

Université de Montpellier
Master II Droit public — Parcours Européen
2020-2021

LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME FACE AU POPULISME

Mémoire de Master 2
Sous la direction de M. Mustapha AFROUKH

Philomène CALVEZ

REMERCIEMENTS :

En premier lieu, je tiens à remercier M.Mustapha Afroukh pour sa grande disponibilité et son encadrement attentif et bienveillant. Un merci particulier également, non seulement au directeur de recherche, mais aussi à l'enseignant qui m'a donné goût en troisième année à cette matière que j'étudie à présent.

Merci également aux doctorants et à Noël en particulier, pour les bons moments passés à l'IDEDH, leur écoute, et leurs conseils.

Un clin d'œil et un merci à Adrien T. pour sa relecture estivale et cévenole.

Également, un très grand merci, évidemment, à mes parents qui m'ont toujours soutenue et se sont intéressés à mon travail.

Finalement, merci à Adrien, avec qui le support est mutuel et sans faille et sans qui ce travail n'aurait peut-être pas abouti. Un merci pour toujours m'avoir accompagnée et portée de Cracovie à Montréal et pour tous les autres projets.

En dernier lieu, une pensée toute particulière à ma marraine.

LISTE DES ABRÉVIATIONS :

Cour E.D.H. : Cour européenne des droits de l'Homme

Convention E.D.H. : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

C.J.U.E. : Cour de justice de l'Union européenne :

Concl. Av. Gén. : Conclusions de l'avocat général

E.C.R.I : Secrétariat de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance

G.C. : Grande Chambre

G.R.E.C.O : Groupe d'États contre la corruption

M.A.E. : Mandat d'arrêt européen

T.U.E. : Traité sur l'Union européenne

U.E. : Union européenne

SOMMAIRE :

REMERCIEMENTS :	I
LISTE DES ABRÉVIATIONS :	II
INTRODUCTION :.....	1
PARTIE I : LA PERMEABILITE DU SYSTEME DE LA CONVENTION A L'OFFENSIVE POPULISTE	11
TITRE I : LA DELICATE CONCEPTUALISATION DU POPULISME ET LE RISQUE DE STIGMATISATION	11
Chapitre 1 : La logique protestataire ou la réponse au mal populaire et à la défiance mutuelle.....	12
Section 1 : De l'échec de la « transitologie » à la crise de la solidarité en Europe, aboutissement d'un refus du système	12
Section 2 : Le désenchantement démocratique et social, aboutissement de la légitimité populiste	25
Chapitre 2 : La logique identitaire ou le ravivement du pendant nationaliste.....	38
Section 1 : La sournoise sacralisation du peuple	38
Section 2 : L'instrumentalisation démagogique de l'expectative populaire ou l'opportunisme du discours populiste	45
CONCLUSION DE TITRE :	52
TITRE II : L'ANTINOMIE EVIDENTE DU POPULISME AVEC L'EDIFICATION D'UN ORDRE PUBLIC EUROPEEN	53
Chapitre 1 : Le démantèlement délétère des valeurs européennes et de l'autorité de la Cour	53
Section 1 : La subversion menaçante du système et des valeurs de la Convention.....	53
Section 2 : La contestation frontale de la Cour et de ses arrêts	61
Chapitre 2 : Le corollaire du démantèlement démocratique, le renversement des droits de l'homme.....	72
Section 1 : La corrosion du pluralisme	72
Section 2 : La corrosion des garanties contre l'arbitraire	81
CONCLUSION DE TITRE :	89
CONCLUSION DE PARTIE :	90

PARTIE II : L'IMPUISSANTE RESILIENCE DU SYSTEME DE LA CONVENTION A L'OFFENSIVE POPULISTE..... 91

TITRE I : ÊTRE EXEMPLAIRE : L'EVOLUTION MATERIELLE DES METHODES TRADITIONNELLES DE PROMOTION DE L'ÉTAT DE DROIT 91

Chapitre 1 : La consolidation et la circulation d'un modèle de l'État de droit..... 91

Section 1 : La réponse originelle, la promotion d'un modèle unique de « société démocratique » 91

Section 2 : Les ajustements institutionnels inefficaces pour la promotion d'un modèle unique de démocratie..... 102

Chapitre 2 : L'aiguïssement incessant des caractéristiques de l'État de droit parallèlement aux offensives populistes..... 110

Section 1 : La réponse à l'offensive anti-pluraliste 111

Section 2 : La réponse à l'offensive liberticide et arbitraire..... 119

CONCLUSION DE TITRE 130

TITRE II : RESTER EXEMPLAIRE : LA NECESSITE DE RIPOSTES PLUS ACEREES POUR LA PRESERVATION DE LA DEMOCRATIE..... 131

Chapitre 1 : Les défis auxquels faire face impérativement 131

Section 1 : Les apories des condamnations par la CourE.D.H. 131

Section 2 : Une socialisation partielle et encore trop anecdotique, source de clivages..... 140

Chapitre 2 : Le défi populiste ou l'opportunité d'un fort activisme judiciaire 148

Section 1 : Les possibilités offertes par l'article 17..... 148

Section 2 : La nécessité de parfaire l'acceptabilité ou d'assumer l'inacceptabilité 155

CONCLUSION DE TITRE : 164

CONCLUSION DE PARTIE : 165

CONCLUSION : 166

SOMMAIRE I

BIBLIOGRAPHIE : V

INDEX JURISPRUDENTIEL : XV

Après la destruction de l'Empire, l'Europe centrale a perdu ses remparts. (...) Et après avoir été arrachée à l'Europe en 1945, existe-t-elle encore ? (...) Si vivre veut dire exister dans les yeux de ceux qu'on aime, l'Europe centrale n'existe plus. Plus précisément : dans les yeux de son Europe aimée, elle n'est qu'une partie de l'Empire soviétique et rien de plus. (...) Sa vraie tragédie n'est donc pas la Russie, mais l'Europe (...) les temps ont changé et en Europe l'Europe n'est plus ressentie comme une valeur.

Milan Kundera, *Un Occident kidnappé ou la tragédie de l'Europe centrale*, 1983

Voilà pour toi, pauvre malheureux. Des ennemis tout autour de nous. (...) Aujourd'hui je suis heureux de vous faire savoir que nous sommes vivants, et que la Hongrie n'a pas cessé d'exister. L'histoire nous a rendu la perspective de nous défendre (...) contre les dangers provenant de l'est et de l'ouest. Nous avons appris aussi que l'Europe n'est pas Bruxelles. L'Europe c'est nous (...).

Viktor Orban, *Discours sur l'état de la Nation*, 2020

N'oubliez pas qu'il y a encore des juges à Strasbourg pour protéger les victimes de l'injustice.

Paulo Pinto de Albuquerque, 2013¹

¹ P.PINTO DE ALBUQUERQUE, « Réflexions sur le renforcement de l'obligation d'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », dans S.TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme, Une confiance renforcée pour une autorité renforcée*, Éditions A. Pedone, Paris, 2013

INTRODUCTION :

1. « En 1956, en septembre, le directeur de l'agence de presse de Hongrie, quelques minutes avant que son bureau fût écrasé par l'artillerie, envoya par télex dans le monde entier un message désespéré. La dépêche finit par ces mots : « Nous mourrons pour la Hongrie et pour l'Europe »². Malheureusement, aujourd'hui, cet extrait d'un article de M.Kundera datant de 1983 apparaît d'une discordance frappante par rapport à l'actualité des dernières années en Europe. En effet, « la rumeur court le monde : elle dit que la « vague populiste » emporte tout³ ».

L'idée de « mourir pour l'Europe » - bien qu'elle soit évidemment excessive - trouve son essence dans une certaine conviction qui transparaît derrière ces mots forts ; celle de l'espérance et du credo du « dogme » européen et de ses valeurs. Or, la puissante conviction qui a fait des européens une famille certes compliquée et déchirée dans un premier temps mais unie par la suite s'est largement éteinte. Et la famille européenne est aujourd'hui polarisée, désunie, emportée par la « vague populiste ».

Cette « extinction » se révèle lorsque l'on voit que l'Europe est en crise de manière générale⁴. Mais surtout, elle se révèle lorsqu'on comprend que l'Europe est en proie à une crise de l'État de droit et à un « délitement démocratique⁵ ». La Cour européenne des droits de l'Homme, symbole de l'Europe vertueuse et démocratique s'en trouve alors directement impactée. En effet, l'Europe doit faire face depuis quelques années à la résurgence de mouvements contestataires, de droite comme de gauche, ayant notamment comme point commun d'être hostiles à l'Europe et de nourrir des revendications identitaires. Les partis de droite - étant ceux considérés comme les plus menaçants - sont également empreints d'un conservatisme inquiétant.

Après leur accès au pouvoir par les urnes, certains de ces mouvements auraient donc mené à une « crise de l'État de droit » en Europe en procédant à diverses réformes détruisant les

² M.KUNDERA, « Un Occident kidnappé ou la tragédie de l'Europe centrale », dans *Le Débat*, 1983/5, n°27, 1983, p. 3

³ P.A. TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l'âge des démagogues », dans *DOGMA Revue de philosophie et de sciences sociales*, 2019, p.1

⁴ L-A. SICILIANOS, « La Cour européenne des droits de l'homme face à l'Europe en crise », *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 2015. Faisant référence à la crise économique, à la crise migratoire, au terrorisme et aux conflits armés qui traversent l'Europe.

⁵ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », dans E. Dubout, S. Touzé (dir.), *Refonder les droits de l'homme — des critiques aux pratiques*, Coll. Publications du Centre de Recherche sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire, Éditions A. Pedone, Paris, 2019

attributs principaux d'une démocratie et d'un État de droit. La scène médiatique, politique et juridique a choisi de les qualifier de mouvements populistes, et c'est à ce « populisme » que la Cour E.D.H. est confrontée.

a) *L'introduction particulière du populisme dans le champ de la Cour E.D.H.*

2. La Convention E.D.H., dont la pierre angulaire se trouve être la Cour E.D.H., présente plusieurs spécificités, qui font d'elle un mécanisme de protection des droits de l'Homme original. Elle est un « *instrument novateur, non seulement en ce qu'elle protège un ensemble de droits, mais aussi parce qu'elle adopte une approche anthropocentrique en reconnaissant le droit de recours individuel* ⁶ ». En effet, elle présente un caractère objectif ce qui l'oppose donc à la notion classique en droit international de réciprocité et qui empêche les États d'invoquer ce principe pour neutraliser la garantie collective conventionnelle. Par ailleurs, au nom de cette garantie collective, la Convention a mis en place deux recours, un recours interétatique classique et un recours individuel, ce dernier met en évidence le caractère unique de la Convention. En effet, bien que d'autres systèmes régionaux ou universels de protection des droits de l'homme reconnaissent le droit de recours individuel, « *aucun n'a jamais donné une impulsion aussi extraordinaire en faveur d'une protection effective des droits de l'homme* ⁷ ». Cependant, cette impulsion est freinée par l'accès au pouvoir de dirigeants populistes qui sont hostiles à toute forme de contrôle judiciaire, et donc hostiles à la Convention à la Cour.

Il peut paraître étrange d'associer une juridiction supranationale qu'est la Cour E.D.H. à un concept purement politique et national qu'est le populisme. En effet, le terme « populisme » n'appartient pas au langage du droit, ce qui ne l'empêche pas de transpercer cette perméabilité normalement apparente en s'insinuant dans le champ juridique. En ce qui nous intéresse plus particulièrement : dans le champ juridique de la Cour E.D.H. fondatrice de l'ordre public européen, lui-même catalyseur de la diffusion d'un État de droit substantiel au sein des États membres du Conseil de l'Europe.

On pourrait s'essayer à une simplification de la situation en Europe. Ce que certains font, en affirmant que, finalement, la Cour E.D.H. se trouverait « simplement » confrontée à la résurgence de régimes autoritaires, qui impliquent par définition une attaque et une destruction des droits de l'Homme. Mais ce serait là prendre un raccourci très réducteur de la réalité

⁶ L-A.SICILIANOS, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *RevTrimDrH*, 2020, n° 124, p. 818

⁷ *Ibid.* p.819

historique, politique, sociologique et juridique de ces régimes qualifiés de populistes. Et du populisme en lui-même, car bien que l'aboutissement du populisme semble être l'autoritarisme, le populisme ne se réduit pas à cette finalité, notamment car ses manifestations sont diverses, il n'est pas applicable à un régime ou une formation politique en particulier et enfin, car ses causes sont plurielles et il est primordial de les prendre en compte.

Cela reviendrait également à bâcler le bilan des défis qui se posent à la Cour E.D.H.. Elle n'est pas uniquement confrontée dans le cadre de son contentieux à des violations perpétrées par des régimes autoritaires. D'autant plus que le système de la Convention et la Cour ne sont pas vraiment « impactés » par les régimes autoritaires puisque les problématiques soulevées restent la plupart du temps limitées au périmètre du contentieux⁸. De plus, la Cour a justement vocation à protéger les droits de l'Homme de telles dérives, aussi on ne peut affirmer que des régimes autoritaristes « s'immiscent » dans le système de la Convention aujourd'hui. En effet, au sortir de la guerre, c'était là la volonté des rédacteurs de la Convention : combattre le totalitarisme et l'autoritarisme en protégeant les droits de l'Homme et en encadrant leurs limitations.

Ainsi, elle est surtout confrontée à la perméabilité de l'entièreté de son système face à la tangente populiste qui s'emploie à détruire l'État de droit et sa « société démocratique ». Mais pas uniquement. C'est sur ce dernier point qu'il convient d'insister pour appréhender l'introduction du populisme dans le champ juridique de la Cour et comprendre la perméabilité de la Cour à ce dernier.

En effet, elle est aussi confrontée politiquement à l'extérieur à un ensemble de discours particulièrement virulents et vindicatifs à son égard. Elle est confrontée en son sein à des dissidences, « pommes pourries » de la composition de la Cour et presque devenues des appuis des régimes populistes. Elle est confrontée à un désenchantement social, révélateur d'une de ses plus grandes imperfections ; l'absence d'une véritable intégration des droits sociaux. Lacune dont les dirigeants populistes se servent. Ces faits sont d'ailleurs symptomatiques de certains attributs du populisme qui s'apparente surtout à un style politique, une manœuvre politique pour faire accepter l'arbitraire en pointant du doigt la Cour et en instrumentalisant les revendications populaires et ses lacunes ; plutôt qu'à un véritable régime politique.

⁸ On pensera notamment au contentieux avec la Turquie dont les conséquences jusqu'à récemment restaient confinées dans l'enceinte de la Cour. On peut de plus remarquer que la Cour E.D.H. n'a jamais eu à faire à une dénonciation de la Convention contrairement à d'autres systèmes régionaux tels que la Cour africaine qui a vu en 2020 trois états retirer leurs déclarations d'acceptation de la compétence de la Cour concernant les requêtes individuelles (Bénin, Tanzanie et Côte d'Ivoire).

Le populisme est vindicte. Ni rien ni personne ne finit par y échapper, la Cour européenne, est une cour supranationale et européenne, de plus, elle prône des valeurs universalistes - et donc antithétiques avec les valeurs des dirigeants populistes – la voilà donc lourdement handicapée face à ces dirigeants anti-pluralistes et xénophobes.

Elle s'est donc retrouvée confrontée à une remise en cause de son système au sein de ces États. Certaines revendications étaient cependant justifiées, la désillusion de la protection des droits sociaux notamment a pu amorcer la critique à son encontre⁹ mais aussi les différents obstacles à une exécution en bonne et due forme de ses arrêts¹⁰. Cependant, cette malheureuse brèche au sein du droit de la Convention a alimenté le discours populiste selon lequel elle représenterait soi-disant cette élite supranationale, désintéressée du Peuple, œuvrant pour les « Autres », érodant la souveraineté et l'identité nationale. En bref, la déplorable vision manichéenne adoptée par ces *leaders* conduit à placer une défenseuse des droits de l'Homme, *a fortiori* du peuple, en ennemie de ce dernier.

b) La réalité populiste

3. Il s'agit également de mettre l'accent sur l'un des impératifs de ce travail : immédiatement nuancer l'emploi du terme « populisme ». « *Concept fourre-tout* ¹¹ », « *mot valise* ¹² », dont la réalité (si elle existe) échappe et dont l'acception devenue collective sert surtout à coller une étiquette : celle de la menace démocratique. En effet, le nombre de mots (péjoratifs) servant à décrire le populisme, ce grand mal de l'histoire, permettrait de noircir toutes les pages de ce travail. Le mot populisme finit par trop facilement devenir « *un autre nom du mal politique* ¹³ », un ennemi de la démocratie.

