation trop générique, universelle ou ahistorique, afin de localiser ses formes politiques contemporaines. En effet, la classe de phénomènes sociopolitiques que désigne le mot révèle deux propriétés du « populisme » : sa forte *plasticité* aux contextes sociohistoriques ; ses dispositions à la *gradualité* qui expliquent qu'il se manifeste à travers des degrés variables de condensation ou d'intensité.

C'est en précisant mieux les variations introduites par ces deux propriétés que l'on peut espérer isoler quelques invariants du « populisme » et les actualiser. Il existe un certain consensus sur l'idée que le populisme n'est pas un phénomène nouveau. S'il paraît hasardeux d'en faire l'histoire au singulier, le phénomène est bien une composante de l'histoire des sociétés politiques qui mute et connaît des moments de forte saillance. Avant la « vague » actuelle débutée au tournant des années 1990, on identifie habituellement au moins trois périodes dans l'histoire contemporaine au cours desquelles le populisme est apparu sur la scène politique comme un mouvement structuré et trouvant un fort écho dans la population<sup>30</sup>. La diversité des mouvements politiques qui sont ici qualifiés de « populistes » témoignent certes de traits invariants, mais aussi de variations d'ajuste-

28 On peut citer les remarques de Michel Dobry, pris dans une controverse avec les historiens après la publication de son ouvrage *Le mythe de l'allergie française au fascisme* (Albin Michel, 2003), à propos des usages scientifiques du mot fasciste : « Lorsqu'émerge le mot "fascisme", ce n'est pas parce qu'un savant a cherché à comprendre la réalité, mais selon d'autres logiques sociales, des logiques liées aux pratiques politiques, et le mot se retrouve d'emblée investi de sens hétérogènes et flottants. [...] Le mot "fascisme" n'a pas de signification stabilisée, on va se battre ensuite pour savoir quel est son contenu ». Voir M. DOBRY, « "Penser = classer ?" Entretien avec André Loez, Gérard Noiriel et Philippe Olivera », *Genèses*, n° 59, 2005.

29 J.-C. PASSERON, *Le raisonnement sociologique. Un espace non-poppérien de l'argumentation*, Paris, Albin Michel, 2006 (rééd.).

30 Ces « populismes fondateurs » (Hermet) serait d'abord des groupements révolutionnaires populaires apparus au cours du XIX<sup>e</sup> siècle (e. g. : chartisme en Angleterre, People's Party aux États-Unis, Narodniki en Russie, classés à gauche mais aussi le boulangisme en France proto-fachiste selon Zeev Sternel), puis les mouvements fascistes de l'entre-deux-guerres et enfin les mouvements anti-élites de l'après-guerre (e. g. : maccarthysme aux États-Unis, poujadisme en France, péronisme en Argentine). Cf. K. von Beyme, *Political Parties in Western Democracies*, New York, St Martin's Press, 1985 et le classique M. CANOVAN, *Populism*, New York, Harcourt Brace, 1981.

ment aux contextes d'occurrence. À chaque « moment populiste », ces mouvements présentent des homologues : une rhétorique démagogique qui émerge à la faveur d'une situation de crise sous la forme d'un prophétisme politique porté par la figure du « balayeur » sans tâches et proche du peuple. Dans son expression archétypique, le populisme porte le projet d'une révolution paradigmatique du politique : les structures institutionnelles comme les forces et les mœurs politiques existantes doivent être abandonnées sans plus de procès. Les leaders populistes se présentent invariablement comme l'incarnation du *bien* (« la volonté unie du peuple ») advenu pour détruire le *mal* (« une conjuration d'élite »)<sup>31</sup>. Ce manichéisme moral est doublé par un autre manichéisme, celui d'une théorie dualiste de la communauté politique opérant une opposition indépassable entre, d'un côté, le « vrai peuple » et, de l'autre, les élites au pouvoir, les autres fractions de la population et les ennemis de l'étranger. S'il ne se présente pas toujours sous les traits d'une idéologie politique à proprement parler, dotée d'une doctrine sophistiquée et articulée – il est plus souvent « une idéologie de l'immédiateté »<sup>32</sup> –, il s'enracine toujours dans une vision du monde alternative, antagonique et subversive.

Ces caractères distinctifs ne doivent cependant pas être essentialisés puisque les mouvements associés au populisme sont toujours cristallisés de façon singulière, directement arrimés à une configuration nationale précise dont ils sont aussi le produit<sup>33</sup>. Façon de concevoir le pouvoir et de faire de la politique en rupture avec un ordre politique repoussoir, le populisme est étalonné sur ses expressions archétypiques, c'est-à-dire à partir des groupements concentrant tous les attributs idéologiques comme organisationnels du populisme. Là, le « style politique » du populisme s'articule toujours à la figure tutélaire d'un.e chef.fe charismatique qui incarne bruyamment la promesse d'une rupture avec l'ordre social et politique en place. Comme le rappelle le sociologue Rogers Brubaker, « les partis que créent les populistes sont des véhicules faiblement institutionnalisés pour un leadership très personnalisé »<sup>34</sup>. Prenant ostensiblement le parti du peuple qu'il s'agit de défendre contre ses ennemis et les élites privilégiées, cette promesse se distingue d'autres programmes aux accents analogues par sa veine résolument antisystème tout à la fois manichéenne, moralisatrice et radicale<sup>35</sup>. Mais, évidemment, à côté de ses expressions archétypiques et foncièrement conspirationnistes, la geste populiste est l'objet de toute une gradation d'emprunts par des responsables politiques qui n'en partagent ni le manichéisme moral ni la radicalité idéologique. Comme l'ont montré Cas Mudde et Cristóbal Rovira Kaltwasser<sup>36</sup>, il est donc nécessaire de considérer aussi le populisme sous cette dimension fragmentaire. Phénomène gradualiste, le populisme se manifeste comme un mode spécifique d'organisation politique (forme archétypique), mais qui prend souvent aussi la forme

31 K. A. HAWKINS, « Is Chávez Populist? Measuring Populist Discourse in Comparative Perspective », *Comparative Political Studies*, vol. 42, n° 8, 2009.

32 D. INNERARITY, *The Transformation of Politics: Governing in the Age of Complex Societies*, Bruxelles - New York, PIE Peter Lang, 2010.

33 B. MOFFITT, S. TORMEY, « Rethinking Populism: Politics, Mediatisation and Political Style », *Political Studies*, vol. 62, n° 2, 2014.

34 R. BRUBAKER, « Why populism? », *Theory and Society*, vol. 46, 2017.

35 Sur le moralisme du populisme et son imaginaire, voir J.-W. MÜLLER, *Qu'est-ce que le populisme ? Définir enfin la menace*, Paris, Éd. Premier parallèle, 2016.

36 Cf. C. MUDDE, C. ROVIRA KALTWASSER, « Studying Populism in Comparative Perspective: Reflections on the Contemporary and Future Research Agenda », *Comparative Political Studies*, vol. 51, 2018.

d'importations, de combinaisons et d'hybridations avec des cadres organisationnels et idéologiques déjà là. Ce sont d'ailleurs les dispositions à la plasticité et à la gradualité du concept que nous venons de rappeler qui expliquent son possible étirement sans fin à toutes sortes d'entreprises politiques.

### C. Des euroscepticisms aux néopopulisme : transmutations et continuités de l'anti-Europe

Venons-en à l'interrogation qui nous occupe ici. Ce que l'on appelle aujourd'hui néopopulismes européens ou populismes eurosceptiques est-il substantiellement autre chose que les euroscepticisms d'hier ? S'il faut bien sûr analyser les raisons du succès électoral des partis populistes en Europe et les sens du vote pour ces partis (ce que nous ferons dans la seconde partie), il convient au préalable de comprendre comment les euroscepticisms des années 1990 seraient devenus – par recombinaison des formes politiques ou par glissement insensible de notre lexique – les populistes d'aujourd'hui. D'abord, un constat : les populismes qui prospèrent aujourd'hui au sein des pays de l'UE sont tous porteurs d'une critique radicale de l'intégration économique et politique. Oxy-morique, l'idée même d'un « populisme pro-UE » paraîtra d'emblée incongrue à qui observe les scènes politiques nationales et les débats au Parlement de Strasbourg. Tant l'UE est explicitement *le* « système » que ciblent ces mouvements antisystèmes. Ensuite, un rappel : si l'on se penche sur la genèse des partis populistes européens, on découvre qu'ils étaient tous classés dans les années 1990 dans la catégorie des organisations « eurosceptiques ». Dans le débat public comme dans les articles et ouvrages scientifiques publiés alors sur le sujet, les forces politiques dont les poussées électorales attestent la montée d'un euroscepticisme – le Parti de la liberté d'Autriche (FPÖ), le Front national en France, la *Lega Nord* en Italie, le *Vlaams Blok* en Belgique ou encore la Nouvelle démocratie en Suède – partagent en effet l'affirmation d'un nationalisme explicitement opposé à l'intégration européenne. Parmi les quelques lignes rhétoriques qu'ils ont déjà en commun – avec la contestation de la fiscalité, de l'immigration –, on retrouve la même détestation de « Bruxelles », sa bureaucratie, ses élites cosmopolites et leur trop grand pouvoir. Le dualisme caractéristique de leur discours antisystème n'admet pas de nuances entre le soutien et le rejet de l'intégration<sup>37</sup>.

Dès le début des années 1990, quelques auteurs avancent l'idée que ces partis – qui ont émergé ou qui sont sortis de la confidentialité électorale à l'occasion de la ratification du traité de Maastricht (*v. infra*) – témoignent de l'apparition d'un « nouveau populisme » en Europe... et contre l'Union européenne<sup>38</sup>. Alors que les partis de gouvernement qui se situent de part et d'autre d'un axe gauche/droite demeurent dans le consensus d'après-guerre sur lequel a été imaginé le projet d'unification, ces partis s'avèrent frontalement anti-UE. Leur « euroscepticisme » voire leur « europhobie » s'inscrivent dans une veine nationaliste, souverainiste et conservatrice (sur le plan des mœurs). Dans la seconde partie des années 1990, le tournant néo-libéral des politiques nationales et des politiques

37 R. HARMSSEN, M. SPIERING (eds), *Euroscepticism: Party Politics, National Identity and European Integration*, Amsterdam, Rodopi, 2004.

38 P. TAGGART, « New Populist Parties in Western Europe », *West European Politics*, vol. 18, 1995.

européennes<sup>39</sup> engendre également l'émergence et la structuration de mouvements anticapitalistes et altermondialistes. Si ces mouvements, dont l'action prend cadre dans un réseau international, sont d'abord définis comme « eurocritiques » (au sens où ils ne seraient pas anti-UE, mais pour « une autre UE »), leurs représentants en Europe vont renforcer et durcir leurs attaques contre l'UE à la faveur du processus de ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>40</sup>. Le mot « populisme » va progressivement être convoqué au cours des années 2000 pour qualifier l'ensemble de ces partis, mais il ne s'imposera définitivement que dans les années 2010. Longtemps, ils sont donc présentés et analysés comme les « deux faces de l'eurosepticisme »<sup>41</sup>. Qu'ils soient de droite ou de gauche, et selon une commune téléologie de la justice contre la corruption, les privilèges ou le mépris, les populismes eurosceptiques dénoncent les groupes supposés nuire aux aspirations du peuple... qu'ils soient *en haut* (bureaucratie de « Bruxelles, partis de « l'establishment » promondialisation, corrompus et irresponsables qui dominant le jeu de l'alternance au pouvoir ; possédants économiques, acteurs de la finance), *en bas* (immigrés, « mauvais citoyens », « cassos » vivant des *minima* sociaux), *du dedans* (les complices et les « profiteurs de crise »), *du dehors* (pays ennemis, marchés financiers, organisations internationales).

À l'extrême droite, ils se présentent comme le « parti du vrai peuple » (ou « vrai parti du peuple ») menacé par la « vague migratoire » et la dissolution de la culture et de la souveraineté nationales dans un « mondialisme incontrôlé » dont l'Europe est le symbole honni, le « cheval de Troie » qu'il faut abattre. À l'extrême gauche, ils sont les défenseurs des « citoyens » écrasés par un capitalisme néo-libéral cynique et les marchés financiers contre lesquels l'Europe devrait les protéger au lieu d'en être le porte-voix. Ici, le populisme eurosceptique se divise nettement en deux polarités entre, d'un côté, les tenants d'une vision ethnonationaliste du peuple et, de l'autre, les tenants d'une conception marxiste du peuple. On peut voir là des logiques d'identification séparées, chacun se fixant à l'un des « deux corps » du peuple si l'on peut dire en détournant la formule d'Ernst Kantorowicz<sup>42</sup>. Un populisme *de droite* attaché au peuple *ethnos* (plutôt que *dêmos*) dont il faut défendre l'identité contre les menaces étrangères du « mondialisme », les populations « inassimilables » issues de l'immigration, proposant un discours d'exclusion à référent nationaliste, xénophobe et parfois explicitement raciste<sup>43</sup>. Un populisme *de gauche* qui se fait le porte-parole du « petit peuple », de la « plèbe », des « gens ordinaires » dont il faut faire valoir les droits (redistribution, *empowerment*) contre les « profiteurs », les puissants, épousant la rhétorique plus inclusive<sup>44</sup> de la lutte des classes, d'une autre mondialisation<sup>45</sup>.

39 B. JOBERT (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe. Idées et recettes dans les pratiques gouvernementales*, Paris, Harmattan, 1994.

40 Comme l'illustre alors la force du mouvement ATTAC (Association pour une Taxation des Transactions Financières et pour l'Aide au Citoyen), en France et Allemagne. Voir S. HEINE, « Les résistances altermondialistes à l'Union européenne : Analyse comparative des idéologies d'Attac-France et d'Attac-Allemagne », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 15, n° 4, 2008.

41 P. KOPECKY, C. MUDDE, « The Two Sides of Euroscepticism. Party Positions on European Integration in East Central Europe », *European Union Politics*, vol. 3, n° 3, 2002.

42 E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, Paris, Folio Histoire, 2020 (1957).

43 C. MUDDE, *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

44 Sur la tension exclusivité/inclusivité qui marquent les différentes cultures populistes, voir C. MUDDE, C. ROVIRA KALTWASSER, « Exclusionary vs. Inclusionary Populism: Comparing Europe and Latin America », *Government & Opposition*, vol. 48, n° 3, 2013.

45 Voir M. CERVERA-Marzal, *Le populisme de gauche. Sociologie de la France insoumise*, Paris, La Découverte, 2021 (l'auteur théorise le « populisme de gauche » mais exprime sa circonspection à l'égard du « populisme », p. 309).

À bien des égards, les populismes anti-UE d'aujourd'hui s'originent bien dans l'euroscpticisme post-Maastricht. Toutefois, ils présentent aussi une forte homologie avec les nouveaux populismes qui s'affirment simultanément ailleurs dans le monde depuis trois décennies. Partout, leur « discours caméléon »<sup>46</sup> ne se borne plus à une critique des institutions de pouvoir et des élites, mais se propose de résoudre tous les maux du temps avec des solutions simples, rapides, radicales, frappées au coin du bon sens populaire<sup>47</sup>. Ce discours possède donc à la fois une charge morale de condamnation des fauteurs et d'exclusion des ennemis qu'il désigne sans relâche à la vindicte du peuple, et une intention subversive de rupture avec l'ordre social et politique établi. Fondé sur cette matrice antisystème, il prône une « sortie de l'UE », appelle à une indispensable « déconstruction européenne » pour restaurer un nécessaire protectionnisme (« *It's time for the People to take back control* » était le mot d'ordre du UKIP). Dans ses expressions archétypiques, il est construit à la façon d'une contre-version de l'histoire de la construction européenne, présentée comme une « trahison » délibérée des peuples orchestrée par les élites dirigeantes<sup>48</sup>. L'imaginaire des partis populistes entretient d'ailleurs des relations souvent intimes avec les théories conspirationnistes<sup>49</sup>. La crise générée par la pandémie du Covid-19 et les réactions des mouvements populistes face aux réponses étatiques (confinement, mesures prophylactiques, campagne de vaccination) en ont fourni une solide et bruyante illustration<sup>50</sup>.

Malgré ses harangues simplificatrices et caricaturales – ou peut-être grâce à elles –, le populisme euroscptique a contribué à diffuser et rendre électoralement rentable une critique acerbe de l'UE. Et les emprunts au style comme à la rhétorique du populisme euroscptique se sont multipliés. À tel point que, dès les années 1990, les fédérations européennes des partis pro-UE ont adopté des principes pour condamner les contaminations du populisme en leur sein<sup>51</sup>. Les responsables de l'UE, conscients que les évolutions de cette dernière nourrissaient le phénomène, ont également introduit des innovations dans le système institutionnel européen de sorte à endiguer les effets de la critique populiste.

## II. L'UE aux prises avec « son » populisme chronique

S'il porte aujourd'hui autant une vision de la société et du monde qu'un *credo* de retour à la Nation souveraine (à droite) ou l'État protecteur et protectionniste (à gauche), le populiste euroscptique passe encore et toujours par un anti-élitisme dénonçant les responsables – dans les deux sens du

46 P. NORRIS, R. Inglehart, « Understanding Populism », in P. NORRIS, R. Inglehart, *Cultural Backlash. Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

47 Sur le populisme comme forme de l'« impolitique » substituant la simplification de la complexité démocratique, voir P. ROSANVALLON, *Le siècle du populisme*, *op. cit.*

48 Sur cette rhétorique au sein du FPÖ, voir C. LECONTE, *L'Europe face au défi populiste*, Paris, PUF, 2005.

49 Taggart le souligne dès 2000, à une période où les réseaux sociaux sont pourtant encore balbutiants (Facebook ne sera créé qu'en 2004). Cf. P. TAGGART, *Populism*, *op. cit.*, p. 105.

50 Pour une approche compare, voir G. BOBBA, N. HUBÉ (eds), *Populism and the Politicization of the Covid-19 Crisis in Europe*, Londres, Palgrave Macmillan, 2021.

51 En 1992, le PPE adopte le « programme d'Athènes » qui condamne toute « idéologie nationaliste mal comprise », le « racisme, la xénophobie ou l'exclusion sociale ». En 1999, le PSE (S&D) signe la « Charte des partis politiques européens pour une société non raciste ».

terme – qui dirigent (l'État, l'Europe, le Marché...) et servent leurs seuls intérêts (les « profiteurs » de l'économie nationale et des affaires internationales, de l'évolution de la société), au détriment du peuple. Ce discours charrie une triple critique. i) Les élites au pouvoir sont d'abord jugées inefficaces, par négligence ou incompetence, et sont incapables de régler les problèmes les plus lourds de la société tels que le chômage, l'insécurité, l'immigration incontrôlée (*blâme du laisser-aller*). ii) Appartenant à des catégories particulièrement favorisées de la société, les élites de l'UE sont également vues comme coupées des « vraies réalités », non représentatives des segments les moins favorisés de la population – dont les dirigeants ne partagent ni le style d'existence ni les difficultés ni donc la vision du monde – qui sont ignorés, laissés pour compte voire abandonnés (*blâme de l'abandon*). iii) Enfin, c'est le fonctionnement même des institutions de gouvernement et des arènes de la décision européenne qui sont critiquées comme exagérément et peut-être délibérément technocratiques, nébuleuses, secrètes (*blâme de l'opacité*). Ce faisceau de reproches a émergé avec le moment Maastricht et trouve depuis un écho grandissant dans la population. Les partis qui se font les porte-parole de ces blâmes – faisant des attaques contre l'UE un axe majeur de leur programme politique et, si l'on peut dire, leur fonds de commerce électoral – ont répété les succès jusqu'à accéder au gouvernement des États membres. Les scores croissants puis les victoires électorales des populistes ont fait du populisme politique une donnée durable, une menace continue et interne que les promoteurs de l'unification ont dû apprendre à rationaliser.

## A. L'anti-Europe, un néopopulisme topique

Au tournant des années 1990, le projet européen change de nature, de portée et d'échelle. À la fin des années 1980, d'abord, afin d'atteindre les objectifs fixés par le Plan Delors (1985) et l'Acte unique européen (1986), la Commission de la CEE rédige et fait adopter en quelques petites années près de 300 directives pour parachever le Marché unique. « Bruxelles » apparaît dès lors comme un pouvoir normatif, contraignant et technocratique quand une grande partie des opinions nationales associaient jusque-là le projet de « construction européenne » à la fin des droits de douane et aux seuls domaines de l'énergie (charbon, nucléaire civile), de la sidérurgie (acier) et de l'agriculture (PAC). Après la chute du Mur, la préparation d'un nouveau traité entérine un tournant politique du projet d'unification. Signé en 1992, le Traité sur l'Union européenne (TUE, dit Traité de Maastricht) adjoint deux nouveaux piliers au pilier historique de la CEE : la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (JAI). Le processus de négociation puis de ratification du TUE amorce un réveil des cercles souverainistes qui entendent s'opposer tant à l'approfondissement du projet d'intégration (économique, monétaire, mais désormais aussi de coopération intergouvernementale en matière de politique étrangère, de sécurité commune et d'action judiciaire) qu'à l'extension de ses limites géographiques. Y compris dans les partis de gouvernement, jusque-là assez unanimement favorables au processus d'intégration, des tensions et divisions surgissent<sup>52</sup>. C'est dans les milieux anti-fédéralistes déjà installés des différents États

52 Pour le cas de la France, où des divisions apparaissent alors au du PS (derrière J.-P. Chevènement) et au RPR (derrière C. Pasqua), on peut lire : J Pozzi, « Le RPR face au traité de Maastricht : divisions, recompositions et réminiscences autour de la dialectique souverainiste », *Histoire@Politique*, n° 24, 2014.

membres – mais qui disposaient jusqu'alors d'une faible audience médiatique et politique – que se structure l'opposition explicite et systématique à l'approfondissement de l'intégration. Au Danemark, pour s'opposer à la ratification du TUE, le Mouvement Populaire contre l'Union européenne devient un parti, le Mouvement de Juin. En Angleterre, les partisans de la Ligue antifédéraliste créent le UKIP en 1993. Sous le label d'euroscepticisme qui s'impose progressivement, ces réactions nationales – et aux accents fortement nationalistes – se structurent sur le plan organisationnel et idéologique<sup>53</sup>.

En 2004, lorsque s'engage le processus de ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (TCE), les partis eurosceptiques font campagne dans les pays où sont organisés des référendums<sup>54</sup>, mais investissent presque partout l'espace public et médiatique. L'échec de la ratification confirme l'amplification et l'écho des critiques de l'intégration dans les sociétés des États membres<sup>55</sup>. Plus : à l'euroscepticisme de droite porté par des mouvements nationalistes depuis Maastricht, l'opposition au TCE a vu se radicaliser l'euroscepticisme de gauche organisée autour de la contestation du néo-libéralisme de la législation et des politiques européennes. Cette veine de l'euroscepticisme va être considérablement renforcée sous l'effet des crises financières de la fin des années 2000. Dans la plupart des États membres, des mouvements anti-austérité se structurent progressivement et animent au début des années 2010 des manifestations dénonçant les choix politiques d'une « oligarchie » d'élites au service des marchés financiers<sup>56</sup>. En Grèce, État membre profondément atteint par la crise financière et monétaire, la coalition anticapitaliste créée en 2004 obtient moins de 5 % aux législatives de 2009. Faisant campagne sur son opposition au « plan de refinancement » et aux mesures d'austérité imposées au pays par la Troïka (composée des représentants de la Commission, de la BCE et du FMI), Syriza parvient à incarner la résistance du « peuple » grec<sup>57</sup> et connaît une poussée électorale inattendue : 26 % en 2012 puis 36 % en 2015 pour former un gouvernement.

Par ailleurs, à partir de 2015, l'UE devient la cible des critiques contre la gestion de la « crise des réfugiés » engendrée par l'augmentation brutale de l'afflux massif de migrants en provenance principalement de la zone irako-syrienne et d'Afghanistan<sup>58</sup>. Or, depuis le traité d'Amsterdam (1997), la politique migratoire est une compétence partagée entre l'UE et les États membres. L'UE s'est dotée en 2004 d'une agence de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex) ayant pour mission de coordonner la coopération opérationnelle aux frontières extérieures de l'UE. Dans la seconde partie des années 2010, les partis anti-UE de droite focalisent leurs interventions publiques et leurs campagnes

53 Sur l'« invention anglaise » et les différentes racines (nationaliste, gaulliste, trotskyste, anticapitaliste...) de l'euroscepticisme ailleurs, voir R. HARMSSEN, M. SPIERING (eds), *Euroscepticism, op. cit.*

54 Au Luxembourg, aux Pays-Bas, en France. L'Espagne organise un référendum consultatif.

55 A. COHEN, A. VAUCHEZ (dir.), *La Constitution européenne. Élitisme, mobilisations, votes*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 2007.

56 P. GERBAUDO, « The Indignant Citizen: Anti-Austerity Movements in Southern Europe and the Anti-Oligarchic Reclaiming of Citizenship », *Social Movement Studies*, vol. 16, n°1, 2017.

57 Y. STAVRAKAKIS, « The Return of "the People": Populism and Anti Populism in the Shadow of the European Crisis », *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 21, n° 4, 2014.

58 En moyenne de 200 000 arrivants dans les années précédentes, le nombre de migrants est évalué à plus d'1 million en 2015. Dans les médias et le débat public, le problème est rapidement étiqueté comme « la crise migratoire », « crise des migrants » ou « crise des réfugiés ».

électorales sur la « crise migratoire », allant jusqu'à promettre une sortie du cadre européen, refuser l'accueil des migrants, construire des murs pour suppléer l'« inefficacité de Frontex ». C'est dans ce contexte qu'est organisé en Grande-Bretagne le scrutin de juin 2016 sur la sortie ou le maintien du pays dans l'UE<sup>59</sup>. Qu'elle se situe dans une veine anticapitaliste ou dans la défense identitaire, la rhétorique populiste n'est pas proprement européenne. Mais, en tant que structure internationale d'intégration et de coopération politiques, l'UE symbolise fortement les « dérives » et les « erreurs » que dénoncent les forces populistes. Elle est désignée comme le « fer de lance » d'une « mondialisation incontrôlée » qui entraîne une insécurité économique (chômage, délocalisation, désindustrialisation), mais aussi une « destruction » des cadres sociaux (retrait de l'État et des services publics, austérité budgétaire) et culturels des pays membres (augmentation des populations étrangères, multiculturalisme).

## B. Nouvelle offre politique et sens des votes anti-Europe

Au cours de la dernière décennie, la prégnance de ces préoccupations dans les sociétés européennes serait devenue telle qu'elle y reconfigurerait profondément l'organisation des systèmes partisans. Depuis la fin des années 1990, des chercheurs comme Gary Marks et Lisbeth Hooghe enregistrent l'émergence d'une nouvelle ligne de clivage organisée autour de l'acceptation ou du rejet de l'intégration européenne, en tant que vecteur de la mondialisation. Selon eux, la tension majeure au sein des sociétés contemporaines opposerait désormais « gagnants » de la mondialisation (disposant d'une qualification supérieure, de la sécurité de l'emploi dans une activité bénéficiant de l'internationalisation et inscrits dans une culture urbaine connectée) plutôt « pro-UE » aux « perdants » de la mondialisation (disposant d'une faible qualification, menacés par le chômage sous l'effet de la désindustrialisation et des délocalisations, plutôt inscrits dans les zones périurbaines et rurales) où se recruteraient les « anti-UE »<sup>60</sup>. À côté des clivages politiques historiques identifiés par Stein Rokkan (centre vs. périphérie, État vs. religion, urbain vs. rural, capital vs. travail), ils repèrent la structuration d'une nouvelle ligne de conflictualité, le « clivage transnational », dont l'UE agit comme thème de cristallisation<sup>61</sup>. Là encore, cette nouvelle conflictualité sociale n'est pas un phénomène exclusivement européen. Avec une équipe scientifique internationale, Marks et Hooghe se sont attachés à collecter, analyser et classer le positionnement des programmes des partis dans le monde entier<sup>62</sup>, et arrivent aujourd'hui au constat que l'axe traditionnel gauche-droite tend à s'effacer au profit de cette nouvelle ligne principale de clivage politique organisée autour de

59 S. B. HOBOLT, « The Brexit Vote: a Divided Nation, a Divided Continent », *Journal of European Public Policy*, vol. 23, n° 9, 2016.

60 L. HOOGHE, G. MARKS, « Making of A Polity. The Struggle over European Integration », in H. KITSCHOLT *et al.* (eds), *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

61 L. HOOGHE, G. MARKS, « Cleavage Theory and Europe's Crises: Lipset, Rokkan and the Transnational Cleavage », *Journal of European Public Policy*, vol. 25, n° 1, 2018.

62 Baptisé The Chapel Hill Expert Surveys (CHES), ce programme de comparaison internationale dirigé par G. MARKS vise à évaluer le positionnement idéologique des partis sur les principales questions de société. Le volet européen du projet a réalisé 6 vagues d'enquête (1999, 2002, 2006, 2010, 2014 et 2019) et porte sur tous les États membres mais aussi les pays candidats.

la tension entre un pôle « TAN » (*Traditional, Authoritarian, Nationalist*) et un pôle « GAL » (*Green, Alternative, Libertarian*)<sup>63</sup>. Inscrits dans le premier pôle, les partis européens dits « ethnopopulistes » désignent les élites nationales et transnationales pro-UE comme responsables de la « destruction » de la société en promouvant le transfert de pouvoir à une puissance supranationale, l'immigration, le multiculturalisme, les droits LGBTQ et le libéralisme moral<sup>64</sup>.

Si la science politique dispose de cadres analytiques et de données empiriques désormais solides pour penser la dynamique populiste et ses effets sur la recomposition des systèmes partisans en Europe, les politistes s'interrogent également sur l'existence d'un « électeur populiste » permettant de comprendre les succès électoraux des partis populistes. En effet, si l'évolution des compétences et des modalités du gouvernement de l'Europe comme l'apparition d'une nouvelle offre politique composent des facteurs explicatifs substantiels, la poussée populiste ne se construit pas uniquement *par le haut*. Elle suppose également des soutiens populaires et électoraux qui la fabriquent aussi *par le bas*. Comment alors expliquer le vote populiste ? Donner sa voix à un parti populiste signifie-t-il adhésion aux thèses anti-UE de ce parti ? Y a-t-il une dimension proprement européenne dans la morphologie sociale des électorats populistes ? Largement attestée par les études électorales, la fin des fidélités partisans traditionnelles permet d'expliquer la désaffiliation des votes pour les partis de gouvernement dont la matrice idéologique et programmatique était fondée sur les « clivages historiques » autour de l'axe gauche/droite. Une bonne part des électrices et électeurs qui ne votent plus pour les « vieux » partis de gouvernement, qu'ils soient de gauche ou de droite, sont devenus abstentionnistes. À de rares exceptions près, l'installation d'une « démocratie de l'abstention »<sup>65</sup> est un phénomène qui touche tous les pays d'Europe. Elle touche particulièrement les fractions de la population situées *au bas* et *au bas du milieu* de la structure sociale dont l'exit électoral tient principalement au sentiment que le vote n'exerce pas (ou plus) d'effet sur les lignes de l'action gouvernementale, la situation économique ou la trajectoire des sociétés<sup>66</sup>. Pour les électeurs encore attachés à la norme civique et/ou à la croyance que le scrutin peut changer les choses, la redistribution des votes – y compris vers les propositions extrémistes et populistes – signale davantage un déplacement qu'une disparition de l'axe gauche/droite<sup>67</sup>.

Au fond, toujours centrés sur des thématiques correspondant aux vieilles « variables lourdes » du vote (défense du salaire et du style de vie, convictions quant à la redistribution des richesses et le degré d'interventionnisme économique de l'État, attachement aux valeurs confessionnelles), les

63 Pour une présentation des résultats, voir M. A. VACHUDOVA, « Populism, Democracy, and Party System Change in Europe », *Annual Review of Political Science*, vol. 21, 2021.

64 A. L. P. PIRRO, S. VAN KESSEL, « United in Opposition? The Populist Radical Right's EU-Pessimism in Times of Crisis », *Journal of European Integration*, vol. 39, n° 4, 2017.

65 C. BRACONNIER, J.-Y. DORMAGEN, *La démocratie de l'abstention*, Paris, Folio Gallimard, 2007.

66 P. ALDRIN, « Des petits actionnaires du système. Dire sa condition d'électeur-trice au milieu et au bas du milieu de l'espace social », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 232-233, 2020.

67 Lors des élections françaises de 2017, des politistes identifient 4 pôles : social-libertaire (FI, PS, EELV) et libéral-libertaire (LREM) versus libéral-autoritaire (LR) et social-autoritaire (FN). Cf. F. GOUGOU, S. PERSICO, « A New Party System in the Making? The 2017 French Presidential Election », *French Politics*, vol. 15, n° 3, 2017. Voir aussi É. AGRIOLOIANSLY *et al.*, (dir.), *Ordre social, désordre électoral. Une sociologie du vote de 2017*, Lille, Presses Universitaires du Septentrion, 2023.

partis traditionnels n'auraient pas su évoluer et intégrer dans leur plateforme idéologique et programmatique les nouvelles préoccupations de la population : régulation de l'immigration, maîtrise de la mondialisation économique, réponses aux enjeux écologiques, au sentiment d'insécurité, à la demande de reconnaissance de nouveaux droits, etc. Si la prise en charge de ces thèmes par les partis populistes peut expliquer leurs scores électoraux, la diversification de l'offre politique à composante populiste témoigne davantage d'un relatif éclatement du « vote populiste » et tend à invalider la thèse d'un « électeur populiste » européen<sup>68</sup>. Sur ce point, il faut noter que si les études qualitatives sur les perceptions ordinaires de l'Europe indiquent que les citoyennes et citoyens ne possèdent souvent qu'une conceptualisation vague de *ce qu'est* et de *ce que fait* réellement l'UE, ces enquêtes montrent aussi que les critiques même virulentes adressées à cette dernière sont rarement univoques et se combinent le plus souvent à l'attachement choisi aux « bons côtés » perçus de l'unification tels que l'appartenance à une communauté des pays européens (dans un espace global menaçant) et l'existence d'un principe de dialogue et de coopération entre eux (et même la création d'une monnaie unique)<sup>69</sup>.

Seule une fraction des électeurs, d'ampleur variable selon les pays, accordent leur voix aux partis populistes au nom du rejet en bloc de l'UE et parce qu'ils se reconnaissent dans la nécessité d'un « *backlash* » identitariste contre une société libérale et multiculturelle qui serait promue par l'UE<sup>70</sup>. Si elle est présente aujourd'hui dans tous les États membres, cette composante illibérale et autoritaire d'un populisme d'extrême-droite combattant l'UE *via* une rhétorique ethnonationaliste de sursaut civilisationnel a surtout progressé médiatiquement et électoralement à l'Est (Hongrie, Pologne) – avec un discours anticorruption plus saillant – et au Sud (France, Italie) de l'Europe<sup>71</sup>. Elle continue de séduire d'abord les « laissés-pour-compte » (retraités pauvres, classes moyennes rurales)<sup>72</sup> du nouvel ordre socioéconomique ainsi que les segments des électorats qui s'estiment économiquement et culturellement les plus menacés par la transformation de leur environnement social<sup>73</sup>.

68 M. ROODUIJN, « What unites the voter bases of populist parties? Comparing the electorates of 15 populist parties », *European Political Science Review*, vol. 10, n° 3, 2018.

69 Voir les résultats du programme Concorde (Conceptions ordinaires de l'Europe) qui a réalisé et analysé plus de 600 entretiens avec des « citoyens ordinaires » en Allemagne, France, Italie, Pologne et Tchéquie : D. GAXIE *et al.* (dir.), *L'Europe des Européens. Enquête comparative sur les perceptions de l'Europe*, Paris, Economica, 2011.

70 P. NORRIS, R. INGLEHART, *Cultural Backlash*, *op. cit.*

71 Sur la rhétorique populisme structurée autour des identités raciales et religieuses (chrétiens blancs vs. immigrés « de couleur » et musulmans), voir : R. BRUBAKER, « Between Nationalism and Civilizationism: the European Populist Moment in Comparative Perspective », *Ethnic & Racial Studies*, vol. 40, n° 8, 2017.

72 À partir des données du vote lors du Brexit, voir M. GOODWIN, O. HEATH, « The 2016 Referendum, Brexit and the Left Behind: An Aggregate-Level Analysis of the Result », *The Political Quarterly*, vol. 87, n° 3, 2016.

73 À partir des données portant sur 20 démocraties, une étude observe que ce vote s'implante chez les hommes de la classe ouvrière blanche faiblement qualifiée. Cf. N. GIDRON, P. A. HALL, « The Politics of Social Status: Economic and Cultural Roots », *The British Journal of Sociology*, vol. 68, n° 1, 2017.

### C. Une mise à l'épreuve *In ipso institutione* : les populistes dans le gouvernement de l'Europe

Les gouvernants de l'Europe – qu'ils agissent au sein de la Commission européenne, dans les groupes politiques pro-UE du Parlement ou dans les gouvernements nationaux favorables à l'intégration – ont très tôt pris conscience du danger que représentait la montée en puissance électorale de la critique populiste anti-UE. Outre la pression électorale dont nous venons d'analyser les ressorts, le populisme eurosceptique a ainsi trouvé à s'exprimer au cœur même des institutions de l'UE pour en contester l'organisation, la législation et les politiques publiques. Après avoir déjà eu à composer de longues années avec un « État eurosceptique »<sup>74</sup> – la Grande-Bretagne –, les responsables de l'UE favorables à l'intégration ont été mis à l'épreuve de gouvernements eurosceptiques, populistes et illibéraux ouvertement hostiles à l'UE. D'abord, dans des coalitions, comme celle constituée en Autriche de 2000 à 2007 avec le très populiste Parti libéral d'Autriche (FPÖ), membre de la coalition au pouvoir aux côtés du Parti populaire autrichien (ÖVP) ou celles constituées en Italie de 2001 à 2006 sous le label Maison des libertés (CDL) à laquelle participent l'Alliance nationale (AN) et la Ligue du Nord (LN). Ensuite, avec des gouvernements contrôlés par les forces populistes : *Fidesz* en Hongrie (depuis 2010), Droit et Justice en Pologne (2005-2007, puis depuis 2015), *Ano 2011* en République tchèque (2017-2021) ou les coalitions 5 Étoiles-La Ligue (2018-2019) puis Frères d'Italie-La Ligue-*Forza Italia* en Italie (depuis 2022). Or, le composé institutionnel et décisionnel complexe de l'UE fait des États, donc des gouvernements, à la fois des co-législateurs européens (avec le Parlement européen), mais aussi la partie nationale du double-pouvoir exécutif (avec la Commission, son administration et les agences européennes).

Si elle varie d'un parti à l'autre, la ligne des populistes eurosceptiques consiste à défendre la sortie de leur pays de l'UE (même si cette proposition a reculé depuis l'expérience du Brexit) et, dans l'intervalle, d'en subvertir le fonctionnement et les orientations politiques. Par exemple, en 2019, à l'approche des dernières élections au Parlement européen, l'actuel président d'Alternative pour l'Allemagne (AfD) déclarait lors du congrès de son parti que l'UE est « un appareil corrompu, gonflé, non démocratique et totalitaire de manière latente ». Il rappelait la nécessité de supprimer le Parlement européen (au motif qu'il ne peut exister que des parlements nationaux) quand le co-président de l'AfD, tête de liste du parti aux futures élections européennes, rappelait : « nous estimons donc que le décideur naturel de l'Union européenne est le Conseil et non le Parlement ». On peut voir là l'illustration de l'« anti-institutionnalisme sélectif » des populistes identifié par Brubaker et qui consiste à rejeter toutes les institutions qui pourraient s'intercaler entre le peuple et la décision comme expression de sa volonté<sup>75</sup>. Que ces institutions agissent comme autorités indépendantes (Commission européenne, BCE, CJUE, tribunaux) ou qu'elles remplissent des fonctions de médiation (CESE, médias, corps intermédiaires). Arène où s'affirment légitimement la souveraineté des Nations,

74 Sur ce concept et son analyse, voir S. GEORGE, « Britain: Anatomy of a Eurosceptic State », *Journal of European Integration*, vol. 22, n° 1, 2020.

75 R. BRUBAKER, « Why populism? », art. cit.

le Conseil – le Conseil des ministres (co-législateur avec le Parlement) et le Conseil européen (co-exécutif avec la Commission) – est vu par les populistes comme le seul véritable instrument de « reprise de contrôle » des peuples au sein d’une architecture institutionnelle abondamment détestée et contestée.

Les responsables de l’UE ont donc dû à la fois concevoir et mettre en œuvre des réformes destinées à limiter la prise donnée aux critiques répétées des partis populistes, mais aussi apprendre à négocier au sein même des instances décisionnelles de l’UE avec des partenaires populistes pour façonner la législation et les politiques européennes. Bon nombre des changements et innovations qui sont intervenus, depuis maintenant 30 ans, tant dans le fonctionnement des institutions de l’UE que dans l’orientation de ses politiques peuvent d’ailleurs se lire comme une série de réponses adaptatives plus ou moins coordonnées à cette menace populiste devenue une épreuve *interne* au fonctionnement institutionnel de l’UE. Si on considère la question du point de vue des trois ordres de critique que l’on a proposé de distinguer – les blâmes du laisser-aller, de l’abandon et l’opacité –, on porte un regard différent sur les efforts déployés par la Commission pour améliorer la communication des institutions vers les populations des États membres, réformer le processus décisionnel, introduire des dispositifs de participation citoyenne, rendre la législation plus accessible, proposer une information et apporter davantage de transparence sur le rôle des acteurs non institutionnels (lobbyistes, experts, agents de plaidoyer). Considérées comme le principal foyer de la législation et des politiques des pays d’Europe, les institutions de l’UE sont peu visées par le blâme du laisser-aller, que les populistes destinent plutôt aux responsables nationaux. À juste titre d’ailleurs. Avec quelque 150 textes législatifs adoptés chaque année, un droit supranational juridiquement supérieur au droit national, des politiques réglementaires qui ont une incidence directe sur la répartition des ressources entre les individus, les groupes et les nations en Europe, les institutions de l’UE sont un centre de pouvoir aujourd’hui majeur. Conscients de cette nouvelle donne, les responsables des institutions de l’UE ont engagé au moment de la réalisation du Marché unique, dès avant le tournant Maastricht et la difficile ratification de ce traité (*v. supra*), un ensemble d’aménagements pour asseoir leur légitimité démocratique face aux blâmes de l’abandon et de l’opacité.

Les raisons pour lesquelles l’UE donne prise à la critique populiste sont connues. Contrainte de fabriquer des « compromis » pour une action commune en composant avec une diversité d’intérêts nationaux, de majorités gouvernementales et de familles politiques, le *modus operandi* de la décision européenne a historiquement refoulé la logique du rapport de force partisan pour lui préférer la négociation d’accords fondés sur le pragmatisme et la rationalité technique. Agissant à la façon d’un « super-État régulateur »<sup>76</sup> fondé sur une conception non majoritaire de la démocratie, l’UE est un archipel institutionnel dans lequel la capacité de décision se diffuse à travers un système polyarchique complexe et ne peut être neutralisée par la majorité. Les hauts fonctionnaires, les experts

76 G. MAJONE, *Dilemmas of European Integration. The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

et les représentants d'intérêt y occupent donc une place déterminante<sup>77</sup> aux côtés des responsables proprement politiques qui sont à la tête des institutions du gouvernement de l'UE. Peu couverte par la presse et les médias d'information, cette négociation européenne n'est la plupart du temps suivie que par les acteurs de la « *Brussels bubble* » : journalistes, experts et représentants des organisations directement intéressées par les affaires que traite l'UE. Cette scène décisionnelle plus technocratique que politique, dont le public et l'espace médiatique se limitent aux seuls *stakeholders* des affaires communautaires<sup>78</sup>, est une cible de choix pour les populistes qui souhaitent un lien sans intermédiaires entre la volonté du peuple et l'action du pouvoir. Dès le tournant du TUE et face aux difficultés rencontrées pour sa ratification, la Commission a engagé en 1993 un processus pour changer la pratique et l'image de la décision européenne : constitution d'une Commission chargée d'établir « un diagnostic » et de « formuler des recommandations stratégiques » pour refonder la politique d'information-communication de l'UE<sup>79</sup> ; adoption d'une déclaration institutionnelle<sup>80</sup> faisant suite aux recommandations que la conférence intergouvernementale avait adjointes au TUE quant aux nouvelles exigences en matière de transparence des procédures décisionnelles et de lisibilité des textes communautaires<sup>81</sup>.

Depuis cette première batterie de réponses à la critique déjà ancienne, mais désormais pressante du « déficit démocratique » de l'UE, la stratégie de communication, la politique de transparence et la procédure décisionnelle ne vont cesser d'être ajustées. En 1997, le processus de démocratisation de l'UE est renforcé sur le plan formel comme procédural par plusieurs nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam qui consacre le Parlement européen comme co-législateur et qui limite drastiquement le champ où l'unanimité sera requise au Conseil. Mais les nouvelles menaces et les difficultés que traverse l'UE contraignent ses responsables à toujours approfondir la réforme démocratique. L'année 1999 est marquée par la démission de la Commission Santer, emportée par un scandale de corruption, et des élections européennes qui confirment la poussée de l'euroscpticisme. Au terme du scrutin, les élus euroscptiques au Parlement européen se réunissent pour fonder un nouveau groupe politique : le Groupe pour l'Europe des Démocraties et des Différences. Le livre blanc que la Commission publie en 2001 entend « renouveler la méthode communautaire en suivant une approche

77 Sur le rôle des experts et la structuration d'une « administration parallèle d'agences et de comités européens » qui entourent la Commission dans son travail de préparation et d'exécution de la législation européenne, voir J. TRONDAL, *An Emergent European Executive Order*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

78 P. ALDRIN, N. HUBÉ, « L'Union européenne, une démocratie de *stakeholders* », art. cit.

79 Groupe pluridisciplinaire d'experts (journalistes, universitaires, artistes, publicitaires, fonctionnaires nationaux et européens) présidé par l'eurodéputé belge Willy de Clercq, Cf. W. DE CLERCQ, *Réflexion sur la politique d'information et de communication de la Communauté européenne*, Bruxelles, Éditions de la Commission européenne, 1993.

80 Voir les déclarations 17 (« La transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions ainsi que la confiance du public envers l'administration ») et 39 (« la qualité rédactionnelle de la législation communautaire est essentielle si on veut qu'elle soit correctement mise en œuvre par les autorités nationales et mieux comprise par le public et dans les milieux économiques ») adossées au TUE.

81 Interinstitutional Declaration on Democracy, Transparency & Subsidiarity, *Bulletin of European Communities*, n° 10, 1993. Signée conjointement par le Conseil, le Parlement et la Commission, ce texte est présenté comme une avancée démocratique nécessaire qui promeut une plus grande transparence des processus décisionnels et clarifie les conditions restrictives d'applicabilité du principe subsidiarité.

qui parte davantage de la base que du sommet »<sup>82</sup> et, ce faisant, apporter des correctifs aux défauts de visibilité, de lisibilité et d'ouverture du processus décisionnel de l'UE. Fondée sur des mots d'ordre tels que « participation », « consultation », « transparence » ou « écoute », la gouvernance selon Bruxelles traduit un projet de démocratisation procédurale qui vise une meilleure légitimation de l'action publique européenne. Alors qu'en 2004 les populistes confortent encore leur poids politique au sein du Parlement européen<sup>83</sup>, la crise déclenchée par le rejet du TCE l'année suivante oblige la Commission à renforcer massivement son appareillage participatif<sup>84</sup> et communicationnel<sup>85</sup>. Le Traité de Lisbonne (2007) introduit plusieurs innovations qui constituent autant de tentatives de contrefeux à la critique populiste : clarification des compétences, prise en compte des résultats des élections au Parlement européen pour désigner le/la président·e de la Commission (qui deviendra le principe du *spitzenkandidat*), création d'un mécanisme de pétitionnement populaire (avec l'initiative citoyenne européenne). Pas plus la détermination à « Mieux légiférer »<sup>86</sup> que le durcissement récent de la politique de transparence imposée par l'UE aux professionnels de l'influence (lobbyistes, agents de plaidoyers, avocats...), ces différentes innovations instrumentales et réformes institutionnelles ne semblent en mesure d'enrayer le succès des partis populistes eurosceptiques. Après la « crise des *subprimes* » (et les politiques d'austérité), la « crise des réfugiés » (et l'impossible accord sur leur accueil et leur répartition dans les États membres) et avant le « Qatargate », les partis populistes anti-Europe sont arrivés en tête en France, en Hongrie, en Italie et en Pologne lors des dernières élections au Parlement européen de 2019.

\*\*\*

Depuis trente ans maintenant, l'intégration européenne est devenue une scène de confrontation entre deux visions du gouvernement des sociétés. D'un côté, la technocratie, incarnation d'une façon de faire des politiques sans faire de la politique. De l'autre, le populisme, expression d'une volonté de faire de la politique sans les politiques<sup>87</sup>, notamment les « vieux » partis de gouvernement<sup>88</sup>. Sans cesse à la recherche du compromis possible, sur chaque dossier, l'Europe a fortifié année après année une mécanique de négociation décisionnelle sophistiquée permettant de dépolitiser en technicisant. À rebours de ce *making policy without politics* où les accords se concluent sur une rationalité *evidence-based* et non sur des lignes politiques, les forces et gouvernements populistes ont imposé une repolitisation de l'Europe, par la critique des procédures, des valeurs et jusqu'à l'idée même du projet

82 Commission européenne, *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, Luxembourg, OPCE, 2001.

83 Dans la 6<sup>e</sup> législature (2004-2009), sur 732 députés, le Parlement héberge bon nombre d'eurosceptiques : 37 dans le groupe Indépendance/Démocratie (I/D), 27 dans le groupe Union pour l'Europe des nations (UEN) ainsi qu'une vingtaine chez les « non-inscrits » avec, par exemple 6 élus Samoobrona (Autodéfense de la République de Pologne), 7 élus FN, 4 élus de la Ligue du Nord et 3 élus Vlaams Belang. Sur la façon dont ces élus s'impliquent dans le travail parlementaire, on peut lire avec intérêt N. BRACK, « S'opposer au sein du Parlement européen : le cas des eurosceptiques », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 18, n° 2, 2011.

84 Commission européenne, *Contribution de la Commission à la période de réflexion et au-delà. Le Plan D, comme Démocratie, Dialogue et Débat*, Luxembourg, OPCE, 2005.

85 Commission européenne, *Livre blanc sur une politique de communication européenne*, Luxembourg, OPCE, 2006.

86 N. RUBIO (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2018.

87 V. SCHMIDT, *Democracy in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

88 Et aussi C. BICKERTON, C. INVERNIZZI ACCETTI, « Populism and Technocracy: Opposites or Complements? », *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 20, n° 2, 2017.

d'intégration. L'idée d'unification européenne, une certaine conception de la démocratie et de l'État de droit, l'adhésion à des sociétés ouvertes, les progrès vers de nouveaux droits inclusifs, tout ce qui relevait au fond des évidences que l'on supposait unanimement partagées – ou presque – parmi les démocrates des États membres est insensiblement devenu un terrain de confrontation politique, un point de désaccord diplomatique, l'enjeu d'une dispute idéologique au sein des relations européennes.

Avec l'installation durable de partis populistes au pouvoir dans des États membres, l'UE se trouve confrontée à un problème qui n'est plus ni conjoncturel ni accidentel, mais bien structurel. Exacerbée par les réformes et la rhétorique des gouvernements populistes notamment en Hongrie et en Pologne, la mise en tension des logiques et des valeurs communes au fondement de l'unification est devenue intenable. La longue et âpre négociation pour l'adoption du « règlement sur la conditionnalité liée à l'État de droit » a finalement abouti. Entrée en vigueur en 2021, elle donne un moyen de pression à la Commission, celui de conditionner l'octroi aux États membres des fonds de l'UE sur le respect des principes et des droits démocratiques comme des institutions qui les garantissent. Si le dispositif n'a pas encore montré son efficacité, sa mise en œuvre apparaît comme le marquage d'une ultime ligne rouge entre deux conceptions du pouvoir inconciliables. Et, à ce titre, il enregistre l'échec des innombrables mesures d'immunisation prises pour enrayer la progression du populisme anti-Europe. Paradoxalement, elle signale aussi que les États membres, même dirigés par des partis europhobes, peuvent désormais difficilement imaginer leur destin en dehors du cadre européen. Même contraignante et détestée, l'architecture institutionnelle de l'UE permet à la fois aux gouvernements de concevoir de façon concertée les moyens de rendre gouvernables les problèmes transnationaux qui traversent les sociétés européennes et aux États de compter dans le jeu international, leur conférant une légitimité tant interne qu'externe<sup>89</sup>. L'achèvement dans la douleur du Brexit et l'invasion russe de l'Ukraine ont d'ailleurs encore affirmé cet étrange équilibre d'une européanisation avancée de la logique étatique. Européanisation que la donne populiste met fortement à l'épreuve sans disposer d'une réelle alternative qui lui permettrait d'assumer la rupture.

Si, comme l'écrit Jean Monnet dans ses mémoires, l'Europe ne peut être que « la somme des solutions » aux crises qu'affrontent ensemble les États qui la constituent, la lancinante crise populiste semble bien ressortir d'une logique inédite. Davantage que l'urgence de coordonner une réponse ou d'adapter un cadre d'action face à un contexte menaçant, elle s'apparente plutôt à une maladie chronique, une affection auto-immune logée durablement au sein même des structures politiques de l'UE et du corps social de ses États. Sans entraver totalement l'action européenne des États membres en tant qu'« union » politique, et malgré les réformes de démocratisation de l'UE, cette institutionnalisation lancinante de la critique populiste au sein du fonctionnement même des institutions de l'UE en parasite la mécanique, entame le consensus sur les valeurs au fondement de l'intégration (État de droit, libertés publiques, solidarité), brouille la voie et les lignes d'une possible « position commune » devant les nouveaux défis (fixer un cadre clair à la politique de l'asile et de la migration, redéfinir les limites géographiques et le système des alliances dans une scène internationale en

89 C. BICKERTON, *European Integration. From Nation-States to Member States*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

recomposition, arrêter une stratégie face aux ingérences étrangères dans les processus politiques et électoraux, etc.). Paradoxalement, en devenant parties prenantes du gouvernement du compromis qui caractérise le régime politique européen, les gouvernements et les élus anti-UE contribuent insensiblement à en contrarier l'efficacité et la lisibilité. Il ne faudrait pas se contenter d'y voir une simple ironie de l'histoire.

## CONSTITUTION ET POPULISME : APPROCHE THÉORIQUE

Xavier MAGNON<sup>1</sup>

Au risque de commencer par ce qui apparaît comme un lieu commun, assez agaçant d'ailleurs, des débuts d'intervention de colloque, dans lequel je sombre ici assez lamentablement, je dois concéder que le sujet proposé soulève de nombreuses difficultés d'ordre épistémologique qui rendent, pour le moins, redoutable son traitement.

Déjà, la production scientifique autour du populisme est pléthorique, en langue française<sup>2</sup> comme en anglais<sup>3</sup> et elle provient, de manière essentielle, de la science politique et de la sociologie. La maîtrise de l'appareil scientifique d'une discipline extérieure ne saurait donc être que toute relative, d'autant que nombreux sont ceux qui, au sein des disciplines en question, considèrent qu'il existe une forte incertitude sur le sens donné à l'expression, ce qui est, d'ailleurs, également un lieu commun dans toutes les analyses sur les concepts que de débiter son analyse par le constat de cette incertitude sémantique. Il semblerait pourtant, à lire de manière plus attentive les productions sur le concept de populisme, qu'il existe des traits communs aux populismes qui permettent de le caractériser malgré la diversité des formes qu'il peut prendre, du populisme d'Amérique du Sud, aux populismes d'extrême droit ou d'extrême gauche, boulangisme en France, populisme agraire aux États-Unis de la fin du XIX<sup>e</sup>, populisme russe de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, maccarthysme aux États-Unis, Podemos en Espagne, Mouvement 5 étoiles en Italie, Gilets jaunes en France, Tea partys aux États-Unis, Donald Trump aux États-Unis, Boris Johnson en Grande-Bretagne, Matteo Salvini en Italie, Viktor Orbán en Hongrie, Emmanuel Macron en France<sup>4</sup>, la liste a d'ailleurs tendance à s'allonger, ce qui n'a rien de rassurant....

---

1 Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

2 Voir notamment, pour des ouvrages: J. GAUBERT, *Malaise dans la démocratie contemporaine. Que faire du populisme?*, Philosophie politique, Kimé, 2021, 84 p.; Y. MÉNY et Y. SUREL, *Par le peuple, Pour le peuple, Le populisme et la démocratie*, Fayard, 2000, 328 p.; P. PERTINEAU, *Le populisme, Que sais-je?*, PUF, 2021, 128 p.; P. ROSANVALLON, *Le Siècle du populisme. Histoire, Théorie, critique*, Seuil, 2020, 288 p.; F. TAARONI, *L'esprit démocratique du populisme*, L'horizon des possibles, La Découverte, 2019, 312 p.; P.-A. TAGUIEFF, *L'illusion populiste*, Berg International, 2002, 182 p.

3 Voir notamment pour des monographies: M. CANOVAN, *Populism*, Harcourt Brace Jovanovich, New-York and London, 1981, 368 p.; G. FITZI, J. MACKERT, B. S. TURNER (dir.), *Populisms and the crisis of democracy. Vol. 1: Concepts and theory*, Routledge, 2018, 192 p.; L. GOODWYN, *Democratic Promise: The Populist Moment in America*, New York, Oxford University Press, 1976, 752 p.; C. MUDDE, C. ROVIRA Kaltwasser, *Populism: a very short introduction*, Oxford University Press, 2017, 136 p.; C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO et P. OSTIGUY, *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, 2017, 722 p.; P. TAGGART, *Populism*, Buckingham, Open University Press, 2000, 134 p. Voir, plus largement, la bibliographie proposée par P. PERTINEAU sur les principaux ouvrages de science politique sur le populisme, dans les deux langues: *Le populisme, op. cit.*, p. 14.

4 Voir en ce sens: J. SARDE, D. PEYRAT, « Le macronisme: un nouveau type sournois de populisme? », *Humanisme*, 2017/4, n° 317, p. 59-64.

Une première difficulté semble ainsi pouvoir être relativisée, l'établissement du sens du premier terme du sujet, à partir de la production scientifique sur cet objet. Du moins, et nous n'avons procédé qu'à un empirisme des discours sur le populisme et non pas à un empirisme sur les données à partir desquelles ces discours se sont construits, peut-on dégager des traits communs qui sont utiles à notre sujet, en particulier, pour appréhender les liens entre populisme et Constitution.

Trois éléments constitutifs du populisme, en rapport avec notre sujet, paraissent pouvoir être mis en évidence :

- l'*opposition conflictuelle* et constitutive *entre le peuple et les élites*, emportant une critique de ces dernières du fait de leur domination au sein des instances de pouvoir et, éventuellement, de leur caractère corrompu<sup>5</sup> ;
- la *trahison démocratique* et la dénonciation de la perte du pouvoir de décision du peuple, la démocratie étant dévoyée car le peuple n'est pas celui qui dispose du pouvoir<sup>6</sup> ;
- l'incarnation et la tendance à s'en remettre à un *leader charismatique*<sup>7</sup>, et donc une approche césariste de la démocratie.

Sur ce dernier point, l'on peut percevoir un paradoxe du populisme : le mauvais fonctionnement dénoncé de la démocratie, en ce que le peuple est privé de l'exercice du pouvoir, conduit à s'en remettre au pouvoir charismatique d'un chef, potentiellement en mesure de concentrer le pouvoir entre ses mains.

Ces trois éléments constituent des idées défendues par ceux qui sont qualifiés de populistes par les sciences sociales, même si, la troisième caractéristique n'est pas forcément assumée comme une idée, mais apparaît plutôt comme le résultat d'une pratique institutionnelle, quel qu'en soit le cadre (au sein d'un parti politique ou d'un mouvement social ou en tant qu' élu).

Sont ainsi écartés tous les éléments idéologiques plus partisans, rattachés en général au populisme, qualifiés par des dénominations finissant en « iste » : nationaliste<sup>8</sup>, antimondialiste, antieuropéen, xénophobe, nationaliste<sup>9</sup>, anti-intellectualiste<sup>10</sup>..., ce qui apparaît d'ailleurs d'autant plus pertinent que le populisme apparaît également comme étant inter ou trans idéologique, ne serait-ce que parce qu'il existe un populisme de gauche et un populisme de droite.

5 Voir, par exemple : P. PERTINEAU, *Le populisme, op. cit.*, p. 5, qui cite également en ce sens les travaux de C. MUDDE, « The populist Zeitgeist », *Government and Opposition*, vol. 39, no 4 (2004), p. 541-563.

6 Voir, par exemple, encore : P. PERTINEAU, *Le populisme, op. cit.*, p. 5, qui cite encore en ce sens les travaux de C. MUDDE, « The populist Zeitgeist », *Government and Opposition*, vol. 39, no 4 (2004), p. 541-563 ; voir également : F. TAARONI, *L'esprit démocratique du populisme, op. cit.*, p. 19.

7 Voir par exemple en ce sens : C. GODIN, « Qu'est-ce que le populisme ? », *Cités*, 2012/1, n° 49, p. 15-16. « Le leader populiste, qui ne représente pas mais incarne, prend le peuple au mot » (« Qu'est-ce que le populisme ? », *Cités*, 2012/1, n° 49, p. 15-16), « qu'il n'y a pas de populisme sans leaders. Le chef populiste est, pour reprendre les termes de la tripartition de Max Weber, charismatique, c'est-à-dire ni électif ni bureaucratique » (p. 16). Voir également sur la représentation en tant qu'incarnation avec les leaders des mouvements populistes : N. URBINATI, « Le populisme au pouvoir », *Esprit*, 2020/4, p. 77.

8 C. GODIN, « Qu'est-ce que le populisme ? », *précit.*, p. 13.

9 *Ibid.*

10 Voir par exemple sur les différentes dimensions idéologiques du populisme : C. GODIN, « Qu'est-ce que le populisme ? », *précit.*, p. 13 et p. 18.

Malgré ces traits caractéristiques, la qualification de ce qu'est le populisme en lui-même demeure discutée : un discours, un style discursif<sup>11</sup>, une rhétorique<sup>12</sup>, une idéologie, un instrument de conquête du pouvoir<sup>13</sup>, une insulte ? Par ailleurs, parfois, le populisme qualifie des partis politiques, parfois, il désigne des mouvements politiques. Nous retiendrons que le populisme est une doctrine politique, qualifiée comme telle par les sciences sociales, désignant un phénomène social se caractérisant par la défense par des partis ou des mouvements politiques d'un certain nombre de valeurs communes et, en l'occurrence, les trois valeurs communes que nous avons mises en évidence.

Pour éclairer encore le sens du terme, il convient d'insister sur le fait que le populisme apparaît comme la qualification permettant de désigner certaines pratiques de partis ou de mouvement politiques, qui n'utilisent pas toujours cette qualification pour se désigner eux-mêmes<sup>14</sup>. Pour le dire autrement, la qualification de populisme ou de populiste est, le plus souvent, extérieure à ceux qui sont censés porter ces valeurs. Elle est le fait de ceux qui observent des partis et mouvements politiques, elle n'est pas intérieure à ceux-ci. Souvent, elle est une doctrine politique qui n'est pas revendiquée par ceux qui la défendent, mais qui est un qualificatif retenu par ceux qui les observent.

Sans trop de surprise, il se trouve que le qualificatif a précisément une connotation péjorative<sup>15</sup> : « qualifier de “populiste” n'est pas décrire, mais disqualifier »<sup>16</sup>. Sous cet angle, ce qualificatif peut précisément être l'expression de ce que dénoncent les populistes, le mépris des élites vis-à-vis du peuple dans la mesure où il stigmatise une revendication à la défense du pouvoir rendu au peuple.

Cette dimension péjorative contribue, évidemment, à discréditer la dimension critique proposée par les discours populistes à l'encontre des régimes démocratiques. À qualifier de populiste, on disqualifie les valeurs qu'ils défendent. Ce discrédit peut d'ailleurs nourrir une certaine cécité dans une lecture critique du fonctionnement de nos régimes démocratiques. Il n'est peut-être d'ailleurs pas anodin de relever, qu'en France, la méfiance vis-à-vis du référendum provient, sans doute, du lien que son usage entretient avec le populisme, pensons aux plébiscites napoléoniens, à la défense du référendum par le boulangisme ou encore à l'usage plébiscitaire en 1969 du référendum de l'article 11 de la Constitution. Le discrédit sur ceux qui ont usé du référendum, du fait de la dimension césariste de cet usage, se reporte sur l'usage de la technique elle-même.

11 F. TAARONI, *L'esprit démocratique du populisme*, op. cit., p. 10.

12 Ainsi, pour C. GODIN, « le populisme est moins une idéologie qu'une rhétorique » (« Qu'est-ce que le populisme ? », *précit.*, p. 15).

13 N. URBINATI considère à cet égard que « Le populisme n'est pas une idéologie, c'est un instrument de conquête du pouvoir » (« Le populisme au pouvoir », *précit.*, p. 80).

14 Pour autant, le président Emmanuel Macron a pu accepter d'être qualifié lui-même de populiste, en un certain sens : « Si être populiste, c'est parler au peuple de manière compréhensible sans passer par le truchement des appareils, je veux bien être populiste », entretien au *Journal du Dimanche*, 18 mars 2017, en ligne, [<https://www.lejdd.fr/Politique/Macron-Appellez-moi-populiste-si-vous-voulez-855110>].

15 Voir néanmoins pour une présentation historique du populisme, notamment en tant que courant littéraire : Ph. Raynaud, « Les origines du populisme », *Vie publique*, 8 janvier 2020, [<https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/271075-les-origines-du-populisme-par-philippe-raynaud>].

16 C. GODIN, « Qu'est-ce que le populisme ? », *précit.*, p. 12.

Cette même dimension péjorative soulève la question du rapport entretenu entre le populisme et la démocratie et, en particulier, celle du caractère accidentel ou consubstantiel du premier vis-à-vis du second dans l'évolution des régimes politiques. Il semble sur cette question que le populisme soit consubstantiel au régime démocratique<sup>17</sup> et qu'il ne soit pas accidentel. L'on peut suivre ici le commentaire de C. BOUILLAUD sur l'ouvrage de Y. MÉNY et Y. SUREL, *Par le peuple, Pour le peuple, Le populisme et la démocratie* : « Le populisme constitue d'abord l'expression de la tension constitutive des démocraties modernes telles qu'on les connaît *mutatis mutandis* depuis la Révolution américaine de 1776. Celles-ci sont en effet constituées d'un mélange indissociable du principe libéral et constitutionnel où le droit libère et où le pouvoir arrête le pouvoir et du principe de souveraineté populaire où la légitimité dernière de tout pouvoir dérive de l'élection. Du coup loin d'être un accident du régime démocratique contemporain le populisme s'inscrit dans sa nature même »<sup>18</sup>.

Il suffit de rappeler ceux qui, les premiers, ont catégorisé et pensé la succession des régimes politiques. Le « gouvernement constitutionnel » défendu par Aristote est celui qui mêle à la fois la démocratie et l'oligarchie, ce qui témoigne de ce qu'un régime idéal met en tension le pouvoir reconnu aux élites et celui reconnu au peuple<sup>19</sup>. Aristote dénonce par ailleurs le risque couru par les démocraties du fait des démagogues, le pouvoir donné au peuple laisse entrevoir le possible développement de démagogues et donc de leaders charismatiques<sup>20</sup>. Dans son analyse de la succession des régimes, Platon considère que c'est la tyrannie, et donc la remise du pouvoir à un seul homme, qui est le régime qui succède à la démocratie du fait du pervertissement de ce dernier régime<sup>21</sup>. Chacune des trois caractéristiques du populisme que nous avons retenues se rattache, ici, directement aux risques inhérents au fonctionnement démocratique, tels qu'ils ont pu être perçus, dès l'origine, à partir des analyses qui ont été menées sur la démocratie.

S'il apparaît comme inhérent à la démocratie, le populisme n'en est pas moins, d'un point de vue quantitatif, un marqueur du degré de crise d'un régime démocratique. Plus il se développe et plus les maux du fonctionnement du régime démocratique sont manifestes. Le populisme permet ainsi de mesurer si ce n'est *le*, mais, au moins, *un* niveau de crise démocratique d'un régime donné. Il est le reflet d'une « démocratie d'affect » et il « est moins la trahison de la démocratie que sa caricature »<sup>22</sup>.

17 Voir notamment en ce sens : G. MAUGER, « Populisme (2) », *Savoir/agir*, 2011/1, n° 15, p. 86.

18 C. BOUILLAUD, *RFSP*, n°1-2, 2001, p. 299.

19 Aristote, *Les politiques*, Le Monde de la Philosophie, Flammarion, 2008, Livre IV, Chap. 8, Le gouvernement constitutionnel, p. 219-221. « Le gouvernement constitutionnel est, pour parler schématiquement, un mélange d'oligarchie et de démocratie » (p. 219) « comme il y a trois titres pour revendiquer l'égalité dans la constitution, la liberté, la richesse et la vertu (le quatrième, en effet, ce que l'on appelle la naissance illustre, accompagne les deux derniers, car la naissance illustre c'est une richesse et une vertu anciennes), il est manifeste qu'il faut appeler gouvernement constitutionnel le mélange de ces deux éléments, les gens aisés et les gens modestes, et que le mélange des trois sera appelé une aristocratie à plus juste titre que les autres formes, exceptée la forme véritable et première de l'aristocratie » (p. 221).

20 Aristote, *Les politiques*, *op. cit.*, Livre V, Chap. 5, Les changements dans les démocratie, p. 276-279.

21 Platon, *La République*, Le Monde de la Philosophie, Flammarion, 2008, Livre VIII, plus particulièrement sur la démocratie, p. 504 et s., et la transformation de la démocratie en tyrannie p. 520 et s.

22 C. GAUDIN, « Qu'est-ce que le populisme ? », *précit.*, p. 16.

Au-delà de ce contexte de sens, une autre difficulté surgit dans la lecture du rapport existant entre Constitution et populisme, qui sont des objets différents. L'intitulé du sujet convoque de manière simultanée une doctrine politique, le populisme, et une catégorie de normes, la norme constitutionnelle, et donc un instrument technique. Si le populisme est une doctrine politique, la Constitution sera définie comme étant un texte juridique qui, potentiellement, peut avoir n'importe quel contenu et qui se caractérise, de manière formelle, par la procédure de production la plus renforcée qui soit dans l'ordre juridique. Sous l'angle des rapports entre ces deux éléments, deux perspectives sont envisageables.

La Constitution, en tant que réceptacle de valeurs, peut être le reflet de valeurs populistes. Elle en serait l'expression et la traduction, selon des modalités qu'il convient de préciser. L'on peut alors s'interroger sur ce que seraient les traits caractéristiques d'une Constitution populiste, que les populistes adoptent une nouvelle Constitution ou qu'ils révisent le texte existant. Plus largement, il est possible de s'interroger sur ce que le populisme affecte dans la pratique constitutionnelle, quand bien même le cadre constitutionnel ne serait pas lui-même populiste. Si la Constitution n'est pas populiste, l'exercice du pouvoir, encadré par celle-ci, pourrait l'être, lui-même. Il y aurait ainsi un *régime* populiste, sans *Constitution* populiste. Cette réflexion permet de mettre en évidence ce que le populisme rejette dans les dispositifs et les mécanismes constitutionnels prévus dans nos systèmes juridiques démocratiques, libéraux et fondés sur l'État de droit. Il s'agira ainsi de mettre en évidence *ce que le populisme fait à la Constitution ou au régime constitutionnel (I)*.

Il est ensuite possible d'envisager le populisme en tant que conséquence de certaines faiblesses des Constitutions ou de leur mise en œuvre pratique. Il serait alors un marqueur d'un dysfonctionnement constitutionnel. Le populisme ne serait en effet qu'un marqueur de ce dysfonctionnement, consubstantiel au fonctionnement même de la démocratie, et il inciterait ainsi à proposer des remèdes constitutionnels permettant d'en éviter le développement. Sous cet angle, il faudra apprécier *ce que la Constitution peut faire contre le populisme (II)*.

## **I. Ce que le populisme fait à la Constitution ou au régime constitutionnel**

Le populisme peut affecter aussi bien le fonctionnement d'un régime déterminé, et donc la pratique institutionnelle du pouvoir, que le cadre constitutionnel dans le cadre duquel elle se développe. Il convient de mettre en évidence en quoi les valeurs défendues par les mouvements populistes affectent le fonctionnement démocratique.

Cette appréciation peut se développer de manière analytique, à partir de valeurs défendues par ces mouvements et des conséquences logiques qu'elles impliquent, et donc à partir des discours analysant le phénomène (A) ou, de manière empirique à partir des discours, des propositions concrètes des différents partis et mouvements populistes et donc à partir de ce que disent les acteurs du phénomène lui-même (B). La première lecture demeure plus facilement réalisable que la seconde, compte tenu de la diversité des courants populistes et de leur revendication, et sans doute les propos qui seront tenus au cours de ces journées éclaireront la lecture partielle proposée ici.

## A. Une appréciation analytique générale

Sous l'angle analytique, il est un premier constat : en raison du lien qu'il entretient avec la démocratie, le populisme ne saurait remettre en cause la démocratie elle-même dans son sens premier, de production des normes par les destinataires de celle-ci<sup>23</sup>, dès lors qu'il défend le pouvoir rendu au peuple. Certes, cette dimension peut être pervertie, par la remise du pouvoir à un seul leader charismatique, mais sa légitimité n'en reposera pas moins sur le principe démocratique. Le césarisme démocratique repose sur la légitimité populaire du pouvoir. Il n'est d'ailleurs pas anodin, nous y reviendrons, que les populistes défendent un usage accru des mécanismes démocratiques tels que le référendum, y compris s'il s'agit de le mobiliser de manière dévoyée, dans une logique plébiscitaire. La démocratie n'est donc pas la cible du populisme, celui-ci se nourrit de celle-là et ce sont donc les deux autres valeurs de nos sociétés modernes occidentales contemporaines qui sont attaquées, à savoir le libéralisme et l'État de droit.

Sous cet angle, quatre constats semblent pouvoir être dressés sur les tendances populistes vis-à-vis de ces dernières valeurs :

- la lutte contre tout pouvoir indépendant du politique dans l'État et c'est donc la puissance juridictionnelle qu'il importe de soumettre au politique, quels que soient les moyens mobilisés pour le faire, juridiques ou politiques ;
- la marginalisation de toute opposition et donc le rejet de tout pluralisme politique. C'est alors moins la démocratie en elle-même qui est affectée, que la qualité de son fonctionnement ;
- la remise en cause, de manière démagogique, de certains droits ou libertés qui demeurent souvent fragiles car sensibles, d'un point de vue moral, dans nos régimes, comme, par exemple, l'interdiction de la peine de mort ;
- la mainmise sur l'administration centrale et donc sur la haute administration pour disposer d'une capacité effective de gouverner. La question n'est pas qu'une question structurelle, d'infrastructure, elle est également politique car un gouvernement, quel qu'il soit, doit disposer de la haute administration pour pouvoir valablement mettre en œuvre sa politique. En pratique, la capacité du parti populiste à disposer de hauts cadres compétents est un élément décisif dans la mise en œuvre d'une politique.

De manière plus concrète, il est possible de proposer quelques pistes plus précises de concrétisation d'un programme constitutionnel du populisme à partir de la distinction proposée par Margaret Canovan entre quatre variantes de populisme politique : la *dictature populiste*, à savoir un régime autoritaire de type national-populaire ; la *démocratie populiste* qui, comme la Suisse, défend l'usage de techniques de démocratie directe et semi-directe ; le *populisme réactionnaire*, qui entend exprimer les préoccupations de la majorité silencieuse même si celle-ci véhicule des sentiments de xénophobie et d'exclusion ; et le *populisme des politiciens* qui appelle au rassemblement du peuple au-delà des clivages idéologiques et politiques<sup>24</sup>.

23 Voir *infra*.

24 M. CANOVAN, *Populism, op. cit.*, p. cité en ce sens par P. PERTINEAU, *Le populisme, op. cit.*, p. 31.

Au regard de la Constitution, le premier populisme s'inscrit dans une logique révolutionnaire, aussi bien politique que juridique, dans lequel l'adoption d'une nouvelle Constitution semble être le minimum exigible. Le second est reflété par un régime trop connu pour qu'il soit besoin de le rappeler en détail, le système suisse. Le troisième affecte essentiellement les valeurs libérales là, où le dernier ne fait du populisme qu'un discours permettant de réunir des électeurs derrière la candidature d'un leader politique.

Plusieurs distinctions sont ensuite nécessaires selon que le populisme est porté par un groupement souhaitant accéder au pouvoir ou par un groupement qui ne souhaite pas le faire<sup>25</sup>, ce que l'on pourra synthétiser par la distinction entre un *populisme de pouvoir* et un *populisme de contestation*. Lorsqu'il n'y a qu'un mouvement, et non pas un parti, la figure du leader est déjà moins prégnante, elle a même pu être rejetée par certains d'entre eux comme, par exemple, les Gilets jaunes ou Podemos, parce qu'il n'est pas nécessaire d'une incarnation permettant d'accéder au pouvoir. De tels mouvements, sans qu'il s'agisse ici de décrire précisément les deux mouvements mentionnés, défendent un large discrédit sur les institutions et l'exercice du pouvoir et donc sur la production normative et génèrent ainsi un climat délétère du régime démocratique qui se traduit, en pratique, par un taux d'abstention élevé. Ils conduisent également à la radicalisation du discours politique. Le discrédit vis-à-vis du discours politique classique est de mise. De manière radicale, l'on peut considérer que la multiplication de tels mouvements laisse peser un climat insurrectionnel. Ces instruments sont également mobilisés par le populisme de pouvoir, mais dans une visée ultime d'accession au pouvoir, ce qui impose un minimum de pensée constitutionnelle dans les directions précédemment esquissées.

Dans cette seconde situation, la manière dont on accède au pouvoir doit être envisagée par la révolution ou par la voie légale. Dans le second cas, il y a une acceptation des règles du jeu démocratique et toute la question se reporte alors sur la question de savoir ce qui sera fait, une fois au pouvoir : nouvelle Constitution ou révision de la Constitution. Le pari d'une nouvelle Constitution est pour le moins improbable, bien que défendu par certains, dans la mesure où il impose que ceux qui viennent d'accéder au pouvoir prennent le risque de le perdre au moment d'établir le nouveau régime, la dynamique à l'origine de l'élection se tarissant dans un processus constituant dont ils n'auraient pas la maîtrise. Le maintien du cadre constitutionnel demeure l'option la plus probable, avec une éventuelle modification de celui-ci. Plus précisément, en modifiant la Constitution lorsqu'il n'est pas possible de faire autrement, pensons par exemple à la nomination des membres d'une Cour constitutionnelle, et en ayant une pratique constitutionnelle de contournement des règles écrites. La pratique irrégulière du pouvoir paraît en effet la manière la plus économe d'exercer le pouvoir.

---

25 N. URBINATI distingue en ce sens le populisme au pouvoir et le populisme comme mouvement (« Le populisme au pouvoir », *Esprit*, 2020/4).

## B. Une approche empirique partielle

Sous un angle empirique, nous nous contenterons de deux exemples de revendications constitutionnelles populistes, celles du boulangisme et celles, pour retenir un élément d'actualité au moment de la tenue de ces propos, des partis qualifiés de populistes présentant un candidat à l'élection présidentielle française de 2022.

Sous l'angle constitutionnel, il faut se tourner vers les écrits d'Alfred Naquet pour disposer de la formulation la plus aboutie des propositions constitutionnelles du boulangisme. Pour ce qui nous intéresse, c'est l'usage du référendum qui apparaît comme l'élément le plus constructif et le plus novateur dans les propositions constitutionnelles, qu'il s'agisse des référendums constitutionnels obligatoires, l'initiative et le veto populaire. A. Naquet propose ainsi, sans toujours que les propositions ne soient très claires, un référendum préalable obligatoire, un référendum de révision constitutionnelle<sup>26</sup> et un référendum obligatoire<sup>27</sup>, en ayant comme référent sur la question l'exemple suisse<sup>28</sup>.

Le programme des candidats populistes aux élections présidentielles de 2022 est aussi pertinent dans cette lecture des programmes constitutionnels<sup>29</sup>.

Jean-Luc Mélenchon<sup>30</sup> défend la mise en place d'une assemblée constituante pour une VI<sup>e</sup> République qui devra « abolir la monarchie présidentielle ». Des orientations générales du nouveau régime sont défendues, sans trop de précision, ce qui est compréhensible, mais, surtout, non sans un paradoxe certain, des orientations pensées à partir du cadre de la V<sup>e</sup> République : un régime parlementaire, le renforcement de la responsabilité du gouvernement devant le Parlement, la mise en place d'un scrutin proportionnel dans le cadre départemental, la suppression du 49-3 de la Constitution du 4 octobre 1958. Si l'objectif poursuivi consiste à « balayer l'oligarchie, abolir les privilèges de la caste », est également défendue « une République permettant l'intervention populaire » et le recours à des techniques de démocratie directe et de démocratie participative. Un référendum d'initiative citoyenne pour une révocation populaire, pour l'abrogation de la loi et la modification de la Constitution et une initiative populaire avec convention citoyenne.

Le programme constitutionnel de Marine Le Pen<sup>31</sup> est réduit. Seuls le référendum d'initiative populaire et la proportionnelle sont préconisés.

26 A. NAQUET, *Questions constitutionnelles*, Librairie E. DENTU éditeur, 1883, voir respectivement p. 28 et p. 29.

27 A. NAQUET, « *Discours du 28 septembre au cercle révisionniste de Marseille : le général Boulanger, la révision, la République* », 1888, p. 46.

28 A. NAQUET, *Questions constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 50 et s., « je suis donc plébiscitaire, comme l'est la Suisse, comme l'ont été nos pères. Je suis plébiscitaire parce que je suis démocrate (p. 56). Je suis plébiscitaire parce que je ne veux déposer la souveraineté dans aucun corps constitué ; parce que je veux la réserver intégrale et complète au pays. Voilà, messieurs, ma manière d'être Césarien » (p. 57).

29 Les références qui suivent sont celles des programmes mis en ligne par les candidats sur le site officiel de campagne.

30 [<https://laec.fr/chapitre/1/democratie-et-institutions>].

31 [<https://mlafrance.fr/pdfs/manifeste-m-la-france-programme-presidentiel.pdf>].

Éric Zemmour<sup>32</sup> entend « rendre la parole au peuple ». Il propose d'« organiser, en même temps que les élections législatives suivant l'élection présidentielle, un grand référendum sur l'immigration, la sécurité et la justice ». Plus largement, il souhaite « favoriser l'usage du référendum » et « instaurer un référendum obligatoire pour toute proposition de révision de la Constitution, ratification de traité européen ou élargissement de l'Union européenne ». Il entend mettre « fin au gouvernement des juges », en instaurant « la supériorité des nouvelles lois nationales » sur les engagements internationaux, par une modification de l'article 55 de la Constitution. Il veut enfin donner au Parlement « le dernier mot en cas d'inconstitutionnalité d'une loi par un vote du Parlement réuni en Congrès à la majorité des 3/5 ».

Le dernier candidat populiste, Emmanuel Macron, en tant que candidat président, ne s'est risqué à aucune proposition institutionnelle particulière<sup>33</sup>.

Cette présentation mérite d'être éclairée par les propositions des autres candidats pour pouvoir apprécier la singularité éventuelle ou les tendances électorales du moment. Yannick Jadot<sup>34</sup> défend « une démocratie forte et vivante, condition indispensable à la transition climatique », tout en précisant que « l'ensemble des mesures qui visent à redonner du souffle à notre vie démocratique seront présentées ultérieurement, à la suite d'une réflexion menée par des citoyennes et des citoyens ». Il préconise la séparation de l'État et des lobbys.

Fabien Roussel<sup>35</sup> entend « bâtir une nouvelle République » et « rendre au peuple sa pleine souveraineté ». Il veut « mettre un point final au présidentielisme », instaurer une proportionnelle intégrale, un droit de pétition ouvert à 500 000 citoyens imposant une inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale, l'abaissement du seuil de déclenchement de référendum d'initiative parlementaire de l'art. 11 de la Constitution à 1 million de citoyens et l'instauration de conférences citoyennes pour l'élaboration de la loi.

D'un point de vue institutionnel, Valérie Pécresse<sup>36</sup> ne propose rien ; si ce n'est l'inscription du droit à la sécurité dans la Constitution.

Anne Hidalgo<sup>37</sup> est sans aucun doute celle qui développe les propositions les plus abouties. À l'appui d'« une république vivante, une démocratie continue », l'usage de cette dernière expression dévoilant sans doute celui qui a inspiré ces mesures, elle préconise un référendum d'initiative populaire avec un seuil de 1 million, la création d'un référendum d'initiative constitutionnelle, tout en encadrant

32 [https://assets.nationbuilder.com/themes/61c071ce4764e8b1483d1a8c/attachments/original/1648220408/programme\_eric\_zemmour\_presidentielle\_2022.pdf?1648220408].

33 [https://avecvous.fr/wp-content/uploads/2022/03/Emmanuel-Macron-Avec-Vous-24-pages.pdf].

34 [https://assets.nationbuilder.com/themes/61c071ce4764e8b1483d1a8c/attachments/original/1648220408/programme\_eric\_zemmour\_presidentielle\_2022.pdf?1648220408].

35 [https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/fabienroussel2022/pages/217/attachments/original/1643038967/exe\_la\_france\_des\_jours\_heureux\_LIVRE\_stc.pdf?1643038967].

36 [https://valeriepecresse.fr/wp-content/uploads/2022/03/Programme-Valerie-Pecresse.pdf].

37 [https://assets.nationbuilder.com/2022avechidalgo/pages/208/attachments/original/1645795527/Anne\_Hidalgo\_Programme\_officiel\_en\_A4\_l%C3%A9ger.pdf?1645795527].

l'exercice de ces droits sous l'égide d'un Conseil de la société civile et de conférences départementales de la participation. Elle défend la revalorisation du rôle du Parlement, la limitation de l'usage du 49-3, le principe d'un scrutin mixte (majoritaire et proportionnel) pour la désignation des députés, la place du Premier ministre en tant que chef de la majorité et la transformation de l'art. 16 de la Constitution en habilitation constitutionnelle pour permettre la mise en place de l'état d'urgence.

De manière comparée et globale, une revendication à plus de démocratie, par les moyens de démocratie directe ou de démocratie participative ou délibérative<sup>38</sup>, n'est pas l'apanage exclusif des candidats populistes, ce qui témoigne d'une remise en cause assez étendue du fonctionnement démocratique actuel de notre régime.

## II. Ce que la Constitution peut faire contre le populisme

Alors que le populisme se nourrit de la méfiance vis-à-vis des élites, il faut sans doute penser à témoigner d'une plus grande confiance au peuple par une redynamisation de la démocratie, en usant de nouvelles techniques permettant au peuple de participer à la production des normes. Le pari de la confiance au peuple, qui se concrétise par l'usage ou la mise en place de procédures de participation plus directes à la production normative, apparaît comme un moyen de lutter contre l'un des critiques essentielles que le populisme adresse à nos régimes démocratiques contemporains. Il faut ici se nourrir de deux concepts qui aujourd'hui dominent dans les sciences sociales dans la défense de nouvelles procédures démocratiques, les concepts de démocratie participative et de démocratie délibérative (A) pour réimaginer les techniques démocratiques de demain (B).

### A. Repenser la démocratie : les démocraties participative et délibérative

Les concepts de démocratie délibérative et de démocratie participative nourrissent aujourd'hui la réflexion sur le renouveau démocratique<sup>39</sup>. Ces concepts demeurent toutefois des concepts développés par la science politique et leur prise en compte, sérieuse, par les juristes n'est encore que récente. S'il est possible de proposer une approche juridique et conceptuelle permettant de différencier ces deux concepts, ce qui n'est pas toujours le cas dans la doctrine<sup>40</sup>, leur mise en œuvre technique passe

38 Voir sur ces deux concepts, *infra*.

39 L'on doit les termes de « démocratie délibérative » à Joshua Cohen : J. COHEN, « Deliberation and Democratic Legitimacy », in A. HAMLIN, P. PETIT (dir.), *The Good Polity. Normative Analysis of the State*, Oxford, Basil Blackwell, 1989 ; « The Economic Basis of Deliberative Democracy », *Social Philosophy & Policy*, 6/2, Spring, 1989, cité en ce sens par Y. SINTOMER, « Démocratie participative, démocratie délibérative : l'histoire contrastée de deux catégories émergentes », in M.-H. BACQUÉ *et al.*, *La démocratie participative*, Recherches, La Découverte, 2011, p. 123. Toutefois, le *deliberative turn* date des années 1990 : R. E. GOODIN, J. DRYZECK, « Deliberative Impacts: The Macro-Political Uptake of Mini-Publics », *Politics and Society*, vol. 34, 2006, p. 219. Les termes de « démocratie participative » ont été utilisés par C. PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge University Press, 1970, voir en ce sens, encore : Y. SINTOMER « Démocratie participative, démocratie délibérative : l'histoire contrastée de deux catégories émergentes », *précit.*, p. 117 ; S. HAYAT, S. HAYAT, « Démocratie participative et impératif délibératif : enjeux d'une confrontation », *précit.*, p. 103.

40 Voir, en particulier sur le flou conceptuel entourant la « démocratie participative » : L. BLONDIAUX, « L'idée de démocratie participative : enjeux, impensés et questions récurrentes », in M.-H. BACQUÉ (dir.), *Gestion de proximité et démocratie participative*, Recherches, La Découverte, 2005, p. 119-137, spécial. p. 119 et p. 126 et s. Voir encore : L. BLONDIAUX, Y. SINTOMER, « L'impératif délibératif », *Politix*, vol. 15, n° 57, 2002, *Démocratie et délibération*, p. 23 et s. ; S. HAYAT, « Démocratie participative et impératif délibératif : enjeux d'une confrontation », in M.-H. BACQUÉ *et al.*, *La démocratie participative*, Recherches, La Découverte, 2011, p. 102-112.

désormais, en pratique, par la mise en place d'assemblées citoyennes<sup>41</sup>. Démocratie délibérative et démocratie participative sont les dénominations de concepts qui proposent de renouveler la réflexion sur l'organisation démocratique ; les assemblées citoyennes en constituent les modalités pratiques de mise en œuvre. En s'appuyant sur des travaux antérieurs<sup>42</sup>, nous nous efforcerons ici de mettre en relief ce que recouvrent ces deux concepts, pour mieux mesurer leur apport à un renouvellement de la réflexion sur la démocratie.

Il faut sans doute commencer par proposer une définition juridique de la démocratie, en considérant qu'elle est une valeur qui impose la participation directe ou indirecte des bénéficiaires des normes juridiques à leur production. Il est possible de situer les deux concepts nouveaux au regard de cette définition. Si l'on trace à grands traits le sens général de ces concepts, l'on retiendra que la démocratie délibérative entend défendre la délibération comme processus déterminant et décisif dans les prises de décision, quelle qu'elle soit, y compris en dehors de la production de normes. Ce qui importe sous cet angle, c'est la manière dont on décide, en favorisant la délibération entendue, de manière moderne, comme un échange public d'arguments ou, de manière plus savante, comme « le processus dialogique de confrontation des arguments et d'évaluation de leur force respective dans le cadre d'une discussion entre parties défendant leur position »<sup>43</sup>.

La *démocratie délibérative* défend des qualités particulières du processus délibératif. Pour L. BLONDIAUX, trois principes qualitatifs sont en général retenus par les défenseurs de la démocratie délibérative : un « *principe d'argumentation* tout d'abord : le débat démocratique doit consister avant tout en un échange de raisons », « un *principe d'inclusion* ensuite : la discussion doit être ouverte au plus grand nombre, et dans l'idéal à tous ceux qui sont susceptibles d'être affectés par la décision » et un « *principe de publicité ou de transparence* enfin, qui distingue cette délibération d'autres formes de délibération moins démocratiques et ouvertes »<sup>44</sup>. Le même auteur retient, par ailleurs, cinq piliers sur lesquels s'appuie la démocratie délibérative : « la rationalité dans le processus d'échange argumentatif ; la réciprocité des arguments, au sens où les raisons avancées dans la discussion seraient susceptibles d'être acceptables par tous ; l'impartialité des participants auxquels s'imposerait l'obligation de mettre à distance leurs préjugés et d'être capables de s'ouvrir aux autres sans parti pris ; l'universalité d'un accord final, susceptible de transcender les points de vue particuliers »<sup>45</sup>.

41 A ainsi pu être constaté un *institutional turn* de la démocratie délibérative, avec la mise en place des assemblées citoyennes, voir : S. CHAMBERS, « Rhétorique et espace public : la démocratie délibérative a-t-elle abandonné la démocratie à son sort ? », *Raisons politiques*, 2011/2 n°42, p. 23.

42 Voir : « Que sont les « assemblées citoyennes » ? Saisir, juridiciser et concrétiser les concepts de démocratie, démocratie délibérative et démocratie participative », in M. STEFANINI FATIN-ROUGE et X. MAGNON (dir.), *Les assemblées citoyennes : nouvelle utopie démocratique ?*, Confluence des droits, DICE Éditions, 2022, p. 21-40, [<https://doi.org/10.4000/books.dice.10440>].

43 S. LAVELLE, « Délibération », in I. CASILLO, avec R. BARBIER, L. BLONDIAUX, F. CHATEAURAYNAUD, J.-M. FOURNIAU, R. LEFEBVRE, C. NEVEU et D. SALLES (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013.

44 L. BLONDIAUX, « L'idée de démocratie participative : enjeux, impensés et questions récurrentes », *précit.*, p. 127-128.

45 L. BLONDIAUX, « Démocratie délibérative vs. Démocratie agonistique ? Le statut du conflit dans les théories et les pratiques de participation contemporaines », *Raisons politiques*, 2008/2, n° 30, p. 136.

La *démocratie délibérative* met en évidence l'importance de la délibération dans le fonctionnement démocratique, que cette délibération aboutisse ou n'aboutisse pas à une décision. Le processus délibératif demeure plus important que le caractère décisionnel ou non décisionnel du processus. À cet égard, il existe deux manières d'envisager la démocratie délibérative selon le champ dans lequel il se déploie. Il peut concerner l'ensemble du champ social et toucher ainsi le « grand public », ou, de manière plus restreinte, à travers des mini-publics, *mini-populus* selon l'expression pionnière et explicite de Robert A. DAHL<sup>46</sup>. Le premier champ a pu être qualifié de « démocratie délibérative », le second de « délibération démocratique ». La réflexion sur le mécanisme délibératif se développe ainsi de deux manières différentes :

- soit, en défendant la constitution de mini-publics, construits pour être le fidèle reflet de l'ensemble du corps politique et/ou social, selon une logique de représentation miroir, au sein desquels il s'agira d'organiser une délibération permettant d'éclairer la ou les décisions publiques,
- soit, en envisageant, de manière extrêmement ambitieuse, les possibilités de permettre une meilleure délibération au sein de l'espace public dans son ensemble, ce qui implique la prise en considération de facteurs multiples et, en particulier, de « l'orateur, son audience, les médias et le contexte régulateur »<sup>47</sup>.

La *démocratie participative* ne remet pas en cause le cadre de la démocratie représentative. Elle s'y inscrit, mais elle entend proposer de nouvelles formes de participation citoyenne à la production des normes. Elle repose sur l'idée selon laquelle « la participation directe des citoyen·ne·s à la formation des décisions politiques est une condition majeure d'efficacité, de légitimité et de justice d'un système politique démocratique, font valoir avec raison leur inclusion dans des traditions théoriques de temps long, on peut néanmoins considérer que la formulation contemporaine de la démocratie participative date du début des années 1970 »<sup>48</sup>. La démocratie participative ne remet pas en cause « le cadre constitutionnel de la démocratie représentative », mais entend « le renouveler et l'enrichir par des procédures de démocratie directe », elle s'appuie « sur des formes institutionnelles précises et, en particulier, sur celle du budget participatif. L'outil méthodologique, avec ses règles formalisées, est à la source de la problématique et au cœur de la réflexion. Cette nouvelle démocratie participative est procédurale ; elle institutionnalise les valeurs de justice sociale ou d'égalité civique dans ses critères de répartition des ressources, et la procédure est conçue comme un instrument de justice distributive »<sup>49</sup>. Le peuple décide autrement, sans exclure pour autant les autres formes de participation (directe ou électorale). *La participation du peuple est décisionnelle*<sup>50</sup> ; elle s'insère dans la procédure de production

46 R. A. DAHL, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, p. 340.

47 *Loc. cit.*, p. 36.

48 S. HAYAT, « Démocratie participative et impératif délibératif : enjeux d'une confrontation », *précit.*, p. 103.

49 *Ibid.*

50 Voir, cependant, *contra*, considérant que la plupart des dispositifs participatifs, « à l'exception, mais dans certaines limites, du budget participatif de Porto Alegre ou des « enveloppes de quartier » dont certaines municipalités dotent parfois leurs structures de participation locale », ont « un caractère consultatif » : L. BLONDIAUX, « L'idée de démocratie participative : enjeux, impensés et questions récurrentes », *précit.*, p. 124. Cette lecture est toutefois une lecture des pratiques des processus participatifs et non pas une lecture théorique. L'auteur concède d'ailleurs plus loin, sous l'angle conceptuel, que « nul ne sait véritablement ce que recouvre la notion de « démocratie participative » » (p. 126). Voir encore, *contra*, J. MANSBRIDGE affirme par exemple que « certains théoriciens, comme Amy Guttmann et Dennis Thompson, considèrent les décisions

des normes sans pour autant emprunter la forme du référendum ou de l'élection. Les budgets participatifs ou les comités de quartier en sont la représentation la plus illustrative.

Ainsi exposés, ces deux concepts mettent en avant deux voies différentes pour redynamiser la démocratie, l'amélioration de la qualité de la délibération et la participation citoyenne sous la forme de mini-publics, dont il nous appartient à présent de penser les modalités pratiques de concrétisation.

## B. Réimaginer les techniques démocratiques

Le cadre de réflexion proposé entend intégrer au cadre institutionnel existant les apports des réflexions conceptuelles précédentes et les techniques préconisées. Il semble également qu'une redynamisation de la démocratie passe par la mise en place de technique de démocratie directe. Ainsi, trois directions méritent d'être suivies : l'amélioration de la qualité de la délibération, l'usage de la technique des mini-publics avec les assemblées citoyennes et celui des techniques de démocratie directe. La première voie mérite d'être envisagée à part des autres dans la mesure où elle concerne tous les organes collégiaux, quels qu'ils soient, qui sont amenés à délibérer, soit pour éclairer le processus de décision publique, soit pour adopter une décision publique. Les deux autres voies méritent d'être combinées et appréhendées aux différents stades de la production normative, de l'initiative, à la délibération jusqu'à la décision.

La réflexion menée ici repose sur l'idée que la participation renouvelée du peuple à la décision publique est nécessaire, non seulement pour redynamiser la démocratie, mais également pour donner confiance au peuple. La défiance actuelle du peuple face au principe représentatif et au fonctionnement classique des démocraties mérite d'être recherchée, du moins si l'on s'en tient à la France, dans le peu de moments donnés à la parole du peuple en dehors des élections. Faut-il rappeler que, sur les vingt-quatre révisions constitutionnelles de la Constitution du 4 octobre 1958, seules deux d'entre elles ont été adoptées par référendum et une seule, seulement, sur le fondement de l'article 89 de la Constitution, qui pose pourtant le principe de l'adoption des lois de révision constitutionnelle par la voie référendaire ?

Concernant l'amélioration de la qualité de la délibération, celle-ci passe par l'adoption de règles particulières destinées à garantir une délibération de qualité, à savoir, comme nous l'avons vu, une délibération informée, contradictoire, inclusive, égalitaire, rationnelle, objective, impartiale, transparente et tournée vers le bien commun. Si la défense de certaines de ses qualités relève de l'utopie naïve, pensons seulement au principe d'égalité qui ne saurait exister, l'adhésion à un discours dépendant de facteurs nombreux et subjectifs (et en particulier des qualités de l'orateur, des arguments, de la manière de s'exprimer, du moment où l'on parle, etc.), il n'en reste pas moins qu'il faut les voir

---

contraignantes comme une condition nécessaire de la démocratie délibérative. Certains réservent le terme de « démocratie délibérative » à des instances au sein desquelles la délibération aboutit à une décision exécutoire, et proposent le terme de « délibération démocratique » pour une délibération qui n'est pas contraignante mais adhère à d'autres normes démocratiques » (J. MANSBRIDGE, « Qu'apporte l'étude des *town meetings* à la quête d'une démocratie plus participative et délibérative ? », *Participations*, 2016/2 n° 15, p. 215).

comme des finalités générales à poursuivre dans la délibération. L'amélioration de la qualité de la délibération s'impose, on l'a dit, dans n'importe quelle structure délibérative, *a fortiori* si elle est composée de membres désignés de manière démocratique. Les assemblées parlementaires semblent être les plus concernées et les règles d'amélioration de la qualité de la délibération peuvent avoir pour objet autant les discussions plénières que les travaux en commission. Sans doute les règles visant à réduire la dimension partisane des débats permettent-elles d'améliorer la délibération sous réserve, une réserve incompressible, que la vision du bien commun n'est précisément pas la même chez tous les représentants, ce qui fait que même un argument objectif n'est pas toujours suffisant, en cette qualité seule, pour emporter la conviction.

La redynamisation de la démocratie par les mini-publics et les techniques de démocratie directe méritent d'être pensées à chaque stade d'un processus décisionnel.

Il faut rappeler que par « mini-public », il convient d'entendre une assemblée dont les membres sont désignés au *tirage au sort*<sup>51</sup>, afin de reproduire, à partir d'éléments statistiques, ceux qui sont censés être représentés. Lors de la première vague des dispositifs mini-publics, le choix des membres a reposé sur une « sélection aléatoire stratifiée, c'est-à-dire définissant préalablement des quotas correspondant à quelques grandes catégories sociologiques et recourant ensuite à la méthode aléatoire pour remplir les cases ainsi définies »<sup>52</sup>. Il s'agit de défendre une « représentation descriptive » et donc « d'utiliser le tirage au sort pour sélectionner un microcosme des membres de la société, un groupe qui ait les mêmes caractéristiques et la même diversité que l'ensemble des citoyens, mais à plus petite échelle. Statistiquement, lorsque l'on choisit selon la méthode aléatoire (en général couplée à des quotas) un groupe de quelques centaines de citoyens, cela tend à donner un échantillon représentatif de la population dans son ensemble »<sup>53</sup>. Cette logique entend résoudre le problème de la représentation consécutif et inhérent au régime représentatif, en supposant, ce qui est évidemment contestable, qu'un mini-public miroir de la société dans son ensemble, déciderait comme le ferait cette dernière. La déformation de la volonté populaire, liée à la représentation, serait ainsi corrigée par une reproduction de la volonté populaire à une échelle plus réduite.

Au stade de l'*initiative*, des mini-publics de proposition peuvent être constitués, que ce soit pour des propositions de loi ordinaires, mais aussi pour des propositions de lois de révision constitutionnelle. Le projet de loi sera ainsi le fruit d'une assemblée citoyenne, retenons cette dernière expression comme étant synonyme de mini-public, et disposera d'une légitimité populaire renforcée.

51 Le lien entre démocratie délibérative et tirage au sort est fait en première lieu par J. FISCHKIN, dans son ouvrage *Democracy and Deliberation. New Directions for Democratic Reform* (New Haven, Yale University Press) et aura un rôle décisif ensuite, celui-ci considérant que « le tirage au sort peut résoudre notre problème central de la conciliation entre délibération et égalité politique » (p. 90), voir en ce sens : J. TALPIN, « Le tirage au sort démocratise-t-il la démocratie ? Ou comment la démocratie délibérative a dépolitisé une proposition radicale », *Participations*, 2019, HS, p. 456.

52 Y. SINTOMER, « De la démocratie délibérative à la démocratie radicale ? Tirage au sort et politique au XXI<sup>e</sup> siècle », traduit de l'anglais par M. SAINT-Upéry, *Participations*, De Boeck Supérieur, 2019/1 n° 23, p. 38.

53 *Loc. cit.*, p. 40.

Plus largement, l'initiative populaire mérite d'être utilisée, de manière constructive, c'est-à-dire avec une proposition formellement rédigée, avec un seuil raisonnable de signatures exigées. Dans les deux cas, il est nécessaire que ces propositions, provenant soit du peuple, soit d'une assemblée citoyenne, soient discutées et même qu'il existe une obligation d'adopter un texte à partir de celui proposé, pour le Parlement, même si celui-ci, dans cette dernière hypothèse, pourrait modifier le texte dans son ensemble. L'existence d'une proposition valable impose que la thématique dans laquelle elle intervient fasse l'objet d'une norme juridique, quel que soit en définitive son contenu. Un Parlement qui modifierait totalement la proposition issue d'une assemblée citoyenne ou d'une initiative populaire le ferait sous le regard du peuple et donc avec une responsabilité politique accrue.

Au stade de la *délibération*, il est possible d'insérer des dispositifs de mini-public à différents stades. Pour s'en tenir à la procédure parlementaire française, une assemblée citoyenne peut être instituée en tant que commission spéciale pour discuter et amender un projet ou une proposition de loi. L'on peut imaginer également que la délibération elle-même de la loi se fasse au sein d'un mini-public, après le travail en commission parlementaire. La Commission mixte paritaire pourrait, également, être le résultat d'un mini-public. Ces procédures paraissent pouvoir être utilisées pour les lois ordinaires et pour celles de révision constitutionnelle. Il reste, en tout état de cause, que de telles procédures ne sauraient être instituées sans une révision préalable de la Constitution. De manière plus ambitieuse encore, avec un parlement bicaméral, il est possible d'envisager une chambre ou, au moins, une partie de celle-ci, désignée en usant du tirage au sort avec une sélection aléatoire stratifiée. Toutes les combinaisons sont encore possibles pour introduire des dispositifs participatifs au stade de la délibération.

*Une fois la décision prise*, il est encore possible d'envisager des mécanismes de démocratie directe plutôt que des assemblées citoyennes et l'on pense évidemment au *veto* d'initiative populaire et au référendum abrogatif. Des seuils raisonnables devraient être en place pour éviter, à la fois, les initiatives abusives et l'impossibilité pratique de réunir le nombre de signatures requises. Un délai peut être également fixé, pour le veto, mais également pour le référendum abrogatif, celui-ci ne pouvant intervenir qu'au moins un an après la promulgation de la loi. Ces deux mécanismes semblent également adaptés aux lois ordinaires et aux lois constitutionnelles.

À tous ceux qui s'inquiéteraient de la mise en place de tels dispositifs, il semble nécessaire de les encadrer, en particulier sur les matières susceptibles de faire l'objet de tels mécanismes, et ce, sous le contrôle – *a priori* – du juge constitutionnel. Le droit pénal, le droit fiscal et le droit international et européen peuvent être exclus des domaines d'intervention de ces dispositifs. En matière de droits fondamentaux, plus particulièrement, l'on peut également prévoir un effet cliquet ; les initiatives populaires, par exemple, ne pourraient intervenir, sous le contrôle du juge constitutionnel, que pour renforcer la protection législative des droits fondamentaux.

Pour un juriste et, plus particulièrement, un constitutionnaliste, appréhender les liens existants entre populisme et Constitution impose une lecture critique des mécanismes et pratiques constitutionnelles. Cette démarche implique également de mettre en évidence des propositions constructives et prospectives adaptées pour tenter de remédier aux maux démocratiques contemporains. Certains pourraient y voir un engagement politique, alors pourtant qu'il ne s'agit que de concrétiser l'exigence démocratique à travers de nouvelles modalités pratiques ou, la modestie s'imposant en cette matière, par le biais de modalités anciennes nouvellement appréhendées. L'engagement n'est pas directement dans le discours de celui qui se propose de concrétiser la valeur démocratique, mais, plus précisément, dans la valeur démocratique elle-même qui impose la participation des destinataires des normes à la production de celles-ci. Le juriste a ici toute sa place pour indiquer ce que cette valeur permet, interdit, rend obligatoire en termes d'ingénierie constitutionnelle.

## **L'INFLUENCE DU POPULISME SUR LES CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS EN HONGRIE**

Pierre-Alain COLLOT<sup>1</sup>  
Fruzsina GÁRDOS-OROSZ<sup>2</sup>

Depuis son écrasante victoire aux élections législatives des 11 et 25 avril 2010, et jusqu'à aujourd'hui, la coalition composée de l'Alliance des Jeunes Démocrates (FIDESZ – *Fiatal Demokraták Szövetsége*) et du Parti populaire démocrate-chrétien (KDNP – *Kereszténydemokrata Néppárt*) dispose d'une majorité des deux tiers des sièges au sein de l'Assemblée nationale, permettant à celle-ci de disposer de façon continue d'une entière maîtrise du pouvoir constituant. La Loi fondamentale hongroise du 1<sup>er</sup> janvier 2012 a donc été l'œuvre exclusive de ces deux partis de gouvernement dominés par celui qui occupe la fonction de Premier ministre depuis 2010, Viktor Orbán. S'il est possible d'identifier une forte influence de la rhétorique populiste aux termes des actes pré-constituants comme du texte constitutionnel adoptés en Hongrie à compter du printemps 2010, force est toutefois de constater que les premiers éléments constitutifs d'un tel discours n'émergent pas brutalement en Hongrie à la veille de l'adoption de la Loi fondamentale. La rhétorique populiste évolue au gré du programme et du discours politiques de la FIDESZ. Rappelons de prime abord qu'au moment de sa formation en 1988, soit au crépuscule des démocraties populaires, la FIDESZ consiste en un parti libéral centriste, résolument anticommuniste<sup>3</sup>. Parmi les 11 formations politiques ayant obtenu une représentation au sein de l'Assemblée nationale lors des premières élections libres de 1990, la FIDESZ n'obtient que 24 des 386 sièges, contre 92 pour l'autre parti libéral, l'Alliance des Démocrates Libres (SzDSz – *Szabad Demokraták Szövetsége*) et 164 sièges pour la formation conservatrice,

---

1 Maître de conférences, INU Jean-François Champollion, Albi.

2 Directrice du Sciences Centre for Social Sciences, Budapest.

3 La déclaration fondatrice de la FIDESZ en date du 30 mars 1988 insiste sur l'idée que « la FIDESZ entend fonctionner conformément aux dispositions de la Constitution. Son activité est basée sur la nécessité de construire une nouvelle Hongrie, dans laquelle existe un modèle économique où les proportions de propriété privée, municipale et étatique sont régulées par la rationalité économique; dans laquelle, conformément aux règles de la démocratie, les intérêts individuels et collectifs sont représentés sur la base d'une organisation libre; dans laquelle un cadre institutionnel approprié favorise un équilibre à long terme entre efficacité économique et large égalité sociale à travers des conflits permanents, permettant d'accompagner et de rattraper les groupes en retard dans la compétition économique, sur la base du principe de solidarité sociale; dans laquelle une nation qui a retrouvé une saine conscience d'elle-même est capable d'agir efficacement pour le bien des Hongrois vivant hors de ses frontières et de contribuer à l'idée d'une Europe démilitarisée et unie sur la base de l'indépendance nationale et de la solidarité avec les peuples d'Europe centrale et orientale », A Fidesz alapító nyilatkozata (La déclaration fondatrice de la FIDESZ), 1988.

le Forum Démocrate Hongrois (MDF – *Magyar Demokrata Fórum*). Au terme du congrès de 1993, la FIDESZ entreprend de faire évoluer son positionnement politique ainsi que son organisation interne de façon à rompre avec le paradigme d'une organisation d'opposition pour ambitionner de devenir un parti de gouvernement doté d'une organisation interne mieux affirmée. C'est dans cet esprit que Viktor Orbán prend la présidence de cette formation politique, tandis qu'une partie des membres de la FIDESZ – emmenée par Péter Molnár, Gábor Fodor et Klára Ungár – rejoint la SzDSz. Lors des élections législatives de 1994, la FIDESZ n'obtient cependant que 20 sièges, tandis que le Parti Socialiste Hongrois (MSzP – *Magyar Szocialista Párt*) forme avec la SzDSz une coalition parlementaire forte de 278 sièges<sup>4</sup>, soit une majorité des deux tiers. Cet échec impose au parti de Viktor Orbán de rompre avec son orientation originelle résolument libérale, laquelle semble ne lui laisser que peu d'espace, compte tenu de la domination de la SzDSz. La FIDESZ reste toutefois un parti farouchement opposé au MSzP, lequel n'est que l'héritier du défunt Parti socialiste des travailleurs hongrois (MSzMP – *Magyar Szocialista Munkáspárt*). Plus encore, l'effondrement du MDF et la faiblesse des partis conservateurs encouragent la FIDESZ – qui prend désormais le nom de Fidesz - Union civique hongroise (*Fidesz – Magyar Polgári Szövetség*) – à faire évoluer sa rhétorique et son programme politique de façon à devenir le parti dominant de l'espace politique national-conservateur, aux côtés du MDF, du KDNP et du Parti civique indépendant des petits propriétaires et des travailleurs agraires (FKgP – *Független Kisgazda-, Földmunkás-és Polgári Párt*)<sup>5</sup>. Ce choix a permis à la FIDESZ de remporter les élections législatives de 1998, cristallisant ainsi le virage national-conservateur réalisé lors du congrès de 1995. La FIDESZ opère par ailleurs une seconde mutation, consécutivement aux élections législatives de 2002 puis de 2006 remportées par la coalition composée du MSzP et de la SzDSz. Prenant acte de sa défaite électorale, le parti dirigé par Viktor Orbán a entrepris d'ajouter progressivement un langage populiste à la rhétorique national-conservatrice. Aux termes d'un discours en date du 7 mai 2002, faisant immédiatement suite aux élections législatives, Viktor Orbán a ainsi fait le choix de déclarer que « ceux d'entre nous qui sont présents [au Parlement] ne sont pas et ne peuvent être dans l'opposition car la nation ne peut être dans l'opposition »<sup>6</sup>, revendiquant au profit de son parti le monopole de la représentation de la communauté nationale hongroise, par-delà la seule représentation parlementaire dominée par une majorité sociale-libérale. Cette formulation traduit l'idée que la nation, qui s'oppose à la coalition alors au pouvoir, consiste en une communauté homogène dont la FIDESZ et son leader sont les seuls représentants. Dès 2002, la FIDESZ entame une évolution vers une conception d'une « société [divisée] en deux camps homogènes et antagonistes,

4 Le MSzP remporte 209 sièges, soit la majorité absolue des sièges à l'Assemblée nationale. Formant une alliance avec la SzdSz, disposant quant à elle de 69 sièges, cette coalition parlementaire libérale-socialiste détient 278 des 386 sièges à l'Assemblée nationale, soit une majorité des deux tiers. La FIDESZ n'obtient quant à elle que 20 sièges, contre 38 pour le MDF, 26 pour le FKgP et 22 pour le KDNP.

5 Cs. KISS, « From Liberalism to Conservatism: The Federation of Young Democrats in Post-communist Hungary », *East European Politics and Societies: and Cultures*, vol. 16. 2002, p. 739; Zs. ENYEDI, « Plebeians, citoyens and aristocrats or where is the bottom of bottom-up? The case of Hungary », in H. KRIESI et T. PAPPAS (eds.), *Populism in the Shadow of the Great Recession*, Colchester, ECPR Press, 2015, p. 237-240.

6 J. DEBRECZENI, *Arcmás*, Budapest, Noran Libro, 2009, p. 196; A. SZILÁGYI et A. BOZÓKI, « Playing It Again in Post-Communism: The Revolutionary Rhetoric of Viktor Orbán in Hungary », *Advances in the History of Rhetoric*, vol. 18. 2015, p. 153; Zs. Enyedi, *ibid.*, p. 238.

le “peuple pur” et “l’élite corrompue”, et qui affirme que la politique devrait être l’expression de la volonté générale du peuple »<sup>7</sup>. Cette évolution se prolonge dans le programme présenté au lendemain de la défaite électorale de 2006, aux termes duquel il est affirmé que « depuis cinq ans, le gouvernement socialiste démocrate libéral n’a pas été en mesure de permettre une vie meilleure. Il a essayé de couvrir son incompetence et son inertie par un flot de mensonges. Quand les mensonges ont été exposés, il n’a pas assumé la responsabilité de ses actes. Il a utilisé l’intimidation pour faire taire les dissidents. Il résulte de tout cela qu’une nouvelle majorité est apparue, mettant fin au système de mensonges et d’intimidation, bien que beaucoup restent encore ignorants et ignorent encore comment y parvenir. Nous avons une responsabilité, qui est de redonner foi au peuple, restaurer la démocratie et jeter les bases de l’essor de la Hongrie »<sup>8</sup>. La rhétorique populiste vient dès lors se superposer au discours national-conservateur de la FIDESZ, désormais alliée au KDNP. L’ensemble constitue la trame du programme présenté par la FIDESZ et le KDNP à la veille des élections législatives de 2010<sup>9</sup>, tout autant que du discours sur l’état de la nation prononcé par Viktor Orbán le 7 février 2011. On y retrouve l’idée que « ceux qui étaient au pouvoir ont tourné le dos au peuple et à la vérité [si bien que] les personnes qu’ils ont ignorées ont lentement convergé, se sont comprises silencieusement et surveillant leurs émotions [...], ont fait preuve d’une autodiscipline exemplaire lorsqu’elles ont fermement congédié ceux au pouvoir avec une force majoritaire des deux tiers »<sup>10</sup>. Cet élément de rhétorique populiste, nourrissant l’ambition de transformer l’espace politique, s’est prolongé dans le programme de coopération nationale, document préconstituant<sup>11</sup> élaboré par le Gouvernement hongrois et adopté par l’Assemblée nationale en mai 2010 ainsi que sur la Loi fondamentale et notamment sa partie préambulaire portant le nom de Profession de foi nationale (I). L’évolution de l’espace politique hongrois sous l’effet de cette rhétorique populiste a également eu une grande influence sur la Cour constitutionnelle, jusqu’ici considérée comme la seconde chambre d’un Parlement monocaméral, mais aussitôt réduite à une situation de soumission vis-à-vis de la majorité parlementaire composée de la FIDESZ et du KDNP ainsi que de l’unité nationale consacrée en 2010 (II).

## I. Le populisme hongrois et la transformation de l’espace politique

### A. Populisme et espace national réunifié

L’idée d’un espace national réunifié est essentielle dans le programme politique et la rhétorique de la FIDESZ comme du KDNP, compte tenu de l’histoire tourmentée de la Hongrie. Cette idée se trouve notamment exprimée au moyen du concept d’unité nationale, que l’on retrouve au cœur du programme

7 C. MUDDE et C. R. KALTWASSER, *Brève introduction au populisme*, (traduction: B. DAUVERGNE), Avignon, Éditions de l’Aube, 2018, p. 19.

8 Erős Magyarország, A Fidesz – Magyar Polgári Szövetség Programja 2007.

9 Fidesz-Magyar Polgári Szövetség Központi Hivatal-KDNP, *Nemzeti ügyek Politikája*, 2010, p. 20-21.

10 Discours sur l’état de la nation de Viktor Orbán du 7 février 2011.

11 Les décisions pré-constituantes, affirme Olivier Beaud, « expriment la volonté politique de recourir à une nouvelle constitution; elles organisent la transition constitutionnelle en préparant la procédure constituante proprement dite », O. BEAUD, *La puissance de l’État*, Paris, PUF, 1994, p. 265.

de coopération nationale (*A Nemzeti Együttműködés Programja*)<sup>12</sup>, élaboré par le gouvernement et adopté par l'Assemblée nationale en mai 2010, soit quelques semaines après les élections législatives ayant donné une majorité des deux tiers à l'alliance composée de la FIDESZ et du KDNP. On y trouve l'affirmation suivant laquelle « les électeurs hongrois ont envoyé à chacun d'entre nous le message que l'unité nationale a prévalu et que le devoir du vainqueur est de défendre et de représenter l'unité nationale et sa vérité, ainsi que de surmonter toute circonstance, toute force et tout effort qui la répudient ou la mettent en danger »<sup>13</sup>. Plus loin, il est fait mention d'un « nouveau contrat social [...] créé par l'unité nationale, révolutionnaire dans sa puissance, qui exprime la volonté commune de la nation hongroise »<sup>14</sup>. Les termes du programme de coopération nationale, aussi radicaux puissent-ils paraître, ne sont pas entièrement nouveaux. On y retrouve la thèse de l'acte constituant comme acte de volonté, laquelle doit être rattachée à la théorie du pouvoir constituant développée par Sieyès, où l'action d'une volonté commune est placée au fondement de toute société politique. En d'autres termes « il faut à la communauté une volonté commune ; sans l'unité de volonté elle ne parviendrait point à faire un tout voulant et agissant »<sup>15</sup>. En écho au programme de coopération nationale, il s'agit également de retenir de Sieyès que « de quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême »<sup>16</sup>. Mais cette seule référence à Sieyès ne suffit pas. Le programme de coopération nationale est également imprégné de la rhétorique propre à Carl Schmitt, suivant lequel « le pouvoir constituant est une volonté politique »<sup>17</sup>. L'identification de la Loi fondamentale à un « cadre vivant pour exprimer la volonté de la nation et la forme dans laquelle nous souhaitons vivre », selon les termes de la Profession de foi nationale, invite à reconnaître la proximité sémantique de l'acte constituant hongrois vis-à-vis de la définition de la Constitution et de la théorie du décisionnisme de Carl Schmitt : « une Constitution ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité. Elle repose sur une décision politique émanant d'un être politique sur le genre et la forme de son propre être »<sup>18</sup>. L'acte constituant chez Carl Schmitt n'est pas séparable d'un décisionnisme, en ce sens que, loin de pouvoir être réduite à un simple devoir-être, la Constitution est un acte politique, ou un « geste politique », selon les termes de Jean-François Kervégan<sup>19</sup>. L'unité nationale révolutionnaire s'étant exprimée en Hongrie en 2010 est celle-là même qui est porteuse de ce geste politique, tandis que l'on retrouve dans le texte de la Loi fondamentale certains des éléments présents au cœur du programme de coopération nationale. Tel est essentiellement la vocation de la Profession de foi nationale, laquelle proclame vouloir fonder « l'ordre de notre pays sur la coopération de la nation ». La proximité de la Profession de foi nationale vis-à-vis du système de coopération nationale résulte également des termes « Nous, membres de la

12 Programme de coopération nationale, Proclamation du Parlement 1/2010. (VI. 16.), p. 4.

13 *Ibid.*, p. 3.

14 *Ibid.*, p. 10.

15 J.-E. SIEYÈS, *Qu'est ce que le tiers état?*, Paris, Champs Flammarion, 2018 (1798), p. 116.

16 *Ibid.*, p. 123.

17 C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 212.

18 Selon Carl Schmitt, « le pouvoir constituant est la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre, autrement dit déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble ». *Ibid.*, p. 211-212.

19 J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt*, Paris, Gallimard, 2011, p. 188.

Nation hongroise »<sup>20</sup>, placés à l'entame du texte préambulaire tout autant que de la référence à « la continuité constitutionnelle de l'État hongrois ainsi que l'unité de la nation » ou encore à « l'unité intellectuelle et spirituelle de notre nation brisée par les tourments du siècle dernier ». Le concept d'unité nationale ne consiste en rien en une simple figure de style et ne revêt pas davantage une nature exclusivement déclarative. Une telle notion renvoie essentiellement au Traité de Trianon du 4 juin 1920 dont la conséquence fut l'éparpillement de la nation hongroise parmi plusieurs États d'Europe centrale et orientale. L'ordre constitutionnel hongrois postérieur aux élections législatives de 2010 a pour première ambition de fonder une communauté nationale réunifiée par-delà le traité de Trianon. Les termes de cet ordre constitutionnel ne sont ainsi pas dissociables de la loi 44 de 2010 relative à la modification de la loi de 1993 sur la citoyenneté hongroise. Celle-ci organise les modalités d'une naturalisation préférentielle au profit des personnes dont l'un des ascendants fut de citoyenneté hongroise ou dont l'origine hongroise est probable à la condition supplémentaire d'être en mesure de prouver leur connaissance de la langue hongroise. En d'autres termes, l'octroi de la double citoyenneté aux Hongrois vivant dans les pays voisins (à l'exception de la Slovaquie) a eu pour finalité de reconstituer une communauté politique conforme à la communauté nationale hongroise. Surtout, l'octroi de la double citoyenneté au profit des nationaux hongrois vivant dans les pays voisins a permis à ceux-ci de bénéficier du droit de vote et d'éligibilité aux élections législatives, étant entendu que ces nouveaux citoyens hongrois sont largement acquis à la FIDESZ et au KDNP, lesquels obtiennent traditionnellement 95 % des voix de cette population électorale. Cette modification du corps électoral hongrois a ainsi permis à l'alliance au pouvoir de conforter de façon continue sa majorité des deux tiers lors des élections législatives postérieures à 2010. Force est toutefois de rappeler que la maîtrise de la majorité des deux tiers des sièges à l'Assemblée nationale par la FIDESZ et le KDNP a également été possible au moyen de la loi constitutionnelle du 25 mai 2010 révisant la Constitution de 1989<sup>21</sup> ainsi que de la loi CCIII du 30 décembre 2011 relative à l'élection des membres de l'Assemblée nationale<sup>22</sup>. Celles-ci ont eu pour finalité de réduire sensiblement et durablement le pluralisme politique afin de cristalliser, sinon consolider, la majorité dont dispose la FIDESZ et le KDNP depuis 2010. Il s'est agi notamment de réduire à 199 (au lieu de 386) le nombre de sièges à l'Assemblée nationale<sup>23</sup>, de redessiner les circonscriptions électorales d'une manière beaucoup plus favorable à l'alliance au pouvoir ou encore d'accroître le volume de représentants à élire au scrutin

20 La formule n'est toutefois pas uniforme et l'on peut également identifier, au terme de cette même profession de foi nationale, une référence à « Nous, les citoyens de la Hongrie ». Ces deux formules ne sont pas équivalentes, en ce que la première englobe les seuls nationaux hongrois, y compris ceux vivant dans les pays voisins et à l'exclusion des membres des nationalités minoritaires, tandis que la seconde comprend tous les citoyens hongrois, y compris les membres des nationalités minoritaires mais à l'exclusion des nationaux hongrois vivant dans les pays voisins n'ayant pas fait le choix de la citoyenneté hongroise.

21 Alkotmány 2010. május 25-i módosítása a Magyar Köztársaság Alkotmányáról szóló 1949. évi XX. törvény módosításáról, *Magyar Közlöny*, 2010. május 25., 85. Szám, Oldal 19722.

22 2011. évi CCIII. Törvény az országgyűlési képviselők választásáról, *Magyar Közlöny*, 2011. December 30., 165. Szám, Oldal 4095.

23 Alkotmány 2010. május 25-i módosítása a Magyar Köztársaság Alkotmányáról szóló 1949. évi XX. törvény módosításáról, *Magyar Közlöny*, 2010 május 25, 85. Szám, Oldal 19722. Cette loi constitutionnelle a notamment consisté, aux termes de son article 1<sup>er</sup>, en une modification de l'article 20 de la Constitution de 1989 en vue de limiter à 200 le nombre de députés à l'Assemblée nationale.

uninominal majoritaire à un tour au détriment du scrutin de liste. L'unité nationale constitue ainsi le socle du pouvoir politique de l'alliance composée de la FIDESZ et du KDNP. Elle fonde également une logique qui n'est pas simplement populiste mais national-populiste, dès lors que le populisme hongrois repose sur la communauté nationale hongroise, « la nation hongroise tout entière »<sup>24</sup>, laquelle se trouve elle-même associée au rétablissement des traditions et de la vie communale ainsi qu'à la nécessité de placer au fondement de l'État une morale tirée du droit naturel, autant d'éléments qui, selon András Lanczi, ont pu être négligés dans le contexte du postcommunisme<sup>25</sup>. Il reste que la nature essentiellement populiste du projet et de l'action politiques de cette majorité parlementaire a également contribué à forger un espace politique fracturé.

## B. Populisme et espace politique fracturé

L'existence d'un espace politique fracturé résulte de la nature révolutionnaire du changement constitutionnel réalisé en Hongrie, ainsi que l'affirme le programme de coopération nationale. Une telle qualification participe de l'idée qu'est « révolutionnaire en droit le changement de Constitution qui vise à supprimer ou remplacer les principes constitutionnels suffisamment importants pour être considérés comme juridiquement intangibles »<sup>26</sup>. Olivier Beaud ajoute qu'« il faut admettre en outre que la modification d'un élément essentiel de la Constitution, même accomplie selon les formes de la révision, signifie au point de vue juridique, une révolution, c'est-à-dire une rupture constitutionnelle affectant le pouvoir. [...] Par conséquent, il faudrait qualifier de révolutionnaire et d'acte constituant les actes abolissant les principes constitutionnels fondamentaux »<sup>27</sup>. Aux termes d'un discours prononcé le 5 mai 2010 à l'occasion de la réunion inaugurale des factions Fidesz et KDNP, Viktor Orbán a également pris soin de souligner que « le moment [est] venu de renverser le système, le système de transition qui est en place depuis vingt ans, et d'en créer un nouveau »<sup>28</sup>. De la même façon, le programme de coopération nationale revendique de « se débarrasser de l'ancien système et d'en créer, consolider et exploiter un nouveau »<sup>29</sup>, condamnant le « mauvais gouvernement des huit dernières années [lequel] plutôt que de se focaliser sur la coopération, a opposé les membres et groupes de la société les uns aux autres »<sup>30</sup>. Ce changement révolutionnaire n'a pas simplement consisté en une mise en cause de la coalition sociale-libérale ayant gouverné de 2002 à 2010. Celui-ci a également correspondu à une transformation de l'ordre axiologique, suivant l'idée que « la politique peut retrouver sa place dans la vie quotidienne et dans celle des gens dès lors qu'en son centre se trouvent les valeurs qui nous unissent tous : le travail, le foyer, la famille, la santé et l'ordre »<sup>31</sup>. Dès 2010, la FIDESZ et le KDNP se sont employés à ériger au cœur de l'action et du discours politiques un certain nombre de valeurs fondamentales. Il apparaît que « la valeur première et la plus importante est le travail, [lequel] est le

24 Programme de coopération nationale, Proclamation du Parlement 1/2010. (VI. 16.), p. 4.

25 A. LÁNCZI, « What is postcommunist ? », *Society and Economy*, vol. 29. 2007, p. 65.

26 O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 374.

27 *Ibid.*, p. 375.

28 Discours de Viktor Orbán lors de la réunion inaugurale des factions Fidesz et KDNP (5 mai 2010).

29 Programme de coopération nationale, Proclamation du Parlement 1/2010. (VI. 16.), p. 4.

30 *Ibid.*, p. 7 et 8.

31 Fidesz-Magyar Polgári Szövetség Központi Hivatal-KDNP, *Nemzeti ügyek Politikája*, 2010, p. 21.

fondement de la subsistance, de l'autonomie et de l'indépendance de tous les êtres humains »<sup>32</sup>. Cette première valeur a très rapidement pris la forme d'un ensemble de réformes : adoption d'un nouveau Code du travail<sup>33</sup>, mise en œuvre d'un programme d'emplois publics pour les chômeurs de longue durée, réforme du système éducatif de façon à privilégier l'employabilité des jeunes diplômés. Il s'est agi de transformer l'État providence en une « société fondée sur le travail » (« *munka-alapú társadalom* »)<sup>34</sup> où, selon les termes de la Profession de foi nationale, « la force d'une communauté et l'honneur de chaque personne sont fondées sur le travail ». La FIDESZ a incidemment défendu un « populisme de la classe moyenne », participant de l'idée, chère à Gyula Tellér, que les sans-emploi et les classes inférieures, parce qu'ils sont traditionnellement associés à l'électorat du MSzP et dépendants des subventions gouvernementales, ne font pas partie de la communauté nationale<sup>35</sup>. Au titre de ces valeurs fondamentales, viennent ensuite le foyer, une valeur à laquelle « tout le monde aspire naturellement, un lieu où chacun peut se sentir en sécurité », et la famille, « une valeur fondamentale pour chaque personne, synonyme de chaleur et d'affection ». Ces deux valeurs expriment sans détour l'aspiration conservatrice de la FIDESZ et du KDNP et se sont traduites, dans le prolongement de l'article L de la loi fondamentale<sup>36</sup> ainsi que de l'adoption d'un nouveau Code civil en 2013<sup>37</sup>, par un ensemble de mesures visant à soutenir la famille traditionnelle et la natalité hongroise<sup>38</sup>. Complètent enfin ce nouvel ordre axiologique la santé, qui est « un trésor précieux pour tous », et l'ordre, « nécessaire en vue de se sentir en sécurité et atteindre ses objectifs »<sup>39</sup>. La communauté au fondement du nouvel ordre politique et constitutionnel n'est pas simplement une communauté nationale ; il s'agit également d'une communauté morale, laquelle induit une forme d'exclusion de ceux qui ne partagent pas ou ne respectent pas ces valeurs : les pauvres et les sans-emploi, les migrants non européens, l'Union européenne, sa politique migratoire et ses valeurs. Cette rhétorique visant à fonder l'existence d'une communauté nationale et morale n'est pas dissociable d'un appel au peuple dans le cadre d'un espace politique polarisé. Il s'agit d'un élément central du populisme, susceptible d'être identifié dans plusieurs discours de Viktor Orbán postérieurs aux élections législatives de 2002<sup>40</sup>. On retrouve également ceci

32 Fidesz-Magyar Polgári Szövetség Központi Hivatal-KDNP, *ibid.*, p. 20 ; Programme de coopération nationale, Proclamation du Parlement 1/2010. (VI. 16.), p. 13.

33 2012. évi I. törvény a munkatörvénykönyvről, *Magyar Közlöny*, 2012, január 6, 2. Szám, Oldal 257.

34 Voir le discours de Viktor Orbán au 21<sup>e</sup> congrès de l'EPP (17-18 octobre 2012 / Bucarest, Roumanie), ainsi que le discours du 26 juillet 2014 du Premier ministre Viktor Orbán à la 25<sup>e</sup> Université libre d'été de Bálványos, Tusnádfürdő (Băile Tușnad). Voir également J. KÖLLÖ, « Toward a "Work-Based Society"? », in J.-M. KOVÁCS et B. TRENCSENYI (eds.), *Brave New Hungary, Mapping the "System of National Cooperation"*, Lanham, Lexington Books, 2020, p. 139-158.

35 GY. TELLÉR, « Rendszer-e a rendszerváltás rendszere? », (Le système est-il un système de changement de régime?), Vitaindító tézisek a 2009. március 25-ei konferenciához.

36 Article L: « 1. La Hongrie protège l'institution du mariage en tant qu'union pour la vie en commun d'un homme et d'une femme établie par une décision délibérée, ainsi que la famille en tant que fondement de la vie de la nation. 2. La Hongrie encourage la décision d'avoir des enfants. 3. La protection des familles est réglée par la loi organique ».

37 2013. évi CCLII. Törvény egyes törvényeknek az új Polgári Törvénykönyv hatálybalépésével összefüggő módosításáról, *Magyar Közlöny*, 2013. december 13., 222. Szám, Oldal 88825.

38 Voir D. SZIKRA, « Ideology or Pragmatism? Interpreting Social Policy Change under the "System of National Cooperation" », in J.-M. KOVÁCS et B. TRENCSENYI (eds.), *Brave New Hungary, Mapping the "System of National Cooperation"*, Lanham, Lexington Books, 2020, p. 225-241.

39 Fidesz-Magyar Polgári Szövetség Központi Hivatal-KDNP, *Nemzeti ügyek Politikája*, 2010, p. 21 ; Programme de coopération nationale, Proclamation du Parlement 1/2010. (VI. 16.), p. 12-13.

40 A. POINSSOT, *Dans la tête de Viktor Orbán*, Paris, Actes Sud, 2019, p. 73-79.

dès les premières lignes du programme politique présenté par la FIDESZ-KDNP lors des élections législatives de 2010, aux termes duquel « nous pouvons clôturer une époque dont les déceptions découlaient du fait que la politique gouvernementale était de plus en plus déterminée par des objectifs privés et des intérêts commerciaux. [...] À l'avenir, la politique devra servir des objectifs et des intérêts communs plutôt que des objectifs et des intérêts privés. Nous avons besoin d'un gouvernement et d'une gouvernance qui reviennent aux problèmes des personnes et de la vie quotidienne. Nous avons donc besoin d'un gouvernement qui prête attention aux gens, les écoute, respecte leurs différences, comprenne leurs problèmes »<sup>41</sup>. Le discours de l'alliance au pouvoir vient opposer le vrai peuple (les membres de la communauté nationale hongroise) et l'ancienne élite dirigeante de 2002 à 2010, c'est-à-dire les membres du MSzP et de la SzDSz. L'ordre axiologique érigé à compter de 2010 se prolonge sous la forme d'une société hongroise fracturée et une conception du politique procédant du rapport ami-ennemi. L'influence de Carl Schmitt ne s'est d'ailleurs pas arrêtée à cette conception du politique puisque ce que Viktor Orbán qualifie de « révolution dans les urnes » a surtout consisté en une volonté de repolitiser l'espace public.

### C. Populisme et espace politique centralisé

Fidèle à la théorie du décisionnisme défendue par Carl Schmitt, suivant lequel « la décision souveraine est commencement absolu, et le commencement n'est rien d'autre qu'une décision souveraine »<sup>42</sup>, la Loi fondamentale apparaît comme une décision de l'unité nationale hongroise visant à rompre avec la nature compromissaire du texte de 1989. Faut-il rappeler que la loi constitutionnelle XXXI du 23 octobre 1989 portant révision de la Constitution de 1949 n'a pas été adoptée par une Assemblée constituante issue d'élections libres, mais par le Parlement encore dominé par le MSzMP. Ce texte puise son inspiration dans le processus de transition négociée, prenant la forme d'une table ronde nationale regroupant, d'une part, un ensemble d'associations et de partis d'opposition, dont la FIDESZ, et d'autre part, des représentants du MSzMP. Considéré comme un acte transitoire dans l'attente d'une Constitution entièrement nouvelle, dont la rédaction incomberait à l'Assemblée nationale postérieurement aux premières élections libres, le texte de 1989 ne peut être considéré comme « la décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant »<sup>43</sup>, mais bien plus comme l'une de ces formes de compromis dilatoire dénoncées par Carl Schmitt<sup>44</sup> : « La constitution n'[est] pas un pacte entre le prince et le peuple [...], mais une décision politique prise par la nation une et indivisible qui détermine son propre destin politique. Toute constitution présuppose cette unité »<sup>45</sup>. Il n'y a là rien que de très conforme aux changements politiques et institutionnels ayant résulté de l'acte constituant de 2012 ainsi que de la volonté de « l'unité nationale qui s'est imposée lors des élections »<sup>46</sup>. Il s'agit surtout, par-delà le constitutionnalisme juridique ayant prévalu de 1989 à 2010, de repolitiser l'espace public ainsi que d'accentuer la centralisation du

41 Fidesz-Magyar Polgári Szövetség Központi Hivatal-KDNP, *Nemzeti ügyek Politikája*, 2010, p. 20-21.

42 C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, Paris PUF, 1995, p. 120.

43 C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 154.

44 *Ibid.*, p. 159-166.

45 *Ibid.*, p. 184.

46 Programme de coopération nationale, Proclamation du Parlement 1/2010. (VI. 16.), p. 17.

pouvoir politique. Cela participe du concept d'« arène centrale de pouvoir » (*centralis erőter*), formulé par Viktor Orbán dans un discours prononcé en 2009. Il y érige en principe la disparition du dualisme politique pendant les vingt prochaines années au profit d'une force politique centrale, d'une « arène centrale de pouvoir », qui sera en mesure de gérer seule les affaires nationales. L'« arène centrale de pouvoir » s'est manifestée en premier lieu en relation avec l'élaboration de la Loi fondamentale. L'alliance emmenée par Viktor Orbán s'est trouvée en capacité de maîtriser entièrement le pouvoir constituant et se donner une Constitution à la mesure de son programme politique. En quelque sorte, l'Assemblée nationale dominée par la FIDESZ s'est érigée, selon les termes de Carl Schmitt, en « magistrature constitutionnelle de l'unité politique »<sup>47</sup>. Cela a d'abord pris la forme de la loi du 5 juillet 2010 modifiant la Constitution de 1989 en vue d'en abroger son article 24 (5), lequel précisait que « l'adoption d'une résolution parlementaire sur les règles détaillées de préparation de la nouvelle constitution exige un vote des quatre cinquièmes des parlementaires ». À compter de 2010, la révision de la Constitution n'est soumise qu'à la seule condition formulée à l'article 24 (3), suivant lequel « la modification de la Constitution et de certaines décisions prévues par la Constitution requiert la majorité des deux tiers des voix des députés ». La maîtrise du pouvoir constituant se prolonge dans la composition du comité *ad hoc* créé le 28 juin 2010 en vue d'entamer les travaux d'élaboration de la nouvelle Constitution. Composé initialement pour deux tiers de membres issus de la coalition au pouvoir, contre un tiers de membres issus de l'opposition parlementaire, ce comité *ad hoc* évolue très rapidement sous la forme d'un organe entièrement maîtrisé par la FIDESZ et le KDNP, après que l'ensemble des membres issus des rangs du MSzP et de *Lehet Más a Politika* (LMP) ont décidé de s'en retirer. Les « Principes régulateurs de la Constitution de Hongrie » (« *Magyarország alkotmányának szabályozási elvei* »), issus des travaux de ce comité, ont été réduits par l'Assemblée nationale au rang de simples lignes directrices, tandis qu'un comité de trois constitutionnalistes, présidé par József Szájer (FIDESZ) et composé de Gergely Gulyás (FIDESZ) ainsi que László Salomon (KDNP), a aussitôt été constitué en vue d'élaborer un projet de Constitution. C'est à l'évidence ce comité d'experts, monopolisé par l'alliance au pouvoir, qui a assumé seul et dans le plus grand secret la responsabilité de rédiger le projet de Constitution, indépendamment tant des propositions des partis politiques et autres organisations sociales que des principes régulateurs de la Constitution de Hongrie<sup>48</sup>. Le texte constitutionnel ainsi rédigé a aussitôt été introduit sous la forme d'une proposition de loi constitutionnelle. Ce choix procédural a permis à la coalition au pouvoir de contourner l'obligation, pesant sur tout projet de loi, de consultation de l'opposition et des groupes de la société civile intéressés, si bien que « pratiquement personne en dehors de la Fidesz n'a eu la possibilité de discuter du projet de constitution au fur et à mesure de son élaboration »<sup>49</sup>. Dans le cadre d'un processus constituant substantiellement maîtrisé par la FIDESZ et le KDNP, le MSzP et le LMP n'ont

47 C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 191.

48 P. SONNEVEND, A. JAKAB et L. CSINK, « The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: the Basic Law of Hungary », in A. von BOGDANDY et P. SONNEVEND, *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 44-46 ; K.-L. SCHEPPELE, « Understanding Hungary's Constitutional Revolution », in A. von BOGDANDY et P. SONNEVEND, *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford, Hart Publishing, 2015, 111-113.

49 M. BÁNKUTI, G. HALMAI et K.-L. SCHEPPELE, « Hungary's Illiberal Turn, Disabling the Constitution », in P. KRASZTEV et J. von TIL, *The Hungarian Patient: Social Opposition to an Illiberal Democracy*, Budapest, Central European University Press, 2015, p. 37-46, 41.

participé ni à l'élaboration du projet de Constitution ni même aux phases de discussion et de vote parlementaires, tandis que l'Alliance des jeunes de droite - Mouvement pour une meilleure Hongrie (JOBBIK – *Jobboldali Ifjúsági Közösség – Jobbik Magyarorszáért Mozgalom*) a voté contre la Loi fondamentale. Confirmant le caractère monolithique du processus constituant, les travaux du comité présidé par József Szájer n'ont duré qu'un mois, tandis que les débats parlementaires relatifs au projet de Constitution, ayant débuté le 14 mars pour s'achever le 18 avril 2011, n'ont pas pris davantage de temps. En second lieu, c'est à l'aune du concept d'« arène centrale de pouvoir » qu'il faut comprendre la soumission des médias aux fins de propagande instrumentalisée par la FIDESZ. La loi constitutionnelle du 6 juillet 2010 a permis de retirer de l'article 61 de la Constitution de 1989 toute référence à la suppression des monopoles dans le secteur des médias (ancien paragraphe 4) et y substituer une disposition entièrement nouvelle<sup>50</sup>. Par ailleurs, l'arsenal législatif adopté au cours de l'année 2010<sup>51</sup> a institué l'Autorité nationale des médias et des télécommunications, dirigée par un conseil des médias. Les membres de ce conseil des médias étant désignés par l'Assemblée nationale à une majorité des deux tiers des membres présents<sup>52</sup>, tous sont issus ou proches de l'alliance au pouvoir. En troisième lieu, et dans le même sens, le concept d'« arène centrale de pouvoir » se prolonge sous la forme d'une logique de prédation, sinon de capture constitutionnelle<sup>53</sup>, des institutions administratives et financières. Ainsi, les plus importantes des autorités administratives ont vu leur statut modifié par la Loi fondamentale ainsi que par un ensemble de lois cardinales, permettant à l'alliance au pouvoir de dominer ces institutions généralement considérées comme non majoritaires. Tel a notamment été le cas des médiateurs parlementaires, de la commission électorale nationale, de la Banque centrale nationale ainsi que de la Cour des comptes. Les fonctions de président du Conseil budgétaire (mandat de six années), de Président de la Cour des comptes (mandat de douze années), de président de l'Autorité des télécommunications et du Conseil des médias (mandat de neuf années), de gouverneur de la Banque centrale nationale (mandat de six années) ont toutes été confiées à des partisans du gouvernement pour un mandat dépassant un simple cycle électoral. Concernant les institutions judiciaires, le paragraphe 14 (2) des dispositions finales de la Loi fondamentale a mis un terme au

50 Alkotmány 2010. július 6-i módosítása a Magyar Köztársaság Alkotmányáról szóló 1949. évi XX. törvény módosításáról: « § 1 - L'article 61 de la Constitution est remplacé par la disposition suivante: "1) Toute personne en République de Hongrie a droit à la liberté d'expression et d'expression, ainsi qu'à la connaissance et à la diffusion d'informations d'intérêt public. (2) La République de Hongrie reconnaît et protège la liberté et la diversité de la presse. (3) Afin de développer une opinion publique démocratique, chacun a droit à une information adéquate sur les affaires publiques. (4) En République de Hongrie, les médias de service public contribuent à nourrir et à enrichir l'identité nationale et l'identité européenne, les langues et la culture hongroises et minoritaires, le renforcement de la cohésion nationale et la satisfaction des besoins des communautés nationales, ethniques, familiales et religieuses. L'activité des médias de service public est supervisée par une administration publique autonome et un organe indépendant composé de membres élus par l'Assemblée nationale, et la réalisation de ses objectifs est contrôlée par certaines organisations définies par la loi. (5) L'adoption de la loi sur la divulgation d'informations d'intérêt public et de la loi sur la liberté de la presse et les règles fondamentales du contenu des médias, ainsi que de la loi sur la surveillance de l'activité de médias, requiert un vote des deux tiers des membres du parlement présents" », *Magyar Közlöny*, 2010. július 6., 114. Szám, Oldal 21792.

51 Loi LXXXII du 10 août 2010 portant modification de certaines lois réglementant les médias et les télécommunications; Loi CIV du 2 novembre 2010 sur les médias et les règles fondamentales relatives au contenu médiatique; Loi CLXXXV du 31 décembre 2010 sur les services médiatiques et la communication de masse.

52 Article 33 la loi LXXXII du 10 août 2010 portant modification de certaines lois réglementant les médias et les télécommunications.

53 J.-W. MÜLLER, « Rising to the challenge of constitutional capture. Protecting the rule of law within EU member states », *Eurozine*, 21 mars 2014.

mandat des membres du Conseil national de la magistrature ainsi que, surtout, du Président de la Cour suprême (*Kúria*) au jour de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale. L'article 26 (3) de la Loi fondamentale ajoute que le Président de la *Kúria* doit désormais être élu, parmi les membres de la magistrature, par un vote à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée nationale, sur proposition du président de la République. Par ailleurs, la loi CLXI de 2011 relative à l'organisation et l'administration de la justice crée l'office judiciaire national, dont le président est élu de la même façon que le président de la *Kúria*. Celui-ci est notamment chargé de proposer au président de la République la nomination et la révocation des juges<sup>54</sup> ainsi que de décider de leur affectation<sup>55</sup>. Il ne fait par conséquent aucun doute que l'alliance au pouvoir a la maîtrise de l'ensemble des nominations de magistrats effectuées à compter de la loi CLXII du 2 décembre 2011 sur le statut juridique et la rémunération des juges. Finalement, si l'article 26 (1) de la Loi fondamentale affirme que « les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi », il apparaît cependant avec évidence que le pouvoir judiciaire se trouve manifestement soumis à la double influence institutionnelle et idéologique du parti majoritaire à l'Assemblée nationale et du Gouvernement.

## II. Le populisme hongrois et la transformation de la justice constitutionnelle

### A. La transformation de la Cour constitutionnelle

Au moment du changement de régime en 1989, et comme partout en Europe centrale et orientale<sup>56</sup>, la stabilisation de la jeune démocratie hongroise a été une cause commune justifiant l'introduction de la justice constitutionnelle. Le rôle décisif, « proactif », de la première Cour constitutionnelle hongroise était rarement critiqué<sup>57</sup>, sa fonction de « législateur négatif » et sa position stable en matière de politique constitutionnelle étaient tout aussi incontestables. En 1989, un consensus existait quant à la nécessité d'établir une Cour constitutionnelle suivant le modèle allemand, conforme au modèle kelsenien de juridiction constitutionnelle, en vue de créer les garanties pour la protection de la Constitution démocratique et montrer ainsi à tous les acteurs politiques que le nouvel ordre constitutionnel serait protégé par un corps d'experts en droit, indépendant de la politique<sup>58</sup>. La loi XXXII du 19 octobre 1989 sur la Cour constitutionnelle a organisé un contrôle abstrait *ex post*

54 Article 76 (5) – b de la loi CLXI de 2011 relative à l'organisation et l'administration de la justice.

55 Article 76 (5) – c de la loi CLXI de 2011 relative à l'organisation et l'administration de la justice.

56 W. SADURSKI (éd.), *Constitutional Justice, East and West*, The Hague, Kluwer Law International, 2002 ;

K. LACH et W. SADURSKI, « Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity », *Journal of Comparative Law*, vol. 3. 2008, p.212 ; A. HARDING et P. LEYLAND (eds.), *Constitutional Courts: A Comparative Study*, London, Wildy, Simmonds et Hill, 2009 ; T. GROPPi et U-K. PREUSS, « Patterns of Constitutional Evolution and Change in Eastern Europe », in J.-J. HESSE et N. JOHNSON (eds.), *Constitutional Policy and Change in Europe*, Oxford University Press, 1995, p. 95-126 ; R. PROCHÁZKA, *Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*, Budapest, Central European University Press, 2002 ; H. SCHWARTZ, « The New East European Constitutional Courts », in A.-E. D. HOWARD (éd.), *Constitution Making in Eastern Europe*, Washington D.C., Woodrow Wilson Center Press, 1993, p. 163-208 ; H. SCHWARTZ, « Eastern Europe's Constitutional Courts », *Journal of Democracy*, vol. 9. 1998, p. 100 ; H. SCHWARTZ, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago, University of Chicago Press, 2000.

57 Z. SZENTE, « The Interpretative Practice of the Hungarian Constitutional Court: A Critical View », *German Law Journal*, vol. 14. 2013, p. 186.

58 L. SÓLYOM, *Az alkotmánybírászkodás kezdetei Magyarországon*, Budapest, Osiris Kiadó, 2001.

de la loi, avec la possibilité d'une *actio popularis*. Cela signifie que toute personne pouvait demander à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité d'un texte législatif dans le cadre d'une procédure de contrôle abstrait *ex post*. Tout en ayant pour souci d'assurer une continuité constitutionnelle, c'est-à-dire d'éviter une rupture de l'ordre juridique entre le régime socialiste défunt et le nouveau régime démocratique, la Cour constitutionnelle a eu un rôle très important dans les premières années de son fonctionnement en vue de libérer le système juridique des éléments désormais non conformes à la nouvelle Constitution. Son travail a été caractérisé par une série de décisions emblématiques : celle relative à la peine capitale<sup>59</sup>, les décisions sur l'avortement<sup>60</sup>, sur le statut du président de la République<sup>61</sup>, sur le statut constitutionnel des droits sociaux<sup>62</sup>, sur les lois de lustration et de compensation en relation avec le régime passé<sup>63</sup>. Néanmoins, au fil du temps, son rôle dans la formation de la vie publique constitutionnelle est devenu moins important et la Cour s'est limitée à consolider la jurisprudence issue de ces premières années de la transition démocratique. Par-delà le mécanisme de l'*actio popularis*, la loi de 1989 sur la Cour constitutionnelle a conféré au président de la République le droit d'initier un contrôle constitutionnel des lois votées mais non encore promulguées. En outre, l'initiative judiciaire a joué un rôle important en permettant aux juges de saisir la Cour constitutionnelle pour une affaire pendante devant eux s'ils estimaient que le texte de loi à appliquer pouvait soulever une difficulté constitutionnelle. Le recours constitutionnel figurait également parmi les compétences initiales de la juridiction hongroise, tout autant que le recours en interprétation de la Constitution, l'examen de la constitutionnalité des traités internationaux et le contrôle des jugements électoraux ainsi que des décrets municipaux, lesquels ont constitué autant de domaines de compétence particulièrement importants de la Cour. Postérieurement à la présidence de L. Sólyom<sup>64</sup>, dominée par une forme d'activisme judiciaire, la Cour constitutionnelle s'est surtout employée à préciser et affiner le fonctionnement de l'institution, ce qui n'a pas empêché certaines décisions marquantes sur l'incitation à la haine raciale, le droit à la liberté de réunion ou la définition constitutionnelle de la notion de famille. Un premier changement significatif a eu lieu en 2010, lorsque la majorité parlementaire a retiré à la Cour constitutionnelle le droit de contrôler la constitutionnalité des lois de finances, ne permettant plus au contrôle de constitutionnalité de couvrir tout le champ législatif. Cette restriction, désormais formulée à l'article 37 (4) et (5) de la nouvelle Loi fondamentale<sup>65</sup>, est particulièrement importante car, outre la décision 37/2011 du 10 mai 2010, la Cour a rejeté chacune

59 Décision 23/1990 (X. 31.) AB.

60 Décision 64/1991. (XII. 17.) AB.

61 Décision 48/1991. (IX. 26.) AB.

62 Décision 43/1995. (VI. 30.) AB.

63 Décision 11/1992. (III. 5.) AB.

64 S. ZIFČAK, « Hungary's Remarkable, Radical, Constitutional Court », *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe*, vol. 3. 1996, 1.

65 Tant que la dette publique dépasse la moitié du produit intérieur brut total, la Cour constitutionnelle, conformément à l'article 24.2 b)-e), peut contrôler la conformité des lois sur le budget central, sur l'exécution du budget central, sur les impôts centraux, sur les droits et contributions, sur les droits de douane et sur les conditions centrales des impôts locaux avec la Loi fondamentale uniquement en relation avec le droit à la vie et à la dignité humaine, le droit à la protection des données personnelles, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ou les droits liés à la citoyenneté hongroise, et peut les annuler pour violation de ces droits. La Cour constitutionnelle peut également annuler les lois dans ce domaine sans restriction si les exigences procédurales de la Loi fondamentale concernant l'élaboration et la promulgation de la loi n'ont pas été respectées.

des saisines visant une loi de finances pour cause d'incompétence. Un second changement opéré à compter de 2010 a correspondu à un bouleversement des règles gouvernant le contrôle abstrait *ex post* des normes – formant le champ de compétence principal de la Cour –, lequel a été remplacé en grande partie par le mécanisme du recours constitutionnel de type allemand : l'article 27 de la loi CLI du 14 novembre 2011 sur la Cour constitutionnelle autorise les personnes physiques ou morales à déposer un recours constitutionnel lorsque celles-ci considèrent qu'une décision au fond ou une décision mettant fin à la procédure judiciaire est susceptible d'avoir violé leurs droits constitutionnels fondamentaux. Il est en outre nécessaire que les possibilités de recours aient été épuisées ou qu'il n'existe aucune possibilité de recours juridictionnel. On trouve par ailleurs un autre type de recours constitutionnel : l'article 26 (2) de la loi de 2011 sur la Cour constitutionnelle permet la saisine de la juridiction hongroise d'un recours constitutionnel lorsque, en raison de l'application d'une disposition contraire à la Loi fondamentale, les droits d'une personne ont été violés directement, en l'absence de décision judiciaire et tandis qu'il n'existe aucune procédure de recours juridictionnel destinée à réparer la violation des droits. Surtout, les changements constitutionnels survenus à compter de 2010 se prolongent dans les règles gouvernant l'examen de la recevabilité des recours constitutionnels, laquelle est conditionnée par l'existence d'un conflit avec la Loi fondamentale ou d'une question de droit constitutionnel d'importance fondamentale. En raison de cette restriction et compte tenu de la marge d'appréciation dont dispose la Cour, la grande majorité des recours constitutionnels ont été déclarés non recevables<sup>66</sup>. Un troisième changement significatif postérieur à l'année 2010 a correspondu à l'évolution de la composition de la Cour constitutionnelle. Aux termes d'une loi constitutionnelle du 5 juillet 2010, le pouvoir constituant a entrepris de modifier la composition du comité parlementaire ayant pour compétence de nommer les juges à la Cour constitutionnelle : plutôt que d'une composition à hauteur d'un membre par groupe parlementaire, celle-ci tient désormais compte de l'importance de chaque groupe parlementaire au sein de l'Assemblée nationale. Le but a été de rompre avec le consensualisme jusqu'ici prévalant et de conférer à la FIDESZ associée au KDNP une maîtrise des nominations à venir à la Cour constitutionnelle. Une seconde loi constitutionnelle, en date du 14 juin 2011, a ensuite permis l'évolution de la composition de la Cour constitutionnelle de onze à quinze membres. Cela a permis à la majorité parlementaire de nommer dès le mois de juin 2011, avec effet à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2011, 5 nouveaux juges – Mária Szívós, Péter Szalai, Béla Pokol, Egon Dienes-Oehm et István Balsai (aux quatre nouveaux sièges, s'est ajouté le départ en 2010 du juge László Trócsányi). Désormais, tous les juges à la Cour constitutionnelle de Hongrie ont été désignés par l'alliance au pouvoir depuis 2010, suivant un processus entièrement maîtrisé par celle-ci. Ces révisions constitutionnelles, corroborant le concept d'« arène centrale du pouvoir », ont permis d'étendre à la Cour constitutionnelle la logique de capture constitutionnelle ayant également frappé les institutions administratives et financières ainsi que le pouvoir judiciaire.

66 Les données statistiques de la Cour sont disponibles à partir du lien suivant : [www.mkab.hu/statistics](http://www.mkab.hu/statistics).

## B. La transformation de la légitimité de la Cour constitutionnelle

Il existe une riche littérature sur la légitimité de la justice constitutionnelle<sup>67</sup>. La Cour constitutionnelle est généralement considérée comme une institution habilitée à contrôler l'œuvre d'un Parlement issu d'élections libres et démocratiques. Or, non seulement cette juridiction n'est elle-même pas élue démocratiquement, mais elle consiste également en un corps d'individus de haut statut social, fonctionnant selon un processus de décision juridique<sup>68</sup>. Ainsi, tandis que les Cours constitutionnelles sont appelées, en qualité de garantes de la séparation des pouvoirs, du fonctionnement démocratique de l'État ainsi que de la protection des droits de l'homme<sup>69</sup>, à contrôler la législation de l'organe représentatif suprême, elles ne sont pas pour autant organisées de manière démocratique<sup>70</sup>. En Hongrie, de 1989 à 2012, la Cour constitutionnelle a contribué à consolider un processus de construction de la démocratie fondé sur le principe de séparation des pouvoirs et la protection des droits fondamentaux suivant une approche libérale. En revanche, postérieurement à 2012, lorsque la Cour constitutionnelle a été soumise au modèle constitutionnel populiste – c'est-à-dire une autocratie en développement –, la fonction de la Cour constitutionnelle a évolué en direction d'une exigence de protection de la Loi fondamentale ainsi que de l'ordre constitutionnel populiste et illibéral. La nature contre-majoritaire de la juridiction constitutionnelle a donc été considérablement affaiblie au gré de ces deux périodes successives. En situation de crise, ce phénomène est d'ailleurs assez récurrent pour de nombreuses Cours constitutionnelles<sup>71</sup>. Ce constat est d'autant plus évident que le fondement de ces juridictions, ainsi que leur légitimité, est d'un certain point de vue assez faible, puisque ceux-ci résident dans des Constitutions antérieures à la survenance de l'érosion démocratique et la production d'un ordre constitutionnel populiste. Certes, les décisions des Cours constitutionnelles peuvent être pratiques pour le pouvoir politique en raison de leur force de persuasion, de leur cohérence méthodologique ou encore de la représentation cohérente d'un ensemble clair de valeurs. Cependant, selon certaines conceptions de la démocratie, le contrôle constitutionnel reste injustifié au regard notamment de la prévalence de l'institution parlementaire.

67 Parmi les ouvrages les plus connus en langue anglaise, voir J. WALDRON, « The core of the case against judicial review », *Yale Law Journal*, vol. 115. 2006, p. 1346; A. STONE SWEET, « Constitutional Courts », in M. ROSENFELD et A. SAJÓ (eds.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 816–830; A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of American Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986; J.-H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge–London, Harvard University Press, 1980; S.-E. LEMIEUX et D.-J. WATKINS, *Judicial Review and Contemporary Democratic Theory. Power. Domination and the Courts*, New York and London, Routledge, 2018.

68 D. KAPISZEWSKI, G. SILVERSTEIN et R.-A. KAGAN (eds.), *Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

69 C.-F. ZURN, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

70 A. BRAGYOVA, « Demokrácia és alkotmánybíráskodás », in K. TÓTH (éd.), *Emlékkönyv dr. Szentpéteri István egyetemi tanár születésének 70. évfordulójára*, Szeged, JATE ÁJK Tudományos Bizottság, 1996, p. 135-159. Bragyova fait référence aux contributions suivantes dans la littérature récente : J.-H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge–London, Harvard University Press, 1980, et M.-J. PERRY, *The Constitution, the Courts and Human Rights: An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*, New Haven. Yale University Press, 1982, p. 78. Il convient également de faire mention de R. DWORKIN, « The Forum of Principle », *New York University Law Review*, vol. 156. 1981, p. 469 et R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 33.

71 Z. SZENTE et F. GÁRDOS-OROSZ (eds.), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*. London, Routledge, 2019.

Les décisions des Cours constitutionnelles s'accompagnent ainsi d'une critique croissante fondée sur des motifs démocratiques<sup>72</sup>. En Hongrie, ces critiques, qui ont trouvé quelques solides fondements entre 2010 et 2013, c'est-à-dire entre la victoire électorale de la FIDESZ et du KDNP, et la mise en œuvre de la Loi fondamentale, ont rapidement disparu par la suite. La Cour constitutionnelle s'est révélée être un outil utile pour exprimer les nouvelles idées constitutionnelles formulées dans le texte de la Loi fondamentale. De façon générale, les problèmes classiques de légitimité disparaissent lorsque le génotype de la Cour constitutionnelle évolue en direction d'un système constitutionnel de type populiste. Le génotype de la juridiction constitutionnelle acquiert alors une apparence phénotypologique très différente. Il est ici opportun de se rapporter à l'idée développée par Nadia Urbinati, suivant laquelle, dans le contexte d'un ordre constitutionnel populiste, les institutions se trouvent parasitées, la mécanique du populisme étant hébergée par l'institution démocratique libérale. En Hongrie, consécutivement aux changements significatifs concernant la compétence de la Cour constitutionnelle, sa nature contre-majoritaire – c'est-à-dire sa fonction originale – a complètement disparu. Mais d'autres contraintes liées à la protection de la Constitution en vigueur méritent d'être ici soulignées. Ainsi, la Cour constitutionnelle protège une Constitution dont certaines dispositions pourraient être en conflit avec les valeurs universelles du constitutionnalisme. Il n'en reste pas moins que la soumission de l'institution juridictionnelle à l'ordre constitutionnel et politique populiste a été particulièrement rapide, tout autant que sa résistance a été faible ou inefficace. L'exemple hongrois met en lumière le fait que les problèmes de légitimité de la juridiction constitutionnelle rendent celle-ci très fragile : le surgissement d'un ordre constitutionnel et politique populiste lui impose une transformation complète (mais avec le même génome) en vue de s'adapter à un environnement institutionnel et politique nouveau.

### C. La transformation de l'activisme judiciaire

Les grands débats sur le contrôle de constitutionnalité et la situation des cours constitutionnelles en tant que pouvoir public font l'objet d'un discours multidirectionnel<sup>73</sup>, dont une partie mérite d'être mentionnée ici. La question centrale de ces débats<sup>74</sup>, et celle-là même qui a animé la recherche constitutionnelle hongroise depuis 1990, réside dans la façon dont le texte de la Constitution peut être dissocié de sa signification grammaticale. L'autolimitation et le minimalisme judiciaires<sup>75</sup> sont l'antithèse de l'activisme judiciaire. Avant même que le terme « activisme judiciaire » ne soit

72 R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the new Constitutionalism*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2004 ; T. GYÖRFI, *Against new constitutionalism*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016 ; S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

73 Pour un aperçu, D. LANDAU, « Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 51. 2010, p. 319 ; et de la tradition allemande qui a eu le plus grand impact en Europe : V. VANBERG, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 ; K. STERN, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Düsseldorf, Westdeutscher Verlag, 1979.

74 La majeure partie de ce sous-chapitre est traduite de F. GÁRDOS-OROSZ, « Alkotmánybíróság », in A. JAKAB, M. KÖNCZÖL, A. MENYHÁRD et G. SULYOK (eds.), *Internetes Jogtudományi Enciklopédia*, 2020a.

75 M.-J. PERRY, « The Constitution, the Courts, and the Question of Minimalism », *Northwestern University Law Review*, vol. 88. 1993, p. 84 ; C-R. SUNSTEIN, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

inventé, les juges étaient souvent critiqués pour avoir affirmé des principes qu'ils considéraient comme s'imposant d'eux-mêmes<sup>76</sup>. Que ce soit en Inde, en Israël ou en Hongrie, l'activisme signifie aller au-delà de l'approche positiviste de l'activité judiciaire ainsi que décider dans une direction souhaitable ou indésirable sur des questions qui ne sont pas clairement réglées par le texte constitutionnel<sup>77</sup>. Dans le cadre de l'activisme, il est également question de qualifier le juge constitutionnel de législateur positif<sup>78</sup>. La fonction de législateur positif suggère que, par ses décisions, la juridiction constitutionnelle est non seulement susceptible d'annuler les normes inconstitutionnelles, mais peut également compléter le système constitutionnel par des instructions de constitutionnalité qui peuvent s'apparenter à une législation positive<sup>79</sup>. La question de l'activisme judiciaire nous amène à la question controversée de la suprématie judiciaire dans le jugement constitutionnel<sup>80</sup> ainsi que de celle du rôle du pouvoir judiciaire ou de la cour constitutionnelle dans les démocraties constitutionnelles libérales<sup>81</sup>. Si la protection de l'institution parlementaire était primordiale au moment de la création de la Constitution, le rôle des tribunaux dans la formulation des questions constitutionnelles fondamentales s'est accru avec la diffusion de la protection juridictionnelle de la Constitution<sup>82</sup>. En Hongrie, le rôle que la Cour constitutionnelle peut jouer dans l'élaboration du système constitutionnel a fait l'objet d'un intense débat<sup>83</sup>. Dans la Hongrie populiste, le meilleur exemple d'activisme judiciaire résulte de la formulation par la Cour constitutionnelle du principe d'identité constitutionnelle, un concept qui était jusqu'alors absent de l'ordre constitutionnel hongrois comme de la Loi fondamentale. L'activisme judiciaire dont il est ici question est d'ailleurs d'une nature plus politique que judiciaire et peut être considéré comme une étape essentielle dans l'évolution vers un ordre constitutionnel populiste. Dans sa décision 22/2016 (XII. 5.) du 30 novembre 2016, la Cour constitutionnelle hongroise s'est fondée sur une interprétation abstraite de l'article E (2) de la Loi fondamentale pour décider que les institutions de l'Union européenne ne peuvent porter atteinte à l'identité constitutionnelle de la Hongrie. En d'autres termes, aucune norme européenne applicable à la Hongrie ne peut violer le droit à la dignité humaine, les autres droits fondamentaux, la souveraineté ainsi que l'identité de la Hongrie fondée sur sa Constitution historique. Ainsi, de manière très controversée, la Cour

76 E. ZOLDAN, « Targeted Judicial Activism », *Green Bag 2D*, vol. 16. 2014, p. 465 ; B.-C. CANON, « Defining the Dimensions of Judicial Activism », *Judicature*, vol. 66. 1983, p. 236.

77 E. SCHARPF, *Die Grenzen der richterlichen Verantwortung. Die political-question-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court*, Karlsruhe, C. F. MÜLLER, 1965.

78 L.-P. CLAUS et R.-S. KAY, « Constitutional Courts as "Positive Legislators" in the United States », *American Journal of Comparative Law*, vol. 58. 2010, p. 479.

79 A.-R. BREWER-CARÍAS (éd.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

80 Parmi les travaux de base sur ce sujet, citons : M. TOHIDIPUR (éd.), *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik*. Berlin, Suhrkamp, 1976 ; K.-E. WHITTINGTON, « The Political Foundations of Judicial Supremacy », in S.-A. BARBER et R.-P. GEORGE (eds.), *Constitutional Politics*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 261-297 et S. GARDBAUM, « What is Judicial Supremacy? », in G. JACOBSON et M. SCHOR (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 16-39.

81 Il faut surtout mentionner l'ouvrage de MARCIC, intitulé *Vom Gesetzestaat zum Richterstaat*, Vienne, 1957, ainsi que MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Vienne, 1963.

82 G. WEINER, *The Political Constitution: The Case against Judicial Supremacy*, Lawrence Kansas, Kansas University Press, 2019.

83 Jogelméletiszemle (Revue de théorie juridique) 2015/4 a ouvert le débat parmi les juristes constitutionnels hongrois.

constitutionnelle s'est chargée de fixer les limites de l'intégration européenne. Celle-ci considère que, bien que l'Union européenne assure une protection suffisante des droits fondamentaux par le biais de la Charte des droits fondamentaux et de la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour constitutionnelle ne peut renoncer à la protection de la dignité humaine et, de façon plus générale, des droits fondamentaux. La juridiction hongroise estime qu'il convient d'assurer la protection de l'identité constitutionnelle dans le cadre d'un dialogue constitutionnel fondé sur les principes d'égalité et de collégialité, en étroite collaboration avec la Cour de justice de l'Union européenne et dans un esprit de respect mutuel. Il est logique de considérer que l'exigence de dialogue ne consiste en réalité qu'en une limitation du transfert de souveraineté en direction de l'Union européenne. La Cour a ainsi formulé une réserve importante à l'égard de l'Union européenne sous la forme d'une affirmation de primauté de la Loi fondamentale dans les questions constitutionnelles les plus importantes<sup>84</sup>. Si la Cour a été critiquée pour son activisme au début des années 1990, dans le contexte de la transition démocratique, elle n'a pas été moins activiste dans cette décision 22/2016 : la Loi fondamentale ne fait nullement mention du principe d'identité constitutionnelle pas plus qu'elle n'établit de hiérarchie entre les droits, dont il aurait pu résulter que certaines dispositions ont une importance particulière par rapport à d'autres. Encore faut-il rappeler que l'activisme inhérent à la décision 22/2016 a vu le jour consécutivement à un référendum initié par le Gouvernement – finalement invalidé du fait d'une participation insuffisante – visant spécifiquement la réglementation des questions migratoires ainsi que, dans le contexte de la crise migratoire, la protection de l'identité constitutionnelle et des traditions constitutionnelles nationales<sup>85</sup>. Au début des années quatre-vingt-dix, la Cour présidée par L. Sólyom avait déjà rendu différents arrêts de grande importance aux termes desquels ont été formulés de nouveaux principes constitutionnels par voie d'interprétation<sup>86</sup>. Cet activisme judiciaire est généralement apparu dans le cadre d'affaires relatives aux droits fondamentaux. En revanche, avec la décision 22/2016, l'activisme de la Cour constitutionnelle a visé à créer de façon opportune une compétence nationale nouvelle dans les relations avec l'Union européenne à partir d'une instrumentalisation du concept d'identité constitutionnelle et de façon à répondre aux objectifs politiques du gouvernement<sup>87</sup>.

84 Pour une critique de la décision et des questions d'interprétation juridique impliquant des niveaux multiples de constitutionnalité dans la relation entre la Constitution et le droit de l'UE, voir T. DRINÓCZI, « A 22/2016 (XII. 5.) AB határozat: mit nem tartalmaz és mi következik belőle. Az identitásvizsgálat és az ultra vires közös hatáskörgyakorlás összehasonlító elemzésben », *MTA Law Working Papers*, 1. 2017 et N. CHRONOWSKI et A. VINCZE, « Önazonosság és európai integráció – Az Alkotmánybíróság az identitás keresés útján », *Jogtudományi Közlöny*, vol. 3. 2017, p. 117.

85 F. GÁRDOS-OROSZ, « The reference to constitutional traditions in populist constitutionalism – The case of Hungary », *Hungarian Journal of Legal Studies*, vol. 61. 2020b, p. 23.

86 T. DRINÓCZI, F. GÁRDOS-OROSZ et Z. POZSÁR-SZENTMIKLÓSY, « Informal constitutional amendments », *MTA Law Working paper*, 18, 2019.

87 Z. SZENTE, Constitutional Identity as a Normative Constitutional Concept, *The Hungarian Journal of Legal Studies, Acta Juridica Hungarica* 2022/1E. E. VÁRNAY, The Hungarian Sword of Constitutional Identity, *The Hungarian Journal of Legal Studies, Acta Juridica Hungarica* 2022/1.

## D. La transformation de l'adjudication constitutionnelle

La déférence judiciaire<sup>88</sup> constitue un dilemme permanent de la justice constitutionnelle. Il va de soi que le jugement constitutionnel est de prime abord considéré comme une activité juridique. Mais les décisions du juge constitutionnel font de celui-ci un acteur important de la scène politique<sup>89</sup>. Les politologues mesurent la force d'une décision de la Cour constitutionnelle en fonction de sa pertinence politique, tandis que les constitutionnalistes examinent la force de persuasion dogmatique, conceptuelle et logique des décisions pour fonder l'existence d'un contrôle constitutionnel fort ou faible.<sup>90</sup> Les institutions situées à l'interface du droit et de la politique peuvent jouer un rôle important dans le pouvoir et la politique<sup>91</sup>, même si leurs décisions sont prises strictement sur la base du constitutionnalisme juridique<sup>92</sup>. Ces questions apparaissent à nouveau sous un jour très particulier dans le contexte d'un ordre constitutionnel populiste. Il existe plusieurs situations dans lesquelles la Cour constitutionnelle hongroise a rendu sa décision de façon à satisfaire aux objectifs du gouvernement<sup>93</sup>. Non seulement la compétence de la Cour constitutionnelle apparaît sous un jour différent dans le contexte d'un ordre constitutionnel populiste, mais l'idée d'une limitation du pouvoir de la juridiction constitutionnelle acquiert elle-même un sens différent. Lorsque la Cour constitutionnelle est activiste, elle contribue à soutenir la majorité politique. À titre d'illustration et dans le contexte de la crise financière mondiale, la Cour constitutionnelle, dans sa décision 34/2014 (XI. 14.) relative à la modification unilatérale des contrats de prêt à la consommation conclus avec les institutions financières, a fait usage de son pouvoir d'interprétation de la Loi fondamentale (et notamment des principes d'État de droit, de sécurité juridique et de non-rétroactivité ainsi que du droit à un procès équitable) en vue de construire un régime de protection constitutionnelle des consommateurs. Cette décision témoigne d'un comportement déférent de la Cour à l'égard de la majorité parlementaire comme à l'endroit du gouvernement. Sur plusieurs points, les normes nouvellement dégagées vont à l'encontre des fondements théoriques et doctrinaux du droit constitutionnel et de la pratique précédemment établie en la matière<sup>94</sup>. Cette décision trouve son origine dans le constat que la crise économique de 2008 a conduit à placer de nombreux ménages dans une situation difficile en raison de contrats de prêts en devises. Se rapportant à l'article R (3) de la Loi fondamentale, la Cour s'est fondée sur l'exigence constitutionnelle « d'aider les personnes vulnérables

88 F.-W SCHARPF, « Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis », *Yale Law Journal*, vol. 75. 1966, p. 517; L. HENKIN, « Is There a "Political Question" Doctrine? », *The Yale Law Journal*, vol. 85. 1976, p. 597; M.-H. REDISH, « Judicial Review and the "Political Question" », *Northwestern University Law Review*, vol. 79. 1984-1985, p. 1031.

89 M.-J. PERRY, *The Constitution, the Courts and Human Rights: An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*, New Haven. Yale University Press, 1982; C. HÖNNIGE, *Verfassungsgericht, Regierung, und Opposition – Die vergleichende Analyse eines Spannungsdreiecks*, Wiesbaden, VS Verlag, 2007; R. LAMPRECHT et W. MALANOWSKI, *Richter machen Politik*, Frankfurt am Main, Fischer, 1979.

90 F.-W SCHARPF, « Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis », *Yale Law Journal*, vol. 75. 1966, p. 517; L. HENKIN, « Is There a "Political Question" Doctrine? », *The Yale Law Journal*, vol. 85. 1976, p. 597; M.-H. REDISH, « Judicial Review and the "Political Question" », *Northwestern University Law Review*, vol. 79. 1984-1985, p. 1031.

91 Pour l'Allemagne, voir par exemple R. LAMPRECHT et W. MALANOWSKI, *Richter machen Politik*, Frankfurt am Main, Fischer, 1979.

92 F. GÁRDOS-OROSZ et Z. SZENTE (eds.), *Jog és politika határán: Alkotmánybíráskodás Magyarországon 2010 után*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2015.

93 F. GÁRDOS-OROSZ et Z. SZENTE (eds.), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, Abingdon, Routledge, 2021.

94 F. GÁRDOS-OROSZ et P. GÁRDOS, « AB Decision 34/2014 (XI. 14.) – foreign currency loan », in F. GÁRDOS-OROSZ et K. ZAKARIÁS (eds.), *The main lines of the jurisprudence of the Hungarian Constitutional Court: 30 case studies from the 30 years of the Constitutional Court (1990-2020)*, Baden-Baden, Nomos, 2022, p. 395-414.

et les pauvres », tandis qu'en vertu de l'article M (2), l'un des devoirs d'un État de droit démocratique est de lutter contre la concurrence déloyale et l'abus de position dominante sur le marché ainsi que de protéger les droits des consommateurs. Selon la Cour constitutionnelle, en cas de crise grave affectant les droits fondamentaux de la population, la protection des droits des consommateurs et l'obligation d'aider les victimes sont les premiers devoirs des institutions étatiques. En l'absence d'une telle intervention de l'État, les droits fondamentaux des débiteurs en situation de vulnérabilité, et en définitive leur droit à la dignité humaine, seraient irrémédiablement compromis. La Cour peut finalement affirmer qu'en vertu de l'article 28 de la loi fondamentale, les tribunaux auraient dû interpréter la législation existante de cette manière. La Cour constitutionnelle a ainsi tenté d'utiliser l'argument de la crise pour justifier tout à la fois son comportement déférent vis-à-vis de la majorité parlementaire comme du gouvernement et son interprétation hasardeuse des normes situées au fondement de l'État de droit. Il est d'ailleurs frappant qu'un membre de la Cour, Barnabás Lenkovics, ait pris soin de déclarer, peu avant que la majorité parlementaire ne l'élise à la présidence de la Cour constitutionnelle, que « le contentieux constitutionnel n'est pas indépendant du temps et de l'espace. Il doit suivre le rythme de l'évolution des conditions. Les mêmes normes qui ont été élaborées et utilisées par la Cour constitutionnelle dans des circonstances stables [...], ne peuvent pas être appliquées invariablement dans des conditions historiques différentes. Sinon, certaines mesures pourraient devenir des dogmes, ce qui paralyserait le fonctionnement du pouvoir législatif, du gouvernement, voire du système d'État de droit, et rendrait impossible la gestion de la crise [économique] »<sup>95</sup>. Ces mots expriment probablement l'attitude des nouveaux juges qui ont été sélectionnés et élus de manière unilatérale par les partis gouvernementaux, pour lesquels des conditions extraordinaires appellent toujours des solutions extraordinaires. Cela peut être satisfait au prix d'une réduction du niveau de protection des droits ou d'un affaiblissement du contrôle constitutionnel par rapport aux périodes précédentes, dès lors que ces actions sont susceptibles de contribuer à une action gouvernementale efficace. Il s'agit d'une approche vraiment nouvelle car la pratique antérieure de la Cour constitutionnelle aurait consisté en une logique inverse, fondée sur l'idée qu'en période de crise, il existe un besoin croissant de garanties constitutionnelles des droits fondamentaux et de renforcement de l'État de droit. Dans la pratique, cependant, la Cour constitutionnelle n'a que rarement fait référence aux contraintes découlant des situations de crise lorsqu'elle a motivé ses propres décisions. Lorsque la Cour a confirmé les actes juridiques de la majorité gouvernementale et approuvé l'extension sans précédent du pouvoir exécutif, elle n'a généralement jamais placé l'argument d'une situation difficile ou d'urgence au fondement de sa décision. Les références de la Cour à la crise économique « en tant que contexte » n'ont servi que de justification générale et vague pour réviser les normes précédemment formulées sans autre raisonnement juridique. Il s'est agi de faire usage de simples ornements juridiques dissimulant l'absence de véritables arguments, dans le seul but de faire preuve de déférence vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif.<sup>96</sup>

95 Jogi Fórum (Forum juridique), 19 mai 2014.

96 Z. SZENTE et F. GÁRDOS-OROSZ (eds.), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*, op. cit. Cette approche se poursuit dans l'évaluation des cas liés au covid-19 dans l'état d'urgence ; voir par exemple F. GÁRDOS-OROSZ et Z. SZENTE (eds.), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, Abingdon, Routledge, 2021. Pandémocratie.