Aussi, la question se pose de savoir si le concept du « populisme » existe vraiment. Des concepts existent et ont tous tendance à tenter de qualifier des mouvements qui ne rentrent pas ou peu dans le moule de la démocratie constitutionnelle libérale. En réalité, si l'on tentait d'élaborer une définition juste du populisme, qui ne tend pas à aveuglément le diaboliser et en faire le « mal démocratique » – sinon cela reviendrait à se jeter la balle bêtement entre les

⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.218 et s.

¹⁰ P. LEUPRECHT, « La Convention européenne des droits de l'homme face à la contestation de ses valeurs fondamentales », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020

¹¹ H. DELEERSNIJDER, « La dérive populiste en Europe centrale et orientale », dans *Hermès n° 42 – Peuple, populaire et populisme*, p.182

¹² A. DEZE, « Le populisme en Europe : un éternel retour ? », dans *Dossier « La crise de l'état de droit à l'aune des exemples polonais et hongrois » RDLF 2020 chron. n°5*

¹³ P-A. TAGUIEFF, *L'illusion populiste*, 2002, Berg International, Paris, p.25

démocraties libérales et les régimes populistes et à endosser le costume de l'orateur manichéen - il s'agirait de retenir deux éléments principaux : le protestataire et l'identitaire teinté de nationalisme. Ces deux dimensions propres au populisme ont commencé par être différenciées, un régime ou un dirigeant pouvant faire partie soit du « populisme protestataire », soit du « populisme identitaire », cependant aujourd'hui les deux dimensions ont tendance à se mêler. De plus, il est indéniable que les mouvements contestataires de droite xénophobes et leurs *leaders* charismatiques, après avoir accédé au pouvoir notamment en Hongrie et en Pologne, sont bel et bien devenus des partisans de l'arbitraire, du racisme, en proie à une démesure « illibérale » et « anti-pluraliste ». Ces mouvements, gagnent de plus en plus de terrain sur la scène politique européenne, on pensera à la République Tchèque, la Bulgarie ou encore la Slovaquie. La Roumanie également dans une autre mesure et la Bosnie-Herzégovine qui semble en passe de basculer. D'autres pas encore mais sont bien présents (Autriche, Suisse, France, etc.). Au sein du Conseil de l'Europe, la Turquie s'est d'ailleurs depuis longtemps ralliée à ce tournant autoritaire, tout comme la Russie.

Par ailleurs, ceux qui ont accédé au pouvoir voient leurs mandats renouvelés, ce qui renforce l'idée de « l'institutionnalisation » d'un euroscepticisme, de la force de la remise en cause des valeurs européennes, et surtout de l'apparente polarisation des valeurs au sein du Conseil de l'Europe (pas qu'en son sein mais cette étude s'intéresse principalement au système de la Convention).

Ainsi, les dirigeants faisant partie de ce schéma dit populiste, semblent alimenter leur discours d'une aversion pour toute politique différente. Leurs discours finissent par devenir des contestations aveugles et irrationnelles, ils se placent en soi-disant combattants d'un « Peuple » unique et indéfini contre « l'Élite » (l'« Autre » en réalité), en quête d'une souveraineté et d'une identité ou « auto-détermination » démesurée. Ce discours finit par exclure et blâmer quiconque s'oppose de près ou de loin à de telles idées, ce qui leur vaut d'être considérés, fort justement, comme anti-pluralistes. Ce dernier point démontre que ces idéologies se situent aux antipodes des valeurs prônées par la Cour et la Convention européenne des droits de l'homme qui se retrouvent donc face à des défis de taille.

De la même façon, cela conduit ces dirigeants à éroder en pratique tout symbole de ce qui leur est extérieur, qui ne consacre pas le Peuple et qui prône une ouverture au monde, cela conduit à un rejet aveugle de la démocratie, de l'État de droit et donc, de la Cour.

c) *La démarche à mettre en œuvre pour saisir l'interaction entre le populisme et le système de la Convention*

4. Avant de réduire le populisme à un concept péjoratif, rongant la démocratie et l'État de droit, avant de faire de lui la cause de tous les maux européens aujourd'hui, et avant de l'ostraciser au rang d'une cause devant fondamentalement être réformée ; peut-être faut-il aussi comprendre que derrière ce concept fourre-tout qui finit surtout par « nous » définir en opposition au « mal politique » et à l'autoritarisme de la même façon que les leaders charismatiques que nous diabolisons opposent le « Peuple », leur peuple, au reste du monde ; « Elite » écrasante. Peut-être faut-il rappeler que derrière ces dirigeants autoritaires qui font d'eux ce qu'ils sont aujourd'hui, il y a des hommes, un peuple, et des revendications parfois justifiées. La Cour doit en tenir compte.

Il s'agit donc davantage d'en revenir au « moment constituant » de ces mouvements qualifiés de populistes en Europe, car ce sont bien les malaises de populations souvent précarisées, leur « désenchantement », et les diverses crises identitaires au cours de « l'aventure européenne » qui ont mené au pouvoir ces dirigeants d'extrême droite, aux revendications variées¹⁴. Parmi ces moments constituants, on compte la fin de l'élargissement de l'Union européenne en 2004¹⁵. Avant cela, la transition démocratique des pays de l'Est qui a été d'une certaine façon imposée en 1989 est à prendre en compte, et il est d'ailleurs souvent fait référence à cette période en mentionnant « l'échec de la transitologie ». Les différents bouleversements inhérents à cette période dans les pays d'Europe centrale et de l'est et le manque de stabilité en découlant, auraient permis à certains (notamment à d'anciennes élites anciennement communistes) d'inventer ou réinventer des idéologies nouvelles, alors même que les traditions libérales n'étaient pas encore ancrées dans ces pays¹⁶.

Toujours est-il que ces dirigeants s'attaquent de plein front à l'État de droit et aux droits de l'homme, car ils ont cédé à l'*hybris*. C'est bien ce à quoi la CEDH a à faire ; des mouvements contestataires de droite devenus radicaux ayant accédé à l'appel du pouvoir et remettant en cause les traditions constitutionnelles libérales occidentales en tant que représentations d'une

¹⁴ Ces revendications variées sont bien détaillées en 2014 par : G. IVALDI « Euroscepticisme, populisme, droites radicales : état des forces et enjeux européens », *L'Europe en Formation*, vol. 373, no. 3, 2014, pp. 7-28 et plus récemment par différents auteurs dans le dossier du RECEO consacré au sujet : F. ZALEWSKI (dir), « Révolutions conservatrices en Europe centrale et orientale », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, n°47, 2016/4, 2016

¹⁵ La « sécurisation » de la position des pays d'Europe centrale et de l'est en découlant aurait levé la pression de la « conditionnalité » et aurait autorisé « des leaders politiques faiblement socialisés à l'Europe à revenir à leurs préférences idéologiques et stratégiques anti-européennes » : F. ZALEWSKI, « Révolutions conservatrices en Europe centrale et orientale », *art.cit.*, p.5

¹⁶ Compte rendu : J.J. LINZ, A. STEPAN, « Problems of démocratie transition and consolidation », dans *Revue française de science politique*, 47^{ème} année, n°2, 1997

réalité déplaisante à leurs yeux, mais pas forcément aux yeux du peuple. Ce, en usant du « style populiste ». Ils n'ont comme armes que la démagogie et l'arbitraire.

Leurs populations sont en colère, elles veulent plus, mais elles ne veulent pas moins. Or les dirigeants non seulement ne leur donnent rien, mais érodent leurs droits et l'intégrité de leur pays. Ils contestent pour contester, au nom du « Peuple » mais pas pour le peuple. Ils mettent fin au pluralisme, et grignotent si ce n'est qu'ils engloutissent bon nombre de droits fondamentaux (liberté d'expression, de conscience, droit à la non-discrimination ou droit à un procès équitable pour ne citer qu'eux¹⁷) que la CourE.D.H. s'efforce de protéger.

En effet, l'antagonisme qui oppose ces États à la CourE.D.H. est principalement d'ordre politique, ainsi, ils ne supportent pas que la Cour s'ingère dans leurs réformes délétères du système judiciaire ou parlementaire, ainsi que dans leurs réformes chauvines et discriminatoires. Ils sont aussi par nature en opposition et en rupture avec la jurisprudence de la Cour en matière migratoire. Aussi, l'Europe qui devait les « guider », les « démocratiser » est finalement apparue antinomique avec leur souhait de souveraineté exacerbée après avoir été sans cesse absorbée pendant leurs histoires. Ce qui explique les critiques virulentes qu'ils réservent à la Cour et la volonté de saborder son système.

Finalement, « l'ingérence européenne » a créé le ciment du « protestataire » qui reste relativement rationnel, mais petit à petit, à force de protestataire mal placé on finit par voir ce dernier s'effacer face à « l'irrationnel identitaire ».

Aussi, il ne va pas s'agir de poser directement les régimes populistes, en ennemis de la démocratie et de l'État de droit, mais plutôt de comprendre la cause de leur résurgence afin d'appréhender correctement la situation actuelle à laquelle fait face la Cour. C'est-à-dire s'intéresser à l'histoire de ces pays qui tient une place fondamentale ici, pour entendre le mal populaire des populations actuelles qui élisent des dirigeants populistes qui eux enterrent les droits de l'homme et les valeurs propres au Conseil de l'Europe. Également, il s'agira d'aborder la construction d'une démocratie « à l'européenne », constitutionnelle et libérale ainsi que mettre en lumière le flou sémantique qui sévit derrière la notion d'État de droit. Il s'agira également d'aborder la construction jurisprudentielle du juge européen sur le sujet afin de

¹⁷ Bien des droits sont attaqués, le rapports produit par J.SARGENTINI en atteste : Rapport relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7§1 du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, Judith Sargentini (Rapporteuse), 4 juillet 2018, A8-0250/2018. Ainsi que le Rapport établi par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe T. JAGLAND, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit — Populisme — Le système des contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe*, 2017

mesurer le démantèlement de l'État de droit par les régimes populistes et les raisons pour lesquelles il est attaqué.

d) La tentative de définition du populisme

5. À notre sens, le populisme n'est ni une étiquette, ni une insulte, il n'est pas *per se* un ennemi de la démocratie. C'est en examinant les discours des hommes politiques qualifiés comme tels qu'une certaine ligne directrice qualificative semble se dessiner. Ainsi, le populisme peut s'appliquer à n'importe quelle orientation politique. Cependant, le discours de ces dirigeants devient une clé de compréhension, car il est révélateur d'une potentielle spécificité du populisme à notre sens : le populisme ressort toujours à travers un discours, une rhétorique, c'est un style politique. Le discours mobilise donc une rhétorique particulière pour se rapprocher du « Peuple », pour le braquer contre les « Autres », et pour mieux régner. Une fois l'accès au pouvoir assuré, les populismes les plus inquiétants prennent un grave virage autoritaire, s'exprimant par la violence et par le détournement du droit dans le cas des pays d'Europe centrale et orientale.

6. Le terme populiste ou dirigeant populiste sera utilisé par aisance de langage à des fins de description du comportement de certains dirigeants dits « populistes », mais pas comme un qualificatif déterministe. Cela, en tentant de prendre le mieux en compte la polysémie de ce terme devenu une étiquette, afin de justement ne pas en user ainsi ce qui reviendrait à prendre une position partielle dès le début. Il sera utilisé pour désigner les régimes et dirigeants ayant accédé au pouvoir dans différents pays d'Europe centrale et orientale, en Turquie et en Russie, et dont le tournant ultra-conservateur, nationaliste, anti-pluraliste, xénophobe et autoritaire fait craindre pour les droits fondamentaux en leur sein. Ce sont donc surtout ces angles qui seront étudiés ici, puisque ce sont ces manifestations de pouvoir qui s'opposent de plein fouet à la philosophie de la Cour européenne des droits de l'homme.

7. Ainsi, ce travail vise à comprendre les différents rapports qui se sont tissés, complexifiés et finalement opposés entre les valeurs que l'on pourrait qualifier « d'occidentales », de la démocratie, de l'État de droit et les valeurs et histoires « intégrationnelles » de pays d'Europe centrale et orientale. La résurgence de mouvements populistes dans ces pays venant sans cesse s'opposer à la CourE.D.H. démontre que les rapports entre eux font désormais place à une guerre des idées, et surtout, du discours. Le populisme n'est rien d'autre qu'un style politique mobilisé par un *leader* démagogique (souvent d'extrême droite) venant encenser le « Peuple » originel et homogène.

8. Aussi, étant donné la dérive populiste de plus en plus prégnante au sein des États membres du Conseil de l'Europe – apparaissant comme une réponse à certaines imperfections, qu'elles soient « purement démocratiques » ou inhérentes au système de la Convention – et étant donné la gravité sans précédent des atteintes aux droits fondamentaux, *ces remises en cause et revendications doivent-elles s'analyser comme la nécessité et l'opportunité d'adaptations singulières par la Cour du droit de la Convention européenne des droits de l'homme ?*

9. Il apparaît que les mouvements populistes ont eu d'importantes répercussions sur le système de la Convention et de la Cour, entre violations graves et contestations frontales et virulentes. La « société démocratique », l'ordre public européen se sont trouvés amputés de leurs principes fondamentaux que la Cour a toujours eu pour but de promouvoir. Aussi, la Cour s'est trouvée dans l'obligation de s'adapter, en approfondissant et aiguisant sa jurisprudence, notamment en matière d'immunité parlementaire. Tout en en redéfinissant sans cesse les contours des valeurs qui encadrent le système de la Convention, telle que l'indépendance judiciaire.

Mais, peut-être n'a-t-elle pas été assez audacieuse. Elle n'a peut-être pas assez démontré que les violations disséminées qu'elle constate sont en réalité révélatrices de la mise en place de systèmes généraux de destruction de droits, de l'État de droit et la démocratie. Et ce au détriment complet du « Peuple », la Cour doit le constater clairement. Elle doit continuer à avoir cette fonction rassurante, cette logique vertueuse et la renforcer.

D'un autre côté, les impasses auxquelles fait face la CEDH, telle que le refus d'exécution de ses arrêts, semblent attester du fait que la CEDH ne soit pas réellement un rempart d'autorité. Mais elle peut être une arme de persuasion. Les quelques contestations en opposition aux régimes populistes des ressortissants hongrois, russes, italiens, polonais, etc. démontrent que l'existence de ces derniers ne doit pas être vue comme une fatalité. Il semblerait donc qu'il ne faille pas confondre le peuple avec les électeurs ni considérer l'élection comme définissant l'idéologie générale de la population¹⁸. La « lumière » n'appartient pas qu'au petit nombre des

¹⁸ Par exemple, F. ZALEWSKI (« Révolutions conservatrices en Europe centrale et orientale » *art. cit.*) fait mention d'une enquête réalisée par Krzysztof JASIEWCIZ qui démontre que : « *les enquêtés se déclarant proche du PiS*

dirigeants. Aussi, corollairement parlant, la Cour ne doit pas oublier qu'elle doit chercher à devenir un « principe d'action » pour la société civile en cherchant à avoir un *impact* sur cette dernière et possiblement – indirectement - sur les prochaines élections.