## E. La transformation de la dimension politique du contentieux constitutionnel

La doctrine des questions politiques dans le droit constitutionnel américain a été élaborée afin de déterminer ce qui ne peut être soumis au contrôle constitutionnel. En établissant cette doctrine, la Cour suprême américaine a déclaré qu'il existe des questions juridiques et des questions politiques, ces dernières n'ayant pas à être tranchées par la Cour et n'étant pas contestables. Cela suggère que dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité, la Cour estime que le gouvernement ou le pouvoir législatif dispose d'une large marge d'appréciation pour décider d'une question particulière<sup>97</sup>. Partant, il est naturel de considérer qu'une juridiction est susceptible de rendre une décision favorable à la majorité parlementaire et au gouvernement lorsqu'elle décide qu'elle n'est pas compétente pour connaître de l'affaire en question. Tel a notamment été le cas de l'ordonnance 3199/2018 (VI. 21.) ainsi que de l'ordonnance 3200/2018 (VI. 21.) rendues par la Cour constitutionnelle de Hongrie et visant à reporter la prise de décision sur la «lex CEU». Il est ici question de la loi CCIV du 23 décembre 2011 sur l'enseignement supérieur national, laquelle a consisté en l'introduction de nouvelles conditions gouvernant le fonctionnement de certaines Universités, et notamment la *Central European University*. Formulé différemment, l'objet de la loi du 23 décembre 2011 était de mettre un terme au fonctionnement de la *Central European University* (CEU), elle-même financée par G. Soros. Cette loi a suscité de nombreuses critiques, tant au niveau national qu'international, notamment de la part de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et de la Commission de Venise. Elle a fait l'objet d'abord d'un recours constitutionnel de la part de la CEU, ensuite d'une saisine par un quart des députés en vue d'un contrôle abstrait a posteriori. Plusieurs mois après cette double saisine, la Cour a fait application d'outils procéduraux (par ailleurs très rares) pour permettre le report de la décision : elle a créé un comité *ad hoc* composé des greffiers de la Cour pour préparer la procédure décisionnelle. Sur proposition du comité, la Cour a demandé des éclaircissements supplémentaires aux requérants et à plusieurs institutions étatiques. En juin 2018, la Cour constitutionnelle a décidé de suspendre la procédure jusqu'à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne. La juridiction hongroise a justifié sa décision par l'obligation de coopération des tribunaux au sein de l'Union européenne dès lors que les droits fondamentaux de la Loi fondamentale qui, selon les requêtes, ont été violés, sont étroitement liés aux droits fondamentaux consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Toutefois, comme l'indique le juge Stumpf dans son opinion concordante, l'exigence de suspension n'était pas pleinement remplie puisque le jugement au fond de l'affaire ne dépendait pas de la décision de la CJUE. Comme il n'y avait aucune raison et aucun précédent pour suspendre une affaire dans un domaine qui ne revêtait pas une nature européenne, il apparaît avec évidence que la Cour constitutionnelle a entendu ne rendre aucune décision sur la question politiquement très sensible de la réglementation de l'enseignement supérieur. Il est tout aussi évident que cette décision visait clairement à satisfaire aux objectifs du gouvernement. Cette illustration contribue à montrer que la doctrine de la question politique est également présente dans le contexte d'un ordre constitutionnel populiste, même si celle-ci n'est pas explicite. Il reste

97 Voir les exemples dans Z. SZENTE et F. GÁRDOS-OROSZ (eds.), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*. London, Routledge, 2019.

toutefois que cette doctrine s'exprime d'une manière très différente de celle formulée initialement aux États-Unis. Ceci précisé, il est opportun d'aborder le problème du « tout semble identique alors que tout est différent ». Les exemples tirés de la jurisprudence hongroise montrent que dans les cas où l'environnement politique et constitutionnel d'une institution change, le phénotype de l'institution devient lui-même différent. En Hongrie, cette situation s'explique par le fait que la Cour constitutionnelle est chargée de défendre la Loi fondamentale, laquelle a déjà été modifiée au moyen de neuf amendements successifs et offre une marge d'interprétation constitutionnelle assez étroite. En outre, la classe politique dominée par la FIDESZ et le KDNP a clairement fait savoir entre 2010 et 2012 que si la position de la Cour constitutionnelle dans une affaire dont elle est saisie n'est pas acceptable, la majorité parlementaire contournera sa décision au moyen d'une simple révision constitutionnelle. Dans une telle situation, force est de constater que, dans un ordre constitutionnel populiste tel qu'il existe en Hongrie, la Cour constitutionnelle n'est pas une limite au pouvoir public, mais un organe spécialisé dans l'application de la Loi fondamentale conformément à l'imagination politique du moment. La fonction contre-majoritaire de l'institution s'estompe dans un tel système politique et, par conséquent, les dilemmes classiques et les questions contemporaines spécifiques que nous posons habituellement doivent être considérés sous un jour différent. Cela signifie que les concepts de fond et de procédure tendent à être utilisés par la Cour constitutionnelle à des fins qui aident la majorité gouvernementale à atteindre ses objectifs politiques, plutôt qu'en vue de créer un contrepoids à l'exercice de la puissance publique. Il est toutefois difficile de dire si la fonction initiale et les buts classiques de la justice constitutionnelle disparaissent nécessairement dans un système politique tel que l'ordre constitutionnel populiste hongrois ou, au contraire, si une Cour constitutionnelle pourrait constituer un véritable contrepoids à une telle aspiration. L'exemple hongrois, dans le contexte d'un système constitutionnel populiste, prouve qu'en ce qui concerne la justice constitutionnelle, les approches classiques dans leur sens originel n'ont guère leur place. Les concepts anciens visent à satisfaire de nouveaux objectifs. Tout se ressemble, mais tout est différent.



# VIOLATING THE RULE OF LAW IN THE NAME OF THE PEOPLE

## POLAND AS EXHIBIT A IN THE EUROPEAN UNION

Laurent PECH<sup>1</sup>

“Our country’s ‘cherry picking’ on EU law, its disrespect for the judgments of the CJEU and the ECtHR, the disregard for the constitution and its interpretation, the failure to respect the independence of judges—all of these are questioning the rule of law, and are basically an early stage of the path whose result is the blurring of the distinction between law and lawlessness, the ‘Putinization’ of law.”<sup>2</sup>

### I. Broader context: Rising autocratisation within the EU

As of today, and following years of deliberate and sustained top-down undermining of the national system of checks and balances by national authorities, the EU includes the world’s top two autocratising countries: Poland and Hungary, with the latter no longer recognised as a democracy and instead classified as an electoral autocracy by the V-Dem Institute.<sup>3</sup> Additional EU Member States experienced or are experiencing backsliding episodes whose duration and intensity may however vary. One may for instance the case of Romania which experienced an episode of severe rule of law backsliding in 2017-2019.<sup>4</sup> While this episode came to an end following elections and a change of government, Romania’s Constitutional Court has since then sought to emulate Poland’s (captured) Constitutional Tribunal by systemically disregarding the EU’s rule of law requirements and associated case law of the Court of Justice on account of Romania’s (undefined) “constitutional identity”.<sup>5</sup>

---

1 Full Professor of Law, Sutherland School of Law, University College Dublin.

2 Ewa Łętowska, former Polish Commissioner for Human Rights, former Supreme Administrative Court judge and former judge of the Constitutional Tribunal, March 2022. “The Rule of Law in a Time of Emotions”, *VerfBlog*, 4 March 2022, [<https://verfassungsblog.de/rule-of-law-in-a-time-of-emotions/>].

3 V-Dem Institute, *Autocratization Turns Viral, Democracy Report 2021*, March 2021, p. 38.

4 International IDEA, *The Global State of Democracy 2019*, p. 35 and p. 216.

5 See most recently, M. MORARY and R. BERCEA, “The Romanian Saga on the Rule of Law”, *EU Law Live*, no. 137, 1 April 2023, p. 2.

Less severe backsliding patterns have been identified in an additional number of EU countries with for instance Lithuania and Slovakia losing their status as liberal democracy in 2018 to become electoral democracies in the V-DEM annual assessment of the state of democracy worldwide.<sup>6</sup> To add to this gloomy picture, in its 2022 annual Democracy report, the V-DEM Institute emphasised that the EU was now facing an autocratisation wave with 6 out of 27 EU Member States experiencing a process of autocratisation.<sup>7</sup> Most recently, Greece was downgraded from liberal to electoral democracy due to “a gradual deterioration of institutional checks and balances that are core to the principle of liberal democracy and ensure that the executive is constrained.”<sup>8</sup> In some cases, there was also little to back slide from as EU Member States such as Romania and Bulgaria never became liberal democracies post EU accession.<sup>9</sup>

In light of the above, the EU should no longer be viewed as a community of democracies but rather as a community of liberal democracies (a majority of EU Member States for now), electoral democracies (a growing minority of EU Member States, including Poland) and one electoral *autocracy* (Hungary).

After a decade of democratic and rule of law backsliding, we are seeing increasing evidence of the slow disintegration of the EU legal order. A concrete manifestation of this process is the increasing and open *systemic* violations of the rulings of the CJEU and the ECtHR deliberately organised by national authorities via inter alia captured national courts.

In the face of what may be viewed as an existential threat to the continuing existence of the EU as a rule of law-based system, President Lenaerts delivered an unprecedented public warning in November 2021:

“The authority of the Court of Justice has been challenged in various Member States, as has the primacy of EU law, not only by politicians and the press, but also before and even *by* national courts, including certain constitutional courts. This is an extremely serious situation and it leaves the Union at a constitutional crossroads. I believe it is no exaggeration to say that its foundations as a Union based on the rule of law are under threat and that the very survival of the European project in its current form is at stake.”<sup>10</sup>

A few months later, the President of the European Court of Human Rights (ECtHR), delivered an equally stark warning after mentioning the increasing number of judgments concerning judicial independence, *in particular in respect of Poland*, and which would show a worrying regression in the rule of law:

6 V-Dem Institute, *Varieties of Democracy, Democracy of All? Annual Democracy Report 2018*, May 2018, p. 20.

7 V-Dem Institute, *Autocratization Changing Nature. Democracy Report 2022*, March 2022, p. 18.

8 V-Dem Institute, *Democracy Report 2023: Defiance in the Face of Autocratization*, March 2023, p. 17.

9 V-Dem Institute distinguishes between two types of regimes (autocracy and democracy) themselves subdivided in two main forms: closed and electoral autocracies; electoral and liberal democracies.

10 K. LENAERTS, “Constitutional relationships between legal orders and courts within the European Union”, FIDE 2021, XXIX FIDE Congress, 4 November 2021: [[https://fide2020.eu/wp-content/uploads/2021/11/FIDE-Opening-Ceremony\\_-4-November-2021\\_Koen-Lenaerts.pdf](https://fide2020.eu/wp-content/uploads/2021/11/FIDE-Opening-Ceremony_-4-November-2021_Koen-Lenaerts.pdf)].

“The rule of law is based on a very simple and important premise: those who are entrusted with wielding governmental power must themselves be circumscribed by the law and it is the role of the courts to state what the law is if a dispute arises [...] Europe where sustained public expressions of hostility or outright refusal to abide by court judgments are commonplace; A Europe where judges are simply unable to do their jobs independently and impartially for fear of reprisals or attacks resulting in unfettered governmental power: This is a Europe in which the rule of law is at risk of disappearing. This is a Europe in which we will no longer be free, as recent events have once again shown us.”<sup>11</sup>

This contribution will focus on the case of Poland by first briefly outlining how national authorities have progressively been able to progressively capture the judicial branch notwithstanding some continuing judicial resistance up to this day. A transversal assessment of the state of play after more than seven years of rule of law backsliding will then be provided and conclude that authoritarian populism has transformed Poland into the EU’s first legal black hole to borrow the expression coined by Advocate General Bobek in 2021.<sup>12</sup>

## II. Poland’s Rule of Law Crisis

### A. Populism and Independent Judiciaries

As Professor Müller aptly put it, “attacks on judicial independence are ... part of the logic of populism itself. Populists claim that only they represent the people, with the consequences that whatever is (or can be construed as) criticism from non-elected, independent institutions gets dismissed as illegitimate”.<sup>13</sup>

This has indeed been one of the rhetoric devices used by Poland’s ruling coalition since the end of 2015 with not only judges but also critics opposing the coalition’s alleged judicial “reforms”, including the country’s human rights commissioner, have been regularly and publicly denounced as “anti-Polish” and even sometimes, “anti-state”.<sup>14</sup>

At the same time, those engaged in the repeated violations of the most basic tenets of the rule of law such as the current Polish President,<sup>15</sup> including gross violations of Poland’s Constitution and open disregard of courts’ rulings, have justified these violations in the name of restoring the

11 Speech by Robert Spano, President of the European Court of Human Rights, Solemn Hearing for the Opening of the Judicial Year, 24 June 2022: [[https://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20220624\\_Spano\\_JY\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20220624_Spano_JY_ENG.pdf)].

12 Opinion of AG Bobek delivered on 20 May 2021 in Joined Cases C-748/19 to C-754/19, *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim et al*, EU:C:2021:403, para. 138.

13 J.-W. MÜLLER, “Enemies of the People’: Populism’s Threat to Independent Judiciaries” in D. GIANNOULOPOULOS and Y. McDERMOT (eds), *Judicial Independence Under Threat* (Proceedings of the British Academy, Oxford University Press, 2022), pp. 27-28.

14 See e.g. D. TILLES, “Poland’s human rights commissioner is “anti-Polish” for criticising own country, says president”, *Notes from Poland*, 4 May 2021: [<https://notesfrompoland.com/2021/05/04/polands-human-rights-commissioner-is-anti-polish-for-criticising-own-country-says-president/>].

15 See e.g. ECtHR judgment of 3 February 2022, *Advance Pharma sp. z o.o. v. Poland* (application no. 1469/20), CE:ECHR:2022:0203JUD000146920, para. 344 in which the ECtHR characterised the actions of the Polish President as amounting to manifest violations of Polish law and a “blatant defiance of the rule of law” following the Polish President’s interference with the course of justice in order to force irregular appointments to Poland’s Supreme Court.

true rule of law and social justice.<sup>16</sup> Orwellian logic and statements abound in such a context. One may for instance refer to Poland's de facto leader who has repeatedly claimed to be the one seeking to restore the rule of law—while effectively violating Poland's Constitution repeatedly—whereas judges would be the ones seeking to undermine it:

“there is indeed a problem in Poland with the rule of law, but the main sources of this state of affairs are court judgments *contra legem*. It is our duty to ensure that these judgments made in conflict with the law are swiftly revoked and the judges who issue them held accountable on disciplinary charges and, consequently, removed from the profession [...] Our country indeed has a problem with the rule of law, but its main and dominant sources are the courts that breach the law and do not care about the constitution. Therefore, changing this state of affairs—through the reform of the judiciary—is nothing more than an attempt to eliminate this pathology and restore the rule of law in Poland, by restoring respect for the constitution.”<sup>17</sup>

It would be wrong, however, to think that authoritarian populists, once in power, “will necessarily [...] dispense with constitutional courts and a nominal commitment to the independence of judges” as indeed, the populist art of governance tends to include “various ways of faking constitutionalism—which is to say: a façade of judicial institutions co-exists with populists in fact maximising opportunities to exercise arbitrary power in the name of a homogenous, virtuous people.”<sup>18</sup>

This has proved particularly true in Poland where the current ruling coalition, as will be shown below, have methodically sought to capture and control the judiciary on a step-by-step basis targeting methodically each key judicial stepping stone before using the captured as well as new bodies (in the form of new judicial chambers) to prevent independent judges from applying and enforcing both EU and ECHR requirements relating to judicial independence.

## **B. How to capture a country's judicial branch in a few steps without much reaction from the EU: The example of Poland**

As will be outlined below, Polish authorities have moved from an initial process of *systemic institutional capture* to a process of *systemic substantive neutralisation* of the right to an independent tribunal established by law as guaranteed under Polish constitutional law and European law.

16 “Jarosław Kaczyński: jeśli Andrzej Duda przegra, nie będzie przyspieszonych wyborów”, *Onet Wiadomości*, 26 February 2020: [<https://wiadomosci.onet.pl/kraj/wybory-2020-jaroslaw-kaczynski-o-skutkach-ewentualnej-porazki-andrzejadudy/4pz33v3>].

17 “Kaczyński threatens judges in Poland with disciplinary proceedings for court judgments”, Interview with Jarosław Kaczyński published on 5 September 2020 on [niezalezna.pl](http://niezalezna.pl), translated by Rule of Law in Poland, 6 September 2020: [<https://ruleoflaw.pl/kaczynski-judges-disciplinary-responsability/>].

18 J.-W. MÜLLER, “‘Enemies of the People’: Populism's Threat to Independent Judiciaries” in D. GIANNOULOPOULOS and Y. McDERMOT (eds), *Judicial Independence Under Threat* (Proceedings of the British Academy, Oxford University Press, 2022), pp. 27-28.

In the face of this systemic disabling of the independence of Poland’s judicial branch, EU institutions and in particular the European Commission, have unfortunately reacted in a belated, partial and piecemeal manner targeting some but not all of the legal changes made while largely failing to target the captured or new judicial institutions used by Poland’s ruling coalition to further undermine judicial independence from within while providing a veneer of legality to this authoritarian agenda.<sup>19</sup>

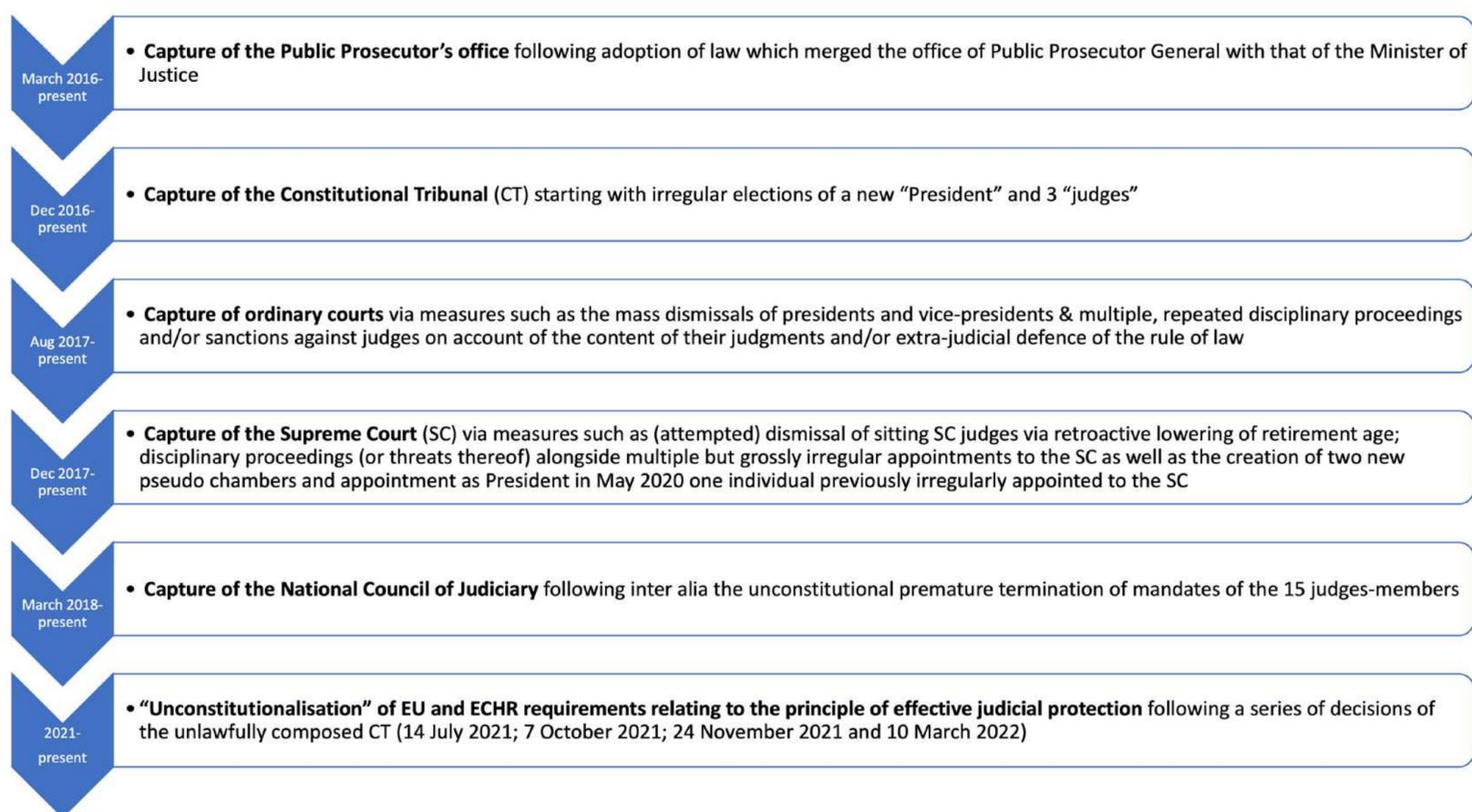


Table 1: Poland’s progressive autocratisation one (judicial) captured institution at a time since 2016.

Poland’s rule of law crisis—an expression which has been recently used by the European Court of Human Rights<sup>20</sup>—began at the end of 2015 when Polish authorities began ignoring the rulings of the (not yet captured) Constitutional Tribunal, organised the unlawful appointment of three (fake) judges to the same Constitutional Tribunal, and adopted new media regulations which paved the way to the capture of the public broadcasting sector. Soon afterwards, a number of (arguably plainly unconstitutional) laws were adopted, including the one which merged the office of Public Prosecutor General (PPG) with that of the Minister of Justice (MoJ) on the basis of a law described by the Venice Commission as “unacceptable in a State governed by the rule of law as it could open the door to arbitrariness”.<sup>21</sup> This law can be considered as the first key step towards the full structural disabling of independent courts in Poland.

19 For a comprehensive overview, see L. PECH, P. WACHOWIEC and D. MAZUR, “Poland’s Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU’s (In)Action” (2021) 13 *Hague Journal on the Rule of Law* 1.

20 ECtHR Judgment of 15 March 2022, *Grzęda v. Poland*, CE:ECHR:2022:0315JUD004357218.

21 Venice Commission, *Opinion on the Act on the Public Prosecutor’s Office as amended*, Opinion 892/2017, 11 December 2017, para. 97.

### Step 1

As rightly and emphasised early on by PACE, “the *ad personam* merger of the posts of Minister of Justice and Prosecutor General, and the extensive discretionary powers over the prosecution service and the actual prosecution of individual cases itself given to the Minister of Justice, undermine the impartiality and independence of the Prosecution Service and make it vulnerable to politicisation and abuse”.<sup>22</sup> Unsurprisingly, the vulnerability has been repeatedly used by the ruling coalition to instrumentalise the prosecution service culminating recently in the illegal not to say farcical “opening of a criminal investigation in a case concerning judges of the Court of Justice” with the National Prosecutor’s Office also issuing “instructions binding on all prosecutors recalling the allegedly non-binding force of judgments of the European Court of Justice and of the ECtHR”.<sup>23</sup>

To this day, the Commission is however yet to launch an infringement action in relation to the actions of the PPG/MoJ, even in respect of the special unit established in 2016 within the national prosecutor’s office and which was tasked with investigating judges and prosecutors.<sup>24</sup> The Commission has also failed—among many other problematical issues connected to the PPG/MoJ—to raise the issue of seconded judges which the Court of Justice was however able to address via a national request for a preliminary ruling. For the Court, the regime in force in Poland regarding the secondment of judges to higher criminal courts is manifestly incompatible with EU law and in particular EU requirements relating to judicial independence and presumption of innocence.<sup>25</sup>

In his Opinion, AG Bobek could not have been clearer regarding the *abnormal* situation existing now in Poland, which makes it all the more damaging that the Commission did not seek to launch an infringement action on this basis:

“186. [...] within the national constitutional set-up currently in place, the Minister for Justice also holds the office of the (Public) General Prosecutor. This seems to me to be one of the most – if not the most – disturbing feature of the national legal framework. [...]

188. This produces an ‘unholy’ alliance between two institutional bodies which, normally, should function separately. [...]

192. In brief, the national provisions at issue give rise, on the one hand, to a rather worrisome network of connections between the seconded judges, the prosecutors and (one member of) the government; and, on the other hand, to an unhealthy confusion of roles between judges, ordinary prosecutors and disciplinary agents.”<sup>26</sup>

22 PACE, Council of Europe, PACE, The functioning of democratic institutions in Poland, Resolution 2316 (2020), para. 7.1.

23 European Commission, 2022 Rule of Law Report (Poland Country Chapter), SWD(2022) 521 final, 13 July 2022, pp. 10-11.

24 “The National Public Prosecutor’s Office is prosecuting seven judges for taking decisions which favour an oppressed prosecutor”, *Rule of Law in Poland*, 17 December 2020: [<https://ruleoflaw.pl/the-national-public-prosecutors-office-is-prosecuting-seven-judges-for-taking-decisions-which-favour-an-oppressed-prosecutor/>].

25 Joined Cases C-748/19 to C-754/19, *Prokuratura Rejonowa*, EU:C:2021:931.

26 Opinion of AG Bobek delivered on 20 May 2021 in Joined Cases C-748/19 to C-754/19, *Prokuratura Rejonowa*, EU:C:2021:403.

## Step 2

As regards “step 2”, i.e., the capture of the Constitutional Tribunal which was finalised by the end of 2016, it took the European Commission *five years* to launch an infringement action notwithstanding its manifest unlawful composition and multiple “judgments” organising the violation of the ECJ rulings starting in April 2020 when, in its two “judgments”, the unlawfully composed Constitutional Tribunal indirectly voided the ECJ judgment in *AK* without of course referring the matter to the ECJ.<sup>27</sup>

No doubt emboldened by the lack of EU reaction to this nullification of the ECJ judgment, on 14 July 2021, in Case P 7/20, Poland’s captured “Constitutional Tribunal” held that Article 4(3) second subparagraph TEU read in connection with Article 279 TFEU are unconstitutional to the extent that they oblige Poland to abide by interim measures orders issued by the Court of Justice of the EU (hereinafter: ECJ) that affect the organisation and functioning of Polish courts and the procedure before such courts. On 7 October 2021, in Case K 3/21, the same body further held *inter alia* that the second subparagraph of Article 19(1) TEU is unconstitutional in so far as—to ensure effective legal protection in the fields covered by EU law—it confers on national courts the power to bypass, in the course of adjudication, provisions of the Polish Constitution, and to rule on the basis of provisions which are not binding, repealed or declared unconstitutional. Moreover, in the same decision, the “Constitutional Tribunal” declared the unconstitutionality of Article 19(1), second subparagraph, and Article 2 TEU, in so far as—to ensure effective legal protection in the fields covered by EU law and to ensure judicial independence—these provisions empower national courts to rule on issues regarding the judiciary.

It took the above “constitutionalisation” of what amounts to a legal Poxit from the fundamental principles underlying the EU legal via two “decisions” of 14 and 7 October 2021 for the Commission to finally launch an infringement action in December 2021,<sup>28</sup> and another fourteen months for this action to reach the ECJ<sup>29</sup> notwithstanding the parallel process of legal Poxit from Article 6(1) of the ECHR organised via the same unlawfully composed/captured body.<sup>30</sup>

27 A. BIEŃ-KACAŁA, “Poxit is Coming or is it Already Here? Comments on the Judicial Independence Decisions of the Polish Constitutional Tribunal”, *Int’l J. CONST. L. BLOG*, 28 April 2020, [<http://www.icconnectblog.com/2020/04/poxit-is-coming-or-is-it-already-here-comments-on-the-judicial-independence-decisions-of-the-polish-constitutional-tribunal>]. On 23 September 2020, the new “Disciplinary Chamber” formally but unlawfully denied any validity to the ECJ *AK* judgment in Poland. See Iustitia, “Disciplinary Chamber denies validity of CJEU Ruling”, 2 October 2020: [<https://www.iustitia.pl/en/disciplinary-proceedings/3980-disciplinary-chamber-denies-validity-of-cjeu-ruling-and-intends-to-rule-in-the-case-of-waiving-igor-tuleya-s-immunity>].

28 European Commission, *Rule of Law: Commission launches infringement procedure against Poland for violations of EU law by its Constitutional Tribunal*, IP/21/7070, 22 December 2021.

29 No case number was yet allocated to this pending infringement action at the time of finalising this contribution.

30 In reaction to the decision of 10 March 2022, retired judges of the CT denounced “another scandalous example of jurisprudence violating the Constitution”, see Statement by retired judges of the Constitutional Tribunal on the Constitutional Tribunal judgment in case K 7/21, *Rule of Law in Poland*, 13 March 2022: [<https://ruleoflaw.pl/statement-by-retired-judges-of-the-constitutional-tribunal-on-the-constitutional-tribunal-judgment-in-case-k-7-21/>].

### Step 3

As regards “step 3”, i.e., the capture of ordinary courts, the Commission only did half of the job and arguably the least crucial half of it by challenging the new retirement regime of ordinary court judges<sup>31</sup> but leaving unanswered the mass dismissal of court presidents and vice-presidents which took place under the six-month transitional regime which ended on 12 February 2018 and which gave Poland’s PPG/MoJ the power to arbitrarily dismiss them without any specific criteria, without justification and without judicial review. Once again, in the absence of Commission’s enforcement action, it was left to the European Court of Human Rights to formally but belatedly establish the grossly unlawful nature of this shocking episode.<sup>32</sup> Even more problematically, this carefully engineered episode of mass dismissal made room for ruling coalition-friendly appointees who were then able to play an instrumental role in systemically harassing independent judges via administrative measures and disregarding judgements not to the ruling coalition’s liking. For instance, several judgments ordering the reinstatement of unlawfully suspended judges have been disregarded by the new ruling coalition-friendly appointees by then in charge of most ordinary courts in Poland.

In December 2022, the Committee of Ministers of the Council of Europe invited Polish authorities “to present their reflection on the measures still necessary to protect presidents and vice-presidents of courts from arbitrary dismissals, including through introducing judicial review of the decision on their dismissal, and to consider the possibility to provide for retrospective effect as regards the period between 12 August 2017 and 12 February 2018 when more than 150 presidents and vice-presidents were dismissed based on temporary legislation.”<sup>33</sup> To this day, Polish authorities have failed to take any action to address the violation established by the ECtHR in its judgment in *Broda and Bojara* and the recommendations of the Committee of Ministers.

### Step 4

As regards “step 4”, i.e., the capture of the Supreme Court, the Commission did more forcefully act but again only did half of the job. In other words, by seeking (successfully) to prevent a purge of the Supreme Court on account of a retroactive lowering of the retirement age<sup>34</sup> without however launching an infringement action in relation to the repeated and grossly irregular appointments made to the Supreme Court—as established by the European Court of Human Rights in no less than three judgments to date<sup>35</sup>—the Commission has failed to prevent the systemic capture of the Supreme Court.

31 In Case C-192/18, *Commission v. Poland (Independence of the ordinary courts)*, EU:C:2019:924, the ECJ held that the Polish rules adopted in 2017 relating to the retirement age of prosecutors and judges of the ordinary courts, coupled with the new rules governing a possible extension to the period of active service of those judges, are not compatible with the requirements relating to the independence of judges and in particular the principle of irremovability of judges.

32 In its judgment of 29 June 2021 in *Broda and Bojara v. Poland* (nos. 26691/18 and 27367/18), the Court found that the applicants had been deprived of the right of access to a court, in violation of Article 6(1) ECHR, in relation to the Minister’s decisions removing them from their posts before the expiry of their respective terms of office.

33 Council of Europe (Committee of Ministers), H46-25 Reczkowicz group (Application No. 43447/19), *Broda and Bojara* (Application No. 26691/18) v. Poland, CM/Del/Dec(2022)1451/H46-25, 6-8 December 2022 (DH), para. 10.

34 Case C-619/18, *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, EU:C:2019:531.

35 See ECtHR judgments of 22 July 2021 in *Reczkowicz v. Poland*, no. 43447/19; of 8 November 2021 in *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*, nos. 49868/19 and 57511/19; of 3 February 2022 in *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland*, no. 1469/20.

Similarly, by failing to legally target early on both the Disciplinary Chamber (DC) *and* the Chamber of Extraordinary Control and Public Affairs (CECPA), significant irreparable damage has occurred. And even when the Commission did eventually directly target the DC (but not the CECPA initially), it was disappointing to see the Commission not promptly reacting to the violation of the ECJ order of 8 April 2020 ordering the immediate suspension of the application of the national provisions on the powers of the DC with regard to disciplinary cases concerning judges.<sup>36</sup> Similarly half-hearted effort can be unfortunately noted in relation to the CECPA—which the European Court of Human Rights has in the meantime and unsurprisingly held not to be a court established by law<sup>37</sup>—with the European Commission only targeting it tangentially rather than frontally. The Commission’s (belated) infringement action relating to Poland’s muzzle law did however at least result in the Court of Justice ordering on 14 July 2021 the suspension of the CECPA as far as its exclusive jurisdiction to rule on issues regarding judicial independence and in particular the regular nature of a judicial appointment.<sup>38</sup> Since then, Polish authorities have however refused to comply with the ECJ order on account of its alleged unconstitutionality which forced the Commission to return to the ECJ to secure a daily penalty payment which the Court set at €1m a day.<sup>39</sup> At the date of finalising this contribution, Polish authorities had accumulated more than €500m in daily penalty payments.

### *Step 5*

When it comes to “step 5”, i.e., the unconstitutional capture of the National Council of the Judiciary (NCJ) organised in 2017-18, the Commission is yet to directly challenge this development via an infringement action. What is particularly striking is that the Commission has failed to do so even after the European Parliament unusually called on the Commission to act in September 2020, the expulsion of the neo-NCJ from the ENCJ in October 2021 and the repeated findings of (independent) Polish courts and the European Court of Human Rights that the neo-NCJ is no longer independent from the legislative or executive powers and systemic remedial action urgently required (*italicised emphasis added*):

“[T]he Court’s conclusions regarding the *incompatibility* of the judicial appointment procedure involving the NCJ with the requirements of an “independent and impartial tribunal established by law” under Article 6 § 1 of the Convention *will have consequences* for its assessment of similar complaints in other pending or future cases. The deficiencies of that procedure as identified in the present case in respect of the Supreme Court’s Chamber of Extraordinary Review and in

36 The Commission has officially denied that the ECJ order of 8 April 2020 was not complied with by Polish authorities. The ECtHR (unusually) held otherwise in *Grzęda v. Poland*, 15 March 2022, para. 23: “Despite the CJEU’s interim decision, the Disciplinary Chamber has continued to operate and has decided, for example, to lift immunity from prosecution in cases against judges.”

37 See ECtHR judgment of 8 November 2021 in *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* (nos. 49868/19 and 57511/19).

38 ECJ Vice President order of 14 July 2021 in Case C-204/21 R, *Commission v Poland (Indépendance et vie privée des juges)*, EU:C:2021:593: Poland must immediately suspend relevant provisions of the law adopted on 20 December 2019 (informally known as Poland’s ‘muzzle law’) and amending, in particular, national rules on the organisation of ordinary courts and on the Supreme Court.

39 ECJ Vice President order of 27 October 2021 in Case C-204/21 R, *Commission v Poland (Indépendance et vie privée des juges)*, EU:C:2021:878: Poland ordered to pay a daily penalty payment of €1m following failure to suspend the application of relevant national provisions in violation of the ECJ order of 14 July 2021 in the same case.

Public Affairs and in *Reczkowicz*, in respect of the Disciplinary Chamber of that court, have *already adversely affected existing appointments and are capable of systematically affecting the future appointments of judges* not only to the other chambers of the Supreme Court but also to the ordinary, military and administrative courts. It is inherent in the Court's findings that the violation of the applicants' rights originated in the amendments to Polish legislation which deprived the Polish judiciary of the right to elect judicial members of the NCJ and enabled the executive and the legislature to interfere directly or indirectly in the judicial appointment procedure, thus *systematically compromising the legitimacy of a court composed of the judges so appointed*. In this situation and in the interests of the rule of law and the principles of the separation of powers and the independence of the judiciary, *a rapid remedial action* on the part of the Polish State is required."<sup>40</sup>

In line with previous behaviour, there has been no remedial action whatsoever. Instead, Polish authorities have doubled down by accelerating the process of legal Poxit from Article 6(1) ECHR and the associated case law of the European Court of Human Rights which began after the Court found Poland's irregularly composed "Constitutional Tribunal" to be, well, irregularly composed.<sup>41</sup> As of 1 April 2023, the European Commission is yet to bring an infringement action targeting the neo-NCJ, a key stepping stone when it comes to the systemic annihilating of judicial independence, notwithstanding the obvious dangers for the interconnected legal order of having a member state where hundreds of individuals have been irregularly appointed to judicial positions.

Space precludes further analysis of the Commission's failure to promptly and forcefully act beyond the case of Poland even in the face of systemic violations of EU rule of law requirements—the example of Romania is another particularly appalling tale of enforcement inaction and national judges forced to do the Commission's job at the risk of their careers and family lives.<sup>42</sup>

One of the recurrent explanations if not excuses used by the Commission to explain this state of affairs is that the EU's rule of law toolbox has long been insufficiently developed. This diagnosis may however leave one unconvinced. As Professor Sterk put it, "it is not a lack of instruments that is holding back the Commission, but a lack of legal courage and a lack of political will".<sup>43</sup> To make things worse, and as aptly observed by Professors Kelemen and Pavone, "the Commission's reluctance to bring enforcement actions took root at a particularly bad time: shortly before member governments like Hungary and Poland started to autocratize and challenge the very foundations of the EU legal order—precisely when muscular use of the EU's legal tools was imperative."<sup>44</sup>

40 See judgment of 8 November 2021, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* (nos. 49868/19 and 57511/19), para. 368.

41 See judgment of 7 May 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland* (no. 4907/18).

42 For further details, see see L. PECH and P. BÁRD, *The European Commission's Rule of Law Report and the EU Monitoring and Enforcement of Article 2 TEU values*, PE 727.551, February 2022.

43 K. STERK, *Some Reflections on the Selection and Appointment of Judges in European Law. Five Next Steps in Defence of Independent Justice* (Eleven, 2023), p. 15.

44 R.D. KELEMEN and T. PAVONE, "The curious case of the EU's disappearing infringements", *Politico*, 13 January 2022: <https://www.politico.eu/article/curious-case-eu-disappearing-infringements/>.

In the face of *systemic dismantlement* of checks and balances, *systemic enforcement* of rule of law requirements must promptly follow. At the very least, *prompt* infringement actions *targeting all the stepping stones* on which autocratising regimes are built, and not merely the symptoms, are needed if only to slow down, empower domestic judicial resistance and make more politically costly any attempt to capture a country's whole judicial branch.<sup>45</sup> In the case of Poland, following seven years of sustained rule of law backsliding, we have unfortunately reached an unprecedented situation where effective judicial protection has been systematically neutralised making Poland's the EU's first legal black hole.

### III. Seven Years of Rule of Law Backsliding Later: Poland as a Legal Black Hole<sup>46</sup>

7 years after the activation of the pre-Article 7 procedure in January 2016 by the European Commission, Poland has become a “legal black hole”, to borrow the expression used as a warning by Advocate General Bobek in a case concerning Poland's (unlawful) secondment regime for judges.<sup>47</sup>

#### A. The culmination of Poland's backsliding process: The “unconstitutionalisation” of the right to an independent and impartial tribunal established by law

As previously outlined, in a series of decisions issued by *irregular* benches in 2021-22 (as per the ECtHR *Xero Flor* judgment of 7 May 2021), Poland's captured “Constitutional Tribunal” held Article 4(3) second subparagraph TEU read in connection with Article 279 TFEU and the second subparagraph of Article 19(1) TEU to be incompatible with Poland's Constitution. The same body held the *Xero Flor* judgment of the ECtHR—which found the post 2015 “Constitutional Tribunal” to be irregularly composed—to be “inexistent” in Poland's legal order before finding core legal requirements relating to Article 6(1) ECHR also incompatible with the Polish Constitution.

This *unprecedented situation* led the Secretary General of the Council of Europe to report last November that Poland's general obligation to ensure the enjoyment of the ECHR right to a fair trial by an independent and impartial tribunal established by law to everyone under its jurisdiction is no longer fulfilled—an *unprecedented finding* in relation to a Member State of the EU to the best of this author's knowledge:<sup>48</sup>

45 K.L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, “EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union” (2020) 39 *Yearbook of European Law* 3.

46 This section borrows from L. PECH, “7 year later: Poland as a Legal Black Hole”, *VerfBlog*, 17 January 2023: [<https://verfassungsblog.de/7-years-later-poland-as-a-legal-black-hole/>].

47 Opinion of AG Bobek delivered on 20 May 2021 in Joined Cases C-748/19 to C-754/19, *Prokuratura Rejonowa*, EU:C:2021:403, para. 138.

48 Council of Europe, Report by the Secretary General under Article 52 of the ECHR on the consequences of decisions K 6/21 and K 7/21 of the Constitutional Court of the Republic of Poland, SG/Inf(2022)39, 9 November 2022.

“29. As a result of the findings of unconstitutionality in the judgments K 6/21 and K7/21 of the Constitutional Court, the European Court’s competence as established in Article 32 of the Convention was challenged and the implementation of Article 6, paragraph 1 of the Convention—as interpreted by the European Court in the cases of *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*, *Broda and Bojara*, *Reczkowicz*, *Dolińska-Ficek and Ozimek* and *Advanced Pharma sp. z o.o.*—has so far not been carried out. *The ensuing obligation of Poland to ensure the enjoyment of the right to a fair trial by an independent and impartial tribunal established by law to everyone under its jurisdiction is not, at this stage, fulfilled.*” (emphasis added)

In addition to this unprecedented finding, the report included an *unprecedented warning* with the Secretary General identifying a threat to “the future efficiency of the Convention system”.<sup>49</sup> The reason? An exponential rise in the number of similar applications relating to Poland’s rule of law crisis. Indeed, as of 16 February 2023, there are 323 applications pending before the ECtHR relating to Poland’s rule of law crisis, with more to be expected as these applications mostly relate to changes made to the organisation of Poland’s judiciary under laws that mainly entered into force in 2017 and 2018. More than 100 of these applications have been communicated to the Polish government with the ECtHR having decided less than 10% of these applications on the merits to date. In addition, in yet another unprecedented development, the Court has received a total of 60 requests for interim measures from Polish judges in 29 cases concerning the disciplinary and waiving of judicial immunity cases against them and granted these requests in 17 cases.<sup>50</sup> In addition to not complying with ECtHR’s rule of law judgments, Polish authorities have since also began formally refusing to comply with ECtHR’s interim measures and justified this manifest violation of their legal obligations on account of the alleged unconstitutionality of the measures.<sup>51</sup>

It is difficult not to conclude that the ECtHR is paying the price of the EU’s persistent failure to act promptly and decisively *after years* of acting in a too little, too late fashion.<sup>52</sup> In a period of seven years, the European Commission has indeed lodged with the ECJ a grand total of five infringement actions with only three of these actions decided by the ECJ on the merits to date.<sup>53</sup> By contrast, Polish judges have referred no fewer than 39 requests for a preliminary ruling to the ECJ. By essentially doing the Commission’s job and referring systemic rule of law issues which ought to have been the subject of infringement actions instead, the referring judges have often ended up sacrificing their professional careers in addition to making themselves the target of repeated unlawful proceedings, sanctions, abuse and threats.<sup>54</sup>

49 *Ibid.*, para. 30.

50 On this important new development, see M. FISICARO, “Safeguarding Judicial Independence (and Subsidiarity) Through Interim Measures: The New ECtHR’s Strategy at the Height of the Polish Constitutional Crisis” (2022) 16(3) *Diritti umani e diritto internazionale* 637.

51 ECtHR, “Non-compliance with interim measure in Polish judiciary cases”, Press release, ECHR 053 (2023), 16 February 2023.

52 See L. PECH, P. WACHOWIEC and D. MAZUR, “Poland’s Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU’s (In) Action” (2021) 13 *Hague Journal on the Rule of Law* 1.

53 See L. PECH, *The European Court of Justice’s Jurisdiction over National Judiciary-related Measures*, European Parliament (Study requested by the AFCO Committee), forthcoming in April 2023.

54 For a comprehensive set of examples and references, see L. PECH and J. JARACZEWSKI, “Systemic Threat to the Rule of Law in Poland: Updated and New Article 7(1) TEU Recommendations”, *CEUDI Working Paper 2023/02*: [<https://democracyinstitute.ceu.edu/articles/laurent-pech-jakub-jaraczewski-systemic-threat-rule-law-poland-updated-and-new-article-71>].

It is not that the Commission is not aware of the gravity of the situation. In 2017, the Commission rightly emphasised how the situation has “continuously deteriorated”<sup>55</sup> since the end of 2015 and how the combined effects of multiple legislative changes have “put at serious risk the independence of the judiciary and the separation of powers in Poland”.<sup>56</sup> In 2019, the Commission confirmed the continuing worsening of the rule of law situation in Poland and offered the following unprecedented finding as far as the national judiciary of Member State of the EU is concerned:<sup>57</sup>

“The Commission’s main concern is that the cumulative effect of the recent changes affecting the judiciary are limiting its independence, infringing upon the separation of powers. The common pattern of these changes is that the executive and legislative powers *now can interfere throughout the entire structure and output of the justice system*. The situation is deteriorating as many of the contested legislative measures are being implemented and consolidated.” (*our emphasis*)

Most recently, and for the first time, the European Commission described the situation in Poland as amounting to a structural breakdown in the rule of law in Poland in its submission to the ECJ in Case C-791/19:

“64 Although, in general, the intervention of an executive body in the process for appointing judges is not, in itself, such as to affect the independence or impartiality of those judges, account must, however, be taken, in the present case, of the fact that the *combination and simultaneous introduction, in Poland, of various legislative reforms have given rise to a structural breakdown* which no longer makes it possible either to preserve the appearance of independence and impartiality of justice and the trust which the courts must inspire in a democratic society or to dispel any reasonable doubt in the minds of individuals as to the imperviousness of the Disciplinary Chamber to external factors and its neutrality with respect to the interests before it.”<sup>58</sup> (*emphasis added*)

Subsequently, in a subsequent submission to the ECJ in pending Case C-204/21 (judgement expected in July 2023), the Commission described the judicial changes relating to Poland’s disciplinary regime for judges introduced by Poland’s current ruling coalition as amounting to a ‘systemic rupture’ with Poland’s previous regime:

“192. The Commission considers that an overall assessment of a number of elements concerning the composition and jurisdiction of the Disciplinary Chamber, the conditions under which its members were appointed, in particular the role of the KRS, the constitutional body responsible for ensuring the independence of courts and judges, and the fact that the measures were simultaneously adopted under Polish law, reveal a ‘systemic rupture’ with the previous regime. [...]”<sup>59</sup>

55 European Commission, Reasoned proposal in accordance with Article 7(1) of the Treaty on European Union regarding the rule of law in Poland. Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law, COM(2017) 835 final, para. 175.

56 *Ibid.*, para. 173.

57 European Commission, 2019 European semester report for Poland, 27 February 2019, SWD(2019) 1020 final, p. 42.

58 ECJ judgment of 15 July 2021 in Case C-791/19, *Commission v Poland (Disciplinary regime for judges)*, EU:C:2021:596.

59 Opinion of AG Collins delivered on 15 December 2022 in Case C-204/21, *Commission v Poland (Indépendance et vie privée des juges)*, EU:C:2022:991.

Considering the above, Poland must no longer be considered as facing a rule of law crisis but rather a rule of law breakdown whose key and most recent features will be outlined below.

## B. A bird's eye view of Poland's rule of law breakdown

In short, the EU now includes a Member State where core EU *and* ECHR requirements relating to effective judicial protection and the fundamental right to an independent court established by law have been held “unconstitutional” in 2021 and 2022 by the body masquerading as the country's constitutional court; where every single judicial appointment procedure since 2018 is inherently defective due to the involvement of an unconstitutional body (the neo-National Council for the Judiciary) and where all of the country's top courts are unlawfully composed.

In terms of the key captured bodies used by current Polish authorities to help in various ways with the systemic undermining of judicial independence, we can summarise the state of play as follows: First, we have reached a stage where the “Constitutional Tribunal” is no longer recognised as a regularly composed court by the ECtHR. This is a legal diagnosis shared by the European Commission which has recently lodged an infringement action with the ECJ on this very issue, but also by a lawfully composed bench of Poland's Supreme Administrative Court which held last November that “the presence of incorrectly appointed judges in the membership of the Constitutional Tribunal means that the whole of the Polish Constitutional Tribunal has been “infected” with illegality, and has therefore lost, in a material sense, its ability to adjudicate in accordance with the law.”<sup>60</sup> Most recently, the “Constitutional Tribunal” has entered into a new phase of internal chaos. In short, a number of its own members no longer recognise the authority of the President of the captured court due to her refusal to accept that her ‘term in office has already expired’.<sup>61</sup> One may add that according to her initial term of office is connected to a law which which was previously held *unconstitutional* by the then still independent constitutional court before Przyłębska was *irregularly* appointed President of the Constitutional Tribunal in December 2016. First as tragedy, then as farce as they say.

The second key body used to organise the autocratic gangrenisation of Poland's judicial system is known as the “neo-National Council for the Judiciary” (neo-NCJ) following its capture in 2017-18. This (unconstitutional) capture has enabled Poland's ruling coalition to interfere in all judicial appointment procedures ever since. This has, in turn, led the ECtHR to establish in multiple rulings that Poland's neo-NCJ is no longer independent; that the legitimacy of any court composed of judges appointed in a procedure involving the neo-NCJ reconstituted in 2018 on the basis of the 2017 Act Amending the Act on the National Council of the Judiciary is systematically compromised; that the continued operation of the neo-NCJ and its involvement in the judicial appointments procedure

<sup>60</sup> Case III OSK 2528/21. See also Ł. WOŹNICKI, “Supreme Administrative Court: The Constitutional Tribunal has been infected with illegality”, *Rule of Law in Poland*, 7 December 2022: [<https://ruleoflaw.pl/supreme-administrative-court-the-constitutional-tribunal-has-been-infected-with-illegality/>].

<sup>61</sup> D. TILLES, ‘Polish constitutional courts judges rebel against chief justice, demanding she step down’, *Notes from Poland*, 5 January 2023: [<https://notesfrompoland.com/2023/01/05/polish-constitutional-court-judges-rebel-against-chief-justice-demanding-she-step-down/>].

perpetuates the systemic dysfunction established by the ECtHR in relation to all judicial appointments. Notwithstanding the ECtHR demanding rapid remedial action<sup>62</sup> and Poland's Supreme Court finding in June 2022 the neo-NCJ to be an unconstitutional body which is usurping the functions of the NCJ as provided by the Polish Constitution,<sup>63</sup> nothing has been done so one may expect a continuous flow of ECtHR judgments finding against Poland.

As regards the new allegedly judicial bodies created by Polish authorities, the infamous Disciplinary Chamber, which was primarily used to bully judges and prosecutors into submission, multiple rulings from national courts, the ECtHR as well as the ECJ have established that the Disciplinary Chamber is no more than a kangaroo court. This explains why the lawful judges of Poland's Supreme Court ruled in January 2020 that all of its resolutions must be held null and void.<sup>64</sup> However, these rulings have been openly ignored by Polish authorities, with the Disciplinary Chamber itself unlawfully "nullifying" the *AK* ruling of the CJEU on 23 September 2020.<sup>65</sup> In order to unlock access to EU recovery money, the Polish authorities did however effectively disband the Disciplinary Chamber in July 2022 but only to replace with another irregularly composed body (Chamber of Professional Responsibility).<sup>66</sup> Indeed, this new chamber suffers from the same flaws due inter alia to its membership comprising 'neo-judges' and the undue influence of the Polish President and Prime Minister when it comes to selecting members of the new Chamber. Seemingly with the view of pre-empting a formal finding that the new Chamber is not a court established by law and assuaging the Commission's persistent concerns, the Polish government has since proposed the transfer of the disciplinary jurisdiction of the new Chamber as far as judges are concerned to the Supreme Administrative Court. This remains however yet again another "reform" which is not compatible with Poland's Constitution. This "reform" also does not in any way solve a key problem: the irregular composition of the Supreme Administrative Court which already consists of an increasing number of irregularly appointed 'neo-judges' due to the involvement of the neo-NCJ.<sup>67</sup> The legal chaos is therefore set to continue.

This is not all however. Another new body set up within Poland's Supreme Court, informally known as the Extraordinary Chamber, primarily set up by Poland's ruling coalition to protect its irregularly appointed "judges" and itself from potential adverse electoral results, was also held not to be a proper court by the ECtHR. For the Strasbourg Court, this body is not a tribunal established

62 See ECtHR judgment of 3 February 2022, *Advance Pharma sp. z o.o. v. Poland* (application no. 1469/20), paras 364-365.

63 Case I KZP 2/22. See also "Poland's judicial council no longer consistent with constitution, finds Supreme Court", *Notes from Poland*, 2 June 2022: [<https://notesfrompoland.com/2022/06/02/polands-judicial-council-is-no-longer-consistent-with-the-constitution-finds-supreme-court/>].

64 For further analysis, see L. PECH, "Dealing with 'fake judges' under EU Law: Poland as a Case Study in light of the Court of Justice's ruling of 26 March 2020 in *Simpson and HG*" (2020) *RECONNECT Working Paper 8*: [<https://www.reconnect-europe.eu/publications/working-papers/>].

65 II DO 52/20.

66 See Law of 9 June 2022 (the Chamber of Professional Responsibility is supposed to conduct all uncompleted cases that were before the Disciplinary Chamber on 15 July 2022).

67 M. JAŁOSZEWSKI, "PiS is changing the Act on courts for billions for the National Recovery Plan. But it could breach the Constitution and incite chaos", *Rule of Law in Poland*, 16 December 2022: [<https://ruleoflaw.pl/pis-proposal-supreme-administrative-court-recovery-fund/>].

by law due to the undue influence of the legislative and executive powers in the procedure for appointing its members made possible by the Amending Act on the NCJ of 8 December 2017, which amounts to a fundamental irregularity that adversely affected the whole procedure for judicial appointments to this body. In addition, the ECtHR found an additional manifest breach of domestic law as regards the establishment of this body on account of the President of Poland carrying out—“in blatant defiance of the rule of law”—judicial appointments despite a final court order staying the implementation of the NCJ’s resolution recommending judges to the Extraordinary Chamber.<sup>68</sup> One may add that this body has continued to operate fully despite being suspended, in part, by the ECJ on 14 July 2021. As previously noted, this violation of the ECJ’s order is costing Polish taxpayers €1m a day in penalty payment.

Due to space constraints, this contribution will not provide an overview of the continuing and multiple arbitrary proceedings and sanctions adopted against judges for applying legal requirements relating to the rule of law. One may however just highlight that in 2022, for the very first time, the ECtHR adopted multiple interim measures to prevent Polish judges from being suspended or having their judicial immunity lifted by the unlawful Disciplinary Chamber and its replacement, the new Chamber of Professional Responsibility. The first interim measure was issued by the ECtHR on 8 February 2022 in the case of Judge Wróbel, a sitting judge of the Criminal Chamber of Poland’s Supreme Court.

To bring it all together, as of today, we have reached a stage where the fundamental right to an independent court established by law under the Polish Constitution, the ECHR and the EU Treaties is systemically violated with Polish authorities also openly violating an increasing number of rule of law-related rulings of the ECtHR and ECJ (non-exhaustive list below):

- ECJ judgment of 19 November 2019 in Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *AK (Independence of the DC)*;
- ECJ judgment of 2 March 2021 in C-824/18, *AB (Appointment of judges to the Supreme Court – Actions)*;
- ECtHR judgment of 7 May 2021 in the case of *Xero Flor*;
- ECtHR judgment of 29 June 2021 in the cases of *Judges Broda and Bojara*;
- ECJ order of 14 July 2021 in Case C-204/21 R, *Commission v Poland (Indépendance et vie privée des juges)*;
- ECJ judgment of 15 July 2021 in Case C-791/19, *Commission v Poland (Disciplinary regime for judges)*;
- ECtHR judgment of 22 July 2021 in the case of Judge Reczkowicz;
- ECJ judgment of 6 October 2021 in Case C-487/19, *W.Ż. (Chamber of Extraordinary Control and Public Affairs of the Supreme Court-Appointment)*;
- ECJ order of 27 October 2021 in Case C-204/21 R, *Commission v Poland*;

<sup>68</sup> ECtHR judgment of 8 November 2021 in *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* (application nos. 49868/19 and 57511/19).

- ECtHR judgment of 8 November 2021 in the cases of Judges Dolińska-Ficek and Ozimek;
- ECJ judgment of 16 November 2021 in Joined Cases C-748/19 to C-754/19, Criminal proceedings against WB and Others;
- ECtHR judgment of 3 February 2022 in the case of Advance Pharma;
- ECtHR judgment of 15 March 2022 in the case of Judge Grzęda;
- ECtHR judgment of 16 June 2022 in the case of Judge Żurek;
- ECtHR judgment of 6 October 2022 in the case of Judge Juszczyzyn;
- ECtHR interim measure of 6 December 2022 in the cases of Judges Leszczyńska-Furtak, Gregajtys and Piekarska-Drażek.

One should not view the legislative changes introduced by the new Law of 9 June 2022 which amends the Law on the Supreme Court and certain other laws—in particular the abolition of the Disciplinary Chamber and its replacement with a new Chamber of Professional Responsibility—as organising compliance with the above judgments and orders/interim measures. In fact, the Law of 9 June 2022 does not address any of the systemic violations of judicial independence organised via the adoption of repeated unconstitutional pieces of legislation since the end of 2015.

At the time of finalising this contribution (April 2023), Polish authorities had yet to take any meaningful steps to remedy the situation in relation to the unlawfully composed/presided Constitutional Tribunal; the unconstitutional neo-National Council for the Judiciary; the unlawful Extraordinary Chamber; the irregularly appointed individuals to the Supreme Court and the “unconstitutionalisation” of core requirements relating to Article 19(1) TEU and Article 6(1) ECHR as interpreted by the CJEU and the ECtHR. Cherry on the autocratisation cake, Polish authorities continue to disregard all “inconvenient” Polish, ECJ and ECtHR rulings.

While the Commission did finally bring the situation of the body masquerading as Poland’s Constitutional Tribunal to the attention of the ECJ, the Commission continues to appear reluctant to use its infringement powers. Instead, having seemingly lost patience with Polish authorities since last June 2022 when it (irresponsibly) negotiated with Polish authorities insufficient, and in part unlawful, rule of law milestones<sup>69</sup> which were however not even met subsequently by Polish authorities later on, the Commission has since (rightly) decided to block the release of EU recovery and cohesion funds to an unprecedented extent.<sup>70</sup> However, it remains to be seen if this new-found resolve, at least on the conditionality front, will just amount to a provisional phase. Based on previous episodes, one may expect the Commission and the Council returning to their traditional default appeasement approach<sup>71</sup> as soon as they are offered the cover to do so in the form of changes amounting to Potemkin reforms in reality but which the Commission and the Council can then trumpet as victories while, in the real world, rule of law backsliding continues unabated.

69 L. PECH, “Covering Up and Rewarding the Destruction of the Rule of Law One Milestone at a Time”, *VerfBlog*, 21 June 2022: [<https://verfassungsblog.de/covering-up-and-rewarding-the-destruction-of-the-rule-of-law-one-milestone-at-a-time/>].

70 K.L. SCHEPPELE and J. MORIJN, “Frozen: How the EU is Blocking Funds to Hungary and Poland Using a Multitude of Conditionalities”, *VerfBlog*, 4 April 2023: [<https://verfassungsblog.de/frozen/>].

71 R.D. KELEMEN, “Appeasement, ad infinitum” (2022) 29 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 177.

#### IV. “We had to destroy the rule of law in order to save it”

As independent judiciaries represent “an obstruction to populism”, it should “come as no surprise that undermining the judiciary is on page one of the populist playbook”.<sup>72</sup> This populist or rather autocratisation playbook tends to rely on the same tactics and steps regardless of the country where there are attempts to implement it. When it comes to undermining judicial independence and legitimate changes which amount in fact to an autocratic power grab, authoritarian populists normally refer to the “will of the people” while acting quickly to disable or take over the key checks and balances that might resist their consolidation of power, which includes the independent judiciary, the media and the repressive institutions (security services, police, public prosecutor’s office).

In the case of Poland, in addition to references to the “will of the people”, those engaged in the systemic undoing of liberal democracy, including independent courts, have paradoxically justified their actions in the name of the rule of law but also Poland’s “constitutional identity”. They have done so even when acting in manifest violation of Poland’s Constitution, Polish courts’ judgments, not to forget dozens and dozens of European rulings and orders. This is however another common trait of the authoritarian populists: they engage in constant gaslighting while denouncing the existence of an alleged “court-ocracy”.<sup>73</sup>

And when denying the obvious via absurd statements is no longer a viable tactic, authoritarian populists will self-appoint themselves embodiments of the will of the people and claim that as such, they can ignore the national constitution and/or courts’ rulings. Poland’s de facto leader has for instance claimed that “in a democracy, the sovereign is the people, their representative parliament and, in the Polish case, the elected president” and that “no state authority, including the constitutional tribunal, can disregard legislation”,<sup>74</sup> no matter what Poland’s Constitution may state one may add. In another (in)famous instance, it was claimed by the father of the current Polish Prime minister and honorary Marshall of the Sejm that “the will of the people is above the law”.<sup>75</sup>

In light of the above, one may be forgiven from concluding that there is no such a thing as populist constitutionalism<sup>76</sup> and that there is no point dialoguing with authorities deliberately pursuing a rule of law backsliding aka authoritarian transition agenda. Any compromise in this area is not a compromise between equally respectable positions but a compromise between the rule of law and organised arbitrariness resulting in less rule of law and more authoritarianism.

72 Council of Europe (Annual report by the Secretary General), *State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law: Populism – How strong are Europe’s checks and balances?*, April 2017, p. 15.

73 Justice Minister Zbigniew Ziobro quoted in “Poland MPs back controversial judiciary bill”, *BBC*, 15 July 2017: [<https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-40617406>].

74 C. DAVIES, “Poland is ‘on road to autocracy’, says constitutional court president”, 18 December 2016: [<https://www.theguardian.com/world/2016/dec/18/poland-is-on-road-to-autocracy-says-high-court-president>].

75 T.T. KONCEWICZ, “The Polish Counter-Revolution Two and a Half Years Later”, *VerfBlog*, 7 July 2021: [<https://verfassungsblog.de/the-polish-counter-revolution-two-and-a-half-years-later-where-are-we-today/>].

76 Z. SZENTE, “The myth of populist constitutionalism in Hungary and Poland: Populist or authoritarian constitutionalism?”, *International Journal of Constitutional Law* (published online: 17 March 2023).

## L'INFLUENCE DU POPULISME SUR LES CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS EN RUSSIE

Marie-Élisabeth BAUDOIN<sup>1</sup>  
Nataşa DANELCIUC-COLODROVSCHI<sup>2</sup>

« Le spectre du populisme hante le monde, particulièrement le monde occidental. Il n'est pas impensable que le populisme soit au XXI<sup>e</sup> siècle ce que le totalitarisme aura été au XX<sup>e</sup> siècle : pour la démocratie le principal danger ». C'est par ce constat plein d'inquiétude que Christian Godin commence son étude portant sur « Qu'est-ce que le populisme ? »<sup>3</sup>. Une notion dont l'usage péjoratif date des années 1980 et qui englobe une variété de réalités, ce qui rend impossible la détermination d'un modèle type. La présence du populisme dans un pays est déterminée sur la base d'un certain nombre d'indicateurs, tels que la peur du changement, une stigmatisation de l'autre, un retour à des valeurs supposées fondatrices et spécifiques, un recours abusif au peuple<sup>4</sup>. Indicateurs qui s'éloignent du but originel du populisme, né en Russie à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Les racines du populisme remontent en effet aux premiers mouvements d'opposition au tsarisme russe, appelés *narodniki*/populistes (du russe *narod*/peuple) auxquels fait référence Alexandre Radichtchev dans son ouvrage *Voyage de Pétersbourg à Moscou*, datant de 1790<sup>5</sup>. Étant à la recherche d'une voie vers la révolution, les divers groupements (*Cercle de Tchaïkovski*, *Terre et Liberté*, *Partage Noir*, *Narodnaïa Volia*, etc.), dont les grandes figures furent Alexandre Herzen, Mikhaïl Bakounine, Piotr Lavrov, Piotr Tkatchev, Nikolaï Tchernychevski, soutenaient que les fondements d'une société plus juste et égalitaire se trouvaient dans la commune rurale russe, à partir de laquelle allait pouvoir émerger une forme nouvelle de socialisme.

Le travail révolutionnaire engagé par les populistes a constitué la principale source d'inspiration pour les groupes marxistes. La première cellule marxiste de Russie, *Libération du Travail*, a notamment

---

1 Professeur de Droit public, Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital, F-63000 Clermont-Ferrand, France.

2 Maître de conférences associée, Aix Marseille Université, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

3 Ch. GAUDIN, « Qu'est-ce que le populisme ? », *Cités*, n° 49, 2012/1, p. 11.

4 B. BADIE, « Le retour des populismes », Conférence donnée le 28 mars 2019 à l'École de droit de Clermont-Ferrand. Cité par L. ALLEZARD, « Juridictions constitutionnelles et populisme : vers un "autre" constitutionnalisme en Europe centrale ? », *AJJC*, vol. 34, 1988, p. 727.

5 Traduction en français : A. RADICHTCHEV, *Voyage de Pétersbourg à Moscou*, Paris, Ivrea, 1988, 382 p.

été créée en 1883 par d'anciens populistes : Georgui Plekhanov, Pavel Axelrod, Vera Zassoulitch. Les actions militantes de Lénine ont, elles aussi, débuté aux côtés des populistes, après la condamnation à mort de son frère, Alexandre Oulianov, à la suite de sa tentative avortée d'attentat contre l'empereur Alexandre III<sup>6</sup>. Le choix même du titre de sa célèbre brochure, *Que faire?*, publiée en 1902<sup>7</sup>, témoigne de la proximité de Lénine avec les populistes, qu'il considérait comme les fondateurs de la social-démocratie. En effet, ce titre fait écho au roman, *Que faire? Les hommes nouveaux*, que Nikolaï Tchernychevski, figure emblématique du populisme russe du XIX<sup>e</sup> siècle, a écrit en 1863, lorsqu'il était emprisonné à la forteresse Pierre-et-Paul à Saint-Pétersbourg, en raison des idées politiques qu'il défendait. Cet ouvrage a influencé des générations de révolutionnaires, dont Lénine, qui voulaient poursuivre l'exemple du héros principal, Rakhmetov, devenu révolutionnaire professionnel pour défendre la politique au service du peuple<sup>8</sup>.

Pour Lénine, il était nécessaire «de dégager de la doctrine et de la tendance du populisme son côté révolutionnaire et de l'adopter»<sup>9</sup>. Ce premier pas fait au-devant du mouvement ouvrier constituait le début de la « croisade en direction du peuple » qu'il fallait poursuivre afin de l'éduquer et lui faire prendre conscience de ses droits face au conservatisme tsariste. Le discours prônant l'idéalisation du peuple et sa participation active à la vie de l'État a constitué le fondement philosophique de l'idéologie communiste. Lors de la séance plénière du Comité central du Parti communiste roumain, qui s'est tenue du 3 au 5 novembre 1971, Nicolae Ceaușescu faisait la déclaration suivante : « En essence, le problème du développement de la démocratie socialiste est le problème de la participation active du peuple à la direction des affaires du pays »<sup>10</sup>. Selon lui, ce développement ne pouvait intervenir sans la participation active des citoyens à l'adoption des décisions, à la réalisation des politiques publiques et à leur contrôle. Dans la perspective d'atteindre l'objectif poursuivi, des actes normatifs et des mesures politico-organisationnelles, établissant un cadre juridico-politique pour assurer la consultation régulière du peuple, ont commencé à être adoptés à partir du milieu des années 1960, en URSS comme dans ses pays satellites<sup>11</sup>.

6 Alexandre III a succédé à Alexandre II, tué le 1<sup>er</sup> mars 1881 d'une bombe déposée par des représentants des *narodniki*.

7 La traduction française de la brochure est disponible à l'adresse : [<https://philo-labo.fr/fichiers/Lénine%20-%20Que%20faire%20%3F.pdf>].

8 N. TCHERNYCHEVSKI, *Que faire? Les hommes nouveaux*, Paris, Des Syrthes Éds, 2017, 408 p.

9 Lénine, *Œuvres*, vol. 4, p. 253.

10 N. CEAUȘESCU, *Expunere cu privire la Programul P.C.R. pentru îmbunătățirea activității ideologice, ridicarea nivelului general al cunoașterii și educația socialistă a maselor, pentru așezarea relațiilor din societatea noastră pe baza principiilor eticii și echității socialiste și comuniste* [Exposé concernant le Programme du PCR en vue de l'amélioration de l'activité idéologique, l'élévation du niveau général de culture et l'éducation socialiste des masses, pour l'établissement de relations dans notre société sur la base des principes de l'équité socialiste et communiste], Bucarest, éd. Politica, 1971, p. 62.

11 Les modalités de participation étaient très nombreuses et elles n'étaient pas identiques dans tous les pays socialistes. Comme le souligne Ioan Ceterchi dans une étude publiée en 1972 dans la *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, il ne s'agissait nullement d'un modèle généralisé. En effet, les « lois générales de l'édification socialiste » devaient être adaptées aux « conditions et particularités historiques et nationales propres ». Cf. I. CETERCHI, « La participation des citoyens à la direction des affaires d'État et sociales dans la République socialiste de Roumanie », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 3, 1973, p. 151-162.

Avec l'adoption de la nouvelle Constitution de l'URSS de 1977, présentée comme « le reflet du développement de la société socialiste » et du « progrès du socialisme »<sup>12</sup>, la participation accrue du peuple à la vie de l'État s'est vu octroyer une forte assise constitutionnelle, affirmée d'abord dans le Préambule<sup>13</sup> et renforcée par les articles 5, 48, 49 et 114<sup>14</sup>. Le nouveau texte constitutionnel instituait donc formellement, tel que l'avait annoncé Léonid Brejnev lors du XXV<sup>e</sup> Congrès du PCUS de 1976<sup>15</sup>, les outils nécessaires à la réalisation de la « démocratie intégrale » sans laquelle, selon Lénine, il était impossible de « concevoir un socialisme victorieux »<sup>16</sup>.

Le processus même d'élaboration de la Constitution de 1977 a été organisé dans le respect des principes qu'elle a introduits. Rédigé par un groupe de spécialistes, le projet du nouveau texte constitutionnel a été soumis à une discussion populaire pendant près de quatre mois. Selon les données officielles, plus de 450 000 réunions auraient été à ce titre organisées. Après l'étude d'environ 400 000 propositions d'amendements, la Commission constitutionnelle aurait recommandé au Parlement soviétique d'apporter des modifications à 110 des 173 articles du projet et d'ajouter un nouvel article avant son adoption définitive<sup>17</sup>.

Ce type de pratiques, encourageant la participation du peuple à « l'administration journalière » de l'État défendue par Lénine<sup>18</sup>, a été utilisé par les autorités soviétiques pour nombre de projets de loi considérés comme importants, tels que les projets de loi « Sur la santé publique (1969), « Sur le travail » (1970), « Sur la protection de l'air atmosphérique » (1980), « Sur la protection et l'utilisation du monde animal » (1980), « Sur les principes de la législation en matière de logement » (1981). Dans le cadre d'un débat public, ont été également établis les « Principes de la législation sur le mariage et la famille » (1968) et les « Principes de la législation sur l'instruction publique (1973), donnant naissance au discours idéologique sur le rôle de la famille, « placée sous la protection de l'État » au titre de l'article 53 de la Constitution soviétique de 1977, et sur la nécessaire protection juridique des mères et des enfants de l'URSS, bénéficiant également d'un soutien matériel et moral spécifique. La famille, définie comme « l'union librement consentie d'hommes et de femmes économiquement indépendants » et « jouissant à tous égards de droits égaux », ainsi que le paternalisme étatique, assuré à travers ses politiques sociales, étaient donc présentés comme des valeurs fondamentales et spécifiques devant être défendues face à un Occident stigmatisé.

12 M. KROUTOGOLOV, *Libertés et institutions en URSS*, Moscou, Éditions du Progrès, 1983, p. 10.

13 L'affirmation découlait de la définition donnée à la « société socialiste développée », qui était une « société de démocratie authentique, dont le système garantit [...] une participation toujours plus active des travailleurs à la vie de l'État [...] ».

14 L'article 5 de la Constitution de 1977 a placé la discussion populaire sur les questions les plus importantes de la vie de l'État parmi les assises du système social. Son article 48 garantissait le droit de participer à la gestion des affaires de l'État et des affaires sociales et l'article 49, le droit de formuler des propositions aux organes de l'État et aux organisations sociales concernant l'amélioration de leur activité et d'en critiquer les insuffisances. Enfin, l'article 114 prévoyait la possibilité, sur décision du Soviet suprême de l'URSS ou du Présidium du Soviet suprême, prise à leur propre initiative ou sur proposition des républiques fédérées, de soumettre à la discussion populaire les projets de lois et autres questions les plus importantes de la vie de l'État.

15 Dans son discours d'ouverture du XXV<sup>e</sup> Congrès du PCUS, L. BREJNEV déclarait notamment: « Nous concevons l'approfondissement de notre démocratie socialiste, avant tout, comme un élargissement continu de la participation des travailleurs à la gestion de toutes les affaires publiques [...] ». Cf. *Le XXV<sup>e</sup> Congrès du PCUS. DOCUMENTS et Résolutions*, Moscou, Éditions de l'APN, 1976, p. 107.

16 Lénine, *Œuvres*, vol. 22, p. 156.

17 Pour de plus amples informations à ce sujet, voir M. KROUTOGOLOV, *op. cit.*, p. 26-27.

18 Lénine, *Œuvres*, vol. 25, p. 527.

Ces quelques exemples montrent que le communisme a été une forme de populisme, entendu dans son acception négative. Les indicateurs définissant le populisme ont été développés et promus comme fondements de l'idéologie communiste. Ils font donc partie de la culture politique et juridique des pays de l'Est et, plus particulièrement, de celle de la Russie, où l'esprit populiste, tel que nous pouvons le constater, connaît une évolution historique de plus de deux cents ans. C'est notamment la raison pour laquelle, dans une étude publiée en 2017, portant sur le populisme en Russie et dans le monde, Nikolaï Petrov soutient, à juste titre, que la Russie est « un pays de populisme développé »<sup>19</sup>. La terminologie utilisée en Russie reflète l'évolution même des concepts : le *narodnitchestvo* historique du XVIII<sup>e</sup> siècle, positivement connoté, a cédé la place à un nouveau mot, péjorativement marqué, *populizm*, pour qualifier les pratiques politiques des XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècle.

Contrairement aux affirmations que l'on trouve fréquemment dans la presse occidentale, selon lesquelles Vladimir Poutine serait le « précurseur et maître à penser du populisme »<sup>20</sup>, l'actuel président russe assure *de facto* la continuité des pratiques du populisme, tout en renforçant sa nouvelle forme post-soviétique. En effet, au moment de la chute de l'URSS, le populisme « d'en bas », celui du peuple, a cédé la place à un populisme « d'en haut »<sup>21</sup>, celui du pouvoir. La nature du régime politique russe façonne, de fait, les traits variés de ce populisme. Selon Andreï Medouchevsky, plusieurs périodes peuvent être distinguées<sup>22</sup> : le « populisme démocratique » des années 1993-1997, Boris Eltsine s'engageant dans un combat contre les élites ; le « populisme centriste » de la décennie 2000 ; le « populisme conservateur », développé à partir des crises économique et politique de 2008. Ce dernier s'éloigne clairement de la représentation classique du populisme. D'une part, il n'oppose pas le peuple à une élite corrompue. L'ennemi est ailleurs, incarné par la mondialisation et les valeurs occidentales, ce qui conduit à un discours souverainiste. D'autre part, les institutions intermédiaires ne sont pas rejetées comme potentiellement dangereuses pour le peuple, elles sont neutralisées pour servir le seul représentant légitime du peuple, le président russe. C'est notamment le cas du Parlement ou encore de la Cour constitutionnelle qui devient, malgré elle, un instrument au service d'un projet populiste.

Dès lors, le populisme russe du XXI<sup>e</sup> siècle ne se présente pas comme un populisme idéologique, mais bien plus comme un populisme stratégique. Dans un tel contexte, la Constitution et, plus largement, le droit constitutionnel se révèlent être des instruments indispensables au projet politique populiste, que ce soit pour le servir ponctuellement ou l'inscrire dans la durée. Si le populisme post-soviétique a connu, dans un premier temps, une expansion progressive en marge du cadre constitutionnel formel (I), dans un second temps, la révision de la Constitution russe survenue en 2020 a consacré, expressément, les traits populistes ambivalents du système poutinien (II).

19 N. PETROV, « Populizm v Rossii i v mire » [Le populisme en Russie et dans le monde], *Vestnik obchestvennogo mnenija*, n° 3-4, 2017, p. 21.

20 B. GUETTA, « Poutine, précurseur et maître à penser du populisme », *Après-midi*, n° 43, juillet 2017.

21 P. CASULA, « Sovereign democracy, populism, and depoliticization in Russia: power and discourse during Putin's first presidency », *Problems of Post-Communism*, n° 60(3), 2014, p. 3-15.

22 A. MEDOUCHEVSKY, « Populizm na Zapade i v Rossii: skhodstva i razlitchia v sravnitel'noj perspective » [Le populisme en Occident et en Russie : ressemblances et différences d'un point de vue comparé], *Vestnik obchestvennogo mnenija*, n° 1-2, 2017, p. 44.

## I. La construction du populisme postsoviétique en marge du cadre constitutionnel formel

La Constitution du 12 décembre 1993 a constitué une véritable révolution juridique par rapport au système soviétique. Elle est le premier texte constitutionnel russe à prévoir la mise en œuvre d'un ordre démocratique reposant sur le pluralisme idéologique, l'État de droit, démocratique et social. La rupture apparente avec l'ancien système n'a toutefois pas empêché une renaissance des pratiques populistes (A), qui ont bénéficié d'une forme de légitimation juridique à travers la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (B).

### A. Le développement d'un populisme d'« en haut » au service de la stratégie politique poutinienne

Comme l'a souligné Karine Clément lors d'une conférence du 2 mars 2018, portant sur la question des liens entre populisme et démocratie dans la Russie contemporaine<sup>23</sup>, la période allant de 1987 à 1991 a été caractérisée par une mobilisation du peuple « ordinaire » ou « bas-peuple » contre le parti-État et défendant la démocratie, celle-ci leur ayant été confisquée avec l'arrivée au pouvoir des « démocrates » proches de Boris Eltsine. La manière dont l'élaboration du nouveau texte constitutionnel s'est déroulée met en évidence l'exclusion du peuple russe du processus constituant. Ce processus fut assez long et particulièrement conflictuel, avec l'assaut de la Maison-Blanche comme point culminant<sup>24</sup>. Il a souvent été résumé, à juste titre, par une lutte de position entre le camp du Parlement, dirigé par Rouslan Khasboulatov, défendant un projet de Constitution favorable à l'institution parlementaire, et le camp du président Eltsine, soucieux de faire prévaloir un texte présidentieliste.

La Commission constitutionnelle, créée par une décision du 16 juin 1990 du Congrès russe des députés du peuple<sup>25</sup>, était composée de 102 membres et correspondait à l'équilibre des forces représentant les entités membres de la République socialiste soviétique de Russie au sein du Congrès : élu par ses pairs, un membre représentait une des quatre-vingt-huit entités fédérées de l'époque et quatorze autres venaient de Moscou et de Leningrad. Une composition donc assez représentative, mais dont l'organisation a vite été modifiée car jugée « trop nombreuse pour effectuer un travail sérieux de rédaction d'un document juridique et politique complexe », selon les dires de Viktor Cheïnis, un de ses membres les plus influents<sup>26</sup>. Pour remédier à ce problème de « taille critique », a été créé un groupe de travail de trente et un députés et huit experts (des constitutionnalistes connus pour leurs

23 K. CLÉMENT, « Populisme et démocratie en Russie contemporaine », *Annuaire du Collège de France 2017-2018*, vol. 118, 2020, p. 693.

24 L'assaut intervenu le 4 octobre 1993 fit plusieurs centaines de victimes, tandis que le président du Parlement, Rouslan Khasboulatov, et le vice-président, Alexandre Routskoï, furent arrêtés et emprisonnés.

25 La Commission constitutionnelle, qui s'est réunie pour la première fois le 22 juin 1990, avait plus précisément comme tâche de rédiger, dans un premier temps, un projet de révision de la Constitution russe de 1978 et, dans un second temps, de rédiger une nouvelle Constitution pour une Russie souveraine et démocratique.

26 V. SHEINIS, « The Constitution », in M. McFAUL, N. PETROV, A. RYABOV (ed.), *Between Dictatorship and Democracy, Russian Post-Communist Political Reform*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 2004, p. 57.

positions libérales, dont le Professeur Valery Zorkine<sup>27</sup> était le chef de file). Ce groupe de travail restreint a été placé sous la direction du secrétaire exécutif de la Commission, Oleg Roumiantsev, jeune juriste de 29 ans et président du Parti social-démocrate, proche du président Eltsine.

En trois ans d'activité, le groupe de travail a produit six versions de projets de Constitution. Les membres de la Commission constitutionnelle se réunirent en formation plénière uniquement pour discuter et voter ces six textes. Contrairement au processus constituant de 1977, qui avait été voulu le plus inclusif possible par les autorités soviétiques, le peuple a été complètement exclu des débats lors du processus constituant qui s'est déroulé de 1991 à 1993. Le seul lien assuré avec le peuple fut la publication dans le journal *Konstitutsionnyi Vestnik*<sup>28</sup> des comptes rendus des débats entre les membres du groupe de travail restreint et ceux de la Commission constitutionnelle.

Le processus constituant visant à doter la nouvelle Russie d'un texte constitutionnel démocratique fut donc l'affaire de l'élite politique. Les milliers d'amendements déposés auprès de la Commission constitutionnelle concernant les projets successifs étaient d'origine parlementaire, venant des députés du Soviet suprême et des membres du Congrès des députés du peuple. Les initiatives « hors système » ne furent pas nombreuses. L'une des propositions ayant suscité le plus de débats fut celle présentée par Anatoli Sobtchak au nom du *Mouvement russe pour les réformes démocratiques*, axée sur la protection des droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs<sup>29</sup>. Cette contreproposition visait à remédier aux problèmes que posaient, selon ses auteurs, les projets rédigés par la Commission constitutionnelle, jugés confus sur la question fédérale et insuffisamment protecteurs des libertés individuelles<sup>30</sup>.

Le rejet de cette proposition servit d'argument au président Eltsine pour dénoncer le projet de la Commission constitutionnelle, avec laquelle il rompit les contacts en janvier 1993, créant son propre groupe de travail, placé sous la direction de Sergueï Chakhraï, dont la mission était de rédiger un projet de Constitution en vue de garantir la domination de l'institution présidentielle au sein des pouvoirs étatiques. Renforcé par sa victoire au référendum du 25 avril 1993<sup>31</sup>, qui avait porté sur les questions relatives à la confiance faite au président et à sa politique et à la nécessaire tenue de nouvelles élections présidentielles et législatives, Boris Eltsine ordonna, par un décret du 20 mai 1993<sup>32</sup>, la convocation d'une Conférence constitutionnelle *ad hoc* en vue de discuter son propre projet constitutionnel. Cette Conférence *ad hoc* formée de sept cent soixante-deux membres, répartis en cinq groupes de travail, déboucha sur l'adoption d'un texte clairement favorable à la présidence. Il fut rendu public le 16 juillet 1993 et soumis au référendum le 12 décembre 1993. Le caractère houleux du processus constituant et l'absence d'association du

27 Professeur de droit constitutionnel, Valery Zorkine deviendra le premier président de la Cour constitutionnelle en 1991. Réélu juge en 1994, il sera à nouveau élu président en 2003.

28 On trouve des extraits des différents numéros de cette revue sur le site d'Oleg Roumiantsev : [<http://www.rumiantsev.ru/archive/>].

29 Projet de A. SOBTCHAK sur [<http://constitution.garant.ru/history/active/101203/>].

30 *Moskovskije Novosti*, 5 avril 1992.

31 S. FILATOV, *Na Puti k Demokrati* [Sur le Chemin de la Démocratie], Moskva, Moskovski Rabotchi, 1995, p. 234-235.

32 Décret n° 718 du 20 mai 1993.

peuple ont constitué certainement les deux principales causes de la forte abstention (54,4 % de participation) et du faible taux de validation du projet (58,4 %).

Le texte constitutionnel nouvellement adopté a instauré un régime démocratique semi-direct à l'image de celui existant en France, cité comme référence à maintes reprises par le président Eltsine. Les outils participatifs, associés à l'image du régime soviétique dont l'héritage devait être combattu, y ont une place peu significative par rapport à celle détenue dans la Constitution soviétique de 1977. L'article 130 de la Constitution russe de 1993 fait notamment référence à « d'autres formes d'expression directe de la volonté » aux côtés du référendum, sans autres précisions et au niveau local uniquement. Au niveau fédéral, l'article 32 reconnaît aux citoyens de la Fédération de Russie « le droit d'élire et d'être élus dans les organes du pouvoir d'État et les organes de l'auto-administration locale ainsi que de participer au référendum ». Les articles 84 et 92 établissent respectivement la compétence du président et de la Douma d'État pour décider de l'organisation d'un référendum, les citoyens ne disposant ni du droit d'initiative référendaire, ni de celui d'initiative législative. L'absence d'une culture référendaire – tout au long de l'existence de l'URSS un seul référendum a été organisé pour tenter justement de sauver son démantèlement<sup>33</sup> – laissait prévoir une efficacité réduite de cet outil et donc l'absence du peuple du processus décisionnel.

Pour ce qui est des valeurs identitaires, la nouvelle Constitution russe, ayant été rédigée et adoptée dans un contexte très favorable au libéralisme politique, à la promotion des standards européens et internationaux en matière de garantie des droits et libertés et à l'ouverture politique et économique vers le monde occidental, ne contenait pas de références spécifiques à ce titre. Leur absence du texte constitutionnel n'a toutefois pas empêché une introduction et, surtout, un fort ancrage dans le discours politique. Dès le début de son mandat, Vladimir Poutine a évoqué le nécessaire « retour au peuple », idée également défendue par les *narodniki*<sup>34</sup> et le régime communiste, ainsi que la reconquête de la grandeur de l'État russe. L'accueil très favorable de ses propos par l'opinion publique s'explique par le contexte particulier existant en Russie à l'époque, en raison des crises économiques et financières majeures, de la guerre en Tchétchénie et, surtout, du sentiment, ressenti par la population, de s'être fait confisquer le droit de participer à la vie politique. Les résultats truqués des élections, l'absence de consultation à travers les procédures participatives étaient vécus par les citoyens comme une dépossession de droits – dont ils bénéficiaient sous l'ère soviétique – au profit d'un groupe de corrompus proches du pouvoir. Pour la grande majorité des Russes, l'ère Eltsine était associée à l'asservissement du pays aux autorités américaines (lesquelles préféraient avoir face à elles une Russie faible), à l'instauration du vol rendu légal à travers les lois du marché, au pillage des richesses de l'État sous couvert des privatisations.

33 Il s'agit du référendum organisé le 17 mars 1991, procédure utilisée par les autorités centrales, faisant appel directement au peuple pour stopper l'effondrement de l'URSS. LA population soviétique a voté à une majorité écrasante (76,4 %) pour la préservation de l'URSS. DANS les pays baltes, en Géorgie, en Arménie et en Moldavie – pays marqués par une forte présence des mouvements indépendantistes – le référendum n'a toutefois pas été organisé.

34 G. HERMET, *Les populismes dans le monde. Une histoire sociologique, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Fayard, 2001, 479 p.

Sous prétexte de vouloir répondre aux attentes de la population, le jeune président Poutine prenait ainsi les premières mesures qui étaient censées assurer la reprise en main de l'État défaillant et l'instauration de la « dictature de la loi » sur tout le territoire fédéral<sup>35</sup>. Les théoriciens du Kremlin ont par la suite développé toute une gamme de concepts – « verticale du pouvoir », « démocratie administrée », « démocratie contrôlée » – pour qualifier la dynamique réformatrice poutinienne, dont le principal objet était de renforcer le pouvoir de contrôle du président et d'assurer une promotion efficace de son image auprès du peuple. Ces concepts sont, en quelque sorte, les précurseurs de l'« illibéralisme » hongrois, qui met lui aussi l'accent sur une valorisation de la volonté populaire, alors que les réformes mises en œuvre sont destinées à renforcer le pouvoir de contrôle de l'exécutif.

Pour Vladimir Poutine, la reconquête de l'autorité étatique au niveau interne apparaissait comme un préalable à la réaffirmation de la position de la Russie sur la scène internationale, pour qu'elle se fasse respecter, au même titre que les autres grandes puissances. Dans cette démarche, un autre concept fait son apparition : celui de la « démocratie souveraine »<sup>36</sup>. Introduite par Vladislav Sourkov dans le programme du parti présidentiel *Russie Unie* en 2006, cette nouvelle conception de la démocratie s'appuyait sur trois caractéristiques : la quête de la cohérence politique à travers la centralisation des fonctions étatiques, l'idéalisation des buts de la lutte politique et la personnification des institutions politiques. Pour V. Sourkov, la démocratie ne peut s'implanter en Russie tant qu'elle ne respecte pas la tradition et les mentalités russes, « plus synthétiques et religieuses qu'analytiques et différenciées ».

La « démocratie souveraine » est aussi, et avant tout, une réponse aux tentatives de l'Occident d'intervenir dans les affaires internes de l'État russe. Lors de sa conférence tenue à l'Académie des Sciences de Russie le 8 juin 2007, qui avait pour thème « La culture politique russe vue d'Utopie », Vladislav Sourkov soulignait qu'à la différence de la « démocratie dirigée » imposée aux pays faibles par les démocraties libérales occidentales, la « démocratie souveraine » vise à équilibrer les droits de l'homme par les droits de la puissance publique.

La nécessaire protection face à la « menace extérieure » a constitué l'argument majeur du Kremlin pour justifier au niveau national la formalisation de la nouvelle doctrine politique sécuritaire. La réglementation juridique dans ce domaine a connu une forte intensification à partir des années 2006-2007 pour atteindre, à la fin de l'année 2020, un nombre incommensurable d'actes normatifs : environ 70 lois, 200 décrets présidentiels et plus de 500 règlements gouvernementaux. Une situation très similaire à celle connue sur fond de guerre froide pendant la période soviétique.

Le discours politique sur la grandeur de la Russie et sur les valeurs morales et religieuses caractérisant le peuple russe a été promu par la mise en œuvre d'une stratégie de communication à travers

35 À titre d'exemple, pourrait être cité le décret présidentiel du 13 mai 2000, prévoyant la création de sept circonscriptions fédérales dans lesquelles les « représentants plénipotentiaires du président » se sont vu octroyer tout pouvoir pour faire appliquer la loi.

36 Pour davantage d'informations sur le sujet, voir A. ARJAKOVSKY, « Essai de théologie du politique : la démocratie souveraine en Russie », [<https://revues.univ-tlse2.fr/slavicaoccitania/index.php?id=1889&file=1>] ; M.-É. BAUDOIN, « La Russie et le choix de la 'démocratie souveraine' », in V. BARBÉ, B.-L. COMBRADE, *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruylant, 2023, p. 209-220.

les médias pro-Kremlin et de très nombreuses autres actions permettant au président Poutine de renforcer le lien de confiance avec le « peuple d'en bas ». Il y a d'abord les deux rencontres incontournables : la grande conférence de presse annuelle, organisée en décembre, et le forum citoyen « La ligne directe » qui a lieu au printemps. Ces rencontres se déroulent avec la participation d'un grand nombre de personnalités et sont diffusées sur les principales chaînes de télévision et de radio. La première « Ligne directe » a eu lieu le 24 décembre 2001, lorsque le processus d'établissement du contrôle de l'État sur les principaux médias était en grande partie achevé. Lors de cette rencontre, le président répond pendant quatre à cinq heures à des questions posées par les citoyens russes de tous âges, qui portent généralement sur leurs problèmes quotidiens. À titre d'exemple, lors de la première édition de la ligne directe, en 2001, une élève de cinquième de la région d'Irkoutsk s'est plainte au président du fait que son école n'était pas chauffée. Vladimir Poutine lui a répondu que le gouverneur de la région les entendait et que le nécessaire serait fait pour remédier au problème. Dès le lendemain, toutes les chaînes de télévision rendaient compte des actions engagées par le gouverneur. En 2002, une petite fille de 11 ans de Birobidjan s'est plainte du fait que dans sa ville, la mairie avait installé un arbre de Noël artificiel. En plein direct, le président Poutine a souhaité au gouverneur de la région un joyeux anniversaire et lui a suggéré de s'offrir, ainsi qu'aux habitants de la ville, un vrai arbre de Noël. Le lendemain, l'arbre a été apporté sur la place centrale par hélicoptère, opération retransmise sur les chaînes de télévision. Il est arrivé aussi des cas où, après les rencontres avec les citoyens, Vladimir Poutine convoque un gouverneur pour le réprimander face aux caméras, voire le révoquer en raison des résultats peu satisfaisants de son action. Après la « Ligne directe » de 2017, le président a officiellement donné vingt-huit instructions, dont seize au Gouvernement, quatre à la Direction de contrôle de l'administration présidentielle, quatre à des gouverneurs régionaux, trois au Parquet général et une à la Chambre des comptes, en vue de répondre aux doléances reçues de la part des citoyens<sup>37</sup>.