De manière générale, la « guerre des valeurs » est entamée, il ne s'agit donc plus d'user de précaution ou de mécanismes préventifs, il s'agit de se « battre » pour des valeurs fondamentalement nécessaires. Les atteintes à l'État de droit, à la prééminence du droit et à certains droits fondamentaux sont telles que la Cour doit opter pour une réponse différente de celle choisie jusqu'à aujourd'hui. Et ce cycle de montée des populismes en Europe et les atteintes désastreuses aux droits de l'homme pourraient être sa source de légitimité pour pleinement le mettre en œuvre. Quitte à se trouver finalement confrontée à une scission définitive au sein du Conseil de l'Europe.

10. Ainsi, la Cour se retrouve en effet, face à de graves contestations de ses valeurs et de son système par des mouvements qualifiés de populistes, qu'il s'agira de définir. Les répercussions et revendications de ces mouvements populistes, s'inscrivant à première vue davantage dans le paysage politique, sont également identifiables dans le système même de la Convention, notamment via des violations répétées de droits fondamentaux, la contestation de la Cour et de ses arrêts et de manière plus générale via des attaques frontales à certaines valeurs et libertés fondamentales intrinsèques à l'État de droit dont la Cour s'estime être la garante.

(Partie 1).

En effet, une adaptation apparaît absolument nécessaire face aux attaques frontales à certaines valeurs et libertés fondamentales intrinsèques à l'État de droit, la Cour lutte face à ces « forts vents contraires » et depuis l'arrivée au pouvoir de ces mouvements populistes, cependant ces ripostes ne semblent pas être suffisantes ou suffisamment audacieuses, alors même que la Cour aurait peut-être le moyen d'y faire face avec plus de force. Finalement, cette période est peut-être une opportunité : elle peut fonder la légitimité d'un fort activisme judiciaire ainsi que celle d'une refonte du système de la Convention et du style de la Cour **(Partie 2)**.

adoptent des positions modérées sur la plupart des enjeux, à l'exception de l'anticommunisme et de l'identité (...) ».

PARTIE I : LA PERMEABILITE DU SYSTEME DE LA CONVENTION A L'OFFENSIVE POPULISTE

La présente étude vise à analyser les défis qui se posent à la Cour à l'heure où des dirigeants populistes ont accédé au pouvoir dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe. Ainsi que les relations (chaotiques) qu'elle entretient avec eux. Cependant, un retour vers le passé s'avère nécessaire si l'on veut appréhender la façon dont a évolué la place accordée à la Cour dans les revendications et dans la logique populiste.

Les *leaders* charismatiques, se servent de désillusions des populations et de lacunes du système européen pour asseoir leur pouvoir en s'attaquant aux soi-disant ennemis du « Peuple », dont fait partie — à leurs yeux — la Cour, meneuse (avec l'U.E. sur laquelle il faudra s'attarder par moments) de la transition démocratique des années 90 et instrument de l'ordre public européen. Leur antinomie apparaît alors évidente. En effet, le populisme identitaire et sa vision irrationnellement manichéenne, sectaire et chauvine ; découlant d'une logique protestataire justifiée sur certains points et trouvant en partie ses origines dans la période d'élaboration de la Convention et d'élargissement du Conseil de l'Europe (**Titre I**) s'opposent à la vision démocratique, pluraliste et universelle de la Cour (**Titre II**). En effet, ces « lacunes », une fois identifiées par ces mouvements, sont mobilisées à outrance et de façon trop virulente. L'irrationnel prend alors le pas sur le contestataire.

TITRE I : LA DELICATE CONCEPTUALISATION DU POPULISME ET LE RISQUE DE STIGMATISATION

Le populisme est un mot-valise, il peut être associé à n'importe quel type de régime. Aussi, il s'agira ici de tenter de mieux appréhender ses logiques et sa définition — si tant est qu'une définition existe — en retenant deux traits caractéristiques qui semblent inhérents à tout régime qualifié de populisme : le protestataire emprunte à la critique « rationnelle » de certaines faiblesses historiques, démocratiques et sociales, et menant à un refus du système considéré comme un trait majeur du populisme protestataire et qui explique l'attachement à une souveraineté nationale récemment retrouvée (**Chapitre 1**) et l'identitaire, qui semble être l'aboutissement malheureusement irrationnel des protestations et mécontentements (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La logique protestataire ou la réponse au mal populaire et à la défiance mutuelle

La dimension protestataire du populisme s'attache à un « refus du système » international et national qui trouve sa source dans les prémisses de la construction européenne ainsi que dans l'élargissement de la construction européenne, qui semble avoir entériné la défiance des populations envers elle. Ostracisation originelle, « injonction démocratique » et conditionnalité ensuite, aboutissant finalement à des crises en tout genre (**Section 1**) et à un déficit démocratique et social (**Section 2**). Voilà de quoi sceller une méfiance envers les « élites » de l'Ouest qui, après s'être imposées, ont échoué aux yeux des populations. Ce qui a rendu le terrain fertile pour le regain et la prolifération de régimes qualifiés de « populistes » et qui s'illustrent donc principalement par un refus du système.

SECTION 1 : DE L'ECHEC DE LA « TRANSITOLOGIE » A LA CRISE DE LA SOLIDARITE EN EUROPE, ABOUTISSEMENT D'UN REFUS DU SYSTEME

La division de l'Europe pendant la guerre froide, puis l'élargissement du Conseil de l'Europe et de l'Union à la fin de celle-ci se caractérise pour ces pays par un cruel manque de stabilité, par une souveraineté toujours mi-concédée et par une constante mise sous « tutelle » formelle puis idéologique, ce qui est venu dans un premier temps alimenter la défiance envers ce qui leur était extérieur (§1). Puis les différentes crises auxquelles sont confrontées tant la CourE.D.H. que l'Union semblent être venues parachever l'assise d'une méfiance des populations envers l'Europe qui ne fait qu'échouer à leurs yeux et offrent la possibilité à des leaders populistes d'occuper la scène politique (§2).

§ 1 : Un manque de stabilité historique et un ballotement idéologique chronique

Le passé des populations de l'Est et leur transition trop rapide vers une démocratie libérale constitutionnelle (**B**) s'opposent au développement uniforme et intégratif de cette dernière à « l'Ouest », via la construction d'une identité européenne de laquelle ils ont commencé par être exclus (**A**).

A) L'ostracisation originelle de l'Est par le « club des démocraties », terrain fertile à la défiance latente

1) La période d'après-guerre et la division de l'Europe

11. À la fin de la Seconde Guerre mondiale, un but présidait alors : « *établir et restaurer la dignité de l'homme* »¹⁹. En réalité « *il ne fallut guère de temps pour se rendre compte que (...) l'Europe n'était pas encore mûre pour l'harmonie* »²⁰. En effet, les antagonismes — qui avaient toujours présidé aux relations internationales entre l'Union soviétique et les États-Unis et l'Europe — n'ont pas manqué de ressurgir une fois la guerre terminée (qu'il s'agisse de la conférence de Yalta ou de la séparation de l'Allemagne en deux, symbole de la séparation des deux Europe)²¹.

Au-delà de ces événements marquants, le ressentiment des pays de l'Est envers l'Ouest allait grandissant. En effet, à l'Ouest, un projet démocratique se construisait, et en parallèle de cela, dans les pays libérés puis occupés par l'armée soviétique²², des gouvernements communistes parvenaient au pouvoir avec l'appui de l'armée soviétique sans laisser d'autre choix aux populations. C'était là la naissance des « démocraties populaires » — malheureuses hyperboles — qui se sont implantées progressivement et qui ont enfermé ces pays dans le carcan communiste. Or, pour les opposants au communisme, l'intégration européenne apparaissait nécessaire pour la « *la lutte contre Moscou* »²³ et pour l'avenir du pays²⁴, mais les pays de l'Est n'avaient évidemment aucune marge de manœuvre²⁵.

La scission entre l'Est et l'Ouest se creusa alors, car les pays de l'Est furent alors réduits à des soldats soviétiques aux yeux des pays d'Europe de l'Ouest qui se pensaient plutôt en symboles de régimes « libres ». Le « club des démocraties » se concevait exclusif, et porteur d'une vérité générale de la démocratie. Sans tenir compte et sans pouvoir tenir compte de la volonté de

¹⁹ W. CHURCHILL, discours du 3 septembre 1939 à la Chambre des communes lors de la déclaration de guerre.

²⁰ J. CARPENTIER et F. LEBRUN *Histoire de l'Europe, op.cit.*, p.463

²¹ En effet, les discussions laborieuses pendant Yalta relatives à la définition des frontières, notamment les frontières polonaises, ont marqué une première rupture au sein de la « grande alliance ». Les soviétiques ayant fini par avoir gain de cause quant à leur conception des frontières polonaises — qui avait pour but d'amputer l'Allemagne de plusieurs parties de son territoire — en expulsant 11 millions d'Allemands. De plus, les Soviétiques entreprirent de « soviétiser » leur zone d'occupation alors que les trois autres zones dites « occidentales », finirent, elles, par fusionner : J.CARPENTIER et F.LEBRUN, *Histoire de l'Europe op.cit.*, p.463

²² Pologne, Tchécoslovaquie, Bulgarie, Hongrie, Roumanie, Yougoslavie et Albanie

²³ G.FEJERDY, « La construction européenne et les archives hongroises », dans J-M. Palayret et al. (coord.), *Histoire de la construction européenne (1957-2015) Sources et itinéraires de recherches croisées*, Coll. Diplomatie et Histoire, Direction des Archives — Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, CTHS, 2019, p.97

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.* p. 98

certaines pays de l'Est qui concevaient véritablement l'Europe comme un idéal, une valeur, à laquelle ils étaient particulièrement attachés²⁶ mais qui devint alors inatteignable.

La défiance envers l'Ouest s'affermisait en désespoir de cause, le projet d'ordre européen originel échoua et laissa place à la division de l'Europe, et à la Guerre froide.

12. Aussi, de Yalta, en passant par le Coup de Prague, par la crise des missiles de Cuba, mais aussi par le blocus de Berlin, l'Europe en tentant de se construire, finit par se diviser. Le schisme politique de l'après-guerre entre l'Europe de l'Ouest et l'Europe de l'Est fut acté.

Géographiquement d'abord, W.Churchill nomma cette scission en affirmant : « *De Stettin sur la Baltique, à Trieste sur l'Adriatique, un rideau de fer s'est abattu à travers le continent* ²⁷ ». Or, c'est exactement dans ce contexte particulièrement tendu, entre oppositions et émulations et entre dissonances théoriques et politiques, que le Conseil de l'Europe est amené à se développer. Force est alors de constater que la signature du Statut du Conseil de l'Europe entérina cette division idéologique puisque « *Le lancement de la Convention européenne fut avant tout un acte idéologique où l'ambition du projet européen s'est nourrie du rejet du communisme* ²⁸ ».

2) *Une élaboration de la Convention E.D.H. scellant sciemment les divergences culturelles et juridiques*

13. En effet, la logique première de la Convention E.D.H. fut de se fédérer autour de valeurs partagées, propres à « *assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle* ²⁹ » afin de pallier les impuissances de protection des droits fondamentaux par les États lors de la Seconde Guerre mondiale. Le projet initial consistait à mettre en place une coopération internationale et des systèmes juridiques afin d'empêcher la survenance de conflits armés internationaux³⁰.

14. Cependant, très vite, le système régional de la Convention, se trouva un nouvel ennemi, et entreprit donc de former une barrière contre le communisme de Staline qui fut perçu comme un nouveau danger « *susceptible de précipiter une fois encore l'Europe dans l'abîme* ³¹ ».

²⁶ M.KUNDERA met remarquablement bien en lumière cette culture de l'Europe à l'Est dans « Un Occident kidnappé », *art.cit.*

²⁷ W. CHURCHILL, le 5 mars 1946 lors du discours de Fulton (Missouri, États-Unis).

²⁸ L. BURGORGUE LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context – La justice qui n'allait pas de soi – Trois Cours*, Édition A.Pedone, Paris, 2020, p.24

²⁹ Préambule de la Convention E.D.H.

³⁰ M.R.MADSEN, « "La Cour qui venait du froid." Les droits de l'homme dans la genèse de l'Europe d'après guerre », dans *Critique internationale*, 2005/1, n° 26, p. 136

³¹ L. BURGORGUE LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context – La justice qui n'allait pas de soi – Trois Cours*, *op.cit.* p. 26

Ainsi, la rapidité du processus d'élaboration de la Convention « reflétait les craintes grandissantes suscitées par la montée en puissance des partis communistes nationaux (...) et par les visées expansionnistes de l'Union soviétique³² ». Le Statut du Conseil de l'Europe fut adopté le 5 mai 1949 par dix États³³. Ces dix états « inébranlablement » attachés aux valeurs et principes « sur lesquels se fonde toute démocratie véritable³⁴ », eurent pour effet de délaissier certains pays de l'Est et se firent les prophètes de la démocratie « véritable », qui sans pour autant qu'elle soit contestable, était incontestablement fondée sur une vision, et une idéologie profondément occidentale, décidée à s'opposer au bloc de l'Est, trop dangereux et pas assez « libre » à son goût. Notons sur ce point que : « les conceptions universalistes des droits de l'homme, qui avaient bénéficié d'une réelle faveur (...) et avaient présidé à la fondation des Nations Unies, ont rapidement laissé la place à tout un vocabulaire de la liberté de la démocratie à forte connotation occidentale (...) »³⁵.

Or, la culture des pays de l'Est est bel et bien imprégnée d'une demande sociale, les droits sociaux ayant une importance capitale. Mais la position resta la suivante à l'Ouest : « les droits civils et politiques (...) devaient être protégés avant de pouvoir engager la "généralisation de la démocratie sociale" »³⁶.

De plus, en ce qui concerne la Charte sociale européenne, son élaboration est plus que laborieuse et prend plusieurs années³⁷ avant d'aboutir à la rédaction d'un instrument purement déclaratoire et rédigé dans des termes très vagues³⁸ ouverte à la signature le 18 octobre 1961 et entrant en vigueur quatre ans plus tard (26 février 1965). Cependant, un véritable « message politique »³⁹ préside à l'élaboration de la Charte, en effet, les valeurs sociales contenues dans la Charte sont aux antipodes des valeurs sociales du bloc soviétique (on pensera au droit de grève par exemple). Aussi, ce message politique vise à « défendre les valeurs sociales de l'Europe occidentale face à un bloc communiste de plus en plus agressif en période de guerre froide »⁴⁰.

³² M.R. MADSEN, « "La Cour qui venait du froid." (...) », *art. cit.*

³³ La Belgique, le Danemark, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède et le Royaume-Uni

³⁴ Article 3 du Statut du Conseil de l'Europe.

³⁵ M.R. MADSEN, « "La Cour qui venait du froid." (...) », *art. cit.* p.140

³⁶ *Ibid.*

³⁷ B.WASSENBERG, « Première partie – De la création à la crise grecque (1949-1969) », dans *Histoire du Conseil de l'Europe*, 2013, pp. 47 à 51 : il y décrit toutes les phases d'élaboration de la Charte.

³⁸ *Ibid.* p.50

³⁹ *Ibid.* p.51

⁴⁰ *Ibid.*

Aussi, la scission idéologique et culturelle se fit particulièrement sentir, et la divergence de hiérarchie des priorités ne fit qu'entériner l'éloignement des deux Europe, ou du moins, leurs spécificités duelles. Un véritable symbole de ces antagonismes a été l'introduction de la notion de droit de propriété dans la Convention qui « *présentait un caractère inacceptable pour les gouvernements socialistes (...) venant ainsi consacrer la fracture Est-Ouest*⁴¹ ».

Le « Message aux Européens ⁴² » de Denis de Rougemont et les préceptes affirmés alors, furent vite oubliés : « *L'Europe est menacée, l'Europe est divisée et la plus grande menace vient de ses divisions* ». Ainsi, la Convention, véritable stratégie de la guerre froide selon M.R. Madsen⁴³ — à côté de toute son exemplarité, sa logique vertueuse et son importance fondamentale pour les droits de l'homme — venait d'entreprendre et d'acter la division de l'Est et l'Ouest et de commencer à alimenter la défiance latente des populations orientales envers les élites dites « occidentales ».