Ces pratiques, qui cultivent la culture du paternalisme, rappellent celles des journaux soviétiques qui contenaient des rubriques spécifiquement dédiées aux mesures adoptées à la suite des critiques formulées par les citoyens au sujet des dysfonctionnements des organes de l'État et des organisations sociales : « Après la critique » dans la *Pravda* ; « Réponses à la critique » dans *Sovetskaja Rossija* ; « Résonance » dans la *Gazette littéraire*. Dans ces rubriques, étaient énumérées les mesures adoptées pour corriger les insuffisances relevées ou pour « punir les coupables », un mécanisme efficace permettant d'instaurer le lien de confiance entre le pouvoir et la population, que Vladimir Poutine connaît parfaitement et qu'il utilise habilement depuis le début de son mandat, sans y faire directement référence, en tout cas jusqu'en 2012, année de son retour à la présidence, lorsque son discours a évolué vers une ligne plus dure et donc plus ouverte au soviétisme. Le Chef de l'État va même plus loin que les technocrates soviétiques dans sa quête de rapprochement avec les « simples citoyens », en utilisant volontairement le langage populaire, voire le jargon criminel lorsqu'il parle de sa détermination « d'en finir avec le phénomène d'oligarchisation de l'administration »<sup>38</sup>.

37 Pour de plus amples informations à ce sujet, voir N. PETROV, *op. cit.*, p. 31-33.

38 *Ibid.*

Les échanges du président Poutine avec « son » peuple continuent en dehors de ces deux grandes rencontres annuelles, à travers notamment la création de multiples structures non affiliées politiquement, mais dont le rôle est de promouvoir la politique et l'image présidentielles. Parmi les structures les plus importantes, on peut citer : en 2002, les réseaux des bureaux publics d'accueil ; en 2005, les forums de la jeunesse ; en 2011, le Front populaire de toute la Russie, le Grand gouvernement ouvert, l'Agence des initiatives stratégiques et propositions de projets innovants ; en 2013, le Front populaire – « Pour la Russie », avec les dix centres d'expertise en matière de *monitoring* de l'opinion publique, ainsi que le Fonds de développement des initiatives en ligne et la puissante agence internationale d'information *Russia Today*, etc.

À partir du 1<sup>er</sup> juillet 2017, au sein même de l'administration présidentielle a été créé le Fonds de la démocratie informationnelle. Son rôle est d'effectuer un *monitoring* et une analyse mensuels des réclamations adressées par les citoyens dans les principales institutions au niveau fédéral et infrafédéral. Selon le discours officiel, une telle recension permet à la présidence d'évaluer l'efficacité de l'action publique et de prendre les mesures adéquates en conséquence. La même année, toujours au sein de l'administration présidentielle, a été mise en place la consultation populaire en ce qui concerne « le profil du gouverneur idéal », afin que les nominations puissent répondre aux attentes du peuple.

Ces mesures, dont la liste est loin d'être exhaustive, font partie de la « grande machine politique de Poutine », selon l'expression utilisée par son plus célèbre conseiller, Vladislav Sourkov, dans sa tribune retentissante publiée en 2019, « La longue gouvernance de Poutine »<sup>39</sup>, qui vise à établir « les voies pour construire un État libre, dirigées non pas par des chimères d'importation mais par la logique des processus historiques, par l'« art du possible » »<sup>40</sup>.

Dans la construction du discours souverainiste et identitaire, Vladimir Poutine et ses conseillers sont d'abord en quête d'une légitimité intellectuelle, en faisant systématiquement référence à des philosophes, écrivains et historiens russes, qui représentent les « figures tutélaires » de la « voie russe ». Parmi ces derniers se trouve Ivan Ilyine, historien de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, décrit comme « le penseur officiel du poutinisme »<sup>41</sup>. C'est en effet dans une phrase d'Ilyine : « Toute liberté doit posséder sa mesure et sa forme, et chez chaque peuple sa liberté spécifique »<sup>42</sup> que le projet du président Poutine trouverait son essence. D'où l'importance de faire comprendre aux citoyens que l'indépendance du pays dépend de la cohésion nationale et d'une liberté dirigée selon certains principes dictés par le pouvoir, tandis qu'une liberté « à l'occidentale » mènerait inévitablement le pays au chaos social et à la domination étrangère. Dans son discours prononcé lors de la célébration du centenaire de la révolution de 1917, le président russe reprend la comparaison historique d'Ilyine entre la Russie et

39 Le texte en français est disponible en ligne, consulté le 5 décembre 2022 : [<https://www.fondapol.org/etude/la-longue-gouvernance-de-poutine-долгое-государство-путина/>].

40 *Ibid.*

41 Voir en ce sens l'étude de M. ELTCHANINOFF, « Ivan Ilyine, l'inspirateur secret du poutinisme », *Revue des deux mondes*, septembre 2015, p. 47-55, disponible en ligne, consulté le 5 décembre 2022, [<https://www.revuedesdeuxmondes.fr/wp-content/uploads/2016/11/4dd047a124eb395ec2a1845a3ec9092e.pdf>].

42 *Id.*, p. 55.

l'Occident pour conclure que : « La Russie [n'est] pas menacée par "l'autocratie du trône" mais par la dissolution de la nation, à laquelle [travaillent] les partis révolutionnaires [...] ». En revanche, si les Russes cessent de rêver aux libertés occidentales, « La Russie retrouvera la liberté, la consolidera et apprendra à son peuple une libre loyauté »<sup>43</sup>. Le nécessaire détachement vis-à-vis des standards promus par les institutions européennes, afin d'assurer la suprématie effective de la Constitution et « la modernisation » de la protection des droits et libertés qu'elle garantit, dans le respect des valeurs culturelles du peuple russe, est également défendu dans un récent ouvrage de Valery Zorkine, le président de la Cour constitutionnelle fédérale<sup>44</sup>. L'exposition très tranchée de sa position sur ces questions – une méthode qui va à l'encontre de sa recherche habituelle de consensus et de dialogue – témoigne de l'affirmation d'une véritable légitimation juridique de la ligne politique défendue par le Kremlin, les interprétations jurisprudentielles de la Haute juridiction venant pallier en quelque sorte les « manquements » du constituant de 1993, qui ont eu comme conséquence l'adoption d'un texte totalement détaché des valeurs et de l'âme russes.

## B. La légitimation juridique du projet politique populiste par la Cour constitutionnelle fédérale

Au cours de ses trois décennies d'existence, la Cour constitutionnelle russe a dû surmonter de nombreux défis inhérents à sa fonction en tant que gardienne de la Constitution et à la détermination de sa place dans le jeu politique. Lors de la crise institutionnelle opposant le président Eltsine au Parlement, que nous avons évoquée *supra*, la Haute juridiction a d'abord joué un rôle de médiateur entre les deux pouvoirs, la sortie de la crise étant une condition préalable à l'instauration d'un nouvel ordre constitutionnel démocratique. La déclaration de l'inconstitutionnalité des actes édictés tant par le Parlement que par le président Eltsine, qui imposait son pouvoir à travers un gouvernement par la voie décrétales, a fait de la Cour un arbitre également<sup>45</sup>. Accusée d'avoir mené le pays au bord de la guerre civile et de représenter « un danger exceptionnel pour l'État »<sup>46</sup>, la Cour a d'abord été neutralisée<sup>47</sup> et, par la suite, affaiblie, le nouveau texte constitutionnel ayant introduit des modifications au niveau de sa composition et de ses compétences<sup>48</sup>.

43 *Id.*, p. 55.

44 V. ZORKINE, *Konstitutsionnoe pravosudie: protsedura i smysl* [La justice constitutionnelle : procédure et sens], Saint-Pétersbourg, 2021, 154 p.

45 Voir en ce sens M.-É. BAUDOIN, « La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie vue par un juriste français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, 2010, disponible en ligne : [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-constitutionnelle-de-la-federation-de-russie-vue-par-un-juriste-francais>].

46 Fort du soutien populaire obtenu à l'occasion du référendum du 25 avril 1993, le président Eltsine a édicté le décret n° 1400 du 21 septembre 1993, « Sur la réforme constitutionnelle par étapes dans la Fédération de Russie », et a prononcé le même jour une adresse aux citoyens. Par ce décret, le président Eltsine suspendait l'activité du Congrès des députés du peuple jusqu'à l'élection d'un nouveau Parlement et prévoyait que le pays serait gouverné, jusqu'à l'adoption de la nouvelle Constitution, par des décrets présidentiels et des arrêtés gouvernementaux. Face à cette montée de la crise constitutionnelle, la Cour constitutionnelle s'est auto-saisie et a déclaré inconstitutionnel le décret présidentiel (VKSRF, n° 6, 1994, p. 40-56).

47 Par le décret n° 1612 du 7 octobre 1993, « Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie », le président Eltsine a ordonné la suspension de l'activité de la Haute juridiction jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution.

48 Le nombre des juges est passé de 15 à 19 afin de permettre de renouveler la composition de la Cour au profit du président Eltsine. De même, dans le but de « dépolitiser » son action, la Haute juridiction s'est vu retirer le contrôle de l'activité des partis politiques et son droit de s'auto-saisir.

Le rôle de la Cour constitutionnelle a été fortement influencé par l'extension du pouvoir présidentiel par la Constitution de 1993, ainsi que par le renforcement de la centralisation du pouvoir, intervenue après l'arrivée au pouvoir de Vladimir Poutine, avec notamment la doctrine de la « verticale du pouvoir ». La Cour s'est donc retrouvée nécessairement désarmée pour encadrer le pouvoir présidentiel, tel que le prouve sa jurisprudence portant sur les questions relatives à la politique sécuritaire, qui est l'un des axes forts du système poutinien. Des mesures prises dans les domaines les plus divers sous prétexte de renforcer la défense de la sécurité nationale ont été validées par la Cour constitutionnelle sur le fondement du principe prétorien « du caractère hétérogène de la doctrine de la sécurité nationale ». De l'avis des juges constitutionnels, pour construire un système cohérent, devant permettre à la fois de respecter les engagements internationaux contractés par la Russie et de protéger le système russe contre des éléments d'insécurité externes, il était nécessaire d'établir l'unité du régime juridique de la sécurité nationale, englobant tout domaine concerné par des questions sécuritaires<sup>49</sup>.

La position de la Haute juridiction s'inscrit dans la lignée de la doctrine politique mise en place à partir de l'année 2000, qu'elle a reprise à chaque fois qu'elle a été amenée à se prononcer sur des questions en lien avec la sécurité nationale, et ce, même lorsqu'il s'agit de limitations apportées aux droits et libertés fondamentaux. Ainsi, dans l'arrêt rendu le 21 mai 2013, la Cour a conclu que, dans le cadre de la corrélation entre la possibilité de réaliser pleinement les droits et libertés garantis par la Constitution et les restrictions de ces droits, nécessaires dans toute société démocratique, la sécurité nationale est l'un des motifs légitimes de cette restriction, qui peut être mise en œuvre en recourant à un ensemble de mesures, méthodes, types de prévention, d'autorisation et d'élimination des conséquences d'empiètements socialement dangereux<sup>50</sup>.

De manière générale, la Haute juridiction valide les limitations apportées aux différents droits et libertés sur le fondement de l'article 17 al. 3 de la Constitution, qui prévoit que « l'exercice des droits et libertés de l'homme et du citoyen ne doit pas violer les droits et libertés d'autrui », et de l'article 55 al. 3, selon lequel « les droits et libertés de l'homme et du citoyen ne peuvent être limités par la loi fédérale que dans la mesure nécessaire pour protéger les fondements de l'ordre constitutionnel, de la moralité, de la santé, des droits et des intérêts légaux d'autrui, la garantie de la défense et de la sécurité de l'État ». Et lorsqu'elle est invitée à effectuer un contrôle de proportionnalité au regard des limitations apportées aux droits et libertés en cause, ce contrôle est souvent très limité, voire totalement exclu<sup>51</sup>.

À partir de l'année 2010, on peut également constater un renforcement de la vision étato-centrée dans la jurisprudence de la Cour et les interventions publiques de certains de ses membres, dont le président Zorkine. La compréhension du respect de la souveraineté, de l'intégrité territoriale,

49 Cour constitutionnelle de la FR, arrêt du 26 novembre 2012, n° 28-P.

50 Cour constitutionnelle de la FR, arrêt du 21 mai 2013, n° 10-P.

51 À titre d'exemple, l'on pourrait citer la décision du 24 janvier 2013, n° 119-O, dans laquelle les juges constitutionnels russes ont conclu que le respect des principes d'égalité et de proportionnalité n'est pas exigé lorsqu'il s'agit d'une limitation du droit d'entrée et de séjour en vue de la réalisation de certaines transactions sur un territoire où sont installés des objets ayant un lien étroit avec la protection de la sécurité nationale.

du principe d'égalité correspond largement à la doctrine soviétique, c'est-à-dire une « conception stricte classique des seuls États en tant que sujets du droit international, avec une insistance rigide sur la souveraineté dans sa forme la plus extrême »<sup>52</sup>. L'éloignement de la ligne pro-européenne qui a dominé l'activité de la Haute juridiction au cours de ses deux premières décennies d'existence a débuté avec l'arrêt *Markine c. Fédération de Russie*, dans lequel la Cour de Strasbourg a critiqué, de manière assez virulente, la décision de la Cour constitutionnelle russe du 15 janvier 2009<sup>53</sup>, au motif qu'elle avait statué sur la base de simples préjugés et sans arguments pertinents pour défendre la conception traditionnelle russe de la famille et des rapports familiaux. L'arrêt rendu quelques jours plus tard par la Cour européenne des droits de l'homme, *Alexeïev c. Fédération de Russie*<sup>54</sup>, dans lequel l'État russe a été condamné pour avoir interdit plusieurs défilés de la *Gay Pride*, est loin d'avoir apaisé les tensions. En effet, cet arrêt a été analysé par la communauté homosexuelle comme une revanche contre la décision de la Cour constitutionnelle russe du 19 janvier 2010<sup>55</sup>, qui avait déclaré conforme à la Constitution une loi de la région de Riazan interdisant la propagande sur l'homosexualité auprès des mineurs.

Dans un article publié dans le journal *Rossijskaja Gazeta* du 29 octobre 2010, intitulé « Les limites du caractère accommodant », Valery Zorkine ne cachait pas son mécontentement à l'égard de l'attitude, jugée hautaine, de la Cour strasbourgeoise. Il invoquait publiquement, pour la première fois, la nécessité de protéger la souveraineté, les institutions et les intérêts nationaux, ainsi que les « codes moraux, religieux et culturels russes », ces derniers ayant déjà fait l'objet de longs développements dans une décision rendue par la Cour constitutionnelle le 16 novembre 2006. Dans cette affaire, tout en rejetant la saisine déposée par M. E. Murzin<sup>56</sup>, qui contestait la constitutionnalité de l'article 12 du Code de la famille l'empêchant d'épouser son partenaire de même sexe, la Haute juridiction avait tenu à établir une ligne jurisprudentielle claire sur cette question. Les juges constitutionnels avaient ainsi considéré que la Constitution russe et les règles juridiques internationales reposent sur le principe selon lequel la principale finalité de la famille consiste à mettre au monde et à élever des enfants. Compte tenu de ce principe, ainsi que de la tradition nationale interprétant le mariage comme une union entre un homme et une femme, le Code de la famille dispose que les règles relatives aux relations familiales reposent sur les principes d'une union conjugale librement consentie entre un homme et une femme, sur la priorité donnée à l'éducation des enfants au sein de la famille et sur le souci de leur bien-être et de leur épanouissement (article 1). En conséquence, le législateur fédéral, agissant dans le cadre de ses compétences, a établi que le consentement libre

52 A. V. FREEDMAN, "Some aspects of Soviet Influence on International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 62(3), 1968, p. 710-722.

53 Décision de la Cour constitutionnelle de la FR de rejet d'examen du 15 janvier 2009, n° 187-O-O.

54 Cour EDH, 21 octobre 2010, *Alexeïev c. Russie*, req. n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09.

55 Décision de la Cour constitutionnelle de la FR de rejet d'examen du 19 janvier 2010, n° 151-O-O; Arrêt de la Cour constitutionnelle de la FR du 23 septembre 2014, n° 24-P. Après avoir confirmé l'inadmissibilité de l'atteinte arbitraire à la vie privée, la Cour constitutionnelle a souligné que la diffusion de préférences en matière d'orientation sexuelle ne devait pas porter atteinte à la dignité d'autrui, ni remettre en cause la moralité publique et affecter négativement le développement moral des mineurs.

56 Le rejet de la saisine a été motivé par le non-respect des conditions de recevabilité établies dans la loi constitutionnelle fédérale relative à la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie.

et mutuel d'un homme et d'une femme constitue l'une des conditions préalables au mariage. Ce principe ne saurait donc être considéré comme emportant violation des droits constitutionnels que le requérant invoque dans son recours. En outre, de l'avis de la Cour, l'État russe n'a contracté aucune obligation internationale en la matière. Or, ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ni la Convention européenne des droits de l'homme ne prévoit un droit au mariage entre des personnes de même sexe, le premier texte international faisant explicitement référence au droit au mariage entre un homme et une femme à l'article 23 et le second prévoyant, à l'article 12, la possibilité de fonder une famille selon les lois nationales qui régissent l'exercice de ce droit.

La ligne jurisprudentielle établie par la Cour constitutionnelle fédérale a été reprise par les tribunaux de droit commun ayant été appelés à juger d'affaires de même type, comme ce fut le cas des requérants dans l'arrêt *Fedotova et autres c. Fédération de Russie*<sup>57</sup>, dans lequel l'État russe a été condamné par la Cour de Strasbourg pour avoir outrepassé la marge d'appréciation dont il bénéficiait et donc violé l'article 8 de la CEDH. Cette affaire est révélatrice du point de non-retour atteint par les juges européens et russes sur les interprétations en lien avec la question de l'homosexualité. En effet, la position de la Cour constitutionnelle est en parfaite harmonie avec la ligne de la politique familiale fixée en 2010, l'État s'étant engagé – aux côtés de l'Église orthodoxe, dont la proximité avec le pouvoir n'a cessé de croître – dans une campagne de défense et de promotion du modèle familial explicitement défini comme « traditionnel ». Une confrontation qui, de plus, a pu être surmontée, en opposant le principe de l'identité constitutionnelle de la Russie posé par la Cour constitutionnelle russe dans l'arrêt n° 21-P du 14 juillet 2015 en réponse à l'arrêt *Antchougov et Gladkov c. Fédération de Russie*<sup>58</sup>. Les juges constitutionnels russes avaient notamment tenu à préciser qu'une éventuelle collision entre la Constitution et les traités internationaux doit être résolue en faveur de la Constitution car les traités internationaux font partie intégrante du système juridique du pays, au sein duquel aucune norme ne détient une valeur juridique supérieure à celle du texte constitutionnel<sup>59</sup>.

L'arrêt du 14 juillet 2015 a été suivi d'un amendement, le 14 décembre 2015, de la loi constitutionnelle fédérale relative à la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie<sup>60</sup>, octroyant à la Haute juridiction la compétence de vérifier la conformité des décisions des juridictions internationales aux fondements de l'ordre constitutionnel afin de se prononcer sur la possibilité de leur exécution. La nouvelle compétence de la Cour a renforcé ses pouvoirs d'interprétation, et donc de défense des lignes politiques définies par le Kremlin, tel que cela a pu être constaté dans trois arrêts ultérieurs (arrêt de la Cour constitutionnelle de la FR du 15 novembre 2016, n° 24-P; arrêt de la Cour constitutionnelle de la FR du 19 janvier 2017, n° 1-P), dans lesquels les juges ont conclu que « malgré tout le respect qu'ils nourrissaient pour la Cour européenne des droits de l'homme, ils n'appliqueraient pas à la lettre toutes ses décisions ».

57 Cour EDH, 13 juillet 2021, *Fedotova et autres c. Fédération de Russie*, req. n° 40792/10, 30538/14 et 43439/14; arrêt non définitif, renvoi devant la Grande chambre le 22 novembre 2021.

58 Dans cette affaire, avait notamment été débattue la question de l'interdiction du droit de vote des détenus et de celle du respect de la hiérarchie des normes, du fait que l'interdiction figure dans le texte constitutionnel russe, au chapitre II, qui ne peut faire l'objet d'aucune révision.

59 Voir en ce sens V. ZORKIN, *Konstitutsionnoe pravosudie: protsedura i smysl*, op. cit., p. 112-144.

60 Loi constitutionnelle fédérale n° 7.

Depuis les années 2010, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Russie conduit à conforter et légitimer – juridiquement – le projet politique populiste porté par le pouvoir. Il serait toutefois erroné d'affirmer que la Cour constitutionnelle fédérale agit, en toutes circonstances, en totale soumission à l'institution présidentielle. En dehors des questions ayant une empreinte fortement politisée, l'activité de la Haute juridiction a eu un impact majeur en matière de protection des droits sociaux ou dans le processus d'humanisation du droit pénal et du droit de la procédure pénale. Cependant, la Cour constitutionnelle, comme toutes les autres institutions étatiques, n'est, à ce jour, pas suffisamment armée pour pouvoir faire acte de résistance. Elle est ainsi devenue malgré elle, un outil de légitimation d'une doctrine idéologique en totale contradiction avec la montée en puissance de la pensée libérale dans les années 1990, déclenchée formellement par l'adoption de la nouvelle Constitution de la Fédération de Russie et par l'adhésion de la Russie au Conseil de l'Europe. Cette doctrine, qui a arrêté le processus qualifié par B. Bowring de « resocialisation de l'État russe avec les institutions, les normes et les pratiques européennes »<sup>61</sup>, s'est de surcroît vu octroyer une assise constitutionnelle lors de la révision de la Constitution entrée en vigueur le 4 juillet 2020.

## **II. La confirmation d'un populisme autoritaire par la révision constitutionnelle de 2020**

Alors que le pouvoir russe se heurte à différents obstacles à partir de la fin des années 2000, notamment la crise économique de 2008, la révolution des neiges en 2011<sup>62</sup> ou encore la montée de la grogne sociale à l'occasion de la réforme des retraites en 2018, les discours de Vladimir Poutine se teintent progressivement d'accents de plus en plus populistes. Un ennemi est identifié, l'Occident et son néolibéralisme, tandis que sont mises en avant la grandeur de la Russie et des valeurs civilisationnelles qu'elle porte. La rhétorique politique donne à voir la stratégie du pouvoir qui tend à cacher derrière une prise en compte grandissante des volontés du peuple un projet politique de plus en plus autoritaire. C'est en ce sens que l'on peut évoquer un « populisme autoritaire », au sein duquel il est très complexe de dissocier les éléments qui sont strictement populistes du projet politique poutinien pris dans sa globalité.

Ce populisme autoritaire atteint son apothéose avec la réforme constitutionnelle de 2020 qui masque, derrière une apparente association du peuple à la procédure de révision (A), la consécration dans le marbre de la Loi fondamentale d'un projet politique et social en rupture complète avec le projet libéral de 1993 (B).

61 B. BOWRING, "Russia and Human Rights: Incompatible Opposites?", *Göttingen Journal of International Law*, n° 1, 2009, p. 44.

62 L'expression fait référence aux manifestations populaires qui contestent les élections législatives de 2011.

## A. L'association populiste du peuple à la procédure de révision constitutionnelle

Alors qu'en 1993, le peuple est totalement mis à l'écart du processus constituant et n'est convoqué que lors de la validation ultime du projet par la voie référendaire, le 12 décembre 1993<sup>63</sup>, le schéma de la réforme constitutionnelle de 2020 contraste fortement, avec une implication du peuple à chacune des étapes du processus. Néanmoins, cette présence du peuple ou de ses représentants est à relativiser. En effet, celle-ci a vocation à légitimer un processus très largement contrôlé et encadré par le pouvoir, mais dissimulé derrière un discours populiste.

Le peuple n'est d'ailleurs pas une notion dépourvue d'ambiguïté, d'où la controverse entourant la pertinence même du concept de populisme. Ainsi que le souligne Rogers Brubaker, le « peuple » peut faire référence aussi bien au peuple ordinaire, c'est-à-dire au peuple en tant que *plebs*; au peuple souverain soit au peuple en tant que *demos*; et enfin au peuple culturellement ou ethniquement distinct, soit au peuple en tant que nation ou *ethnos*<sup>64</sup>. Un élément central du populisme conduit alors à parler « au nom du peuple », mais à la différence du cadre démocratique classique, le discours populiste se construit ou identifie un ennemi, il se prononce « contre » quelque chose : contre « les élites » dans une logique verticale, mais aussi contre un « *outside* » menaçant dans une logique horizontale<sup>65</sup>. Le processus constituant implique, quant à lui, le peuple souverain, celui qui va faire le choix du Pacte fondamental. En 2020, en Russie, le peuple est présenté par Vladimir Poutine à la fois comme la source de la réforme constitutionnelle et sa finalité, l'*alpha* et l'*omega* de la réforme. Il est possible d'identifier ici un des éléments du « répertoire populiste » car, d'une part, précisément, le rôle assigné au peuple tranche avec le processus d'adoption de la Constitution en 1993, qui a été l'affaire d'un cercle étroit de proches de Boris Eltsine et, d'autre part, le rôle supposé du peuple dans la réforme constitutionnelle est fort éloigné de son influence réelle dans le système politique russe. De fait, dès le 15 janvier 2020, dans son adresse annuelle à l'Assemblée fédérale<sup>66</sup>, Vladimir Poutine indique d'emblée sa volonté que soit organisée une consultation publique la plus large possible afin de permettre aux « associations, partis politiques, régions, à la communauté juridique et aux citoyens » d'exprimer leurs idées. Il se met lui-même en retrait, assurant qu'il n'est là que pour « ouvrir la discussion », préciser les défis et définir l'orientation à donner à la réforme constitutionnelle. Le mot d'ordre est alors, en tenant compte de l'évolution et de la maturité de la société russe, d'envisager l'avenir reposant sur « l'harmonie entre une puissance forte et le bien-être de la population ». Vladimir Poutine précise qu'une nouvelle Constitution n'est pas nécessaire mais que, en revanche, des amendements peuvent être « importants pour l'évolution à venir de la Russie en

63 Même cette participation du peuple en 1993 est sujette à caution. De fait, les habitants de la République de Tchétchénie n'ont pas pris part à la votation. Des doutes ont, par ailleurs, été émis quant à l'authenticité des résultats officiels. Selon certains auteurs, seuls 42,33 % des votants auraient, en réalité, soutenu le projet de Constitution, soit 23 % de l'ensemble des électeurs. Sur ce point, voir Marie-Élisabeth BAUDOIN, « Du *hard power* au *soft constitutionalism* en Russie », in P.-A. COLLOT (dir.), *Le constitutionnalisme abusif en Europe*, Mare et Martin, 2022, p. 61.

64 R. BRUBAKER, "Why populism?", in G. FITZI, J. MACKERT and B. S. TURNER, *Populism and the crisis of democracy*, volume 1: Concepts and Theory, Routledge, 2019, p. 28.

65 *Ibid.*, p. 30-31.

66 *Послание Президента РФ Федеральному Собранию*, 15 января 2020 года [Message du président de la Fédération de Russie à l'Assemblée fédérale, 15 janvier 2020], disponible sur [http://kremlin.ru/events/president/news/62582].

tant qu'État de droit social dans lequel les droits et libertés des citoyens, la dignité de l'homme et son bien-être sont les valeurs suprêmes ». La voie parlementaire pourrait être retenue, mais selon lui il incombe aux citoyens de se prononcer sur l'ensemble des amendements constitutionnels proposés. Il fait de la volonté du peuple la condition *sine qua non* de l'adoption de la réforme constitutionnelle. La rhétorique utilisée est intéressante à observer, car Vladimir Poutine martèle l'expression à plusieurs reprises : « L'opinion des gens, de nos citoyens, du peuple, en tant que détenteur de la souveraineté et source principale du pouvoir, doit être déterminante ».

Au cours des étapes successives de la procédure qui ont lieu de janvier à juillet 2020, le peuple est ainsi présent dans ses différentes « déclinaisons » : société civile, jeunesse, représentants élus, nation russe. Dès la première étape préparatoire de la révision, le *demos* est officiellement impliqué, puisque par un acte présidentiel (*rasporjajenie*), daté du même jour que son message à l'Assemblée fédérale, est créé un groupe de travail – comprenant 75 membres – chargé de préparer la révision constitutionnelle<sup>67</sup>. La composition de ce comité reflète l'ouverture à la société, puisque, aux côtés des acteurs politiques, figurent des universitaires – juristes de renom –, mais aussi des représentants de syndicats ou encore du monde économique et des membres de la « société civile » (sportif, musicien, acteur de théâtre, représentants d'ONG). Ensuite, ce sont les représentants du peuple qui prennent le relais en jouant un rôle actif lors de la délibération et de l'adoption de la loi constitutionnelle. Jusqu'à son adoption définitive, le 11 mars 2020, le projet de loi constitutionnelle a ainsi fait l'objet de trois lectures par la Douma et le Conseil de la Fédération. Au cours de cette étape, de très nombreux amendements ont été proposés, reflétant l'implication des membres des deux chambres du Parlement et éloignant l'idée que le projet de réforme constitutionnelle ne serait que présidentiel ou imposé d'en haut. Une des dispositions les plus symboliques – celle permettant *de facto* à Vladimir Poutine de se présenter de nouveau aux suffrages des électeurs au terme de son quatrième mandat en 2024 –, émane d'un amendement proposé le 10 mars 2020, à l'occasion de la deuxième lecture de la loi constitutionnelle par la Douma, par une députée de la Douma d'État, Valentina Terechkova. Lors de son intervention à la Douma, cette dernière soutient l'idée de donner au président Poutine la possibilité juridique de se représenter, au motif qu'il incarne « en raison de son autorité puissante, un facteur de stabilité pour notre société, pour le développement du pays et la conduite des réformes ». Elle aussi insiste sur le fait qu'il incombera au peuple de décider en dernier ressort. C'est donc la représentation nationale qui est à l'origine de cette « remise à zéro » des compteurs en termes de nombre de mandats présidentiels<sup>68</sup>. Ultérieurement, la propagande électorale a été portée par les jeunes, érigés au statut d'ambassadeurs de la réforme constitutionnelle, avec la création des « Bénévoles de la Constitution », qualifiés sur leur site internet de « principaux héros des changements »<sup>69</sup>. Plus de

67 *Распоряжение « О рабочей группе по подготовке предложений о внесении поправок в Конституцию Российской Федерации »* [Ordonnance sur le groupe de travail chargé de préparer les amendements constitutionnels] [<http://kremlin.ru/events/president/news/62589>].

68 C'est ainsi que la loi constitutionnelle fédérale n°1 signée le 14 mars 2020 modifie l'article 81.3 de la Constitution russe qui dispose désormais que la limitation à deux mandats (la mention de leur caractère consécutif a été supprimée) s'applique à la personne qui occupe ou a occupé la fonction présidentielle, sans tenir compte du nombre de mandats déjà effectués au moment de l'entrée en vigueur de l'amendement.

69 Site Internet : [<https://волонтерыконституции.рф/#change-history>] (consulté en juin 2020).

114 000 jeunes ont déposé leur candidature et ont reçu une formation suivie d'un examen vérifiant leur connaissance de la Constitution, afin de pouvoir renseigner les citoyens sur les nouvelles dispositions constitutionnelles. Plus de trois mille stands d'information ont ainsi été ouverts dans tout le pays entre le 15 juin 2020 et le 1<sup>er</sup> juillet. Enfin, la nation a été associée, lors de l'ultime étape, à la validation définitive du projet de révision. En effet, l'article 2 du projet de loi présidentiel du 20 mars 2020 avait prévu que la loi portant révision de la Constitution serait soumise à un vote national (*obchtcherossijskoe golosovanie*). Initialement prévu le 22 avril 2020, le vote a été reporté au 1<sup>er</sup> juillet en raison de la pandémie. C'est donc par la volonté du peuple que la réforme constitutionnelle a été adoptée, le 1<sup>er</sup> juillet 2020, soutenue par 78 % des votants, le taux de participation s'élevant à 67,97 %.

Pourtant, à observer de plus près ces différentes étapes, il en ressort l'absence de « peuple réel ». La figure du peuple est mobilisée dans les discours à consonance populiste ; le peuple est formellement associé à la réforme constitutionnelle, mais sans avoir de poids réel dans un processus orchestré par le pouvoir. En attestent tant la temporalité de la réforme, que le degré d'information sur la réforme, ou encore la sincérité du vote. Ainsi, la consultation publique et le travail du groupe chargé de préparer la réforme sont achevés en cinq jours. Dès le 20 janvier 2020, le président Poutine signe un projet de loi de révision de la Constitution de 21 pages « sur l'amélioration de la réglementation de différentes questions relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics » (n° 885214-7). Le temps de la discussion publique a été particulièrement bref, ce qui ne laisse guère de doutes sur la réalité du débat public. De même, la délibération au Parlement a été tout aussi expéditive, puisque la première lecture par la Douma a lieu le 21 janvier et l'adoption définitive de la loi constitutionnelle par les deux chambres date du 11 mars 2020. Or, ce sont en tout 46 amendements qui ont été adoptés, modifiant près du tiers de la Constitution de 1993. Quant à la « remise à zéro des compteurs » présidentiels, elle n'est pas le fait d'un député lambda, mais d'une personnalité très célèbre en Russie et qui a, dès lors, joué un rôle très symbolique. En effet, Valentina Terechkova a été la première femme cosmonaute à effectuer un vol dans l'espace en 1963, cette action lui valant d'être décorée du titre de « héros de l'Union soviétique » et elle est également membre du Parti *Russie Unie* depuis 2011. De surcroît, si le peuple a certes été convié à s'exprimer lors du vote national, alors même que la procédure de révision de la Constitution de l'article 136 de la Constitution ne prévoit que l'adoption par le Parlement d'une loi constitutionnelle, l'exercice d'un choix souverain implique d'une part d'être pleinement éclairé sur les enjeux de la votation et d'autre part d'avoir la liberté du choix de sa réponse. Or, la propagande électorale s'est faite dans un contexte bien spécifique, lié certes à la crise sanitaire, mais aussi au cadre juridique de la consultation. Le « vote national » est en effet un instrument *ad hoc* qui a été créé par l'article 2 de loi du 14 mars 2020 portant amendements de la Constitution. C'est ainsi que le cadre – plus contraignant – prévu par la loi sur le référendum a pu être écarté, ce qui a permis d'ouvrir la consultation nationale pour une durée de six jours, du 25 juin au 1<sup>er</sup> juillet 2020. La commission électorale centrale, chargée de l'organisation du vote national, a également pu signer un accord de coopération avec l'Association des centres de bénévoles, financée par l'État. Or, sur le site des « Bénévoles de la Constitution », parmi les éléments de la réforme, ne figurait pas la possibilité pour le président en exercice de pouvoir se représenter au terme de son

mandat. En revanche, sur les autocollants distribués aux enfants, était, par exemple, mentionnée la protection des droits des animaux (autre amendement prévu à l'article 114 relatif aux prérogatives du Gouvernement). La « propagande » électorale – entendue non pas au sens juridique, puisque c'est le terme « activité pédagogique » qui a été privilégié pour qualifier l'action des bénévoles – a par conséquent été orientée et ciblée. Par ailleurs, en plein contexte de crise sanitaire, les jeunes Bénévoles de la Constitution ont aussi participé à la campagne d'aide dénommée « Nous sommes ensemble », destinée à aider les personnes âgées ou encore à distribuer de l'argent aux médecins et travailleurs sociaux afin d'acheter des masques et autres équipements de protection individuelle<sup>70</sup>. Ce mélange des genres est également un indicateur supplémentaire de la manipulation populiste à l'œuvre. En outre, la question imprimée sur les bulletins : « Approuvez-vous les modifications apportées à la Constitution de Russie ? » et le choix binaire de la réponse : « oui » ou « non », n'ont laissé aucune possibilité aux citoyens de soutenir une partie de la réforme et d'en rejeter une autre partie. Ce « menu complet », selon les termes de la présidente de la Commission électorale centrale, Ella Pamfilova, mais sans véritable choix, a soulevé la question de sa conformité avec la loi fédérale du 4 mars 1998 (n° 33-FZ) sur les modalités d'adoption et d'entrée en vigueur des amendements à la Constitution. Cette dernière dispose en son article 2.1 qu'une même loi doit comporter des modifications du texte constitutionnel qui ont un lien entre elles.

Enfin, les conditions de votation également ont jeté une certaine ombre sur la sincérité du vote. C'est ainsi que des loteries ont été organisées pour encourager la participation, ou encore des bureaux de vote ambulants ont été installés dans les cours intérieures ou au pied des immeubles<sup>71</sup>.

Si la rhétorique utilisée par Vladimir Poutine lors de son message au Parlement présentait des accents populistes, la procédure de révision reflète davantage une instrumentalisation du peuple au service d'une stratégie politique. Elle est plus le symbole d'un régime marqué par un « autoritarisme compétitif », pour reprendre la terminologie de Steven Levitsky et Lucan A. Way<sup>72</sup>, ou encore une forme de « constitutionnalisme abusif » selon l'analyse de Rosalind Dixon et David Landau<sup>73</sup>, que celui d'un populisme avéré. Le projet politique gravé dans le marbre constitutionnel a, en revanche, des aspects ouvertement populistes.

## B. La consécration constitutionnelle d'un projet politique populiste

Aucune dénonciation d'une élite corrompue ne transparaît en filigrane de la réforme constitutionnelle de 2020. Néanmoins, certaines dispositions traduisent clairement le rejet du projet constitutionnel universel ou global, porté par l'Occident, et perçu du point de vue interne comme une

70 TASS, 10 juin 2020, [<https://tass.ru/obschestvo/8692721>].

71 Daniel Vallot, « En Russie, l'étrange vote sur la Constitution », 30 juin 2020, [<https://www.rfi.fr/fr/europe/20200630-en-russie-etrange-vote-constitution-mandat-poutine>] ; Anna Colin-Lebedev, « Russie : les faux semblants du scrutin constitutionnel », *The Conversation*, 8 juillet 2020.

72 S. LEVITSKY, L. A. WAY, *Competitive Authoritarianism – Hybrid regimes after the Cold War*, Cambridge University Press, 2010, 537 p.

73 R. DIXON, D. LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing – Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, Oxford University Press, 2021, p. 16.

menace pour les intérêts de la Russie. C'est « l'*outside* menaçant » mentionné *supra* qui est en cause, le « nous » contre « eux », propre à une démarche populiste d'un certain type. Le projet politique qui est sous-tendu n'est toutefois pas nouveau. Comme cela a été évoqué, il est déjà présent, depuis les années 2010, dans les discours de Vladimir Poutine ou dans les décisions de la Cour constitutionnelle. Mais, désormais, il est officiellement inscrit dans la Loi fondamentale russe. Sa dimension populiste se vérifie à trois niveaux, symbolisant chacun un particularisme identitaire ou cherchant à défendre un modèle civilisationnel opposé au modèle occidental.

Tout d'abord, la réforme constitutionnelle de 2020 entérine un projet de société conservateur. Une certaine conception de la famille se trouve expressément constitutionnalisée avec la consécration du mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme et l'ajout d'une précision sur la « création de conditions pour une éducation digne des enfants dans la famille et le devoir d'assistance des enfants adultes envers leurs parents » (art.72.1g<sup>1</sup>). La mise en place d'une « politique de soutien et de défense de la famille » ainsi que de « préservation des valeurs familiales traditionnelles » incombe expressément au gouvernement (art.114.1c). En devenant le temple des valeurs traditionnelles, la Constitution russe est érigée en un rempart contre les menaces qui ont précisément, d'après le pouvoir russe, conduit à la décadence de l'Occident. En 2013, dans le cadre du Club de Valdai<sup>74</sup>, Vladimir Poutine prévenait déjà : « Nous voyons que beaucoup de pays euroatlantiques ont tourné le dos à leurs racines, en particulier à leurs racines chrétiennes qui constituent le fondement de la civilisation occidentale. On refuse les principes moraux et toute identité traditionnelle : qu'elle soit nationale, culturelle, religieuse ou même sexuelle. On met en place des politiques qui mettent au même niveau les familles nombreuses et les couples homosexuels, la foi en Dieu et la foi en Satan »<sup>75</sup>. En 2022, les valeurs traditionnelles sont toujours présentes dans son discours, cette fois-ci, opposées « aux valeurs néo-libérales », et s'en distinguant par leur caractère unique car « issues des traditions d'une société particulière, de sa culture et de son histoire »<sup>76</sup>.

Aux côtés de la famille, la religion ou plus précisément la foi en Dieu se voit également accorder une place nouvelle dans la Constitution, et ce, de manière assez surprenante étant donné la mention expresse du caractère laïc de l'État à l'article 14. Plus précisément, un nouvel article 67<sup>1</sup>.2 fait référence à la « mémoire des ancêtres qui nous ont transmis leurs idéaux et leur foi en Dieu ». Cet héritage spirituel s'inscrit dans une « histoire millénaire », mais l'histoire plus proche – celle de la période soviétique – est également présente à l'alinéa 1<sup>er</sup> du même article, qui rappelle que la Russie est l'héritière de l'URSS et à l'alinéa 3 qui souligne que la Russie « honore la mémoire des défenseurs de la Patrie et garantit la défense de la vérité historique ». Quant à l'alinéa 4, celui-ci fait le pont entre

74 Le Club de Valdai est un forum de discussion qui a été créé, en 2004, à l'initiative de Vladimir Poutine. Réunissant différents experts russes et internationaux, il visait initialement à faire connaître la Russie au monde. Sa première rencontre s'est tenue à Novgorod, à proximité du Lac Valdai, dont il a gardé le nom. Depuis sa création, il s'est réuni chaque année, dans différentes villes de Russie, et a vu la participation d'universitaires du monde entier ainsi que d'acteurs politiques étrangers sur invitation. Chacune de ces rencontres annuelles a été clôturée par un discours officiel du président Poutine, suivi d'un échange avec les participants. Depuis 2014, le Club de Valdai a diversifié ses activités, s'engageant dans un rôle de *think tank* destiné à penser les questions politiques et économiques mondiales et ainsi à influencer l'agenda international. Il publie notamment chaque année des rapports ainsi que les *Valdai Papers*. Les différents événements et projets sont présentés sur son site internet : [<https://valdaiclub.com>].

75 Discours du Club de Valdai, 19 septembre 2013, [<http://kremlin.ru/events/president/news/19243>].

76 Discours du Club de Valdai, 27 octobre 2022, [<http://kremlin.ru/events/president/news/69695>].

les générations et les valeurs familiales en indiquant que l'État crée les conditions pour éduquer les enfants au patriotisme. La Constitution se fait donc le relais de la rhétorique politique qui exalte les valeurs patriotiques et elle reconstruit, en quelque sorte, un récit de l'histoire russe empruntant aux différentes périodes et attestant de sa grandeur en tant qu'État et nation. La tonalité populiste se lit ainsi en arrière-plan de cette valorisation du passé et de la mémoire. Alors que les discours de Vladimir Poutine se font l'écho des humiliations infligées par l'Occident à la Russie, la Constitution restaure la grandeur déchu.

Ensuite, la réforme constitutionnelle oppose au projet libéral protecteur de l'individu et de l'individualisme une politique sociale protectrice du groupe. L'article 72 sur la compétence conjointe entre l'État fédéral et ses entités fédérées mentionne expressément la garantie d'un accès à des soins de qualité, la préservation et le renforcement de la santé publique, la création de conditions permettant un mode de vie sain ou encore une politique de la jeunesse. L'article 75 consacré à la politique monétaire est complété par un alinéa 5 disposant que l'État garantit un salaire minimum qui ne peut être inférieur au seuil de subsistance, un alinéa 6 sur le système des retraites reposant sur l'universalité, la solidarité entre générations et la justice ainsi qu'une indexation des pensions au moins une fois par an, et un alinéa 7 sur la garantie d'une sécurité sociale obligatoire et l'indexation des prestations sociales. Ces dispositions sont certes une réponse à la grogne sociale mais elles donnent aussi à voir la défense d'un modèle différent du modèle occidental, reposant quant à lui sur la protection des droits et libertés individuelles. Dans le schéma constitutionnel russe qui emprunte certains éléments au passé socialiste, c'est l'importance de la collectivité et la solidarité sociale qui sont mises en avant.

Enfin, l'accent souverainiste du discours populiste se retrouve dans plusieurs dispositions. Dans sa version amendée, l'article 79 permet à la Russie de se soustraire à la décision d'une organisation internationale qui entrerait en contradiction avec la Constitution, et reprend en l'état la position jurisprudentielle dégagée par la Cour constitutionnelle de Russie dans son arrêt du 14 juillet 2015 (n° 21-P). Cette constitutionnalisation d'une possible non-exécution des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ne signifiait pas, en 2020, un rejet de l'idéologie des droits de l'homme, mais elle entendait marquer les limites de la subordination de la Russie à la Cour de Strasbourg, limites se traduisant, pour la Cour constitutionnelle, par le respect de l'« identité constitutionnelle » de la Russie. Dès 2015, le président de la Haute juridiction russe, Valery Zorkine, avait alerté sur le fait que la Cour de Strasbourg ne prenait pas suffisamment en compte les « conditions historiques concrètes et les particularités du développement » des États<sup>77</sup>. Il liait également identité constitutionnelle et souveraineté de l'État.

Une autre disposition constitutionnelle faisant clairement référence à une menace extérieure, impliquant une possibilité de défense de la part de Russie, est celle du nouvel article 79<sup>1</sup> qui souligne le recours à des mesures permettant de « prévenir toute ingérence dans les affaires internes de l'État ». Dans le même sens, le nouvel article 67.2<sup>1</sup> relatif à la protection de la souveraineté et de

77 В. Д. Зорькин (V. D. ZORKINE), *Цивилизация права и развитие России* [La civilisation du droit et l'évolution de la Russie], Norma, Moscou, 2015, p. 151.

l'intégrité territoriale précise que « toutes les actions destinées à aliéner une partie du territoire de la Fédération de Russie, ainsi que les appels à de telles actions sont interdits ». En 2020, résonnait notamment derrière cette interdiction tout possible retrait de Crimée, le retour de la Crimée dans la « mère Patrie » ayant été au cœur même de la propagande populiste avec le slogan « *Krym – nach* » (« La Crimée est à nous »).

Les changements constitutionnels survenus en 2020 en Russie reflètent une quête identitaire qui n'est pas nouvelle, mais qui, en cette année, devient un maillon du système poutinien. Ainsi que l'écrit André Filler, « l'identité nationale occupe une place de choix dans le système mis en place par le régime, incarné par Vladimir Poutine »<sup>78</sup>. Alors que près de trente ans se sont écoulés depuis l'effondrement de l'Union soviétique, la Russie est amenée à relever de nombreux défis, notamment celui de son unité sur le plan interne et celui de la reconquête de son statut de superpuissance sur le plan externe. La rhétorique politique entend ainsi créer un mythe identitaire unificateur qui repose sur différents piliers : le territoire, la mémoire, l'État et le culte de l'altérité. Selon André Filler, l'altérité se manifeste notamment dans l'inadaptabilité de la démocratie parlementaire occidentale à la spécificité russe, dans la spiritualité russe qui expliquerait la symbiose entre l'État et l'Église orthodoxe, ou encore dans une éthique interdisant toute tolérance de certains phénomènes sociétaux tels que l'homosexualité<sup>79</sup>. Les constructions identitaires poursuivent un but. En Russie, elles visent « à légitimer la nécessité de la stabilité du régime politique en place, en le présentant comme le seul, en Europe et dans le monde, capable de préserver la souveraineté de son territoire et de ses populations »<sup>80</sup>. L'identité nationale est imposée d'en haut et conduit à mettre en avant un particularisme national, une histoire spécifique, des traditions, une civilisation, en bref un projet politique en rupture avec le modèle occidental libéral.

Toutefois, et c'est là un paradoxe, ce projet politique identitaire est consacré avec les armes de l'Occident, celles du droit et, plus particulièrement, du droit constitutionnel. Jusqu'à récemment, la Cour constitutionnelle s'était appuyée sur l'identité constitutionnelle de la Russie pour opposer sa vision de l'identité nationale à la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis 2020, cette identité nationale construite par le pouvoir est devenue intouchable, puisque protégée par la Norme suprême. Plusieurs risques en découlent : la naissance d'une forme d'intolérance constitutionnelle renforcée par des mesures excluantes dans certains domaines de la vie sociale ; l'affaiblissement de la Constitution en raison de la présence de dispositions idéologiques dépourvues de caractère normatif (par exemple, sur la vérité historique et la foi en Dieu) ; ou encore, un décalage complet et une rupture entre le *demos* russe et sa Loi fondamentale.

\*\*\*

78 A. FILLER, « L'identité nationale russe : anatomie d'une représentation », *Hérodote*, 2010/3 (n°138), p. 107.

79 *Ibid.*, p. 105.

80 V. KOSOV, « Les représentations de l'identité nationale dans le discours du pouvoir russe contemporain », *ELAD-SILDA* [En ligne], 6 | 2022, mis en ligne le 30 mai 2022, consulté le 30 janvier 2023, URL : [https://publications-prairial.fr/elad-silda/index.php?id=1127].

Jusqu'au 24 février 2022, les arguments populistes – tels que la restauration de la grandeur de la Russie et la défense de ses valeurs religieuses et culturelles ancrées dans une histoire millénaire – recueillaient l'adhésion d'une grande partie de la population russe et confortaient le régime autoritaire. Le recours à la force armée en Ukraine est susceptible d'altérer ce soutien populaire. Cependant, les garde-fous à l'instar du Parlement ou de la Cour constitutionnelle russes ayant été neutralisés, voire supprimés dans le cas de la Cour européenne de Strasbourg, il est à craindre que la résistance du peuple conduite par ricochet à une dérive autocratique du pouvoir, éloignant définitivement le constitutionnalisme russe du constitutionnalisme libéral.



## LES LIMITES DE LA DÉMOCRATIE DÉFENSIVE ALLEMANDE FACE AU POPULISME DE L'AFD

Aurore GAILLET<sup>1</sup>  
Mattias WENDEL<sup>2</sup>

L'Allemagne n'a longtemps pas été au cœur des études consacrées au populisme : elle ne fait pas partie des premiers mouvements identifiés comme tels au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>. Sont classiquement cités, à ce titre, des mouvements de gauche démocratique et égalitaire, reposant sur des bases paysannes, en Russie puis aux États-Unis, ainsi que le boulangisme français sous la III<sup>e</sup> République. Elle n'est en outre évidemment pas concernée par les expériences d'Amérique latine qui s'épanouissent entre 1930 et 1960. Surtout, la République fédérale d'Allemagne, née sur les ruines du national-socialisme après 1945, a pu sembler un temps préservée de l'évolution observée dans de nombreuses démocraties européennes, marquées par l'audience croissante de personnalités politiques penchant vers l'extrême droite.

Programme politique essentiellement nationaliste, protectionniste, plébiscitaire, « illibéral »<sup>4</sup> – et donc méfiant à l'égard de la représentation et des médiations –, voire autoritaire ; idéologie construite sur l'opposition entre le peuple et les élites, appuyée sur une pluralisation du discours de vérité : on ne cherchera pas ici à définir plus en avant la diversité des phénomènes associés au « populisme » dans son acception extensive contemporaine<sup>5</sup>. Notre propos tend davantage à nous interroger sur son importance en Allemagne, illustrant ce faisant les limites d'une démocratie qui s'est construite et affirmée, après-guerre, en associant différents attributs lui conférant une certaine spécificité : une démocratie combative/défensive, « par le droit » – notamment constitutionnel –, de consensus politique, confiant dans les mécanismes du parlementarisme – notamment des coalitions – et dans l'idéal habermassien de la démocratie délibérative. La République fédérale d'Allemagne n'est, en effet, nullement à l'abri des critiques pointant et exploitant les failles de la

---

1 Professeure, Université Toulouse Capitole, IRDEIC.

2 Professeur, Université de Leipzig.

3 O. DARD, C. BOUTIN, F. ROUVILLOIS, *Le dictionnaire des populismes*, Paris, Cerf, 2019.

4 F. ZACHARIA, « The rise of Illiberal Democracy », *Foreign Affairs* 76, novembre-décembre 1997, p. 22-45 (et son ouvrage, trad. en fr. : *L'avenir de la liberté. La démocratie illibérale aux États-Unis et dans le monde*, Paris, Odile Jacob, 2003).

5 V. par ex. J.-W. MÜLLER, *Qu'est-ce que le populisme ? Définir enfin la menace*, Paris, Éd. Premier Parallèle, 2016 (trad. fr. de *Was ist Populismus. Ein Essay*, Berlin, Suhrkamp, 2016) ; P. ORY, *Peuple souverain. De la révolution populaire à la radicalité populiste*, Paris, Gallimard, 2017 ; P. ROSANVALLON, *Le Siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Paris, Seuil, 2020.

démocratie libérale représentative<sup>6</sup>. Comment pourrait-il en aller autrement dès lors que l'idéal du pouvoir « du peuple, par le peuple et pour le peuple »<sup>7</sup> s'éloigne d'autant plus que les difficultés de l'intégration sociale, accrues par l'hétérogénéité des sociétés, révèlent avec éclat « les promesses non tenues [de la démocratie], le fossé entre la participation promise de tous et sa pratique »<sup>8</sup> ?

Dès la chute du mur de Berlin en 1989 (et la Réunification en 1990), certains mouvements et personnalités politiques prospèrent sur un discours structuré par l'opposition entre le peuple et les élites, alimentant spécialement un « populisme de l'Est »<sup>9</sup>. Le succès des partis proches de l'extrême-droite s'étend ensuite à l'ensemble du pays, qu'il s'agisse d'abord du parti néo-nazi national-démocrate d'Allemagne (NDP)<sup>10</sup> ou, ensuite, du parti *Alternative für Deutschland* (AfD). Né en 2013 autour d'une orientation surtout nationaliste et eurosceptique<sup>11</sup>, ce dernier s'est progressivement affirmé comme un parti anti-immigration, surtout à partir de ladite « crise migratoire » de 2015. Il est désormais régulièrement qualifié de parti raciste et d'extrême-droite<sup>12</sup>. Depuis son entrée au Parlement allemand (*Bundestag*) en 2017, avec 12,64 % des voix et 94 sièges (sur 709 – 86 en fin de législature), c'est ce parti AfD qui concentre l'attention des études sur

6 F. DECKER (dir.), *Populismus – Gefahr für die Demokratie oder nützliches Korrektiv?* [*Le populisme: un danger pour la démocratie ou un correctif utile ?*], Berlin, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2004; F. DECKER, « Demokratischer Populismus und/oder populistische Demokratie? Bemerkungen zu einem schwierigen Verhältnis [Populisme démocratique et/ou démocratie populiste ? Remarques sur une relation difficile] », in F. WIELENGA, F. HARTLEB (dir.), *Populismus in der modernen Demokratie. Die Niederlande und Deutschland im Vergleich* [*Le populisme dans la démocratie moderne. Comparaison entre les Pays-Bas et l'Allemagne*], Münster, Waxmann, 2011, p. 39-54. H. VORLÄNDER, « Populismus und die repräsentative Demokratie [*Le populisme et la démocratie représentative*] », in A. CAVULDAK (dir.), *Die Grammatik der Demokratie. Das Staatsverständnis von Peter Graf Kielmansegg* [*La grammaire de la démocratie. La conception de l'État de Peter Graf Kielmansegg*], Baden-Baden, Nomos, 2019, p. 227-246. En Allemagne, le terme « Politikverdrossenheit » / « Politikmüdigkeit » qualifie bien l'idée de l'attitude négative que les citoyens peuvent nourrir à l'égard de l'État (K. ARZHEIMER, *Politikverdrossenheit: Bedeutung, Verwendung und empirische Relevanz eines politikwissenschaftlichen Begriffs* [*Désenchantement politique: signification, utilisation et pertinence empirique d'un concept de science politique*], Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2002). Pour une étude de la « crise de confiance » et du parlementarisme : F. MEINEL, *Vertrauensfrage. Zur Krise des heutigen Parlamentarismus* [*La question de confiance. La crise du parlementarisme contemporain*], Munich, Beck, 2019.

7 Y. MÉNY, Y. SUREL, « Par le peuple, pour le peuple. Le populisme et les démocraties », *Revue française de science politique*, 2001 (n° 1-2), p. 298-301.

8 U. VOLKMANN, « Die draußen bleiben. Elf Versuche über Demokratie und Populismus [*Ceux qui restent dehors. Onze essais sur la démocratie et le populisme*] », *FAZ*, 23 mars 2015, p. 8 (également in J. KLOSE, W. SCHMITZ (dir.), *Freiheit, Angst und Provokation* [*Liberté, peur et provocation*], Dresden, Thelem, 2016, p. 355 et s.).

9 Pour une étude récente : P. MANOW, « Populismus – in Ost und West [*Le populisme – à l'Est et à l'Ouest*] », *Deutschland Archiv*, 22 septembre 2021 ([www.bpb.de/340579](http://www.bpb.de/340579)). Cette distinction est-ouest ne doit cependant pas être exagérée, ainsi que l'attestent, par exemple, les résultats obtenus par l'AfD lors des élections régionales de 2023 en Bavière (14,6 %) et Hesse (18,4 %).

10 En 2010, alors que ce parti est encore considéré comme le représentant le plus important de la droite extrême, un « important potentiel de positions d'extrême-droite » est déjà constaté. V. ici U. VOLKMANN, « Grundprobleme der staatlichen Bekämpfung des Rechtsextremismus [*Problèmes fondamentaux de la lutte étatique contre l'extrémisme de droite*] », *JZ*, 2010, p. 209 et s., not. n. 2 où est relevé que, dans différents sondages, quelque 10 % des citoyens considèrent régulièrement la dictature comme la meilleure forme d'État envisageable ; proportion qui atteint même les 25 % dans les *Länder* de l'Est.

11 Orientation qu'il a gardée : « Der Euro ist gescheitert [*L'euro a échoué*] » ; [[https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2021/06/20210611\\_AfD\\_Programm\\_2021.pdf](https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2021/06/20210611_AfD_Programm_2021.pdf)], p. 50 et s.

12 Classification du reste reprise à son compte par le Tribunal administratif de Cologne, dans un arrêt du 8 mars 2022, dans lequel le Tribunal a accepté la classification de l'AfD comme « cas suspect » (*Verdachtsfall*) d'extrême droite – autorisant ce faisant l'Office fédéral de protection de la Constitution (*Bundesamt für Verfassungsschutz* – service fédéral de renseignements) à surveiller le parti avec les moyens du renseignement intérieur. Pour cette question, cf. *infra* II.B. V. déjà : A. MICHEL, « AfD vs. Verfassungsschutz – la surveillance d'un parti par les services de renseignement », *JP Blog*, 1<sup>er</sup> avril 2022.

le « populisme allemand »<sup>13</sup> – tout en relevant l'instabilité de ses contours, parfois difficiles à identifier, en fonction des courants et querelles internes et des délimitations floues avec d'autres mouvances d'extrême droite<sup>14</sup>. Également représenté au Parlement européen, depuis 2014, et dans de nombreux parlements régionaux, le parti a préservé une représentation importante au *Bundestag* issu des élections législatives fédérales de 2021 (en dépit d'une légère régression : les 10,3 % exprimés en sa faveur se traduisent par 83 sièges [sur 736])<sup>15</sup>.

Pour étudier ce phénomène, notre étude s'articulera en deux temps. Il s'agira d'abord de resituer la question dans une perspective historique et théorique, afin de nous demander dans quelle mesure le système de représentation et de démocratie « défensive », construit en 1949, permet (encore ?) d'« armer » l'Allemagne contre un populisme prêt à s'attaquer à ses fondements (I). Il s'agira ensuite de s'interroger plus spécialement sur le jeu de l'AfD, en sa qualité de parti d'opposition, prompt à utiliser les ressorts du système constitutionnel en sa faveur (II). Au-delà de l'observation de certaines spécificités de l'ordre constitutionnel allemand, les analyses proposées tendront ce faisant à contribuer à une étude plus générale du populisme contemporain d'opposition, tel que visé par le présent colloque.

## I. Le droit constitutionnel allemand et le populisme : mises en contexte

Si l'on s'en tient aux « fondements de l'ordre étatique » de la Constitution allemande (Loi fondamentale du 23 mai 1949 – ci-après LF), « La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social » (art. 20 al. 1 LF) et l'« ordre constitutionnel des *Länder* doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social » (art. 28 al. 1 LF). S'ajoute la mention significative et itérative de « l'ordre fondamental libéral et démocratique » (*freiheitliche demokratische Grundordnung*), qu'il s'agit de « protéger » (art. 10 al. 2, art. 73 al. 10 LF), notamment contre les « danger[s] le menaçant » (art. 11 al. 2, art. 87a al. 4, art. 91 al. 1 LF), contre « quiconque » abuse de ses libertés pour le « combattre » (art. 18 LF), contre les associations « dont les buts ou les activités sont dirigés » contre lui (art. 9 al. 2 LF) ou encore contre les partis qui « tendent à [y] porter atteinte » ou « à le renverser » (art. 21 al. 2 et 3 LF).

13 Pour des exemples de références en français : T. HEESE (trad. I. TUCCI), « L'Allemagne entre *Willkommenskultur* et populisme de droite. Une société structurée par les migrations à la recherche d'un nouveau "savoir-faire" dans une période mouvementée », *Migrations Société*, 2016, vol. 166, n° 4, p. 77-93 ; M. WEINACHTER, « L'entrée de l'AfD au Bundestag, un choc et un défi », *Allemagne d'aujourd'hui*, 2017, vol. 222, n° 4, p. 167-176 ; G. HERMET, « Les tournants du populisme », in B. BADIE (dir.), *En quête d'alternatives. L'état du monde 2018*, Paris, La Découverte, 2017, p. 47-55. En allemand, v. par ex. les écrits de A. HÄUSLER (not. *Die Alternative für Deutschland. Programmatik, Entwicklung und politische Verortung [L'Alternative pour l'Allemagne. Programme, développement et positionnement politique]*, Wiesbaden, Springer Fachmedien, 2016 ; « Zerfall oder Etablierung? Die Alternative für Deutschland (AfD) als Partei des Rechtspopulismus [Désintégration ou installation? L'Alternative pour l'Allemagne (AfD) en tant que parti du populisme de droite] », *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft*, 2015, n° 63, p. 741-758). Pour une étude des raisons de la « montée de l'AfD » : P. MANOW, *Die politische Ökonomie des Populismus [L'économie politique du populisme]*, Berlin, Suhrkamp, 2018 (spéc. chap. 4).

14 V. à ce sujet : F. DECKER, « AfD, Pegida und die Verschiebung der parteipolitischen Mitte [AfD, Pegida et le déplacement du centre de la politique partisane] », *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2015, n° 65, p. 27-32.

15 Cette étude a été achevée en 2022. On notera simplement ici que, fin 2023, l'AfD était créditée de 21 à 23 % d'opinions favorables, dans les sondages menés en vue d'élections législatives de 2024.

Ce registre « combatif » ou « défensif » trouve une clé d'explication déterminante dans l'histoire allemande (A). Il reste à savoir, pour approcher les questions qui nous occupent ici, si ces décisions fondamentales de l'ordre constitutionnel allemand permettent, en pratique, de faire face à la montée du populisme, notamment lorsque celui-ci s'incarne dans un parti d'opposition, tel l'AfD, à l'audience non négligeable (B).

## A. L'héritage historique : un ordre constitutionnel libéral et démocratique « armé »

La compréhension de l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de 1949 (2) prend tout son sens lorsque la Loi fondamentale est rapportée à l'histoire constitutionnelle et intellectuelle allemande (1).

### 1. Brefs rappels historiques

(a) **Du peuple au discours nazi.** Si l'on accepte, dans un premier temps, de ne pas s'arrêter au terme même de « populisme », qui n'est longtemps pas employé, il est possible d'identifier, dans l'histoire allemande, de nombreux éléments relevant d'une rhétorique proche de celle mobilisée par les discours populistes. Il est en effet fréquemment rappelé que les populismes ont en commun d'invoquer la substance du peuple, d'un peuple homogène, dont il serait possible d'incarner directement la volonté souveraine. Partant, le populisme est fondamentalement anti-pluraliste et hostile aux séparations et représentations libérales, lesquelles éloignent représentants et représentés. Et, précisément, la doctrine allemande ne manque pas de références aptes à être mobilisées à ce sujet. Tel est notamment le cas de la doctrine antipositiviste de Weimar (1919-1933)<sup>16</sup>, plus spécialement de la pensée décisionniste de Carl Schmitt. Sans qu'il soit nécessaire d'y insister ici, relevons simplement la place accordée, dans ses théories, à la démocratie dite identitaire, se prévalant de « l'identité de ceux qui dominent et de ceux qui sont dominés, de ceux qui gouvernent et de ceux qui sont gouvernés, de ceux qui commandent et de ceux qui obéissent »<sup>17</sup>. À l'opposé de l'approche positiviste, relativiste et formelle, défendue par Hans Kelsen<sup>18</sup>, cette pensée « concrète » et essentialiste s'épanouira dans l'idéologie de l'État total nazi. Le mot « *Volk* » (*peuple*), qui saturait déjà nombre discours de Weimar, spécialement

16 V. par ex. K. SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik – Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933* [La pensée antidémocratique dans la République de Weimar - Les idées politiques du nationalisme allemand entre 1918 et 1933], Munich, DTV, 3<sup>e</sup> éd., 1992 [1<sup>re</sup> éd., 1978]; C. GUSY (dir.) *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik* [La pensée démocratique dans la République de Weimar], Baden-Baden, Nomos, 2000.

17 C. SCHMITT, *Verfassungslehre* [Théorie de la Constitution], 1928 (ici 4<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1965, p. 234) (« Demokratie [...] ist Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden »). Ainsi que le relève O. JOUANJAN, « Justifier l'injustifiable », *Astériorion* [En ligne], 4, 2006 : « L'identité démocratique découle d'un principe d'« égalité substantielle », qui suppose une « homogénéité » non moins « substantielle » ». Dans cette conception, « la représentation [est rejetée en ce qu'elle contient] la véritable antithèse du principe démocratique d'identité » (C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 366 et s. [préface : O. BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé »]), p. 356).

18 H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Économica, 1988; le même (M. JESTAEDT, O. LEPSIUS [dir.]), *Verteidigung der Demokratie* [Défense de la démocratie], Tübingen, Mohr Siebeck, 2006; O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010.

d'extrême-droite, est au cœur du « discours juridique nazi »<sup>19</sup>, et même de sa « novlangue », telle qu'analysée par le linguiste Victor Klemperer sous l'acronyme *LTI* (pour *Lingua Tertii Imperii* ou « langue du Troisième Reich »)<sup>20</sup>.

**(b) De Weimar à la théorisation de la « démocratie défensive ».** Après l'effondrement de la terreur nazie, dans l'immédiat après-guerre, l'accent est largement mis sur les « erreurs de construction » de la Constitution de Weimar du 11 août 1919: le cours de l'histoire aurait-il pu être changé si celle-ci avait pu empêcher le glissement vers la dictature, qui s'annonçait dès 1930<sup>21</sup>? Répondre par l'affirmative conduirait sans doute à fonder trop d'espoir dans un seul texte. Les discussions à ce sujet n'en sont pas moins essentielles pour comprendre l'esprit qui orientera, en partie au moins, les constituants de 1948/1949. Dans leur volonté de trouver une forme de « légitimation du présent par rapport au passé »<sup>22</sup>, le recours à la notion de démocratie « militante » (*militant democracy*), élaborée en 1937 par le juriste et politologue émigré aux États-Unis<sup>23</sup> Karl Loewenstein (1891-1973)<sup>24</sup>, présentera un intérêt évident. Les expressions « démocratie combative » (*streitbare Demokratie*) ou « démocratie défensive/apte à se défendre » (*wehrhafte Demokratie*) renvoient à la même problématique – la seconde traduisant peut-être mieux l'idée d'une démocratie munie de ressources à même de la protéger contre l'hostilité d'« ennemis » cherchant à lui nuire. Il y avait en tout cas matière à alimenter la doctrine qui préparait déjà l'après-Weimar et l'après-III<sup>e</sup> Reich, quitte à se dissocier du libéralisme classique, fondé sur la distinction entre l'État et la société.

19 Pour l'étude des bouleversements des perspectives juridiques tendant à « rabattre la sémantique de la représentation dans celle de l'incarnation (*Verkörperung*) », de « l'opposition radicale et politique à toute pensée séparatrice » (not. entre représentants et représentés) ou encore de la « communauté fusionnelle [formée par] le chef et sa trustee (*Gefolgschaft*) », v. les écrits d'O. JOUANJAN, en part. *Justifier l'injustifiable, l'ordre du discours juridique nazi*, Paris, PUF (Léviathan), 2017.

20 V. KLEMPERER, *Lingua Tertii Imperii (LTI)*, 12<sup>e</sup> éd., Leipzig, Reclam, 1993 (1<sup>re</sup> éd. parue en 1947).

21 F. K. FROMME, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz. Die verfassungspolitischen Folgerungen des Parlamentarischen Rates aus Weimarer Republik und nationalsozialistischer Diktatur [De la Constitution de Weimar à la Loi fondamentale de Bonn. Les conséquences constitutionnelles tirées du Conseil parlementaire de la République de Weimar et de la dictature nationale-socialiste]*, Berlin, Duncker & Humblot, 1960, 3<sup>e</sup> éd., 1999; I. KERSHAW, *Weimar – Why did German Democracy Fail?*, Londres, S. MARTIN'S Press, 1990; G. ROELLECKE, « Konstruktionsfehler der Weimarer Verfassung [Erreurs de construction de la Constitution de Weimar] », *Der Staat*, 1996, n° 35, p. 599 et s.; S. ULRICH, *Der Weimar-Komplex. Das Scheitern der ersten deutschen Demokratie und die politische Kultur der frühen Bundesrepublik 1945-1959 [Le complexe Weimar. L'échec de la première démocratie allemande et la culture politique des débuts de la République fédérale d'Allemagne 1945-1959]*, Göttingen, Wallstein, 2009.

22 C. GUSY, « «Vergangenheitsrechtsprechung»: Die Weimarer Reichsverfassung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts [“Jurisprudence relative au passé”: la Constitution du Reich de Weimar dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande] », *ZNR*, 2004, p. 62-83, en part. p. 82-83.

23 A. SIMARD, « La raison d'État constitutionnelle: Weimar et la défense de la démocratie chez les juristes allemands émigrés », *Revue canadienne de science politique*, 2012, n° 45, p. 163-184.

24 K. LOEWENSTEIN, « Militant democracy and Fundamental Rights », *American Political Science Review*, 1937, n° 31, p. 417-433 et p. 638-650; le même, « Legislative Control of Political Extremism in European Democracies », *Columbia Law Review*, 1938, n° 38/4, p. 591 et s. (I), p. 725 et s. (II). Mises en perspective: E. JESSEN, *Streitbare Demokratie [Démocratie combative]*, Berlin, Colloquium, 1980; E. DENNINGER, « «Streitbare Demokratie» und Schutz der Verfassung [Démocratie combative et protection de la Constitution] » (§ 16), in E. BENDA, W. MAIHOFFER, H.-J. VOGEL (dir.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland [Manuel de droit constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne]*, Berlin/New-York, De Gruyter, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 675-718; M. THIEL (dir.), *Wehrhafte Demokratie [Démocratie défensive]*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003; O. PFERSMANN, « Shaping Democracy », in A. SAJÓ (dir.), *Militant Democracy*, Utrecht, Eleven, 2004, p. 47-60; A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la “démocratie militante” en RFA », *JP*, 2008, n° 1.

## 2. La Loi fondamentale de 1949, un contre-projet

« Bonn » ne serait donc pas « Weimar »<sup>25</sup> : le titre de l'ouvrage de l'auteur suisse Fritz René Allemann (1910-1996) reste invariablement cité lorsqu'il s'agit de caractériser l'esprit du temps qui règne après-guerre. Cette idée forte trouve un écho dans les discussions constituintes<sup>26</sup> comme, quelques années plus tard, dans la première jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale<sup>27</sup>.

Se tournant résolument vers un nouveau constitutionnalisme du xx<sup>e</sup> siècle, la Loi fondamentale de 1949 adopte une conception plurielle de la société et des droits fondamentaux, et pose les bases d'un système de gouvernement représentatif<sup>28</sup> et parlementaire. À ce dernier titre, l'expression « État des partis » (*Parteienstaat*), souvent associée à Gerhard Leibholz, l'un des premiers juges constitutionnels de Karlsruhe (1951-1971)<sup>29</sup> concrétise le choix constituant d'associer les partis politiques « à la formation de la volonté politique du peuple » (art. 21 al. 1 LF)<sup>30</sup>. Ce choix est important pour notre thématique : d'une part, les partis sont envisagés comme des partis potentiellement « de gouvernement » (*regierungsfähig*), aptes à former des coalitions et, le cas échéant, à s'organiser en opposition « constructive ». D'autre part, cela ne vaut que pour les partis dont l'« organisation interne [est] conforme aux principes démocratiques » (art. 21 al. 1 phrase 3 LF). À l'inverse, d'autre part, ceux « qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs sympathisants, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne sont inconstitutionnels » (art. 21 al. 2 et s. LF). On retrouve ici une disposition mentionnée plus haut et déjà identifiée comme étant au cœur de la démocratie « militante » allemande. Comme pour la possible déchéance des droits fondamentaux (art. 18 LF), la Cour constitutionnelle fédérale est conçue comme un acteur central de cette nouvelle démocratie « par le droit »<sup>31</sup>. Outre son rôle de gardienne du « noyau dur » de la constitution matérielle (« clause d'éternité » de l'art. 79 al. 3 LF)<sup>32</sup>, il lui revient en effet de se prononcer sur la constitutionnalité des partis comme sur la déchéance des droits fondamentaux.

25 F. R. ALLEMANN, *Bonn ist nicht Weimar*, Cologne, Kiepenheuer und Witsch, 1956 (rééd., Francfort/M., Fischer, 2000).

26 W. BENZ, « Die Rolle Weimars in der Verfassungsdiskussion und im Parlamentarischen Rat [*Le rôle de Weimar dans le débat sur la Constitution et au sein du Conseil parlementaire*] », in C. GUSY (dir.), *Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945 [Les longues traces de Weimar – “Weimar” comme argument après 1945]*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 199-214.

27 V. not. BVerfGE 5, 85 [138] – *KPD-Verbot* (arrêt du 17 août 1956).

28 E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Démocratie et représentation : pour une critique du débat contemporain » (1983), in le même, *Le Droit, l'État et la constitution démocratique*, Textes réunis, traduits et présentés par O. JOUANJAN, Paris, LGDJ, 2000, p. 294-316 – texte également en ligne in *Trivium*, n° 16, 2014.

29 A.-B. KAISER (dir.), *Der Parteienstaat. Zum Staatsverständnis von Gerhard Leibholz [L'État des partis politiques. La conception de l'État selon Gerhard Leibholz]*, Baden-Baden, Nomos, 2013.

30 Dès son arrêt du 5 avril 1952, la Cour constitutionnelle fédérale identifie elle-même les partis comme « parties intégrantes de la structure constitutionnelle et de la vie politique organisée par le droit constitutionnel », BVerfGE 1, 208 [225] – *7,5% Sperrklausel*.

31 Pour ces différentes questions relatives au droit constitutionnel allemand de 1945 à 1961 : A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2021.

32 Art. 79 al. 3 LF : « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe du concours des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». On peut du reste considérer qu'il y a là les fondements axiologiques de la démocratie militante allemande.

L'édifice est réussi et la durée sans précédent de la Constitution (elle a fêté ses 70 ans en 2019) atteste cette « réussite »<sup>33</sup>. Pour autant, on sait que les barrières du texte constitutionnel ne peuvent pas réellement résister en cas de majorité suffisante pour le renverser, le modifier, voire seulement l'interpréter et l'instrumentaliser en sa faveur. La place acquise par le populisme dans l'Allemagne du XXI<sup>e</sup> siècle engage à tout le moins à réinterroger la force de son édifice constitutionnel libéral et démocratique.

## B. Les risques du présent : un ordre constitutionnel libéral et démocratique intrinsèquement fragile ?

Lorsque, dans son *dictum* le plus célèbre, Ernst-Wolfgang Böckenförde souligne le « dilemme » de « l'État libéral sécularisé », qui tient à ce qu'il « vit sur le fondement de présupposés qu'il ne peut lui-même garantir »<sup>34</sup>, le grand juriste et juge constitutionnel (1930-2019) révèle le problème fondamental de tous les États modernes démocratiques et libéraux. Mais l'on peut en trouver un écho spécifique dans la difficulté à trouver un équilibre dans la lutte contre les partis et mouvements extrémistes, auxquels peuvent être rattachés ceux aujourd'hui identifiés comme « populistes ».

Appréhender les défis que le populisme d'extrême-droite pose au système constitutionnel allemand suppose de procéder à des analyses différenciées, en fonction des instruments juridiques disponibles, de leur pertinence comme de leurs limites, et de l'usage qui en est fait par les acteurs politiques. Deux types de limites ou de risques peuvent être esquissés : ceux qui concernent les armes classiquement associées à la démocratie défensive allemande (1) et ceux liés au choix libéral du pluralisme politique et des libertés y afférentes (2).

### 1. Les limites des armes de la démocratie défensive

Notons au préalable que la déchéance des droits fondamentaux (art. 18 LF précité) s'est révélée pleinement inefficace<sup>35</sup>. Si la procédure d'interdiction des associations (art. 9 al. 2 LF) est, au contraire, souvent mise en œuvre, ses effets sur le long terme demeurent peu documentés<sup>36</sup>. Quant à la procédure d'interdiction des partis, elle est désormais largement considérée comme dépassée.

33 V. le titre de l'ouvrage paru à l'occasion de ses soixante ans : C. HILLGRUBER, C. WALDHOF (dir.), *60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung ? [60 ans de la Loi fondamentale de Bonn – une constitution réussie ?]*, Bonn, V&R Unipress, 2010.

34 E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La naissance de l'État, processus de sécularisation », in le même (dir.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, *op. cit.*, (n. 28), p. 101-118, en part. p. 117.

35 Seules trois procédures ont été initiées depuis 1949 (BVerfGE 11, 282 (1960) ; BVerfGE 38, 23 (1974), BVerfG 2 BvA 1/92 und 2/92 (1996)) ; toutes ont été rejetées, la dernière même sans motivation.

36 V. ici U. VOLKMANN, « Grundprobleme der staatlichen Bekämpfung des Rechtsextremismus [Problèmes fondamentaux de la lutte étatique contre l'extrémisme de droite] », *op. cit.* (n. 7) p. 210 et s.

Dès 1952 et 1956, les arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale interdisant le parti néo-nazi *SRP* et le parti communiste *KPD* « furent des premières de l'histoire du droit et de l'histoire constitutionnelle, tout en constituant d'emblée des cas limites pour la justice constitutionnelle »<sup>37</sup>. Dans ces années 1950, la Cour peut cependant encore s'inscrire dans une présentation manichéenne de la démocratie défensive, articulée, d'un côté, autour de l'intégration des partis représentatifs, jouant le jeu de la démocratie représentative et de l'« État des partis » et, de l'autre côté, de l'interdiction des partis jugés dangereux pour l'ordre libéral et démocratique.

Les procédures récentes visant le parti d'extrême droite *NDP* ont, à l'inverse, marqué un tournant : la première étape a buté, en 2003, sur des impasses procédurales<sup>38</sup> ; la seconde s'est conclue, en 2017, sur un rejet de la demande d'interdiction<sup>39</sup>. Dans son arrêt du 17 janvier 2017, si la Cour reconnaît que le parti aspire bien « d'après ses objectifs et le comportement de ses partisans, à l'élimination de l'ordre fondamental libéral et démocratique », elle relève toutefois qu'« il manque d'éléments concrets de poids rendant au moins possible l'aboutissement » de ces objectifs. Elle indique en outre que la procédure d'interdiction des partis de l'art. 21 al. 2 LF est « l'arme la plus redoutable de l'État de droit démocratique contre ses ennemis organisés, [mais qu'il s'agit aussi d'une arme] à double tranchant ». Partant, les juges de Karlsruhe, désormais également attentifs à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>40</sup>, choisissent de ne plus s'arrêter à la dimension préventive retenue dans les années 1950<sup>41</sup> : une interdiction supposerait donc des « éléments concrets de poids ».

Une nouvelle procédure d'interdiction des financements publics a depuis lors été inscrite dans la Loi fondamentale<sup>42</sup> – présentée de longue date comme un complément plus efficace et répondant

37 R. WAHL, « Das Bundesverfassungsgericht der Gründungsphase. Entwicklungsgeschichte der Institution und der Rechtsprechung [La Cour constitutionnelle fédérale de la phase de fondation. L'histoire du développement de l'institution et de la jurisprudence] », in F. MEINEL (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, p. 27-61, en part. p. 52. Sur l'analyse et le contexte de ces deux arrêts (BVerfGE 2, 1 – *SRP-Verbot* (arrêt du 23 octobre 1952) ; BVerfGE 5, 85 – *KPD-Verbot* (arrêt du 17 août 1956) : A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande, op. cit.* (n. 29), p. 374.

38 BVerfGE 107, 339 – *NPD-Verbotsverfahren* (arrêt du 18 mars 2003). L'une des clés de compréhension du rejet de la procédure en 2003 tient au rôle des « informateurs » (*V-Personen*, personnes de confiance ou intermédiaires) employés par l'Office de protection de la Constitution (service de renseignement chargé de surveiller les activités contraires à la Loi fondamentale [cf. *infra* II.B.]) et « infiltrés » jusque dans les instances de direction du parti. Se prévalant d'impératifs de sécurité et de la protection des sources, l'Office, en accord avec le ministère de l'Intérieur, avait refusé de citer les indicateurs concernés comme témoins de la procédure. Or, cela conduisait à rendre impossible la distinction entre les membres du parti et les agents de l'État. Pour trois juges de la deuxième chambre de la Cour (Senat de huit juges), en charge du recours, l'atteinte aux exigences d'une « procédure conforme à l'État de droit » ainsi constituée représentait un obstacle procédural insurmontable. Le NPD, qui avait demandé de mettre fin à la procédure, obtint ainsi gain de cause, dès lors que la majorité des deux tiers, requise pour les requêtes en interdiction des partis politiques (§ 15 al. 4 phrase 1 BVerfGG) n'avait, ce faisant, pas été atteinte.

39 BVerfGE 144, 20 – *NPD-Verbotsverfahren* (arrêt du 17 janvier 2017).

40 Notamment son arrêt du 13 février 2003, 41340/98 – *Refah Partisi*.

41 *Ibid.*, resp. consid. de principe 9 a), c) et consid. de principe 1.

42 Rédactions issues de la révision constitutionnelle du 13 juillet 2017 : art. 21 al. 3 LF : « Les partis qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs sympathisants, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont exclus de financements publics. Si l'exclusion est établie, l'avantage fiscal de ces partis et les dons dont ils bénéficient disparaissent » ; Art. 21 al. 4 LF : « La Cour constitutionnelle fédérale statue sur la question de l'inconstitutionnalité d'après l'alinéa 2 ainsi que sur l'exclusion de financements étatiques ». V. à ce sujet : R. NIKKHO, *Der Ausschluss aus der staatlichen Parteienfinanzierung. Legalität, Legitimität und Folgen* [L'exclusion du financement public des partis politiques. Légalité, légitimité et conséquences], Baden-Baden, Nomos, 2021.

à l'invite de la Cour constitutionnelle en ce sens. Les limites de la procédure d'interdiction des partis ayant été ainsi mises au jour à l'occasion des procédures visant le NPD, bien rares sont désormais ceux qui songent à leur application à l'AfD<sup>43</sup>.

## 2. Les limites du droit pour appréhender l'usage abusif des libertés politiques

Avant de prolonger notre réflexion par des exemples actuels et concrets (partie II), il convient d'insister sur la problématique qui guidera ceux-ci.

Relevons en premier lieu un paradoxe, peut-être seulement apparent, mais non moins révélateur des contradictions sur lesquelles bute fréquemment le droit face au populisme et, de manière générale, face aux positions extrémistes. D'un côté, la rhétorique populiste tend à alimenter une « guerre culturelle »<sup>44</sup>, rejetant les conceptions ouvertes et universalistes<sup>45</sup>. Les représentations du peuple et du fondement ethnique de la nation défendues par l'AfD allemande en sont des exemples caractéristiques<sup>46</sup>. D'un autre côté, cela ne l'empêche nullement d'instrumentaliser les possibilités offertes par les démocraties ouvertes. Or, précisément, l'ordre libéral et démocratique de la Loi fondamentale de 1949 repose, on l'a dit, sur une conception plurielle de la société : s'il n'est pas « neutre » au vu de son choix fondamental en faveur d'une identité constitutionnelle, notamment associée à la garantie des droits et libertés, cet ordre ne tend pas moins à garantir les libertés politiques, y compris « aux ennemis de la liberté, en se fiant à la force du libre débat public »<sup>47</sup>. Kelsen ne disait pas autre chose : si la démocratie veut « rester fidèle à elle-même, elle doit aussi tolérer un mouvement visant à [la] détruire, elle doit lui accorder la même possibilité de développement qu'à toute autre conviction politique »<sup>48</sup>.

La place centrale de la question des limites de la liberté d'expression dans le débat public apparaît ici aisément. Sans la développer plus en avant, on insistera simplement sur le fait que, au vu des multiples dimensions du sujet, les solutions apportées sont nécessairement différenciées. Elles mobilisent différentes branches du droit, au-delà du seul droit constitutionnel. Le recours au droit pénal pour poser certaines limites à la liberté d'expression et de manifestation en est un bon exemple, ainsi que l'illustrent les révisions successives du § 130 du Code pénal allemand (*StGB*),

43 Une remarque s'impose cependant à la relecture de cet article fin 2023 : au vu de l'audience croissante de l'AfD, les articles de doctrine s'interrogeant à nouveaux frais sur cette possibilité se multiplient à nouveau. V. par ex. G. LÜBBE-Wolff, *Verfassungsblog*, 13.10.2023 : [<https://verfassungsblog.de/wehrhafte-demokratie/>].

44 V. ici l'analyse de J. RUPNIK, « The Crisis of Liberalism », *Journal of Democracy*, juillet 2018, vol. 29, p. 24-38.

45 L. BURGORGUE-LARSEN, « Le basculement de l'Histoire ? Les attaques contre l'universalisme des droits de l'homme. », *RDLF*, 2021, chron. n° 06 – en ligne.

46 On se reportera notamment aux différents programmes et positions du parti sur le « peuple », l'identité et l'« unité culturelle ». V. par ex. les programmes de 2016 ([https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2018/01/Programm\\_AfD\\_Online-PDF\\_150616.pdf](https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2018/01/Programm_AfD_Online-PDF_150616.pdf), not. p. 47, pour la « culture, l'identité et la langue ») et de 2021 ([https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2021/06/20210611\\_AfD\\_Programm\\_2021.pdf](https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2021/06/20210611_AfD_Programm_2021.pdf), p. 12 et s. pour le « peuple ») ou encore la *Déclaration sur le peuple national allemand et l'identité allemande* du 18 janvier 2021 (<https://www.afd.de/staatsvolk/>).

47 BverfGE 124, 300 [330], *Rudolf Heß Gedenkfeier* (décision du 4 novembre 2009), aussi connue sous le nom de *Wunsiedel*.

48 H. KELSEN, *Verteidigung der Demokratie [Défense de la démocratie]*, 1932, ici cité in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS (dir.), *op. cit.* (n. 17), p. 237.

relatif à « l'incitation à la haine » (*Volksverhetzung*)<sup>49</sup>. Plus encore, « la lutte contre l'extrémisme » dépasse le champ juridique, et se situe « dans un difficile exercice d'équilibre » intégrant « des considérations d'opportunité », mais aussi des moyens informels, indirects et préventifs<sup>50</sup>.

Ces considérations dépassent néanmoins la question du populisme. Si l'on recentre l'analyse sur l'AfD, une étude juridique plus fine invite à se concentrer sur le contentieux né de ses positions et actions : un contentieux dont l'abondance et les diverses dimensions confirment l'ambivalence du jeu institutionnel de l'AfD. D'une part, conformément aux tendances de fond des mouvements considérés comme populistes, le parti ne manque pas d'exprimer sa méfiance à l'égard des limites libérales de l'État de droit et du formalisme juridique. Il n'est pas anodin de relever à cet égard que, même la Cour constitutionnelle fédérale, « cour citoyenne » souvent considérée comme l'institution préférée des Allemands, fait l'objet d'une défiance, certes encore faible mais perceptible, notamment à l'est de l'Allemagne où l'AfD connaît, on l'a dit, l'audience la plus forte<sup>51</sup>. D'autre part, le parti a perçu l'intérêt de l'instrumentalisation du droit et des procédures contentieuses. Cette attitude peut sans doute être étudiée de concert avec les positions « normalisatrices » d'un parti<sup>52</sup>, revendiquant expressément son inscription dans le cadre de « l'ordre fondamental libéral et démocratique au sens de la Loi fondamentale »<sup>53</sup>. Ce dernier offre, en toute hypothèse, une palette particulièrement fournie de procédures contentieuses, aptes à être mobilisées, tant par « quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux » ou assimilés (art. 93 al. 1 4a LF), que par toute « partie investie de droits propres », à l'occasion de litiges entre organes constitutionnels (art. 93 al. 1 1 LF). Le regard comparé franco-allemand est ici instructif : si certaines tendances relevées autour de l'AfD ne sont pas sans rappeler l'attitude des partis extrêmes français, notamment du Rassemblement national, le contentieux constitutionnel français ne leur fournit en revanche pas les

49 V. ainsi l'alinéa 3, ajouté en 1994 et interdisant la négation de l'Holocauste, puis l'alinéa 4, ajouté en 2005 afin de punir pénalement « celui qui, en public ou dans une assemblée, approuve, honore ou justifie le règne nazi de l'arbitraire et de la violence de manière à troubler la paix publique ou à porter atteinte à la dignité des victimes ». On notera que, dans sa décision *Wunsiedel* de 2009 (précitée, n. 45), la Cour constitutionnelle fédérale admet la constitutionnalité de cette disposition en y reconnaissant une « exception » (*Ausnahme*) à l'exigence de neutralité envers les opinions, exigence par ailleurs consacrée dans cette même décision comme étant « immanente » (*immanent*) à l'article 5 LF (liberté d'opinion). (BVerfGE 124, 300, consid. de principe 1 et pts. 327 et s.). V. à ce sujet : T. HOCHMANN, « De la bière et des nazis : la liberté de manifestation en Allemagne », *Jus Politicum*, 2017, n° 17. On pourra également se reporter, de manière plus générale, à son important livre sur : *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression*, Paris, Pedone, 2012. V. aussi U. KISCHEL, « La liberté d'opinion au défi du néonazisme. La culture juridique allemande évolue », *RFDC*, 2012, n° 89, p. 74 et s. ; U. VOLKMANN, « Grundprobleme der staatlichen Bekämpfung des Rechtsextremismus », *op. cit.* (n. 10), p. 213 et s.

50 U. VOLKMANN, *Ibid.*, resp. p. 210 et 215 et s.

51 V. l'étude publiée dès 1998 : U. R. HALTERN, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus* [Justice constitutionnelle, démocratie et méfiance : la Cour constitutionnelle fédérale – Théorie constitutionnelle entre populisme et progressisme], Berlin, Duncker & Humblot, 1998. Pour une étude particulièrement significative pour notre propos, on pourra se reporter à celle publiée en 2020 (données recueillies par l'institut de sondages Forsa à la demande du groupe de médias RTL), et selon laquelle (entre autres) la Cour constitutionnelle fédérale recueille 36 % d'opinions favorables auprès des sympathisants AfD) contre 85 % dans la population allemande en général, [<https://www.politik-kommunikation.de/politik/welchen-institutionen-die-deutschen-vertrauen/>], [<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/814334/umfrage/vertrauen-in-die-institutionen-in-deutschland/>].

52 V., dans ce sens, son slogan de 2021 : « Deutschland. Aber normal [Allemagne. Mais normal] ».

53 « Die AfD bejaht die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes », *Grundsatzbeschluss Bundesvorstand zur freiheitlichen-demokratischen Grundordnung* [Décision de principe du comité directeur fédéral concernant l'ordre fondamental libéral et démocratique], Kalkar, 27.11.2020.

mêmes potentialités. Étrangers au droit français, le recours individuel en protection des droits fondamentaux (*Verfassungsbeschwerde*) et le recours entre organes (*Organstreitigkeit*) précités (art. 93 al. 1 4a LF et 93 al. 1 1 LF) sont particulièrement intéressants pour les partis politiques allemands, y compris pour ceux qui défendent des positions extrêmes et populistes. Le premier, prévu par le droit constitutionnel fédéral comme par la plupart des ordres fédérés, permet notamment aux partis de se prévaloir de leurs droits à l'égalité des chances<sup>54</sup> – si elle est souvent invoquée, la liberté d'expression l'est en revanche avec moins de succès<sup>55</sup>. Le second est en outre à la disposition de toute partie à un litige constitutionnel, opposant « requérant » (*Antragsteller*) et « partie adverse » (*Antragsgegner*) (§ 63 BVerfGG) et peut en conséquence être utilisé tant par les députés individuels, que par les groupes parlementaires et les partis politiques<sup>56</sup>.