Le point le plus révélateur de cette division idéologique et de cette stratégie de lutte contre la guerre froide reste cependant, l'établissement de deux dispositions de la Convention intimement liées à la lutte contre le communisme : les articles 17 et 18 de la Convention. Ces derniers visent chacun à empêcher l'instrumentalisation de la Convention par des régimes totalitaires ou autoritaires. Le premier visant l'abus de pouvoir, véritable outil de « *démocratie militante* ⁴⁴», et le deuxième le détournement de pouvoir. Le juge Serghides au paragraphe 70 de son opinion concordante de l'arrêt *Merabishvili*⁴⁵ met cela en lumière : « (...) *les travaux préparatoires montrent clairement que l'intention des rédacteurs de la Convention était de prévenir la montée du totalitarisme « par la voie d'une pseudo-légalité ». (...) l'article 18 est une illustration émouvante de la rhétorique du « plus jamais » qui s'est développée après l'expérience effroyable de la Seconde Guerre mondiale* ». Aussi, nul doute que la Convention était une arme et/ou une stratégie contre la Guerre froide, elle se voulait être une véritable garantie contre le totalitarisme ayant sévi pendant la Guerre, mais aussi contre le communisme qui menaçait l'ordre européen une nouvelle fois aux yeux des rédacteurs de la Convention. Une

⁴¹ M.R. MADSEN, « “La Cour qui venait du froid.” (...) », *art. cit.* p.140

⁴² Congrès de l'Europe Résolution, La Haye, Mai 1948, *Mouvement international de coordination des mouvements pour l'unité européenne 1948*.

⁴³ M.R.MADSEN, « La Cour qui venait du froid. » (...) » *art.cit.* p. 134

⁴⁴ . HOCHMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme face aux démocraties illibérales. Pour une application de l'article 17 contre les États », dans *RFDA* 2020

⁴⁵ CEDH, G.C., *Merabishvili c. Géorgie*, 28 novembre 2017, n°72508/13 : sur le maintien en détention provisoire d'un dirigeant d'un parti d'opposition visant en parti des buts non conventionnel, notamment le but de recueillir des informations.

division de l'Europe est donc bien visible, y compris à travers l'esprit des rédacteurs de la Convention.

15. Pourtant, la plus grande menace vient bien de ces divisions, c'est ainsi que dans les années 80, l'Europe occidentale entreprit cette fois de (ré)unir ces états de l'Est de l'Europe, qui sortaient de l'emprise d'une puissance communiste, après être passés par une certaine forme de socialisme. Ils devaient désormais se « hisser » à la hauteur des standards européens occidentaux de démocratie et de ses traditions constitutionnelles. Cette transition, qui était là encore une stratégie, fut négligée, et présidée par un « *“club” de pays ouest européens culturellement et juridiquement homogènes*⁴⁶ » s'armant de la Convention pour lutter contre le communisme et promouvoir leurs valeurs.

B) L'échec de la « transitologie », terrain fertile à l'opposition assumée

1) Des transitions démocratiques de l'Est rapides à défaut de consolidations démocratiques

16. Avec la chute du mur de Berlin, la période de 1989 à 2009 est caractérisée par « *un renouveau du Conseil de l'Europe, qui devient la première organisation paneuropéenne dans une nouvelle ère des relations internationales*⁴⁷ », mais également par un renouveau de l'Union européenne. Cela semblerait signifier le « passage », la « transition » vers la démocratie pour les pays de l'Est anciennement sous le joug de l'U.R.S.S. jusqu'en 1991.

17. De manière générale, en 1989, une majorité des pays de l'Est, et même la Russie saluent la démocratie et sont conscients de la nécessité de libéraliser leur économie⁴⁸. L'école de la « transitologie » en sciences politiques choisit ce terme, pour décrire le processus ayant eu lieu dans les années 90. Toujours est-il que malgré un certain engouement pour la démocratie, une division idéologique subsiste. La division réside dans le fait que tous n'étaient pas d'accord relativement aux modèles d'action à choisir pour mener à bien la transition démocratique, et c'est notamment là que le bât blesse par la suite en ce qui concerne la Cour. La communauté européenne n'étant pas complètement étrangère à cet échec, car tous les acteurs, internes ou

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ À cause de la crise économique qui subsiste depuis les années 1970, notamment depuis les chocs pétroliers de 1973 et 1979.

externes, ont mis en place une utilisation « *simpliste et dangereuse du paradigme de la transition*⁴⁹ ». Du côté de l'échelon national, notons que sont identifiés quatre modèles d'actions principaux pour entreprendre une transition⁵⁰. Mais les transitions de l'Est ne débouchèrent que sur des approbations parlementaires, mettant de côté la population⁵¹.

18. De plus, du côté de l'échelon supranational, l'U.E. et le Conseil de l'Europe ne sont pas en reste de l'échec de ces transitions. Les deux ont joué sur le tableau de l'intégration, mais pas tellement sur celui de la consolidation démocratique, qui complète pourtant le triptyque de la véritable transition démocratique selon l'auteur phare en la matière : Juan Linz⁵². Il est en effet différent de choisir de s'extraire d'un régime autoritaire, ce à quoi renvoie la transition, que de mettre en place des dynamiques conduisant vers la démocratisation, ce à quoi renvoie la consolidation.

En effet, les différents bouleversements inhérents à cette période dans les pays d'Europe centrale et de l'est et le manque de stabilité en découlant, auraient permis à certains (notamment à d'anciennes élites anciennement communistes) d'inventer ou réinventer des idéologies nouvelles, alors même que les traditions libérales n'étaient pas encore ancrées dans ces pays⁵³. C'est par exemple le cas du parti Ataka en Bulgarie ; c'est aussi le cas du FIDESZ de V.Orban qui prend un tournant conservateur au début des années 2000.

⁴⁹ C. DUFY et C.THIRIOT, « Les apories de la transitologie : quelques pistes de recherche à la lumière d'exemples africains et post-soviétiques », *Revue internationale de politique comparée*, 2013/3, Vol. 20, p. 20.

⁵⁰ Suivant les auteurs, le nombre et la conceptualisation des modèles d'actions varient, mais deux auteurs considérés comme pionniers en la matière en dénombrent quatre : Karl et Schmitter (T.L. KARL ET P.SCHMITTER, « Les modes de transition en Amérique latine, en Europe du Sud et de l'Est », dans *Revue internationale de Sciences sociales*, n° 128, 1991, pp.285-301). Il s'agit des sorties par pacte négocié, par transition imposée, par réforme ou par révolution. En réalité, il s'agit des quatre types de combinaisons possibles lorsque l'on associe les acteurs (les élites et les masses) et les stratégies (le compromis ou la force). La transition par pacte signifie que les élites tentent de trouver un compromis avec les élites rivales, cette stratégie est parfois considérée comme la plus durable, cependant c'est aussi un terrain pour les anciennes élites « non-démocratique » de tirer leur épingle du jeu et de manœuvrer pour garder le pouvoir. La transition imposée repose sur l'idée d'une contestation très forte de la part de l'opposition qui parvient à opérer un changement. La transition par réforme fait référence à la mobilisation des masses sans recourir à la violence, tandis que la révolution fait elle, donc, référence à la mobilisation violente des masses.

⁵¹ L. BURGORGUE LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context – La justice qui n'allait pas de soi — Trois Cours*, op.cit p.214

⁵² J. LINZ, A. STEPAN, « Problems of democratic transition and consolidation », dans *Revue française de science politique*, 47^e année, n°2, 1997

⁵³ Compte rendu : J.J. LINZ, A. STEPAN, « Problems of démocratie transition and consolidation », dans *Revue français de science politique*, 47^e année, n°2, 1997

2) *Une approche trop prosélytique de la consolidation démocratique*

19. Dès lors, tant l'U.E. que le Conseil de l'Europe ont participé à ce qui est désormais communément appelé « *l'échec de la transitologie*⁵⁴ », « échec » dans le sens où la transition et la consolidation démocratique ont échoué à anticiper ou prévenir des situations autoritaires d'un nouveau genre. En effet, ces transitions se sont caractérisées par une intégration à l'Europe et ses deux institutions supranationales. L'U.E. s'est servi du poids de la « conditionnalité » avant de les intégrer (les états voulant libéraliser leur économie). Et le Conseil de l'Europe a choisi la voie du chaperonnage. Ces deux organisations ont donc, accompagné — si ce n'est orienté — ces transitions démocratiques postcommunistes, ce qui était bien évidemment stratégique. Les pays occidentaux et le Conseil de l'Europe particulièrement désireux de « couper l'herbe sous le pied » à la prolifération du communisme maintenant qu'il était affaibli. Cependant, la part stratégique de cette entreprise a pris le pas sur la part véritablement vertueuse, transitionnelle d'un régime autoritaire vers un régime démocratique.

20. La méthode adoptée par le Conseil de l'Europe semble ainsi plutôt correspondre à une « injonction démocratique », cependant le but était tout de même respectable ou en tout cas jaillissait d'une naïve assurance que « leur » démocratie – celle du club des démocraties - était la bonne et devait donc inéluctablement être celle de tous.

En effet, « *le contexte avait alors la plus grande importance : en vue de l'élargissement aux États fraîchement démocratisés de l'Est et du Sud de l'Europe, le club des démocraties "consolidées" voulait imposer ses vues et sa conception de la démocratie*⁵⁵ ». La démocratie elle-même est un terme polysémique, il offre espoir, tout le monde y est égal et libre ; « *pas étonnant que l'offre démocratique n'ait pas en principe de meilleurs concurrents...*⁵⁶ ». Il s'agit là du postulat sur lequel s'est reposé le club des démocraties, aucune idéologie, conception, ou culture ne pouvait être plus démocratique que lui.

21. Or, cela revenait en réalité à imposer un carcan idéologique, et une cage de principes, susceptibles, peut-être, de rassembler et de parvenir à une cohésion européenne. Après tout, « *pas question d'accepter au sein du club des membres qui n'en partageraient pas la philosophie*⁵⁷ ». Cependant cette « transition » a indéniablement pris des allures élitistes.

⁵⁴ F. ZALEWSKI « Le PiS, ou l'invention de la mémoire identitaire », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, n° 1, 2020/1, p.16

⁵⁵ Y. MENY, *Imparfaites démocraties*, 2019, Presses de Sciences Po, « Hors collection », Paris, 2019, p.22

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Y. MENY, *Imparfaites démocraties*, *op. cit.* p.53

L'U.E. quant à elle, a donc fait peser le poids de la « conditionnalité », jusqu'en 2004 lors de l'élargissement de l'U.E. où elle a décidé de lever brusquement cette contrainte lorsque les pays d'Europe centrale et orientale sont entrés dans l'U.E.. Ce qui a finalement donné libre cours à la montée du « populisme ». Donc en cessant d'accompagner les transitions et consolidations démocratiques, l'U.E. a pu d'une certaine façon jouer un rôle dans le renouveau du populisme, pas en tant que « gâchette » directement, mais en cessant de contraindre la consolidation démocratique. C'est un point important à prendre en compte et qui s'est déroulé en parallèle de la transition amorcée par le Conseil de l'Europe à la même période.

22. Du côté de la Convention E.D.H., comme vu précédemment, la logique présidant à son élaboration était profondément occidentale. Cependant, un véritable effort d'adaptation et d'accompagnement est entrepris dans un premier temps. Le Conseil de l'Europe met en place plusieurs outils et techniques d'assistance⁵⁸, l'un des plus connus étant la Commission européenne pour la démocratie par le droit en 1990.

Cependant, le problème central de cette assistance est le fait qu'elle ait été précipitée et a pris des allures élitistes, en effet, tous les pays ne respectaient pas entièrement l'ensemble des valeurs du Conseil de l'Europe, mais il existait une véritable volonté de les accueillir pour les « imperméabiliser » à des renouveaux autoritaires. Le paroxysme de ce dilemme a eu lieu en 1996 lors de l'adhésion de la Russie, qui « *déchire presque "l'âme" du Conseil de l'Europe : faut-il faire de l'Organisation une école de démocratie ou un club de démocratie ?*⁵⁹ ». C'est la seconde voie qui fut choisie, ce qui ne fit qu'accroître la défiance de ces pays envers le système de la Convention.

Cette affirmation d'une hégémonie conceptuelle de la démocratie par le Conseil de l'Europe ne suscita donc nullement un enthousiasme particulier dans les pays de l'Est pour plusieurs raisons. D'abord, la recherche d'un consensus au sein du Conseil de l'Europe était mise de côté au profit de la « stratégie post-communiste » et du prosélytisme, ce qui laissait penser que cette transition démocratique était en fait forcée ou imposée idéologiquement, et la défiance découlant de la division de l'Europe après 1945 subsistait immanquablement. Nulle envie certainement de passer après le joug de Moscou sous une nouvelle « tutelle ».

⁵⁸ B.WASSENBERG, (« Troisième partie – La renaissance du Conseil de l'Europe en tant qu'organisation paneuropéenne », *op. cit.* p. 222) en dénombre plusieurs, parmi lesquels : des programmes d'aide, la Commission de Venise en 1990, mais aussi une procédure de *monitoring* pour veiller au respect des engagements.

⁵⁹ B.WASSENBERG, « Troisième partie – La renaissance du Conseil de l'Europe en tant qu'organisation paneuropéenne », *op. cit.* p.223

23. De plus, le contexte de l'époque offrait en réalité une pluralité de modèles politiques se proposant de réformer le communisme : certains s'opposaient à une transition démocratique de type libérale, et d'autres alors même qu'ils espéraient une réforme vers la démocratie préféraient d'autres modèles. Cela impliquait une concurrence de modèles, relativement égaux, car le modèle démocratique prôné par le Conseil de l'Europe était encore récent et ne profitait pas de la légitimité qu'on lui accorde aujourd'hui ; « *aucun ne bénéficie encore du caractère d'évidence que l'histoire donne rétrospectivement à ce qui était à l'origine de téméraires expérimentations*⁶⁰ ». Effectivement, c'est l'échec de la transitologie, la stabilité et la résilience de régimes autoritaristes qui leur a permis de ressurgir sur la scène politique, à l'inverse de régimes démocratiques récents, fragiles et « *susceptibles de régresser rapidement vers (...) l'autoritarisme*⁶¹ ».

24. Sur ce point, il est important d'apporter une nuance : c'est bien l'échec de plusieurs années de transition, et la précipitation de l'intégration européenne qui se trouvent à l'origine des résurgences populistes actuelles en Europe. Ce n'est pas à cause d'un « *culturalisme (...) déterministe*⁶² » selon lequel, soi-disant les populations d'Europe de l'Est seraient moins ouvertes, moins démocratiques et où prévaudrait une conception culturelle du fait national. En effet, la « parenthèse » communiste n'a nullement « *congelé les sociétés, les cultures, les traditions, mais aussi les atavismes des pays soviétisés*⁶³ ». De la même manière, il est péremptoire d'affirmer que la résurgence de populismes de droite radicale provient de « traditions politiques » de l'Est.

25. Finalement, ces déboires historiques, entre rejet et intégration prenant une forme élitiste, ont desservi la cohésion de l'Europe de l'Ouest avec l'Europe Centrale et Orientale, au sein du Conseil de l'Europe. Une certaine défiance s'est installée, qui a attendu la survenance de diverses crises, notamment économique, mais aussi migratoire, pour atteindre son paroxysme et permettre l'accès à la scène politique à des *leaders* dits « populistes » dont les oppositions se sont peu à peu multipliées.