Reste donc à observer l'usage qui a pu et peut en être fait, afin de saisir au plus près le jeu du populisme et sa portée pour l'évolution de la démocratie allemande.

## II. La mobilisation du droit constitutionnel allemand par le populisme d'opposition : mises en pratique

Dans quelle mesure l'AfD, en sa qualité de parti d'opposition, utilise-t-il les ressorts du système constitutionnel en sa faveur ? Pour répondre à cette question, il convient d'examiner les conflits occasionnés par le populisme d'opposition de l'AfD, spécialement ceux qui ressortissent au contentieux constitutionnel. S'il n'est pas nouveau, le phénomène est croissant : la présence de l'AfD dans les parlements, au niveau fédéral comme régional, conduit à la fois à des conflits constitutionnels au sein des parlements (A) et à une multitude de litiges avec d'autres organes (constitutionnels), qui sont tranchés par les tribunaux (B).

### A. Le populisme d'opposition de l'AfD dans le parlementarisme allemand

Lorsqu'un parti dit populiste accède à l'opposition parlementaire, se cantonne-t-il à une logique d'interpellation tribunitienne ou intègre-t-il une forme de logique de gouvernement ? La présence de l'AfD dans le paysage politique allemand a entraîné un changement manifeste du climat politique et de la pratique parlementaire. Pour le comprendre, on peut s'interroger sur l'image politique que l'AfD veut donner de lui-même au Parlement (1), avant de mettre en évidence les changements concrets et les conflits constitutionnels s'ensuivant dans la pratique parlementaire (2).

54 V. les arrêts fondateurs en ce sens, dès les années 1950 : BVerfGE 3, 838 – *Gesamtdeutscher Block* (arrêt du 3 juin 1954); BVerfGE 6, 273 – *Gesamtdeutsche Volkspartei* (décision du 21 février 1957); BVerfGE 7, 99 – *Sendezeit I* (décision du 3 septembre 1957).

55 Pour des exemples de jurisprudence constitutionnelle des *Länder*: VerfGHBW, 1 GR 1/19, 1 GR 2/19 (arrêt du 2 juillet 2019): la Cour a jugé qu'un député ne peut pas invoquer la liberté d'expression dans un contentieux dirigé contre une mesure de la présidente pour maintenir l'ordre; SächsVerfGH, Vf. 121-II-20 (décision du 24 mars 2021): le groupe parlementaire a invoqué la liberté d'expression pour critiquer le financement des fondations et groupes politiques de jeunesse par l'argent public. La requête contre la loi de finances a été déclarée irrecevable sans parler de la liberté d'expression.

56 V. la présentation historique et l'interprétation des « litiges constitutionnels » développée par la Cour dès son arrêt BVerfGE 2, 143 [151 et s.] – *EVG-Vertrag* (arrêt du 7 mars 1953). Le contexte général de l'arrêt est du reste particulièrement intéressant, illustrant l'intérêt de l'*Organstreit* dans un conflit politique, mais aussi ses limites face à de potentielles tentatives d'instrumentalisation de la Cour. V. à ce sujet, A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, op. cit. (n. 28, p. 313 et s.).

## 1. Deux orientations

L'AfD est composé de différents courants et groupes<sup>57</sup>. Dans une perspective de science politique, l'antagonisme entre l'aile nationale-conservatrice (*nationalkonservativ*), d'un côté, et l'aile nationaliste populaire (*völkisch-nationalistisch*), de l'autre côté, est certainement une caractéristique significative<sup>58</sup>. Cette « bipolarité »<sup>59</sup> a entraîné des conflits croissants au cours des dernières années. Ceux-ci ne concernent pas seulement les relations externes de l'AfD avec d'autres acteurs et partis : ils engagent également directement la lutte interne au sein du parti, dans la définition de sa propre identité<sup>60</sup>. Cela contribue à compliquer l'identification de l'AfD en tant que force politique parlementaire.

Dans une perspective de science politique, on peut distinguer au moins deux approches à cet égard, que l'on peut respectivement qualifier de parlementaire et de « mouvement »<sup>61</sup>. Au sein du *Bundestag*, soit au niveau fédéral, on trouve des représentants des deux tendances, même si les démarcations ne sont pas tranchées<sup>62</sup>.

### a. L'approche parlementaire

Certains membres de l'AfD suivent une approche parlementaire : ils considèrent principalement leur parti comme un parti parlementaire et aspirent dès lors à occuper durablement une place à droite du parti conservateur classique, la CDU/CSU<sup>63</sup>. En termes de perspectives, il s'agit donc bien de développer un potentiel de coalition et d'ouvrir ce faisant une future option de gouvernement<sup>64</sup>. Les partisans de cette approche plaident pour une participation au travail parlementaire, par exemple en déposant des motions, en posant des questions parlementaires (notamment lesdites *kleine Anfragen*) et en s'investissant dans les commissions<sup>65</sup>. Une évaluation du comportement de vote pour la période entre mai 2018 et juin 2019 a même révélé que le groupe parlementaire de l'AfD au *Bundestag* était celui qui approuvait le plus souvent les propositions de tous les autres groupes représentés (et donc des « anciens partis »), revendiquant un « pragmatisme parlementaire »<sup>66</sup>. Cette attitude,

57 V. déjà *supra* n. 12.

58 V. O. NIEDERMAYER, « Die AfD in den Parlamenten der Länder, des Bundes und der EU. Bipolarität im Selbstverständnis und im Verhalten [L'AfD dans les parlements des Länder, de l'État fédéral et de l'UE. Bipolarité dans la compréhension de soi et dans le comportement] », *ZParl*, 2019, vol. 49, p. 896 et s., 901, en ce qui concerne les notions, en partie en référence à R. STÖSS, *Gewerkschaften und Rechtsextremismus in Europa [Les syndicats et l'extrémisme de droite en Europe]*, 2017, p. 14 et s.

59 Pour la notion de bipolarité v. W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL, « Die AfD in den Landtagen: Bipolarität als Struktur und Strategie [L'AfD dans les parlements régionaux: la bipolarité comme structure et stratégie] », *ZParl*, 2018, vol. 49, p. 91 et s. et O. NIEDERMAYER (n. 54), p. 903.

60 O. NIEDERMAYER (n. 56), p. 901.

61 V. en détail W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL « Parlamentarische Praxis der AfD in deutschen Landesparlamenten [Pratique parlementaire de l'AfD dans les parlements régionaux allemands] », *WZB Discussion Paper*, SP V 2017-102, juin 2017, p. 43 et s., en part. p. 96 et s.

62 O. NIEDERMAYER (n. 56), p. 907 et s., 904.

63 W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL (n. 59), p. 96.

64 *Ibid.*

65 A.-S. HEINZE, « Zum schwierigen Umgang mit der AfD in den Parlamenten [À propos de la difficile gestion de l'AfD au Parlement] », *ZPol*, 2021, vol. 31, p. 133 et s., 138; O. NIEDERMAYER (n. 56), p. 896 et s., 904.

66 T. GIESBERS, U. PETERS, Abstimmungsverhalten der AfD im Bundestag [Comportement de vote de l'AfD au Bundestag], *étude commandée par la Fondation Rosa Luxemburg*, 2<sup>e</sup> éd., 2020, p. 7.

qui n'est pas sans rappeler celle constatée par les observateurs français pour certaines positions du Rassemblement national, va sans doute à l'encontre de l'affirmation d'une identité propre, qui se démarquerait par une opposition fondamentale ou par la définition d'une « véritable alternative ». Mais elle peut être utile stratégiquement, surtout si elle est combinée à une rhétorique agressive dirigée contre le gouvernement fédéral et *l'establishment* politique<sup>67</sup>.

### b. *L'approche de « mouvement »*

Une autre aile principale de l'AfD cultive en revanche l'image d'un mouvement politique<sup>68</sup>. Sans surprise, cette position s'avère particulièrement forte pour mobiliser un grand nombre d'adhérents et de militants du parti<sup>69</sup>. Il s'agit en premier lieu d'influencer la compétition entre les partis, en jouant sur le registre du scandale, sur le potentiel de l'obstruction et du déplacement du spectre de l'opinion. Les partisans de cette approche adoptent ainsi délibérément un comportement grossier et agressif au *Bundestag* et se singularisent par des interjections et des rires moqueurs<sup>70</sup>, ce qui conduit en retour à un nombre accru de rappels à l'ordre<sup>71</sup>. Les provocations délibérées sont fréquentes, comme ce fut le cas, par exemple, en novembre 2020, lorsque des invités de députés de l'AfD ont harcelé d'autres députés et tenté de s'introduire dans des bureaux parlementaires<sup>72</sup>. L'AfD utilise en outre ses propres canaux de communication (blogs, AfD-TV, Telegram etc.), afin de se mettre en scène et d'insister sur sa qualité revendiquée de « vrais » représentants du peuple, face aux prétendus « anciens » partis<sup>73</sup>.

Dans le cadre de la pandémie de Covid-19, outre une attitude hostile à la vaccination – question qui n'a pas manqué de devenir un sujet politique intraparlamentaire pour une partie de l'AfD –, les membres du groupe parlementaire ont également enfreint, à plusieurs reprises, les règles de protection introduites par le *Bundestag*<sup>74</sup>. S'en est suivie, pour ceux qui refusaient de respecter les règles internes, l'obligation de participer aux débats parlementaires depuis une partie séparée de la tribune des spectateurs au *Bundestag*. Sans surprise, l'AfD a dénoncé un « nouveau système à deux vitesses » dans le parlementarisme allemand. Le recours déposé, en réaction, contre le *Bundestag* et sa présidence, n'a cependant pas eu de succès devant la Cour constitutionnelle<sup>75</sup>.

67 *Ibid.*, p. 16.

68 W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL (n. 59), p. 96. Pour les différences conceptionnelles entre « mouvements » et partis politiques v. D. RUCHT, « Zum Verhältnis von sozialen Bewegungen und politischen Parteien [Sur la relation entre les mouvements sociaux et les partis politiques] », *Journal für angewandte Sozialforschung*, 1987, vol. 27, p. 297 et s, auquel se réfèrent W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL.

69 W. SCHROEDER, B. WESSELS, A. BERZEL, *ibid.*, p. 96.

70 V. M. MAURER, P. JOST, « Das Ende der Debattenkultur? [La fin de la culture du débat ?] », *ZfP*, 2020, vol. 67, p. 474 et s., 479.

71 W. SCHROEDER, B. WESSELS, C. NAISSEZ, A. BERZEL (n. 59), p. 43 et s.

72 DEUTSCHER BUNDESTAG, *Fünf Fraktionen verurteilen Verhalten von AfD-Gästen im Bundestag [Cinq groupes politiques condamnent le comportement des invités de l'AfD au Bundestag]*, 20 novembre 2020, [<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw47-de-akt-std-bedraengung-mdb-807720>].

73 V. A.-S. HEINZE (n. 61), p. 140 et s. avec plus de références.

74 DEUTSCHER BUNDESTAG, décision générale [*Allgemeinverfügung*] de la présidente concernant les mesures de protection contre le coronavirus au *Bundestag* allemand, 9 février 2022, [<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw07-allgemeinverfuegung-880610>].

75 BVerfG, 2 BvE 1/22 (décision du 8 mars 2022), para. 22.

## 2. *Les conflits constitutionnels dans la pratique parlementaire*

Dans la pratique parlementaire, plusieurs conflits constitutionnels sont caractéristiques de l'attitude d'opposition de l'AfD. Le conflit avec les partis se déclarant « de gouvernement » se traduit notamment par des questions engageant la représentation du parti, lors des élections à la vice-présidence du Parlement ou des organes parlementaires<sup>76</sup>, et sa participation au pouvoir.

### a. *La (non-)élection aux postes de (vice-)président du Parlement et des commissions parlementaires*

#### i. *La vice-présidence du Parlement*

En principe, chaque groupe politique est représenté par au moins un vice-président au Parlement<sup>77</sup>. Jusqu'à présent toutefois, aucun des candidats présentés par le groupe AfD n'a obtenu la majorité requise au *Bundestag*<sup>78</sup>. Le dernier cas en date, d'une série désormais considérable de tentatives de l'AfD de faire élire l'un de ses députés à la vice-présidence est celui du candidat Malte Kaufmann : à l'instar de tous les candidats de l'AfD avant lui, il n'a pas obtenu de majorité en sa faveur<sup>79</sup>. Les arguments avancés par la majorité parlementaire comptent à la fois des réserves à l'égard de certaines personnes et de leurs positions politiques (comme dans le cas d'Albrecht Glaser<sup>80</sup>) et des griefs pointant l'appartenance générale à l'AfD (comme dans le cas de Mariana Harder-Kühnel)<sup>81</sup>.

Du point de vue du droit constitutionnel, les litiges suscités par cette question se traduisent par un conflit entre, d'une part, le droit des groupes parlementaires à participer de manière formellement égale à la formation de la volonté parlementaire (droit qui découle de l'article 38, al. 1, phrase 2 LF) et, d'autre part, la libre élection de la présidence (conformément à l'article 40, al. 1, phrase 1 LF) et le libre mandat des députés, élisant leurs présidents et vice-présidents (découlant également de l'article 38, al. 1, phrase 2 LF). Dans sa décision du 22 mars 2022, la Cour constitutionnelle fédérale a reconnu que le droit à une participation parlementaire égalitaire s'étend également à l'occupation des organes et postes ayant une fonction organisationnelle, comme c'est le cas du président et des vice-présidents du *Bundestag*<sup>82</sup>. Dans le même temps cependant, la Cour a clairement considéré que le droit constitutionnel à une participation parlementaire égalitaire, et plus particulièrement le droit d'un groupe parlementaire d'être représenté à la présidence par au moins un vice-président (cf. § 2,

76 Sur cette question S. ROSSNER, « Setzt sich die AfD in Karlsruhe durch? [L'AfD s'impose-t-elle à Karlsruhe?] », *LTO*, 6 janvier 2022, [<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bundestag-ausschuss-vorsitz-afd-fraktion-organklage-bverfg-teilhaberecht-freie-abgeordnete/>].

77 § 2, al. 1, phrase 2 du règlement intérieur du *Bundestag* (*Geschäftsordnung des Bundestages – GOBT*).

78 Selon § 2, al. 2 *GOBT* les vice-présidents sont élus à la majorité des membres du *Bundestag*.

79 Le vote a eu lieu le 19 mai 2022, cf. [<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw20-de-wahl-vizepraesidentin-894680>].

80 La non-élection du député Glaser, qui avait notamment fait la une des journaux pour ses propos virulents sur l'islam, avait déjà eu lieu au début de la dernière législature, v. ZEIT ONLINE, *Der geplante Eklat [L'esclandre programmé]*, 24 oct. 2017, [<https://www.zeit.de/amp/politik/deutschland/2017-10/albrecht-glaser-afd-bundestag-vizepraesident>].

81 V. l'analyse journalistique de ZEIT ONLINE, *Bundestag lehnt AfD-Abgeordnete erneut als Vizepräsidentin ab*, 4 avril 2019, [<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2019-04/bundestag-lehnt-afd-abgeordnete-als-vizepraesidentin-erneut-ab>].

82 BVerfG, 2 BvE 9/20 (décision du 22 mars 2022), para. 28.

al. 1, phrase 2 du règlement intérieur du *Bundestag*), demeure soumis à la condition de l'élection par les députés : il ne peut donc être réalisé que si les candidats proposés par ce groupe obtiennent la majorité requise<sup>83</sup>. Partant, la non-élection de candidats de l'AfD à la vice-présidence et la non-représentation de l'AfD au sein de la présidence du *Bundestag* qui en résulte sont conformes à la Constitution. Dans une autre décision rendue le même jour, la Cour constitutionnelle fédérale a par ailleurs accepté la constitutionnalité du règlement intérieur du *Bundestag* en ce qu'il n'accorde le droit de proposer des candidats au poste de vice-président qu'aux seuls groupes parlementaires, et non aux députés individuels<sup>84</sup>.

## ii. La présidence des commissions parlementaires

Au cours de la 20<sup>e</sup> législature (en cours depuis 2021), l'AfD n'a, de surcroît, pas pu obtenir de présidence de commission parlementaire. Dans le cadre d'une représentation proportionnelle, et selon le § 12 du règlement intérieur du *Bundestag*, le groupe aurait actuellement droit, au vu de sa représentation au *Bundestag*<sup>85</sup>, à trois présidences de commission. Cependant, dans les réunions constitutives respectives des trois commissions, aucun candidat de l'AfD n'a obtenu la majorité<sup>86</sup>. On pourra noter que la situation est ce faisant différente de celle prévalant lors de la 19<sup>e</sup> législature (2017-2021), lorsque l'AfD présidait trois commissions (affaires juridiques, tourisme et budget). Dès 2019 toutefois, le président de la commission des affaires juridiques, Stephan Brandner, avait été démis de ses fonctions, selon une séquence jusqu'alors inédite au *Bundestag* : les membres de cette commission appartenant à d'autres partis avaient en effet jugé inacceptables ses positions politiques et ses dérapages verbaux et l'avaient révoqué, dans le cadre d'une élection interne à la commission. La Cour constitutionnelle fédérale avait rejeté le recours en urgence introduit par le député Brandner, sur la base d'une évaluation des conséquences (*Folgenabwägung*)<sup>87</sup>. Soulignons néanmoins à ce sujet que d'importantes questions juridiques, avaient été certes mises en évidence, mais expressément laissées ouvertes, au stade de cette décision en référé : dans quelle mesure l'art. 38, al. 1, phrase 2 LF confère-t-il aux groupes parlementaires un droit de participation à la formation de la volonté parlementaire, qui pourrait être affecté par la révocation du président originaire d'une commission ? La présidence de commission doit-elle être comprise comme un droit de contrôle, inclus dans le principe de l'opposition effective ? Une atteinte aux droits susmentionnés, pour autant qu'ils existent, peut-elle être justifiée en droit constitutionnel ?<sup>88</sup> – et si oui, à quelles conditions ?

83 BVerfG, 2 BvE 9/20 (décision du 22 mars 2022), para. 29 et s.

84 BVerfG, 2 BvE 2/20 (décision du 22 mars 2022), para. 78 et s.

85 V. *supra* partie I.

86 Lors des réunions constitutives du 15 décembre 2021, le groupe AfD a proposé le député Martin Hess pour la présidence de la commission des affaires intérieures et de la patrie, le député Jörg Schneider pour la commission de la santé et le député Dietmar Friedhoff pour la commission de la coopération économique et du développement. Aucun de ces candidats n'a obtenu la majorité au sein des commissions. Dans ce contexte, il est également intéressant de noter que les présidents des trois comités concernés ont été élus à bulletin secret, contrairement aux usages antérieurs.

87 BVerfG, 2 BvE 1/20 (décision du 4 mai 2020).

88 *Ibid.*, para. 28 et seq.

Une autre question tient à savoir si un groupe politique a effectivement un droit constitutionnel à occuper la présidence d'une ou de plusieurs commissions, et donc si la situation actuelle, dans laquelle l'AfD n'occupe aucune présidence de commission, est contraire à la Constitution. Cette question fait également l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle fédérale : celui-ci n'a pas encore été tranché définitivement, mais l'AfD n'a pas obtenu gain de cause dans la procédure en référé. La Cour constitutionnelle a en effet refusé de rendre une injonction provisoire sur la base d'une évaluation des conséquences<sup>89</sup>. Elle a indiqué qu'il reviendrait à la décision principale de déterminer si l'art. 38, al. 1 phrase 2 LF confère aux groupes parlementaires un droit constitutionnel de participation parlementaire égalitaire, qui pourrait être affecté par la non-attribution des présidences de commission suite à l'organisation d'élections libres à la majorité au sein des commissions parlementaires. En d'autres termes, il s'agit de savoir si le droit constitutionnel permet effectivement une libre élection des présidences de commission<sup>90</sup>, et plus spécifiquement si une telle élection peut constituer une atteinte inconstitutionnelle aux droits des groupes parlementaires non représentés<sup>91</sup>.

## *b. La participation au pouvoir*

### *i. (In)Capacité de décision*

Un autre potentiel important de conflit intéresse le pouvoir de décision parlementaire. Le groupe de l'AfD a en effet tenté, à plusieurs reprises, de bloquer les décisions du *Bundestag*, en revendiquant la mise en œuvre d'une procédure de vote particulière, appelée le « saut de mouton » (*Hammelsprung*). Cette procédure permet aux députés de voter, non pas à main levée, mais en entrant dans l'hémicycle par différentes portes<sup>92</sup>. Dès lors que cette procédure sert notamment à constater l'absence de quorum au *Bundestag*, elle peut aussi être utilisée pour bloquer des votes. Ainsi, lors d'une séance de nuit demandée par l'AfD en janvier 2018, le quorum requis (355 députés) n'avait pas été atteint : la séance a alors dû être interrompue et, par la suite, l'AfD n'a pas manqué de célébrer cet incident sur les réseaux sociaux, le présentant comme une action réussie<sup>93</sup>. Cette manœuvre ne fonctionne évidemment pas toujours et il existe des contre-exemples ; elle n'en reste pas moins un moyen de blocage des décisions parlementaires potentiellement efficace.

89 BVerfG, 2 BvE 10/21 (décision du 25 mai 2022), para. 46 et s.

90 La Constitution n'impose pas une élection libre des présidents de commission, contrairement à la présidence du Parlement (art. 40 al. 1 LF), et le règlement intérieur ne prévoit pas non plus expressément une telle élection, puisque le § 58 du règlement prévoit que les commissions désignent leurs présidents et vice-présidents conformément aux accords conclus au sein du Conseil des anciens.

91 BVerfG, 2 BvE 10/21 (décision du 25 mai 2022), para. 45.

92 V. DEUTSCHER BUNDESTAG, *Parlamentsbegriffe A-Z* [Termes parlementaires de A à Z], [<https://www.bundestag.de/services/glossar/glossar/H/hammelsprung-444858>].

93 Pour les motifs potentiels v. M. FIEDLER, « Was die AfD mit ihrer „Revanche“ erreichen wollte [Ce que l'AfD voulait obtenir avec sa "revanche"] », *Der Tagesspiegel*, 19 janvier 2018, [<https://www.tagesspiegel.de/politik/hammelsprung-im-bundestag-was-die-afd-mit-ihrer-revanche-erreichen-wollte/20866358.html>].

## ii. Coalition gouvernementale – affaire Kemmerich

Certaines décisions auxquelles a activement contribué l'AfD sont également intéressantes à étudier pour approcher de plus près son rôle. Le meilleur exemple est peut-être celui de l'élection du ministre-président de Thuringe (région à l'est de l'Allemagne), en 2020. Sans entrer dans une analyse politique détaillée, on se limitera à indiquer que, alors que les conditions de majorité étaient extrêmement étroites, l'AfD a usé d'une manœuvre tactique pour parvenir à être érigé en « faiseur de roi »<sup>94</sup>. C'est ainsi que, avec les voix de la CDU et du FDP, un parfait *outsider* du groupe parlementaire FDP, Thomas Kemmerich, a pu être élu au poste de ministre-président. Cette collaboration indirecte avec la CDU et le FDP est entrée dans l'histoire de la Thuringe comme manifestant la rupture d'un tabou (alliance avec les populistes) ; plus encore, elle a déclenché une crise gouvernementale nationale, emportant la démission de la présidente fédérale de la CDU, Annegret Kramp-Karrenbauer, et du président de la CDU thuringienne, Mike Mohring, ainsi que le licenciement du chargé des relations avec l'est du gouvernement fédéral, Christian Hirte. Face à la retentissante pression politique s'ensuivant, Kemmerich lui-même a fini par démissionner de son poste de ministre-président, dès le lendemain de l'élection<sup>95</sup>. Sur le plan du contentieux constitutionnel, la Cour constitutionnelle fédérale a par ailleurs décidé, le 15 juin 2022, que la chancelière allemande de l'époque, Angela Merkel, s'était exprimée de manière inconstitutionnelle sur les élections en Thuringe, en prenant position devant la presse, lors d'un voyage gouvernemental en Afrique du Sud<sup>96</sup>.

Dans l'ensemble, il apparaît clairement que l'AfD se distingue par ses provocations et ses mises en scène, bien davantage que par le travail parlementaire de ses membres<sup>97</sup>. Ce comportement a un impact inévitable sur la culture des débats au *Bundestag*, longtemps peu familier de moyens rhétoriques et procédés d'intervention brutale. En revanche, l'influence directe sur l'élaboration de la politique et de la législation demeure, jusqu'à présent, marginale – même si l'AfD a parfois réussi à bloquer des décisions<sup>98</sup>. On peut en définitive considérer que le fonctionnement du *Bundestag*, en tant qu'organe central du pouvoir législatif fédéral, n'a pas été contraint de manière significative par l'arrivée de l'AfD. Restent cependant en suspens d'importantes questions relatives à l'étendue des droits du groupe à une participation parlementaire égale : alors que la Cour constitutionnelle fédérale a exclu un droit constitutionnel à un poste de vice-président, en se référant à la libre élection de la présidence par les députés, la question du droit de l'AfD de nommer certains (voire trois) présidents de commissions demeure ouverte.

94 Le terme de « faiseur de roi » a été utilisé par plusieurs journaux dans le cadre de cette affaire, notamment par le FINANCIAL TIMES, « Far-right party becomes German regional kingmaker », *FT*, 5 fév. 2020, [<https://www.ft.com/content/56f71710-4815-11ea-aeb3-955839e06441>].

95 A. GAILLET, C. D. CLASSEN, « Droit constitutionnel allemand. Quelques étapes marquantes de l'année 2020 », *RFDC*, 2021/4, n° 128, p. 158.

96 BVerfG, 2 BvE 4/20 *et al.* – *Merkel* (arrêt du 15 juin 2022). Sur ce litige voir *infra*.

97 V. A.-S. HEINZE (n. 63), p. 146.

98 *Ibid.*, p. 144.

## B. Conflits judiciaires avec des acteurs autres que les parlements

Au-delà de l'espace parlementaire, les conflits constitutionnels de l'AfD intéressent par ailleurs diverses problématiques du droit constitutionnel, de la question assez classique, mais non moins épineuse, de la neutralité étatique du pouvoir exécutif et de l'égalité des partis politiques (A) à celle, plus spécifique à l'Allemagne, de l'observation du parti par l'Office de protection de la Constitution (B)<sup>99</sup>.

### 1. Neutralité de l'État et égalité des chances des partis politiques

#### a. Quelques litiges caractéristiques

Le cas litigieux récent le plus célèbre a déjà été brièvement mentionné plus haut : il concerne les déclarations prononcées le 6 février 2020 par Angela Merkel, alors chancelière fédérale et présidente de la CDU, lors d'une visite officielle en Afrique du Sud. Prenant position sur l'élection du ministre-président en Thuringe, elle avait tenu les propos suivants :

« L'élection de ce ministre-président a été un processus unique qui a rompu avec une conviction fondamentale, partagée par la CDU et par moi-même, à savoir [...] qu'aucune majorité ne doit être gagnée avec l'aide de l'AfD. Comme cela était prévisible dans la constellation du troisième tour, il faut dire que ce processus est inexcusable et [...] que le résultat doit être annulé en conséquence. À tout le moins, la CDU ne doit pas participer à un gouvernement dirigé par le Premier ministre élu. C'était un mauvais jour pour la démocratie »<sup>100</sup>.

Un texte presque identique a par ailleurs été publié sur le site de la Chancellerie fédérale. Saisissant les possibilités contentieuses du droit constitutionnel allemand présentées plus haut (partie I), l'AfD a engagé un recours entre organes (*Organstreit*) devant la Cour constitutionnelle fédérale. Celle-ci lui a donné raison, dans un arrêt du 15 juin 2022, constatant une violation du droit à l'égalité des chances des partis politiques prévu par l'art. 21, al. 1, première phrase LF<sup>101</sup>.

Elle confirme ce faisant une ligne jurisprudentielle déjà ancienne, articulée autour de « l'obligation de neutralité », corollaire de l'exigence de traitement égalitaire et incombant aux organes étatiques. On peut rappeler à ce titre la décision de 2018 relative à la déclaration de Johanna Wanka en 2015, alors ministre fédérale de l'Éducation et de la Recherche. Celle-ci avait publié un communiqué de presse sur le site internet du ministère, dans lequel elle s'opposait à une manifestation anti-migrants de l'AfD dans les termes suivants :

99 La question de du financement des fondations politiques, notamment de la *Desiderius Erasmus Stiftung*, proche de l'AfD, n'a pas pu être intégrée dans cette étude, achevée en 2022. Signalons simplement l'important arrêt rendu à ce sujet par la Cour constitutionnelle fédérale le 22 février 2023 (2 BvE 3/19), et ses suites législatives, encore en cours de discussion fin 2023.

100 « Die Wahl dieses Ministerpräsidenten war ein einzigartiger Vorgang, der mit einer Grundüberzeugung gebrochen hat, für die CDU und auch für mich, nämlich ... dass keine Mehrheiten mit Hilfe der AfD gewonnen werden sollen. Da dies absehbar war in der Konstellation, wie im dritten Wahlgang gewählt wurde, muss man sagen, dass dieser Vorgang unverzeihlich ist und ... deshalb auch das Ergebnis wieder rückgängig gemacht werden muss. Zumindest gilt für die CDU, dass die CDU sich nicht an einer Regierung unter dem gewählten Ministerpräsidenten beteiligen darf. Es war ein schlechter Tag für die Demokratie. »

101 BVerfG, 2 BvE 4/20 *et al.* – Merkel (arrêt du 15 juin 2022), para. 118 et s.

« Il faudrait donner un carton rouge à l'AfD [...qui ] favorise la radicalisation de la société. Les extrémistes de droite qui incitent ouvertement à la haine [...] reçoivent ainsi un soutien insupportable »<sup>102</sup>.

Dans ce cas également, la Cour constitutionnelle fédérale avait donné raison à l'AfD<sup>103</sup>.

De même encore, dans un arrêt du 9 juin 2020<sup>104</sup>, la Cour a considéré que la publication, sur le site internet du ministre de l'Intérieur de l'époque, Horst Seehofer, d'une interview critiquant l'AfD<sup>105</sup> est inconstitutionnelle, dès lors que s'ensuit une atteinte aux droits à l'égalité des chances du parti.

### *b. Appréciation juridique*

Les recours juridiques de l'AfD contre les déclarations précitées de la chancelière fédérale ou de deux ministres fédéraux sont peut-être l'exemple le plus clair des potentiels succès de l'AfD dans la mobilisation du droit constitutionnel contre la classe politique « de gouvernement » au niveau fédéral. Dans les trois cas, la Cour constitutionnelle fédérale a constaté une violation de l'égalité des chances des partis politiques et appelé à une plus grande neutralité des responsables dans l'exercice de leurs fonctions. Dans les trois cas également, la Cour constitutionnelle a considéré que la mobilisation des ressources de la chancellerie ou des ministères fédéraux pour critiquer l'AfD était de nature à perturber l'équilibre du combat d'opinion politique (*politischer Meinungskampf*)<sup>106</sup>. Pareil raisonnement de la Cour constitutionnelle repose sur une distinction entre, d'une part, l'exercice des fonctions gouvernementales, tenu à un principe de neutralité, et, d'autre part, la participation à la compétition politique (partisane)<sup>107</sup>. Or, si la jurisprudence peut être qualifiée de constante, force est de constater qu'elle n'en est pas moins critiquée. Les critiques émanant de la doctrine<sup>108</sup>, comme l'opinion dissidente rédigée par Astrid Wallrabenstein sous l'arrêt Merkel précité de 2022<sup>109</sup>, sont intéressantes à lire à ce titre. Elles soulignent en effet le caractère artificiel et difficile d'un idéal de neutralité politique, faisant fi des principes du système de gouvernement parlementaire, dans lequel l'action du gouvernement, qui dépend de la majorité parlementaire, est toujours marquée par

102 BVerfG, communiqué de presse n° 10/2018, 27 février 2018.

103 BVerfG, 2 BvE 1/16 – *Wanka* (arrêt du 27 février 2018), para. 67 et s. En français, v. par ex. nos commentaires : A. GAILLET « Chronique constitutionnelle étrangère – La jurisprudence constitutionnelle allemande en 2018 », *RDP*, 4-2021, p. 1111-1138 (chronique avec O. JOUANJAN) ; C. D. CLASSEN, A. GAILLET, « Droit constitutionnel allemand. Quelques étapes marquantes de l'année 2018 », *RFDC*, 2020/1, n° 121, p. 251-262.

104 BVerfGE 154, 320 [2 BvE 1/19] – *Seehofer-Interview auf der Homepage des BMI*, para. 58 et s. En outre, l'AfD avait déposé une demande d'urgence concernant la déclaration de Horst Seehofer, qui visait en particulier la suppression de l'interview, mais qui a été rejetée par la Cour constitutionnelle fédérale, v. BVerfG, 2 BvQ 90/18 (décision du 30 octobre 2018).

105 BVerfG, communiqué de presse n° 45/2020 du 9 juin 2020. Texte de l'interview : « Ils s'opposent à cet État. Ils peuvent dire mille fois qu'ils sont démocrates. Ils en ont fait l'expérience mardi au *Bundestag* avec l'attaque frontale contre le président fédéral. C'est très dangereux pour notre État [...] ».

106 V. not. BVerfG, 2 BvE 4/20 *et al.* – *Merkel* (arrêt du 15 juin 2022), para. 76 et s., 118 et s.

107 *Ibid.*, para. 78, 119.

108 V. M. PAYANDEH, « Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf [Le devoir de neutralité des agents publics dans le combat d'opinion public] », *Der Staat*, 2016, vol. 55, p. 519 et s. ; F. MEINEL, « Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition [La Cour constitutionnelle fédérale à l'ère de la grande coalition] », *Der Staat*, 2021, vol. 60, p. 43 et s., 79 et s. ; Concernant l'arrêt *Merkel* : F. MEINEL, « Wer regiert soll alles sagen dürfen [Celui qui gouverne doit pouvoir tout dire] », *Die Zeit*, 16 juin 2022, [<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2022-06/florian-meinel-angela-merkel-afd-neutralitaet/komplettansicht>] et, avant l'arrêt *Merkel* M. PAYANDEH, « Maßstabssetzung durch Subsumtion [Établissement de critères par subsomption] », *Verfassungsblog*, 17 juin 2022, [<https://verfassungsblog.de/masstabssetzung-durch-subsumtion/>].

109 Opinion séparée de la juge Wallrabenstein à l'arrêt *Merkel* (n. 100), para. 14.

la politique de parti – et alors même que la fonction politique et la participation à la compétition politique se rejoignent en particulier au niveau politique le plus élevé.

## 2. Observation de l'AfD par l'Office de protection de la Constitution

Enfin, une question particulièrement actuelle concerne l'observation de l'AfD par l'Office fédéral de protection de la Constitution (*Bundesamt für Verfassungsschutz, BfV*). Ce service de renseignement intérieur, chargé de surveiller les activités contraires à la Loi fondamentale, a déjà été rencontré plus haut<sup>110</sup>. Seuls les éléments clés du litige le plus récent seront retracés ici. Celui-ci concerne la classification adoptée par l'Office pour qualifier l'AfD et le placer en conséquence sous surveillance renforcée. Ses fédérations régionales avaient déjà été qualifiées de « cas suspect » par les offices de protection de la Constitution des *Länder* du Brandebourg, de Saxe-Anhalt, de Saxe et de Thuringe. Au niveau fédéral, le parti avait d'abord été considéré, en 2018, comme un « cas de contrôle » (*Prüffall*). Dépassant ce premier stade de contrôle, l'Office fédéral l'a ensuite élevé au rang de « cas suspect » (*Verdachtsfall*) d'extrême droite, en janvier 2021. Pareille classification emporte d'importantes conséquences, permettant notamment une surveillance accrue du parti avec les moyens du renseignement, en scrutant les responsables du parti, en lisant les courriels ou encore en écoutant les conversations téléphoniques.

Ici encore, les moyens juridiques n'ont pas manqué d'être utilisés par l'AfD. En réponse à la procédure d'urgence engagée devant le tribunal administratif de Cologne, le parti a obtenu une décision provisoire, interdisant à l'Office de « classer, observer, traiter et/ou examiner l'AfD en tant que « cas suspect », ainsi que de rendre à nouveau public le classement [adopté] »<sup>111</sup>. Le 8 mars 2022, la plainte de l'AfD a toutefois finalement été rejetée et le tribunal administratif de Cologne a considéré que l'Office fédéral pouvait classer l'ensemble du parti comme cas suspect (d'extrême droite) et l'observer en conséquence avec des moyens de renseignement<sup>112</sup>. Dans son jugement, le tribunal a en effet relevé qu'il existait suffisamment « d'indices factuels d'une aspiration anticonstitutionnelle » (*tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Bestrebung*) au sein de l'AfD<sup>113</sup>. Il a souligné, à ce titre, que des parties influentes de l'AfD, notamment son organisation de jeunesse et son aile nationaliste populaire, défendent des opinions contraires à l'ordre fondamental libéral et démocratique, en opérant notamment une distinction ethnique entre les « Allemands du peuple » (*Volksdeutschen*) et les « Allemands de passeport » (*Passdeutschen*) – ce qui ne saurait être conforme au concept de peuple de la Loi fondamentale<sup>114</sup>. Le jugement n'est pas encore définitif, l'AfD ayant fait appel auprès de la Cour administrative d'appel de Münster<sup>115</sup>.

110 V. *supra* n. 13 et n. 38.

111 VG Köln, 13 L 105/21 (décision du 5 mars 2021).

112 VG Köln, 13 K 326/21 *et al.* (arrêt du 8 mars 2022).

113 *Ibid.*, para. 205 [juris].

114 *Ibid.*, para. 216 et s., 542 et s. [juris].

115 La procédure est toujours en cours devant la Cour d'appel de Münster (affaire 5 A 1218/22). Les audiences sont prévues en 2024.

## Conclusion

Si le populisme a suscité de très nombreux travaux en science politique, les études en droit constitutionnel sont plus récentes, et le champ reste à investir, surtout s'il s'ouvre au droit comparé. Il appartient ainsi aux constitutionnalistes de préciser les enjeux de la confrontation entre, d'une part, le triptyque « Droits de l'homme – démocratie pluraliste – État de droit », triomphant à la fin du xx<sup>e</sup> siècle, après la chute du mur de Berlin et, d'autre part, le triptyque « démocratie illibérale – tyrannie de la majorité – identité nationale »<sup>116</sup>, prompt à assiéger de toutes parts un xxi<sup>e</sup> siècle doutant de lui-même.

Notre regard allemand a supposé de revenir à l'histoire, afin de constater combien, comme souvent, les questions actuelles s'ancrent dans un cadre issu des expériences passées; combien, plus précisément, la Loi fondamentale de 1949 et ses instruments de démocratie « combative » se comprennent aussi comme des réponses à la faillite nationale-socialiste, laquelle avait été soutenue par des discours fondés sur l'appel au « peuple » concret et le rejet de toute logique libérale. Il serait pourtant naïf de s'arrêter au constat du « succès » d'une Constitution qui approche soixante-quinze ans d'ancrage de son « ordre fondamental libéral et démocratique ». Ici aussi, « les démocraties sont perpétuellement menacées par la décadence qu'entraînent l'anonymat des pouvoirs, la médiocrité des dirigeants, la passivité des foules sans âme »<sup>117</sup>; ici non plus, l'État libéral sécularisé ne peut garantir ses propres présupposés<sup>118</sup>, tant il repose sur un équilibre instable, entre forces convergentes d'association et forces divergentes de scission.

En Allemagne, pour l'heure et espérons pour longtemps, ces mises en garde de Raymond Aron et de Ernst-Wolfgang Böckenförde ne se traduisent pas par l'avènement d'une « démocratie illibérale », dans laquelle les partis hostiles à la démocratie pluraliste et libérale auraient pris le pouvoir. Les succès électoraux du parti AfD, désormais expressément qualifié de « populiste » d'extrême-droite incitent toutefois à observer de plus près sa capacité à capter les mécanismes constitutionnels à son profit. Contrairement à ce que l'on observe dans les expériences illibérales/démocraties<sup>119</sup>, la justice constitutionnelle est pleinement accessible aux partis minoritaires. Cela vaut spécialement en Allemagne, au vu des importantes compétences de la Cour constitutionnelle fédérale. Si les politologues auront de toute évidence à affiner encore leurs travaux sur la portée de la montée des partis extrêmes et populistes sur la démocratie et le paysage politique allemands, nul doute que l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle occupera les constitutionnalistes. Autonomie d'organisation du *Bundestag*, liberté de mandat des députés, principe d'égalité démocratique, neutralité politique et compétition politique : l'équilibre entre les grands principes constitutionnels est lui-même perturbé par le jeu politique et contentieux de l'AfD. Aux constitutionnalistes aussi, plus largement, de penser, à la faveur d'une réflexion théorique exigeante, l'adaptation continue du concept de démocratie constitutionnelle, sans céder sur les conditions les plus essentielles de sa logique libérale et pluraliste.

116 V. ainsi la présentation de M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2<sup>e</sup> éd., Economica, 2021, p. 363 et s.

117 R. ARON, Préface à M. WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, 10/18, Plon, 1963, p. 38.

118 E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, n. 33.

119 T. HOCHMANN, « Cinquante nuances de démocraties », *Pouvoirs*, 2019, n° 169, p. 19 et s.



# POPULISME ET CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS EN ITALIE\*

## IL FAUT QUE TOUT CHANGE POUR QUE RIEN NE CHANGE ?

Giacomo DELLEDONNE<sup>1</sup>  
Nicoletta PERLO<sup>2</sup>

### Propos introductif. Populisme et constitutionnalisme en Italie

Le 14 octobre 2018, le Premier ministre italien Giuseppe Conte – leader actuel du Mouvement 5 Étoiles – intervenait à l'École de formation politique de la Ligue, parti d'extrême droite, en affirmant « Je suis populiste. Le populisme signifie se consacrer à plein temps à cette responsabilité (celle de Premier ministre) en étant proche des besoins des gens »<sup>3</sup>. M. Conte consolidait ainsi son alliance avec Matteo Salvini, chef de la Ligue – et à l'époque vice-président du Conseil – qui, quelques mois auparavant, avait affirmé : « Je suis populiste ; oui, j'en suis fier, si être populiste signifie être au milieu des gens et essayer de résoudre leurs problèmes »<sup>4</sup>.

Dans le cadre d'une étude comparative sur les rapports entre populisme et constitutionnalisme, le cas italien présente ainsi un double intérêt. Il s'agit à la fois d'un « populisme de gouvernement »<sup>5</sup> – ce dont bien d'autres ordres constitutionnels ont fait l'expérience – et d'un « populisme autodéclaré »<sup>6</sup> – ce qui, en revanche, est plus rare.

À partir du 1<sup>er</sup> juin 2018 et jusqu'au 5 septembre 2019, en effet, une coalition formée par le Mouvement 5 étoiles (MoVimento 5 Stelle, M5S) et la Ligue a soutenu un gouvernement qui s'est revendiqué ouvertement comme populiste. Cette coalition s'est brisée en raison des contradictions existantes entre ces deux forces politiques, qui, tout en étant populistes, étaient guidées par des programmes politiques divergents. Un nouveau gouvernement, toujours présidé par Giuseppe Conte, s'est alors formé à partir de l'alliance entre le M5S et le Parti démocratique – un parti qui n'a pas

---

\* Nicoletta Perlo a rédigé l'Introduction et la partie II ; Giacomo Delledonne a rédigé les parties I et III.

1 Ricercatore, Scuola superiore Sant'Anna, Pise.

2 Maître de conférences HDR, Université Toulouse Capitole, IRDEIC, en délégation CNRS au sein de l'UMR DICE.

3 [[https://www.youtube.com/watch?v=U5m\\_0wfDwW8](https://www.youtube.com/watch?v=U5m_0wfDwW8)].

4 [[https://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2017/12/30/salvini-sono-orgogliosamente-populista\\_3c6ae45b-134c-4945-a3c3-4e10056764b4.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2017/12/30/salvini-sono-orgogliosamente-populista_3c6ae45b-134c-4945-a3c3-4e10056764b4.html)].

5 M. ANSEMI, P. BLOKKER et N. URBINATI (dir.), *Populismo di lotta e di governo*, Feltrinelli, Milan, 2018.

6 G. MARTINICO, « Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo », *Questione Giustizia*, n° 1/2019, p. 71.

de vocation populiste. Ce deuxième gouvernement est tombé le 13 février 2021 et il a été remplacé par un gouvernement d'« experts », dirigé par Mario Draghi et soutenu par une majorité d'unité nationale<sup>7</sup>.

Ainsi, pendant environ trois ans, l'Italie a constitué un cadre d'analyse privilégié pour apprécier si et comment des forces politiques au pouvoir influencent les transformations constitutionnelles.

Si notre étude se concentre essentiellement sur cette période, il est toutefois nécessaire de rappeler que le phénomène populiste n'apparaît pas en 2018, mais a des racines historiques profondes en Italie.

De la rhétorique national-populaire du *Risorgimento*<sup>8</sup>, en passant par Gabriele d'Annunzio pour arriver jusqu'à Mussolini, l'image du « peuple » est constamment utilisée pour invoquer la reconstruction d'une nation divisée par la haine entre les classes sociales. Par la suite, le fascisme a contribué de façon déterminante à la construction des mots d'ordre et des mythes du populisme, en laissant un héritage culturel duquel l'Italie républicaine peine à se débarrasser<sup>9</sup>. Preuve en est que déjà au sein de l'Assemblée constituante élue en 1946 siégeaient trente députés issus du « *Fronte dell'Uomo Qualunque* » – « Front de l'homme quelconque » –, un mouvement à vocation populiste fondé par l'humoriste et journaliste Guglielmo Giannini. Cette force politique – considérée par le politiste Marco Tarchi comme le prototype du populisme européen contemporain<sup>10</sup> – prônait un désengagement politique généralisé, se moquant du sérieux des partis antifascistes et de tout type d'idéologie. Guidé par un leader charismatique exubérant et autocratique, pionnier de l'antiparlementarisme, refusant fièrement le titre de « parti », promoteur de l'opposition manichéenne entre la « *Folla* »<sup>11</sup> – la foule – censée incarner le bien, et les Chefs, censé incarner le mal, le *Fronte dell'Uomo Qualunque* forge le langage et la pensée italiens de l'antipolitique<sup>12</sup>.

7 Sur la succession de ces gouvernements v. N. LUPO, « Un governo 'tecnico-politico'? Sulle costanti nel modello dei governi 'tecnici', alla luce della formazione del governo Draghi », *Federalismi.it*, n° 8, 24 mars 2021, [https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=45087]. Nous nous permettons aussi de renvoyer à N. PERLO, « Le "gouvernement d'experts", une nécessité face à une démocratie malade. Réflexions à partir de l'expérience italienne », *Jus Politicum Blog*, 25 et 27 février 2021, [https://blog.juspoliticum.com/2021/02/27/le-gouvernement-dexperts-une-necessite-face-a-une-democratie-malade-reflexions-a-partir-de-l'experience-italienne-2-2-par-nicoletta-perlo/].

8 N. MERKER, *Filosofie del populismo*, Laterza, 2009, p. 88.

9 V. P. MILZA, « Mussolini entre fascisme et populisme », *Vingtième siècle*, 56, oct.-déc. 1997, p. 118. Bien qu'elle soit reconnue, la connexion entre fascisme et populisme est tout de même débattue (v. R. GRIFFIN, *The Nature of Fascism*, Londres, Pinter, 1991, p. 26 ; L. INCISA DI CAMERANA, *Fascismo, populismo, modernizzazione*, Pellicani, 1999, p. 356-357). En particulier, de nombreux politistes tiennent à distinguer le populisme de l'extrême droite, afin d'éviter des simplifications excessives de ce phénomène (Y. MENY et Y. SUREL, *Par le peuple, pour le peuple: le populisme et les démocraties*, Fayard, Paris, 2000, p. 18 ; M. TARCHI, *Italia populista*, Il Mulino, Bologne, 2015, p. 125).

10 M. TARCHI, *Italia populista, op. cit.*, p. 175.

11 En octobre 1945, Giannini publie un ouvrage *La Folla. Seimila anni di lotta contro la tirannide*, Faro, Roma, qui constitue le « code des principes » du mouvement. Pour une réédition commentée de l'ouvrage v. G. GIANNINI, *La Folla*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002.

12 V. C. M. LOMARTIRE, *Il qualunquista. Guglielmo Giannini e l'antipolitica*, Mondadori, Milan, 2008, p. 28.

Ainsi, lorsqu'au début des années 1990 l'antiparlementarisme se réactive suite aux enquêtes judiciaires révélant la corruption généralisée de la classe politique, les nouvelles forces politiques qui la remplacent trouvent dans l'ancien mouvement de Giannini une source d'inspiration<sup>13</sup>. C'est notamment l'aspect « libéral » du *Qualunquismo* qui refait surface. En ce sens, réapparaît la conviction que la politique ne peut pas être un instrument efficace de transformation de la réalité puisque seuls les mouvements et mécanismes sociaux spontanés sont la source du progrès<sup>14</sup>.

En ce sens, la Ligue du Nord se présente comme un parti ethnorégionaliste, qui exalte l'identité et les valeurs d'une communauté territoriale et traditionnelle imaginée, celle de la Padanie<sup>15</sup>. Les ennemis du « *popolo padano* » sont multiples : les habitants du sud de l'Italie, tout d'abord, accusés d'être des parasites sociaux ; les élites politiques corrompues ensuite ; et enfin, toutes les institutions et organisations supranationales, dont le refus indique bien la vocation anti-globaliste du parti<sup>16</sup>. L'évolution que la Ligue a subie dans des temps récents – depuis que Matteo Salvini est devenu le chef politique – n'altère pas sa structure fondamentale<sup>17</sup>. Certes, l'identité du parti change : elle n'est plus territoriale, mais nationale. L'ennemi aussi se transforme : ce ne sont plus les habitants du sud de l'Italie, mais les migrants et l'Union européenne, qui menacent les valeurs communautaires<sup>18</sup>. Toutefois, le langage populaire, souvent trivial, et anti-élitiste qui caractérise la communication politique du parti demeure inchangé<sup>19</sup>, tout comme le refus de toute médiation intellectuelle, politique et culturelle, la méfiance vers toute forme de représentation ainsi que la revendication de l'autonomie des communautés locales.

*Forza Italia* est le second parti à vocation populiste qui se crée en Italie au début des années 1990. Celui-ci diffère de la Ligue puisqu'il n'a jamais été un mouvement de masse spontané. Fondé par l'entrepreneur Silvio Berlusconi, *Forza Italia* a été conçu comme un « parti personnel »<sup>20</sup>. Toutefois, l'action politique de l'entrepreneur milanais présente certaines des caractéristiques typiques du populisme : un discours anti-élites et anti-partis ; une conception du peuple comme une entité homogène et anti-pluraliste<sup>21</sup>. En ce sens, le peuple est appréhendé selon deux acceptions : le peuple-électorat et le peuple-opinion publique. Dans le cadre de la première acception, les élections sont considérées comme une forme d'investiture directe, qui anéantit les institutions intermédiaires. Dans le cadre de la seconde, l'opinion publique est considérée comme un résumé de la volonté populaire,

13 Les politistes refusent l'idée d'une filiation directe entre le *Qualunquismo* et les forces populistes qui se créent au début des années 1990. V. S. SETTA, « Il qualunquismo », in G. PASQUINO (dir.), *La politica italiana. Dizionario critico 1945-95*, Laterza, Rome-Bari, 1995, p. 374-375.

14 G. ORSINA, *Il berlusconismo nella storia d'Italia*, Marsilio, Venise, 2013, p. 62-64.

15 P. TARCHI, *Italia populista*, op. cit., p. 245-246.

16 V. I. DIAMANTI, *La Lega. Geografia, storia e sociologia di un nuovo soggetto politico*, Donzelli, Rome, 1996.

17 Pour une analyse approfondie de la transformation de la Ligue sous le leadership de Matteo Salvini, v. G. PASSARELLI et D. TUORTO, *La Lega di Salvini. Estrema destra di governo*, Il Mulino, Bologne, 2018.

18 M. TARCHI, *Italia populista*, op. cit., p. 266-272.

19 Sur le langage de la Ligue v. M. TARCHI, *Italia populista*, op. cit., p. 249-251.

20 M. CALISE, *Il partito personale*, 2000, Rome-Bari, Laterza, p. 60.

21 M. REVELLI, *Le due destre*, Bollati Boringhieri, Turin, 1996, p. 9 ; L. BLISSET, « Una destra, due populismi », in M. MARTINI (dir.), *La destra populista*, Castelvevchi, Rome, 1995, p. 42.

exprimée par les sondages et les médias<sup>22</sup>. Pour le « télépopuliste »<sup>23</sup> Berlusconi, très souvent la seconde acception prime sur la première.

L'exercice du pouvoir par la Ligue et Forza Italia au cours des décennies 1990 et 2000 finit par transformer ces « partis anti-partis » en élites politiques qui deviennent, à leur tour, la cible d'une force populiste nouvelle, le Mouvement 5 étoiles, qui se structure à partir de 2009.

Encore une fois, le populisme italien est novateur. Le Mouvement 5 étoiles est un « parti numérique » : il refuse les médias traditionnels (télévision, journaux...) et fait d'Internet le seul moyen à la fois de son organisation interne et de sa propagande. Pour Beppe Grillo, son leader, Internet est le moyen pour refonder la démocratie représentative. En ce sens, le mouvement se structure autour du blog, qui est le seul instrument de campagne électorale, et autour de la plateforme numérique « Rousseau », qui devrait permettre de réaliser la démocratie directe<sup>24</sup>. Le « peuple du net » est alors la source directe de la légitimation du pouvoir, sans aucune intermédiation possible<sup>25</sup>. En revanche, le discours du Mouvement s'inscrit dans la tradition populiste italienne : antiparlementariste, anti-globaliste, anti-européen, anti-élites ; et, tout comme le *Fronte dell'Uomo Qualunque*, il prône le dépassement des idéologies et des clivages entre la droite et la gauche<sup>26</sup>.

La longue tradition populiste ainsi que l'avènement de deux gouvernements dominés par des forces autodéclarées populistes ont conduit, en Italie, au développement d'un débat très riche, parmi les constitutionnalistes, autour de la relation entre populisme et constitutionnalisme.

Bien que ce thème demeure à la croisée du droit et de la science politique, les constitutionnalistes italiens ont tenté de l'appréhender avec les catégories de leur discipline. De façon synthétique, trois grands courants de pensée peuvent être esquissés.

Un premier courant considère qu'entre constitutionnalisme et populisme l'opposition est radicale. Le populisme serait « l'ennemi le plus dangereux et insidieux de la démocratie constitutionnelle », puisqu'il corromprait de l'intérieur le processus démocratique<sup>27</sup>. Les éléments caractérisant

22 I. DIAMANTI, « Anti-politique, télévision et séparatisme : le populisme à l'italienne », in P. A. TAGUIEFF (dir.), *Le retour du populisme. Un défi pour les démocraties européennes*, Paris, Universalis, p. 57.

23 P. A. TAGUIEFF, *L'illusion populiste*, Éd. Berg International, Paris, 2002, p. 118.

24 V. M. BASSINI, « Rise of Populism and the Five Star Movement Model: An Italian Case Study », in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (dir.), *Italian Populism and Constitutional Law*, Palgrave Macmillan, 2020, p. 205.

25 L'analyse du politiste Paolo Gerbaudo à ce sujet est très intéressante : « *The digital party is a "platform party" because it mimics the logic of companies such as Facebook and Amazon of integrating the datadriven logic of social networks in its very decision-making structure; an organisation that promises to use digital technology to deliver a new grassroots democracy, more open to civil society and the active intervention of ordinary citizens. It is "data hungry" because, like internet corporations, it constantly seeks to expand its database, the list, or "stack", of contacts that it controls. The digital party is also a start-up party, reminiscent of "unicorn companies" such as Uber, Deliveroo and Airbnb, sharing their ability to grow very rapidly* », in *The Digital Party: Political Organisation and Online Democracy*, Pluto Press, Londres, 2019, p. 4-5.

26 V. l'analyse d'Andrea De Petris : A. DE PETRIS et T. POGUNTKE (dir.), *Anti-Party Parties in Germany and Italy*, Luiss University Press, Rome, 2015.

27 A. SPADARO, « Costituzionalismo versus populismo », in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (dir.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Naples, 2009, [[https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0145\\_spadaro.pdf](https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0145_spadaro.pdf)], p. 16.

le populisme seraient en effet intrinsèquement incompatibles avec l'idéologie du constitutionnalisme libéral, et notamment l'idée selon laquelle celui qui bénéficie de la légitimation populaire serait au-dessus des lois et de la Constitution (*vox populi vox dei*), la conception d'une démocratie anti-pluraliste, la réduction du débat public à l'opposition ami-ennemi, le refus des institutions contre-majoritaires, l'appel à une révision constitutionnelle permanente<sup>28</sup>.

Si cette première approche délégitime foncièrement toute réflexion sur la relation entre populisme et constitutionnalisme, d'autres auteurs, en revanche, soutiennent qu'il est possible de penser cette relation. Le point de départ du populisme et du constitutionnalisme est en effet commun : la méfiance vis-à-vis du pouvoir politique<sup>29</sup>. Bien évidemment, les solutions pour limiter le pouvoir diffèrent, mais le populisme ne peut pas s'empêcher d'avoir recours en permanence aux catégories propres du constitutionnalisme : le peuple, la majorité, la souveraineté, la démocratie, le pouvoir constituant parmi d'autres<sup>30</sup>.

Toujours dans le but de mettre en valeur les points de contact entre populisme et constitutionnalisme, d'autres auteurs observent que la démocratie est caractérisée par une tension constante entre le constitutionnalisme – qui renvoie à la dimension de l'ordre – et le populisme – qui renvoie à la souveraineté populaire. L'attitude des populistes vis-à-vis de la constitution ne serait donc pas exclusivement destructive, mais au contraire elle tenterait de rééquilibrer la tension constante entre les deux dimensions de la démocratie, dans un contexte de très forte délégitimation des institutions démocratiques<sup>31</sup>. Le populisme et le constitutionnalisme seraient alors liés par un rapport d'influence et de contamination mutuelles. D'un côté, le populisme apporterait de la lymphe vitale à une démocratie représentative agonisante. De l'autre côté, le constitutionnalisme contribuerait à limiter les dérives subversives des forces populistes. Les auteurs qui défendent cette thèse opèrent tout de même une distinction entre le « bon » populisme – situé plutôt à gauche – qui participe à cet échange permanent avec le constitutionnalisme, et le « mauvais » populisme – d'extrême droite et à tendance autoritaire – qui serait en revanche incompatible avec le constitutionnalisme<sup>32</sup>.

28 En ce sens, v. aussi C. PINELLI, « The Populist Challenge to Constitutional Democracy », *European Constitutional Law Review*, n° 1, 2011, p. 5-16. En science politique, Yves Mény et Yves Surel arrivent aux mêmes conclusions : « The Constitutive Ambiguity of populism », in Y. MÉNY et Y. SUREL (dir.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, 2002, p. 9.

29 R. CHIARELLI, « Il populismo nella Costituzione italiana », in R. CHIARELLI (dir.), *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2015, p. 177.

30 Selon Luigi Corrias, le populisme sollicite tout particulièrement les concepts de la tradition constitutionnelle révolutionnaire. En ce sens, le populisme serait une théorie constitutionnelle « qui combine des lectures spécifiques des théories du pouvoir constituant, de la souveraineté populaire et de l'identité constitutionnelle ». L. CORRIAS, « Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity », *European Constitutional Law Review*, 12(1), 2016, p. 9-11.

31 Paul Blokker reprend ici les réflexions de Mény et de Surel sur la tension fondamentale qui caractérise les démocraties, tiraillées entre populisme et constitutionnalisme (Y. MÉNY et Y. SUREL, *Par le peuple, pour le peuple*, *op. cit.*), ce qui lui permet de s'interroger sur leur complémentarité. P. BLOKKER, « Populism and Constitutional Reform. The Case of Italy », in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (dir.), *Italian Populism and Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 12 et s. Il arrive ainsi à théoriser l'existence d'un « constitutionnalisme populiste », dont les caractères sont décrits in ID., « Populism as a Constitutional Project », *International Journal of Constitutional Law*, n° 2, 2019, p. 537.

32 En ce sens v. A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Ed. Scientifica, Naples, 2020.

La troisième approche suggérée par la doctrine italienne, tout en prenant au sérieux la contiguïté existante entre populisme et constitutionnalisme, refuse d'un point de vue théorique le concept de « constitutionnalisme populiste »<sup>33</sup>. Cette doctrine montre en effet que les populistes instrumentalisent les catégories constitutionnelles dans un but exclusif d'autolégitimation. Dans les faits, le recours par les populistes aux principes et aux mécanismes constitutionnels altère leur nature et les vide de leur sens. Giuseppe Martinico parle à ce propos d'une stratégie de « mimétisme » et de « parasitisme » élaborée par les populistes au détriment du constitutionnalisme<sup>34</sup>. Toutefois, l'étude attentive de ces stratégies est nécessaire non seulement parce qu'elle permet de mieux comprendre les enjeux des démocraties constitutionnelles contemporaines, mais aussi parce que certaines revendications avancées par les mouvements populistes peuvent être « filtrées », afin de les rendre compatibles avec les principes du constitutionnalisme<sup>35</sup>.

Les différentes postures théoriques adoptées ont une influence déterminante sur l'analyse du droit positif. En effet, en fonction du prisme choisi, l'identification des forces populistes change et l'appréciation des transformations constitutionnelles qui sont – ou ne sont pas – considérées comme le résultat d'un projet politique populiste change également. À titre d'exemple, la réforme constitutionnelle promue par le gouvernement Renzi en 2016 a été définie comme « populiste » par certains auteurs<sup>36</sup> alors que d'autres ne l'ont pas jugée ainsi<sup>37</sup>. De même, les propositions politiques du Mouvement 5 étoiles ont été considérées par certains comme éventuellement compatibles avec le constitutionnalisme<sup>38</sup>, alors que d'autres les ont considérées comme incompatibles<sup>39</sup>.

Ces divergences révèlent toute la difficulté d'un sujet à la frontière du droit et du politique, fatalement conditionné en amont par des appréciations qui ne sont pas que juridiques. Avant d'analyser les changements constitutionnels induits par les forces populistes italiennes, il est alors important de se situer par rapport aux trois grands courants que nous avons esquissés. Nous adhérons à la

33 G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2022, p. 27.

34 *Id.*, p. 10-16 ; G. MARTINICO, « Fra mimetismo e parassitismo », *Questione giustizia*, n° 1/2019.

35 G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism*, *op. cit.*, p. 172. Martinico spécifie quelles sont les revendications des populistes qui peuvent être « canalisées afin d'améliorer la démocratie constitutionnelle » italienne (v. notamment p. 173-185).

36 P. BLOKKER, « Populism and Constitutional Reform. The Case of Italy », *cit.*, p. 18 et s. Cela tient au fait que plusieurs auteurs ont considéré que Matteo Renzi a été influencé par le style populiste, alors qu'il est issu d'un parti traditionnel, jusqu'alors étranger aux méthodes populistes. V. C. BIANCALANA, « Four Italian Populisms », in P. BLOKKER, M. ANSEMI (dir.), *Multiple Populisms: Italy as Democracy's Mirror*, Abingdon, Routledge, 2020, p. 233 et p. 238. Dans le même sens, d'autres auteurs ont considéré Renzi comme un « anti-populiste populiste à la Macron » (L. VIVIANI, « Populist Anti-party Parties », in P. BLOKKER, M. ANSEMI (dir.), *Multiple Populisms: Italy as Democracy's Mirror*, *op. cit.*, p. 106 et p. 117).

37 Giuseppe Martinico ne considère pas Matteo Renzi comme « un pur leader populiste », par conséquent il ne juge pas sa proposition de réforme constitutionnelle comme étant populiste. G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism*, *op. cit.*, p. 59.

38 Alberto Lucarelli in *Populismi e rappresentanza democratica*, *op. cit.*, p. 131 identifie clairement les limites et les risques des formes de démocratie directe invoquées par le M5S, mais il considère tout de même que le M5S incarne « l'acception positive » du populisme.

39 M. BASSINI, « Rise of Populism and the Five Star Movement Model: An Italian Case Study », in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (dir.), *Italian Populism and Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 199 et s.; G. GRASSO, « Le "Mouvement 5 étoiles" et les défis de la démocratie représentative: à la recherche d'une notion constitutionnelle de populisme? », *Percorsi Costituzionali*, 1, 2017, p. 205-226 ; G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism*, *op. cit.*, p. 129-143.

troisième approche, qui refuse toute idée de convergence possible entre le populisme et le constitutionnalisme, puisque le populisme est un phénomène qui « parasite » les fondements du constitutionnalisme. Toutefois, nous croyons qu'une analyse constitutionnelle des phénomènes populistes est nécessaire, d'une part, pour mettre en lumière les stratégies d'érosion de l'état de droit menées par ces forces politiques et, d'autre part, pour comprendre quelles formes de résistances existent au sein des ordres constitutionnels et quels changements sont nécessaires pour contrer ce phénomène.

C'est alors sur la base de cette posture théorique – et axiologique – que nous étudions, tout d'abord, les modifications constitutionnelles formelles, promues par les forces autodéclarées populistes, au gouvernement en Italie dans la période entre 2018 et 2021 (I). Ensuite, nous nous consacrons aux modifications informelles (II), pour nous interroger enfin sur la portée réelle de la vague populiste sur les institutions italiennes. Avec le recul, il semblerait en effet que la structure constitutionnelle et institutionnelle italienne ait freiné les dérives des forces antisystèmes et que l'héritage normatif populiste ait été finalement très modeste (III).

## I. Les changements formels

Le premier volet de notre analyse prend en compte les changements constitutionnels formels. Or quelques précisions doivent être apportées à cet égard.

La définition de changement constitutionnel formel que nous utilisons est assez large. Nous prenons en compte à la fois les révisions constitutionnelles ainsi que les réformes législatives et des règlements parlementaires, qui ont un impact sur des instruments constitutionnels. Le référent théorique que nous utilisons est la notion d'*ordinamento costituzionale*, ainsi que l'a récemment définie Augusto Barbera<sup>40</sup>. Selon sa reconstruction, les textes constitutionnels n'épuisent pas les contenus de l'*ordinamento costituzionale* en ce que celui-ci ne s'identifie pas qu'aux normes formellement constitutionnelles : il faudrait plutôt se tourner vers « ces autres normes qui, par leur connexion étroite avec les finalités et les valeurs politiques [fondamentales], caractérisent la forme d'État et donnent une identité et des orientations pour le développement de l'ordre juridique dans son ensemble »<sup>41</sup>. Dans le cadre de cette contribution, il s'agira surtout de mentionner les règlements parlementaires et la réglementation législative du référendum abrogatif.

Commençons par les révisions constitutionnelles proprement dites, adoptées selon la procédure de l'art. 138 de la Constitution. À partir de la parution de l'ouvrage de Giuliano Amato *Una Repubblica da riformare*<sup>42</sup>, les quatre dernières décennies ont été marquées par le « débat sur les réformes »<sup>43</sup>. Quand on parle de réformes, on fait surtout référence à la redéfinition des relations entre l'exécutif et le législatif : on vise à assurer la stabilité du gouvernement ainsi que l'efficacité de son action. Ces projets de réforme

40 V. A. BARBERA, « Ordinamento costituzionale e carte costituzionali », *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 311-358 A. BARBERA, « Costituzione della Repubblica italiana », in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Giuffrè, Milan, 2015, p. 265 et s.

41 A. BARBERA, « Ordinamento costituzionale e carte costituzionali », *op. cit.*, p. 311.

42 G. AMATO, *Una Repubblica da riformare. Il dibattito sulle istituzioni in Italia dal 1975 ad oggi*, il Mulino, Bologne, 1980.

43 Pour un bilan, v. C. FUSARO, « Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015) », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, p. 461-519; P. BIANCHI, « L'ossessione riformatrice. Alcune osservazioni sul processo di revisione costituzionale permanente », *Osservatorio sulle fonti*, n° 2/2019, p. 1-26.

– de « grande réforme », comme l'on dit souvent – se prêtent naturellement à de multiples critiques. Cependant, il est difficile qu'un projet de révision constitutionnelle, considéré pour lui-même, soit populiste. Il se peut que tel ou tel projet soit instrumentalisé pour des finalités typiquement populistes, telles que la reconstitution de l'unité primordiale du peuple ou la lutte contre les élites corrompues. Les questions du statut constitutionnel du gouvernement, de l'étendue de ses pouvoirs et de ses relations avec les autres organes constitutionnels illustrent très bien les spécificités de la démarche populiste vis-à-vis des réformes constitutionnelles. En soi, la demande d'un renforcement du gouvernement n'est pas nécessairement populiste et peut satisfaire plusieurs finalités, notamment la stabilité politique ou l'efficacité de l'action publique. En revanche, les revendications constitutionnelles des populistes iront plus loin et auront tendance, d'une part, à renforcer l'exécutif et son chef – qui est le seul ou principal représentant d'une volonté populaire prétendument monolithique – et, d'autre part, à fragiliser l'indépendance des contre-pouvoirs, notamment de la magistrature et des autorités indépendantes. Afin d'évaluer l'inspiration populiste de tel ou tel changement constitutionnel formel, les contenus des textes normatifs sont donc aussi importants que les arguments utilisés par leurs auteurs. La qualité de ces arguments est d'autant plus significative que le processus réformateur peut bien se solder, en vertu de l'art. 138 de la Constitution, par un référendum populaire.

### A. Une nouvelle approche réformatrice ?

À la suite de l'échec du projet de « grande réforme » de la Constitution porté par le gouvernement Renzi (2016) – et, avec lui, de toute tentative de modification globale de la deuxième partie de la Charte fondamentale –, l'heure serait plutôt aux réformes ponctuelles, portant sur des questions spécifiques. Il s'agirait de ne plus poser les décideurs politiques puis les électeurs face à une alternative du type tout ou rien, en leur permettant de porter une appréciation différenciée sur les multiples objets d'une stratégie de réforme. Cette approche a été fortement mise en valeur dans le contrat pour le gouvernement du changement souscrit en mai 2018 par Luigi Di Maio et Matteo Salvini (v. II. C)<sup>44</sup>. Le contrat indiquait trois objectifs principaux : réduire le nombre des parlementaires afin de rendre « plus facile » l'organisation des travaux parlementaires et d'obtenir « de considérables réductions des dépenses » ; introduire des formes, plus ou moins tempérées, de mandat impératif ; renforcer les instruments de démocratie directe. Le premier et le troisième point sont dans la continuité des tentatives de réforme des décennies passées ; à la différence du deuxième, concernant la liberté du mandat parlementaire, ils ne se traduisent pas forcément par une contestation frontale de la démocratie représentative. Qu'est-ce qu'il en fut ?

Le fil rouge des trois propositions de réforme évoquées dans le contrat est la contestation du rôle des assemblées, dont les membres sont décriés comme étant les représentants d'élites improductives, coûteuses et corrompues et dont l'activité, structurellement fondée sur le débat et la possibilité du compromis, se situe aux antipodes de l'exigence d'immédiateté et du refus de médiation propre aux populistes de tous bords<sup>45</sup>. Alors que les trois objectifs principaux mentionnés dans le

44 Le texte intégral du contrat peut être consulté à cette adresse : [[https://download.repubblica.it/pdf/2018/politica/contratto\\_governo.pdf](https://download.repubblica.it/pdf/2018/politica/contratto_governo.pdf)].

45 V. M. MANETTI, « La riduzione del numero dei parlamentari e le sue ineffabili ragioni », *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 530.

contrat devaient faire l'objet d'initiatives réformatrices distinctes, les responsables de la majorité « jaune-verte » – ainsi nommée d'après les couleurs du Mouvement et de la Ligue – ont également précisé qu'elles s'inscrivaient dans une stratégie globale : « nous donnerons plus de pouvoir au peuple, nous rendrons plus productives les institutions, nous mettrons en valeur la participation, nous couperons les gaspillages »<sup>46</sup>.

## B. La réduction du nombre des parlementaires : un passage clé de la 18<sup>e</sup> législature

Le principal résultat de cette stratégie de politique constitutionnelle est constitué par la réforme constitutionnelle (approuvée par le référendum des 20 et 21 septembre 2020) qui a entraîné la réduction du nombre des députés et des sénateurs<sup>47</sup>. C'est une réforme qui a marqué comme un fil rouge une bonne partie de la 18<sup>e</sup> législature. Véritable élément de continuité entre les deux gouvernements dirigés par Giuseppe Conte, tous les partis, à un moment ou un autre, ont approuvé la réforme dans une tentative de se donner une nouvelle légitimité face à un corps électoral souvent méfiant<sup>48</sup>.

Cette réforme a été inspirée par une volonté de sanctionner la classe politique sans trop se soucier des conséquences systémiques. Évidemment, une réduction de la taille des assemblées législatives peut se justifier par plusieurs raisons, parmi lesquelles l'amélioration du travail parlementaire ou un recrutement plus sélectif des élites parlementaires ; dans le cas de la loi constitutionnelle n° 1/2020, la réduction des coûts – prétendument insupportables – de la vie politique l'a souvent emporté sur toute autre considération dans la discussion publique<sup>49</sup>. Une comparaison avec la France, notamment avec le projet de loi organique pour le renouveau de la vie démocratique, est révélatrice : celui-ci, en effet, était accompagné d'une étude d'impact qui s'interrogeait sur la portée systémique d'une réduction plus ou moins massive du nombre des députés et des sénateurs. En Italie, alors que l'amélioration du fonctionnement des chambres n'a pas vraiment été prise en compte – en l'absence de toute remise en cause du bicamérisme symétrique ou parfait, il est difficile de concevoir un Sénat de deux cents membres –, les tenants de cette réforme ont beaucoup insisté sur la réduction des « coûts » de la démocratie. Selon Luigi Di Maio, ancien chef politique du Mouvement, vice-président du Conseil dans le 1<sup>er</sup> gouvernement Conte et ministre des Affaires étrangères des deux exécutifs successifs, l'étape successive serait une massive réduction des indemnités parlementaires.

46 Conférence de presse de Riccardo Fraccaro, ministre des relations avec le Parlement et de la démocratie directe, chargé des réformes institutionnelles, le 2 octobre 2018 (v. C. TRIPODINA, « Riduzione del numero dei parlamentari tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale », *Osservatorio costituzionale*, n° 3/2020, p. 87).

47 Loi constitutionnelle n° 1/2020 du 19 octobre 2020. Pour une présentation critique des contenus de cette réforme, v. E. ROSSI (dir.), *Meno parlamentari, più democrazia? Significato e conseguenze della riforma costituzionale*, Pisa University Press, Pise, 2020.

48 V. F. BIONDI DAL MONTE et E. ROSSI, « Una riforma costituzionale per aggregare e legittimarsi », *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 507-526.

49 V. M. VOLPI, « La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza », *Costituzionalismo.it*, n° 1/2020, p. 54-56.

L'aspect le plus frappant est que les nombres, en dépit de leur froideur apparente, ne sont pas des données neutres<sup>50</sup>. La législation électorale tient compte, soit implicitement soit explicitement, des dimensions des assemblées<sup>51</sup>. Les règlements parlementaires font référence à plusieurs quorums : au moins vingt députés sont requis, par exemple, pour que l'on puisse constituer un groupe à la Chambre des députés. Dans les semaines qui ont précédé le référendum constitutionnel des 20 et 21 septembre 2020, certains partisans du « oui » ont affirmé que le chemin des réformes dite « conséquentielles » serait emprunté immédiatement après l'entrée en vigueur de la réforme<sup>52</sup>. Il n'en fut presque rien : certes il est nécessaire de tenir compte de la pandémie et de la grave crise du système politique qui a amené à la formation d'une majorité d'unité nationale. Toutefois, il nous est tout de même permis de douter du sérieux de certains de ces projets, basés dès le début sur le malentendu d'une réforme qui visait moins à améliorer le travail parlementaire qu'à sanctionner les élus. Alors que le Sénat a adapté son règlement intérieur pour prendre en compte la réduction de plus d'un tiers de ses effectifs, la Chambre des députés n'a même pas réussi à modifier son règlement avant la conclusion de la 18<sup>e</sup> législature<sup>53</sup>. La loi électorale utilisée pour l'élection des députés et des sénateurs, quant à elle, n'a pas été modifiée, faute de consensus politique<sup>54</sup>.

### C. Contestation de la prohibition du mandat impératif et nouvel essor de la démocratie directe

De même, il est utile d'apprécier les conséquences d'une proposition de réforme constitutionnelle inaboutie, portée par le Mouvement 5 étoiles, à la saveur typiquement populiste : l'abolition de l'interdiction du mandat impératif, que la Commission de Venise a qualifiée de « clé de voûte du constitutionnalisme démocratique européen »<sup>55</sup>. Dès leur entrée au Parlement, les représentants du M5S ont constamment ciblé l'art. 67 de la Constitution : selon leurs projets, tout parlementaire qui change de groupe devrait être déclaré déchu de son mandat et une candidature aux élections suivantes devrait lui être interdite. Cette proposition a conduit, en 2017, à modifier le règlement du Sénat (article 14, par. 4), l'objectif étant d'éviter que puissent se former des groupes parlementaires qui ne coïncideraient pas avec des partis réellement présents dans le pays. Or, cette modification vise à lutter contre « l'infidélité » des sénateurs vis-à-vis des groupes parlementaires auxquels ils appartiennent et, dans ses objectifs, elle n'est pas, en soi, « populiste ». Toutefois, son instrumentalisation peut contribuer à la contestation structurelle de l'un des piliers de la démocratie représentative. La question de la révision des règlements parlementaires et la polémique contre le transfugisme – que

50 V. P. CARROZZA, « È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° spécial 2019, p. 81-100.

51 V. G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Editoriale Scientifica, Naples, 2019, p. 126-130.

52 V. notamment S. CECCANTI, « Referendum, perché Sì », *Il Foglio*, 13 août 2020.

53 V. R. IBRIDO, « Prosegue, con ambizioni minime, il percorso di revisione dei Regolamenti parlamentari », *Quaderni costituzionali*, 2022, p. 361-364.

54 V. G. DELLEDONNE, « A Parliament Shaped by the 'Worst Election Law Ever': Cause and Effect in the Upcoming Italian Elections », *Verfassungsblog*, 31 août 2022.

55 Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Rapport sur le mandat impératif et les pratiques similaires*, étude n° 488/2008., CDL-AD (2009) 027, p. 15.

le M5S n'a pas tort d'identifier comme l'un des grands problèmes du système politique italien à l'heure actuelle<sup>56</sup> – sont encore à l'ordre du jour, comme l'a montré la toute dernière réforme du règlement du Sénat. Aux termes du nouvel alinéa 1-bis de l'art. 13 du règlement, les membres du bureau du Sénat – dont les vice-présidents et les questeurs – qui changent de groupe parlementaire sont déchus de leur charge. Curieusement, cette disposition ne s'applique pas au président du Sénat, dont on a essayé de préserver une impartialité apparente<sup>57</sup>.

Enfin, un autre projet de réforme constitutionnelle, introduisant une forme de référendum législatif susceptible de déstabiliser les équilibres du régime représentatif, s'est finalement heurté à de multiples oppositions. Selon ce projet de loi constitutionnelle, qui a finalement été mis de côté, si les chambres n'approuvent pas une initiative citoyenne présentée par au moins 500 000 électeurs dans un délai de 18 mois, il y a lieu à référendum législatif, pourvu que la Cour constitutionnelle l'ait déclaré admissible. Ce projet était évidemment susceptible de donner lieu à une altération profonde des équilibres entre le moment représentatif et le moment plébiscitaire de l'ordre constitutionnel italien<sup>58</sup>.

Toutefois, l'exigence de renforcer la participation citoyenne demeure. Pour s'en rendre compte, il suffit de se tourner vers la législation ordinaire, notamment la loi de 1970 qui règle le référendum abrogatif prévu à l'art. 75 de la Constitution. Les équilibres entre démocratie directe et démocratie représentative pourraient subir de nouvelles modifications à la faveur de l'évolution technologique : en été 2021, lors de la conversion du décret-loi n° 77/2021, un amendement a introduit la possibilité de collecter des signatures numériques pour soutenir une demande de référendum abrogatif. Il pourrait en résulter un nouvel essor de l'instrument référendaire lié à une multiplication des initiatives, dont le contrôle pourrait échapper aux organisations des partis politiques<sup>59</sup>. La pression accrue sur les chambres pourrait bien donner lieu à une forme de délégitimation subtile de la démocratie représentative. Ainsi, cette modification législative – qui ne touche que les modalités techniques de collecte des signatures – pourrait entraîner des modifications constitutionnelles ou législatives ultérieures. Faut-il augmenter le nombre de signatures requises pour demander l'organisation d'un référendum, actuellement fixé à 500 000 ? La Cour constitutionnelle devrait-elle se prononcer sur l'admissibilité d'un référendum avant la fin de la collecte des signatures, afin de ne pas être entraînée dans des querelles farouches<sup>60</sup> ?

56 V. G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism*, *op. cit.*, p. 164.

57 V. R. IBRIDO, « Prosegue, con ambizioni minime, il percorso di revisione dei Regolamenti parlamentari », *op. cit.*, p. 363.

58 V. P. CARETTI, « Il referendum propositivo: una proposta che mal si concilia con una democrazia rappresentativa », *Osservatorio sulle fonti*, n° 2/2019, p. 1-5; A. MORRONE, « L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa? », *federalismi.it*, n° 23/2018, p. 1-13; G. TARLI BARBIERI, « Osservazioni sul d.d.l. A.S. n. 1089 (“Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum”) », *Osservatorio sulle fonti*, n° 2/2019, p. 1-31.

59 V. cependant l'appréciation assez nuancée portée par G. SANDRUCCI, « La digitalizzazione delle firme referendarie: il caso esemplare del referendum “cannabis legale” », *Quaderni costituzionali*, 2022, p. 581-584.

60 V. parmi d'autres, F. PACINI, « Verso un mutamento costituzionale tecnicamente indotto? Note sulla digitalizzazione delle firme per il referendum », *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 942-945; A. PERTICI, « Il referendum abrogativo e il suo procedimento, tra garanzie e ostacoli. Un bilancio complessivo », *Quaderni costituzionali*, 2022, p. 505-510.

## II. Les changements informels

Réfléchir autour de l'influence du populisme sur les changements informels implique tout d'abord d'indiquer comment la doctrine et la jurisprudence constitutionnelles définissent les pratiques, les conventions et les coutumes, c'est-à-dire l'ensemble « des faits dans lesquels la Constitution est immergée »<sup>61</sup>.

Le droit constitutionnel en général, et celui italien en particulier, sont en effet largement déterminés par des ensembles normatifs déformalisés. Pour le cas italien, cela s'explique, tout d'abord, par le fait que le régime parlementaire est encadré de façon assez souple par la Constitution. Par conséquent, des sources informelles, telles que les pratiques, les conventions et les coutumes ont occupé et continuent d'occuper une place importante dans le fonctionnement concret de la forme de gouvernement italienne<sup>62</sup>.

Or, l'attitude de la doctrine et de la Cour constitutionnelle italiennes vis-à-vis de ces phénomènes est ambivalente : elle oscille entre un sentiment de rejet instinctif et la prise de conscience d'une inclusion nécessaire et maîtrisée. En effet, la prise en compte des faits, de la dimension de l'« être », conduit une grande partie des constitutionnalistes italiens à craindre d'être replongés dans le droit constitutionnel politique du XIX<sup>e</sup> siècle, qui décrivait sans prescrire, avant que le tournant positiviste de l'école de Vittorio Emanuele Orlando ne s'impose. Cette crainte est d'ailleurs largement partagée par la doctrine de tous les ordres juridiques qui se sont dotés d'une constitution écrite *via*, entre autres, la formalisation des pratiques constitutionnelles<sup>63</sup>. Dans ces systèmes comment serait-il possible de parler à la fois de rigidité et de souplesse des textes constitutionnels<sup>64</sup> ?

Malgré cette méfiance d'ordre essentiellement culturel, la doctrine italienne, tout comme le juge constitutionnel, ont été obligés de prendre en compte certaines normes informelles qui influencent le fonctionnement concret des institutions. Afin de maîtriser ces sources matérielles – et de les ramener au cadre constitutionnel formel – des distinctions conceptuelles ont été établies entre la pratique, les conventions et les coutumes.

61 R. BIN, « Il fatto nel diritto costituzionale », in *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Jovene, Naples, 2015, p. 21.

62 Concernant l'influence des conventions constitutionnelles sur la forme de gouvernement, nous rappelons le débat entre Leopoldo Elia et Massimo Luciani. Selon le premier auteur, « les normes sur la forme de gouvernement [...] sont ouvertes (dans certaines limites) et susceptibles d'être qualifiées par le système des partis et intégrées par les règles conventionnelles » (L. ELIA, « Governo (forme di) », *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, XIX, 1970, p. 634 et s.). En revanche, selon Massimo Luciani, si pour forme de gouvernement l'on entend « l'ensemble des règles juridiques sur les rapports entre les pouvoirs et les organes constitutionnels titulaires d'attributions décisionnelles de nature politique [...], mises à part les normes écrites, peuvent rentrer dans ce concept les coutumes, même constitutionnelles, mais non les pratiques, y compris sous la forme des conventions, si elles n'ont pas atteint le rang de coutume » (M. LUCIANI, « Governo (forme di) », *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, Annali, III, 2010, p. 538 et s.). Paolo Carnevale exprime une opinion intermédiaire entre les deux en considérant que les conventions constitutionnelles sont un élément qui rentre « dans la forme de gouvernement », si ce n'est pas dans la structure formelle, tout du moins dans son fonctionnement concret. ID., « A Corte... così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale », in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, op. cit., p. 503.

63 A. BARBERA, « Les epifanie del « fatto » nel diritto costituzionale », in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, op. cit., p. 259.

64 C. ESPOSITO, « Consuetudine », in *Enciclopedia del diritto*, IX, p. 463 et s.

La pratique – *prassi* – présuppose l'existence d'un ou plusieurs sujets investis d'un pouvoir public « qui réitèrent dans le temps des faits-actes, ayant une portée juridique »<sup>65</sup>. La pratique « ne définit pas selon le droit, mais elle décrit plutôt le droit comme phénomène »<sup>66</sup>. En d'autres termes, elle a une nature descriptive et ne constitue pas un « devoir être ». Toutefois, la réitération, même inconstante, de la pratique dans le temps<sup>67</sup> induit la Cour constitutionnelle italienne à reconnaître l'existence d'une coutume constitutionnelle<sup>68</sup>.

Or, à la différence de la pratique, la coutume constitutionnelle est une source du droit, formalisée essentiellement par le juge constitutionnel lorsque celui-ci reconnaît qu'une pratique constante, inaugurée à un moment précis par un organe particulier – ce qui distingue la coutume de droit privé de la coutume constitutionnelle – est caractérisée par la *diuturnitas* et l'*opinio iuris*. La pratique se transforme alors en droit prescriptif<sup>69</sup>.

Une catégorie informelle ultérieure, et quelque peu problématique, est celle des « conventions », un terme directement issu de la tradition anglo-saxonne des *conventions of the Constitution*<sup>70</sup>.

Bien que la doctrine ne converge pas autour d'une seule définition<sup>71</sup>, il est possible d'identifier des constantes qui caractérisent les conventions « à l'italienne ». Il s'agit de règles de politique constitutionnelle « révélatrices des équilibres atteints entre des sujets politiques, par rapport à la structure de leurs relations réciproques »<sup>72</sup>. Elles sont « destinées à changer en fonction de l'évolution des conditions historiques et sociales qui les ont générées »<sup>73</sup>.

À la différence des conventions anglo-saxonnes, les conventions italiennes ne touchent pas aux piliers du droit constitutionnel national, ou bien aux principes fondamentaux, ou encore aux règles essentielles de la forme de gouvernement. Elles servent plutôt à combler des lacunes en matière de fonctionnement des organes constitutionnels<sup>74</sup>. En outre, les conventions italiennes sont marquées par un taux d'instabilité bien plus élevé que les conventions anglaises, qui font partie d'une tradition constitutionnelle coutumière solidement installée depuis des siècles. Le seul point de contact entre les concepts de « conventions » développés dans les deux systèmes est alors représenté par la reconnaissance – unanime dans la doctrine italienne – de l'absence de protection juridictionnelle de ces

65 P. CARNEVALE, « A Corte... così fan tutti? », *cit.*, p. 49.

66 G. U. RESCIGNO, « Ripensando alle consuetudini », in G. MOR *et alii* (dir.), *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni e indirizzo politico*, Università degli Studi di Milano, 1999.

67 Cette régularité distingue la pratique du « précédent », qui n'est qu'« un cas isolé » (A. BARBERA, « Intorno alla prassi », in A. BARBERA et T. F. GIUPPONI (dir.), *La prassi degli organi costituzionali*, BUP, Bologne, 2008).

68 Cour const., arrêts n° 129/1981, n° 7/1996 et n° 200/2006. V. P. CARNEVALE, « A Corte... così fan tutti? », *cit.*, p. 50-51.

69 G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970.

70 A. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Basingstoke, Macmillan, 1959, p. 24.

71 V. la reconstruction de Giorgio Grasso qui distingue entre les auteurs qui privilégient les racines contractuelles des conventions (Ugo Rescigno), ceux qui mettent l'accent sur leur origine relationnelle (Gustavo Zagrebelsky) et enfin ceux qui mettent en valeur leur fonction interprétative (Silvio Bartole). ID., « Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico », [<https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/352-giorgio-grasso-forma-di-governo-convenzioni-costituzionali-e-mutamento-del-quadro-politico>], 2019, p. 137.

72 P. CARNEVALE, « A Corte... così fan tutti? », *cit.*, p. 502.

73 *Ibid.*, p. 503. En ce sens, aussi : R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 660.

74 G. U. RESCIGNO, « Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico », *Osservatoriosullefonti.it*, n°2/2018.

règles informelles<sup>75</sup>. Et c'est justement en raison de cette caractéristique que la Cour constitutionnelle italienne refuse de les prendre en compte, en mettant en avant une incompatibilité de fond entre la « méthode conventionnelle » et la « méthode judiciaire » pour la résolution des conflits<sup>76</sup>.

En tant que comparatistes, nous considérons que le recours à cette catégorie propre de la tradition de *common law* est injustifié en Italie, un ordre juridique où les conventions restent irréductiblement liées et subordonnées à un texte, le texte constitutionnel, alors que dans le système anglo-saxon elles occupent une place de premier plan, en contribuant à nourrir de façon déterminante la tradition constitutionnelle coutumière<sup>77</sup>.

Tout comme la Cour constitutionnelle italienne, nous préférons alors l'expression « pratiques », afin d'indiquer si et comment les forces populistes au gouvernement entre mai 2018 et février 2021 ont induit des changements informels en Italie.

Or, il nous semble que dans cette période deux typologies de changements informels se sont produites. En premier lieu, on a assisté à l'adoption de pratiques, parfois même *contra constitutionem* qui, sans transformer l'existant, ont, plus modestement, contribué à amplifier des tendances en cours (A). En deuxième lieu, nous avons identifié une opération de détournement d'une pratique déjà installée, selon le schéma du mimétisme (B). Enfin, un précédent tout nouveau s'est imposé à l'attention des constitutionnalistes — le contrat de gouvernement (C).

## A. L'amplification d'une tendance déjà installée : l'affaiblissement du Parlement

Le déclin de la centralité du Parlement italien est une tendance qui a commencé à s'affirmer au début des années 1990 et qui, depuis, n'a pas arrêté de s'amplifier. Les facteurs de ce phénomène sont multiples. Certainement, le coup d'envoi est lancé par l'enquête judiciaire *Mains propres* qui révèle l'existence d'une corruption presque systémique au sein des grands partis politiques. Un sentiment antiparlementaire fort se développe alors au sein de la société civile, instrumentalisé et galvaudé par les nouvelles forces politiques<sup>78</sup>. L'abolition par référendum du scrutin proportionnel pur en 1993 et l'introduction d'un mode de scrutin à tendance majoritaire conduisent en outre à renforcer l'exécutif, qui peut désormais compter sur une majorité parlementaire plus stable.

Ce contexte politico-social conduit à légitimer des pratiques qui affaiblissent le rôle du Parlement et auxquelles ont recours tous les gouvernements, indépendamment des forces politiques au pouvoir<sup>79</sup>.

75 G. GRASSO, « Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico », *cit.*, p. 139.

76 P. CARNEVALE, « A Corte... così fan tutti? », *cit.*, p. 44-46.

77 De ce même avis, A. BARBERA, « Les épifanies del « fatto » nel diritto costituzionale », *cit.*, p. 258 ; R. BIFULCO, « Le riflessioni della cultura giuspubblicistica sulle convenzioni costituzionali », *Diritto e società*, 1992, p. 31 et s.

78 D. DELLA PORTA et A. VANNUCCI, « Corruption and Anti-corruption: The Political Defeat of "Clean Hands" in Italy », *West European Politics*, 30 (4), 2007, p. 830-853.

79 Il suffit de rappeler le recours constant et abusif aux décrets-lois ou la pratique, également installée, des maxi-amendements, c'est-à-dire le recours à une loi composée d'un seul article et de milliers d'alinéas touchant à des domaines très variés, approuvée en passant par la procédure du vote de confiance, ce qui exclut tout débat parlementaire. V. F. PACINI, « Populism and Law-Making Process », in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (dir.), *Italian Populism and Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 129.

En 2018, une fois le gouvernement populiste formé, certaines pratiques en droit parlementaire se sont nettement accentuées, en mettant en exergue l'une des caractéristiques principales des populistes : même au pouvoir, ils mènent une campagne électorale permanente. Dans le cas italien, cette tendance était exacerbée par les fortes divergences existantes entre les deux partis populistes alliés. Ainsi, chaque parti, tout en travaillant avec l'autre, se préparait à un éventuel renversement de gouvernement et à de nouvelles élections.

Les instruments de contrôle parlementaire du gouvernement, tels que les commissions d'enquête et les questions orales, ont alors été utilisés dans un but de propagande par les partis de la majorité (2). D'autres pratiques étaient spécifiques à l'agenda politique du Mouvement 5 étoiles, qui prône l'abolition du mandat impératif et qui, faute d'une révision constitutionnelle en ce sens, a encouragé une application exacerbée du principe de transparence (1).

En définitive, les principes et les mécanismes du droit parlementaire, tels que la transparence, les commissions d'enquête ou le *question time* qui, en soi, n'ont rien de « populiste » et répondent aux exigences de l'État de droit, se sont pliés aux finalités des forces au pouvoir, en privant de son rôle le Parlement, réduit désormais à une vitrine médiatique.

### 1. *La transparence à tout prix*

Sous l'impulsion des parlementaires du Mouvement 5 étoiles, le principe de transparence des travaux parlementaires a été porté à ses extrêmes conséquences, au détriment d'autres principes tout aussi essentiels au bon déroulement de la vie démocratique. Le mouvement lie en effet ce principe à l'un des points forts de son programme, l'exigence d'un mandat impératif des représentants<sup>80</sup>. Faute de pouvoir réviser l'article 67 de la Constitution – qui interdit le mandat impératif –<sup>81</sup>, la pratique exacerbée de la transparence permettrait alors de soumettre les élus à un contrôle constant de la part de leurs électeurs. Toutefois, l'utilisation institutionnelle d'Internet par le Parlement et l'utilisation individuelle d'Internet par les parlementaires « défient la configuration traditionnelle du mandat représentatif »<sup>82</sup>.

Un premier exemple est fourni par la violation du secret de vote. Comme il est notoire, le vote secret au Parlement est un outil normalement prévu dans les délibérations portant sur l'élection à certaines fonctions ou portant sur des questions touchant aux droits fondamentaux ou sur des sujets sensibles. Le secret du vote garantit la liberté de conscience des députés qui peuvent éventuellement voter contre la position officielle du parti auquel ils appartiennent. Or, au détriment de ces exigences, dans certaines situations, des députés du M5S ont utilisé leurs comptes de médias sociaux pour faire des déclarations de vote, en dévoilant ainsi leurs préférences<sup>83</sup>.

80 A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Naples, 2018 ; G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism*, *op. cit.*, p. 147-170.

81 N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milan, 1991.

82 C. FASONE, « Is There a Populist Turn in the Italian Parliament? Continuity and Discontinuity in the Non-legislative Procedures », in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (dir.), *Italian Populism and Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 53.

83 F. BIONDI DAL MONTE, « Svelare il voto. La percezione del voto parlamentare tra comunicazione politica e rappresentanza », *Osservatorio sulle fonti online*, n°2/2017, [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), p. 16 et s.

Encore, en violation du règlement intérieur qui fait des rapports sommaires le moyen ordinaire d'assurer la visibilité des réunions des commissions dans les deux chambres, des députés du M5S ont de temps à autre diffusé via Facebook ou d'autres réseaux sociaux les réunions de commission auxquelles ils avaient participé. La diffusion en continu des réunions de commission peut nuire à la qualité des négociations qui précèdent la décision. Le huis clos d'une commission parlementaire est en effet censé favoriser l'examen approfondi et spécialisé de la question en jeu, en vue de renforcer l'authenticité de la discussion et la réalisation d'un compromis politique<sup>84</sup>.

La même diffusion impropre sur les réseaux sociaux, *via* les téléphones portables des parlementaires du M5S, s'est produite lors de réunions de la Conférence des groupes parlementaires ou bien du bureau de la Chambre<sup>85</sup>.

Le principe de transparence de la vie parlementaire est ainsi dégradé à des fins de propagande politique et de contournement du mandat représentatif.

## 2. *L'instrumentalisation des mécanismes de contrôle parlementaire du gouvernement*

À l'arrivée des forces populistes au pouvoir, une augmentation très significative de propositions de création de commissions d'enquête parlementaire<sup>86</sup> a été enregistrée<sup>87</sup>. Bien que le taux de réussite de ces propositions ait été assez bas, l'intensification du recours aux commissions d'enquête révèle l'instrumentalisation de cette procédure par les forces populistes. En particulier, le Mouvement 5 étoiles, même s'il était un parti de la majorité gouvernementale, a intégré ces propositions dans sa stratégie de contestation permanente et dans son discours manichéen opposant les amis et les ennemis. Le parti à l'opposition *Fratelli d'Italia* a fait de même. L'ampleur des thèmes faisant l'objet d'une demande de création d'une commission d'enquête<sup>88</sup> par ce parti post-fasciste, populiste et souverainiste – devenu par ailleurs le parti majoritaire après les élections du 25 septembre 2022 – rend compte de sa volonté d'utiliser les enquêtes parlementaires comme « un outil ordinaire dans la poursuite de sa stratégie populiste »<sup>89</sup>.

84 C. FASONE, « Is There a Populist Turn in the Italian Parliament? Continuity and Discontinuity in the Non-legislative Procedures », *cit.*, p. 54-55.

85 *Id.*, p. 55.

86 Réglementées par l'art. 82 de la Constitution italienne.

87 Au début de la 18<sup>e</sup> législature, en un an et demi, il y a eu 94 propositions de loi pour créer des commissions d'enquête bicamérales, 22 propositions de commissions d'enquête monocamérales ont été déposées au Sénat, et 37 à la Chambre. V. Chambre des députés, 18<sup>e</sup> législature, Doc. XXII, n° 17 et 36.

88 Les domaines intéressés vont du système de santé et son financement, à l'administration locale, à la crise bancaire, à l'accueil des migrants, aux abus sur les mineurs, au féminicide, à un meurtre individuel et médiatisé.

89 C. FASONE, « Is There a Populist Turn in the Italian Parliament? », *cit.*, p. 60. L'existence de plusieurs stratégies populistes est démontrée par le fait que la Lega, à la différence des autres partis, a été très rarement à l'initiative de propositions de création de commissions d'enquête, à la fois, quand elle était à l'opposition – sous la 17<sup>e</sup> législature – et quand elle s'est retrouvée à gouverner. V. Chambre des députés, 18<sup>e</sup> législature, Doc. XXII, n° 26.

Lorsqu'une commission d'enquête sur le système bancaire et financier a été instituée sous la proposition du M5S (parti au gouvernement) et de Fratelli d'Italia et de Forza Italia (partis à l'opposition) des violations des pratiques et des normes régissant le fonctionnement des commissions d'enquête ont été relevées. Tout d'abord, la loi n° 28 de 2019 instituant la commission a contredit une pratique qui était devenue la règle depuis les années 1990, à savoir l'élection du président de la commission d'enquête parmi ses membres. La loi prévoit, au contraire, la désignation du président par les présidents des deux chambres d'un commun accord (art. 2). Ensuite, le mandat que le Parlement a accordé par la loi à cette commission prévoyait un champ d'intervention trop large, qui risquait de se heurter à la Constitution et notamment au principe de la séparation des pouvoirs, la commission pouvant empiéter sur le pouvoir judiciaire, ou sur d'autres institutions, telles que les autorités indépendantes du marché<sup>90</sup>.

Ces préoccupations ont été clairement exposées dans la lettre que le président de la République a envoyée aux présidents de la Chambre et du Sénat lors de la promulgation de la loi<sup>91</sup>.

Le changement de gouvernement intervenu en 2019 a de fait retardé l'activité des commissions d'enquête qui apparaissaient comme les plus problématiques.

La procédure des questions orales des parlementaires aux membres du gouvernement<sup>92</sup> a également été très sollicitée<sup>93</sup>. Toutefois, comme dans le cas des commissions parlementaires, le but premier des questions orales – qui est celui de renforcer le contrôle parlementaire, et en particulier celui de l'opposition sur l'activité gouvernementale<sup>94</sup> – a été largement détourné. En outre, de nouvelles pratiques – ou plutôt des précédents – se sont installées en raison de la configuration particulière du gouvernement qui s'est formé en 2018.

Notamment, la plupart des questions ont été adressées non au Premier ministre – devenu une figure d'arbitrage – mais aux deux vice-présidents, Luigi Di Maio (M5S) et Matteo Salvini (Ligue), qui étaient en même temps ministres – respectivement du Développement économique et de l'Intérieur – et leaders des deux forces populistes alliées<sup>95</sup>. En outre, alors qu'auparavant les questions orales des parlementaires portaient habituellement sur des mesures, des décisions politiques précises, lorsqu'il est fait appel aux deux vice-présidents, les sessions des questions se transforment en débats politiques très conflictuels et portent sur les personnes mêmes des ministres-présidents, au point que parfois les présidents des chambres sont obligés de suspendre la session, compte tenu de la violence des échanges et des gestes<sup>96</sup>.

90 Pour une présentation détaillée de cette affaire v. C. FASONE, « Is There a Populist Turn in the Italian Parliament? », *cit.*, p. 61-62.

91 [<https://www.quirinale.it/elementi/26206>].

92 Art. 128 du Règlement de la Chambre des députés et art. 145 du Règlement du Sénat.

93 C. FASONE, « Is There a Populist Turn in the Italian Parliament? », *cit.*, p. 61.

94 V. L. GIANNITI et N. LUPO, (2018). *Corso di diritto parlamentare*, 3<sup>e</sup> éd., Il Mulino Bologna, 2018.

95 G. GRASSO, « Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico », *cit.*, p. 159 et s.

96 V. Sénat de la République italienne, 18<sup>e</sup> législature, *verbatim* rapport, session n° 27 du 26 juillet 2018.

Le *question time* devient donc un moment à haute tension politique et il est instrumentalisé en ce sens. Ainsi, il arrive, pour la première fois, qu'en raison des divergences entre les deux forces politiques alliées, des parlementaires de la Ligue et/ou du M5S posent des questions aux ministres de l'autre parti, afin d'effectuer un contrôle intracoalition sur les réformes qui ne font pas consensus<sup>97</sup>.

La diffusion à la télévision et sur les réseaux sociaux du *question time* accentue davantage l'utilisation de cet instrument dans un but de propagande. Les ministres ont tendance à se tourner directement vers les caméras et les débats se transforment rapidement en confrontations spectaculaires. Ce phénomène finit par priver le Parlement de son rôle de médiation entre les instances sociétales et l'État en contribuant à l'affaiblir ultérieurement<sup>98</sup>.

## B. Le détournement d'une pratique installée : la nomination d'un « expert » au poste de ministre de l'Économie

De façon apparemment surprenante, les alliés populistes, en 2018, lors de la formation du gouvernement, ont respecté celle qui est désormais devenue une pratique consolidée depuis 1996 : la nomination d'un expert indépendant, non directement lié à un parti politique, au poste de ministre de l'Économie.

Cette pratique s'inscrit dans le processus de construction européenne. Elle est inaugurée en effet en 1996 par la nomination de Carlo Azeglio Ciampi, et juste trois ans après est lancée la troisième phase de l'Union économique et monétaire. Depuis, la nécessité de tenir compte de la « contrainte extérieure », notamment européenne, en matière de finances publiques conduit toutes les forces politiques à choisir des personnes dotées d'une reconnaissance nationale, voire internationale, qui ont souvent fait une carrière importante au sein de la Banque d'Italie, et qui sont portées par des sentiments pro-européens<sup>99</sup>.

En 2018, la coalition populiste a partiellement tenté d'innover cette pratique en proposant pour le poste de ministre un académicien économiste, certes, mais anti-Européen affirmé, Paolo Savona. Comme nous le développerons dans la partie III, le président de la République a empêché que cela se produise, et la coalition populiste a finalement proposé un autre économiste, universitaire, Giovanni Tria, président de l'École nationale d'administration.

Cette continuité, quelque peu forcée, s'est révélée être avantageuse pour la coalition populiste. En effet, la Ligue tout comme le M5S manifestaient une attitude très hostile vis-à-vis de toute contrainte budgétaire de l'Union européenne, accusée d'être non démocratique et attentatoire de la souveraineté nationale. Or, la nomination d'un ministre de l'Économie étranger à la coalition, pro-européen

97 C'est le cas notamment pour la réforme de la justice et l'introduction d'une aide sociale qui a fait grand débat, le *reddito di cittadinanza*. V. Chambre des députés, 18<sup>e</sup> législature, verbatim rapport, 75<sup>e</sup> session du 31 octobre 2018 et Sénat, 18<sup>e</sup> législature, verbatim rapport, 107<sup>e</sup> session du 4 avril 2019.

98 F. PACINI, « Populism and Law-Making Process », *cit.*, p. 124.

99 Carlo Azeglio Ciampi (1996–99), Domenico Siniscalco (2004–05), Tommaso Padoa-Schioppa (2006–2008), Mario Monti (2011–2012), Vittorio Grilli (2012–2013), Fabrizio Saccomanni (2013–2014), and Pier Carlo Padoan (2014–2018).

et proche du président de la République a permis aux deux vice-présidents Di Maio et Salvini de se désolidariser de politiques économiques qui auraient pu être considérées comme impopulaires, et de poursuivre des réformes difficilement viables financièrement<sup>100</sup>. De son côté, le ministre Tria, en prenant appui sur les institutions européennes, a pu agir avec une certaine indépendance, se soustrayant aux pressions des deux partis populistes<sup>101</sup>.

Cette situation paradoxale, qui a conduit de fait à la violation du principe de la collégialité du gouvernement, rend compte de l'ambiguïté de l'action des populistes au gouvernement. Bien qu'au pouvoir, les forces populistes ont toujours besoin de nourrir la rhétorique ami-ennemi et de montrer leur attachement à une logique antisystème. C'est la condition même de leur existence en tant que mouvements populistes puisque, une fois au pouvoir, s'ils se font happer par le « système », ils risquent de perdre une grande partie de leur électorat et de se faire remplacer par d'autres forces populistes<sup>102</sup>. Cette « ambiguïté constitutive »<sup>103</sup> se reflète clairement dans des pratiques constitutionnelles qui apparaissent contradictoires et qui peuvent, comme dans ce cas, se retourner contre les populistes eux-mêmes.

### C. L'introduction d'un précédent : le contrat pour le gouvernement du changement

La formation du gouvernement populiste dirigé par Giuseppe Conte en 2018 a été caractérisée par un précédent constitutionnel<sup>104</sup> de très grand intérêt. Afin de souder une alliance entre deux forces populistes dont les programmes politiques divergeaient sur plusieurs aspects, les leaders de la Lega, Matteo Salvini, et du M5S, Luigi Di Maio, ont décidé de rédiger un contrat *Pour le gouvernement du changement*<sup>105</sup>.

Si les accords de coalition ne sont pas une nouveauté en soi – il s'agit en effet d'une pratique consolidée en Italie et en Allemagne –<sup>106</sup>, la nouveauté, ici, réside dans le recours à un instrument de droit privé dans le cadre d'une procédure de droit public<sup>107</sup>.

100 En ce sens, G. DELLEDONNE, « Populism and Government: Continuity and Paradoxes in the Yellow-Green Experiment », in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (dir.), *Italian Populism and Constitutional Law*, op. cit., p. 144.

101 A. D'ANDREA, « La pervasiva vischiosità della politica italiana: la contraddizione costituzionale del governo del 'cambiamento' e il suo superamento », *Costituzionalismo.it*, 17 (2), 2019, [www.constituzionalismo.it].

102 Les résultats des élections législatives du 25 septembre 2022 montrent clairement que la Ligue principalement à cause de son soutien au gouvernement d'experts guidé par Mario Draghi en 2020 a perdu une très grande partie de son électorat, alors que *Fratelli d'Italia*, un parti populiste qui est toujours resté à l'opposition, est devenu la première force politique du pays.

103 Y. MÉNY et Y. SUREL, « The Constitutive Ambiguity of Populism », in Y. MÉNY, Y. SUREL (dir.), *Democracies and the Populist Challenge*, op. cit., p. 1.

104 Nous ne parlons pas ici de pratique puisque pour l'instant il s'agit d'un cas isolé.

105 [https://download.repubblica.it/pdf/2018/politica/contratto\_governo.pdf].

106 V. F. PASTORE, « Dal programma al contratto di governo », in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 26 juin 2019, p. 2-3; G. DELLEDONNE, « Populism and Government: Continuity and Paradoxes in the Yellow-Green Experiment », cit., p. 141.

107 Si pour la plupart de la doctrine le contrat de gouvernement constitue bien un précédent politico-juridique très singulier, Antonio D'Andrea réduit sa portée à un simple instrument au service d'une stratégie de propagande, v. « Il Forum. La intricata vicenda della formazione del Governo Conte », *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, p. 27-34, [https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/319-il-forum-la-intricata-vicenda-della-formazione-del-governo-conte].

En effet, le contrat a été négocié essentiellement entre Di Maio et Salvini, sans que les partis respectifs soient impliqués dans la phase de l'élaboration. Il s'agit donc d'un acte bilatéral et personnel, qui utilise le jargon du droit privé et qui a été signé devant un notaire<sup>108</sup>. De toute évidence, le *contratto di governo* suit les procédures de publicité du droit privé. En outre, toutes les institutions publiques sont évincées de l'élaboration et de l'approbation du contrat. Les co-contractants sont les deux chefs politiques souscripteurs, alors que les groupes parlementaires, les ministres et même le Premier ministre apparaissent comme les bénéficiaires de l'accord. Les électeurs en revanche sont les « juges » de la conformité entre ce qui a été promis en campagne électorale et ce qui est écrit dans le contrat<sup>109</sup>. Ainsi, une fois le contrat rédigé, seuls les membres des deux partis sont consultés<sup>110</sup>.

Le contrat de droit privé pénètre ensuite dans le droit constitutionnel au moment du vote de confiance du Parlement pour le gouvernement Conte. En effet, en violation de la pratique parlementaire selon laquelle, dans le cadre du vote de confiance, les leaders des partis majoritaires présentent une motion qui se réfère explicitement au discours du Premier ministre devant les Chambres, au Sénat, les deux motions se sont référées non à ce discours, mais directement au contrat *Pour le gouvernement du changement*<sup>111</sup>. Par ce biais, le rapport de confiance entre le parlement et le gouvernement est fondé sur la réalisation des objectifs indiqués dans le contrat<sup>112</sup>.

La rédaction du contrat lors de la formation du gouvernement bouscule également le rôle et la place du président du Conseil<sup>113</sup>. Le contrat est en effet rédigé avant même que Giuseppe Conte ne soit sollicité par les « parties » pour occuper la fonction de Premier ministre. L'acceptation du contrat est par ailleurs l'une des conditions pour que Conte accède à la présidence du Conseil. Lorsque ce professeur de droit privé accepte de diriger le gouvernement, il devient alors le « fiduciaire » des deux parties contractuelles<sup>114</sup>. Plus tard, retrouvant une terminologie publiciste, Conte apparaît comme le garant du contrat lorsque des conflits surviennent entre les deux forces de l'alliance. Son rôle effacé, toutefois, est loin de correspondre à la fonction que la Constitution lui attribue<sup>115</sup>.

Les effets pervers de la privatisation d'une procédure intrinsèquement publique, telle que la formation du gouvernement, sont mitigés par les contradictions internes du contrat et son application concrète. Conscientes de l'existence d'orientations politiques très différentes au sein de cet acte de droit privé, les parties avaient prévu la création d'un comité de conciliation, afin de résoudre leurs éventuels désaccords. Toutefois, ce comité n'a jamais été institué. Ainsi, dans la pratique quotidienne,

108 V. A. MORELLI, *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale scientifica, Naples, 2018.

109 M. CARDUCCI in « Il Forum. La intricata vicenda della formazione del Governo Conte », *cit.*, p. 27.

110 La Lega ouvre le vote à tous les citoyens.

111 N. PETRUCCO, « Le mozioni di fiducia al Governo Conte: rottura o continuità? », *Osservatorio sulle fonti*, 11(2), 2018, [www.osservatoriosullefonti.it].

112 M. D'AMICO in « Il Forum. La intricata vicenda della formazione del Governo Conte », *cit.*, p. 29.

113 C. PINELLI in « Il Forum. La intricata vicenda della formazione del Governo Conte », *cit.*, p. 31.

114 G. DELLEDONNE, « Populism and Government: Continuity and Paradoxes in the Yellow-Green Experiment », *cit.*, p. 142.

115 A. MANZELLA, « Centralità proclamata ma difficile senza rispetto per opposizione e minoranze », *Quaderni costituzionali*, 38(3), 2018, p. 667-671 ; G. GRASSO, « Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico », *cit.*, p. 159.

le contrat a été utilisé alternativement par Di Maio et par Salvini en tant qu'instrument de rappel à l'ordre réciproque, lors des nombreuses situations de conflit. Lorsque, un an après, la rupture de l'alliance est formalisée, le contrat ne peut rien contre la chute du gouvernement<sup>116</sup>. L'instrument de droit privé a prouvé alors sa fragilité face à la force du politique.

### III. Les résistances institutionnelles aux dérives populistes

Selon une opinion doctrinale largement répandue, les constituants italiens ont refusé de consacrer une approche de « démocratie de combat » à l'allemande<sup>117</sup>. Par conséquent, de véritables instruments de lutte contre les populismes et leurs dérives n'existent pas à proprement parler dans l'ordre juridique italien. Toutefois, l'observation des équilibres constitutionnels des dix dernières années montre que les institutions existantes, en appliquant le droit positif et en s'appuyant sur leurs pratiques consolidées, ont souvent contrebalancé les excès des mouvements populistes. Nous pouvons identifier, d'une part, des formes de résistances « ordinaires » qui s'inscrivent pleinement dans le cadre juridique qui précède les gouvernements populistes (A); et, d'autre part, des formes de résistance « extraordinaires » qui, tout en opérant dans la continuité par rapport au cadre juridique antérieur, présentent des éléments d'innovation indiscutables (B).

#### A. Les formes de résistances ordinaires

La Constitution de la République italienne est, tout comme la Loi fondamentale allemande, l'un des textes fondateurs de l'État constitutionnel d'après-guerre; c'est dire qu'elle se caractérise par la présence d'un cadre axiologique fort, d'institutions indépendantes et d'une forte mise en valeur du pluralisme politique, social et territorial. L'aptitude du *constitutional design* à freiner les phénomènes de régression constitutionnelle est un sujet qui fait débat à l'échelle internationale<sup>118</sup>; cependant, l'évolution institutionnelle italienne semble démontrer que le cadre procédural et substantiel défini par la Constitution est en mesure d'atténuer et même de canaliser certaines dérives. Dès lors, nous prendrons en compte le rôle qu'ont su jouer la magistrature ordinaire, les assemblées parlementaires et la Cour constitutionnelle.

La vague populiste d'après 2008 s'est accompagnée d'une restructuration significative du système politique italien. La montée en puissance du Mouvement 5 étoiles, un « non-parti » régi par des « non-statuts » et longtemps dominé par la figure charismatique de Beppe Grillo, a donné lieu à de nouveaux questionnements sur le droit des partis politiques, déjà en crise profonde au moins depuis le tournant des années 1992-1993. À l'intérieur du M5S, la sélection des candidats, fondée en principe sur

116 Il est à noter que le contrat ne prévoyait pas de sanctions en cas de violation du programme annoncé.

117 V. parmi d'autres S. CECCANTI et D. TEGA, « La protezione della democrazia dai partiti antisistema: quando un'esigenza può diventare un'ossessione », in A. DI GIOVINE (dir.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Turin, 2005, p. 37-74; A. GATTI, *Modelli di protezione della democrazia costituzionale a confronto. Studio sui limiti della libertà di associazione religiosa*, thèse défendue à l'Université de Pise, 2021, p. 344-384.

118 V. p. ex. W. SADURSKI, *On the Relative Irrelevance of Constitutional Design: Lessons from Poland*, Sydney Law School Research Paper No. 19/34.

la participation de la base, est souvent allée de pair avec des processus décisionnels dirigés d'en haut. Des consultations primaires organisées au niveau municipal – les *comunarie* – ont été précédées par l'expulsion de nombreux membres du Mouvement. La magistrature ordinaire, en appliquant les dispositions du Code civil relatives aux associations non reconnues, en soi assez laconiques, a souvent censuré les mesures antidémocratiques adoptées par le leadership du Mouvement 5 étoiles<sup>119</sup>. Plus récemment encore, le Tribunal de Naples a suspendu à titre conservatoire les statuts du Mouvement, qui avaient été modifiés avant que l'ancien président du Conseil Conte ne se porte candidat à la présidence du Mouvement<sup>120</sup>. En juillet 2022, cette décision n'a pas été confirmée par le même Tribunal dans son arrêt définitif. Dans le droit fil de ce que nous avons signalé plus haut, ces décisions de justice sont révélatrices de la relation tourmentée entre populisme et principes constitutionnels: alors que les juges ont arrêté certains dérapages en s'appuyant surtout sur le Code civil, une partie de la doctrine a critiqué le fait que cette construction prétorienne d'un droit des *nouveaux* partis politiques se fasse « dans l'absence persistante d'une *loi* italienne sur les partis politiques »<sup>121</sup>.

En outre, les règles sur le fonctionnement interne du Parlement, et notamment la discussion parlementaire – dans le cadre d'un mode de scrutin tendanciellement proportionnel et d'un régime parlementaire faiblement rationalisé – ont permis de nuancer certains projets de réforme constitutionnelle, en éliminant leurs aspects les plus problématiques. C'est notamment le cas du référendum législatif. D'un autre point de vue, le parcours du premier gouvernement Conte, qui aurait dû s'engager « dans une action gouvernementale fondée sur le “Contrat de gouvernement”, conforme à son contenu et cohérente avec son profil programmatique », s'est terminé par une crise parlementaire classique en août 2019<sup>122</sup>.

La Cour constitutionnelle, quant à elle, a continué d'exercer ses fonctions: certaines dispositions très controversées des « décrets sécurité » portés par Matteo Salvini, chef de file de la Ligue et ministre de l'Intérieur du premier gouvernement Conte, ont été déclarées inconstitutionnelles<sup>123</sup>. La Cour a également stigmatisé, sans pour l'instant aller plus loin, les aspects les plus problématiques d'un processus législatif qui finit souvent par mortifier les prérogatives des assemblées parlementaires. C'est ce qu'il est arrivé, par exemple, par rapport au processus d'adoption des lois budgétaires des dernières années sous les premier et second gouvernements Conte, lorsque les parlementaires n'ont disposé que de quelques heures pour prendre connaissance des textes soumis à leur examen<sup>124</sup>.

119 Tribunal de Rome, 12 avril 2016; Tribunal de Naples, 14 juillet 2016; Tribunal de Gênes, 10 avril 2017. V. E. CATERINA, « Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei tribunali di Napoli e di Roma », *Osservatorio sulle fonti*, n° 3/2016, p. 1-19; G. GRASSO, « La cifra democratica del Movimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione », *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 616-619.

120 Tribunal de Naples, 3 février 2022. V. D. CODUTI, « L'organizzazione del M5S nel nuovo statuto: equilibrio tra poteri o equilibrio di potere? », *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n° 3/2021, p. 505-517.

121 E. CATERINA, « La riduzione civilistica del partito politico: appunti su due recenti sentenze dei Tribunali di Palermo e di Massa », *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n° 1/2022, p. 28.

122 V. A. MANZELLA, « Il presidente del governo », in S. CASSESE, A. MELLONI, A. PAJNO (dir.), *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana. Storia, politica, istituzioni*, Laterza, Roma-Bari, 2022, p. 1181; M. OLIVETTI, « La crisi di governo del 2019: dallo scioglimento mancato al rovesciamento delle alleanze », in B. CARAVITA, F. FABRIZZI, V. LIPPOLIS, G. M. SALERNO (dir.), *La nascita dei Governi della Repubblica 1946-2021*, Giappichelli, Turin, 2022, p. 1056.

123 Cour constitutionnelle, arrêts n° 194/2019, 195/2019 et 186/2020.

124 Cour constitutionnelle, *ordinanze* n° 17/2019 et 60/2020.

Dans l'ensemble, ces décisions ont généralement été accueillies sans que les défenseurs des mesures censurées ne se livrent à des excès polémiques, ce qui témoigne de l'ancrage de la justice constitutionnelle en Italie.

Une remarque ultérieure s'impose au sujet de la Cour constitutionnelle. La « capture » des cours constitutionnelles et d'autres institutions indépendantes par des majorités populistes a été beaucoup évoquée ces derniers mois<sup>125</sup>. L'indépendance de la Cour italienne est protégée, du moins dans une certaine mesure, par sa composition mixte, qui fait que la « capture partisane » soit plus difficile à réaliser qu'en Hongrie ou ailleurs en Europe de l'Est. Le Parlement, les cours suprêmes et le chef de l'État sont impliqués dans la désignation des juges constitutionnels. Par conséquent, une majorité passagère ne pourrait envisager de prendre le contrôle de la Cour constitutionnelle en l'espace d'une législature<sup>126</sup>.

## B. Les formes de résistance extraordinaires ou présentant des éléments d'innovation

Dans la période des gouvernements populistes, le président de la République, tout en demeurant dans son rôle de garant de la Constitution et des institutions, a consolidé des pratiques anciennes, tout en introduisant certaines innovations. Par ce biais, il a de fait freiné certaines dérives des populistes. Ces innovations sont d'autant plus significatives que le président Mattarella a pris soin de souligner qu'elles s'inscrivent dans la continuité de la fonction présidentielle.

Il faut tout d'abord souligner que le président en exercice a toujours fait preuve d'ouverture, du moins dans ses intentions, à l'égard des nouveaux mouvements qui ont émergé au cours de la dernière décennie. Lors de son premier discours d'investiture, en janvier 2015, Sergio Mattarella avait évoqué la crise de la représentation et des instruments traditionnels de participation, tout en saluant l'avènement de nouvelles tendances au niveau sociétal<sup>127</sup>. Il y est revenu dans son second discours d'investiture, le 3 février 2022 : « Le Parlement a devant lui une tâche de grande envergure dès lors qu'il peut, en se donnant de nouvelles règles, favoriser la participation ». Plus généralement, le sens de l'action du président Mattarella peut être décrit comme une tentative d'intégrer dans les engrenages de la démocratie représentative les mouvements antisystème, le premier d'entre eux étant le Mouvement 5 étoiles<sup>128</sup>. Cette attitude s'est probablement manifestée une nouvelle fois dans la foulée des élections générales du 25 septembre 2022, à l'occasion de la formation du gouvernement Meloni.

125 A. ARATO, « Populism, Constitutional Courts, and Civil Society », in C. LANDFRIED (dir.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 318-341 ; W. SADURSKI, *A Pandemic of Populists*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 112-126.

126 V. A. CARDONE, « La composizione della Corte costituzionale, tra riforme "dirette", "indirette" e mancate », *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 29-30.

127 Toutes les interventions publiques du président de la République peuvent être consultées sur [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it).

128 V. G. DELLEDONNE et L. GORI, « Il primo settennato di Sergio Mattarella. Una presidenza di consolidamento », in D. PARIS (dir.), *Il primo mandato di Sergio Mattarella. La prassi presidenziale tra continuità ed evoluzione*, Editoriale Scientifica, Naples, 2022, p. 460-461.

En même temps, Sergio Mattarella a affirmé à plusieurs reprises que l'une des tâches du chef de l'État est celle de « préserver le rôle, les pouvoirs et les prérogatives de l'institution qu'il reçoit de son prédécesseur et qu'il doit transmettre à son successeur dans leur intégralité, en les exerçant pleinement jusqu'au dernier jour de son mandat »<sup>129</sup>. Comme nous l'avons déjà souligné, les acteurs populistes peuvent poser un défi à l'ordre constitutionnel existant : ils essaient moins de le renverser que de le « parasiter », en s'appuyant sur une lecture unilatérale de certaines normes. Il y a donc là un risque majeur pour le président de la République, « la plus difficile et insaisissable des fonctions publiques prévues par l'ordre constitutionnel en vigueur ». En effet, « les lacunes de la Constitution et les réticences des constituants ont fait en sorte – il en est encore ainsi – que toute cette matière se situe, en fin de compte, aux limites du droit constitutionnel ; c'est dire que le président est demeuré et a été laissé au stade d'une institution dépassant le monde juridique, plutôt située sur le plan des réalités éminemment politiques »<sup>130</sup>. D'où la pertinence de l'effort de Sergio Mattarella de réaffirmer soigneusement la signification et l'étendue des pouvoirs présidentiels à l'intérieur de l'ordre constitutionnel.

### 1. *Le pouvoir de nomination des ministres*

Un exemple est représenté par l'innovation du rôle du président de la République dans la nomination des ministres. Aux termes de l'art. 92 de la Constitution, le président de la République nomme le président du Conseil « et, sur la proposition de celui-ci, les ministres ». Normalement, le président de la République ne fait qu'entériner les propositions du président du Conseil fraîchement nommé, qui sont le résultat des négociations entre les partis de la majorité gouvernementale. Nous savons, cependant, que le chef de l'État a parfois refusé tel ou tel ministre qu'on lui proposait de nommer. Cela s'est produit pour des raisons d'opportunité au sens large (Cesare Previti en 1994, Roberto Maroni en 2001, Nicola Gratteri en 2014 ; mais on peut remonter plus loin dans le temps). Les présidents du Conseil de l'époque – respectivement Silvio Berlusconi et Matteo Renzi – s'inclinèrent à la volonté des présidents de la République, les raisons de ces conflits n'étant pas rendues publiques.

En doctrine, alors que certains auteurs penchent pour la nature contraignante des propositions de nomination formulées par le président du Conseil désigné<sup>131</sup>, d'autres estiment qu'il s'agit d'un *acte dual*, marqué par le concours des volontés du chef de l'État et du nouveau chef du gouvernement<sup>132</sup>.

Lors de la nomination des ministres du premier gouvernement Conte, en mai 2018, le président de la République s'est opposé à la nomination au poste de ministre de l'Économie et des Finances de Paolo Savona, un universitaire, par ailleurs ancien ministre de l'Industrie, qui est l'auteur d'écrits prônant la sortie de l'Italie de la zone euro. La proposition de nommer le professeur Savona était d'autant plus significative que le contrat signé par Di Maio et Salvini demeurait plutôt ambigu sur

129 Message de fin d'année, 31 décembre 2021 (<https://www.quirinale.it/elementi/61816>). Ces paroles font allusion à une citation célèbre de Luigi Einaudi, premier président de la République élu après l'entrée en vigueur de la Constitution.

130 L. PALADIN, « Presidente della Repubblica », in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Giuffrè, Milan, 1986, p. 236 ; v. également G. M. SALERNO, « La Presidenza della Repubblica tra centralità ed evoluzione », in D. PARIS (dir.), *Il primo mandato di Sergio Mattarella*, op. cit., p. 504-505.

131 V. L. PALADIN, L. A. MAZZAROLLI et D. GIROTTO, *Diritto costituzionale*, 4<sup>e</sup> édition, Giappichelli, Turin, 2018, p. 410.

132 V. parmi d'autres A. D'ANDREA, « Art. 92 », in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (dir.), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Turin, 2006, p. 1777 et s.

l'engagement européen du pays. On pouvait donc craindre que les deux partenaires de la nouvelle majorité ne se préparent en catimini à entraîner l'Italie en dehors de la zone euro (et, par conséquent, de l'Union européenne). Le président a expliqué les raisons de son refus dans une déclaration publique qui a donné lieu à un conflit très dur avec le M5S et la Ligue. Grands vainqueurs des élections générales du 4 mars 2018, pendant quelques jours ces deux partis ont ouvertement évoqué la possibilité d'une mise en accusation du chef de l'État selon la procédure de l'art. 90 de la Constitution. À cause du refus de Conte de revenir sur ses pas, le désaccord s'est manifesté en plein jour, ce qui a représenté une rupture évidente avec la pratique institutionnelle des décennies précédentes, marquée par la confidentialité des échanges entre le président de la République et les chefs de parti ainsi que par une attitude collaborative, parfois à contrecœur, de ces derniers<sup>133</sup>.

La crise a finalement été résolue quelques semaines plus tard : le gouvernement Conte a pu prendre ses fonctions, mais Paolo Savona a été nommé au poste, moins exposé politiquement, de ministre des Affaires européennes. Entre-temps, Mattarella est revenu à plusieurs reprises sur l'étendue du pouvoir présidentiel de nomination des ministres, en se référant aux précédents créés par ses prédécesseurs, de Luigi Einaudi à Francesco Cossiga. Une dizaine de jours avant que se manifeste le conflit sur la nomination du professeur Savona, Sergio Mattarella s'était rendu à Dogliani, village piémontais où le deuxième président de la République, Luigi Einaudi, résidait habituellement. Mattarella rappela qu'Einaudi, « tout en cherchant toujours une entente loyale avec le gouvernement et le Parlement... se servit pleinement des prérogatives qui sont attribuées à sa charge à chaque fois qu'il l'estima nécessaire. Ce fut le cas, illuminant, du pouvoir de nomination du président du Conseil des ministres, après les élections de 1953 »<sup>134</sup>. De même, le président Mattarella a largement cité une lettre de son prédécesseur Francesco Cossiga au président du Conseil désigné Giulio Andreotti, dans laquelle on lit que le pouvoir de contrôle du chef de l'État sur la nomination des ministres ne tolère aucune limitation<sup>135</sup>.

Cette insistance sur les précédents et sur la continuité de l'action des présidents successifs s'explique par le style, parfois plutôt difficile à gérer, que les populistes de la dernière génération ont introduit dans la politique italienne. Des conventions constitutionnelles anciennes, réglant les relations entre le président de la République et d'autres acteurs institutionnels, ne sont plus reconnues comme telles : le chef de l'État s'adresse donc aux autres organes constitutionnels et au public afin de justifier publiquement les raisons de ses décisions, pour le présent ou pour l'avenir. Compte tenu de la grande instabilité qui caractérise désormais la vie politique italienne (mais aussi de bien d'autres démocraties européennes), il est loisible de penser qu'en s'appuyant sur l'œuvre de clarification du président Mattarella, ses successeurs pourront (continuer de) utiliser pleinement les prérogatives dont ils disposent en vertu de l'art. 92 de la Constitution.

133 V. C. PINELLI, « Appunti sulla formazione del Governo conte e sulla fine della riservatezza », *Osservatorio costituzionale*, n° 2/2018, p. 409.

134 Allocution prononcée le 12 mai 2018 à l'occasion de la commémoration du 70<sup>e</sup> anniversaire de la prestation de serment et de l'entrée en fonction du président Luigi Einaudi (<https://www.quirinale.it/elementi/1344>).

135 V. G. DELLEDONNE et L. GORI, « Le presidenze della Repubblica rilette dal Quirinale. Potere di esternazione ed esigenze di continuità istituzionale », *Quaderni costituzionali*, 2021, p. 334-336.

## 2. *L'activisme sur le plan international*

Dans la lignée de ses prédécesseurs, le président Mattarella a fait preuve d'un grand activisme sur la scène européenne et internationale. Il suffit de rappeler son rôle lors de l'explosion des tensions franco-italiennes liées à la crise des gilets jaunes en France. L'entretien téléphonique entre le chef d'État italien et le président Emmanuel Macron permit de contrecarrer la sympathie assumée de certains membres du premier gouvernement Conte envers les gilets jaunes.

Par contre, le contrat de gouvernement contenait des propos qui, avec le recul, résultent quelque peu sinistres : alors qu'il confirmait l'appartenance à l'OTAN et le lien privilégié avec les États-Unis, il évoquait l'hypothèse d'une « ouverture à la Russie, qu'il faut percevoir non pas comme une menace, mais comme un partenaire économique et commercial potentiellement de plus en plus significatif. À cet égard, il faudrait retirer les sanctions imposées à la Russie, qui devrait être réhabilitée comme interlocuteur stratégique pour la résolution des crises régionales (Syrie, Libye, Yémen) ». Ici encore, l'activisme présidentiel a eu la fonction de réaffirmer certains aspects de continuité de la politique européenne et étrangère du pays.

Toutefois, l'action du président de la République ne s'est pas traduite par une adhésion aveugle à une sorte d'orthodoxie européenne inaltérable, ce que lui ont reproché, en revanche, le M5S et la Ligue lors de l'affaire *Savona*. Dans les premières semaines de la pandémie de Covid-19, le président Mattarella s'est fait l'écho de la consternation de l'opinion publique italienne vis-à-vis de certaines déclarations de la présidente de la Banque centrale européenne ; ce faisant, il a probablement contribué à accroître la prise de conscience de la gravité de la situation et de la nécessité d'une nouvelle approche de la part des institutions supranationales<sup>136</sup>. Au moment où il a fait part de son refus de nommer Paolo Savona, le président Mattarella a par ailleurs opposé les projets irréalistes de sortie de la zone euro à « une attitude vigoureuse, à l'intérieur de l'Union européenne, visant à changer celle-ci pour le mieux du point de vue italien »<sup>137</sup>.

En général, la position de la présidence de la République dans le système constitutionnel est sortie renforcée de la période tumultueuse qui s'est ouverte par le résultat électoral du 4 mars 2018 et s'est symboliquement soldée par la réélection de Sergio Mattarella pour un second mandat, avec le concours de la Ligue et du Mouvement 5 étoiles<sup>138</sup>.

136 V. M. FERRARA, « La posizione e il ruolo del Capo dello Stato nell'emergenza pandemica », in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (dir.), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Editoriale Scientifica, Naples, 2022, p. 24-25.

137 Déclaration du président Mattarella à l'issue de son entretien avec le professeur Giuseppe Conte, 27 mai 2018 (<https://www.quirinale.it/elementi/1345>).

138 V. G. GRASSO, « The Re-election of President of the Republic Sergio Mattarella and the Challenges for the Italian form of Government », *I•CONnect: Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 17 février 2022 ; G. M. SALERNO, « La seconda rielezione presidenziale. Continuità o innovazione della forma di governo? », *Quaderni costituzionali*, 2022, p. 248-249.

## POPULISME ET CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS AU ROYAUME-UNI

Aurélie DUFFY-MEUNIER<sup>1</sup>

Alison YOUNG<sup>2</sup>

La question des changements constitutionnels suscités par le populisme s'est récemment manifestée au Royaume-Uni avec le *Brexit* et la crise sanitaire. Les travaux pionniers en la matière ne sont pas juridiques, mais relèvent de la science politique ou de la sociologie<sup>3</sup> – comme le colloque des 20 et 21 mai 1967 sur le populisme organisé par la London School of Economics<sup>4</sup>. L'historique du vocabulaire lié au populisme n'est toutefois pas britannique. En effet, des mouvements et gouvernements de différents pays ont pu être qualifiés de populistes dans l'histoire ancienne ou récente. L'usage de cette terminologie remonte à la fin du XIX<sup>e</sup> en Russie, en France et aux États-Unis avec, respectivement, le mouvement Narodniki, le Boulangisme et la création du *People's party*. Après avoir régressé à la suite de la Seconde Guerre mondiale, à la faveur du succès des idées marxistes, la terminologie populiste a pourtant ressurgi dans les années 1980 au profit de la cause ouvrière marginalisée de l'espace public par les partis politiques.

C'est ainsi qu'au Royaume-Uni, Margaret Thatcher a été considérée par des auteurs tels que Stuart Hall<sup>5</sup> comme une néo-libérale populiste. Plus tard, le social-libéralisme des gouvernements *New Labour* de Tony Blair a inspiré les écrits d'Ernesto Laclau et de Chantale Mouffe<sup>6</sup>.

---

1 Professeur de droit public, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

2 Sir David Williams Professor of Public Law, University of Cambridge.

3 M. CANOVAN, *Populism*, 1981, Harcourt Brace Jovanovich, 351 p. et, plus récemment, P. TAGGART, *Populism, Concepts in the social sciences*, Open University Press, 2000, 128 p. et C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART et P. OCHOA ESPEJO, *The Oxford Handbook of Populism*, OUP, 2017, 704 p. Cf. notamment pour la France, les travaux du sociologue G. HERMET, *Les populismes dans le monde. Une histoire sociologique. XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Fayard, Paris, 2000, 479 p. ou encore des politistes, O. DARD, C. BOUTIN, F. ROUVILLOIS, *Le dictionnaire des populismes*, Les éditions du cerf, 2019, Y. MENY et Y. SUREL, *Par le peuple, pour le peuple: le populisme et les démocraties*, 2000, Fayard, 326 p.; D. REYNIÉ, *Populisme: la pente fatale*, Plon, 2011, 278 p. et *Les nouveaux populismes*, Fayard, 2013, 377 p.; P. ROSANVALLON, *Le siècle du populisme, Histoire, Théorie, Critique*, 2021, Éditions Points, 306 p.

4 D. MACRAE, L. SCHAPIRO, F.W. DEAKIN, H. SETON-WATSON, P. WORSLEY, E. GELLNER, Ernest and I. BERLIN, *Conference on populism: verbatim report*, 1967, London School of Economics and Political Science, London, UK, [[http://eprints.lse.ac.uk/102463/1/Conference\\_on\\_Populism\\_1967\\_Report\\_0001.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/102463/1/Conference_on_Populism_1967_Report_0001.pdf)].

5 B. JESSOP, K. BONNETT, S. BROMLEY et T. LING, « Authoritarian Populism, Two Nations and Thatcherism » *New Left Review*, 1984, n° 147 et S. HALL, « Authoritarian Populism: A Reply », *New Left Review*, 1984, 1985, n° 151; S. HALL, *Le Populisme autoritaire. Puissance de la droite et impuissance de la gauche au temps du thatcherisme et du blairisme*, Paris, Éditions Amsterdam, janvier 2008, 200 p.; G. K. FRY, « Parliament and 'morality': Thatcher, Powell and Populism », *Contemporary British History*, 1998, Volume 12, n° 1.

6 C. MOUFFE, *Déconstruction, Pragmatisme et Hégémonie*, Buenos Aires, Paidós, 1998; C. MOUFFE, *Pour un populisme de gauche*, Paris, Albin Michel, 2018, 144 p. et E. LACLAU, *La Raison Populiste*, 2008, Seuil, 295 p.

Le populisme n'est donc pas un concept juridique, car il est né et s'est développé dans la sphère politico-sociale. La Constitution britannique constitue pourtant, en raison de sa nature coutumière, de sa dimension politique et juridique, un terrain d'analyse particulièrement intéressant pour envisager la question du populisme et des changements constitutionnels en comparaison à des pays qui sont dotés d'une Constitution rigide, formelle.

À cet égard, le Gouvernement de Boris Johnson est particulièrement représentatif des caractéristiques<sup>7</sup> fondamentales du populisme contemporain, dont la première est le rapport direct au peuple et une hostilité à l'égard de la démocratie représentative. Bien qu'il n'ait pas accédé immédiatement au pouvoir après le référendum du 23 juin 2016, l'arrivée de Boris Johnson au poste de Premier ministre est intrinsèquement liée au rôle qu'il a joué durant la campagne référendaire sur le *Brexit* dont il était l'un des plus fervents défenseurs à travers le mouvement Vote Leave. *Brexit* et Populisme sont alors intimement liés<sup>8</sup>. L'opportunisme politique du courant populiste a conduit Boris Johnson à « surfer » sur la vague référendaire pour accéder au pouvoir trois ans après les résultats du référendum. Cette expression de la démocratie directe est rare au Royaume-Uni. Elle a transcendé les divisions partisans et conduit Boris Johnson et son gouvernement à présenter le peuple comme un tout homogène<sup>9</sup> pour justifier ses réformes constitutionnelles, conduisant certains observateurs, y compris français, à affirmer que « Johnson est moins un conservateur qu'un "populiste" »<sup>10</sup>.

En effet, son rejet des contraintes limitant la liberté d'action du gouvernement, *a fortiori* lorsqu'elles proviennent du droit européen<sup>11</sup> et international – on pense, par exemple, à la remise en cause du Protocole sur l'Irlande du Nord – témoigne de la seconde caractéristique du populisme. Cette dernière s'exprime par le refus des contraintes juridiques qui s'imposent à la démocratie. Ce refus s'explique par une exacerbation du pouvoir majoritaire ainsi qu'un rejet du pluralisme. Il conduit, au nom de l'argument démocratique, à une remise en cause des médias ainsi que des corps indépendants et neutres comme les cours ou les autorités administratives indépendantes. En témoignent notamment le contenu et la portée des réformes et des projets de réforme du Gouvernement Johnson.

La dernière caractéristique est la remise en cause du clivage gauche/droite. Les gouvernements « populistes » de droite de Margaret Thatcher et de gauche de Tony Blair se sont, en réalité, « glissés » dans le costume du régime britannique, mais la force de ces courants populistes était plus faible que le populisme lié au référendum sur le *Brexit*. Ce dernier a brouillé les clivages politiques traditionnels, notamment grâce à un recours au numérique et aux réseaux sociaux.

7 Cf. notamment, P. ROSANVALLON, *Le siècle du populisme, Histoire, Théorie, Critique*, *op. cit.*, p. 25 et s. et *Penser le Populisme*, in C. COLLIOT-Thélène et F. CUÉNARD, *Peuple et populisme*, Coll. La vie des idées, PUF, 2019, p. 27 et s.; J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, 2017, Cambridge University Press.

8 J. McELDOWNEY, « Populism, UK sovereignty, the rule of law and Brexit », in F. GÁRDOS-OROSZ et Z. SZENTE (dir.), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, Routledge, 2021, p. 18.

9 Cf., par exemple, N. URBINATI, « Populism and the Majority Principle », in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART et P. OCHOA ESPEJO, *The Oxford Handbook of Populism*, *op. cit.*, p. 573.

10 A. DEVECCHIO, Christophe Guilluy, « Johnson est moins un conservateur qu'un "populiste" », 15 décembre 2019, Lefigaro.fr.

11 M. TAGGART, « The Populism Politics of European Integration and Euroscepticism », in C. ROVIRA KALTWASSER, P. TAGGART et P. OCHOA ESPEJO, *The Oxford Handbook of Populism*, *op. cit.*, p. 256.

C'est sous le prisme de ces événements que des changements constitutionnels lancés par le Gouvernement conservateur de Boris Johnson ont eu lieu et étaient encore en cours en dépit de la démission du Premier ministre après le scandale du *Partygate* le 7 juillet 2022. Des conséquences du *Brexit* sur le droit britannique et l'Union des nations, à la remise en cause du Protocole sur l'Irlande du Nord (Northern Ireland Protocol Bill 2022) et du Human Rights Act 1998 (HRA – qui aurait pu être remplacé par le Bill of Rights Bill 2022) en passant par un renforcement du pouvoir exécutif au détriment des cours (Judicial Review and Courts Act 2022), le populisme a « remodelé profondément »<sup>12</sup> la politique britannique. Au regard de ces éléments, la question se pose de savoir si la Constitution britannique est plutôt un « catalyseur »<sup>13</sup> ou un frein à ces changements.

L'analyse de ces réformes et du contexte dans lequel elles se sont déroulées est révélatrice des spécificités de la notion de populisme au Royaume-Uni<sup>14</sup> ainsi que du contenu, de la nature et de la portée des changements qu'ils soient formels ou informels. Les premiers sont ici entendus comme des changements de règles constitutionnelles prévues par des textes, lois et actes réglementaires (*secondary legislations*), par la *common law* ainsi que par les conventions de la constitution. En dépit de leur nature politique<sup>15</sup>, leur ancrage est tel qu'un changement de convention constitutionnelle, comme le mode de désignation du Premier ministre, serait considéré comme étant formel en droit constitutionnel britannique. Les changements informels sont, pour leur part, entendus non pas comme des changements de règles, mais comme une pratique différente d'un pouvoir existant, à l'instar du recours croissant aux législations déléguées par le pouvoir exécutif. L'analyse de ces transformations formelles ou informelles à l'aune du populisme éclaire la nature des limites à ces changements dans le cadre spécifique d'une Constitution coutumière.

La forme de populisme qu'a connu – et que connaîtra peut-être encore – le Royaume-Uni est à l'origine de changements constitutionnels, formels et informels, problématiques en termes d'équilibre des pouvoirs (I). Face à l'ampleur de ces changements, la question s'est posée de ce qui ne changeait pas dans la Constitution britannique et, à travers elle, celle des limites aux changements constitutionnels liés au populisme dans un système constitutionnel coutumier. Il est ainsi apparu que les « fondamentaux » du régime britannique à savoir le poids de la monarchie parlementaire et celui de la nature coutumière de la Constitution peuvent être envisagés, par certains aspects, comme des facteurs d'autocorrection, aussi fragiles soient-ils (II).

12 [https://www.economist.com/britain/2017/11/16/british-politics-is-being-profoundly-reshaped-by-populism].

13 A.L. YOUNG, « Populism and the UK », in S. HARDT, A HERINGA and H. NGUYEN (eds) *Populism and Democracy* (Eleven International Publishing, 2020).

14 A.L. YOUNG, « Populism and the UK », *Ibid.* ; A. L. YOUNG « Populism and the UK Constitution » *Current Legal Problems*, 2018, n° 71, p. 17-52 and « Populism and Parliamentary Sovereignty: The Goldsworthy Solution » in L. BURTON CRAVEN, P. EMERTON and D. SMITH (dir.), *Law under a Democratic Constitution: Essays in Honour of Jeffrey Goldsworthy*, 2019, Hart, 2019, p. 175.

15 *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

## I. Les changements constitutionnels liés au populisme

Il est difficile de nier l'effet du populisme au Royaume-Uni. Le Brexit a, tout d'abord, scindé le peuple entre deux camps : les « *Brexiters* » et les « *Remainers* ». Après le référendum, les *Brexiters*, qui ont gagné, se sont considérés comme un tout homogène, et même supérieur au parlement britannique. Après l'arrêt *Miller v Minister for Exiting the European Union*<sup>16</sup>, le gouvernement britannique ne pouvait plus lancer le processus de sortie de l'Union européenne en utilisant les pouvoirs de la prérogative royale (*royal prerogative*). Il était toutefois très facile de passer par la voie législative en promulguant une législation primaire. Les parlementaires, dont la majorité a voté en faveur du maintien du Royaume-Uni dans l'Union européenne lors du référendum du 23 juin 2016, ont, en effet, soutenu la loi de notification du retrait de l'Union européenne, le *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*.

Ce contexte particulier a donné lieu à un débat entre la nation et l'Europe à deux niveaux. Dans ses rapports avec l'Union européenne post-Brexit, le Royaume-Uni a décidé de garder la plupart des règles européennes – le droit de l'Union « maintenu » en droit interne (*Retained EU law*). Le gouvernement s'est interrogé sur les moyens de faciliter les modifications apportées au « *Retained EU law* » en utilisant des législations secondaires et a promulgué une loi sur l'abrogation et la remise en cause du « *Retained EU law* » : le *Retained EU Law (Revocation and Reform) Act 2023*. Cette loi met un terme à l'effet d'un ensemble de dispositions issues du droit de l'Union maintenu en droit interne au 31 décembre 2023. Les ministres pourront utiliser des législations secondaires pour le maintenir ou l'incorporer en droit interne.

Dans ses rapports avec le Conseil de l'Europe, une méfiance envers la CEDH et plus particulièrement à l'égard de l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg s'est également manifestée. Le gouvernement a critiqué le HRA et le contrôle faible de conventionnalité, surtout pour mettre en avant le fait que les cours britanniques doivent jouir du dernier mot quant à la définition des droits de l'homme protégés par la Convention européenne<sup>17</sup>. Le *Bill of Rights Bill 2022* a été introduit au Parlement en juin 2022 et a été retiré de l'ordre du jour parlementaire en juin 2023. Ce projet de loi aurait renforcé le rôle de la Cour suprême britannique dans la définition des droits de la CEDH et leur application en droit britannique<sup>18</sup>.

Les caractéristiques du populisme se sont surtout manifestées durant le mandat du gouvernement conservateur du Premier ministre Boris Johnson. Tout d'abord, Boris Johnson a préféré un style de gouvernement utilisant la rhétorique au lieu de la délibération démocratique. On a, ensuite, constaté une méfiance à l'égard des experts, qui ont souvent été présentés comme les exemples

16 *Miller v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

17 *Independent Human Rights Act Review* ([https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1040525/ihrar-final-report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1040525/ihrar-final-report.pdf)) , 'Human Rights Act Reform: A Modern Bill of Rights, Consultation' (<https://www.gov.uk/government/consultations/human-rights-act-reform-a-modern-bill-of-rights/human-rights-act-reform-a-modern-bill-of-rights-consultation>).

18 *Bill of Rights Bill 2022*, clause 1(2)(a).

d'une élite antagoniste au peuple. Les cours, et particulièrement la Cour suprême, les experts scientifiques à propos des règles sanitaires, et les groupes d'experts indépendants qui ont été formés pour s'interroger sur certains aspects de la constitution britannique (c'est-à-dire l'Independent Review of Administrative Law<sup>19</sup> et l'Independent HRA Review<sup>20</sup>) ont tous été présentés comme une élite opposée au peuple.

La réponse du gouvernement au rapport de l'Independent HRA Review relatif à la réforme des droits de l'homme<sup>21</sup> fournit un exemple éclairant. Le gouvernement a demandé aux experts leurs opinions sur la réforme de la section 3 du HRA selon laquelle les cours doivent, autant que possible, lire et donner effet aux dispositions législatives pour les rendre compatibles avec les droits de la CEDH. Il voulait savoir s'il fallait garder, changer, ou annuler ce devoir. 79 % des experts ont dit qu'il fallait maintenir la section 3 du HRA. Le gouvernement est néanmoins resté convaincu qu'il fallait abroger cette disposition<sup>22</sup>.

C'est dans un tel contexte que nous nous sommes interrogées sur la notion de changements constitutionnels. Il n'est pas facile – on ose même dire qu'il est impossible – de distinguer entre les changements constitutionnels formels et les changements constitutionnels informels au Royaume-Uni. En raison de la souveraineté du parlement, les règles constitutionnelles sont facilement modifiables : en utilisant des législations primaires, des législations secondaires, la jurisprudence de la Cour suprême, des conventions constitutionnelles et des règles internes au Gouvernement comme le *Ministerial Code* et le *Cabinet Manual*, et au Parlement, comme, par exemple, les *Standing Orders*.

Le Gouvernement populiste utilisera et bénéficiera aussi bien des changements constitutionnels formels (A), qui sont des changements des règles précédemment énoncées, que des changements constitutionnels informels, qui sont des changements dans l'utilisation de ces règles (B).

## A. Les changements constitutionnels formels

Un changement constitutionnel formel est un changement de règles jurisprudentielles de *common law*, de règles législatives ainsi que de conventions constitutionnelles « écrites » ou « codifiées » ainsi que des formes de « *soft law* », c'est-à-dire, les guidances. Les règles constitutionnelles ont changé en raison des relations nouvelles entre le Royaume-Uni et l'Europe. Il en a résulté de nouvelles catégories de droits et de nouvelles règles en raison des vides législatifs causés par le Brexit. Est-il trop facile de changer les lois constitutionnelles au Royaume-Uni ? L'abrogation du HRA laisse entendre que le manque de distinction claire entre lois constitutionnelles et lois ordinaires favorise les réformes des gouvernements populistes. Cette conclusion est renforcée par la prééminence du pouvoir exécutif.

19 [https://www.gov.uk/government/groups/independent-review-of-administrative-law].

20 *Independent Human Rights Act Review*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\_data/file/1040525/ihrar-final-report.pdf).

21 Ministry of Justice, *Consultation Outcome: Human Rights Act Reform: A Modern Bill of Rights, Consultation Response*, [https://www.gov.uk/government/consultations/human-rights-act-reform-a-modern-bill-of-rights/outcome/human-rights-act-reform-a-modern-bill-of-rights-consultation-response].

22 Bill of Rights Bill 2022, clause 1(2)(b).

Le gouvernement de Boris Johnson a ainsi changé les règles de dissolution du Parlement. Il était convaincu que l'équilibre entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, et le pouvoir judiciaire n'a pas lieu d'être et croyait surtout que le pouvoir judiciaire est devenu trop puissant. Les réformes concernant la procédure de *Judicial Review* et les réformes du contrôle de conventionnalité prévues par le HRA ont été conçues pour rétablir l'équilibre en faveur du gouvernement, mais ces changements, ne risquent-ils pas de supprimer les contre-pouvoirs face aux gouvernements populistes ?

En raison du principe de souveraineté du Parlement, les lois ordinaires sont l'instrument principal de réformes constitutionnelles. Elles peuvent même abroger les textes qualifiés par les cours de constitutionnels<sup>23</sup> – comme le European Communities Act 1972. Il faut seulement que le Parlement indique clairement son intention d'abroger un instrument constitutionnel. Pour ce faire, il faut utiliser une abrogation explicite ou expresse (*specific or express repeal*) au lieu d'une abrogation implicite, à l'instar de la section 1 du European Union (Withdrawal) Act 2018 qui a explicitement abrogé le European Communities Act 1972.

Ainsi, l'utilisation des lois ordinaires freine et favorise dans le même temps les gouvernements populistes (1). Tout dépend de la composition du Parlement. Un gouvernement qui possède une majorité large à la Chambre des communes peut modifier rapidement la Constitution, en utilisant les règles qui gouvernent la procédure parlementaire pour faire obstacle au contrôle parlementaire. Un gouvernement populiste peut également utiliser son pouvoir pour affaiblir le contrôle de conventionnalité et renforcer les pouvoirs de l'exécutif (2).

### 1. *Un manque de distinction claire entre lois constitutionnelles et lois ordinaires favorisant les gouvernements populistes*

Les lois ordinaires ont établi une nouvelle hiérarchie constitutionnelle au Royaume-Uni après le Brexit. Elles ont créé trois nouveaux genres de droit – le droit européen maintenu, les droits qui dérivent de l'Accord de retrait (le Withdrawal Agreement) et les droits qui dérivent de l'Accord sur les relations futures entre l'Irlande et l'Union européenne, le (Future Relations Agreement). La primauté du droit européen s'applique toujours au droit européen maintenu ainsi qu'aux droits qui dérivent de l'accord de retrait – c'est-à-dire les droits des citoyens européens et des citoyens des pays de l'EEE, de l'AELE et de la Suisse qui habitent au Royaume-Uni – et au Protocole sur l'Irlande du Nord. En ce qui concerne les droits européens maintenus, leur primauté s'applique dans l'hypothèse d'un conflit entre ces droits et les lois qui ont été promulguées avant le Brexit – le 1<sup>er</sup> janvier 2021. Cette primauté va changer en 2024. La primauté des droits des citoyens et des dispositions du Protocole sur l'Irlande du Nord s'appliquait, pour sa part, également aux lois qui ont été promulguées après le Brexit. Le principe de la primauté du droit européen ne s'applique, en revanche, pas aux droits qui dérivent du Future Relations Agreement. Quoi qu'il en soit, toutes les lois, même celles promulguées après

<sup>23</sup> *Thoburn v. Sunderland City Court* [2002] EWHC 195; *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3; *A v BBC* [2014] UKSC 25.

le Brexit, devaient être interprétées en combinaison avec les droits qui dérivent du Future Relations Agreement. En outre, toutes les lois issues du droit européen maintenu devaient être interprétées d'une manière conforme aux principes fondamentaux du droit européen.

Ces lois ont bouleversé le cadre constitutionnel britannique. Lorsque le Premier ministre était le chef d'une majorité parlementaire faible ou le chef d'un gouvernement minoritaire, le contrôle parlementaire était fort. La Loi Benn, le European Union (Withdrawal)(no 2) Act 2019, est un exemple de l'apogée du pouvoir parlementaire. Les membres du parti conservateur, qui n'étaient pas des membres du gouvernement, et les membres des autres partis ont été à l'origine de cette législation, et ont aussi utilisé les procédures parlementaires (les « *standing orders* ») pour maîtriser l'ordre du jour parlementaire et pour promulguer, au terme d'une seule journée parlementaire, une loi qui a reporté la date de sortie de l'Union européenne votée (mais non encore promulguée) par le Parlement. Cette loi a fait obstacle à la stratégie du Premier ministre.

Or, même sans majorité à la Chambre des communes, le Premier ministre a utilisé la menace d'une sortie sans accord pour promulguer le Early Parliamentary General Election Act 2019. Cette loi ordinaire, qui anticipe les élections législatives, a été adoptée à la majorité simple pour éviter la procédure de dissolution prévue par le Fixed-term Parliaments Act 2011 qui prévoit l'organisation d'élections à la suite d'une autodissolution de la Chambre des communes à la majorité des deux tiers.

Après les élections législatives de décembre 2019, le Premier ministre a bénéficié d'une majorité forte. Les lois ordinaires, qui ont changé la hiérarchie constitutionnelle, ont été promulguées rapidement et sans véritable contrôle législatif. Elles ont comblé les lacunes législatives liées au Brexit. Le UK Internal Market Act 2020 a ainsi créé un marché interne au Royaume-Uni. Toutefois, cette loi a changé les structures de la dévolution entre les régions, en limitant le pouvoir législatif des Parlements d'Écosse et du Pays de Galles.

En juin 2022, le gouvernement a introduit le Northern Ireland Protocol Bill 2022. Ce projet de loi parlementaire avait pour objet d'abroger la primauté du Protocol sur l'Irlande de Nord en excluant certaines dispositions de ce principe. Ces dispositions n'auront plus d'effet juridique au Royaume-Uni. Le gouvernement a justifié cette violation du droit international par des raisons de nécessité – une justification considérée comme très fragile et même impossible à soutenir. Néanmoins, en raison de la majorité forte du gouvernement, ce projet de loi a été adopté par la Chambre des communes sans modification de ces dispositions. Le projet a été retiré après l'accord entre le Royaume-Uni et l'Union européenne dénommé "Windsor Framework" signé le 27 février 2023.

Le Retained EU law (Revocation and Reform) Act 2023, quant à lui, va abroger une liste de dispositions contenues dans le droit européen maintenu en droit interne au 31 décembre 2023. Les ministres pourront toutefois sauvegarder les dispositions du droit européen maintenu en promulguant des législations secondaires. Ces dispositions seront renommées « droit assimilé » au lieu de droit européen maintenu.

Le gouvernement a essayé de changer le contrôle de conventionnalité introduit par le HRA. Le Bill of Rights Bill 2022 qui visait à affaiblir l'influence de la Cour de Strasbourg et, aussi, celle de la Cour Suprême du Royaume-Uni a finalement été retiré de l'ordre du jour.

Il est sans doute trop facile de modifier des dispositions constitutionnelles au Royaume-Uni puisque cela peut conduire à promulguer des lois qui constituent une violation du droit international et qui affaiblissent les droits de l'homme. Un gouvernement populiste peut facilement changer la constitution britannique sans obstacle au Parlement lorsqu'il a une majorité forte à la Chambre des communes. Les freins parlementaires existent néanmoins lorsque le gouvernement ne possède qu'une majorité faible, ou lorsque le parti du gouvernement ne soutient plus le chef du parti.

## *2. La prééminence du pouvoir exécutif*

Un gouvernement populiste disposant d'une large majorité parlementaire peut l'utiliser pour modifier les lois constitutionnelles sans véritable contrôle politique. Un gouvernement populiste peut également renforcer ses pouvoirs « au nom du peuple » qu'il représente. Mais au Royaume-Uni, du moins, le peuple n'est pas souvent tenu informé de ces réformes.

En 2019, Boris Johnson a essayé à quatre reprises de réunir une majorité des deux tiers à la Chambre des communes pour obtenir l'autodissolution du Parlement de Westminster et organiser une élection législative, selon les termes du Fixed-term Parliaments Act 2011. Le Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 a changé la loi de 2011, en affaiblissant les contrôles parlementaires et judiciaires sur l'autodissolution du Parlement.

Selon les dispositions du Fixed-term Parliaments Act 2011, le Parlement de Westminster est élu pour une durée fixe de 5 ans. Ces règles proposent deux exceptions : une élection peut être organisée à la suite de l'autodissolution de la Chambre des communes à la majorité des deux tiers ; et après que la Chambre ait retiré sa confiance au gouvernement sans parvenir à investir un nouveau gouvernement dans les quatorze jours. Ces procédures de dissolution établissent un contrôle parlementaire car le Premier ministre a besoin de l'accord du Parlement pour obtenir l'autodissolution.

Le Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 a remis en cause ces règles. Tout d'abord, cette loi remplace une durée fixe du Parlement par une durée maximum de 5 ans. Cette loi a également rendu l'autodissolution plus simple. La loi rétablit le pouvoir de la prérogative de dissolution du Parlement. Ce pouvoir appartient au Roi et le Premier ministre est compétent pour demander la dissolution du Parlement. Selon les conventions constitutionnelles, il est rare, on oserait même dire impossible sauf un cas d'urgence extrême, pour le Roi de refuser une demande de dissolution du Premier ministre<sup>24</sup>. Le Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 élimine par conséquent tout contrôle parlementaire sur le droit de dissolution du Parlement de Westminster.

---

<sup>24</sup> Selon les « Lascelles principes », le Roi peut refuser quand il reste un Parlement et un gouvernement viables, si une élection générale pose un risque grave d'instabilité économique, ou si le Roi peut trouver un autre Premier ministre.

Cette loi va faciliter la faculté du Premier ministre d'utiliser un vote de confiance pour s'assurer du soutien des membres de son parti pour faire voter un projet de loi à l'initiative du gouvernement. Le Premier ministre peut également désigner un vote sur une proposition de loi comme étant une motion de confiance (*confidence motion*). Selon les conventions constitutionnelles, si un Premier ministre perd une motion de confiance, il doit demander la dissolution du Parlement. Ce lien entre un vote de confiance et l'autodissolution du Parlement avait été remis en cause par le Fixed-term Parliaments Act 2011. Cette loi avait, en effet, prévu l'existence d'un vote de confiance et d'une procédure distincte d'autodissolution postérieure au vote de confiance ne prévoyant pas le recours à une *confidence motion*.

En septembre 2019, la décision *Miller II* relative à la prorogation du Parlement, a renforcé le contrôle judiciaire sur les pouvoirs de la prérogative. Ces pouvoirs sont limités par la jurisprudence, surtout en ce qui concerne leur portée. Le Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 a rétabli le pouvoir de prérogative de dissolution du Parlement. Il contient aussi en réponse à la décision *Miller* de 2019 une « *ouster clause* » aux termes de laquelle les cours ne peuvent pas remettre en cause l'utilisation du pouvoir issu de la prérogative relatif à la dissolution du Parlement, et elles ne peuvent pas non plus déterminer les limites de ces pouvoirs de prérogative<sup>25</sup>.

Le Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 a donc renforcé le pouvoir exécutif, et a affaibli les contrôles parlementaire et judiciaire sur la dissolution du Parlement. Le contrôle sur ce pouvoir appartient au Roi seul. Le gouvernement a même essayé de changer les conventions constitutionnelles dénommées « *Lascelles principles* » en promulguant des principes relatifs à la dissolution (« *dissolutions principles* ») au même moment qu'il publiait le Dissolution and Calling of Parliament Bill afin de rendre plus difficile le refus par le Roi d'une demande de dissolution du Parlement.<sup>26</sup>

Le programme du parti conservateur contenait, par ailleurs, un projet de réformes constitutionnelles de la procédure de recours pour excès de pouvoir (*judicial review*) et du contrôle de conventionnalité pour revenir sur ce qu'il considère comme un déséquilibre des pouvoirs entre les cours, surtout la Cour suprême, et le gouvernement. Ces réformes ont été promulguées rapidement, sans délibération du peuple et, en ce qui concerne le Dissolution and Calling of Parliament Act 2022, sans commentaire des médias. Il est donc très facile, pour un gouvernement populiste, de changer l'équilibre des pouvoirs pour favoriser le pouvoir exécutif au nom d'un peuple qui ignore, en réalité, ces changements constitutionnels.

## B. Les changements constitutionnels informels

Un changement constitutionnel informel consiste en un changement dans l'utilisation des règles précédemment évoquées, qui donnent souvent des pouvoirs discrétionnaires au gouvernement.

25 « Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 », section 3.

26 [[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/940028/Dissolution-Principles.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/940028/Dissolution-Principles.pdf)].

De tels changements apparaissent surtout dans l'utilisation de ces pouvoirs constitutionnels discrétionnaires par le Premier ministre. La constitution du Royaume-Uni repose sur les principes de bon comportement (*good chaps*) et d'autolimitation politique (*political self-restraint*) (1). Qu'est-il possible de faire lorsqu'on perçoit que les dirigeants n'adhèrent plus au standard de la vie publique ? L'Union britannique repose aussi sur l'autolimitation politique. La Convention de Sewel, une convention de la Constitution, qui préside aux relations entre le Parlement de Westminster, les parlements écossais et gallois et l'Assemblée d'Irlande du nord, n'est pas toujours respectée par le gouvernement de Westminster. L'utilisation de l'autolimitation politique favorise les gouvernements populistes, mais elle risque aussi de briser l'Union britannique. La question de savoir s'il s'agit d'un populisme anglais plutôt que d'un populisme britannique se pose alors.

Le Premier ministre Boris Johnson a ainsi adopté un style de gouvernement « présidentiel » (2). En témoignent les transferts croissants du Parlement vers l'exécutif et le recours croissant à des « guidance » – c'est-à-dire les formes de « quasi-législation » – qui ne font pas l'objet d'un contrôle parlementaire. Le Premier ministre a préféré apparaître devant les médias pour annoncer des changements de réglementation ou faire les annonces les plus importantes du gouvernement. Il a par conséquent été plus difficile pour le Parlement de contrôler ces changements.

### 1. *L'importance du bon comportement et de l'autolimitation politique*

Les conventions de la Constitution jouent un rôle décisif, surtout en ce qui concerne le contrôle sur les actions des ministres et des parlementaires. Les conventions gouvernent aussi les relations entre les gouvernements de Westminster (c'est-à-dire du Royaume-Uni et de l'Angleterre) et ceux de l'Écosse, du Pays de Galles et de l'Irlande du Nord. La constitution reste encore ancrée dans un constitutionnalisme coutumier, mais le contrôle politique ne fonctionne guère lorsque le gouvernement dispose d'une majorité parlementaire.

Le comportement des ministres est réglé par un Code ministériel (*ministerial code*). Or, c'est le gouvernement qui écrit ce code, qui est renouvelé par chaque Premier ministre. C'est aussi le Premier ministre qui est garant de ce code. Selon ce code, les ministres ne doivent pas induire sciemment en erreur les membres du Parlement, sous peine de démission. Mais, puisque c'est le Premier ministre qui impose le respect de cette convention de la Constitution, que faut-il faire lorsqu'il a peut-être sciemment induit le Parlement en erreur ?

La crise du « *partygate* » illustre cette problématique à propos des fêtes qui se sont déroulées dans les bureaux du Premier ministre. Plusieurs enquêtes ont eu lieu : une enquête par une haute fonctionnaire, une enquête de la police, une enquête parlementaire par le Parliamentary Privileges Committee. Les journaux et les médias ont critiqué le comportement du Premier ministre. Mais, lorsque l'autolimitation n'existe plus, et que le Premier ministre continue d'être représentant du « peuple », il est difficile de contrôler ses actions et son comportement.

Le Premier ministre a été condamné à une amende forfaitaire pour avoir méconnu le droit en vigueur en participant à une fête d'anniversaire à son bureau alors que les rassemblements de plus de six personnes étaient interdits. L'enquête a également conclu à la violation de ces règles par d'autres réunions. Boris Johnson est toutefois resté Premier ministre et n'a démissionné qu'en juillet 2022, en raison de l'affaire *Chris Pincher*. Le Premier ministre avait ordonné à ses ministres de dire aux médias qu'il n'était pas au courant des allégations concernant le comportement de Chris Pincher lorsqu'il l'avait nommé « *deputy chief whip* » (un rôle important pour assurer la discipline au sein des partis), ce qui était faux. Un nombre historique de démissions ministérielles en à peine vingt-quatre heures a finalement conduit à la démission du Premier ministre.

Avant sa démission, le Premier ministre a changé le Code ministériel. Il a, tout d'abord, modifié les sanctions en ajoutant des amendes et des excuses pour répondre aux infractions mineures du Code ministériel. Il a aussi donné un nouveau rôle à l'Independent Advisor on Ministerial Interests pour conduire des enquêtes dans l'hypothèse de violations du Code ministériel. Le Premier ministre peut toutefois refuser ces enquêtes.

Le manque d'autolimitation risque aussi de briser l'Union du Royaume-Uni. La Convention de Sewel ne semble plus contraindre le gouvernement conservateur, qui a promulgué le European Union (Withdrawal) Act 2018 sans le consentement du parlement écossais, ainsi que le European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020, le European Union (Future Relationship) Act 2020 et le UK Internal Market Act 2020 sans le consentement des trois parlements dévolus. Lorsque l'autolimitation fonctionne bien, les parlements dévolus peuvent influencer la politique de Westminster. Lorsque l'autolimitation et le « bon comportement » (*good chaps*) ne fonctionnent pas, cela peut favoriser les gouvernements populistes, en affaiblissant tout contrôle politique.

## 2. *Le style « présidentiel » du Premier ministre Johnson*

Il existe une fusion presque complète entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif au Royaume-Uni<sup>27</sup>. Selon une convention de la Constitution, le Premier ministre du Royaume-Uni est le chef du parti qui a remporté la majorité des sièges à la Chambre des communes. Il est même possible de changer de Premier ministre sans élection législative lorsque le parti politique change de chef de parti. En 2022, le Royaume-Uni a connu trois Premiers ministres – Boris Johnson, Liz Truss, et Rishi Sunak. Tous ces changements ont modifié la politique du gouvernement sans qu'il n'y ait d'élection législative et, donc, sans vote du peuple pour soutenir ces changements de politique gouvernementale. Au Royaume-Uni, un Premier ministre a seulement besoin du vote des membres de son parti, mais n'a pas nécessairement besoin d'un vote du peuple.

En raison de cette fusion des pouvoirs et de la souveraineté du Parlement, il n'existe pas de règles constitutionnelles distinctes entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Les lois peuvent conférer à l'exécutif des pouvoirs, y compris des pouvoirs de promulgation de législations secondaires.

27 W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 1867, Oxford World's Classics, Reed, 2001, p. 11.

Ces lois déterminent aussi le niveau de contrôle parlementaire sur ces réglementations et peuvent même donner aux ministres le pouvoir de promulguer des réglementations qui changent ou abrogent des législations primaires – les « Henry VIII clauses ».

Plusieurs réglementations ont modifié les lois en raison du Brexit et imposé des mesures de quarantaine et d'isolement avec la crise sanitaire. Les mesures de lutte contre le Covid-19 ont été prises sur la base d'un dispositif législatif contenant un contrôle politique faible alors qu'il existait d'autres dispositifs législatifs prévoyant un contrôle politique plus fort<sup>28</sup>.

Par ailleurs, les « guidances », qui sont des mesures prises par des départements du gouvernement, ont été utilisées pour éclairer des réglementations et guider l'application pratique de ces réglementations. Malheureusement, ces « guidances » peuvent aussi imposer des obligations et ont même ajouté des règles plus restrictives que les réglementations alors même qu'elles ne font pas l'objet d'un contrôle démocratique<sup>29</sup>. Ces « guidances » ont d'ailleurs souvent contredit les réglementations, en y imposant des restrictions plus fortes.

Pendant la période de la lutte contre le coronavirus, le Premier ministre a utilisé les annonces télévisées pour expliquer les réglementations et pour rassurer le peuple. Le gouvernement a même envoyé un SMS pour informer les citoyens des nouvelles règles d'isolement, et ce, avant même que les lois aient été promulguées. Le Premier ministre Boris Johnson a continué d'utiliser les médias pour les annonces importantes du gouvernement au lieu de se présenter devant la Chambre des communes. Boris Johnson s'est ainsi comporté comme un « président » et Jacob Rees-Mogg, lorsqu'il était ministre chargé des relations avec la Chambre des communes pendant la crise de confiance liée au « *partygate* », a suggéré qu'un vote de confiance (« *leadership contest* ») contre le chef du parti conservateur au sein même du Parti était comparable à un vote de confiance de la Chambre des communes.

Un changement de chef du parti au gouvernement – et donc du Premier ministre – mériterait de donner lieu à une dissolution du parlement et à une élection législative, mais les conventions de la Constitution ne le requièrent pas. Par conséquent, il peut être plus facile de devenir un Premier ministre populiste au Royaume-Uni : il ne faut convaincre que les membres de son propre parti parlementaire, sans avoir à gagner une élection législative.

Le Premier ministre d'un gouvernement populaire, qui représente le « peuple », peut se comporter comme un « président » dans le système du gouvernement britannique. Il est, en effet, très facile de changer les conventions de la Constitution. Le seul frein réside bien dans « le parti politique », en l'occurrence le parti conservateur, qui a poussé à trois changements de Premier ministre.

28 Le gouvernement a utilisé les pouvoirs du « Public Health (Control of Disease) Act 1984 » au lieu du « Civil Contingencies Act 2004 ». Le Loi de 1984 autorise les réglementations d'urgence qui peuvent être promulguées sans contrôle parlementaire pour 28 jours. La loi de 2004 n'autorise ces réglementations d'urgence sans contrôle parlementaire que pour 7 jours.

29 House of Lords Secondary Legislation Committee, « Government by Diktat: A call to return Power to Parliament », 20th Report of Session 2021-22, HL Paper 105 (24 novembre 2021) et House of Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee, « Democracy Denied? The urgent need to rebalance power between Parliament and the executive », 12 Report of Session 2021-22, HL Paper 106 (24 novembre 2021).

Ces changements se sont toutefois déroulés en raison du manque de contrôle du chef du parti sur son parti. Le parti politique ne contrôle guère les principes constitutionnels qui soutiennent l'auto-limitation pour maintenir le bon comportement politique.

Nous verrons si le peuple peut freiner les pouvoirs du Premier ministre et du gouvernement en janvier 2025, date de la prochaine élection législative, à moins que le Premier ministre ne demande avant au Roi d'obtenir l'autodissolution du Parlement.

## II. Les limites aux changements constitutionnels liés au populisme

La question des limites aux changements constitutionnels conduit à s'interroger sur ce qui ne change pas, c'est-à-dire sur les éléments permanents de la Constitution britannique en dépit de changements politiques ou d'un gouvernement populiste.

Les rapports entre populisme et changements constitutionnels dépendent, au Royaume-Uni, d'une part, de la notion de peuple et, d'autre part, des traits particuliers de la Constitution. L'un et l'autre sont ancrés dans une tradition monarchique. C'est pourquoi s'intéresser au populisme dans la Monarchie parlementaire britannique pourrait, *a priori*, sembler paradoxal.

La Constitution souple est, en effet, caractérisée à l'instar de la *common law* par un certain féodalisme coutumier<sup>30</sup>. Par ailleurs, dans la démocratie britannique, le peuple britannique est, selon Dicey, le souverain politique alors que le souverain juridique n'est pas le peuple, mais le Roi en son Parlement (*King in Parliament*). Cela explique la dualité de statut des Britanniques qui tout en étant citoyens restent des sujets du Roi. En l'absence de Constitution formelle, c'est-à-dire d'une Constitution adoptée ou révisée par une procédure extraordinaire, la principale question qui se pose est celle des limites aux changements constitutionnels liés au populisme.

En dépit des réformes et projets de réformes<sup>31</sup>, le régime britannique reste une monarchie parlementaire encadrée par une Constitution souple dépourvue de véritable contrôle de constitutionnalité. Les réformes populistes maintiennent cette enveloppe constitutionnelle, cette apparence, mais touchent les équilibres au sein des pouvoirs. Elles dénaturent insidieusement, en quelque sorte, l'essence du régime. Les deux piliers de la Constitution identifiés par Dicey<sup>32</sup> s'en trouvent affectés. Le pilier politique, la souveraineté du Parlement, est instrumentalisé par le gouvernement populiste majoritaire. Le pilier juridique, le principe de prééminence du droit, la *Rule of law* développée par les juges de *common law*, est, quant à lui, déprécié par ce gouvernement<sup>33</sup>. Ce déséquilibre se retrouve dans d'autres pays, dans lesquels ces réformes devraient être *a priori* plus visibles. En effet, en raison de leurs Constitutions formelles, elles donnent lieu à des procédures plus lourdes de révision constitutionnelle, ce qui constitue une garantie plus forte.

30 R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, 1921, Marshall Jones Company Publishers, p. 1.

31 On pense encore au Bill of Rights Bill et au Northern Ireland Protocol Bill. Cf. *infra*. et A. DUFFY-MEUNIER, « Chronique de droit constitutionnel britannique (juillet 2021-août 2022) », *RFDC*, n° 132, 2022, p. 979-999.

32 A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (L.F. ed)*, 1915, éd. Roger E. Michener, Indianapolis, Liberty Fund, 1982.

33 Pour une analyse, plus générale des rapports entre *Rule of law* et populisme, cf. N. LACEY, « Populisme and the Rule of Law », Working Paper, LSE, January 2019.

Malgré toutes les réformes et projets de réformes (qui sont tout autant d'éléments de convergence avec les politiques de gouvernements « populistes » d'autres pays), les fondamentaux de la Constitution britannique à savoir son régime monarchique et parlementaire ainsi que sa constitution coutumière ne semblent pas considérablement affectés par le populisme. À vrai dire, malgré sa dimension monarchique, le cadre constitutionnel souple, le régime politique et les institutions britanniques semblent convenir aux populistes en ce qu'ils valorisent les pouvoirs de la majorité politique et excluent, en principe, toutes les normes et procédures juridiques qui pourraient l'encadrer. La stabilité de la Constitution britannique face à la force du populisme ne surprend donc pas véritablement car les populistes peuvent s'épanouir dans un tel cadre normatif et institutionnel.

Dans ce contexte particulier du populisme lié au *Brexit*, il convient de questionner ce qui, dans les institutions et la constitution coutumière britannique, constitue un frein ou un facilitateur du populisme et des réformes qu'il sous-tend. Cette manifestation récente d'une forme de populisme illustre la mécanique constitutionnelle britannique basée sur des mécanismes « d'auto-correction »<sup>34</sup>.

Il apparaît, en premier lieu, qu'au niveau des institutions, le poids de la monarchie parlementaire (A) est plutôt un frein à l'accès des populistes au pouvoir. Mais, une fois au pouvoir, un parti véhiculant des idées populistes est quasiment libéré de toute contrainte. En effet, les normes constitutionnelles, c'est-à-dire la Constitution coutumière est bien plus facilitatrice du populisme qu'un frein à celui-ci (B). Ces deux éléments sont, par certains aspects, des facteurs d'autocorrection assez aléatoires témoignant de la fragilité des limites constitutionnelles au populisme au Royaume-Uni.

## A. Le poids de la monarchie parlementaire, un frein à l'accès des populistes au pouvoir

Le populisme, loin de remettre en cause la monarchie parlementaire s'est, au contraire, coulé dans ses institutions pour s'exprimer. Le régime britannique, caractérisé par sa nature monarchique, est un gouvernement de partis et un gouvernement majoritaire. Ces trois éléments – le rôle des partis politiques traditionnels très puissants au Royaume-Uni (1), la nature représentative et majoritaire du parlementarisme britannique (2) ainsi que la magistrature d'influence du monarque (3) semblent à différents degrés freiner le populisme.

### 1. *Le filtre des partis traditionnels*

Le populisme, qui s'est manifesté pendant la campagne du *Brexit* a, en premier lieu, été capté par le système bipartisan traditionnel. Le mode de scrutin majoritaire n'est pas favorable aux partis populistes. L'échec du United Kingdom Independence Party (UKIP) le parti marqué par la figure de Nigel Farage, favorable à la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne depuis le début des années 1990 n'a jamais rencontré de véritable succès aux élections législatives, à l'inverse des élections européennes où il a obtenu des sièges au Parlement à la faveur d'un scrutin proportionnel.

34 A.L. YOUNG, « Populism and the UK », *op. cit.*

Pour la campagne du *Brexit*, c'est Vote Leave, l'organisation officielle en faveur du *Brexit*, qui a associé différents partis dont le UKIP, des conservateurs, des travaillistes, des membres du Democratic Unionist Party et des membres du parti social-démocrate, qui a convaincu la majorité des électeurs. Le résultat du référendum a dépassé les clivages. Toutefois, ce n'est pas un nouveau parti, mais bien un parti existant, le parti conservateur, qui a mis en œuvre le *Brexit* et qui a conduit des réformes constitutionnelles dans la foulée. Il l'a fait à contrecœur et sans grand succès avec Theresa May qui avait fait campagne contre le *Brexit*, puis avec Boris Johnson après la démission de la Première ministre.

Le parti conservateur a ainsi été « un cheval de Troie » de différents courants populistes présents au sein de différents partis allant du UKIP aux conservateurs en passant par certains travaillistes. Tous les membres du parti conservateur ne partageaient toutefois pas les idées du courant Vote Leave, ce qui a enrayé le processus de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. Pour que le populisme, qui s'exprime en dehors du régime représentatif, gouverne, il fallait qu'il y ait une répercussion des résultats du référendum au niveau partisan afin que les partis mènent à bien le projet au Parlement, qui est juridiquement compétent.

Le poids des partis traditionnels est, en second lieu, illustré par le fait qu'après le référendum, Theresa May et Boris Johnson ont, d'abord, été désignés selon des procédures internes à leurs partis en 2016 et 2019. Ce n'est que dans un second temps que leur *leadership* a été conforté par les élections générales. Des élections législatives ont eu lieu après la dissolution de la Chambre des communes par Theresa May en juin 2017 et par Boris Johnson en décembre 2019. Contrairement à d'autres *leaders* populistes, ce *leader* est donc d'abord venu au pouvoir par une procédure partisane et non par une procédure électorale. L'élection législative qui est intervenue ensuite a plus (pour Boris Johnson en 2019) ou moins (pour Theresa May qui a eu besoin du soutien du Democratic Unionist Party en 2017) conforté la légitimité de ces Premiers ministres désignés par leur parti.

Cela signifie qu'il est envisageable pour les Britanniques d'être dirigés par un Premier ministre « populiste » désigné par un parti politique et non à la suite d'une élection législative. Chez les conservateurs, à la suite du *leadership contest*, deux candidats sont choisis par les parlementaires avant que le *leader* ne soit élu par les membres du parti. Chez les travaillistes, la désignation se fait par les membres du parti, qui ne sont pas seulement des parlementaires, et par les syndicats et corps affiliés ainsi que par des sections locales du parti<sup>35</sup>. Un homme politique « populiste » pourrait être Premier ministre, mais ne pas pouvoir mener à bien son programme en l'absence de majorité aux communes. Tel a été le cas de Boris Johnson qui ne parvenait pas à faire adopter son projet d'accord de retrait avant les élections du 12 décembre 2019. Ainsi, pour mener à bien sa politique, un courant populiste doit, au Royaume-Uni, nécessairement s'assurer d'être soutenu par une majorité aux communes. Sinon, ce Premier ministre risque d'être renversé par son parti – comme Liz Truss, qui était soutenue par les membres du parti, mais qui n'était pas soutenue par les membres du parti conservateur au sein de la Chambre des communes.