⁶⁰ G.SAUVE, « Rivalité des modèles et décalage des normes. Réceptions de 1989 dans le monde communiste », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2019, n° 2-3, p.5-21

⁶¹ C. DUFY ET C. THIRIOT, « Les apories de la transitologie : quelques pistes de recherche à la lumière d'exemples africains et post-soviétiques », *art. cit.* p.21

⁶² F. ZALEWSKI, « Révolutions conservatrices en Europe centrale et orientale », *art.cit.* p.13

⁶³ *Ibid.*

§ 2 : L'enracinement de l'opposition populiste en Europe de crise en crise

Après la défiance, place à la méfiance, et finalement, place à la colère et au désarroi suite à la survenance de diverses crises. Cela a ouvert la porte de la scène politique nationale et européenne à des *leaders* dits « populistes », pour qui l'attention des populations était superficielle avant et qui — avec ces crises et les désarrois populaires et sociaux — ont fini par capter l'attention des populations **(A)**. Certains sont même parvenus au pouvoir, et pour les plus « dangereux » d'entre eux leur révolution prend parfois des tournures violentes et antidémocratiques, rejetant même les règles du système internationale. Ces agissements mènent à des conflits, dont l'insolubilité fait craindre pour la démocratie, et pour la foi dans le système européen, la CourE.D.H. se trouvant souvent aux premières lignes **(B)**.

A) L'ombrage de luttes économique et migratoire sur la cohésion européenne

26. La résurgence de partis d'extrêmes droites, qualifiés de populistes, à l'échelle nationale et européenne est apparue de plus en plus claire et a traduit le défaut de cohésion au sein du Conseil de l'Europe, mais aussi au sein de l'Union, qu'il ne faut pas laisser en reste pour appréhender la défiance des régimes populistes envers la CourE.D.H. en tant qu'entité supranationale européenne.

27. Cela a d'abord été mis sur le compte de la crise économique et sociale et des mesures d'austérité en découlant. En effet, en ce qui concerne l'U.E. l'ombrage de la crise de 2008 est apparu évident lors des résultats des élections européennes, en particulier les élections de 2014. Ces dernières ont fait accéder à la scène politique européenne des partis situés majoritairement du côté de la droite ou de la gauche radicale. En effet, il a été considéré que leur succès tenait à « *la conjonction d'un vote protestataire à l'échelle nationale sur fond de crise économique, et d'un rejet croissant de l'Union* ⁶⁴ ».

28. La crise économique a donc eu pour conséquence un repli identitaire qui a pris racine au sein des sociétés à la faveur de la crise de 2008. Certains auteurs ont même vu là une mouvance politique parallèle à celle de la montée du fascisme dans les années 1930 suite aux diverses crises économiques. Il ne faut cependant pas appréhender cette corrélation trop strictement, car cet enracinement conservateur n'est pas à attribuer uniquement aux problèmes

⁶⁴ G. IVALDI « Euroscepticisme, populisme, droites radicales : état des forces et enjeux européens », *L'Europe en Formation*, vol. 373, no. 3, 2014, p. 7

économiques. Ainsi, les mouvements dits « populistes » n'ont pas uniquement comme revendications des causes socio-économiques.

29. Il est indéniable que la crise de 2008 constitue une « *toile de fond*⁶⁵ » de ces revendications, mais il ne faut pas les réduire à la « seule » précarisation. Il faut surtout considérer une « *anxiété collective (...) une anxiété de masse fixée sur les questions identitaires*⁶⁶ ». En effet ce serait dénaturer les spécificités des mouvements populistes en Europe centrale et orientale notamment, car ils présentent une tendance à la politisation d'enjeux culturels ; « *le nouvel agenda économique de ces mouvements (...) ne peut dissimuler le rôle central du nationalisme xénophobe et du chauvinisme de l'État providence*⁶⁷ ». On comprend alors rapidement pourquoi ces régimes se sont désolidarisés de la Cour E.D.H.. Effectivement, les très importants afflux de réfugiés, la montée du terrorisme et les conflits armés ont mené à une dimension nouvelle du problème, les clivages politiques et idéologiques deviennent de plus en plus prégnants. Les positions populistes allant aux antipodes des positions de la Cour.

30. La Cour E.D.H. s'est alors trouvée désavouée par ces mouvements. Les partis conservateurs se sont emparés de thématiques examinées par la Cour et ont tiré profit des périodes de crise et de flottement. En effet, la Cour se situe au carrefour de tous les problèmes de société dont se servent ces mouvements. Elle a eu à se prononcer sur les conséquences de la crise économique, sur la crise des réfugiés, sur des affaires en lien avec le terrorisme et sur plusieurs conflits armés dramatiques. Quatre domaines sous tension que Linos-Alexandre Sicilianos identifie comme les véritables défis de la crise en Europe⁶⁸, il affirme d'ailleurs que la crise économique combinée à la crise migratoire « *conduit à une montée en flèche des tendances xénophobes et extrémistes*⁶⁹ ». La Cour malgré elle – de par son positionnement sur ces questions – a donc alimenté le discours populiste.

31. En effet la problématique de l'immigration est un des enjeux clés pour ces partis ; or la crise migratoire que traverse malheureusement l'Europe depuis quelques années, et la crise de la solidarité n'ont fait qu'accroître ces mouvements. D'une part les États de l'U.E. et du Conseil de l'Europe jouent de moins en moins le jeu de la « solidarité » — voire plus du tout — de ce fait les régimes populistes se servent de ce manque de cohésion et de solidarité pour affirmer

⁶⁵ P.A. TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l'âge des démagogues », *art.cit.*, p.29

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ G. IVALDI « Euroscepticisme, populisme, droites radicales : état des forces et enjeux européens », *art.cit.* p.20

⁶⁸ L-A. SICILIANOS, « La Cour européenne des droits de l'homme face à l'Europe en crise », *art.cit.* p. 231

⁶⁹ *Ibid.*

leur politique anti-immigration sans aucun scrupule. D'autre part en politisant cet enjeu culturel, « *ces partis ont progressivement structuré une offre idéologique nationaliste ethnocentriste, se posant en remparts contre les “dangers” représentés par l’immigration.* ⁷⁰».

B) L'ombrage de conflits insolubles sur l'avenir « européen »

32. Le continent européen n'a cessé d'être le terrain de conflits, notamment entre les États membres du Conseil de l'Europe et d'ailleurs, « *tous les conflits qui ont eu lieu sur notre continent au moins depuis 1990 ont été ou sont abordés, d'une manière ou d'une autre, par la Cour* ⁷¹». Ces derniers représentent des défis majeurs en termes de maintien de la paix, de respect des droits de l'homme et donc de respect de la démocratie. Sans dresser une liste exhaustive de tous ces conflits, certains en particulier retiendront ici notre attention, notamment en ce qu'ils semblent être le fruit et l'aboutissement d'une politique radicale pouvant être qualifiée de populiste. Ce qui met en lumière et fait craindre cette forme extrême de « populisme », qui s'appuie souvent sur le nationalisme pour justifier et faire accepter certaines décisions. Sur ce point, la Turquie d'Erdogan et la Russie de Poutine sont les populismes qui privilégient le plus les thèmes nationalistes⁷².

33. La position choisie par Poutine lors du conflit avec l'Ukraine après l'annexion de la Crimée illustre la position « anti-establishment politique » et nationaliste propre au populisme⁷³. Il s'agit là d'un trait qui peut sembler caractéristique du populisme en ce que ce dernier cherche « *à provoquer un retour à des valeurs qui rassurent [notamment] au sens territorial (...)* ⁷⁴». Cet épisode russo-ukrainien, ainsi que celui avec la Géorgie ou encore le conflit en Moldavie après le soutien de la Transnistrie par la Russie, illustrent l'afflux de conflits qui apparaissent souvent insolubles, et illustrent le déchirement de l'Europe et du Conseil de l'Europe particulièrement. Le regain ou « *renouveau* ⁷⁵ » de recours interétatiques au sein de ce dernier le démontre en effet, ces derniers sont caractéristiques de ce manque de cohésion.

34. D'une part, car une requête interétatique emporte presque toujours (toujours ?) une dimension politique⁷⁶. D'autre part, car ils démontrent l'insolubilité de ces conflits étant donné

⁷⁰ G.IVALDI, « Euroscepticisme, populisme, droites radicales : état des forces et enjeux européens », *art.cit* p.11

⁷¹ L-A. SICILIANOS, « La Cour européenne des droits de l'homme face à l'Europe en crise », *art.cit.* p.238

⁷² P-A. TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l'âge des démagogues », *art.cit* p. 30

⁷³ P-A. TAGUIEFF, *L'illusion populiste.*, Berg International, Paris, 2002

⁷⁴ A-G. SLAMA, « Au nom du peuple : de “populaire” à “populiste” », *Le débat*, 2011, n° 4, p.67

⁷⁵ L-A. SICILIANOS, « La Cour européenne des droits de l'homme face à l'Europe en crise », *art.cit.*, p.239

⁷⁶ *Ibid.* p.240

qu'actuellement ces affaires continuent d'affluer devant la Cour qui semble impuissante à les régler définitivement ; huit affaires interétatiques sont pendantes actuellement dont quatre contre la Russie qui compte déjà cinq recours interétatiques à son encontre concernant les différents conflits susmentionnés. De plus, plusieurs centaines voire milliers de recours individuels sont plus ou moins liés à ces conflits⁷⁷. Aussi, bien que la jurisprudence de la Cour en la matière démontre toutes les potentialités de son mécanisme de contrôle, ainsi que son audace sur la question de juridiction, elle démontre aussi ses limites, notamment concernant la non-exécution de ses arrêts, ainsi : « (...) *qu'en est-il de la crédibilité d'une organisation de défense des droits de l'homme telle que le Conseil de l'Europe qui ne peut pas faire grand-chose des conflits opposant ses propres États membres ? On touche ici à l'une des plus grandes difficultés que connaît l'organisation européenne depuis son élargissement (...)*⁷⁸».

35. Dès lors, cette survenance et persistance de conflits qui apparaissent sur certains points insolubles, affectent la crédibilité du système européen de protection des droits de l'homme et alimentent la désillusion et le manque de confiance — si ce n'est la défiance — des populations envers lui.

36. La défiance est désormais de mise, elle s'exprime tant à l'échelon national que supranational, il s'agit d'une « crise de la représentativité », qui s'illustre par le sentiment d'un déficit démocratique et au niveau européen, cette crise prend la forme de ce qui est désormais nommé « l'euroscpticisme », l'Europe paraît lointaine, et le droit loin des réalités. C'est le temps du désenchantement : démocratique et social. Et il donne du pouvoir aux *leaders* dits populistes, ces nouveaux révolutionnaires voient leur légitimité s'accroître, les populations ne croyant plus en des discours classiques, en la démocratie représentative libérale.

SECTION 2 : LE DESENCHANTEMENT DEMOCRATIQUE ET SOCIAL, ABOUTISSEMENT DE LA LEGITIMITE POPULISTE

Sur ce point, bien que la démocratie — au sens libéral et « classique » du terme — apparaisse comme « LE » régime par excellence, les récentes contestations, critiques et remises en cause

⁷⁷ L-A.SICILIANOS, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *RevTrimDrH*, 2020, n° 124 p.832

⁷⁸ C.GAUTHIER, « L'impact de l'élargissement du Conseil de l'Europe sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p. 317

prouvent bien que rien n'est acquis. Plusieurs facteurs alimentent ce désenchantement démocratique, tout d'abord la « crise de la représentativité » qui explique le positionnement « anti-élites » du populisme (§1), mais aussi la persistance et la stagnation de la pauvreté et de la précarisation, demandes pourtant majeures des populations, que les dirigeants populistes se targuent de vouloir résoudre en attirant de ce fait le vote des populations les légitimant (§2).

§ 1 : Une « crise » de la représentativité et de la crédibilité universelle

La « crise de la représentativité » qui dure depuis plusieurs décennies et qui nourrit la désillusion des populations et leur sentiment de déficit démocratique les poussant dans certains cas à élire des dirigeants populistes, touche aussi bien l'échelon national (A), que supranationale — donc — tant l'U.E. que la CourE.D.H. (B).

A) Le scepticisme envers le national

37. Le scepticisme envers le national s'illustre par la baisse des taux de participation électorale, par la dénonciation de politiques publiques inefficaces et souvent de la corruption dans la sphère des dirigeants. En bref, il signifie la perte de confiance dans la démocratie représentative libérale, et donc une perte de crédibilité des dirigeants en général.

38. Elle dure depuis plusieurs décennies et s'articule autour d'une demande de plus en plus affirmée de participation du public. Il s'agit là d'un sujet largement traité en sciences politiques, le phénomène s'avère d'ailleurs si persistant que l'on vient à se demander s'il s'agit d'une « crise » ou d'un état de fait. Toujours est-il que cette « crise » de la représentativité est universelle et touche tous les pays ; des gilets jaunes en passant par l'accession au pouvoir du Mouvement 5 étoiles en Italie, ou de Victor Orban en Hongrie — qui sont considérées comme des réponses à cette crise — tous les États sont traversés par elle, et les élites sont accusées de tromper et exploiter les peuples. En janvier 2019, par exemple Matteo Salvini et Luigi di Maio, chefs de la Ligue et du Mouvement 5 étoiles, affirmaient — en encourageant le mouvement des gilets jaunes — qu'il s'agissait « *de citoyens honnêtes protestant contre un président gouvernant contre son peuple* »⁷⁹.

39. L'idée derrière cette crise de la représentativité est donc le manque de pouvoir direct du peuple, en effet, le système « *est organisé sous forme de délégations en cascade : du peuple à*

⁷⁹ P-A. TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l'âge des démagogues », *art. cit.* p.11

leurs représentants, de peuple aux partis, des partis et du parlement à l'exécutif (...) la démocratie (...) est presque entièrement "médiatisée"⁸⁰». Aussi, « cette entorse aux principes purs de la démocratie⁸¹ » alimente le désenchantement démocratique, et la demande de participation. Dès lors, les dirigeants qualifiés de populistes, de droite comme de gauche, s'en servent comme source de légitimation et se targuent d'être plus proche du peuple que les anciennes élites dirigeantes et désireuses de ne poursuivre et protéger que ses intérêts.

40. Cette tendance permet de mettre le doigt sur l'une des réalités d'un mot aussi vague que celui de « populisme ». C'est-à-dire que les partis qualifiés comme tels, accèdent au pouvoir dans la douleur et le désenchantement d'un peuple, ils sont perçus par lui comme des mouvements contestataires, susceptibles, peut-être, de palier aux lacunes de la démocratie. Et, au-delà des lacunes de la démocratie, c'est le monopole du pouvoir des élites, tant au niveau national qu'international. La Cour subit donc par ricochet ce scepticisme qui ne se limite pas au national.

41. Cette revendication qui caractérise tout régime qualifié de « populiste », se poursuit au-delà du national, car non seulement elle traduit cette volonté de renouveau politique à l'échelle nationale, mais elle implique aussi une crise des mécanismes supranationaux, considérés comme les élites d'un système étouffant les populations : une gouvernance extérieure exclusivement menée par des élites éloignées du peuple et ne respectant pas la volonté populaire dans le cas de l'U.E., ou la légalité formelle dans le cas de la Cour E.D.H.. Deux lacunes qu'il faut analyser en parallèle pour comprendre le rejet général de forces supranationales par les populistes.

B) L'euro-scepticisme ou la lointaine Europe des technocrates

1) La bureaucratisation de la politique

42. Dans leur ouvrage *La fabrique des « Européens ». Processus de socialisation et construction européenne*, les politistes H. Michel et C. Robert⁸² dressent clairement le décor de la « lointaine Europe des technocrates » dès le titre. Toute l'importance réside dans ce mot entre

⁸⁰ Y. MENY, *Imparfaites démocraties*, op. cit. p.36

⁸¹ *Ibid.*

⁸² H.MICHEL ET C.ROBERT, *La fabrique des « Européens ». Processus de socialisation et construction européenne*. Presses universitaires de Strasbourg, 2010.

guillemets : « Européens », en effet, leur souhait était de désigner non pas les citoyens européens, mais bien les individus évoluant à Bruxelles et travaillant dans les institutions européennes, « *en bref, l'élite européenne* »⁸³⁸⁴. Cela illustre ce sentiment général selon lequel il y a le national d'un côté et l'Union de l'autre, cette dernière étant gouvernée par des experts honnis par les populistes notamment. Ces experts sont les « technocrates », ou « bureaucrates », ils sont considérés comme gouvernant uniquement dans l'intérêt d'élites restreintes. C'est ce qu'entend le discours populiste lorsqu'il use de mots — devenus des mots-clés — tels que « establishment » et « élites », en effet « *s'il y a bien un fil rouge qui unit les populistes depuis le XIXe siècle jusqu'à nos jours et dans quasiment tous les pays, c'est cette dénonciation des experts non élus et non contrôlés par le peuple* »⁸⁵.