35 A. DUFFY-MEUNIER, « Quand et comment choisir son leader. L'exemple britannique », *Pouvoirs*, n° 154, *Les primaires*, 2015, p. 41-53.

## 2. *Le poids du régime représentatif et du scrutin majoritaire*

Une politique populiste ne peut se concrétiser qu'après s'être « faufilée » dans la logique représentative et majoritaire *via* les élections au scrutin majoritaire à un tour. Boris Johnson a d'abord été désigné chef de gouvernement par une procédure interne au parti, mais il n'a pu mener à bien le *Brexit* qu'après les élections législatives de décembre 2019 qui lui ont donné une majorité aux communes.

Si l'accès à la Chambre des communes peut paraître difficile pour les courants populistes, c'est une condition *sine qua non* du succès de leur politique. En effet, après le référendum, il a fallu réaligner les majorités populaire – celle du référendum – et représentative – celle de la Chambre des communes – pour mener à bien le *Brexit*. Cela montre que l'accès aux institutions représentatives est, au Royaume-Uni, une condition du succès du populisme témoignant de l'importance de l'opinion publique dans le régime politique britannique. Le résultat du référendum doit, en effet, grâce au soutien qu'il remporte dans l'opinion publique, se répercuter au niveau d'un gouvernement majoritaire. L'expression de la démocratie directe doit ainsi se muer au sein de la démocratie représentative après une élection au scrutin majoritaire à un tour pour que le parlementarisme britannique permette aux populistes d'entreprendre des changements constitutionnels formels ou informels.

Le soutien du peuple au *Brexit* lors du référendum a, par ailleurs, été instrumentalisé dans le programme politique des conservateurs au moment des élections de 2019. En effet, le Manifeste des conservateurs a présenté la réalisation du *Brexit* comme l'élément déclencheur justifiant de futures réformes constitutionnelles d'ampleur<sup>36</sup>, alors que le lien de cause à effet est contestable. Les réformes du *judicial review* ou du droit de dissolution (Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 et Judicial Review and Courts Act 2022) n'étaient, en effet, aucunement conditionnées par le *Brexit*.

## 3. *La magistrature d'influence du monarque*

Malgré sa nature protocolaire, le monarque joue un rôle très important dans le « gouvernement d'opinion »<sup>37</sup> britannique. Les citoyens britanniques sont aussi des sujets du Monarque, ce qui a son importance même symbolique pour comprendre le populisme.

Le populisme exacerbe, il est vrai, la souveraineté du Parlement au profit du gouvernement majoritaire, mais le monarque, quelle que soit la dimension symbolique de son rôle, a bien un rôle à jouer. En effet, l'élection législative marque un nouveau « Parlement » (avec une nouvelle majorité parlementaire et un nouveau gouvernement), mais ce Parlement reste juridiquement celui du Roi, du *King in Parliament*. Le monarque, surtout lorsque l'on pense à Elizabeth II et à son père, le roi Georges VI, représente un élément d'incarnation fort que les *leaders* populistes peuvent difficilement

36 *Get Brexit Done; Unleash Britain's Potential, The Conservative and Unionist Party Manifesto 2019*, p. 48.

37 A.V. DICEY, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, edited with an Introduction by Richard VandeWetering, Indianapolis, Liberty Fund, 2008.

concurrer dans le cœur des Britanniques. Les cérémonies à l'occasion des funérailles d'Elizabeth II en ont été un témoignage. Cette dimension a son importance pour des hommes et femmes politiques qui jouent sur la fibre démagogique et sur l'incarnation.

Toutefois, les armes du monarque limité, si populaire soit-il, sont faibles face à un gouvernement populiste. Elles peuvent prendre des formes symboliques comme le port par la Reine d'une robe aux couleurs de l'Europe lors du premier discours du trône post-*Brexit*. S'il décidait de choisir des armes plus fortes – jouer sur la désignation du Premier ministre, le refus de promulguer une loi ou encore le refus de dissoudre la Chambre des communes – le monarque remettrait en cause sa magistrature d'influence ancrée dans la tradition et les conventions constitutionnelles et changerait ainsi la nature même du régime. La monarchie ne serait plus limitée. Le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* qui a d'ailleurs restauré et encadré le droit de dissolution du monarque en abrogeant le *Fixed Term Parliamentary Act 2011*, montre l'ampleur des réformes constitutionnelles conduites par le Gouvernement de Boris Johnson.

L'élément monarchique du régime s'inscrit dans la continuité de la dimension coutumière de la Constitution britannique qui fait aussi partie de ce qui ne change pas ou presque pas au Royaume-Uni. Cette permanence et cette stabilité de la Constitution coutumière n'est pas un frein, mais bien un facilitateur des changements constitutionnels populistes.

## **B. La permanence de la Constitution coutumière, un facteur favorisant les changements populistes**

Le mépris des formes et des procédures, propre au populisme, se satisfait de la nature informelle de la Constitution britannique. Les sources constitutionnelles n'ont pas évolué malgré un gouvernement populiste, ni les deux facettes de la Constitution britannique, politique, la souveraineté du Parlement, et juridique, la *Rule of Law*. C'est en maîtrisant le ressort politique de la Constitution que les dirigeants populistes vont facilement conduire des réformes susceptibles de limiter les contre-pouvoirs notamment judiciaires, ce qui joue au détriment de la dimension « juridique » de la Constitution. Un gouvernement populiste majoritaire maîtrisant la loi, qui est la norme suprême au Royaume-Uni, conduit des réformes constitutionnelles (1) limitant assez facilement les contre-pouvoirs (2).

### *1. La facilité à réaliser des réformes constitutionnelles par des lois ordinaires*

La facilité à réaliser des réformes constitutionnelles par des lois ordinaires lorsque le Gouvernement a la majorité montre que la dimension politique de la Constitution coutumière est facilitatrice des réformes populistes.

Le Royaume-Uni n'adhère pas au principe de suprématie constitutionnelle, mais de souveraineté parlementaire. Il signifie que le Parlement – et par conséquent le gouvernement majoritaire – est souverain au Royaume-Uni et peut faire et défaire n'importe quelle loi. Le principe de souveraineté parlementaire revient en force au détriment de la *Rule of Law* qui avait été valorisée par

le renforcement du rôle des cours pour faire respecter le droit de l'Union européenne et du HRA Act 1998 (HRA). Depuis le *Brexit*, le contrôle juridictionnel des lois et des actes administratifs est fortement réduit et, pour résumer, seuls restent un contrôle de conventionnalité résiduel des lois et décisions administratives au regard du droit de l'Union européenne ainsi que les déclarations d'incompatibilité des lois contraires aux droits de la CEDH prévues par le HRA qui est en train d'être réformé.

Depuis le *Brexit*, le gouvernement majoritaire est donc défait de toute contrainte juridique. Il peut réaliser des changements constitutionnels très facilement en adoptant à la majorité simple des lois qui ne font pas l'objet d'un contrôle de constitutionnalité à proprement parler. Dans ce contexte, le problème de la protection de la minorité politique et plus généralement de tout type de minorités survient. En témoigne l'organisation des élections de 2019 par Boris Johnson et certains projets de réforme. Comme nous l'avons vu, depuis 2011, la dissolution et la motion de censure ont été encadrées par le Fixed-Term Parliaments Act 2011. Ce texte imposait que la Chambre des communes vote à la majorité des deux tiers sa propre dissolution pour que Boris Johnson organise de nouvelles élections. Il a échoué à trois reprises et a donc contourné en toute légalité cette procédure en faisant adopter – à la majorité simple – une loi ordinaire par laquelle les communes ont organisé des élections anticipées : l'Early Parliamentary General Election Act 2019.

Cet exemple met en évidence l'une des caractéristiques du populisme : sa remise en cause du pluralisme politique<sup>38</sup> en concevant le peuple comme un tout unifié. Il révèle d'abord, un mépris des procédures qui sont pourtant des garanties de l'expression des électeurs dans une démocratie. Un vote à la majorité des deux tiers est une procédure parlementaire renforcée rarement utilisée au Royaume-Uni. Sa remise en cause témoigne, ensuite, du mépris de la minorité que ces procédures protègent. Il s'agissait, en l'occurrence, de la minorité parlementaire qui s'était vue accorder un rôle plus fort dans la procédure de dissolution et dans la mise en cause de la responsabilité du gouvernement en 2011 au moment du Gouvernement de coalition entre les conservateurs de David Cameron et les libéraux-démocrates de Nick Clegg. L'Early Parliamentary General Election Act 2019 rétablit le régime du droit de dissolution classique, décidé par le Premier ministre et prononcé par le Monarque, grâce à l'adoption d'une loi à la majorité simple. Enfin, cette remise en cause des droits de la minorité politique s'est accompagnée d'une volonté de remise en cause des droits de certaines minorités. Les sections 6, 7 et 8 du projet de réforme du HRA, le Bill of Rights Bill, envisageaient de réduire les droits et libertés des minorités « suspectes » telles que les détenus et les migrants avant que le projet de loi ne soit abandonné<sup>39</sup>.

Méprisant les formes et les procédures, les courants populistes se satisfont particulièrement de la nature informelle de la Constitution britannique. Elle leur permet, en effet, de réaliser des changements fragilisant les contre-pouvoirs.

38 À ce sujet, cf. N. URBINATI, « Populisme and the Majority Principe », *op. cit.*, p. 573.

39 M. TAGGART, « Populism in Western Europe », *op. cit.*, p. 250.

## 2. *La fragile protection des contre-pouvoirs par une constitution coutumière*

L'exercice du pouvoir par un gouvernement populiste montre la fragilité des contre-pouvoirs, notamment judiciaire, dans une Constitution coutumière. La dimension judiciaire de la Constitution est ainsi remise en cause par le populisme à tel point que le juge Hodge, membre de la Cour suprême a prononcé un discours intitulé «Préserver l'indépendance judiciaire à l'âge du populisme», le 23 novembre 2018<sup>40</sup>.

Avec le *Brexit* et la crise sanitaire, le Gouvernement de Boris Johnson, fort de sa majorité, a mis en place des réformes et projets de réforme aux conséquences inquiétantes sur l'équilibre des pouvoirs. Ils sont révélateurs de ce que la Constitution coutumière est un frein très fragile aux réformes constitutionnelles populistes qui peuvent facilement avoir lieu lorsque le Gouvernement dispose d'une majorité confortable. Les courants populistes ne vont donc pas chercher à remettre en cause un cadre constitutionnel qui facilite leurs objectifs politiques. Il est, d'ailleurs, accommodant pour les gouvernements populistes – et sans doute surtout pour les populistes de droite car ils sont conservateurs<sup>41</sup>. Le constitutionnalisme coutumier est, en effet, propice au conservatisme, aux évolutions et non aux révolutions progressistes. C'est pourquoi les conservateurs «apprécient», par nature, la dimension traditionnelle de la Constitution de *common law* à condition que les juges ne remettent pas à en cause les choix du gouvernement. La critique des juges a d'ailleurs fait la une des journaux au moment de la notification du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, lorsque la Cour suprême a jugé qu'il fallait que le Gouvernement adopte une loi pour ce faire<sup>42</sup>. Les juges ont ainsi été présentés comme des ennemis du peuple par le *Daily Mail* du 4 novembre 2016. Par ailleurs, des réformes, telles que la réforme du droit de dissolution par le Dissolution and Calling of Parliament Act 2022, s'inscrivent en réaction à la décision *Miller II* dans laquelle la Cour suprême a déclaré illégale la décision de Boris Johnson de suspendre le Parlement en 2019<sup>43</sup>.

Sur le fond, les changements réalisés par le Gouvernement Johnson concernent les mêmes domaines que ceux que connaissent d'autres pays faisant face au populisme : justice, droits de l'homme, médias, remise en cause du droit européen et international. L'un des principaux éléments conduisant à ces réformes repose sur la première caractéristique du populisme qui a été favorisée par le *Brexit* et la crise du Covid-19 : exacerber les pouvoirs de la majorité et étouffer les contre-pouvoirs et mécanismes de responsabilité politiques (pour s'assurer de maîtriser la procédure législative) et juridiques (pour limiter la remise en cause des décisions de l'exécutif devant les cours). *Accountability* et *Rule of Law* se sont trouvés ébranlés.

40 Lord HODGE, «Preserving judicial independence in an age of populism», North Strathclyde Sheriffdom Conference, Paisley, 23 novembre 2018.

41 A. ANTOINE, «Le conservatisme de Boris Johnson», *Esprit*, 2020, n° 6, p. 23-26.

42 *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

43 *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41.

En témoigne la substance de nombreuses réformes et projets de réforme menés par le Gouvernement Johnson qui réduisent le rôle des Cours, des contre-pouvoirs politiques et médiatiques et remettent en cause des engagements internationaux. Au-delà de la pratique politique du Gouvernement Johnson qui a montré un faible taux de réponse du gouvernement aux commissions parlementaires et des projets de loi tendant à remettre en cause les contre-pouvoirs médiatiques avec le projet de réforme de la redevance de la BBC, plusieurs autres projets l'ont démontré.

D'abord, des lois et projets de loi ont envisagé d'écarter tout contrôle juridictionnel. Dans la loi restaurant le pouvoir de dissolution, le Gouvernement Johnson a ainsi prévu une disposition relative à l'absence de justiciabilité des pouvoirs de prérogative rétablis pour prémunir le droit de dissolution, qui relève de la prérogative, de tout recours juridictionnel. Le *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* (DCPA) exclut ainsi, dans sa troisième section, tout contrôle juridictionnel par la voie d'une *ouster clause*. Cette disposition relative à « L'absence de justiciabilité des pouvoirs de prérogative rétablis » dispose qu'« une Cour ou un tribunal ne peut remettre en cause – (a) l'exercice ou le prétendu exercice des pouvoirs visés à l'article 2, (b) toute décision ou prétendue décision relative à ces pouvoirs, ou (c) les limites ou l'étendue de ces pouvoirs. » Compréhensible pour la dissolution qui est une décision politique par nature, cette disposition l'est moins pour la suspension du Parlement. Il n'est pas inimaginable qu'une telle disposition ait été pensée pour être étendue au-delà de la dissolution à la suspension du Parlement, qui a justement fait l'objet d'une condamnation dans la décision *Miller II*.

La réforme de la procédure de *judicial review* s'inscrit dans cette même dynamique en modifiant le régime des ordonnances d'annulation, les *quashing orders*, pour permettre aux juges de moduler l'effet prospectif ou rétrospectif de leurs annulations et de conditionner cette modulation<sup>44</sup>. Elles maintiennent ainsi, pour un temps, la validité de décisions administratives illégales. Ce dispositif est clairement une réponse aux décisions *Miller* dans lesquelles la Cour suprême a fait obstacle aux décisions du Gouvernement dans le contexte du *Brexit* et de la prorogation du Parlement.

La remise en cause du droit européen et international témoigne, ensuite, du lien entre populisme et euroscepticisme<sup>45</sup> ainsi que du rejet des contraintes supranationales.

Le projet de réforme du HRA, qui entend fortement réduire le rôle des cours au profit du Parlement et, par conséquent, de l'exécutif majoritaire en témoigne également. Le projet de *Bill of Rights Bill 2022* entendait ainsi valoriser le droit national au détriment du droit européen, il privilégiait l'exécutif majoritaire à travers le Parlement au détriment des instances judiciaires en supprimant le recours à l'interprétation conforme des lois britanniques avec les droits conventionnels (abrogation de la section 3 du HRA), en préférant une interprétation littérale et restrictive (suppression des obligations positives) ainsi qu'en codifiant une forme de déférence que les Cours devaient entretenir

44 T. HICKMAN, « Quashing Orders and the Judicial Review and Courts Act », *U.K. CONST. L. BLOG*, 26 juillet 2021.

45 A. ALEXANDRE-COLLIER, « Euroscepticism under Margaret Thatcher and David Cameron: From Theory to Practice » ; et M. TAGGART, « Populism in Western Europe », *op. cit.*, p. 248.

à l'égard du Parlement en matière de droits de l'homme dans le cadre du contrôle des décisions administratives et des lois. Bref, ce projet de loi, qui constituait une véritable régression de la garantie des droits et libertés<sup>46</sup>, a été abandonné.

Le Northern Ireland Protocol Bill était, quant à lui significatif du rejet des juges et du droit international car il visait à remettre en cause certains aspects de l'Accord de commerce et de coopération entre le Royaume-Uni et l'Union européenne. Il accordait une position unique à l'Irlande du Nord qui est restée dans le marché intérieur européen afin d'éviter une frontière « dure » avec la République d'Irlande, ce qui traduisait le mépris des contraintes internationales qui s'imposent au Royaume-Uni. La Commission européenne a d'ailleurs lancé le 15 juin et le 22 juillet 2022 plusieurs procédures d'infraction contre le Royaume-Uni à propos du non-respect du Protocole sur l'Irlande et l'Irlande du Nord. Ce projet de loi a finalement été abandonnée après la conclusion du Windsor Framework entre le Royaume-Uni et l'Union européenne le 27 février 2023.

Sur la forme, ces changements peuvent être qualifiés d'« informels » du point de vue continental puisqu'il n'y a pas de procédure plus complexe que la procédure législative ordinaire à la majorité simple pour les réaliser. On constate depuis la fin des années 1990 une accélération et une normalisation des changements constitutionnels qui suivent la procédure législative ordinaire et qui peuvent passer pour techniques ou inaperçus aux yeux du grand public. Les « fondamentaux » de la Constitution britannique ont ainsi à la fois un effet « catalyseur » et « correcteur ». Le « régime de partis », le mode de scrutin et le rôle du Monarque peuvent freiner le populisme alors que la dimension majoritaire du parlementarisme favorise l'adoption de politiques populistes, une fois que le parti a gagné les élections. La Constitution coutumière favorise, quant à elle, les changements constitutionnels tout en laissant facilement la possibilité à un nouveau gouvernement de les remettre en cause.

Mais ces changements sont aussi informels dans le sens britannique de cette notion. Il s'agit d'une pratique politique qui va à l'encontre de l'esprit des institutions britanniques et de la constitution. En effet, les principales garanties sont, au Royaume-Uni, des garanties d'autolimitation des gouvernants (les « garde-corps » que sont la tolérance mutuelle et l'abstention institutionnelle). Toutefois, lorsque les dirigeants ne s'autolimitent pas – comme le scandale du *Partygate* l'a montré<sup>47</sup> jusqu'à la démission de Boris Johnson – et qu'ils réduisent les contre-pouvoirs, les principales limites à leurs réformes constitutionnelles sont le contrôle interne exercé par les partis sous l'influence de l'opinion publique en cas de désaccord avec le Premier ministre ainsi que le simple jeu de la Constitution coutumière.

La facilité de réformer la Constitution britannique est une fragilité face aux courants populistes, mais c'est aussi sa seule force : un gouvernement populiste et ses réformes pourront être balayés tous les cinq ans après de nouvelles élections ou après une démission du Premier ministre comme cela a finalement été le cas de Boris Johnson après le *Partygate*. Cette autocorrection des acteurs

46 A. DUFFY-MEUNIER, « Droit constitutionnel britannique (juillet 2021-août 2022) », *RFDC*, n° 132, 2022.

47 A. L. YOUNG, « Why 'Partygate' May Be the Beginning of the End », *VerfBlog*, 2022/4/23, [<https://verfassungsblog.de/why-partygate-may-be-the-beginning-of-the-end/>].

politiques dépend de leur personnalité et de la conception qu'ils ont de la Constitution. Après le rapport de Susan Gray sur les fêtes ayant eu lieu en plein cœur du confinement, après l'annonce de la modification du manuel de cabinet pour rendre plus difficile la démission ou la révocation de ministres pour des méconnaissances mineures du Code ministériel<sup>48</sup>, après la perte de soutien de certains membres de son parti, Boris Johnson a réitéré, le 25 mai 2022, son refus de démissionner. La motion de défiance interne au parti conservateur dont il a fait l'objet le 6 juin 2022 lui a donné le soutien d'une majorité de députés de son parti: 211 députés sur 359 alors que 148 députés ont voté contre lui. Boris Johnson est resté à la tête du Gouvernement au terme de cette procédure et ce n'est que le 7 juillet 2022, qu'il a annoncé, après de nombreuses démissions au sein de son gouvernement, qu'il démissionnait de la tête du parti conservateur ouvrant la voie à sa succession au poste de Premier ministre. Une motion de censure déposée par le parti conservateur (Boris Johnson a tout d'abord refusé d'accepter une motion de censure proposée par les travaillistes en raison de la dualité de la motion visant à censurer le Premier ministre et le gouvernement) le 18 juillet a échoué par 349 voix à 238, le laissant à la tête du Gouvernement jusqu'à la désignation de la nouvelle *leader* des conservateurs et Première ministre, Liz Truss, rapidement remplacée par Rishi Sunak.

Les effets correcteurs de la Constitution britannique sont donc précaires et aléatoires, car fondés sur la tradition et dépendant de l'évolution de la Constitution coutumière ayant établi un «Gouvernement de partis». Ces effets correcteurs dépendent, en dernier lieu, des choix législatifs des majorités parlementaires et du contrôle des partis sur les dirigeants. Ce rempart est bien faible parce que le Royaume-Uni, plus que d'autres démocraties, est fondé sur un gouvernement d'opinion. Le dernier garde-fou réside donc dans les mains des électeurs eux-mêmes. Là encore, la campagne référendaire sur le *Brexit* l'a montré, la place du numérique et le rôle de l'éducation sur l'opinion publique sont décisifs. Ce rôle de l'opinion publique et des électeurs est fragile. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le Gouvernement réduit les contre-pouvoirs politiques, juridictionnels voire même médiatiques – avec le projet de suppression de la redevance de la BBC en 2027 – qui permettent justement aux Britanniques de se faire une opinion. En définitive, l'expérience britannique montre tout l'intérêt d'avoir une Constitution formelle adoptée démocratiquement et protégeant les contre-pouvoirs comme rempart au populisme.

---

48 Cabinet Office, *Ministerial Code*, May 2022; Policy paper, *Statement of Government Policy: Standards in Public Life*, 27 May 2022.

# L'INFLUENCE DU POPULISME SUR LES CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS

## APPROCHE DE DROIT COMPARÉ : LE CAS ARGENTIN

Carolina CERDA-GUZMAN<sup>1</sup>

Fernando ARLETTAZ<sup>2</sup>

### Introduction

L'étude de l'influence du populisme sur les changements constitutionnels imposait incontestablement un détour par l'Amérique latine, tant cette région est centrale dans la consolidation de cette catégorie d'analyse du politique qu'est le populisme<sup>3</sup>. L'Amérique latine, qu'elle s'en enorgueillisse ou qu'elle s'en lamente, peut être considérée comme un berceau du populisme<sup>4</sup>. De fait, il faut admettre que le populisme est une question sur laquelle les sciences sociales ont été extrêmement productives en Amérique latine<sup>5</sup>, au point que pendant de nombreuses années il a semblé que les études sur le populisme étaient le domaine réservé des Latino-Américains<sup>6</sup>, ce qui a conduit Alexandre Dorna à affirmer, en 1999 dans son *Que sais-je* sur le populisme, que « (le) paradigme du populisme moderne est devenu latino-américain »<sup>7</sup>.

C'est précisément en prenant le cas d'un pays en particulier qu'il est alors plus aisé de voir si les différentes expériences politiques qui ont pu être qualifiées de populistes l'ont véritablement été et si elles ont conduit à des changements constitutionnels. En prenant le cas de l'Argentine, nous allons voir que le mot « populisme » est fréquemment utilisé pour qualifier les pratiques du pouvoir, mais qu'en réalité il s'agit d'un terme largement débattu non seulement en raison de l'imprécision conceptuelle qui lui est inhérente, mais aussi parce qu'il est porteur d'une charge émotive très forte.

---

1 Maître de conférences, CERCCLE, Université de Bordeaux.

2 Professeur au Centre Universitaire de la Défense / Université de Saragosse.

3 O. COMPAGNON, « Amérique latine », in O. DARD, C. BOUTIN et F. ROUVILLOIS (dir.), *Le dictionnaire des populismes*, Paris, Éd. du Cerf, 2019, p. 80.

4 C. GALINDO HERNÁNDEZ, « Neopopulismo en Colombia: el caso del gobierno de Álvaro Uribe Vélez », *Iconos, Revista de Ciencias Sociales* (Équateur), 2007, n° 27, p. 148 ; E. M. CUÑARRO CONDE et L. D. CUÑARRO CONDE, « Democracia y populismo en América Latina. Algunas notas sobre Uruguay y Venezuela », *Justicia* (Venezuela), 2017, n° 31, p. 47.

5 E. M. CUÑARRO CONDE et L. D. CUÑARRO CONDE, « Democracia y populismo en América Latina. Algunas notas sobre Uruguay y Venezuela », cit., p. 47 ; M. HAILBRONNER et D. LANDAU, « Introduction: Constitutional Courts and Populism », *International Journal of Constitutional Law Blog*, 22 avril 2017, disponible en ligne : [<http://www.iconnectblog.com/2017/04/introductionconstitutional-courts-andpopulism>] ; R. BARTRA, « Populisme et démocratie en Amérique latine. Notes et Réflexions », *Problèmes d'Amérique latine*, 2009, n° 71, p. 11.

6 K. A. HAWKINS et C. ROVIRA KALTWASSER, « The Ideational Approach to Populism », *Latin American Research Review*, 2017, n° 52, p. 513.

7 A. DORNA, *Le populisme*, Paris, PUF, « Que sais-Je ? », n° 3531, 1999, p. 35.

Toutefois, avant de pouvoir rentrer davantage dans le détail de l'analyse, il importe de donner quelques repères historiques. Selon un critère généralement accepté, le populisme fait officiellement son apparition en Argentine au moment de la deuxième vague mondiale de populisme qui se situe après la Seconde Guerre mondiale<sup>8</sup>. En Argentine, le populisme se résume alors essentiellement à un homme : Juan Domingo Perón, qui donnera alors naissance à ce que l'on appellera le « péronisme » ou le « justicialisme ». Militaire ayant participé au gouvernement instauré après le coup d'État de 1943, Juan Perón a été président de la République à trois reprises. Son premier mandat s'est étendu de 1946 à 1952. Il est réélu en 1952, mais, en septembre 1955, il est renversé, laissant alors le pouvoir à une junte militaire. Après un exil forcé, il remporte à nouveau l'élection présidentielle en septembre 1973. Ce troisième mandat fut cependant écourté, puisque le 1<sup>er</sup> juillet 1974 Perón meurt des suites d'un arrêt cardiaque. Beaucoup s'accordent à considérer que seuls les deux premiers gouvernements de Perón (donc de 1946 à 1955) doivent être qualifiés de populistes, tant en raison des mesures sociales et économiques adoptées (d'un contenu en même temps nationaliste et social) qu'en raison du discours politique dominant. Il s'agirait ici du populisme qu'on pourrait appeler « classique », car il s'approcherait d'un type idéal et permettrait, de ce fait, de mesurer l'application du qualificatif « populistes » à d'autres expériences historiques<sup>9</sup>. En revanche, la période 1973-1974 est systématiquement exclue de l'analyse, dans la mesure où la dimension populiste ne transparaît plus, ni dans ses mesures ni dans ses discours de l'époque<sup>10</sup>.

On considère habituellement que le populisme refait surface en Argentine avec la présidence de Carlos Menem. Ce dernier se singularise par ses dons de communicant, faisant un large usage de son charisme, lui permettant d'arriver à la présidence de la République en 1989. Il est réélu en 1995 et termine son mandat en 1999. Comme on le verra ultérieurement, la pratique du pouvoir par Menem se distingue très clairement de celle de Juan Domingo Perón surtout par la dimension néolibérale de sa politique économique. Dès lors, un débat a pu naître sur la question de savoir s'il s'agissait d'un même populisme. Pour les distinguer, on utilise bien souvent l'expression de « néo-populisme » lorsqu'il est question du mandat de Carlos Menem.

8 H. CUCHETTI, A. DEZÉ et E. REUNGOAT, *Au nom du peuple? Idées reçues sur le populisme*, Paris, Éd. Le Cavalier Bleu, coll. Idées reçues, 2021, p. 40.

9 E. M. CUÑARRO CONDE et L. D. CUÑARRO CONDE, « Democracia y populismo en América Latina. Algunas notas sobre Uruguay y Venezuela », cit., p. 47; M. RETAMOZO, « La teoría del populismo de Ernesto Laclau: una introducción », *Estudios Políticos* (Mexique), 2017, n° 41, p. 158; M. L. AGUERRE, « El populismo latinoamericano », *Revista de la Facultad de Derecho* (Uruguay), 2017, n° 42, p. 12; P. PIZZORNO, « Trayectorias populares e intervención populista en América Latina », *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos* (Mexique), 2018, n° 2, p. 73; V. MORALES et M. BARROS, « Populismo y derechos ciudadanos: anotaciones sobre un vínculo errante », *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos* (Mexique), 2018, n° 2, p. 122; K. A. HAWKINS et C. ROVIRA KALTWASSER, « The Ideational Approach to Populism », cit., p. 517; L. G. PATIÑO ARISTIZÁBAL et P. CARDONA RESTREPO, « El neopopulismo: una aproximación al caso colombiano y venezolano », *Estudios Políticos* (Colombie), 2009, n° 34, p. 177; A. JOFFRES, « Le populisme d'Amérique latine en Europe: chronique d'un concept populaire », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, 13 février 2008, URL: [<http://journals.openedition.org/nuevomundo/3628>]; R. BARTRA, « Populisme et démocratie en Amérique latine. Notes et Réflexions », cit., p. 11; E. PERUZZOTTI, « El populismo como ejercicio de poder gubernamental y la amenaza de hibridación de la democracia liberal », *Revista Sociedad Argentina de Análisis Político* (Argentine), 2017, n° 2, vol. 11, p. 217; H. CUCHETTI, « Péronisme », in O. DARD, C. BOUTIN et F. ROUVILLOIS (dir.), *Le dictionnaire des populismes*, Paris, Éd. du Cerf, 2019, p. 790-791.

10 K. A. HAWKINS et C. ROVIRA KALTWASSER, « The Ideational Approach to Populism », cit., p. 518.

Puis enfin, certains spécialistes évoquent une troisième période populiste qui serait celle mise en place de 2003 à 2015 par le couple Kirchner, Néstor (président entre 2003 et 2007) et Cristina (présidente entre 2007 et 2011, puis entre 2011 et 2015), qu'on qualifie alors de « populisme de gauche »<sup>11</sup>. Cette expression est parfois même utilisée pour faire référence à certains discours du président actuel Alberto Fernández, élu en 2019 et accompagné par Cristina Kirchner dans le rôle de vice-présidente.

Ainsi, comme on le voit, l'Argentine constitue un cas d'étude particulièrement intéressant compte tenu des nombreuses expériences politiques qualifiées de populistes qu'elle a pu connaître. Ces expériences ont été si marquantes qu'elles ont parfois conduit à assimiler un peu trop rapidement Argentine et populisme. Par exemple, il est extrêmement révélateur que certains politistes aient pu qualifier le pape François de mener une politique de « populisme religieux »<sup>12</sup>. Si sont pointés du doigt sa politique d'affaiblissement de la Curie romaine et son style de communication directe, il faut admettre que les origines argentines du pape constituent également une donnée de poids. On le ressent en particulier sous la plume de Loris Zanatta, un politiste italien spécialisé dans l'histoire du péronisme, lorsqu'il le qualifie de « pape péroniste »<sup>13</sup>.

À cet effet, le droit peut s'avérer utile, car il offre des clés de lectures intéressantes afin d'analyser la manière dont ces présidents et présidentes ont fait usage de la Constitution. Ceci permettra alors de dessiner l'expression juridique du populisme en Argentine. Mais au-delà, le droit soulignera les spécificités très nationales de ces expériences du populisme, conduisant ainsi à éviter toute assimilation entre les différentes expériences populistes latino-américaines (malgré leurs possibles similitudes) et entre péronisme et fascisme (malgré les affinités qu'on peut cependant trouver entre les deux), ou de voir toute action tournée vers le peuple ou visant à diminuer le poids de la bureaucratie comme du populisme.

Pour ce faire, nous reviendrons sur la conceptualisation qui est faite du populisme, afin de faire un point sur la définition du terme telle qu'elle est établie en Argentine (section 2). Puis, nous verrons les expressions constitutionnelles de ce populisme en étudiant en particulier les changements constitutionnels sous Perón et Menem et nous aborderons les analyses plus contemporaines du phénomène relatives au kirchnérisme (section 3). Notre analyse nous conduira à nous interroger sur l'application du qualificatif « populiste » aux présidences de Menem, d'une part, et de Néstor et Cristina Kirchner ainsi que d'Alberto Fernandez, d'autre part. S'il est indéniable qu'elles ont pu partager certains traits avec les expériences du « populisme classique » (soit sur le plan des mesures sociales et économiques, soit sur le plan des discours politiques, soit sur les deux plans), il est cependant légitime de se poser la question des spécificités qui peuvent les singulariser et, de ce fait, les éloigner du populisme des années 1940 et 1950.

11 H. CUCHETTI, A. DEZÉ et E. REUNGOAT, cit., p. 71.

12 H. CUCHETTI, A. DEZÉ et E. REUNGOAT, cit., p. 156.

13 L. ZANATTA, « Un papa peronista? », *Il Mulino. Rivista bimestrale di cultura e di politica*, n° 2, 2016, p. 16.

## I. Le populisme en Argentine : discussions empiriques et conceptuelles

### A. Le péronisme, ligne de partage historique et théorique

La diversité des politiques qualifiées de populistes soulève de nombreuses questions dont celle de la définition du terme. La construction d'une définition de « populisme » (soit de type idéal, soit de type inductif à partir d'un ensemble d'exemples historiques indiscutablement classés comme des cas de populisme) est la première tâche à accomplir dans une recherche relative au populisme constitutionnel. Or, le populisme n'est pas seulement une catégorie analytique. C'est aussi un élément du débat politique. Pour cela, il ne suffit pas de construire une définition analytiquement cohérente du terme ; il faut aussi tenir compte de ses usages (toujours belligérants, parfois péjoratifs) dans l'arène politique.

On ne va pas ici tenter de construire une définition abstraite du populisme. Par contre, on va parcourir l'histoire argentine récente pour dégager les débats qui ont eu lieu sur l'application du qualificatif de « populiste » à différentes expériences politiques depuis la deuxième moitié du xx<sup>e</sup> siècle. Pour ce faire, il faut nécessairement commencer par le péronisme, grand événement politique du xx<sup>e</sup> siècle argentin<sup>14</sup>. Phénomène incontestablement populaire (condensé classiquement dans l'image du « sous-sol de la patrie soulevé », de l'intellectuel argentin Raúl Scalabrini Ortiz<sup>15</sup>), c'est un des exemples récurrents de toute théorie du populisme. Le péronisme est en tout cas une expérience historique difficile à classer. Les deux premiers mandats présidentiels de Juan Domingo Perón (1946-1952 et 1952-1955 respectivement), en effet, ont été une période de profondes transformations sociales et économiques et de revendication discursive de la classe ouvrière, mais aussi de restrictions des libertés individuelles et d'un nationalisme combatif et clérical.

La sociologie fonctionnaliste explique l'émergence des populismes comme une forme d'asynchronisme, résultat de la transition de la société traditionnelle à une société industrielle. Pour le sociologue italo-argentin Gino Germani, un auteur incontournable dans les débats argentins sur le populisme, les mouvements nationaux et populaires latino-américains apparaissent en raison de l'impossibilité des systèmes politiques d'intégrer les masses (dont la mentalité combine des éléments traditionnels et des éléments modernes) dans la vie politique, comme il était arrivé en Europe au xix<sup>e</sup> siècle. La mobilisation des masses ne pouvant pas être gérée à travers l'intégration dans le système politique existant, elle se fait par des voies anti-institutionnelles manipulées par des leaders populistes<sup>16</sup>. De même, le sociologue argentin Torcuato Di Tella pointe une hausse des attentes des groupes exclus des bénéfices économiques et de la représentation politique qui est canalisée par une élite imprégnée d'une idéologie contraire au *statu quo*. L'idéologie populiste résulte ainsi fortement émotive et ne correspond pas à une idéologie de classe, car le populisme nécessite justement l'absence d'une organisation de classe des groupes populaires<sup>17</sup>.

14 La bibliographie sur le péronisme est immense. Voir par exemple C. ALTAMIRANO, *Bajo el signo de las masas (1943-1973)*, Buenos Aires, Ariel, 2001 ; R. DEL BARCO, *El régimen peronista, 1946-1955*, Buenos Aires, De Belgrano, 1983 ; M. MURMIS y J. C. PORTANTIERO, *Estudios sobre los orígenes del peronismo*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2004 (première édition 1971) ; J. C. TORRE (directeur), *Los años peronistas (1943-1955)*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2002 ; T. HALPERIN DONGHI, *La larga agonía de la Argentina peronista*, Buenos Aires, Ariel, 1994.

15 R. SCALABRINI ORTIZ, *Tierra sin nada, tierra de profetas*, Buenos Aires, Lancelot, 2009 (1946), p. 30.

16 G. GERMANI, *Política y sociedad en una época de transición*, Buenos Aires, 1965.

17 T. DI TELLA, « Populism and Reform in Latin America », in C. VELIZ, *Obstacles to Change in Latin America*, Londres, 1970, p. 47-74.

La critique marxiste du fonctionnalisme insiste sur le fait que le populisme ne peut être expliqué qu'en termes de classe et de modes de production. Dans son célèbre texte «Towards a Theory of Populism», Ernesto Laclau indique que la spécificité du populisme se trouve dans une certaine articulation, dans le discours politique, d'une contradiction qui va au-delà des classes, mais qui dépend d'elles. Le populisme ne peut être que le projet d'une classe sociale qui articule, dans son discours, des revendications provenant d'autres classes sociales<sup>18</sup>.

Pour Laclau, tandis que l'idéologie dominante présente l'opposition entre le pouvoir et les revendications des secteurs populaires (qu'il appelle « démocratiques ») comme une simple différence, la caractéristique propre du populisme est de transformer cette différence en véritable antagonisme. Or, il peut y avoir un populisme des classes dominantes, quand une fraction de cette classe cherche à imposer son hégémonie, mais est incapable de le faire dans la structure du bloc de pouvoir existant ; et un populisme des classes dominées, qui cherche à fusionner l'idéologie populaire-démocratique et l'idéologie socialiste. Le *socialisme populiste* serait ainsi la forme la plus avancée de l'idéologie de la classe ouvrière.

Laclau explique le péronisme comme un processus de construction d'un langage populaire-démocratique au niveau national qui a été possible grâce à l'homogénéité sociale argentine dans les années 1940 : prédominance de la population urbaine, absence d'un paysannat fort, développement des classes moyennes et du syndicalisme. Avant la crise de 1930, la classe dominante en Argentine était celle des propriétaires fonciers. L'idéologie libérale (européiste, anti-personnaliste et liée au développement économique) était incapable d'intégrer l'idéologie des masses. Malgré cela, et grâce à la capacité de redistribution d'une économie prospère et incorporée aux marchés mondiaux, l'oligarchie foncière a pu neutraliser les interpellations populaires. Mais après la crise de 1930, l'oligarchie n'a plus pu tolérer les politiques de redistribution (qui avaient été particulièrement fortes sous les gouvernements du Parti Radical, entre 1916 et 1930). En même temps, il est apparu un nouvel antagonisme entre les secteurs industriels, surgis à partir de 1930, et l'oligarchie foncière traditionnelle.

En ce contexte, pour Laclau, le populisme péroniste consista en la réunification de l'ensemble des interpellations qui exprimaient l'opposition à l'idéologie libérale : d'une part, les revendications de la classe ouvrière, transformée par le processus d'industrialisation, et d'autre part, l'anti-impérialisme et l'industrialisme du nationalisme de droite. Or, le projet de classe du péronisme était celui du capitalisme national et donc les revendications populaires (« démocratiques ») ne pouvaient se développer que jusqu'à un certain point. Finalement, pour Laclau, le péronisme n'a pas été un projet populiste radical, mais limité. Il peut être compris comme un régime bonapartiste qui s'est servi de la force médiatrice de l'État pour conjuguer les forces contradictoires dont il tirait son appui.

---

18 E. LACLAU, «Towards a Theory of Populism», in E. LACLAU, *Politics and Ideology in Marxist Theory: Capitalism, Fascism, Populism*, Londres, NLB, 1977, p. 143-198.

De ce fait, le potentiel explosif du péronisme était équilibré par des éléments antilibéraux, mais non populaires, comme l'idéologie militariste ou cléricale. Après la chute de Perón en 1955, la mobilisation de la classe ouvrière permit la subsistance du mouvement péroniste. Mais les revendications populaires se sont développées sans les limites établies par le péronisme au pouvoir. Le *socialisme national*, résultat de la radicalisation d'un secteur du mouvement, acquit une centralité qu'il n'avait pas eue sous le gouvernement de Perón. À son retour au pouvoir en 1973, Perón fut incapable d'articuler ces demandes populaires d'une manière acceptable pour la bourgeoisie. Le gouvernement de sa veuve Isabel Perón a alors sombré dans un chaos répressif.

La lecture de l'explication de Laclau sur le péronisme, aussi détaillée soit-elle, présente des lacunes ou tout du moins elle présente le défaut de mettre de côté des éléments explicatifs qui nous semblent importants. D'une part, l'explication de Laclau laisse en suspens une question pourtant importante : pourquoi voir le péronisme comme un mouvement démocratique (au sens de « populaire ») qui introduit des éléments militaristes et cléricaux et non comme un mouvement essentiellement militariste et clérical qui recueille des revendications populaires ?

D'autre part, il faut tenir compte d'un aspect qui, nous semble-t-il, est fondamental pour comprendre l'évolution du péronisme et qui n'apparaît que partiellement sous la plume de Laclau : la faible capacité du mouvement péroniste à développer les conditions économiques qui rendent possibles les politiques de redistribution. En 1946, quand Perón arrive à la présidence, l'Argentine avait surmonté la crise économique de 1930 et s'était pleinement insérée dans un contexte international que la Seconde Guerre mondiale avait rendu très favorable à ses intérêts. Au temps du deuxième mandat péroniste (entre sa réélection en 1952 et le coup d'État de 1955), les conditions économiques avaient changé à un tel point (inflation, grèves contre le propre gouvernement péroniste...) que Perón a dû abandonner son nationalisme idéologique<sup>19</sup>.

Ceci expliquerait aussi, au moins en partie, l'échec retentissant du retour de Perón au pouvoir en 1973. Les conditions économiques étant complètement différentes de celles de 1946 (et même de celles de 1955), le mouvement péroniste fut incapable de contenter simultanément les forces contradictoires sur lesquelles il s'était appuyé : la bourgeoisie industrielle, le prolétariat urbain, la jeunesse socialiste radicalisée...

## B. Un populisme néolibéral ?

Le retour du régime démocratique en Argentine en 1983, après sept ans de dictature, a transformé la logique des partis politiques. Contrairement à ce qui était arrivé sous les expériences yrigoyéniste (1916-1922 et 1928-1930) et péroniste (1946-1955), durant lesquelles les partis radical et péroniste se voyaient comme la représentation de la communauté tout entière, la récupération démocratique a permis une valorisation du pluralisme politique.

19 M. ROUGIER, *La economía del peronismo. Una perspectiva histórica*, Buenos Aires, Sudamericana, 2012 ; A. FERRER, « La economía política del peronismo », *El Trimestre Económico*, 44 (173), 1977, p. 73-115.

Dans ce contexte, les deux mandats présidentiels de Carlos Menem (1989-1995 et 1995-1999) ont été marqués par de profondes transformations économiques et sociales. D'une part, la vague néolibérale qui a touché l'Amérique latine durant cette décennie a retenti en Argentine sous la forme de privatisations d'entreprises publiques, d'ouverture économique et d'endettement du secteur public. D'autre part, la réforme constitutionnelle de 1994 a significativement modifié certains rapports institutionnels au niveau du gouvernement fédéral<sup>20</sup>.

Pour qualifier la période ménémiste (tout comme celles de Fujimori au Pérou ou de Collor de Melo au Brésil), d'aucuns ont utilisé l'expression « néopopulisme ». La similitude entre les populismes classiques et les expériences latino-américaines de la dernière décennie du xx<sup>e</sup> siècle se placerait dans l'existence d'un *leadership* fort et personnaliste (en quelque sorte, la « démocratie délégataire » dont parlait le politiste argentin Guillermo O'Donnell<sup>21</sup>). Le *leadership* fort de Menem surgit dans le contexte de la crise économique des dernières années de la période du président Alfonsín (1983-1989). Menem implante des réformes néolibérales alors qu'il promet aux plus faibles une place dans l'ordre résultant de la modernisation économique. En tant que leader (néo)populiste, il se présente comme la personnification de l'ordre et de la capacité à gouverner et comme protecteur paternel du peuple (qu'il protège face aux conséquences des réformes néolibérales implantées par lui-même et présentées comme inévitables).

L'utilisation du qualificatif de populiste est toutefois nuancée par d'autres spécialistes. Pour le politiste argentin Marcos Novaro, la présence d'un *leadership* fort ne suffirait pas à désigner Menem comme un leader populiste, le populisme étant défini par l'agrégation de demandes sociales variées sous l'étiquette du peuple et la reconnaissance d'une mission régénératrice au mouvement politique, deux caractéristiques qui seraient absentes de la période ménémiste. S'il est possible de parler de « néopopulisme » en ce cas, ce serait seulement d'une manière très limitée en vertu de l'appartenance à une tradition culturelle diffuse, peu soucieuse des formes institutionnelles, quoique non forcément autoritaire ou anti-institutionnelle.

En tout état de cause, le contexte d'émergence du néopopulisme est différent de celui des populismes classiques. En effet, la période ménémiste se caractérise par une dissolution du peuple en tant que sujet politique (c'est-à-dire, une dépolitisation de la société qui se replie sur sa vie privée), l'affaiblissement de la capacité des organisations sociales comme les syndicats d'agrérer les demandes sociales et l'épuisement de la légitimité des institutions étatiques créées par les populismes classiques. Dans ce contexte, la représentation politique dépend plutôt de l'efficacité dans l'action du gouvernement, de la production de résultats concrets et de l'interprétation des états d'âme toujours variables de l'opinion publique que de la constitution d'une identité communautaire forte. Menem se rend compte de ce nouvel esprit d'époque et l'instrumentalise en sa faveur<sup>22</sup>.

20 La littérature sur la période ménémiste est très large. Voir P. GERCHUNOFF et J. C. TORRE, « La política de liberalización económica en la administración de Menem », *Desarrollo Económico*, 36 (143), 1996, 733-768 ; V. PALERMO et M. NOVARO, *Política y poder en el gobierno de Menem*, Buenos Aires, Flacso/Norma, 1996 ; A. BONNET, *La hegemonía menemista: el neoconservadurismo en Argentina, 1989-2001*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

21 G. O'DONNELL, « Delegative Democracy? », The Hellen Kellog Institute for International Studies, Working Paper 172, 1992.

22 M. NOVARO, « Los populismos latinoamericanos transfigurados », *Nueva Sociedad*, 144, 1996, p. 90-103.

Un troisième groupe de spécialistes, finalement, exclut totalement la qualification de populiste pour la période ménémiste. Si l'on définit le populisme comme un mécanisme d'inclusion / exclusion de l'adversaire du champ de la représentation, comme le fait le politiste argentin Gerardo Aboy, la période ménémiste ne pourrait pas être qualifiée de populiste. En suivant ce cadre d'analyse, les expériences yrigoyeniste et péroniste ont réellement signifié des ruptures avec l'ordre préexistant dont le responsable était l'adversaire politique : la *réaction* conservatrice dans le cas du premier, l'*oligarchie* dans le cas du deuxième. En même temps, elles avaient affiché une prétention de représentation de la totalité du pays (car la *réaction* et l'*oligarchie* n'étaient pas *vraiment* partie du pays). Le populisme est ainsi défini comme un mécanisme qui adopte la forme du *foundationalisme* (la rupture avec un passé immoral et oppresseur) et de l'*hégémonisme* (la prétention de représenter la totalité). Si le premier élément peut être trouvé sous quelques formes pendant la période ménémiste, le deuxième, par contre, est absent<sup>23</sup>.

La composante libérale de la citoyenneté, éclipsée dans les expériences populistes yrigoyeniste et péroniste, émerge avec force de la récupération démocratique en 1983. Si la période du président Alfonsín est celle de la refondation politique d'un pays traumatisé par le terrorisme d'État et la défaite dans la guerre des Malouines, celle du président Menem correspond à la refondation économique après des années de crise et hyperinflation. Or, la période ménémiste ne pourrait pas être qualifiée de populiste : d'une part, le pluralisme démocratique largement accepté depuis 1983 aurait empêché le déploiement d'une prétention hégémonique ; d'autre part, le réformisme en faveur de la justice sociale, typique des expériences populistes yrigoyéniste et péroniste, aurait été remplacé par le réformisme de marché<sup>24</sup>.

### C. Le populisme du XXI<sup>e</sup> siècle

La dernière période historique à considérer ici est celle du kirchnérisme. Elle comprend le mandat présidentiel de Néstor Kirchner (2003-2007), les deux mandats présidentiels de son épouse Cristina Kirchner (2007-2011 et 2011-2015) et, peut-être, celui de l'actuel président Alberto Fernández (depuis 2019). Que le qualificatif « populiste » puisse être appliqué à cette période dépend non seulement de la définition qu'on adopte du phénomène, mais aussi de l'appréciation sur le contenu des politiques développées durant ces années.

La première expérience kirchnériste, c'est-à-dire celle des mandats de Néstor et Cristina Kirchner, s'insère dans le cadre du *boom* des prix internationaux des matières premières qui, tout comme dans le cas du premier péronisme entre 1946 et 1949, a placé le pays dans une position très favorable. En ce contexte, des politiques publiques de protection des secteurs les moins favorisés sont mises en place. Elles sont accompagnées d'un discours militant de confrontation qui oppose ces secteurs à certaines

23 G. ABOY CARLÉS, « Populismo y democracia en la Argentina contemporánea. Entre el Hegemonismo y la Refundación », *Estudios Sociales*, 28 (1), p. 125-149 ; G. ABOY CARLÉS, « El nuevo debate sobre el populismo y sus raíces en la transición democrática », *Colombia Internacional*, 82, 2014, p. 23-50.

24 G. ABOY CARLÉS, « Populismo y democracia en la Argentina contemporánea », cit.

parties du patronat, en particulier les propriétaires des entreprises liées à l'exportation agricole (paradoxalement celles qui fournissaient la plus grande partie des ressources qui rendaient possibles les politiques de redistribution). Par ailleurs, même si les libertés publiques sont globalement respectées, de nombreuses politiques publiques sont imprégnées de clientélisme et le kirchnérisme essaie une reconfiguration institutionnelle qui lui permette d'avoir la mainmise sur les autres pouvoirs de l'État (la réforme du Conseil de la Magistrature, dont on parlera ci-dessous, en est un bon exemple)<sup>25</sup>.

Enfin, malgré son discours de rénovation et de progressisme, le kirchnérisme s'est appuyé sur les structures conservatrices traditionnelles du Partido Justicialista: les maires du *Conurbano*, les gouverneurs des provinces et les dirigeants des syndicats péronistes. La réactivation de l'industrie a aussi donné lieu à une alliance du kirchnérisme avec la bourgeoisie industrielle nationale. Dès lors, la sociologue argentine Maristella Svampa qualifie l'expérience kirchnériste de populiste dans la mesure où elle s'est appuyée sur trois éléments: l'affirmation discursive du concept de nation, un État redistributif et conciliateur, et le lien entre le leader charismatique et les masses organisées. Le *grand récit* populiste se serait affirmé après la mort de Néstor Kirchner sur la base de la dichotomie entre le bloc supposément populaire (le kirchnérisme lui-même) et le bloc des secteurs concentrés du pouvoir (les monopoles, les corporations, les anti-péronistes). Ce récit populiste aurait trouvé un écho favorable dans une partie des classes moyennes, tandis qu'une autre partie de ce groupe social s'opposait à l'autoritarisme croissant du gouvernement<sup>26</sup>.

La critique de Svampa au kirchnérisme ne nie pas les tendances autoritaires du gouvernement. Cependant, elle met l'accent sur un autre aspect: l'alliance entre le gouvernement et les grands agents économiques (grandes entreprises agricoles et d'extraction minière). La prospérité économique qui permettait les politiques de redistribution (comme la *asignación universal por hijo* et les subventions à la production et à la consommation) n'était possible que grâce aux prix internationaux des produits primaires. Pour Svampa, malgré le discours combatif du kirchnérisme contre les grandes entreprises agricoles et minières, il existait en fait une alliance entre ces deux secteurs.

C'est justement en raison de la dépendance du projet économique des prix internationaux des matières premières que le changement des termes des échanges internationaux a montré les limites du projet kirchnériste. « Proie d'un discours épique, sur-joué jusqu'à la satiété et avec une grande soumission envers la figure présidentielle, le kirchnérisme n'a plus pu cacher ses contradictions, face à la réalité des indicateurs économiques et son alliance manifeste avec les corporations [...] Fidèle à l'héritage personaliste de la politique latino-américaine, l'encapsulation du Pouvoir Exécutif a configuré un modèle d'extrême présidentielisme, peu attaché au débat démocratique »<sup>27</sup>.

25 Sur le kirchnérisme, voir A. MUÑOZ et M. RETAMOZO, « Kirchnerismo: gobierno, política y hegemonía », VII Jornadas de Sociología de la UNLP, 2012; S. LEVITSKY et M. V. MURILLO, « Argentina: From Kirchner to Kirchner », *Journal of Democracy*, 19 (2), 2008, p. 16-30; C. WYLDE, « State, Society and Markets in Argentina: The Political Economy of Neodesarrollismo under Néstor Kirchner, 2003-2007 », *Bulletin of Latin American Research*, 30 (4), 2011, p. 436-452.

26 M. SVAMPA, « La década kirchnerista: Populismo, clases medias y revolución pasiva », *Lasa Forum*, XLIV, p. 14-16; M. SVAMPA, « Argentina, una década después. Del "que se vayan todos" a la exacerbación de lo nacional-popular », *Nueva Sociedad*, 235, 2011, p. 17-34; M. SVAMPA, « Posprogresismos, polarización y democracia en Argentina y Brasil », *Nueva Sociedad*, 282, 2019, p. 121-134.

27 M. SVAMPA, « La década kirchnerista: Populismo, clases medias y revolución pasiva », cit., p. 15-16.

Au-delà des rapports ambigus du kirchnérisme avec les grandes entreprises agricoles et minières, il y a une caractéristique qui unit cette expérience historique avec celle du péronisme de Perón (1946-1955) : dans les deux cas, les politiques de redistribution ont été possibles grâce à un contexte international très favorable, mais le parti au gouvernement n'a pas été capable de gérer les transformations structurelles nécessaires pour garantir la continuité de la croissance économique au-delà du cycle international favorable aux matières premières. L'augmentation des prix des matières premières pendant la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle a permis une forte croissance économique dans le mandat de Néstor Kirchner et le premier mandat de Cristina Kirchner. Vers la fin de la première décennie, cependant, les conditions internationales ont changé : l'inflation, un mal chronique de l'histoire économique argentine, est réapparue ; les excédents budgétaires et de commerce extérieur sont devenus déficitaires ; les indicateurs de pauvreté ont commencé à augmenter (après une réduction drastique suite à la crise économique de 2001)<sup>28</sup>.

Est-ce que Alberto Fernandez est toujours dans cette lignée ? Dans certains de ses discours, il tend à accentuer la continuité de ses politiques avec celles du mandat de Néstor Kirchner (gardé dans le souvenir des Argentins comme une période de croissance économique et de politiques de redistribution). Mais d'autres décisions s'éloignent de ce qu'on pourrait considérer l'héritage des premières années kirchnéristes. En mars 2022, par exemple, le gouvernement a signé un accord avec le Fonds Monétaire International qui inclut un compromis de réduire le déficit public. Au moment de l'approbation législative de cet accord, le gouvernement a trouvé l'appui de l'opposition de centre-droite, mais le kirchnérisme *dur* (qui répond directement à la vice-présidente Cristina Kirchner) a voté contre.

Sur le plan politique général, une continuité dans le discours peut être décelée (« la protection du peuple », « la lutte contre les corporations ») ainsi qu'une volonté manifeste de montrer le mandat d'Alberto Fernández comme la suite de celui de Néstor Kirchner. Mais les conditions économiques ne sont pas celles de 2003. Dans ce contexte, Fernández doit trouver un équilibre difficile entre les secteurs les plus modérés (auquel lui-même il appartient, peut-être) et les secteurs les plus radicalisés (le *kirchnérisme dur* de la vice-présidente Cristina Kirchner et de l'organisation « La Cámpora » dont le fils de la vice-présidente est le *leader*). Donc Alberto Fernández fait des mouvements contradictoires.

Il est difficile de faire une analyse globale de cette longue période. La principale constante de la période est l'existence d'un discours qu'on pourrait dire progressiste : une revendication des secteurs populaires, un récit politique fondé sur l'idée de l'expansion des droits sociaux, *etc.* Ce discours est accompagné d'un antagonisme entre la période kirchnériste et la période précédente : dans les cas des mandats de Néstor et Cristina Kirchner, une opposition avec la période néolibérale ménémiste (qu'ils avaient paradoxalement soutenue en tant que gouverneur d'une province et sénatrice respectivement) ; dans le cas du mandat d'Alberto Fernández, une opposition avec la période (qualifiée aussi de néolibérale) de Mauricio Macri.

28 A. WAINER et P. BELLONI, « ¿Lo que el viento se llevó? La restricción externa en el kirchnerismo », in M. SCHORR, *Entre la década ganada y la década perdida: la Argentina kirchnerista. Estudios de economía política*, Buenos Aires, Batalla de Ideas, 2018, p. 51-81.

La principale variable concerne le degré d'accomplissement réel de la politique d'extension des droits prônée par le discours du kirchnérisme au gouvernement. S'il est vrai que certaines politiques d'État ont été implémentées au niveau de la protection sociale (par exemple, un régime de protection de l'enfance), surtout dans les deux premiers mandats kirchnéristes, il est aussi vrai que cette implémentation a toujours été fragmentaire et peu planifiée. En effet, le principal déficit du kirchnérisme a été le manque de prévision sur les conditions nécessaires pour garantir la durabilité des politiques à long terme. Un exemple : à partir de 2004, le gouvernement a promu l'universalisation du régime des retraites. Ceci supposait que des personnes qui n'avaient pas payé de cotisations à la sécurité sociale aient droit à une retraite publique. Les conditions économiques du moment permettaient de financer temporairement cette politique. Or, aucune étude sérieuse sur les effets à long terme n'a été faite. Aujourd'hui, une des principales raisons du lourd déficit public argentin est le déficit du régime de la Sécurité sociale.

## II. Les outils juridiques de la politique populiste

### A. Qu'est-ce que le populisme constitutionnel ?

Les rapports entre populisme et démocratie, ainsi qu'entre populisme et Constitution, ne sont pas faciles à cerner. Assez communément, on considère que le populisme n'est pas un chemin permettant d'amplifier la démocratie, mais une pathologie politique de sociétés en processus de modernisation<sup>29</sup>. Cet argument reprend, dans le domaine juridique et institutionnel, l'explication fonctionnaliste du populisme comme phénomène politique. Il faudrait dès lors rejeter toute politique usant des mêmes ressorts ou présupposés.

Toutefois, ce point de vue n'est pas partagé par tous. Ernesto Laclau notamment voit le populisme comme un mécanisme d'articulation des demandes sociales à travers l'émergence d'un *leader* qui incarne un processus d'identification populaire. Ainsi, pour Laclau, le populisme n'est ni une maladie ni un bienfait en soi, mais une autre manière de relayer des revendications<sup>30</sup>. Dans la mesure où le populisme se fonde sur une revendication du caractère souverain du peuple, il reste fondamentalement démocratique ou, autrement dit, il s'agit d'une dimension interne à la démocratie<sup>31</sup>. Le populisme se distinguerait alors par le fait qu'il se fonde sur une forme simplifiée et réductrice de la démocratie.

De la même manière, l'idée d'une Constitution à la mesure du populisme (c'est-à-dire, d'un *constitutionalisme populiste* ou d'une *interprétation constitutionnelle populiste*) paraît au premier abord une contradiction. L'idée même de populisme semble enfermer des éléments difficilement compatibles avec une démocratie libérale : l'hypertrophie de la règle majoritaire, le refus des limites à l'exercice de ce pouvoir majoritaire, la méfiance à l'égard des minorités... Le populisme représenterait un rejet du règlement institutionnel et de la normalisation politique.

29 Voir en ce sens, M. L. AGUERRE, « El populismo latinoamericano », cit., p. 13.

30 E. LACLAU, « La deriva populista y la centroizquierda latinoamericana », *Nueva Sociedad*, 2006, p. 57.

31 N. RABOTNIKOF, « Populismo: conceptos, vocabularios y experiencias », *Diánoia. Revista de Filosofía*, 2018-2019, n° 81, vol. 63, p. 19. Dans le même sens : E. PERUZZOTTI, « El populismo como ejercicio de poder gubernamental y la amenaza de hibridación de la democracia liberal », cit., p. 215.

Et cependant, des régimes qu'on qualifie facilement de populistes n'ont pas forcément rompu avec le constitutionnalisme. Bien au contraire, dans beaucoup de cas ils se sont fabriqué des Constitutions ou ont adopté des usages constitutionnels à leur mesure. Ces Constitutions et usages constitutionnels sont, bien entendu, différents de ceux du constitutionnalisme libéral. Comme nous le verrons tout au long des sous-sections suivantes, un certain lien de parenté s'établit entre le constitutionnalisme populiste et le constitutionnalisme social, même s'il faut toujours établir des nuances en fonction du contexte historique d'insertion des outils sociaux à l'intérieur des Constitutions et des pratiques constitutionnelles.

En ce sens, il est possible de parler d'un constitutionnalisme populiste, soit par la forme soit par le contenu des Constitutions et des pratiques constitutionnelles<sup>32</sup>. Du point de vue de la forme, et en cohérence avec une conception identitaire du peuple incarnée par le mouvement populiste, le constitutionnalisme populiste tend à réduire la participation populaire à une simple procédure plébiscitaire : la discussion démocratique est effacée, les opinions minoritaires sont bâillonnées. De même, on pourrait considérer comme populistes les réformes continuelles de la Constitution pour adapter son texte au programme du groupe au pouvoir, produisant ainsi une confusion entre les fins de l'État et les fins du parti, et le remplacement des juges constitutionnels cherchant à garantir une interprétation de la Constitution toujours favorable au parti au pouvoir.

Du point de vue du contenu, les clauses constitutionnelles populistes tendent à diminuer les freins sur le gouvernement, à augmenter les pouvoirs de l'Exécutif, à permettre la réélection indéfinie du chef au pouvoir ou à fustiger les groupes d'opposition par le contrôle des médias ou l'interdiction de leurs associations et de leurs partis. En outre, les processus d'adoption des décisions sont privés des aspects délibératifs et horizontaux pour laisser place à une démocratie plébiscitaire, centralisée et antiparlementaire. Finalement, cette structure institutionnelle est accompagnée d'une vision communautariste et anti-individualiste des droits constitutionnels, qui sont subordonnés à l'accomplissement des objectifs collectifs définis par le leader.

Le populisme définit ainsi une *démocratie plébiscitaire* qui repose sur l'idée de rendre au peuple le pouvoir que les élites corrompues lui avaient usurpé. Le constitutionnalisme populiste se méfie du rôle médiateur des partis politiques, perçus comme un obstacle pour le lien direct entre le peuple et le leader. Dans la ligne de son discours fondateur, le populisme préfère le recours au pouvoir constituant originel qui instaure un nouvel ordre qu'à la procédure de réforme constitutionnelle institutionnellement prévue.

32 On suit ici A. M. ALTERIO, « El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales », in M. ALTERIO et R. NIEMBRO ORTEGA, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013, p. 63-94. Voir aussi J. P. SARMIENTO ERAZO, « Populismo constitucional y reelecciones, vicisitudes institucionales en la experiencia sudamericana », *Estudios constitucionales*, 11 (1), 2013, p. 569-602.

## B. La Constitution péroniste de 1949, type idéal de la Constitution populiste

Dans le cas de l'Amérique latine, le populisme constitutionnel prend forme dès les années 1930, en s'appuyant particulièrement sur le cas argentin et, surtout, brésilien. L'expérience argentine, et en particulier celle de Perón, permet d'établir un idéal-type de la Constitution populiste. En se fondant sur cet exemple, la doctrine a dès lors pu développer des théories pour mieux appréhender ce que pourrait être un populisme constitutionnel<sup>33</sup>.

Le péronisme n'a pas rejeté l'idée même d'une Constitution, mais a donné d'autres usages et d'autres sens aux pratiques constitutionnelles. La Constitution de 1949, qui a remplacé celle de 1853/60, a consacré une nouvelle conception de la démocratie<sup>34</sup>. Elle se présente formellement comme le résultat d'une révision de la Constitution de 1853/60 selon ses propres règles de procédure et non comme un changement constitutionnel révolutionnaire. Cependant, pour plusieurs raisons, la Constitution de 1949 marque plutôt une rupture qu'une continuité avec le texte constitutionnel précédent. Selon la Constitution de 1853/60, la réforme constitutionnelle devait passer par une Assemblée spécifique. En 1949, le Congrès fédéral a convoqué des élections pour constituer cette Assemblée, mais, contrairement aux réformes constitutionnelles qui avaient eu lieu dans le passé, n'a pas défini les points de débat de la procédure de réforme. L'Assemblée avait donc une liberté complète pour la rédaction de la nouvelle Constitution<sup>35</sup>.

Le texte constitutionnel de 1949, dont l'inspirateur est le juriste catholique Arturo Sampay<sup>36</sup>, s'explique à partir de deux composantes non contradictoires et, en fait, complémentaires. D'une part, la nouvelle Constitution affiche une conception non libérale de la démocratie : une conception de la démocratie attachée à l'idée de souveraineté populaire exprimée de manière plébiscitaire. D'autre part, la Constitution de 1949 est la porte d'entrée en Argentine de l'essentiel du constitutionnalisme social, quoique sur la base d'une conception organiciste et traditionnelle de la société.

Le caractère plébiscitaire du modèle de démocratie de 1949 est indissociablement lié à la personnalisation du régime péroniste. La volonté de toute la communauté s'exprime par la voix du *leader*, investi de la fonction de président de la République, et déliée de beaucoup des freins institutionnels de la Constitution précédente<sup>37</sup>. Cette personnalisation transparaît dans le nouveau

33 C. M. HERRERA, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine », in C. M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Éd. Kimé, coll. Nomos & Normes, 2015. Voir aussi C. M. HERRERA, « Le populisme constitutionnel », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 34, 2019, p. 699-711.

34 L'expression « Constitution de 1853/60 » est généralement utilisée pour parler de la Constitution de 1853 qui a été révisée en 1860, au moment de la réunification du pays.

35 G. NEGRETTO, « El populismo constitucional en América Latina. Análisis crítico de la Constitución Argentina de 1949 », in A. LUNA-FABRITIUS, P. MIJANGOS et R. ROJAS GUTIÉRREZ, *De Cádiz al siglo XXI. DOSCIENTOS años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica (1812-2012)*, México, Taurus, 2012.

36 A. SAMPAY, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Politeia, 1951 ; A. SAMPAY, *La crisis del Estado de Derecho liberal-burgués*, Buenos Aires, Losada, 1942 ; A. SAMPAY, *La filosofía del Iluminismo y la Constitución argentina de 1853*, Buenos Aires, Depalma, 1944.

37 S. AJMECHET, « Mismas instituciones, otros usos y sentidos: la Constitución Nacional de 1949 », in M. BENENTE, *La Constitución maldita. Estudios sobre la Constitución de 1949*, José C. PAZ, EDUNPAZ, 2019, p. 91-112.

texte constitutionnel. En effet, la Constitution de 1949 a permis la réélection indéfinie du président (article 78) et a transformé l'élection indirecte en élection directe (article 82). En même temps, les pouvoirs du président ont été augmentés : il pouvait exercer un veto partiel des lois (article 73) ; en plus du régime classique d'état d'urgence qui nécessitait l'approbation législative (l'état de siège), le président disposait du pouvoir de déclencher seul les états de prévention et d'alarme (article 83.19) ; seul le président pouvait introduire le projet de loi de finances (articles 68.7 et 68.28) et la loi sur les ministères (article 84) ; le droit du Congrès d'interpeller les ministres et l'obligation de ceux-ci de lui présenter des rapports annuels ont été supprimés (articles 25 et 86) ; etc.

En même temps, la durée des mandats des députés et des sénateurs a été modifiée pour que leur élection coïncide avec celle du président (articles 43, 49 et 78), ce qui réaffirmait la nature plébiscitaire des élections, et l'élection des sénateurs est devenue un scrutin direct (article 47). Finalement, selon le nouvel article 5, la garantie fédérale de l'autonomie des provinces dépendait du respect du principe de coopération avec le gouvernement fédéral pour faire respecter la Constitution et les lois nationales, ce qui implicitement rendait plus facile l'intervention fédérale dans les provinces. Ainsi, à maints égards, on peut voir dans cette Constitution l'incarnation du constitutionnalisme populiste ou du populisme constitutionnel.

Toutefois, comme il a déjà été dit, la Constitution de 1949 peut être analysée sous un autre angle, notamment sous l'angle du constitutionnalisme social. Comme l'explique Carlos Miguel Herrera, le populisme constitutionnel se caractérise par le fait qu'il s'agit d'un mouvement impulsé par le haut (à travers l'appareil de l'État et une fraction minoritaire des classes dominantes) dans le but de mettre en place un « programme d'intégration sociale » en usant du « dispositif transformateur du constitutionnalisme social » et en s'appuyant sur une mobilisation des classes de travailleurs<sup>38</sup>. Dit autrement, le populisme constitutionnel est une autre forme de constitutionnalisme social, dont la particularité est d'être impulsé par le haut et de s'appuyer sur une mobilisation, voire instrumentalisation, des classes sociales (l'idée d'instrumentalisation, on l'a vu, fait partie des théories fonctionnalistes sur les origines du populisme).

Cette analyse est extrêmement intéressante et mérite que l'on s'y attarde quelque peu, car précisément elle met en relief la particularité du populisme en Amérique latine et de l'image que l'on peut avoir de ce mouvement (vu avec un peu plus de bienveillance qu'en Europe), mais surtout elle illustre l'utilité précisément d'une analyse très localisée du populisme, car appréhender ce phénomène comme un tout, en gommant les particularités locales et les histoires nationales peut conduire à des incompréhensions et aussi à des analyses distordues de la réalité de certains pays.

En Amérique latine, le populisme constitutionnel n'est pas nécessairement perçu comme un modèle opposé à la démocratie, mais plus précisément comme un modèle opposé au moule du constitutionnalisme libéral du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>39</sup>. Pour Herrera, le « populisme constitutionnel contribue à

38 C. M. HERRERA, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine », cit., p. 91.

39 C. M. HERRERA, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine », cit., p. 95.

l'émergence d'un État social autrefois inexistant, en produisant de nouveaux équilibres sociaux. Si l'on peut toujours estimer que la variante populiste se déploie avec une fin instrumentale dans un contexte de forte mobilisation ouvrière ou sociale, le processus de constitutionnalisation n'annule pas un tel mouvement, mais cherche à le canaliser et, dans certains cas, contribue à le renforcer »<sup>40</sup>.

Dans un deuxième temps, cette analyse est intéressante, car elle conduit, dans le même mouvement, à percevoir autrement la question de la normativité des droits sociaux dans ces Constitutions populistes. Souvent jugés trop larges ou inefficaces, car ne disposant pas d'une normativité classique, ces droits sociaux demeurent malgré tout essentiels, car ils présentent des effets réels, même sur un plan d'efficacité juridique. Simplement, ces effets se constatent en dehors du système des garanties constitutionnelles en tant que telles (notamment de type juridictionnel).

Ainsi, si l'on se fonde sur les expériences latino-américaines, et en particulier sur l'expérience péroniste, la Constitution populiste et le populisme constitutionnel seraient en réalité des textes et une doctrine de transition vers un État social. Cette transition se fait à partir de l'incorporation des droits des groupes intermédiaires (la famille, les syndicats) et des individus en tant que membres de certains groupes (les droits des travailleurs, des enfants, des personnes âgées). Or, si l'élargissement du catalogue des droits suivait l'essentiel du constitutionnalisme social, il excluait cependant le droit de grève des travailleurs.

Si l'on parle de *transition* vers un État social c'est parce que le schéma juridique de la Constitution de 1949 s'encadre dans le contexte d'un État corporatiste (quoique non nécessairement fasciste)<sup>41</sup>. L'arrivée du péronisme au pouvoir a accéléré le corporatisme institutionnel prôné par le gouvernement militaire de 1943-1946 (dans lequel Perón, vice-président et secrétaire d'État au travail, avait joué un rôle décisif). Le régime s'est appuyé sur les syndicats, réunis sous l'égide de la Confédération générale du Travail (CGT), et, à partir des années 1950, aussi sur la Confédération générale Économique (CGE). Ces deux institutions, organisées par le pouvoir, auraient été intimement liées à la structure politique du régime héritée du gouvernement de 1943-1946 et consolidée par la Loi d'Organisation des ministères de 1949. Le corporatisme n'avait cependant pas une traduction formelle dans un système de représentation fonctionnelle : il se manifestait surtout dans l'interaction des représentants sectoriels avec certains départements de l'Exécutif, notamment le secrétariat d'État au Travail et à la Prévision sociale, le sous-secrétariat d'Information et de Presse (et en particulier sa Direction de la Propagande) et le Conseil National de l'Après-guerre (devenu après le Secrétariat technique de la Présidence)<sup>42</sup>.

40 C. M. HERRERA, « Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel en Amérique latine », cit., p. 97.

41 Les rapports entre le péronisme et le fascisme sont un des aspects les plus débattus de cette période historique. Carlos Miguel HERRERA évoque une certaine dimension fasciste au moment d'étudier le populisme constitutionnel. Si cette dimension était clairement présente dans le cas de la Constitution du Brésil de 1937, elle ne l'est pas concernant la Constitution argentine de 1949. Il reconnaît d'ailleurs que la Constitution argentine se distingue sur ce point de la Constitution brésilienne, mais il est important de souligner qu'une partie de la doctrine argentine réfute cette vision des choses, en particulier Gino GERMANI qui nie toute dimension fasciste au péronisme et donc au constitutionnalisme populiste. Voir aussi les travaux de l'historien Pierre MILZA, en particulier *Les Fascismes*, Paris, Seuil, 1991.

42 M. M. PROL, « Arreglos institucionales en el régimen político del primer peronismo (1946-1955) », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, 2007, en ligne : [<http://journals.openedition.org/nuevomundo/12592>].

Par ailleurs, le régime électoral de type majoritaire, établi par la loi n° 8871 de 1912 (loi *Sáenz Peña*), a permis au péronisme d'obtenir une large majorité dans la Chambre des Députés lors de l'élection de 1946 et les élections successives. En plus, l'élection indirecte des sénateurs par les assemblées législatives provinciales lui a garanti la presque unanimité au Sénat (devenue unanimité après l'intervention fédérale de la seule province dans les mains de l'opposition). Les tendances plébiscitaires du régime se sont réaffirmées par l'élection directe des sénateurs établie par la Constitution de 1949 et par une nouvelle loi électorale (loi n° 14032 de 1951) qui a maintenu le système électoral majoritaire, sous la forme uninominale.

Les abus de la majorité législative vis-à-vis des partis de l'opposition, par exemple par l'approbation de projets sans discussion, étaient aussi une forme d'exercice de la démocratie plébiscitaire. Les majorités législatives se trouvaient au service du seul représentant de la volonté unitaire du peuple, à savoir Perón lui-même, qui incarnait ainsi le principe même de la « démocratie délégataire » dont parlait Guillermo O'Donnell<sup>43</sup>.

Les majorités législatives ont aussi permis au péronisme le changement des juges de la Cour Suprême. En 1946, tous les juges suprêmes sauf un ont été destitués et remplacés par d'autres proches du parti au pouvoir. Quelques années plus tard, une clause transitoire de la Constitution de 1949 a exigé le renouvellement de l'assentiment du Sénat pour tous les juges fédéraux qui étaient en fonction, permettant alors au parti au gouvernement de contrôler le pouvoir judiciaire<sup>44</sup>.

### C. La réforme constitutionnelle de 1994

Dans la période présidentielle de Carlos Menem, les transformations économiques et sociales déjà mentionnées ont été accompagnées d'une profonde transformation des structures étatiques. La manifestation la plus saillante de la transformation de l'État est la réforme constitutionnelle de 1994, promue par Menem vers la fin de son premier mandat présidentiel (1989-1994). La réforme a introduit des changements importants dans la structure constitutionnelle argentine. Ces changements peuvent être organisés autour de trois axes : 1) un élargissement de la liste de droits protégés par la Constitution ; 2) l'introduction de mécanismes de démocratie directe ; 3) un renforcement des pouvoirs de l'Exécutif face aux autres pouvoirs<sup>45</sup>.

L'élargissement des droits constitutionnels a eu lieu par deux procédures différentes. D'une part, la Constitution a directement incorporé de nouveaux droits, comme le droit à la protection de l'environnement (article 41), les droits des consommateurs (article 42) ou les droits des peuples autochtones (article 75 alinéa 17). D'autre part, la Constitution a dressé une liste d'instruments internationaux (dont la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention américaine sur

43 G. O'DONNELL, « Delegative Democracy? », cit.

44 A. PELLET LASTRA, *Historia política de la Corte: 1930-1990*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001 ; O. PÉREZ SANMARTINO, « Las cortes peronistas », *Revista Seúl*, 07/03/2021, disponible en ligne : [<https://seul.ar/las-cortes-peronistas/>].

45 Pour une perspective générale, voir A. NATALE, « La reforma constitucional de 1994 », *Cuestiones constitucionales*, 2, 2002, p. 219-237.

les Droits de l'homme, le Pacte international relatif aux Droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux Droits économiques, sociaux et culturels) qui sont désormais considérés comme ayant la même valeur normative que la Constitution (article 75 alinéa 22).

L'introduction de nouveaux droits dans le texte constitutionnel peut être interprétée comme établissant une limite plus forte aux pouvoirs constitués, formant ainsi un barrage aux pulsions autoritaires. Cependant, l'élargissement des listes des droits (surtout des droits sociaux et des droits de troisième génération qui requièrent une forte intervention étatique) peut aussi être l'occasion d'une extension des compétences de l'État au-delà des principes libéraux de limitation du pouvoir. En ce sens, le résultat de la réforme constitutionnelle de 1994 est ambigu : d'une part, de nouveaux droits susceptibles de bouleverser la structure traditionnelle des valeurs constitutionnelles sont introduits (par exemple les droits des peuples autochtones sur leurs terres traditionnelles) ; mais, d'autre part, les principes généraux de l'État libéral restent inchangés (comme l'article 17 sur la propriété privée, dont la rédaction n'a pas été modifiée depuis le XIX<sup>e</sup> siècle).

Les théoriciens de la démocratie délibérative regrettent parfois que l'élargissement des listes des droits réduise l'espace des questions ouvertes à la discussion collective. En effet, l'inclusion de nouveaux droits constitutionnels augmente le champ d'action des juges ; or, plus que réduire le champ de la (toujours fluide et introuvable) discussion collective, elle suppose une réduction des pouvoirs des branches *politiques* du gouvernement : le législatif et l'exécutif. En tout état de cause, les effets réels de l'élargissement des listes des droits sont beaucoup plus modestes que ce que peut suggérer le nouveau texte constitutionnel. Comme il arrive souvent dans les processus constitutionnels latino-américains récents<sup>46</sup>, les auteurs des textes constitutionnels se soucient peu des conditions politiques et économiques qui doivent servir à rendre effectifs les droits généreusement énoncés.

La réforme de 1994 a aussi introduit des mécanismes de démocratie directe : l'initiative législative populaire (article 39) et le référendum (article 40). Ces mécanismes sont censés réduire le déficit démocratique perçu dans le régime constitutionnel<sup>47</sup>. Que ces mécanismes soient considérés comme des voies d'ouverture vers une démocratie délibérative ou comme un chemin vers une démocratie plébiscitaire, leur utilisation a finalement été très réduite. En effet, au niveau fédéral, il n'y a pas eu de référendum depuis celui de 1984 sur le traité avec le Chili relatif aux îles du Beagle (d'ailleurs, le seul convoqué au XX<sup>e</sup> siècle) et le nombre d'initiatives populaires traités par le législatif est très maigre<sup>48</sup>.

L'aspect le plus opérationnel de la réforme de 1994 a été le renforcement de la position du président de la République dans le contexte institutionnel argentin. Parmi d'autres changements, la réforme a permis la réélection présidentielle immédiate (interdite avant 1994, article 90) ; a donné un statut constitutionnel explicite aux *decretos de necesidad y urgencia* (décrets-lois, article 99 alinéa 3)

46 Voir en général A. VON BOGDANDY, H. FIX FIERRO et M. MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, México, UNAM, 2014.

47 R. GARGARELLA, L. FILIPPINI et A. CAVANA, *Recientes reformas constitucionales en América Latina*, Reporte UNDP, 2011.

48 Y. WELP, «La participación ciudadana en la encrucijada: Los mecanismos de democracia directa en Ecuador, Perú y Argentina», *C2D Working Paper Series*, 27/2008, Centre for Research on Direct Democracy, 2008.

et à la délégation législative au bénéfice de l'exécutif (que la pratique constitutionnelle avait déjà acceptée, article 80); et a permis le veto partiel des lois par le président (article 76). L'utilisation de décrets-lois pour contourner le Parlement s'est fortement accentuée pendant les deux mandats de Menem. Comme il était prévisible, l'habilitation constitutionnelle explicite introduite en 1994 a renforcé cette tendance<sup>49</sup>.

Si l'on se place sous l'angle d'analyse des processus délibératifs, le problème principal de la réforme de 1994 est qu'elle a promis de nouveaux droits, mais a maintenu (et renforcé) une structure institutionnelle qui favorise la concentration du pouvoir dans l'exécutif et qui est hostile aux majorités<sup>50</sup>. Que la réforme de 1994 a favorisé la concentration du pouvoir dans l'exécutif est un fait difficilement discutable. Or, il est moins évident que la réforme ait été hostile au principe majoritaire. Non seulement des procédures de démocratie directe ont été introduites (comme on l'a déjà expliqué), mais dans d'autres domaines le rôle du vote populaire majoritaire a été raffermi : l'élection directe du président a remplacé la procédure (historique) de l'élection indirecte (article 94) et le maire de Buenos Aires, nommé par le président depuis la fédéralisation de la ville en 1880, est depuis 1994 directement élu par les citoyens résidant dans la ville (article 129).

Le renforcement du pouvoir présidentiel est, peut-être, le lien de parenté le plus évident entre la Constitution de 1994 et le concept de populisme dégagé dans les sections précédentes. Cette tendance s'oppose à celle de la décennie précédente : le rétablissement du régime démocratique en 1983 avait été l'occasion d'une réflexion profonde sur la nécessité de limiter les pouvoirs présidentiels<sup>51</sup>. Toutefois, cette réflexion n'a pas été accompagnée d'une concrétisation constitutionnelle<sup>52</sup>.

Un autre élément de continuité entre le ménémisme et le premier péronisme a été la volonté explicite de domestiquer le pouvoir judiciaire. Menem n'a pas entamé de procédure d'*impeachment* contre les membres de la Cour Suprême, comme Perón l'avait fait. Mais au début de son premier mandat il a fait adopter une loi de réforme de la structure judiciaire qui a augmenté de cinq à neuf le nombre des membres de la Cour Suprême. La nomination des quatre nouveaux juges et le remplacement de deux autres qui avaient démissionné a garanti à Menem des résultats favorables dans

49 Sur le renforcement de la position présidentielle même avant la réforme de 1994 voir D. FERREIRA RUBIO et M. GORETTI, « Cuando el presidente gobierna solo. Menem y los decretos de necesidad y urgencia hasta la reforma constitucional (julio 1989 - agosto 1994) », *Desarrollo Económico*, 36 (141), 1996, p. 443-474. Sur la situation des décrets-lois avant et après 1994, voir CÁMARA ARGENTINA DE COMERCIO Y SERVICIOS, *Informe sobre Decretos de Necesidad y Urgencia*, 2018; A. SANTIAGO, E. VERAMENDI, S. M. CASTRO VIDELA et P. D'ACUNTI, *La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo: balance y reflexiones a doce años de su conformación*, Rapport de Recherche, Universidad Austral, disponible en ligne : [<https://www.austral.edu.ar/contenido/2019/07/una-de-cada-cuatro-normas-fueron-decretos-de-necesidad-y-urgencia-dnu/>].

50 R. GARGARELLA, « El nuevo constitucionalismo latinoamericano », *Estudios Sociales*, 48, 2015, p. 169-172. R. GARGARELLA, « Sobre el "nuevo constitucionalismo latinoamericano" », *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27 (1), 2018, p. 109-129.

51 C. NINO (éd.), *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987. Voir aussi C. NINO, « ¿Qué reforma constitucional? », *Propuesta y control*, 21, 1992, p. 37-59; C. NINO, « Transition to Democracy, Corporatism and Presidentialism with Special Reference to Latin America », in D. GREENBERG, S. KATZ, B. OLIVEIRO et S. WHEATLEY (éd.), *Constitutionalism and Democracy, Transitions in the Contemporary World*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

52 G. NEGRETTO, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

les affaires politiques les plus importantes. Les six juges nommées par Menem, parmi lesquels il y avait des anciens hauts responsables politiques des gouvernements péronistes et même un ancien associé du cabinet d'avocats du frère du président, ont constitué ce qu'on a appelé la « majorité automatique » de Menem dans la Cour<sup>53</sup>.

Un des éléments intéressants concernant la révision de 1994 est le fait qu'elle ait été parfois présentée comme un des changements constitutionnels précurseur d'un nouveau courant qui s'appellera ensuite le « nouveau constitutionnalisme latino-américain ». Néanmoins, l'étendue exacte de ce mouvement est controversée et, parmi les transformations constitutionnelles ayant eu lieu en Amérique latine entre la fin du xx<sup>e</sup> et le début du xxi<sup>e</sup> siècle, il y a des différences importantes<sup>54</sup>. Le fil conducteur des transformations constitutionnelles qui peuvent recevoir le label de « nouveau constitutionnalisme » serait une certaine vocation de transformation de la société à partir d'une théorie radicale de la démocratie. Le nouveau constitutionnalisme latino-américain serait ainsi un phénomène différent du néo-constitutionnalisme de l'Europe de l'après-guerre.

Le « nouveau constitutionnalisme » latino-américain va surtout prendre forme avec les Constitutions du Venezuela en 1999, de l'Équateur en 2008 et de la Bolivie en 2009. Bien que les origines et les formes de ce « nouveau constitutionnalisme » soient relativement complexes, il est possible d'y voir une connexion étroite avec le populisme dans la mesure où ce courant doctrinal conduit également à faire du peuple un acteur primordial au sein des institutions étatiques. Toutes les constitutions précitées se caractérisent, en effet, par le rôle important accordé aux instruments de démocratie participative et directe<sup>55</sup>.

Qu'on considère ou pas la Constitution argentine de 1994 un exemple du nouveau constitutionnalisme latino-américain, certaines des critiques adressées contre cette Constitution ressemblent à celles adressées contre les Constitutions du nouveau constitutionnalisme latino-américain<sup>56</sup>. En effet, les positions critiques vis-à-vis du nouveau constitutionnalisme insistent sur le caractère parfois contradictoire des principes inclus dans les Constitutions (par exemple, les principes de l'État social, multiculturel et écologique à côté des principes libéraux classiques). En plus, ces positions soulignent le fait que l'élargissement des promesses normatives à travers les nouveaux droits sans le développement d'une structure politique et économique qui rende possible leur accomplissement donnerait comme résultat des *Constitutions impossibles*.

53 D. SABSAY, «El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8, 2004, 493-519; O. PÉREZ SANMARTINO, «Las cortes peronistas», cit.

54 R. UPRIMNY, «Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos», in C. RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 128.

55 G. BERCOVICI, «La Constitución brésilienne de 1988, les Constitutions transformatrices et le nouveau constitutionnalisme latino-américain», in C. M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui: entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris, Éd. Kimé, coll. Nomos & Normes, 2015, p. 116.

56 P. SALAZAR UGARTE, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)», in L. R. GONZÁLEZ PÉREZ et D. VALADÉS, *El constitucionalismo contemporáneo*, México, UNAM, 2013, p. 345-386.

La critique relative à la position de force accordée aux *leaderships* personnels est aussi partagée entre la Constitution argentine de 1994 et les nouvelles Constitutions latino-américaines. En effet, les nouvelles Constitutions élargissent les pouvoirs d'intervention de l'État dans la société civile. Cette tendance, qui va à l'encontre de l'esprit de limitation du pouvoir du constitutionalisme classique, s'accompagne d'un renforcement du rôle de l'exécutif.

Cependant, la critique relative à la subordination de l'application des principes constitutionnels à la volonté populaire (soit par la voie du référendum, soit par l'élection populaire des membres des tribunaux constitutionnels) s'applique de manière limitée à la Constitution argentine de 1994. Comme on l'a vu, les mécanismes de démocratie directe introduits par la réforme ont eu une application très réduite. Également, la méfiance envers un pouvoir judiciaire professionnel qui est une caractéristique du nouveau constitutionnalisme ne semble pas convenir à la Constitution argentine qui contient, depuis 1994, un mécanisme de gestion du pouvoir judiciaire qui cherche (au moins en théorie) à dépolitiser la nomination des juges.

#### **D. Changements institutionnels sans changement de la Constitution : le populisme sous les présidences des Kirchner et de Fernández**

Les présidences des Kirchner et celle actuelle d'Alberto Fernández laissent entrevoir la réapparition de certaines pratiques (utilisation des ressorts constitutionnels propres d'un *leadership* fort, mouvements de torsion sur les autres pouvoirs de l'État...) qui ont caractérisé les populismes et néo-populismes des périodes précédentes. Or, à la différence des périodes précédentes, les pratiques mentionnées se sont développées en l'absence d'une réforme de la Constitution formelle visant à mettre en place un nouveau régime d'organisation du pouvoir. Ces pratiques ont été dépeintes par leurs promoteurs comme des transformations démocratiques, et par les opposants comme des pratiques populistes incompatibles avec l'idéal (libéral) de la Constitution.

Les gouvernements kirchnéristes ont eu pour habitude d'adopter des décisions d'une grande importance politique à travers des décrets-lois (*decretos de necesidad y urgencia*). Cette tendance a été très claire pendant le mandat de Néstor Kirchner et, dans une moindre mesure, dans celui de Cristina Kirchner. La pratique a été reprise avec force sous le mandat d'Alberto Fernández<sup>57</sup>. En outre, comme cela avait été le cas sous Perón et sous Menem, Néstor Kirchner a procédé à des changements au sein de la Cour Suprême. En effet, au début de son mandat, Kirchner a encouragé l'*impeachment* de plusieurs membres de la Cour, très discrédités en raison de leur affinité avec le gouvernement de Menem. Le président péroniste Eduardo Duhalde (2002-2003), qui avait pris la direction du pays juste après la grave crise économique de 2001, avait aussi essayé de le faire, mais il n'avait pas obtenu un nombre suffisant de votes dans la Chambre des députés. La procédure d'*impeachment* entamée par Kirchner a, quant à elle, abouti à la démission de trois juges (ce qui leur a permis de garder leur droit à la retraite) et à la destitution de deux autres juges<sup>58</sup>.

57 CÁMARA ARGENTINA DE COMERCIO Y SERVICIOS, *Informe sobre Decretos de Necesidad y Urgencia*, cit.; A. SANTIAGO, E. VERAMENDI, S. M. CASTRO VIDELA et P. D'ACUNTI, *La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo: balance y reflexiones a doce años de su conformación*, cit.