43. Que l'on soit pour ou contre, mitigé ou indécis — et il ne s'agit pas dans ce devoir de se positionner quant à la gouvernance communautaire, d'autant plus que l'accent est mis sur le système de la Convention— il faut cependant reconnaître là que ces mouvements pointent du doigt une réalité et qu'il ne s'agit pas de revendications complètement irrationnelles dont sont souvent accusés les populistes. L'Union semble indéniablement souffrir d'un déficit démocratique. Le Parlement européen, seul organe élu d'abord au suffrage universel direct puis à la proportionnelle en 1999, ne dispose toujours pas — malgré les nouvelles attributions conférées par le Traité de Lisbonne — d'un véritable pouvoir d'initiative législative. Les décisions les plus importantes se prennent « *trop souvent dans le conclave des réunions du Conseil européen des chefs d'État et de gouvernement, par compromis âprement négociés (...)* »⁸⁶. D'ailleurs, dans une tribune collective du *Monde* du 24 septembre 2018⁸⁷, un collectif d'universitaires dénonce ce déficit démocratique, la formule de Pierre Mendès France datant de

⁸³ Compte rendu par P.MAURA de l'ouvrage de H.MICHEL ET C.ROBERT, *La fabrique des « Européens »*. *Processus de socialisation et construction européenne*. *Op.cit*

⁸⁴ Notons que leur ouvrage ne vise pas la critique du modèle européen comme nous l'entendons ici, mais il s'agit d'un ouvrage se penchant sur la socialisation de tous ces individus à l'Union et comment ils se forgent une conception de cette dernière en fréquentant les mêmes institutions, les mêmes groupes sociaux, leurs enfants fréquentant les mêmes écoles, etc.. Ce qui a finalement une visée critique évidemment, mais différente de celle traitée ici.

⁸⁵ Y.MENY, *Imparfaites démocraties*, *op. cit.*p. 119

⁸⁶ A. GATTOLIN ET R.WERLY (dir.), *Europe Rallumer les étoiles*, Collection l'âme des peuples, Ed. Nevicata, Bruxelles, 2020, p.34

⁸⁷ Tribune, « Il est encore possible de réanimer l'Union européenne », *Le Monde*, 24 septembre 2018

1958 qu'ils rappellent apparaît étrangement prophétique⁸⁸, et la position de la Cour constitutionnelle allemande semble dissiper tout doute sur la question⁸⁹.

44. Aussi, les revendications des régimes populistes renferment bien une logique protestataire qui peut être justifiée et caractérise le désenchantement démocratique, le danger étant la mobilisation d'un discours aveuglement manichéen diabolisant tout ce qui symbolise « l'Autre », comme cela sera vu par la suite.

Toujours est-il que l'Union n'est pas la seule à souffrir ces critiques, la CourE.D.H. n'est pas épargnée non plus, bien que la critique s'avère plus délicate.

2) *La critique de la déformalisation des droits fondamentaux par la CourE.D.H.*

En effet, la CourE.D.H. et de manière générale les juges supra-nationaux — notamment ceux appartenant à des institutions de protection des droits de l'Homme — sont accusés de porter atteinte à la démocratie. Cela apparaît comme un comble, un paradoxe, étant donné que l'un de leurs « devoir » est de préserver la démocratie ; ciment de la protection des droits de l'Homme. Cette critique tient en un mot : la « déformalisation » des droits fondamentaux. Cette dernière irait jusqu'à saper les principes de l'État de droit, notamment la clarté et la prévisibilité du droit⁹⁰. La critique de la déformalisation renvoie au fait que l'interprétation des droits par le juge implique une forme d'arbitraire et que cette interprétation mène inéluctablement à une décision politique. La déformalisation renvoie aussi à l'idée que derrière ces interprétations soi-disant arbitraires, se cachent des « élites » — au sens auquel l'emploie le populisme — ou des instances technocratiques qui usent d'un vocabulaire trop technique, « *banalisent les drames humains qui se cachent derrière un vocabulaire et des raisonnements de plus en plus complexes et sophistiqués* ». ⁹¹ C'est là que certains dénoncent une rupture avec les préceptes de l'État de

⁸⁸ « *L'abdication d'une démocratie peut prendre deux formes, soit le recours à une dictature interne par la remise de tous les pouvoirs à un homme providentiel, soit la délégation de ces pouvoirs à une autorité extérieure, laquelle, au nom de la technique, exercera en réalité la puissance politique, car au nom d'une saine économie on en vient aisément à dicter une politique monétaire, budgétaire, sociale, finalement "une politique", au sens le plus large du mot, nationale et internationale.* »

⁸⁹ « *Le peuple peut désigner le gouvernement et le pouvoir législatif au suffrage libre et égal. Ce noyau dur peut être complété par la possibilité de référendums sur des questions de fond (...). En démocratie, la décision du peuple est au centre de la formation et de l'affirmation du pouvoir politique : tout gouvernement démocratique connaît la crainte de perdre le pouvoir en cas de non-réélection.* »

⁹⁰ J. D'ASPREMONT, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, cite par C. ROMAINVILLE dans « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme—La Cour européenne et l'exigence de légalité », dans *Dossier « Quel État de droit dans une Europe en Crise ? » RDLF 2018 chron. n° 33*

⁹¹ C. ROMAINVILLE, « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme (...) », *art.cit.*

droit, en ce que le droit des droits de l'homme finit par être trop flexible, inattendu, arbitraire, manipulable, politique et en-dehors des réalités⁹². Finalement, on retrouve en partie la critique facile et classique du gouvernement des juges ou de « l'état de jurisprudence ».⁹³

45. Plus largement, nous pourrions affirmer en nous joignant à Y.Lécuyer⁹⁴ que ces critiques sont « *ataviques* », l'assaut est « *multilatéral* » mais le tout présente un avantage : la Cour est devenue « *le fanal des antimodernes* » aussi, ces critiques sont devenues un critère de leur identification et ces opposants de la Cour sont devenus « *l'étendard des antilumières et partisans d'idéologies apparentées* »⁹⁵, qu'il s'agisse de politiques, des médias, mais aussi plus tristement de la doctrine et d'universitaires.

En effet, la jurisprudence évolutive, parfois finaliste et souvent audacieuse de la Cour E.D.H. ne manque pas de se fondre dans ce moule de la critique de la déformalisation. Cependant, les critiques reposent surtout sur une vision partielle — et sûrement partielle — de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour, aussi, nous accorderons plutôt avec la formule du juge Pinto de Albuquerque dans son opinion en partie dissidente d'un arrêt de 2016⁹⁶:

« (...) la déformalisation inhérente au droit européen des droits de l'homme n'est pas synonyme d'une dissolution nihiliste de la légalité, et cela pour une raison tout à fait fondamentale. Au sein de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, le consentement de l'État est encadré par une perspective cosmopolite de l'universalité des droits de l'homme et une compréhension dialogique de l'héritage commun de valeurs des sociétés européennes. »

46. Malheureusement, c'est exactement là ce que des régimes populistes abhorrent — évidemment — eux qui prônent un retour à des valeurs qui rassurent, conduisent à un regain nationaliste anti-pluraliste et donc non cosmopolite, et renient toute force supranationale surtout lorsque la défiance envers ces forces s'est installée. Aussi leur défiance envers la Cour apparaît finalement orientée, et ces procès d'intention « populistes » (mais pas que !) nous semblent injustes. Toujours est-il que certaines méthodes d'interprétation de la Cour peuvent être considérées comme allant complètement à rebours de toute la logique populiste. Parmi elles :

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Plusieurs auteurs pointent du droit cet « état de jurisprudence » qui renvoie à une conception matérielle de l'État de droit, parmi eux : C. SCHMITT, « La Tyrannie des valeurs (ou Le chemin de l'enfer est pavé de valeurs) », *Société, droit et religion*, 2015/1, n° 5, p. 5-20, », C. — M. PIMENTEL, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007

⁹⁴ Y.LECUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *RDLF*, 2019, chron. n°53

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ CEDH, *Mursic c. Croatie*, 20 octobre 2016, n° 7334/13, §24

le contrôle de proportionnalité et le recours au consensus ainsi que l'élaboration des obligations positives.

a. Le contrôle de proportionnalité et l'interprétation consensuelle

47. Toute la difficulté à laquelle s'expose la Cour — et les autres cours supranationales de protection des droits de la personne — repose sur l'équilibre à assurer entre la légalité, l'égalité devant la loi et la protection des libertés individuelles. La plupart des affaires mettent en relief cet équilibre fragile que la Cour s'efforce toujours de trouver, plus ou moins bien. Pour cela elle se demande toujours selon la formule bien connue si la mesure contestée est « *nécessaire dans une société démocratique* ».

48. Ce qui la mène à procéder au contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire qu'elle recherche cet équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt privé. Ce dernier peut varier selon que l'état a ou non une marge nationale d'appréciation, le degré d'appréciation de l'état étant évalué selon une ribambelle de facteurs⁹⁷, et il est vrai que certaines affaires ont pu laisser à penser que la Cour instrumentalisait cette marge nationale d'appréciation, notamment lors d'interprétations finalistes⁹⁸ ou lorsqu'elle faisait face à un peu trop de tensions⁹⁹.

49. Aussi, le contrôle de proportionnalité implique une sorte de déformalisation et d'arbitraire, la Cour doit « *faire la balance entre des éléments parfois incommensurables* ¹⁰⁰ » et elle prend aussi en compte des considérations politiques,¹⁰¹ ce qui peut mener selon certains

⁹⁷ CEDH., Rasmussen c. Danemark, 28 novembre 1984, n° 8777/79, §40 : la marge nationale d'appréciation varie selon « *les circonstances les domaines et le contexte* ». Normalement la Cour prend en compte trois paramètres : la nature du droit en cause, le but de l'ingérence, et l'existence ou non d'un dénominateur commun. Cependant, il y a des domaines où la Cour estime que la marge nationale d'appréciation doit être réduite, notamment lorsque la mesure litigieuse touche à la sphère d'intimité de la personne. À l'inverse elle sera plus large dans des domaines techniques ou des questions éthiques pour lesquelles elle ne s'estime pas suffisamment légitime.

⁹⁸ Dans Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, n° 28957/95, arrêt remarquable dans lequel elle affirme que « *elle attache moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels, mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés* » (§85).

⁹⁹ Les affaires en lien avec le port du voile sont assez édifiantes sur ce point, notamment l'arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, n° 44774/98, où elle va accorder une marge nationale d'appréciation importante en se montrant sensible au contexte turc alors qu'elle aurait pu dire l'inverse : il y a un consensus pour la non-interdiction puisque quarante-quatre États partis n'interdisent pas le port du voile.

¹⁰⁰ C. ROMAINVILLE, « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme (...) », *art.cit.*

¹⁰¹ Voir *infra*. Note 99.

à des problèmes de clarté et de prévisibilité, alors même qu'il s'agit de principes inhérents à l'État de droit.

b. Les obligations positives

50. Finalement, les obligations positives par leur nom même sont une barrière à l'acceptation de la jurisprudence de la Cour par des régimes populistes. Ces derniers n'entendant en aucun cas se faire dicter leur conduite par une « force » extérieure étant donné que cette dernière décidera — soi-disant — invariablement en fonction de l'intérêt des « Autres » et non du « Peuple » comme s'échinent à l'affirmer certains dirigeants populistes.

51. De plus c'est là s'immiscer d'une certaine façon directement dans la souveraineté des États, étant donné que la Cour identifie ces obligations inhérentes à l'État qu'elle oblige à exécuter. Les régimes populistes ne le supportent pas, mais de manière générale, les États membres du Conseil de l'Europe ont toujours regardé d'un œil plus ou moins mauvais ce développement jurisprudentiel. Aussi cela « *peut paraître en rupture avec la conception sous-jacente à la théorie libérale de l'État de droit*¹⁰² », c'est-à-dire la conception formelle de l'État de droit. Or, on remarquera qu'en réalité cela vise à protéger, certes matériellement, mais de manière effective l'État de droit et les droits fondamentaux. D'autant plus que la Cour ne manque pas de rappeler qu'elle participe au respect de l'État de droit ; notamment *via* la prééminence du droit « *dont s'inspire la Convention tout entière*¹⁰³ », et qui est citée dans près de mille arrêts.

¹⁰² C.ROMAINVILLE, « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme (...) », *art.cit.*

¹⁰³ CEDH, Engel c. Pays-Bas, 8 juin 1976, n° 5100/70

§ 2 : Le désenchantement social, petite histoire d'une grande utopie

Vingt ans ont passé [après 1990] (...) Un professeur d'université que je connais m'a raconté : « À la fin des années 1990, cela faisait rire les étudiants quand j'évoquais l'Union soviétique, ils étaient sûrs qu'un avenir nouveau s'ouvrait devant eux. Maintenant, ce n'est plus comme ça... Les étudiants d'aujourd'hui ont déjà appris ce qu'est le capitalisme, ils l'ont ressenti en profondeur — les inégalités, la pauvreté, la richesse arrogante. Ils ont sous leurs yeux la vie de leurs parents auxquels le pillage du pays n'a rien rapporté. Et ils ont des opinions radicales. Ils rêvent de faire leur révolution à eux. Ils portent des tee-shirts rouges avec des portraits de Lénine et de Che Guevara. »

Svetlana Alexievitch,

La fin de l'Homme Rouge ou le temps du désenchantement

Les populations de l'Est vécurent près de soixante-dix ans de marxisme-léninisme et observèrent la tragédie que fut l'Union soviétique. Cette période fut notamment caractérisée par la pauvreté des populations. Les pays traversèrent tous de sérieuses crises économiques, et lorsque l'ère de la transition commença, la transition à une économie de marché fut bâclée, alors même que les populations cherchaient à sortir de la pauvreté **(A)**. La promotion de la démocratie constitutionnelle libérale n'a donc pas été salvatrice pour ces populations, le social y étant beaucoup moins mis en avant, « l'identité européenne » même est en crise, les valeurs de la Convention également et cette absence de modèle, de vision du monde « idéale » ; c'est exactement ce qu'offrent les *leaders* populistes **(B)**.

A) La constante lutte contre les inégalités et la pauvreté

1) Le poids du modèle économique soviétique

52. Avant la chute du mur de Berlin, l'économie soviétique était en totale autarcie. Elle était basée sur la propriété étatique et sur la douloureuse réalité de la « planification » dont les populations feront l'expérience pendant des années entre la terreur du Goulag et le travail forcé pour presque toute la population¹⁰⁴. Aussi, la précarité restait la règle. Cela eut d'ailleurs pour effet d'introduire une brèche dans « *le mythe de l'égalitarisme et de l'uniformité socialiste*¹⁰⁵ » :

¹⁰⁴ On estime entre dix-huit millions et vingt-quatre millions le nombre de Soviétiques forcés à travailler, le podcast disponible sur France Culture « Les révolutions économiques de la Russie » dresse un tableau de cette période. Disponible à : <https://www.franceculture.fr/emissions/entendez-vous-leco/entendez-vous-leco-du-mardi-12-juin-2018>

¹⁰⁵ A. CONSTANTIN, « Ragaru (N.), Capelle-Pogacean (A.), dir., Vie quotidienne et pouvoir sous le communisme. Consommer à l'Est, Paris, Karthala, 2010 » dans *Politix*, 2011/3, n° 95, p.248

rhétorique égalitaire sur laquelle les autorités misaient gros afin d'étouffer les contestations. Ensuite, intervint la *Perestroïka* lancée par Gorbatchev qui s'entend souvent comme un mouvement vers « l'économie socialiste de marché », certains États tentèrent des réformes, par la mise en place de ce qui est appelé un « socialisme à visage humain¹⁰⁶ » ou plus péjorativement : « *communisme du goulash*¹⁰⁷ ». Mais les réformes s'enlisèrent, la dette augmenta et le pouvoir d'achat baissa encore¹⁰⁸.

53. Ce qui est à prendre en compte ici est le fait que des auteurs analysent l'échec à répondre aux attentes des consommateurs comme une cause de l'effondrement du système soviétique, et surtout une perte de légitimité¹⁰⁹, notamment car le projet socialiste a pris la forme d'une « *économie de pénurie*¹¹⁰ ». Aussi, il semblerait que la perte de foi des populations dans le communisme trouve en partie sa source dans cet échec à lutter contre la pauvreté. Ce dont il faut tenir compte actuellement, si le manque de « socialisation » réelle du régime communiste a causé sa perte, alors il peut en aller de même – bien que cette hypothèse soit confinée à un cas extrême - pour le Conseil de l'Europe qui laisse à la marge les droits sociaux.

2) *La tentative de passage à une économie de marché*

54. Finalement, la chute du mur de Berlin et l'ère de la transitologie ont marqué des transformations politiques, économiques et sociales. Or, comme vu précédemment, les transitions démocratiques et leur consolidation ont été quelque peu bâclées, et ce, notamment dans le domaine social¹¹¹ qui fut mis de côté en accord avec l'idéologie de l'époque¹¹².

55. Aussi, dans les années 1990, les pays de l'ex-bloc soviétique ont connu « (...) *la détresse sociale, la pauvreté de masse et l'exacerbation des inégalités* (...) »¹¹³, le PIB a énormément

¹⁰⁶ F.DELANEUVILLE, « L'évolution du rôle de l'État dans les États du groupe de Visegrad : de l'ère moderne à l'ère postmoderne », *Civitas Europa*, 2018/1, n° 40, p.168 : Comme la Hongrie sous Janos Kadar en 1968, ou la Tchécoslovaquie avec Aleksander Dubcek, mais cette dernière vit ses efforts réduits à néant après le printemps de Prague de même que la réforme hongroise

¹⁰⁷ M-C.MAUREL, « Nadège Ragaru et Antonela Capelle-Pogacean, dir., *Vie quotidienne et pouvoir sous le communisme. Consommer à l'Est*, Karthala, Paris, 2010 », dans *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2010/3, n° 41, p. 144

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ L.PORRAS, « Inégalités des revenus dans la transformation post-socialiste : Une approche institutionnelle des cas tchèque, hongrois et russe », dans *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2010/2, n° 41, p. 70

¹¹² Le domaine social a été mis de côté pour deux raisons : tout d'abord le néolibéralisme négligeait ce facteur, de plus, une certaine idéologie, désormais nommée l'arbitrage « *trade-off* » (Repose sur l'idée que des inégalités encouragent la productivité, ce qui engendre une économie efficace, mais qui produit nécessairement des inégalités, c'est donc un arbitrage, un équilibre à assurer.), était majoritaire et influençait donc les décisions de l'époque. Idée selon laquelle la répartition des revenus et des richesses se ferait alors « spontanément ».

¹¹³ L.PORRAS « Inégalité des revenus dans la transformation post-socialiste (...) », *art.cit.*, p.70

chuté et les inégalités se sont faites durement ressentir¹¹⁴. Tout cela a engendré des niveaux très élevés de pauvreté. La scène internationale s'est alors saisie de la question dans les années 2000 et a diffusé de « *bonnes politiques*¹¹⁵ » de transformation, sans pour autant parvenir à éviter de longues périodes de récession qui ont concerné la plupart des anciens pays soviétiques. Dès lors, la démocratie libérale constitutionnelle ne tenu pas ses promesses, et cet accroissement des inégalités ne cessa de nourrir le désenchantement social. Par ailleurs, cette hausse des inégalités fut reprochée aux États, qui mirent en place des mesures d'austérité. Ce fut le cas en Hongrie, après une importante crise politique en 2006, aggravée par la crise économique de 2008. Les mesures d'austérité alors mises en place « *eurent des conséquences dévastatrices sur le niveau de vie des Hongrois et leur adhésion aux valeurs du système démocratique libéral*¹¹⁶ ».

56. Aussi, ce désenchantement social trouve une de ses sources dans l'échec du modèle démocratique constitutionnel libéral par la conjonction de diverses crises, et par une demande constante et prégnante depuis l'ère soviétique de lutte contre la pauvreté et de recherche d'égalité à laquelle il ne fut pas répondu adéquatement. Ou qui en tout cas échoua aux yeux des populations. Aussi, le modèle prôné par la scène européenne, mais aussi le Conseil de l'Europe, et auquel les sociétés de l'Est étaient censées adhérer ne leur offrait pas ce qu'elles attendaient.

57. Au sein du Conseil de l'Europe, un seul un instrument protégeait et protège les droits économiques et sociaux : la Charte sociale européenne, or son statut est révélateur de la dépréciation de ses derniers¹¹⁷.

Dès lors, le désenchantement social a pour conséquence un pessimisme néfaste des populations qui finissent par porter au pouvoir des dirigeants populistes qui semblent (« eux ») être à leur écoute en leur promettant monts et merveilles.

B) L'absence d'un modèle social idéal pourtant si recherché

58. Le modèle de la démocratie libérale — qui est au cœur du projet politique du Conseil de l'Europe — semble s'être épuisé, ses limites sont devenues visibles et ses formes multiples

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Rapport de la Banque Mondiale *Making transition Work for everyone*, 2000

¹¹⁶ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », dans E. Dubout, S. Touzé (dir.), *Refonder les droits de l'homme — des critiques aux pratiques*, Coll. Publications du Centre de Recherche sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire, Éditions A. Pedone, , Paris, 2019, p.216

¹¹⁷ Voir notamment : C.NIVARD, « *La justiciabilité* » des droits sociaux, *Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 8 et s.

le rendent parfois illisible. Au contraire, dans certains pays particulièrement « désenchantés », des *leaders* offrent de nouveaux modèles qui séduisent les populations.

59. En effet, « *ce régime politique [la démocratie] qui fut longtemps considéré comme l'aspiration suprême des peuples soumis est loin d'être perçu comme le modèle à atteindre (...)* »¹¹⁸. Elle est devenue, aux yeux d'une majorité, celle de dirigeants riches et indifférents aux inégalités, elle est devenue corrompue et pas assez représentative, trop peu soucieuse du bien-être du peuple, etc.¹¹⁹. Ainsi on assiste donc en Europe au développement de mouvements considérés comme antidémocratiques et qualifiés de populistes. Cela semble révélateur, mais de quoi ?

60. Il semblerait que ces mouvements protestataires trouvent leur source dans l'épuisement du projet politique démocratique européen, souvent envisagé à travers son identité : celle d'une « *démocratie "à l'européenne"* »¹²⁰. Or, l'identité européenne est en crise¹²¹, l'actualité européenne démontre les défaillances à exporter ce modèle, ce qui révèle une véritable perte de vitesse du projet européen.

61. Tout d'abord, le système de la Convention E.D.H., apparaît moins libéral qu'avant, pour certains il oscille entre *statu quo* et recul de la protection des droits¹²². De plus, du côté « désenchantement social » la Charte sociale européenne voit son seul mécanisme de contrôle - dirigé par le Comité européen des droits sociaux - et ses conclusions être reléguées au magasin des accessoires non contraignants. Le Comité européen n'étant de surcroît pas l'organe de la décision finale. En effet, il revient au seul organe politique du Conseil de l'Europe (le Comité des ministres) de décider ou non de l'adoption d'une recommandation sur la base d'un rapport de non-conformité du Comité européen. A cela, on ajoutera que la portée même de la Charte est limitée par un mécanisme de ratification « à la carte ». Aussi, tout cela est la « *preuve de la dépréciation juridique des droits sociaux* »¹²³ au sein du Conseil de l'Europe, et qui peine à convaincre les populations que le modèle – en particulier social - du Conseil de l'Europe est un idéal à atteindre. Ils en viennent eux-mêmes à le déprécier.

¹¹⁸ Y.MENY, *Imparfaites démocraties*, *op.cit.* p.51

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ C.HUSSON-ROCHCONGAR, « La démocratie, au cœur de l'identité européenne ? », *Civitas Europa*, vol.40, n° 1, 2018, p.69

¹²¹ *Ibid.* p.75

¹²² *Ibid.* p.79

¹²³ C.NIVARD, « *La justiciabilité* » des droits sociaux, *Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.8

62. De plus, en période de crise, mais pas uniquement, la demande sociale d'inclusion, de droits économiques et sociaux, de leur justiciabilité et leur efficacité est prégnante¹²⁴. Or, comme nous l'avons constaté, la Convention n'offre pas un modèle de protection des droits sociaux satisfaisant à travers la Charte sociale. Ces droits « de deuxième génération » font encore trop débat et ne font pas pleinement partie d'une tradition juridique européenne, ce qui avait d'ailleurs créé une rupture lors de l'élaboration de la Convention¹²⁵.

Pourtant les pays de l'Est sont très sensibles aux droits sociaux, comme leurs constitutions le démontrent. Là encore, une scission semble donc intervenir entre les démocraties occidentales et orientales, car les états postcommunistes sont les pays qui protègent le plus grand nombre de droits économiques et sociaux¹²⁶, ce qui est significatif de leur tradition et spécificité régionale et explique que le modèle démocratique dit « européen » ne les séduit pas complètement. Quoiqu'il en soit l'Europe fait défaut aux populations : « (...) loin d'être une simple protestation sans contenu, le populisme xénophobe d'extrême droite se fonde sur une vision du monde articulée (...). Une vision du monde, c'est-à-dire, précisément, ce qui fait désormais défaut à la social-démocratie (...) libérant ainsi un espace pour l'expression du refus du système ¹²⁷».

Ce désenchantement social est un aspect prépondérant de la dimension protestataire du populisme en Europe de l'Est, comme le relève H.Deleersnijder cette dimension est celle où « prédomine la contestation d'un ordre social jugé injuste et qui sert prioritairement d'exutoire au mal-être de groupes précarisés ¹²⁸». Ce sont donc des citoyens en colère, désillusionnés et demandeurs ; prêts à « se soumettre » à un modèle, plus séduisant que celui de la Convention ou un autre, qui de ce fait élisent ces dirigeants aux grandes ambitions. Ils font alors miroiter une véritable « vision du monde », un véritable modèle « démocratique » et social prétendument idéal.

63. D'un autre côté, il semble qu'une autre dimension anime ces mouvements populistes : l'identitaire, qui tient plus à des revendications irrationnelles qu'à une quête de souveraineté qui d'un côté semble présider à la logique de cet aspect identitaire. Son côté irrationnel ayant

¹²⁴ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op. cit.* p.218

¹²⁵ Voir *infra.* p.7

¹²⁶ C. JUNG, R. HIRSHI, E. ROSEVEAR, "Economic and Social Rights in National Constitutions", *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, 1043-1098

¹²⁷ Y. CAMUS, « Aux racines de l'extrême droite – Sur le Front », *Le Monde diplomatique*, mars 2004, disponible à : <https://www.monde-diplomatique.fr/2004/03/CAMUS/11089>

¹²⁸ H. DELEERSNIJDER, « La dérive populiste en Europe centrale et orientale », *art.cit.*, p.182

tendance à mener à une vision manichéenne de tous les sujets abordés : souveraineté, nationalisme, Europe, « Peuple ».

Chapitre 2 : La logique identitaire ou le ravivement du pendant nationaliste

Un « attribut » du populisme, sur lequel la plupart s'accordent serait celui qui tient à la rhétorique suivante : le « Peuple » vs. « les Autres ». Ce discours que les *leaders* populistes emploient presque systématiquement en venant sacraliser un « Peuple », et en se targuant de venir lui rendre la parole, emporte des conséquences graves pour le pluralisme, la cohésion européenne, la mixité, mais aussi les contre-pouvoirs, car quiconque s'attaque au régime s'attaque au « Peuple » et devient adversaire, et quiconque ne rentre pas dans le moule du « Peuple » originel et homogène — pour lequel le vide définitionnel est accablant — devient un rebut de la société ou une entité à dénigrer (**Section 1**). D'autant plus que ce discours populiste semble n'être qu'un mirage ; les dirigeants usent de ces discours pour se poser en sauveurs de la démocratie et se maintenir au pouvoir. La réalité pour les populations n'est pas plus rose qu'avant et semble au contraire prendre un virage autoritaire alarmant (**Section 2**).

SECTION 1 : LA SOURNOISE SACRALISATION DU PEUPLE

La rhétorique populiste consiste à alimenter, sans cesse, un clivage : le « Peuple » contre les « Autres ». Cette sacralisation du « Peuple », se résume en une conséquence : le rejet du pluralisme. Ce qui emporte deux conséquences, le mépris de tout ce qui est différent, donc de la diversité (§1), et la diabolisation de tout ce qui soi-disant s'y attaque, c'est-à-dire les adversaires des *leaders* populistes (§2).

§ 1 : Le mépris de la diversité

« Diviser pour mieux régner », c'est finalement ce qui décrit le mieux le discours « populiste ». Ainsi le mépris de la diversité, consiste en angéliser, sacraliser le « Peuple », dont le vide définitionnel est dangereux, car il désigne en réalité le peuple « originel et homogène » et surtout, souverain (A), en opposition aux « Autres », le discours prend alors un tournant

haineux, qui dépeint les « Autres » comme des attaquants du « Peuple », de la Nation, et de sa souveraineté (B).

A) L'encensement du Peuple originel et homogène

64. En effet, les *leaders* charismatiques qui sont élus s'emploient à raviver le sentiment nationaliste de populations en constante quête de souveraineté en venant porter aux nus le « Peuple », et en l'opposant à « l'élite corrompue ». Comme vu précédemment, le manque de crédibilité des élus – que représentent à leurs yeux la Cour et tout le système de la Convention – sont des causes de déception des populations. Dès lors, leur critique devient une véritable stratégie pour les *leaders* populistes qui viennent mobiliser cette rancœur et jouer sur l'affect¹²⁹.

65. Cette rhétorique du « Peuple » contre le reste du monde vient donc exprimer les frustrations des populations, or, Y. Mény souligne le fait que cette exaspération/frustration déclenche la protestation populiste qui existe depuis plusieurs décennies, la différence étant que depuis quelques années cette protestation semble avoir muté, s'être amplifiée¹³⁰.

66. Aussi, désormais : « *Bien loin d'encadrer ces pulsions agressives et vindicatives, les mouvements populistes les encouragent, les manipulent, les exploitent, les amplifient* ¹³¹ ». Ce trait caractéristique du populisme et qui revient dans presque toutes les études — toutes disciplines confondues — s'appuie sur l'importance du rôle d'un « leader charismatique » qui est souvent doté de très grandes d'ambitions et qui pour cela cherche continuellement à entretenir un lien fort avec ce que l'on pourrait qualifier ses « fidèles », le « Peuple » afin d'asseoir sa légitimité.

67. En effet, un des leitmotivs populistes consiste à scander la volonté de rendre la parole et son pouvoir au peuple. Il s'agit d'une rhétorique qui se veut salvatrice pour les populations et qui consiste aussi en un appel un peu « gourou » et démagogue à ce dernier cherchant à l'appâter. La part « protestataire » de ces mouvements, qui est propre à n'importe quelle action politique, se fait doubler par la part « identitaire » et irrationnelle.

¹²⁹ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », p. 207

¹³⁰ Y.MENY, *Imparfaites démocraties*, op.cit. p.204 : Avant, les partis de gauche ou les syndicats servaient d'exutoires aux mécontentements des populations découlant de politiques considérées anti-sociales.

¹³¹ *Ibid.*

68. Le grand danger étant que lorsque ces derniers finissent par accéder au pouvoir, ils ne sont plus « juste » dépourvus de cadre, mais ils créent ce « cadre », laissant libre cours à la haine et à l'arbitraire.