58 D. SABSAY, «El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina», cit.; O. PÉREZ SANMARTINO, «Las cortes peronistas», cit.

Suite à cette initiative, Néstor Kirchner a adopté un décret (décret 222/03) pour autolimiter ses facultés constitutionnelles dans la nomination des juges de la Cour Suprême. Selon la Constitution, les membres de la Cour Suprême sont nommés par le Président de la République avec l'assentiment du Sénat. Aucune autre procédure n'est prévue pour contraindre le Président dans son choix. Néstor Kirchner a alors décidé d'introduire, par le décret de 2003, une procédure permettant aux citoyens d'exprimer leurs objections ou soutiens aux noms pressentis par le président de la République. L'article 4 du décret indique qu'une fois que ces noms sont connus, tout intéressé peut, dans un délai de quinze jours, présenter de manière écrite, fondée et documentée, toute allégation en faveur ou à l'encontre du candidat, avec une déclaration jurée de sa propre objectivité. Une fois ce délai écoulé, l'exécutif décide si le candidat pressenti est toujours retenu pour la nomination (article 9), puis ce nom est alors soumis à l'approbation du Sénat, comme l'impose la Constitution<sup>59</sup>.

Toutefois, contrairement à cette décision qui paraissait aller dans le sens d'une plus grande transparence dans l'organisation du pouvoir judiciaire, Néstor Kirchner a promu en 2006 une réforme de la loi sur le Conseil de la Magistrature, qui est l'organe constitutionnel chargé de la nomination et de la destitution des juges (sauf ceux de la Cour Suprême). L'intention principale de cette réforme était de changer la composition de l'organisme, que la Constitution ne définit que de manière générale, pour garantir une majorité favorable au gouvernement. En 2021 (quinze ans après !), la Cour Suprême a déclaré cette réforme contraire à la Constitution<sup>60</sup>. Entretemps, la présidente Cristina Kirchner avait fait approuver une nouvelle réforme qui, contrairement au texte explicite de la Constitution, prévoyait l'élection directe des membres du Conseil de la Magistrature. Cette réforme avait été déclarée contraire à la Constitution peu de temps après son approbation et n'avait jamais été appliquée.

Les transformations du pouvoir judiciaire promues sous les Kirchner peuvent conduire à plusieurs interprétations<sup>61</sup>. Certaines des mesures adoptées visaient à placer les juges davantage sous le contrôle des citoyens, d'autres à contrôler le mécanisme de nomination des juges par les branches exécutive et législative. Ces transformations ressemblent à celles implémentées par les Constitutions du « nouveau constitutionnalisme » tel que mis en place en Bolivie, Venezuela ou Équateur. Si l'on part du principe que le nouveau constitutionnalisme est une forme de populisme, alors ces réformes peuvent être considérées comme des réformes populistes.

Cette lecture se trouve d'autant plus confirmée que l'on peut attester d'un climat anti-juge assez élevé en Argentine. Les juges sont devenus une nouvelle élite à combattre, et le kirchnérisme a largement usé de ce ressort dans sa politique. Parmi les objections formulées, on peut évoquer l'excessive lenteur de leurs décisions et leur corruption, avec une attaque encore plus marquée à

59 Voir V. ABRAMOVICH, « La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema », *Pensar en Derecho*, 3, 2013, p. 17-26.

60 CSJN, *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ Estado Nacional*, CAF 29053/2006/CA1-CS1, 2022. Voir un commentaire dans O. PÉREZ SANMARTINO, « Impecables pero lentos », *Revista Seúl*, 19/12/2021, disponible en ligne : [<https://seul.ar/corte-consejo-magistratura/>].

61 Voir M. D. SERRAFERRO, « Argentina: tres reformas institucionales del Kirchnerismo », *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 41-42, 2013, p. 449-468 ; M. D. SERRAFERRO et M. L. EBERHARDT, « ¿Populismo en la Argentina reciente? Un análisis histórico político de las presidencias kirchneristas de comienzos del siglo XXI », *Documentos de Trabajo IELAT*, 144, 2021.

l'égard de la justice fédérale, qui serait rongée par le népotisme et le favoritisme<sup>62</sup>. Ainsi, si l'on met tout cela ensemble et si on regarde cela de l'extérieur, on peut comprendre que ces réformes soient vues comme populistes ou en tous les cas comme une attaque à l'encontre du pouvoir judiciaire, en tant que contre-pouvoir présidentiel.

En plus de la réforme du Conseil de la Magistrature, le kirchnérisme a fait adopter une loi réglementaire relative aux décrets-lois (loi n° 26122 de 2006). Selon cette disposition, un décret-loi adopté par le pouvoir exécutif reste en vigueur sauf si la majorité des deux chambres du Parlement s'y oppose. Dit autrement : le blocage de la majorité dans une seule des chambres permet au Président de légiférer en contournant le Parlement.

En adoptant une vue d'ensemble, les trois mandats présidentiels des Kirchner montrent un renforcement du pouvoir présidentiel face aux autres pouvoirs constitutionnels<sup>63</sup>. De plus, la construction discursive introduite par Néstor et Cristina Kirchner les place dans le centre d'un processus de transformation sociale qui se trouverait en rupture avec le néolibéralisme de Menem (qu'ils avaient soutenu). Quant au mandat actuel d'Alberto Fernández, il est peut-être encore trop tôt pour savoir dans quelle mesure il se place en continuité avec l'expérience kirchnériste des années 2003-2015.

## Conclusions

L'étude de l'influence du populisme sur les changements constitutionnels imposait incontestablement un détour par le cône sud de l'Amérique. L'Amérique latine peut être considérée comme un berceau du populisme. Le populisme y est un phénomène politique si important et si structurant de la politique tout au long du xx<sup>e</sup> siècle qu'il constitue une catégorie analytique incontournable pour comprendre la dynamique sociopolitique de la région, et en particulier de certains pays, comme cela est le cas pour l'Argentine. Ce pays a connu des figures qui devinrent les incarnations mêmes du populisme au niveau mondial, comme a pu l'être Juan Domingo Perón, et du fait de cette histoire elle dispose d'une expérience riche d'enseignements.

Cependant, vu de l'extérieur, cette expérience est souvent réduite à quelques affirmations stéréotypées. Au mieux, elle est assimilée aux autres expériences du populisme sur le continent, lui retirant ainsi ses particularités. Comme on l'a constaté dans ce travail, l'analyse plus approfondie du populisme en Argentine invite en réalité à davantage de nuances et de précisions, afin précisément de pouvoir déterminer l'influence qu'a pu avoir cette pratique du pouvoir sur la Constitution.

Dans cet article, nous sommes dans un premier temps revenus sur la définition même du populisme tel qu'il est entendu et surtout débattu par la doctrine argentine. En effet, les expériences de populisme, qu'il s'agisse de celle connue sous les présidences de Juan Domingo Perón ou celle de

62 E. DE ROSA, « Crisis de la función judicial y alternativas de superación: dos visiones contrapuestas », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2016, p. 604.

63 M. D. SERRAFERRO, « 12 años de kirchnerismo », *Política Exterior*, sept.-oct. 2015 ; M. D. SERRAFERRO, *Presidencialismo y parlamentarismo en Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 2019.

Carlos Menem, ont été si dissemblables que la doctrine peine encore à s'accorder sur une définition commune. Ce premier volet a permis alors de mettre en exergue les spécificités du populisme tel qu'il est conçu en Argentine, mais également de mettre en avant les auteurs phares sur cette question. En particulier, a été évoquée la pensée d'Ernesto Laclau, dont les écrits ont conduit à renouveler l'analyse sur ce thème et ont de ce fait connu un écho au-delà du continent sud-américain. Ce dernier a en particulier étudié les conditions d'émergence socio-économiques du populisme et ses liens avec le socialisme. Il en ressort une vision largement idéalisée du populisme, vu comme un moyen de valoriser les intérêts populaires.

Cependant, cette vision n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine argentine, loin de là. Il est donc intéressant de la confronter à d'autres auteurs, plus critiques sur sa pensée, afin d'illustrer la diversité de la doctrine en la matière. Cette confrontation s'avère d'autant plus nécessaire que l'avènement de ce qui a été le « ménémisme » (sous la présidence de Carlos Menem), également qualifié de « néopopulisme », c'est-à-dire d'un populisme néolibéral, impose de repenser les cadres d'analyse et les définitions initiales du populisme. Lors de cette étude conceptuelle, il a été particulièrement intéressant d'analyser comment les auteurs argentins décrivent les liens qu'entretiennent l'État, le peuple et le *leader* dans le cadre du populisme, puisque ces liens auront nécessairement un impact sur la manière dont la Constitution sera appréhendée.

Le second volet de cet article a eu une vocation plus historique, puisqu'il s'est agi de revenir plus en détail sur les différentes expériences de populisme en Argentine et de voir dans quelles mesures celles-ci ont pu avoir un impact sur la Constitution. À cet égard, il est intéressant de souligner qu'en Argentine les différents *leaders* populistes n'ont jamais véritablement cherché à rompre avec le constitutionnalisme. Bien au contraire, ils ont clairement cherché à fabriquer des Constitutions ou ont adopté des usages constitutionnels à leur mesure. Ainsi, il est possible de parler d'un constitutionnalisme populiste, soit par la forme soit par le contenu des Constitutions et des pratiques constitutionnelles. Ceci a été particulièrement visible sous les mandats de Juan Domingo Perón. La Constitution de 1949, qui a remplacé celle de 1853/60, a consacré une conception de la démocratie associée à l'idée de souveraineté populaire exprimée de manière plébiscitaire. La volonté de toute la communauté s'exprimait par la voix du *leader*, investi de la fonction de Président de la République, qui était cependant déliée de beaucoup des freins institutionnels de la Constitution précédente. De nombreux aspects de cette Constitution donnent ainsi une image arrêtée de ce que pourrait être une « pure » Constitution populiste.

Cette expérience a été ensuite comparée à la pratique du pouvoir sous la présidence de Carlos Menem, qui lui aussi a procédé à une révision constitutionnelle en 1994. Cette dernière a introduit des changements importants, autour de trois axes : 1) un élargissement de la liste de droits protégés par la Constitution ; 2) l'introduction de mécanismes de démocratie directe ; 3) un renforcement des pouvoirs de l'exécutif face aux autres pouvoirs. Les changements furent tels que cette réforme est présentée par certains comme l'acte de naissance de ce qui a été appelé ensuite le « nouveau constitutionnalisme latino-américain ». Si cette affirmation peut être débattue, elle permet néanmoins d'attester de l'impact du populisme sur le droit constitutionnel, et plus spécifiquement sur le contenu des Constitutions.

Enfin, notre regard s'est porté sur l'époque contemporaine afin d'évaluer le legs du péronisme et du ménémisme dans la pratique actuelle du pouvoir argentin. En effet, il est possible d'identifier sous les présidences de Néstor et Cristina Kirchner, puis aujourd'hui sous celle d'Alberto Fernández, quelques traces de populisme à des degrés divers. Si, dans le cas de ces présidences, il n'y a pas eu de changement formel de Constitution, les rapports institutionnels, en particulier avec le pouvoir judiciaire, connaissent des évolutions notables, lesquelles peuvent être interprétées (mais c'est à débattre) comme une forme renouvelée ou plus allégée du populisme.

# POPULISM AS A CONSTITUTIONAL FORCE IN THE UNITED STATES

Aziz Z. Huq<sup>1</sup>

## Introduction

It was a day that was almost the United States' Reichstag Fire moment, or perhaps its Ides of March. Either way, the events of January 6, 2021 were (and still are) an indispensable lens through which the constitutional significance of contemporary American populism must be evaluated, defined, and weighed. For on January 6, 2021, a large group of then-President Donald Trump's supporters attacked the U.S. Capitol. Participants carried arms ranging from handguns, assault rifles, homemade napalm, spears, and lacrosse sticks. Among their ranks were heavily armed members of far-right paramilitary groups such as the Oath Keepers and the Proud Boys—figures who would loom large in the subsequent criminal prosecutions. Five people, including members of the Capitol police officers, were killed in the resulting fracas. The orderly counting of Electoral College votes—part of the cumbersome process of certifying the results of presidential elections in the United States, and recognizing a new president—was almost derailed.

The January 6, 2021 insurrection was, nevertheless, a distillate of American populism—as a graphic illustration of how it could shape, or shake, the orderly operation of constitutional institutions. It challenged a specific constitutional mechanism—the Electoral College envisaged by Article II—and also a more diffuse constitutional ideal—the idea of democratic choice followed by a peaceful transfer of political power—that underlies much of the 1787 constitutional text. It is useful to start a study of the connection between populism and American constitutionalism with the events of that day because they illustrate usefully the complex, multi-stranded dynamics of American populism in the wake of the Trump presidency. Specifically, by situating that day in its immediate context, and by relating it to the subsequent forms of political contestations observed in the 2022 midterm election campaigns, we can gain important perspective on the several levels at which populism operates. One is obviously the paramilitary groupings, such as the Oath Keepers and the Proud Boys, present on January 6. Yet another, however, is a larger pool of diffuse support among ordinary voters for political violence and the lies used to justify it—also amply represented in the crowd that day.

---

<sup>1</sup> Professor of Law, University of Chicago Law School.

And a third is the echelon of political and media elites who have fed and fostered what seemingly is endogenous to the American public—and that seemingly bubbles up without prompting from the grassroots. These three levels—the violent fringe; the silent mass (albeit not majority) willing to tolerate, support, or even occasionally actively abet violence, and the political and media elites who are willing to abet these dynamics—do not exhaust the relevant actors. But they are among the most important, and so worthy of attention here. By examining their roles and their interactions in and around the January 6 insurrection, it is possible to grasp the potentiality and the risks of contemporary American populism more clearly.

The political dynamics and ideological rhetoric falling under this rubric can provide a useful starting point for the analysis of ‘populism’ in the United States. They provoke, to be sure, a large suite of questions about that concept and its application to the American context. These relate to underlying causes, intellectual genealogies, and predictions of what is to come. I can’t cover all of that ground here. More modestly, the balance of this essay takes up one of the most elementary, perhaps foundational, of those questions for the academic study of populism generally. Specifically, this essay deploys the insights generated by a close study of the political movements manifested in the January 6 insurrection as a way to reflect on the appropriate (i.e., most useful in a pragmatic sense) definition of populism. As will become clear, I favor a definition of populism developed by the Princeton political scientist Jan-Werner Müller. While I have expressed this view in previous writings, the complex dynamics revealed by January 6 give additional force to the priority of Müller’s understanding of the term. Of course, this exercise in definitional clarification is not the end of the story. Far from it. But it does provide a necessary starting point for other inquiries into the contemporary American form of populism.

## **I. January 6, 2021 as a Populist Moment?**

The January 6, 2021, insurrection at the U.S. Capitol was a crossroads—and not just in the sense that it was a moment of choice for the nation and its constitutional practice. It was also a crossroads because it a moment at which several different forces—paramilitary, popular and demotic, and elite crossed paths. And it was a moment that seeded new kinds of claim-making and political activism. All of the above is plausibly labeled ‘populist’ in some sense—although I want to bracket for a moment what is meant by this term. I want rather to insist that the label ‘populist’ is apt in a loose and nontechnical sense: Whatever the social or political position of the various actors that crossed paths on January 6, they all in some way laid claim to the mantle of “the people” in an important and distinctive sense. Indeed, they did so in a way that has no easy parallel in contemporary American political culture.

To see this, consider the various social forces—vectors or movements—that converged that day, only to then spill over into further political action over the next two years. Perhaps the most prominent, and superficially novel, part of the January 6 insurrection were the far-right militia groups such as the Oath Keepers and the Proud Boys. These groups, however, have been building

an infrastructure of computer message boards from the early 1980s, such as Liberty Net, when they emerged out from the larger wave of military veterans returning from the Vietnam War with a sense of having been both defeated and betrayed.<sup>2</sup> They were developing their own lexicon of symbols and arguments. And they were imagining a transnational movement that would racial nation that would unite white people across borders and would create, eventually, a white nation and a white world. As historians of far-right militias have demonstrated, these organizations have focused on the ideal of white power, and have long been openly anti-government, calling for an apocalyptic confrontation with everybody else, planning the assassination of people involved in the government, including judges and state troopers, and planning how to undermine infrastructure and currency to foment race war<sup>3</sup>. What happened on January 6 was simply a logical extension of threats and arguments that these groups had been making since the 1980s. The presence of such groups at the Capitol that January afternoon must be understood as a culmination (at least for now—we cannot rule out future violence) of historical trends that have been building steadily for more than three decades.

A second element at work on that January day in 2021 was more widely popular and diffusely demotic as opposed to esoteric. A startling feature of the crowd that made its way from Trump rally near the White House, buoyed by the then-president's promise that "We will never give up. We will never concede," was not just its diversity, but its sheer ordinariness. That "We" was not comprised of hardcore paramilitary members. Nor was it made up of the socially marginal that are often drawn to political extremist groups on the right as a more general matter. Instead, amongst the seven hundred and thirteen people arrested criminally charged for those events in the calendar year that followed, a bare fourteen percent were affiliated with far-right militias. Of those for whom employment data was available, more than half are business owners or from white-collar occupations, including doctors, lawyers, architects, and accountants.<sup>4</sup> Very few (only seven percent) were unemployed. This is again in stark contrast to the roughly quarter of militia groups who are without employment usually. A substantial number of the crowd in D.C., moreover, came from urban precincts that Joe Biden had convincingly won in 2020, although there were also some as well from rural districts that Donald Trump had carried. They were, in other words, a group of lawyers, professionals, and middle managers from the near suburbs, and not extremists up from their foxholes in the mesa. Rather than representing a socially and geographically isolated, the January 6 crowd formed a broad and surprisingly representative sample of the American voting public<sup>5</sup>. Startlingly, one belief that did unite them had its origins in French writing and thinking—this was the so-called "Great Replacement" theory, which posits that white Europeans (or Americans) are being overwhelmed by non-white migrants and their descendants.

---

2 There is surely an interesting parallel between the returning Vietnam soldiers, who drifted to the far-right in the United States, and at least some of the far-right nationalists, settlers, military officers, and demobilized Paras who departed Algeria after 1962, and then returned to France. The stories are not, of course, parallel in every detail—and of course, those who embraced violence were surely a small minority in both cases—and yet the similarities in world-view and ensuing political formations are striking enough to warrant comment.

3 K. BELEW, *Bring the War Home: The White Power Movement and Paramilitary America*, Cambridge, Harvard University Press, 2018.

4 R. PAPE, "The Jan. 6 Insurrectionists Aren't Who You Think They Are" *Foreign Policy*, Jan. 6, 2022.

5 I do not mean, of course, that the crowd that day was representative in terms of race, ethnicity, or gender.

Rather than using visual signals of white power, the crowd that attacked the U.S. Capitol on January 6 deployed a lexicon of symbols that sincerely and fiercely evinced the belief that they represented a true and uncorrupted essence of the American people. (Of course, this sincere belief is not inconsistent with a commitment to white supremacist views or a belief in the so-called great replacement—themes to which I will return in a moment) The crowd hence carried distinctive banners that invoked individual insurrectionists' self-conception as members and representatives of a historically rooted, 'real' American polis mobilized against a corrupt and self-serving elite: The crowds' flags expressed this belief that they acted in the name of a true, historically pedigreed American people. There was the three-percenter flag (a Roman number three wreathed in stars), which is an (erroneous) call back to the Revolutionary War, and the idea that only three percent of the public took up weapons against British tyranny. There was thus a Confederate flag with an assault rifle and the words *Come and Take It* superimposed, reflecting a view of the Confederacy as the party in the right during the Civil War of the 1860s. And there is the "Gadsden" flag, which was designed by the South Carolina *Son of Liberty* leader Christopher Gadsden (1724-1805). It has a striking yellow field with a coiled rattlesnake emblazoned upon it along with the words *Don't Tread on Me*<sup>6</sup>.

The January 6 insurrectionists, in other words, deliberately involved the social and political imaginary of a historically authenticated community of citizens protesting against the tyrannical and undemocratic exercise of political power. The distinctive feature of their movement, however, was the absence of any evidence that the presidential election of 2020 had in fact been "stolen" from Donald Trump. Theirs was an authentic articulation of the people paradoxically constructed upon a foundation of lies.

Nor were the crowd that assembled at the Capitol, and then violently forced their way in, unique in their set of beliefs. Subsequent nationally representative opinion polls have suggested that the core beliefs motivating the insurrectionists were not isolated. According to one survey, at least ten million, and perhaps as many as thirty million, Americans believe that Joe Biden to be an illegitimate president, and justified the use of force to restore Donald Trump to the presidency<sup>7</sup>. Different polling finds widespread support for the Great Replacement theory too. An October 2022 national poll conducted by the University of Massachusetts, Amherst, hence found that roughly one-third of Americans, including some two-thirds of Republicans, endorse one form or another of the tenets of the "Great Replacement" theory.<sup>8</sup> The latter has become a staple of far-right thinking globally, spreading with viral speed since roughly 2012.<sup>9</sup> It has been invoked not just in the mass-shooting of Muslims in Christchurch in March 2019. It was, more recently, been invoked by the shooter in a mass killing in Buffalo, NY, grocery store in May 2022. In the United States, the theory has been disseminated with great vigor by journalists on Fox News, most notably the commentator

6 On this symbology of that day, A. Z. HUQ, "On the Origins of Republican Violence" *Brennan Center for Justice*, June 29, 2021, [[https://www.brennancenter.org/sites/default/files/2021-06/Huq\\_final.pdf](https://www.brennancenter.org/sites/default/files/2021-06/Huq_final.pdf)].

7 PAPE, "The Jan. 6 Insurrectionists Aren't Who You Think They Are", *op. cit.*

8 M. AIKTEN, "UMass poll: Significant numbers support 'great replacement' theory on immigration", *Boston.com*, Oct. 31, 2022.

9 A. Z. HUQ, "Illiberalism and Islam", in András SAJÓ, Stephen HOLMES and Renata URTZ (eds), *The Routledge Handbook of Illiberalism.*, London, Routledge, 2021.

Tucker Carlson. In more ways than one, therefore, the January 6 insurrection reflects a larger social phenomenon that has the potential to alter the character and operation of American politics, and hence the operation of its constitutional institutions.

A third strand of what happened on January 6 is perhaps so obvious that it is easy to overlook. It was, of course, speech by the then-president that catalyzed the attack on the U.S. Capitol. In the weeks and months before the November vote, moreover, President Trump had used his bully pulpit and his social-media accounts to sow doubts about the integrity of any electoral result that did not yield his victory. It should not need repeating that Trump lost the popular vote in 2020 by more than six million, and lost the Electoral College vote by a convincing margin. Beyond his verbal incitement on January 6, and his related refusal to call up adequate forces to defend the U.S. Capitol after its attack, Trump spent the weeks after the 2020 poll exploiting pressure points in the complex U.S. system for selecting presidents. Designed in 1787 and then modified after a deadlocked election in 1800 (with the Twelfth Amendment), the national system for selecting presidents places front-line authority with state rather than federal authorities for counting and then certifying state-level poll results. These are then aggregated using a complex formula into a national result at the Capitol. Trump identified potential weaknesses in several states' certification processes, where he could exercise undue influence. For instance, he summoned Michigan Republican leaders to the Oval Office even as his allies floated the idea of appointing pro-Trump electors from the state (which Joe Biden had carried by more than 150,000 votes). He also prompted an onslaught from the right against Georgia's Republican secretary of state, Brad Raffensperger after the latter declined to affirm Mr. Trump's false claims of ballot tampering.<sup>10</sup>

Yet despite all this, it would be a profound mistake to see Trump as the sole elite actor who promoted the false narrative of election loss that motivated the violence of January 6. After the events of that day, 147 members of Congress—all Republican—voted not to certify the 2020 election results despite the absence of any credible evidence of significant fraud or substantial reason to believe that Trump had in fact won. Note well that these votes were cast from the Capitol that had just been violently attacked, and in part sacked. At the same time, the CEO of the Blackstone private equity group, Stephen Schwarzman, urged business leaders in private meetings to give Trump leeway to challenge the election result.<sup>11</sup> And the wife of Supreme Court Justice Clarence Thomas also actively lobbied officials on and around January 6 to deny the lawful and accurate counting of election results so that Donald Trump could remain president.<sup>12</sup> Recall, furthermore, that leading commentators on the right have been responsible for pushing out the Great Replacement theory that bubbles under the surface of election-related violence in the United States. Media as well as financial and political elites, in other words, play a central role in creating and sustaining the ideological matrix that

10 A. BURNS, "Trump Stress-Tested the Election System, and the Cracks Showed", *N.Y. TIMES*, Nov. 20, 2020.

11 J. SLEEPER, "Corporate Capitol and Trump's coup: Will business elites take a stand?", *Salon*, Nov. 20, 2020.

12 L. BROADWATER, S. LAI, "Ginni Thomas Denies Discussing Election Subversion Efforts With Her Husband", *N.Y. Times*, Sept. 29, 2022. While Ginni Thomas has testified under oath to the Special Committee of the House of Representatives investigating the January 6, 2021, insurrection, it remains unknown whether and what role Clarence Thomas may have played in and around the same movement.

enables popular violence against democratic institutions. Nor did these elites lose their nerve, or change tack, when actual violence erupted on January 6.

The depth, endurance, and perhaps the limits of this populist movement came into crisp focus during the campaign for the 2022 American midterms. In this election cycle, all seats in the House of Representatives, many seats in the Senate, several state governorships, and many other state and local offices were up for grabs. The historical trend in midterm (i.e., non-presidential) election cycles is for the party of the president to lose a substantial number of federal elections (in House and Senate seats in particular). This is especially so when voters are generally dissatisfied with the state of the country. Indeed, in the run-up to the 2022 election, opinion polls suggested that roughly 80 percent of people were dissatisfied with how politicians generally should have been performing.

It was in this context that actors who accepted the key claims of the January 6 insurrectionists—the illegitimacy of the Biden presidency and the “big lie” that the 2020 election was stolen from Trump—came to be embraced by primary electorates on the Republican side of the aisle. According to the news service CNN, by the summer of 2022, there were twelve Republican nominees for the elected position of ‘secretary of state’—a position charged with managing the running of elections—who had questioned or tried to overturn the results of the 2020 election. In addition, there were 22 Republican nominees for governor, and also 19 Republican nominees for the US Senate who rejected, questioned, tried to overturn, or else refused to affirm, the 2020 election results.<sup>13</sup> There is a circulation of false ideas and pernicious beliefs, in other words, between candidates and a broader public that enable and license an oppositional, even violent stance in relation to government. This stance echoes—and as the January 6 events show, can build upon—the arguments and claims offered within the far-right militia ecosystem. The latter’s ideology, in other words, can diffuse into the mainstream even if the groups themselves remain somewhat marginalized.

These candidates, moreover, received a substantial amount of financial support. It is here that the powerful role of political elites again comes into view. In the United States, political campaigns are largely funded through private donations. A complex and evolving legal landscape means that much of that money is not given directly by individuals to candidates, but instead channeled through various corporate vehicles, such as Political Action Committees or PACs. The use of these vehicles means that the sources of support for seemingly prominent candidates can be obscure. Nevertheless, it is clear that candidates who picked up and ran with the January 6 insurrectionists’ claims were well-supported.

Consider just the twelve election-denying secretary of state candidates. These are normally low-profile races, which attract little attention or outside financing. Yet as of November 7, 2022, election-denying candidates for these offices had collectively raised more than \$15.7 million for their campaigns. Much of this came from out of state actors. In many cases, they had spent substantially more than their Democratic opponents, including in states such as Arizona and Indiana where the

---

13 D. DALE, “How 2020 election deniers did in their 2022 midterm races”, *CNN*, Nov. 23, 2022.

general election was considered to be a competitive one. In part, these funds came from former President Donald Trump's Save America PAC. Some came from the ultra-wealthy—people such as Patrick Byrne. He was the founder and former CEO of online retailer Overstock.com, and was one of the leading figures in the election denier movement. Other funds came from Richard Uihlein, an ultra-wealthy Illinois-based businessman and founder of shipping supply company Uline. In addition, these candidates benefited from large numbers of small-dollar donors<sup>14</sup>. It is not possible to know whether any or all of these candidates would have been viable in the absence of big-money donors such as Save America PAC, Byrne, or Uihlein.

At the same time, the rhetoric of election denial in respect to the 2020 elections originated with Trump, and it is highly unlikely that any of these candidates would have articulated the same roster of complaints in the absence of Trump's distinctive posturing and extravagant falsehoods about his election loss. But the interesting and relevant point to underscore here is that when they got onto the ballot for the general elections, candidates who aligned themselves explicitly with the substantive goals and beliefs of the January 6 insurrection garnered a good deal of support from both political elites and also from the 'grassroots,' i.e., from rank-and-file voters interested in politics. While it is difficult to discern whether this support was because of their stance on the 2020 election, it is telling that this stance did not seem to limit or impose a substantial friction on such popular support.

The connections between the violence of January 6 and the political dynamics of the 2022 midterm elections were once again graphically illustrated on October 28, 2022. In the middle of the night, a man wielding a hammer broke into the San Francisco home of Democratic Speaker of the House of Representatives, Nancy Pelosi apparently with the intent of kidnapping or otherwise harming her. While the Speaker of the House was not home, her husband Paul Pelosi was. The intruder, a Canadian man called David DuPage, eventually struck and seriously injured Mr. Pelosi. After he had been apprehended and questioned by the police, he explained that his aim had been to break Speaker Pelosi's kneecaps because she was the "the 'leader of the pack' of lies told by the Democratic Party."<sup>15</sup> That is, DuPage's attack was premised on the same account of political virtues and vices that animated the January 6 insurrection. It is also telling that in the wake of the Pelosi attack, many elected Republican politicians took to social media to circulate lies about the attack—seeking, for example, to insinuate falsely (and, at least potentially, under U.S. law, libelously) that David DuPage had been a male prostitute invited in by Paul Pelosi. Among those spreading libels of this kind were Senator Ted Cruz (R-TX), Rep. Marjorie Taylor Greene (R-GA), and right-of-center media commentators such as Glenn Beck and Tucker Carlson<sup>16</sup>.

14 A. RATLIFF, J. ZHONG, M. BECKEL, AND N. UPADHYAYA, "Who's Bankrolling Election Deniers?", *Issue One*, Oct. 6, 2022.

15 K. BROWNING, G. THRUSH, AND T. ARANGO, "Intruder Wanted to Break Speaker Pelosi's Kneecaps, Federal Complaint Says," *New York Times*, Oct. 31, 2022.

16 A. KARNI, M. KHURANA AND S.A. THOMPSON, "How Republicans Fed a Misinformation Loop About the Pelosi Attack", *New York Times*, Nov. 5, 2022.

---

Note well here the overlap with those that promote the Great Replacement theory: It is the same media elites that are driving conceptually separate elements of this ideological formation. That is, powerful individuals aligned with a political movement that was itself associated on multiple occasions with the use of extralegal violence for explicitly political ends to avenge a non-existent, fallacious political wrong, repeatedly turned to baselines and harmful lies as a means to deflect any responsibility on their movement's part for the harms of such violence. The Pelosi attack and its aftermath, in other words, crisply demonstrate the close and intricate connections between political lies and political violence. Indeed, it is worth noting further the racist threads in the January 6 rioters, who were united by concerns about the so-called Great Replacement, and the homophobic tenor of the lies told in relation to the Pelosi attack. Violence and lies in stark derogation of one's responsibilities as a citizen, let alone as an elected official sworn to uphold the law and the Constitution, are implicitly underwritten by (and perhaps justified implicitly as) a fear of a racialized and sexualized 'other' that poses an imaginary threat to the health and well-being of the people.

One final point is worth making here: The movement described here simply has no counterpart on the other side of the political spectrum. No doubt, there are false beliefs, paranoid tendencies, and biased beliefs at work on the American left. Yet there is no parallel to the complex entangling of right-of-center elites, masses, media, and fringe groups that came to a head on January 6, 2021. Certainly, the campaign mounted by Sen. Bernie Sanders for the Democratic nomination in 2016, and the associated array of groups on the democratic-socialist left cannot claim either the popular support or marshal the same sort of rhetoric. However much support social supports have in isolation, the term "socialism" has little resonance for the American electorate. To the contrary, it works now as a term of unlimited opprobrium. More generally, the bitter lessons of the interwar period—during which European socialist parties lost ground to nationalist and ultimate fascist political formations who made appeals on the basis of blood, nation, and empire—bear repeating and remembering today. In short, if what I have described above is indeed fairly ranked as populism, it has a politically asymmetrical form. It is found only on the political right in the United States at least.

To summarize then, the January 6, 2021 insurrection provides a useful lens for present purposes because it allows us to take a snapshot of a distinctive ideological formation on the American political right. This formation is characterized by a blending of elite, popular, and paramilitary strands. All of these share (to greater or lesser degrees) a racialized understanding of national identity, and threats to national identity, and also a fallacious belief that there is a (Democratic) political elite that has used "a pack of lies" to steal political power from the true people. The connection between these two conspiratorial, even paranoid, fantasies also run deep.

The theaters in which this political formation advances its agenda are several and varied: Beyond the performative and political violence of January 6, its effects can be felt in the media—in the social-media platforms that are legatees of Liberty Net, as well as in cable news on channels like Fox—and the sphere of organized politics. Its agenda and its effects, moreover, are properly called 'constitutional' on multiple grounds. On the one hand, it is a movement that has a distinctive understanding of how the American nation should be constituted. On the other hand, this movement (for that term

is also appropriate) brings to bear pressure on weak joints in the American constitutional system as a way of reshaping that system. The most obvious of these is the counting of Electoral College votes after the November 2020 election. But the aggressive campaign to install election-denying secretaries of states can be understood as a tactic to exploit the decentralized ‘federalism’ structure of American politics as a means of derailing democratic choice. The involvement of a Supreme Court Justice’s wife in election-denial efforts, moreover, gestures toward a more complex set of dynamics involving judicial actors who have, in subtle ways, abetted this movement over time by affirming its baseless fears about election fraud and pandering to white fears about the zero-sum nature of racial justice claims.<sup>17</sup>

## II. Theorizing American Populism After Trump

This ‘snapshot’ of the forces arrayed on, and channeled through the events of, January 6 offers a distinctive window onto American populism. More abstractly, and of scholarly interest, I will argue here that it suggests some reasons to prefer one definition of populism over others. For the term ‘populism’ is not a natural kind. It is a term of art used by political scientists and political theorists as a means of identifying a distinctive modality of politics, and a specific kind of political formation. But there is substantial disagreement about what the term “populism” ought to mean. The American case study can help here because it provides something of a litmus test. For if the movement that I have described in the first section of this piece is not ranked as populism, then it is hard to know what should be.

The question then is whether there is an operative definition of populism that captures the core of the January 6 movement as described above, while at the same time excluding other forms of political mobilization within a democratic frame. There are a number of leading definitions of populism offered in the scholarly literature. An examination of these various definitions in light of the January 6 events provides a way of considering how to define populism in a useful way given the present political conjunction. That is, we can start with the movement around January 6 as a core case of populism, and then test various definitions in light of whether they can accommodate it. Populism, on this view, should be viewed as a term that is useful insofar as it characterizes our present conjunction. The question then is how best to capture that moment.

There are four definitions of populism that are presently in circulation in American legal academia.<sup>18</sup> I will spend most time on the one I think most useful. In turning to the three others, I will explain why I think their insights more limited (or else redundant of the first’s). Finally, I will consider what is omitted from the definition that I have elevated.

---

17 I develop this point in other work. A.Z. HUQ, “The Counter-Democratic Difficulty”, *Northwestern University Law Review*, forthcoming 2023, and A.Z. HUQ, “The Supreme Court and the Dynamics of Democratic Backsliding”, *ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 699(1), 2022, p. 50.

18 The following draws on a discussion in A.Z. HUQ, “The People versus the Constitution”, *Michigan Law Review* Vol. 166, 2017, p. 1123. To be clear, I do not think these are the only possible ways of defining populism (consider Chantal Mouffe’s work, for example)—but these seem to be the most influence in U.S. legal scholarship.

First, in an important book entitled “What is Populism?”, the Princeton political scientist Jan-Werner Müller sets forth a succinct and generalizable account of the basic internal logic of populism as a strategy for both mobilizing public sentiment and also deploying the levers of state power.<sup>19</sup> He defines populism as a coherent political strategy based on a “moralistic imagination of politics” as a Manichean confrontation between a morally purified “people” and a corrupt and irremediable “elite”. On this view, populism as a “set of distinct claims . . . [with] an inner logic” pitched first in general terms, and then defined in terms of an enumeration of specific traits. Pitched at this abstract level, Müller defines populism as “a particular moralistic imagination of politics, a way of perceiving the political world that sets a morally pure and fully unified . . . people against elites who are deemed corrupt or in some other way morally inferior.” Populism for Müller then is less a matter of policy preferences, and more a question of the guiding assumptions about how democracy can and should work, and how leaders can and should relate to the people. Hence, populism asserts a “moralized antipluralism” predicated on the claim that “they, and they alone, represent the people.” Any other electoral option or policy choice is illegitimate and perhaps futile. By implication, there is always an element of the polity that “can be dismissed as immoral and not properly a part of the people at all.” In addition, the populist has a “noninstitutionalized notion of ‘the people’”. This means that the populist asserts or assumes that there is a singular and morally privileged understanding or will that has not been manifest through the formal structures of democratic choice. Müller quotes Peron’s assertion that “the political leader is the one who does what the people want” as an instance of such a claim of immanent and noninstitutionalized popular will. This claim impinges on democratic accountability. Whereas on the ordinary understanding of democracy the actions of a specific coalition or leader are always amenable to critique as misleading or unlawful, it is never possible to launch a parallel challenge against a populist leader. At the same time, Müller insists that his account of populism is consistent with constitutionalism insofar as a populist government is still able to articulate its constitutional vision in the form of a written constitution.

Second, John Judis defines populism in terms of “the conflictual relationship between” a “people” and an “elite”. The problem with this definition is its breadth. Unlike Müller’s definition, Judis’s encompasses a range of political actors who have in some way juxtaposed themselves against an extant power structure. A religious order like the Amish can be anti-elitist in this sense, but hardly populist. At its margins, Judis’s conceptualization also seems to sweep in any and all parties that position themselves in an adverse relationship to political incumbents. It is not hard to imagine that this might capture virtually all insurgent political movements at some moment in time. So defined, Judis’s populism is an immense category with little resolving power. Certainly, it does not cast much light on the events of January 6.<sup>20</sup>

19 J.W. MÜLLER, *What is populism?*, London, Penguin UK, 2017.

20 J.B. JUDIS, *The Populist Explosion: How the Great Recession Transformed American and European Politics*, New York: Columbia Global Reports, 2016.

Third, Cas Mudde and Cristóbal Rovira Kaltwasser define populism as “a thin-centered ideology that considers society to be ultimately separated into two homogenous and antagonistic camps, “the pure people” versus “the corrupt elite,” and which argues that politics should be an expression of the *volonté générale* (general will) of the people.”<sup>21</sup> Going beyond Müller’s definition, Mudde and Rovira Kaltwasser introduce additional new criteria. This includes include the idea that a populist movement insists on being “homogenous”, “antagonistic”, “pure”, and a manifestation of the “general will”. The latter concept derives from Jean-Jacques Rousseau’s well-known theorization of the social contract. It introduces substantial new complications in the modern context, such as the question of the precise institutional setting through which the general will is realized. To the extent that its other supplementary terms go beyond Müller’s account, it is not clear whether they add much of substance for explaining or understanding the movement described above. Moreover, the binary structure of Mudde and Rovira Kaltwasser’s approach does not quite capture the complexity of the U.S. situation.

Finally, Ernesto Laclau understands populism as arising from unsatisfied demands by marginalized and frustrated members of the polity, demands articulated in a process of mobilization that terminates in “that moment of crystallization that constitutes the ‘people.’” Laclau’s concept of populism is synonymous with the political, which in turn seems to exclude “sedimented social forms which have blurred the traces of their original political institution.”<sup>22</sup> The net result is Laclau’s populism comes to stand in for all that is fluid, contingent, and subject to contestation. It is hence a floating signifier that either can come to stand for the vindication of human rights (or totalitarianism), or else seems necessary for the vindication of popular sovereignty. This account of populism, however, cannot explain the elite elements of the January 6 movement. It is also hard to pin down as a reference to specific political formations. It hence cannot easily be translated from theory into a unit of practical political analysis.

Of these definitions, in short, Müller’s definition provides the most perspicacious framing of the January 6 movement. In particular, he emphasis on populism as a “moralistic imagination of politics” as a Manichean confrontation between a morally purified “people” and a corrupt and irremediable “elite”. Both the idea of a morally pure people and a corrupt elite, of course, play foundational roles in the rhetoric of the January 6 movement and its legates. Also of great use is Müller’s notion of populism as a “moralized antipluralism”—that is, the belief that—as a matter of first principles—one’s political opponents are not entitled to political power. The widespread belief in election fraud and the illegitimacy of Joe Biden’s assumption of the presidency is a form of moralized antipluralism, albeit amplified to an unusually explicit degree. Indeed, given the absolute lack of evidence that Trump was cheated out of the presidency in 2020, it is hard to see how the certainty with which that belief appears to be held can be explained without invoking an a priori belief in one’s side moral bona fides. That is, the belief in a false empirical fact (Trump won in 2020) is motivated and explained by a belief in a moral premise—*i.e.*, that *we* are in the right and *they* are in the moral wrong.

21 C. MUDDE AND C. R. KALTWASSER, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

22 E. LACLAU, *On Populist Reason*, New York: Verso, 2007.

To be sure, Müller's definition does not highlight the racially charged strands (whether explicit or not) of the January 6 movement. This has both advantages and disadvantages. On the one hand, the symbolic resources marshalled by the insurrectionists demonstrated that racial identity (white power) does not need to play an explicit role in the way that a populist movement expresses itself, or publicly understands itself. On the other hand, there is a risk that suppressing the common (if unexpressed) element of racial antagonism that underpins the movement obscures its vital psychological grounds. This seems to me the most important limitation of Müller's approach, at least so far as a U.S. application goes. There are profound historical reasons, rooted in the postwar dynamic of decolonization and the rise of a new form of neoliberal globalization, for the centrality of race as an index of alterity (and in particular to foreignness understood in national terms). Müller's approach has a deracinated quality that skips too quickly over this necessary historical context. But the same is true of the other definitions I have set forth here. So it is not clear Müller's is any worse for this gap.

A countervailing consideration is the fluidity with which populist movements can move from ideological mobilizations along racial or implicitly racial grounds to ones focused on other dimensions of identity. In the United States, for example, sexual preference and trans identity have become since 2020 important margins along which populist movements can generate social friction and anxiety. Until the 2020s, moreover, it might have been thought that anti-Semitism had been banished from the domain of formal politics. Yet in the 2022 election campaign, the Republican candidate for Pennsylvania engaged in (only lightly camouflaged) anti-Jewish rhetoric.<sup>23</sup> Trump's flirtations with virulently anti-Semitic figures such as Nick Fuentes also would have been unthinkable even a decade ago. Another important dynamic that an explicitly racialized definition of populism would struggle with concerns the appeal of allied political parties (i.e., the Republican party) among Latino voters.<sup>24</sup> Müller's definition, that is, has the benefit of plasticity in respect to racial dynamics. It hence the ability to accommodate such shifts in the terms of existential animosity offered by populists. To be sure, an important scholarly question is when and how such shifts in the relevant species of populist alterity occur, and what constrains them. But that seems to follow from, not precede, efforts at definition.

I do not offer a view here on whether the account, and associated definition, of American populism is generalizable to Europe or other contexts. It is possible to imagine arguments on both sides here. On the one hand, the American history of slavery and Jim Crow provides a distinctively fertile context for the racist subtext of contemporary populism.<sup>25</sup> On the other hand, the American populist movement has formal connections and shared intellectual heritage with European political formations that are also plausibly described as populist.<sup>26</sup> Among the most

23 K. GLUECK, "Mastriano's Attacks on Jewish School Set Off Outcry Over Antisemitic Signaling", *N.Y. TIMES*, Oct. 10, 2022.

24 J. MEDINA, "A Vexing Question for Democrats: What Drives Latino Men to Republicans?", *N.Y. TIMES*, Oct 8, 2021.

25 A. JARDINA AND R. MICKEY, "White Racial Solidarity and Opposition to American Democracy", *ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 699(1), 2022, p. 79–89

26 B.R. TEITELBAUM, *War for Eternity: The Return of Traditionalism and the Rise of the Populist Right.*, London, Penguin UK, 2020.

successful of these are *Fidesz* in Hungary and the Law and Justice (PiS) party in Poland. Both came to power on the basis of election campaigns raging against elites and promising a fresh start for the disempowered or excluded. Both then implemented a wide array of constitutional and legal changes that have dramatically tamped down on the feasibility of political competition and the associated rotation in power.<sup>27</sup> Elsewhere in Europe, right-of-center parties have not secured solid parliamentary footing by cultivating a fear of Muslims and an aversion to immigration, and have even drifted away from that rhetoric. Indeed, in some instances avowedly populist movements seem to have given way to more centrist and technocratic tendencies. In the United Kingdom, for example, a populist movement waved the same anti-elite and anti-immigration flags to secure exit from the European Union. Unlike its Polish and Hungarian counterparts, which have effectively consolidated power in ways that render electoral displacement unlikely, the British populist U.K. Independence Party fell into a disarray after the Brexit vote—although anti-immigrant sentiment still plays an oversized role in British politics. And the xenophobic wing of the Conservative Party suffered a serious setback with the collapse of Liz Truss’s government in late 2022, and her replacement with the technocratic Rishi Sunak—the U.K.’s first non-white prime minister.

### **Conclusion: The Future of American Populism**

In the 2022 midterms, Republican candidates that denied the legitimacy of Joe Biden’s election did not fare well in competitive races. Indeed, in all the pivotal states in likely Electoral College ties—including Wisconsin, Michigan, Arizona and Nevada—those candidates did not prevail in key secretary of state and gubernatorial races. Hence, out of the thirty-six gubernatorial races on the ballot in 2022, seven out of the twenty election-denying candidates running were elected to office. Of those, six are incumbents, and just one—in Alaska—was newly elected. In regard to secretary of state races, only two out of the ten election deniers who ran for office won in 2022. Both of these wins, in Indiana and in Wyoming, were in states that are unlikely to be competitive in 2024 when it comes to the presidential race. Moreover, despite some rumblings from defeated candidates, such as Arizona’s Kari Lake, there was no serious effort to derail the 2022 election results in the way that Trump and allies tried to derail the counting of Electoral College votes in late 2020.<sup>28</sup> In effect, election denial was a sufficient drag on candidates in marginal races to be outcome determinative. Where a race was not competitive, the Republican electorate did not turn against candidates because of their position on the 2020 election.

So is the threat to democratic rule from American populism now abates? Hardly. The multi-stranded nature of American populism provides a powerful reason to think that it is far too soon to write an obituary for that movement. The defeat of one elite element of that movement—i.e.,

---

27 This is documented in detail in T. GINSBURG AND A. Z. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 2018.

28 G. BEDEKOVICS AND A. MACIOLEK, “Election Deniers Lost Key Races for Federal and State Offices in the 2022 Midterm Elections”, *Center for American Progress*, Nov. 20, 2022. That said, of this writing litigation has commenced in Arizona in respect to the secretary of state race.

the slate of candidates running in marginal or contestable seats in 2022—does not mean that the other strands of the movement have been disabled or defeated. For one thing, the wealthy donors and media elites that have supported populist tropes will continue to provide a platform for ideas such as the false claim of election fraud and the racist myth of the great replacement. With those ideas still in circulation, and the present infrastructure of donors such as Uihlein and Flynn still able to give, there is no reason to think that the high levels of support for populist ideas within the electorate will abate. The structural conditions of those ideas, after all, remain in place. And as long as support for the ideas that animated the January 6 insurrection is concentrated within the segment of the Republican electorate that votes in primaries, there is no reason to anticipate that populist candidates—as this essay has used the term—will continue to emerge and, occasionally, win even contestable elections. Populism may not have won this round. But that does not mean it will lose the war—or forego its ultimate prize of drastic, anti-democratic constitutional change in the United States.

## PROPOS CONCLUSIFS

Elisabeth ZOLLER<sup>1</sup>

Il y a maintenant plus d'une vingtaine d'années que le populisme s'est installé au pouvoir en Europe. Né initialement en Europe de l'Est à l'occasion d'élections législatives en Hongrie et en Pologne, il n'a cessé de s'étendre pour gagner l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne. Il n'a pas encore conquis le pouvoir en France, mais il est bien présent dans le paysage politique. S'il a échoué en 2017 dans la course à l'Élysée, ce ne fut qu'à la faveur de l'intelligence politique d'une élite libérale, instruite de l'histoire comparée américaine et européenne, qui a compris que plus l'intégration économique d'une union d'États souverains s'approfondit, plus le clivage « gauche-droite » fondé sur des enjeux économiques de répartition des richesses tend à être remplacé par un clivage « libéral-conservateur » fondé sur des enjeux sociaux, culturels, voire identitaires.

L'histoire des États-Unis depuis le New Deal en porte témoignage. Une fois réalisé un grand marché national d'est en ouest à l'échelle continentale, les luttes politiques se sont déplacées et ont de plus en plus porté sur des enjeux sociaux comme celui de la ségrégation raciale pratiquée dans les États du Sud. Ce n'est pas un hasard si la jurisprudence de la Cour suprême a viré de bord après 1945 et s'est de plus en plus concentrée sur les droits et libertés dans les États, un enjeu qui n'avait été que très peu atteint par le droit fédéral. *Mutatis mutandis*, le même processus est à l'œuvre dans l'Union européenne depuis la chute du mur de Berlin. C'est de la formation d'un grand marché continental et des nouveaux défis qu'il pose aux États membres qu'il faut partir pour comprendre la prospérité du populisme européen depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle.

Le populisme européen présente des caractères qu'il ne revêt pas dans d'autres parties du monde. Ainsi, de l'Argentine, berceau du populisme avec le péronisme d'après-guerre qui fut la matrice d'un populisme de gauche, mais où il s'accompagne de particularités marquées liées à des considérations de justice sociale adossées elles-mêmes à la question foncière jamais résolue<sup>2</sup>. Ainsi, de la Russie où le populisme autoritaire qui y domine sous forme de césarisme moderne vise à protéger des codes

---

1 Professeur émérite à l'Université Paris-Panthéon-Assas.

2 C. CERDA-GUZMAN et F. ARLETTAZ, « L'influence du populisme sur les changements constitutionnels. Approche de droit comparé : le cas argentin », *supra*, p. 183-206.

moraux, religieux et culturels menacés par un ennemi commun, l'Occident<sup>3</sup>. En Europe, le populisme n'est alimenté ni par une exigence de justice sociale, ni par la hantise d'être envahi par un modèle de civilisation différent, mais par les failles de la construction européenne qui sont à l'origine d'un « moment populiste » et qui interrogent : pourquoi ici, en Europe, et maintenant<sup>4</sup> ?

Pour le comprendre, il faut se rappeler que le problème qui s'est posé aux Européens après la Seconde Guerre mondiale était de savoir comment construire la paix. Ils l'ont résolu, comme le proposa Robert Schuman, « par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait »<sup>5</sup> entre les ennemis d'hier, concrètement, en intégrant leurs économies nationales de telle sorte que le « doux commerce »<sup>6</sup> les oblige à s'entendre et à trouver des compromis<sup>7</sup>. Le programme était séduisant, mais il n'était pas simple à mettre en œuvre entre États dominés par des passions politiques. Pour les écarter, les Européens reprirent la solution que les Américains avaient trouvée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle pour apaiser les luttes politiques nées des ravages pour les consommateurs de la concurrence acharnée à laquelle se livraient les trusts pour conquérir des parts de marché dans le secteur des chemins de fer. Comme eux, ils firent sortir les questions économiques des luttes partisans pour en confier la résolution à des organes indépendants, les agences. C'est ainsi qu'après 1945, l'économie américaine se retrouva régulée par une foule d'agences pour la plupart indépendantes<sup>8</sup>, le modèle de l'agence indépendante devant être retenu chaque fois que celle-ci avait le pouvoir d'affecter les droits et les obligations de particuliers, ce qui est souvent le cas d'agences investies de compétences économiques.

Au départ, le traité CECA, puis le traité CEE choisirent la même voie en remettant l'initiative des lois, entendez, les règlements et directives du marché commun à une Commission indépendante chargée de dégager un intérêt général européen en attendant que des organes politiques démocratiquement élus, notamment, une Commission issue d'un Parlement élu au suffrage universel soit en mesure de prendre la relève. La solution était donc temporaire. Mais elle est devenue permanente en 1958 du chef d'un changement de régime en France et l'Europe fut de plus en plus gouvernée par des sages, des experts, des technocrates, c'est-à-dire, par des hommes qui ne sont pas démocratiquement élus, mais qui sont moralement convaincus de leur devoir de faire avancer la construction européenne en surmontant les égoïsmes nationaux. Ainsi devinrent de plus en plus puissants, l'organe judiciaire, la Cour de Justice, l'organe économique, la Commission, et lorsque l'intégration monétaire prit forme, la Banque centrale européenne, trois institutions plus ou moins calquées sur leurs équivalents aux États-Unis avec la Cour suprême, la Commission

3 M.-E. BAUDOIN et N. DANELCIUC-COLODROVSKI, « L'influence du populisme sur les changements constitutionnels en Russie », *supra*, p. 89-111.

4 Ph. ALDRIN, « Ce que le populisme fait à l'Union européenne. Remarques sur l'institutionnalisation paradoxale de la critique anti-UE dans l'UE », *supra*, p. 11-31.

5 Déclaration de Robert Schuman (9 mai 1950) prononcée dans le salon de l'Horloge du Quai d'Orsay : [[https://www.cvce.eu/obj/declaration\\_de\\_robert\\_schuman\\_paris\\_9\\_mai\\_1950-fr-9cc6ac38-32f5-4c0a-a337-9a8ae4d5740f.html](https://www.cvce.eu/obj/declaration_de_robert_schuman_paris_9_mai_1950-fr-9cc6ac38-32f5-4c0a-a337-9a8ae4d5740f.html)].

6 C. LARRERE, « Montesquieu et le "doux commerce" : un paradigme du libéralisme », *Cahiers d'Histoire, Revue d'histoire critique*, n°123 (2014), p. 21-38. [<https://doi.org/10.4000/chrhc.3463>].

7 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XX, 1 : « Le commerce guérit des préjugés destructeurs. C'est presque une règle générale, que partout où il y a des mœurs douces, il y a du commerce, et que partout où il y a du commerce, il y a des mœurs douces », *Œuvres complètes*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, II, 1951, p. 585.

8 B. EICHENGREEN, « The Populist Turn in American Politics », *Current History*, January 2017, p. 24 et s..

fédérale pour le commerce et la *Federal Reserve*, et dont le trait commun, en dépit de la diversité de leurs fonctions, est d'être indépendantes<sup>9</sup>.

Plus les questions économiques sont dépolitisées, plus la contestation des conséquences sociales de l'intégration doit prendre d'autres voies pour se faire entendre. Car, une fois confiées à des experts, les questions économiques tendent à être perçues comme des « causes perdues ». On n'en veut pour preuve que le maintien dans l'Union monétaire décidée par les États membres les plus populistes et, inversement, le renoncement d'un parti populiste comme le Rassemblement national à en sortir. La sauvegarde de l'identité nationale devient plus importante que l'indépendance dans la conduite de la politique économique. Le Traité de Lisbonne en a pris acte. Le nouvel article 4(2) du Traité sur l'Union européenne (2008) impose à l'Union de « respecter l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur *identité nationale*, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Mais comment éviter que la défense de l'identité nationale ne débouche sur le populisme ?<sup>10</sup>

La réponse dépend de ce qu'il faut entendre par populisme. Le terme n'est pas facile à définir. Pour la théorie du droit, ce n'est pas un concept juridique ; il est même tellement lié à la politique qu'il est possible de le concevoir comme consubstantiel à la démocratie<sup>11</sup>. Le mot est d'origine anglo-saxonne. La première occurrence remonte au *New York Times* du 9 août 1891 rapportant le recul électoral de l'éphémère parti populiste dans les États du Sud et de l'Ouest. Selon l'*Oxford English Dictionary*, le terme *populism* s'applique à toute politique ou tout principe qui vise à représenter et à satisfaire les intérêts des gens ordinaires de sorte qu'il oppose en général le peuple aux élites. Si celles-ci ne sont pas toujours nécessairement corrompues, en revanche, elles sont toujours aveugles aux problèmes des petites gens. En français, le terme est apparu plus tardivement. Le Dictionnaire Littré l'ignore et le Grand Robert date son apparition de 1929 où il désigne un courant de la littérature et n'acquiert une signification politique chargée d'idées antisémites et racistes issues de l'extrême-droite que récemment.

9 La plupart des États membres de la Communauté ont choisi cette voie, sauf un en particulier qui n'y a jamais adhéré et qui s'est retiré avant qu'il ne soit trop tard ; il s'agit du Royaume-Uni. C'est pourquoi le populisme de Boris Johnson n'est pas comparable à celui de Marine Le Pen, de Matteo Salvini ou de Viktor Orban. Il s'exprime plus dans des comportements expressifs que dans des revendications de fond.

10 Pour sa part, le Conseil constitutionnel a choisi de rester dans les limites du droit écrit. Il a assimilé identité nationale et identité constitutionnelle. Récemment, il a rappelé ce qu'il avait dit en 2006 quand il dégagea la notion de « règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » : « Le Conseil constitutionnel n'est compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées (d'une loi issue de la transposition d'une directive) aux droits et libertés que la Constitution garantit que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », Décision n° 2021-940 QPC, 15 octobre 2021, *Société Air France*, § 13. Lorsque le Conseil constitutionnel introduisit la notion de principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 19 et 28), son Président avait déclaré que, pour qu'un principe relève de l'identité constitutionnelle de la France, il devait être « crucial » et « distinctif », « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. PIERRE Mazeaud, au Président de la République », 3 janvier 2005, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18 (2005), p. 2 et s., 8 (italiques ajoutées). Il est permis de penser que c'est certainement le cas du principe de laïcité qui est « crucial » parce qu'il est le fondement de la forme républicaine de gouvernement et « distinctif » car plus exigeant pour la liberté de conscience que le principe de séparation des églises et de l'État applicable chez nos partenaires.

11 X. MAGNON, « Constitution et populisme : approche théorique », *supra*, p. 33-48.

La fluidité du terme impose de l'utiliser avec prudence. Tous les populismes ne sont pas équivalents. Le populisme qui travaille les pays européens se caractérise par le refus des peuples qu'il a conquis de perdre leur droit à décider eux-mêmes de ce qu'ils veulent faire pour être transféré à des élites plus savantes qu'eux au point de savoir mieux qu'eux-mêmes ce qui leur convient. Chevillé au droit des peuples de se gouverner eux-mêmes, le populisme européen est contre l'Union européenne, contre l'Europe fédérale telle qu'elle fut rêvée par les fondateurs de l'Europe après la Seconde Guerre mondiale. Il place la souveraineté dans les États, non dans l'Union.

Les racines historiques du populisme européen remontent aux années 1990. Avec la chute du mur de Berlin et la désintégration de l'URSS, l'élargissement et de l'approfondissement de l'Europe devinrent les deux problèmes à résoudre avant de décider de l'avenir de ceux qu'on appelait, les PECO, les pays d'Europe centrale et orientale. Ballotés entre des exigences contradictoires, les Européens choisirent l'élargissement et renvoyèrent à plus tard la question de l'approfondissement, une fois tout le monde monté à bord. Mais une fois l'embarquement réalisé, le navire ne put appareiller et ne quitta jamais le port.

La raison est qu'au même moment pratiquement, se fit jour une contestation radicale des effets centralisateurs du fédéralisme par le jeu des institutions judiciaires européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice des Communautés européennes. La solution fédérale devint de moins en moins attractive. Sur le plan doctrinal, le coup d'envoi fut donné par un ouvrage du professeur canadien Edmond Orban, intitulé *Fédéralisme et Cours suprêmes* qui regroupait les contributions d'auteurs américains et européens, tous plus critiques les uns que les autres sur les effets centralisateurs des organes judiciaires dans des unions d'États en marche vers le fédéralisme comme le Conseil de l'Europe ou la Communauté européenne. Dans la préface qu'il rédigea, Louis Favoreu minimisa le danger, car il pensait qu'en Europe, à la différence des cours suprêmes nord-américaines, « les Cours constitutionnelles et leur jurisprudence font barrage à une trop forte pénétration des normes et des jurisprudences européennes »<sup>12</sup>. En vérité, ce barrage fut inégal.

Anticipant les difficultés, la Cour de Justice des Communautés comme la Cour européenne des droits de l'homme s'étaient déjà montrées très activistes au nom de l'idéal qui avait fait de l'intégration par le droit le mantra de l'Europe unie. Dès le milieu des années 1970, la CJCE constitutionnalisa les traités<sup>13</sup> et la CEDH s'aventura dans le contrôle d'opportunité<sup>14</sup>. Dans l'ensemble, elles furent bien suivies par les cours nationales au nom de la suprématie du droit, ce qui contribua à renforcer la conviction que les peuples étaient privés du droit de se gouverner eux-mêmes et attisa la critique populiste de la perte de leur droit à la démocratie. Le parallélisme entre les conclusions des études réunies dans l'ouvrage précité et les programmes de reprise en main de leurs pays par les leaders populistes parle de lui-même. Du Hongrois Viktor Orban à l'Italien Matteo Salvini en passant par les frères Lech et Jaroslaw Kaczynski en Pologne, tous ont fait du droit des peuples à se gouverner

12 L. FAVOREU, « Préface », E. ORBAN (éd.), *Fédéralisme et cours suprêmes – Federalism and Supreme Courts*, Bruxelles, Bruylant, Presses de l'Université de Montréal, 1991, p. 9.

13 H. RASMUSSEN, « The Court of Justice of the European Communities and the Process of Integration », *ibid.*, p. 199 et s., 201.

14 J.A.G. GRIFFITH, « The Political Constitution », *Modern Law Review*, vol. 42 (1979), p. 1 et s., 13.

eux-mêmes une priorité. Ce n'est pas un hasard si tous ont repris le contrôle de leur Cour constitutionnelle, car les juges constitutionnels sont maîtres de l'application de la hiérarchie des normes et du droit national.

Le présent colloque s'est inscrit dans le prolongement des controverses sur « l'Europe des juges »<sup>15</sup> célébrée par certains, vilipendée par d'autres. La question centrale qu'il a posée est de savoir s'il est permis de penser que le droit puisse opposer une résistance au populisme. La même question fut traitée, il y a trois ans, à l'aune du droit international dans un colloque centré sur la Pologne<sup>16</sup>. Elle fut étudiée ici à l'aune du droit constitutionnel écrit et non écrit. Or, les conclusions des deux réunions scientifiques ne sont pas fondamentalement différentes. Que ce soit le droit international ou le droit constitutionnel, l'un et l'autre ne dressent que de fragiles brise-lames quand le flot populiste menace de tout emporter.

Neuf pays ont été étudiés ; trois en Europe de l'Ouest (Allemagne, Italie, et Angleterre) ; trois en Europe de l'Est (Hongrie, Pologne, et Russie) ; deux sur le continent américain (Argentine et États-Unis). Pour mener la comparaison, les organisatrices avaient invité les participants à distinguer entre les changements formels qui résultent de révisions, réformes législatives ou référendums qui ont des conséquences directes sur le droit écrit qu'ils modifient, et les changements informels plus insidieux et difficiles à relever parce qu'ils affectent des traditions, des pratiques établies, des conventions de la constitution qui forment un droit constitutionnel non écrit.

## I. Les changements formels

Les changements formels induits par le populisme se distinguent selon qu'ils affectent directement ou non la Constitution. Lorsque c'est le cas, il semblerait qu'il n'y ait qu'un État qui puisse leur faire obstacle. C'est l'Allemagne dans la mesure où la Loi fondamentale a choisi « d'écarter les ennemis de la démocratie et de l'État de droit par le droit » dans l'article 79, al. 3, qui sanctuarise un noyau dur de principes et valeurs « indérogeables ». Mais c'est un cas exceptionnel. Est-il d'une efficacité à toute épreuve ? Les controverses qui ont suivi la décision de 1956 (*KPD – Verbot*) sur l'interdiction du parti communiste rendue sur le fondement d'un contrôle abstrait et « le pénible effort de la Cour de s'en tenir au champ de la légalité (sur) un sujet chargé d'opportunité politique »<sup>17</sup> augmentées, quelques années plus tard, de celles qui suivirent en 1969 son refus sur le fondement d'un contrôle concret de censurer le parti néonazi (NPD) au motif que ses moyens étaient insuffisants pour créer une menace, laissent sceptique<sup>18</sup>.

15 R. LECOURT, *L'Europe des Juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

16 N. HAUPAIS, W. ZAGORSKI, T. POUTHIER, et P. SZWEDO (éd.), *Le constitutionnalisme face au populisme en Europe centrale*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Transition & Justice, Vol. 32.

17 A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande, Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, La Mémoire du droit, 2021, p. 381, § 491.

18 A. GAILLET et M. WENDEL, « Les limites de la démocratie défensive allemande face au populisme de l'AfD », *supra*, p. 113-133.

Lorsque de telles clauses de sauvegarde n'existent pas, les changements formels adoptés dans le respect des dispositions constitutionnelles sont hors d'atteinte<sup>19</sup>. En Hongrie, le gouvernement de Viktor Orbán a appliqué son programme de réforme de l'État en utilisant la procédure de révision constitutionnelle retenue en 1989 quand il fallait une constitution souple pour faire passer le pays du socialisme au capitalisme. Elle était fort simple puisqu'il suffisait d'une majorité des deux tiers d'une seule chambre du Parlement pour amender la constitution. La voie vers une nouvelle constitution fondée sur la reconstitution de l'unité nationale brisée par le Traité de Trianon de 1920, centrée sur le retour aux principes traditionnels de la famille, de la natalité, valorisant l'ordre et le travail et écrite avec une préférence fièrement assumée pour la « démocratie illibérale » au lieu et place de la démocratie libérale dévoyée, lui fut grandement facilitée<sup>20</sup>.

Pour réviser une constitution en toute légalité, encore faut-il avoir la majorité requise par les clauses de révision. Lorsque celle-ci n'existe pas, l'expérience populiste européenne – comme l'expérience communiste en son temps – a démontré qu'il était toujours possible de trouver d'autres voies. C'est le cas de la Pologne où le gouvernement Kaczyński a fait porter son programme de réforme sur le fonctionnement des organes constitutionnels, c'est-à-dire, l'application concrète, effective, des dispositions qui les gouvernent. Dans cette veine, il a choisi d'agir sur leur composition. Ainsi, comme au temps de l'Union soviétique, les textes ne varient pas, mais les hommes qui les appliquent appartiennent au parti, au « bon » parti qui est en l'occurrence le parti Droit et justice. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle, les juges ordinaires, le procureur général et d'une manière générale tous les organes indépendants d'un État libéral ont été « capturés » mis sous contrôle du parti. Si la capture s'avère juridiquement impossible, l'indépendance de ceux qui restent en place est matée par un régime disciplinaire plus strict<sup>21</sup>. Prises en elles-mêmes une à une, ces lois ne sont pas inconstitutionnelles, mais additionnées les unes aux autres, elles créent une forme d'État aux antipodes de l'État libéral du constitutionnalisme classique avec des juges qui ne sont plus indépendants, une presse qui ne l'est pas davantage, car contrôlée par des oligarques à l'issue d'acquisitions financières et une police autoritaire aux ordres.

Le populisme accouche ainsi de monstres, des sortes de Quasimodos constitutionnels ou des *Frankenstates*, comme dit la doctrine américaine, des États Frankenstein<sup>22</sup>, expressions d'un « constitutionnalisme autoritaire »<sup>23</sup>. Les politistes parlent de « démocraties illibérales »<sup>24</sup> ou de

19 Le Conseil constitutionnel l'a dit avec une déconcertante franchise à propos de la révision entraînée par la ratification du Traité de Maastricht. L'argument selon lequel une révision de la Constitution formellement irréprochable pourrait être inconstitutionnelle au motif qu'elle violerait l'esprit de la Constitution est « inopérant », Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 45.

20 P.-A. COLLOT et F. GARDOZ-OROSZ, « L'influence du populisme sur les changements constitutionnels en Hongrie », *supra*, p. 49-69.

21 L. PECH, « Violating the Rule of Law in the Name of the People: Poland as Exhibit A in the European Union », *supra*, p. 71-88.

22 K. L. SCHEPPELE, « The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work », *Governance*, vol. 26 (2013), p. 559 et s.; M. TUSHNET et B. BUGARIC, « *Power to the People* », Oxford University Press, 2021, p. 105 s, 108.

23 « Les doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 25 Ebook (2021). Dans sa présentation, O. JOUANJAN relève que « conceptuellement, un "constitutionnalisme totalitaire" serait un oxymore », *ibid.*, p. 5 et s.. Cela n'empêche pas la doctrine outre-Atlantique de l'utiliser volontiers contribuant à entretenir la confusion, v. H. A. GARCÍA et G. FRANKENBERG (Eds.), *Authoritarian Constitutionalism, Comparative Analysis and Critique*, Edward Elgar Publ., 2019; le terme semble dû à M. TUSHNET qui l'utilisa pour la première fois dans son article « Authoritarian Constitutionalism », *Cornell Law Review*, vol. 100 (2015) p. 391 et s..

24 F. ZAKARIA, « The Rise of Illiberal Democracy », *Foreign Affairs*, vol. 76 (1997), p. 22 et s.

« démocraties »<sup>25</sup>. Les vocables ne manquent pas. Il n'y a que l'embarras du choix, mais il est corrélé à l'embarras de juristes impuissants qui n'ont pas de solutions constitutionnelles à proposer, si ce n'est pour rester dans le cadre du droit, le recours aux sanctions du droit international, les mesures de représailles et de rétorsion. L'Union européenne vient d'en administrer la preuve en subordonnant le versement de la manne financière de l'UE au respect des critères de l'État de droit, solution que la Cour de justice de l'UE a justifiée en tant que « mesure de protection du budget de l'Union »<sup>26</sup>.

## II. Les changements informels

Les changements informels ont en commun de ne pas prendre de forme écrite. Mais s'ils n'ont pas de forme écrite, sur quoi le juge constitutionnel peut-il faire porter son contrôle ? Dans les pays de droit écrit, le contrôle du juge sur les usages ou les pratiques réputées « établies » est limité, pour ne pas dire, inexistant. En France, la question a été soulevée en 1992 à propos de l'usage que le Premier ministre faisait des prérogatives que la Constitution lui donne pour défendre le programme de son gouvernement minoritaire devant le Parlement. Il faisait passer les projets de loi en recourant de manière systématique à l'article 49(3) de la Constitution<sup>27</sup>. Saisi de la conformité de ce passage en force tenu pour un usage « abusif » de ce texte, le Conseil constitutionnel a considéré que « l'exercice de la prérogative conférée au Premier ministre par le troisième alinéa de l'article 49 n'(était) soumis à aucune condition autre que celles résultant de ce texte »<sup>28</sup>. En 2008, la Constitution fut complétée pour limiter les « abus » et l'article 49(3) est désormais encadré. Mais la pratique a contourné l'esprit de la réforme. En 2020, placé devant la perspective de devoir recourir plusieurs fois à cette arme du parlementarisme rationalisé pour faire adopter ses réformes, le gouvernement a choisi de tout faire passer dans un seul texte<sup>29</sup>.

Il n'y a qu'un pays où le juge peut exercer un contrôle efficace sur les usages abusifs de la pratique. C'est l'Angleterre comme le prouve l'arrêt *Miller II* rendu en 2019 par la Cour suprême du Royaume-Uni. Toutefois, la tradition de *common law* est ici déterminante, car c'est elle qui autorise le juge à tenir compte de l'esprit de la Constitution. Pour censurer la prorogation de cinq semaines de la session parlementaire au-delà de la date officielle prévue de manière à ce que le Parlement puisse examiner une question restée en suspens, la Cour s'est fondée sur le principe de « *Parliamentary accountability* » selon lequel le Premier ministre et le cabinet sont collectivement responsables devant le Parlement qui participe de l'esprit du système qui est au cœur de la démocratie de Westminster.

25 « Les démocraties », *Pouvoirs*, n° 169 (2019, 2). Le terme « démocratie » a été forgé par Pierre Hassner, dès la chute du mur de Berlin, pour qualifier la transition de certains pays sortant du communisme qui avaient cessé d'être totalitaires sans être pour autant démocratiques v. l'article de N. BAVEREZ, « Les démocraties contre la démocratie », *ibid.*, p. 5 et s., 6.

26 Par deux arrêts rendus le 16 février 2022 dans l'affaire C-156/21 – *Hongrie/Parlement européen et Conseil de l'UE* et l'affaire C-157/21 – *République de Pologne/Parlement européen et Conseil de l'UE*.

27 L'article 49 (3) prévoyait seulement à l'époque : « Le Premier ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi ».

28 Décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 6.

29 E. ZOLLER et W. MASTOR, *Droit constitutionnel*, Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2021, § 177, p. 367-68.

En France, le juge constitutionnel ne peut pas tenir compte de l'esprit de la Constitution. Dans la décision *Maastricht II*, le Conseil constitutionnel n'a ni infirmé, ni confirmé le moyen selon lequel la révision de la Constitution qui avait été opérée pour appliquer le Traité de Maastricht en droit français n'était pas conforme à la Constitution parce qu'elle était insuffisante. L'opposition prétendait qu'elle était si largement rédigée qu'elle consacrait « la technique de l'artichaut » en donnant au gouvernement la possibilité d'effeuiller la souveraineté nationale, feuille après feuille. Le Conseil constitutionnel n'a pas pris position ; il a simplement dit que le grief était « inopérant »<sup>30</sup>.

Faut-il en conclure que les systèmes de *common law* sont mieux armés et qu'ils résistent mieux à la volonté majoritaire d'un gouvernement populiste ? On serait tenté de le penser, mais l'expérience enseigne que, même dans ces systèmes, la capacité de résistance du juge est limitée. En Angleterre, on sait que la souveraineté du Parlement est totale et que le juge ne prendra jamais le risque d'une confrontation directe avec lui. Toutefois il y a un domaine, et un seul, où le juge usera de toute son imagination pour écarter une loi populiste. C'est le cas lorsque le Parlement entreprend de réduire les compétences du juge par des *ouster clauses*, c'est-à-dire, par des clauses qui excluent ou réduisent le pouvoir de *judicial review*, soit, le pouvoir du juge de contrôler les actes du gouvernement dans l'application des lois. S'il y a bien, en effet, un domaine dans lequel le juge anglais a une idée très précise de ce que le gouvernement peut faire, c'est celui du contrôle des actes de l'Exécutif<sup>31</sup>, d'où l'intérêt de suivre attentivement ce que la Cour suprême du Royaume-Uni décidera de faire sur le projet de réforme des articles 3 et 4 du *Human Rights Act*.

Aux États-Unis, le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales et d'États semble donner au juge une capacité de résistance inégalée pour écarter les techniques insidieuses de la « boîte à outils » que les populistes ont inventée pour avancer leur agenda<sup>32</sup>. Mais, en pratique, tout dépend des juges. Certes, ceux-ci sont limités par les usages de *common law*, en particulier, par la règle du précédent. Toutefois, depuis l'entrée de juges conservateurs à la Cour suprême, la règle n'est plus considérée comme « un commandement inexorable »<sup>33</sup>. Aujourd'hui, c'est même plus vrai qu'il y a trente ans parce que les juges conservateurs sont devenus majoritaires et que tous les espoirs semblent permis aux populistes, y compris, un possible renversement de la jurisprudence *Roe v. Wade*.

Dans les pays de droit écrit, les pratiques établies ne peuvent faire obstacle aux changements imposés par le populisme qu'au bénéfice de la force de caractère des hommes chargés de les appliquer. En 2018, le Mouvement 5 étoiles et la Ligue du Nord, deux partis populistes, ont accédé au pouvoir en Italie. Aux termes de l'article 92 de la Constitution, le président de la République nomme le président du Conseil « et, sur la proposition de celui-ci, les ministres ». En principe, le président ne fait qu'entériner les propositions du président du Conseil. Mais, lorsque furent nommés les ministres du gouvernement Conte I (2018), Sergio Mattarella, le Président de la République, s'est opposé à la

30 Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, cons. 45.

31 A. DUFFY-MEUNIER et A. YOUNG, « Populisme et changements constitutionnels au Royaume-Uni », *supra*, p. 161-182.

32 A. Z. HUQ, « Populism as a Constitutional Force in the United States », *supra*, p. 211-224.

33 *Payne v. Tennessee*, 501 US 808, 828 (1991).

nomination au poste de ministre des Finances du professeur Savona, dont les écrits prônaient la sortie de l'Italie de la zone euro. Une partie de bras de fer s'est engagée entre le président Mattarella et les deux partis populistes. Pendant quelques jours, ceux-ci brandirent la menace d'une mise en accusation du chef de l'État. La crise fut résolue, le gouvernement Conte prit ses fonctions et Paolo Savona fut nommé au poste de ministre des Affaires européennes où sa capacité de nuisance était plus réduite<sup>34</sup>. Le président Mattarella s'est conduit en véritable « homme d'État ».

## Conclusion

De l'ensemble des rapports présentés se dégage le sentiment que la distinction entre changements formels et changements informels n'est pas fautive, mais qu'elle manque de précision, car elle tend à introduire une notion propre à l'Angleterre, celle de convention de la Constitution, qui n'a sa place ni sur le continent européen, ni même aux États-Unis, dans la mesure où la notion de « constitution non écrite »<sup>35</sup> qui avait été proposée dans les années 1970 n'a point prospéré. Peut-être, pour mieux cerner la capacité de résistance d'une constitution aux coups de boutoir des populismes, faudrait-il mieux distinguer les changements intervenus dans les textes de ceux qui modifient l'esprit dans lequel ils sont appliqués. C'est la distinction faite par Montesquieu au début de *l'Esprit des Lois*. Elle conduit à parler des « divers rapports que les lois peuvent avoir avec diverses choses »<sup>36</sup> comme l'histoire, la religion, les traditions, les usages, le degré de liberté que les peuples peuvent souffrir. Peut-être plus encore qu'une constitution écrite ou coutumière, ce sont en définitive ces « choses » qui font barrage au populisme.

---

34 N. PERLO et G. DELLEDONNE, « Populisme et changements constitutionnels en Italie. Il faut que tout change pour que rien ne change ? », *supra*, p. 135-160.

35 T. C. GREY, « Do We Have an Unwritten Constitution? », *Stanford Law Review*, Vol. 27 (1975), p. 703 et s..

36 MONTESQUIEU, « *De l'esprit des lois* », I, 3, *Œuvres complètes*, *op. cit.*, p. 238.



## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b> .....	7
<i>Aurélie DUFFY-MEUNIER, Nicoletta PERLO</i>	
<b>CE QUE LE POPULISME FAIT À L'UNION EUROPÉENNE</b> .....	11
<b>REMARQUES SUR L'INSTITUTIONNALISATION PARADOXALE DE LA CRITIQUE ANTI-UE DANS L'UE</b>	
<i>Philippe ALDRIN</i>	
<b>I. Un concept ductile, pivot d'un nouveau champ d'études</b> .....	13
A. Localiser scientifiquement le « populisme » .....	14
B. Historiciser, sociologiser, typifier les manifestations du phénomène ...	16
C. Des euroscepticisms aux néopopulisme : transmutations et continuités de l'anti-Europe .....	19
<b>II. L'UE aux prises avec « son » populisme chronique</b> .....	21
A. L'anti-Europe, un néopopulisme topique .....	22
B. Nouvelle offre politique et sens des votes anti-Europe.....	24
C. Une mise à l'épreuve <i>In ipso institutione</i> : les populistes dans le gouvernement de l'Europe.....	27
<b>CONSTITUTION ET POPULISME : APPROCHE THÉORIQUE</b> .....	33
<i>Xavier MAGNON</i>	
<b>I. Ce que le populisme fait à la Constitution ou au régime constitutionnel</b> .....	37
A. Une appréciation analytique générale.....	38
B. Une approche empirique partielle.....	40
<b>II. Ce que la Constitution peut faire contre le populisme</b> .....	42
A. Repenser la démocratie : les démocraties participative et délibérative.....	42
B. Réimaginer les techniques démocratiques.....	45

<b>L'INFLUENCE DU POPULISME SUR LES CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS EN HONGRIE</b> .....	49
<i>Pierre-Alain COLLOT, Fruzsina GÁRDOS-OROSZ</i>	
<b>I. Le populisme hongrois et la transformation de l'espace politique</b> ...	51
A. Populisme et espace national réuni	51
B. Populisme et espace politique fracturé	54
C. Populisme et espace politique centralisé	56
<b>II. Le populisme hongrois et la transformation de la justice constitutionnelle</b> .....	59
A. La transformation de la Cour constitutionnelle	59
B. La transformation de la légitimité de la Cour constitutionnelle	62
C. La transformation de l'activisme judiciaire	63
D. La transformation de l'adjudication constitutionnelle	66
E. La transformation de la dimension politique du contentieux constitutionnel	68
<b>VIOLATING THE RULE OF LAW IN THE NAME OF THE PEOPLE</b> .....	71
<b>POLAND AS EXHIBIT A IN THE EUROPEAN UNION</b>	
<i>Laurent PECH</i>	
<b>I. Broader context: Rising autocratisation within the EU</b> .....	71
<b>II. Poland's Rule of Law Crisis</b> .....	73
A. Populism and Independent Judiciaries	73
B. How to capture a country's judicial branch in a few steps without much reaction from the EU: The example of Poland	74
<i>Step 1</i> .....	76
<i>Step 2</i> .....	77
<i>Step 3</i> .....	78
<i>Step 4</i> .....	78
<i>Step 5</i> .....	79
<b>III. Seven Years of Rule of Law Backsliding Later: Poland as a Legal Black Hole</b> .....	81
A. The culmination of Poland's backsliding process: The "unconstitutionalisation" of the right to an independent and impartial tribunal established by law	81
B. A bird's eye view of Poland's rule of law breakdown	84
<b>IV. "We had to destroy the rule of law in order to save it"</b> .....	88

<b>L'INFLUENCE DU POPULISME SUR LES CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS EN RUSSIE</b> .....	89
<i>Marie-Élisabeth BAUDOINV, Nataşa DANELCIUC-COLODROVSCHI</i>	
<b>I. La construction du populisme postsoviétique en marge du cadre constitutionnel formel</b> .....	93
A. Le développement d'un populisme d'« en haut » au service de la stratégie politique poutinienne .....	93
B. La légitimation juridique du projet politique populiste par la Cour constitutionnelle fédérale .....	99
<b>II. La confirmation d'un populisme autoritaire par la révision constitutionnelle de 2020</b> .....	103
A. L'association populiste du peuple à la procédure de révision constitutionnelle .....	104
B. La consécration constitutionnelle d'un projet politique populiste .....	107
<b>LES LIMITES DE LA DÉMOCRATIE DÉFENSIVE ALLEMANDE FACE AU POPULISME DE L'AFD</b> .....	113
<i>Aurore GAILLET, Mattias WENDEL</i>	
<b>I. Le droit constitutionnel allemand et le populisme: mises en contexte</b> ..	115
A. L'héritage historique: un ordre constitutionnel libéral et démocratique « armé » .....	116
1. <i>Brefs rappels historiques</i> .....	116
2. <i>La Loi fondamentale de 1949, un contre-projet</i> .....	118
B. Les risques du présent: un ordre constitutionnel libéral et démocratique intrinsèquement fragile? .....	119
1. <i>Les limites des armes de la démocratie défensive</i> .....	119
2. <i>Les limites du droit pour appréhender l'usage abusif des libertés politiques</i> .....	121
<b>II. La mobilisation du droit constitutionnel allemand par le populisme d'opposition: mises en pratique</b> .....	123
A. Le populisme d'opposition de l'AfD dans le parlementarisme allemand.....	123
1. <i>Deux orientations</i> .....	124
a. <i>L'approche parlementaire</i> .....	124
b. <i>L'approche de « mouvement »</i> .....	125

2.	<i>Les conflits constitutionnels dans la pratique parlementaire</i> .....	126
a.	<i>La (non-)élection aux postes de (vice-)président du Parlement et des commissions parlementaires</i> .....	126
i.	<i>La vice-présidence du Parlement</i> .....	126
ii.	<i>La présidence des commissions parlementaires</i> .....	127
c.	<i>La participation au pouvoir</i> .....	128
i.	<i>(In)Capacité de décision</i> .....	128
ii.	<i>Coalition gouvernementale – affaire Kemmerich</i> .....	129
<b>B.</b>	<b>Conflits judiciaires avec des acteurs autres que les parlements</b> ...	130
1.	<i>Neutralité de l'État et égalité des chances des partis politiques</i> ....	130
a.	<i>Quelques litiges caractéristiques</i> .....	130
b.	<i>Appréciation juridique</i> .....	131
2.	<i>Observation de l'AfD par l'Office de protection de la Constitution</i> ...	132
	<b>Conclusion</b> .....	133
	<b>POPULISME ET CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS EN ITALIE</b> .....	135
	<b>IL FAUT QUE TOUT CHANGE POUR QUE RIEN NE CHANGE ?</b>	
	<i>Giacomo DELLEDONNE, Nicoletta PERLO</i>	
	<b>Propos introductif. Populisme et constitutionnalisme en Italie</b> ..	135
<b>I.</b>	<b>Les changements formels</b> .....	141
A.	<i>Une nouvelle approche réformatrice?</i> .....	142
B.	<i>La réduction du nombre des parlementaires : un passage clé de la 18<sup>e</sup> législature</i> .....	143
C.	<i>Contestation de la prohibition du mandat impératif et nouvel essor de la démocratie directe</i> .....	144
<b>II.</b>	<b>Les changements informels</b> .....	146
A.	<i>L'amplification d'une tendance déjà installée : l'affaiblissement du Parlement</i> .....	148
1.	<i>La transparence à tout prix</i> .....	149
2.	<i>L'instrumentalisation des mécanismes de contrôle parlementaire du gouvernement</i> .....	150
B.	<i>Le détournement d'une pratique installée : la nomination d'un « expert » au poste de ministre de l'Économie</i> .....	152
C.	<i>L'introduction d'un précédent : le contrat pour le gouvernement du changement</i> .....	153

<b>III. Les résistances institutionnelles aux dérives populistes</b> .....	155
A. Les formes de résistances ordinaires .....	155
B. Les formes de résistance extraordinaires ou présentant des éléments d'innovation .....	157
1. <i>Le pouvoir de nomination des ministres</i> .....	158
2. <i>L'activisme sur le plan international</i> .....	160
<b>POPULISME ET CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS AU ROYAUME-UNI</b> .....	161
<i>Aurélie DUFFY-MEUNIER, Alison YOUNG</i>	
<b>I. Les changements constitutionnels liés au populisme</b> .....	164
A. Les changements constitutionnels formels .....	165
1. <i>Un manque de distinction claire entre lois constitutionnelles             et lois ordinaires favorisant les gouvernements populistes</i> .....	166
2. <i>La prééminence du pouvoir exécutif</i> .....	168
B. Les changements constitutionnels informels .....	169
1. <i>L'importance du bon comportement et de l'autolimitation             politique</i> .....	170
2. <i>Le style « présidentiel » du Premier ministre Johnson</i> .....	171
<b>II. Les limites aux changements constitutionnels liés au populisme</b> .....	173
A. Le poids de la monarchie parlementaire, un frein à l'accès des populistes au pouvoir .....	174
1. <i>Le filtre des partis traditionnels</i> .....	174
2. <i>Le poids du régime représentatif et du scrutin majoritaire</i> .....	176
3. <i>La magistrature d'influence du monarque</i> .....	176
B. La permanence de la Constitution coutumière, un facteur favorisant les changements populistes .....	177
1. <i>La facilité à réaliser des réformes constitutionnelles par des lois             ordinaires</i> .....	177
2. <i>La fragile protection des contre-pouvoirs par une constitution             coutumière</i> .....	179

<b>L'INFLUENCE DU POPULISME SUR LES CHANGEMENTS CONSTITUTIONNELS.....</b>	<b>183</b>
<b>APPROCHE DE DROIT COMPARÉ : LE CAS ARGENTIN</b>	
<i>Carolina CERDA-GUZMAN, Fernando ARLETTAZ</i>	
<b>Introduction .....</b>	<b>183</b>
<b>I. Le populisme en Argentine: discussions empiriques et conceptuelles..</b>	<b>186</b>
A. Le péronisme, ligne de partage historique et théorique.....	186
B. Un populisme néolibéral? .....	188
C. Le populisme du XXI <sup>e</sup> siècle.....	190
<b>II. Les outils juridiques de la politique populiste .....</b>	<b>193</b>
A. Qu'est-ce que le populisme constitutionnel?.....	193
B. La Constitution péroniste de 1949, type idéal de la Constitution populiste.....	195
C. La réforme constitutionnelle de 1994.....	198
D. Changements institutionnels sans changement de la Constitution: le populisme sous les présidences des Kirchner et de Fernández..	202
<b>Conclusions .....</b>	<b>204</b>
<b>POPULISM AS A CONSTITUTIONAL FORCE IN THE UNITED STATES.....</b>	<b>207</b>
<i>Aziz Z. Huq</i>	
<b>Introduction .....</b>	<b>207</b>
<b>I. January 6, 2021 as a Populist Moment? .....</b>	<b>208</b>
<b>II. Theorizing American Populism After Trump .....</b>	<b>215</b>
<b>Conclusion: The Future of American Populism .....</b>	<b>219</b>
<b>PROPOS CONCLUSIFS.....</b>	<b>221</b>
<i>Elisabeth ZOLLER</i>	
<b>I. Les changements formels.....</b>	<b>225</b>
<b>II. Les changements informels.....</b>	<b>227</b>
<b>Conclusion .....</b>	<b>229</b>

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

[dice-editions@univ-amu.fr](mailto:dice-editions@univ-amu.fr)

Composition et mise en page :

Cédric Hamel, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Conception de la couverture :

Donia Landoulsi, UMR DICE, Aix-Marseille Université

Illustration de la couverture :

Cédric Hamel (photos de Tristan Bowersox)

1<sup>er</sup> trimestre 2024

# L'influence du populisme sur les changements constitutionnels

## Approche de droit comparé

Le populisme se développe dans des pays qui relèvent de tous les continents. Malgré son caractère multiforme rendant difficile son appréhension, le populisme se caractérise par certaines constantes qui ont été analysées du point de vue de la science politique, mais très peu sous un angle juridique, pluridisciplinaire et de droit comparé.

Du Mouvement 5 étoiles en passant par le péronisme et le castrisme, les mouvements populistes séparent la société en deux groupes antagonistes: d'un côté une élite corrompue, de l'autre le peuple pur, doté d'une légitimité supérieure. Par conséquent, le phénomène populiste refuse toute institution représentative et de garantie de l'État de droit – le Parlement, les Cours constitutionnelles, la magistrature – pouvant concurrencer un leader, seul représentant légitime du peuple. Le populisme remet ainsi en cause le constitutionnalisme et ses valeurs en produisant tant des changements constitutionnels formels qu'informels.

Dans cet ouvrage, des chercheurs nationaux et étrangers ont croisé leurs regards sur les transformations des institutions démocratiques représentatives, sur les révisions constitutionnelles ou les conventions constitutionnelles suscitées par les populismes ainsi que sur les réactions des institutions à de telles transformations. Cet ouvrage entend ainsi apporter un éclairage renouvelé sur la question de la confrontation du populisme et des différentes formes de constitutionnalisme dans des pays européens, du continent américain et en Russie.



Aurélie Duffy-Meunier est professeur de droit public à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille Université. Ses principaux thèmes de recherche portent sur le droit public comparé et s'intéressent, plus particulièrement, au constitutionnalisme, à la démocratie, à l'État de droit et à la protection des droits et libertés.



Nicoletta Perlo est maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Toulouse I Capitole, rattachée à l'Institut de droit européen international et comparé. Ses thèmes de recherche portent sur la démocratie et sa crise, les rapports entre le populisme et le constitutionnalisme et la protection des droits fondamentaux en Europe.



est une collection d'ouvrages numériques du laboratoire Droits International, Comparé, Européen (UMR DICE 7318, CNRS, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau et des pays de l'Adour).