B) L'apologie de la méfiance, ni Moscou ni Bruxelles, ni donc Strasbourg

1) Une incessante quête de souveraineté

69. N'oublions pas que les pays d'Europe centrale et orientale dans lesquels on observe actuellement une résurgence du populisme (Pologne, Hongrie, Biélorussie, etc.) partagent une certaine homogénéité étant donné qu'ils ont fait partie des différents empires centraux (empire Ottoman, dynastie des Habsbourg, empire austro-hongrois) et russes au cours de l'histoire¹³². Ils ont partagé temporellement le processus d'intégration à l'Union européenne (pour ceux en faisant désormais partie) et au Conseil de l'Europe et ils ont entamé des réformes démocratiques de manière quasi-simultanée. Un autre point caractéristique est l'importance de leurs populations, de la société civile, qui s'est plusieurs fois révoltée contre les différents pouvoirs souvent autoritaires qui avaient la main mise sur eux. Ces révoltes demandeuses de plus de liberté et de démocratie ont toutes été écrasées, la plupart du temps très violemment.

70. Cette sensible histoire partagée est nécessaire à prendre en compte pour comprendre la volonté de faire « *revivre la souveraineté annihilée par les grands voisins*¹³³ », et « *leurs réticences vis-à-vis de certaines politiques européennes qu'ils considèrent comme portant atteinte à leur souveraineté*¹³⁴ ». Certains de ces pays se sont même réunis en un groupe : le V4 ou groupe de Visegrad, ils se réunissent ainsi avant les Conseils européens pour se mettre d'accord sur une position d'ensemble.

71. Cette quête de souveraineté est compréhensible, mais les *leaders* charismatiques viennent s'en servir dans leur discours pour construire, faire entendre et faire accepter un discours qui disqualifie toute entité supranationale, telle la CourE.D.H. et fait de la souveraineté non pas un principe relativement flexible, mais un mot d'ordre aux contours très nets ne souffrant aucune dérogation ni limite.

¹³² F.DELANEUVILLE, « L'évolution du rôle de l'État dans les États du groupe de Visegrad : de l'ère moderne à l'ère postmoderne », *art. cit.* p.163

¹³³ F.BAFOIL, *Europe centrale et orientale. Mondialisation européenne et changement social*, *op. cit.* p.39

¹³⁴ F.DELANEUVILLE, « L'évolution du rôle de l'État dans les États du groupe de Visegrad : de l'ère moderne à l'ère postmoderne », *arti.cit.* p.163car

2) *Le détournement haineux d'une quête de souveraineté*

72. Les revendications et les slogans de certains partis — pouvant être considérés comme populistes de par leurs tendances nationalistes et ultra-conservatrices — sont particulièrement édifiants et rendent parfois violemment compte de leur méfiance envers tout ce qui est « autre ».

73. Il s'agit alors de s'intéresser à la scène politique de l'U.E., car contrairement à la Convention elle offre une « arène politique » dans laquelle les discours populistes s'égrènent. Et ils sont révélateurs de l'idéologie populiste générale, qui en rejetant Bruxelles rejette aussi Strasbourg. Sur ce point, les discours de ces différents partis lors des années 2000-2004, c'est-à-dire les périodes d'adhésion à l'Union sont révélateurs. La Ligue des familles polonaises (LPR) présidée par Marek Kotlinowski¹³⁵ par exemple a pour devise bien connue « *La Pologne aux Polonais* », elle a aussi déclamé d'autres formules, parfois particulièrement violentes qui se passeront de commentaires : « *Dehors, les envahisseurs étrangers* », « *Hier Moscou, aujourd'hui Bruxelles* », « *Hier secrétaires du Parti, aujourd'hui commissaires* », « *UE=URSS* », ou encore, « *La terre c'est la mère, on ne vend pas sa mère* »¹³⁶. On retrouve aussi dans le discours de ce parti le témoignage - certes exagéré - de l'échec de la transitologie et de l'intégration européenne, car il présente souvent l'adhésion à la Convention européenne comme une « occupation » par les pays riches, en faisant des parallèles avec des moments historiques qu'a subi la Pologne notamment lorsqu'elle était occupée ou même rayée de la carte¹³⁷.

74. Cette mouvance est incarnée par des partis tels que le FIDESZ de Victor Orban, ou le PiS de Jaroslaw Kaczynski et Andrzej Duda (désormais au pouvoir) ou même le SMER de Robert Fico en Slovaquie qui n'échappe pas à la règle (lui se situe à gauche de l'échiquier politique). À titre d'exemple, certains extraits du discours de V.Orban — désormais au pouvoir depuis 2010 — en juin 2019 sont édifiants. Il affirmait alors : « *Nous avons réussi à mettre un croc-en-jambe à tous les candidats de George Soros [faisant référence au système de la Convention et à la Cour en particulier]. Partout. Nous avons empêché que des guérilleros*

¹³⁵ Qui a tout de même obtenu 15,62% des voix lors des élections au Parlement européen en 2004.

¹³⁶ Toute ces formules sont tirées de l'article de K.CZERNICKA, « La ligue des familles polonaises, Montée en puissance d'un parti anti-européen », dans *La Documentation française* « *Le Courrier des pays de l'Est* », 2004/5, n° 1045, p.92.

¹³⁷ *Ibid.* p.86

idéologiques [on remarque là une certaine ironie à l'emploi de ce terme] soient placés à la tête des principales institutions européennes (...)»¹³⁸.

75. En fin de compte ils manœuvrent en faisant l'offre d'une idéologie nationaliste qui s'avère en réalité autoritaire et répressive lors de la mise en œuvre des politiques pour le « Peuple » et contre les « Autres ».

§ 2 : L'étouffement de l'adversité

La logique populiste ne souffre ni les « Autres », ni les adversaires au régime, aussi le discours caractéristique vient raviver à l'extrême le sentiment nationaliste des populations pour les emporter avec lui (**A**), et pour les plus sceptiques ou dissidents, une seule formule, très simple : la peur (**B**), en bref, le début de la fin de la démocratie.

A) L'usage immodéré du discours nationaliste

76. Le discours populiste qui emprunte beaucoup à la démagogie se sert donc des frustrations des populations. Mais surtout, il vient amplifier et détourner ces revendications. Aussi, la revendication qui tenait au déficit démocratique, aux insuffisances de politiques sociales, finit par être étouffée par un discours aveuglement manichéen qui ne tient qu'au Peuple et à sa légitimité originelle. Il vient justifier toute politique, toute quête de souveraineté poussée aux extrêmes.

77. Dès lors, des protestations légitimes sur certains points laissent la place à la xénophobie, au nationalisme exacerbé et surtout à l'anti-pluralisme. La « *sacralisation du peuple souverain ou de la volonté du peuple par les "populistes" a pour effet le mépris du pluralisme et le rejet des contre-pouvoirs* ¹³⁹», et le bât blesse ici, car il s'agit d'une vision étriquée et identitaire, celle d'un peuple soi-disant originel et homogène mettant de côté certaines minorités, étrangers ou autres groupes ne rentrant pas dans le moule partial et subjectif du « Peuple ». Cette vision

¹³⁸ Discours complet retranscrit dans le Visegrad Post, disponible à : <https://visegradpost.com/fr/2019/07/29/discours-complet-de-viktor-orban-a-tusvanyos-philosophie-politique-crise-a-venir-et-projets-pour-15-ans/>

¹³⁹ P-A. TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l'âge des démagogues », *art.cit.* p.3

est en rupture totale avec la vision universaliste des droits de l'Homme qui préside notamment au sein de la Convention.

78. De plus, les mouvements populistes sont dépourvus de cadres et sont animés d'une détestation impressionnante envers les élites, d'une volonté de « *dégagisme*¹⁴⁰ » qui s'exprime trop souvent de façon violente. Le discours nationaliste vient donc alimenter la xénophobie et l'anti-pluralisme, faisant de l'immigration un sujet sensible qu'il faut haïr et par-delà la Cour et sa jurisprudence qui s'est saisie de la question à maintes reprises. Il faut les haïr, car les politiques migratoires sont européennes, car la protection des droits des migrants par la CourE.D.H. vient porter atteinte aux droits du « Peuple » et ne laisse pas ce dernier s'épanouir, mais au contraire l'écraser. De manière générale les dirigeants populistes n'ont de cesse de s'attaquer à cette question, soit par principe, car elle est orchestrée par les élites qui protègent les droits des migrants (CourE.D.H.) soit par pure xénophobie. L'un et l'autre sont à craindre et sont révélateurs de l'usage d'une rhétorique populiste particulière emprunte d'une rageuse volonté de « *dégagisme* » contre la Cour notamment.

79. Finalement, ces dirigeants dits « populistes », ne sont pas grand-chose d'autre que des dirigeants d'extrême droite qui contestent le système européen... Leur particularité étant d'user de ce qu'on peut qualifier « style politique » populiste. Le plus inquiétant est peut-être le musèlement et l'étouffement de toute sorte d'opposition, car certains dirigeants « populistes » viennent franchir la ligne « simplement » radicale conservatrice et démagogique pour basculer dans l'autoritarisme.

B) Le maniement de la peur et de la répression

80. Sacraliser, angéliser ce « Peuple », originel, vrai, culturellement homogène, revient alors à dénier toute culture ou ethnie différente. S'appuyer sur ce « Peuple » porté aux nues qui détiendrait la vérité générale conduit à réprimer toute opinion opposée. C'est un trait inhérent à ce genre de populisme : l'anti-pluralisme, que tous les auteurs s'accordent à associer au populisme¹⁴¹.

¹⁴⁰ Y. MENY, *Imparfaites démocraties*, *op.cit.* p.206

¹⁴¹Pour en savoir plus : L. BURGOGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* sa contribution dresse un état de l'art très complet sur le sujet. Et, P-A. TAGUIEFF, considéré comme une référence dans le domaine s'accorde à dénoncer cette tendance anti-pluraliste.

81. Ces *leaders* populistes affirment être porteurs d'un projet de démocratie véritable, or, peu importe le bord politique auquel on adhère, normalement, la liberté d'expression de l'opposition ou des minorités est un marqueur d'une démocratie vivante. Pourtant, la part irrationnelle du discours populiste lorsque mise en œuvre conduit à une répression de l'opposition. Ces régimes délégitiment constamment toute opinion contestataire : l'opposition, la presse, la société civile, les ONG, les universitaires et les institutions telles que les Cours constitutionnelles¹⁴². Cette alerte atteint ensuite son paroxysme, lorsque les dirigeants ne se contentent pas de la délégitimer, mais s'emploient à l'éliminer : « *ces scénarios se manifestent quels que soient les continents, quels que soient les positionnements sur l'échiquier politique des régimes populistes* »¹⁴³.

82. Ainsi, ils viennent museler la presse et l'opposition politique, ou réduire les ressources permettant d'assurer le fonctionnement des ONG ou des universités. L'actualité russe en lien avec A. Navalny démontre que les opposants politiques ont à craindre, partout ailleurs l'arbitraire est de mise (incarcération arbitraire, violence, peur) et chacun craint sa mise en œuvre. Récemment, plusieurs accusations ont visé la Hongrie, après l'arrestation arbitraire de plusieurs individus ayant exprimé leur opinion et désaccord en lien avec la gestion de la crise du coronavirus¹⁴⁴ bien qu'il ne s'agisse que d'un exemple parmi tant d'autres. De même que le musèlement de la justice en Pologne et en Hongrie, *via* le droit (réformes législatives et constitutionnelles), mais aussi *via* l'oppression comme le montre l'exemple désormais connu du juge Igor Tuleya en Pologne, devenu un symbole pour l'indépendance de la justice¹⁴⁵. Ce dernier s'est toujours opposé au gouvernement ultraconservateur, ce qui lui a valu d'être convoqué par une chambre disciplinaire. De même pour la juge Beata Morawiec, victime d'accusations douteuses qui ont, elles aussi, soulevé une vague d'indignation¹⁴⁶.

83. Cela emporte deux conséquences : le délitement de la démocratie, le rejet des valeurs de la Convention et la limitation de l'information de la population qui bien que toujours douée de libre arbitre, n'a plus accès à des médias indépendants, et ne voit qu'une part de l'actualité,

¹⁴² L. BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.*, p.234

¹⁴³ *Ibid.* p.235

¹⁴⁴ A. BIANCHI, « En Hongrie, s'exprimer sur la pandémie peut valoir une arrestation », dans *Euractiv*, 18 mai 2020, disponible à : <https://www.euractiv.fr/section/politique/news/en-hongrie-s'exprimer-sur-la-pandemie-peut-valoir-une-arrestation/>

¹⁴⁵ Pour en savoir plus le site de suivi de l'État de droit en Pologne (ruleoflaw.pl) suit l'affaire de près : <https://ruleoflaw.pl/the-disciplinary-chamber-goes-to-task-on-judges-morawiec-and-tuleya/>

¹⁴⁶ *Ibid.*

et ce, à travers les yeux du régime en place. Cela explique en partie que les dirigeants continuent d'être réélus.

84. Cette répression aveugle et anti-pluraliste étouffe donc la démocratie, les contre-pouvoirs et les minorités. C'est un virage extrémiste et anti-pluraliste tristement caricatural qui sévit en Europe, mais aussi dans le reste du monde.

85. Dès lors cette rhétorique populiste et sa mise en œuvre revêtent une dangereuse dimension anti-pluraliste, mais surtout, cette rhétorique est opportuniste, elle ne sert en réalité que les dirigeants d'extrême droite qui s'en servent stratégiquement comme un discours de salut pour la population. La réalité étant toute autre.

SECTION 2 : L'INSTRUMENTALISATION DEMAGOGIQUE DE L'EXPECTATIVE POPULAIRE OU L'OPPORTUNISME DU DISCOURS POPULISTE

Comment expliquer que ces dirigeants populistes se fassent élire, puis réélire ? C'est, car leur discours est marqué par le sceau de l'opportunisme et de la stratégie électorale, en formulant des promesses tant attendues, mais qui ne se réalisent presque jamais (§1). Ces régimes, toujours en quête de légitimité afin de rester au pouvoir, emploient également un discours anti-démocratie libérale, en imaginant créer un nouveau style : la démocratie illibérale, qui n'est en réalité rien d'autre qu'un régime autoritaire faisant des ronds de jambe pour le cacher (§2).

§ 1 : Parler populaire et souveraineté, pour le peuple, mais malgré lui

La part « identitaire » du populisme, tient au discours classique du « Peuple vs. Les Autres » mais tient aussi à une rhétorique particulière et très opportuniste, qui use des désillusions des populations, principalement à des fins électorales (A) puisqu'après avoir accédé au pouvoir les dirigeants populistes mettent rarement en œuvre leurs promesses (B).

A) La formulation de promesses attendues

86. Le populisme n'a pas de spécificité idéologique politique, tout simplement car il peut s'appliquer à toutes les idéologies politiques¹⁴⁷. Finalement, il est plutôt un « style » politique qui s'exprime par une rhétorique particulière. Au-delà de ce discours « le Peuple vs. Les Autres » déjà étudié, la rhétorique populiste est par-dessus tout marquée par « *le sceau de l'opportunisme*¹⁴⁸ » ; les critiques qu'ils formulent sont les critiques que les populations veulent entendre et les promesses qu'ils déclament sont évidemment les solutions aux désarrois des populations auxquelles elles s'attendent et qui revêtent un côté « révolutionnaire ». Elles tiennent toutes en la critique de la démocratie traditionnelle, des élites européennes et de la Convention, déclin des partis et des idées, revendications sociales ignorées ou insatisfaites¹⁴⁹. Aussi, en mobilisant dans leur discours le Peuple, les *leaders* charismatiques cherchent à créer une « unicité abstraite ¹⁵⁰ ». De cette façon ils tendent à « *angéliser* » le peuple et « *l'investissent d'une promesse de salut* »¹⁵¹. Le Peuple considéré comme seul détenteur de la souveraineté ; toutes les actions politiques de ces *leaders* s'appuient dessus pour se légitimer. Aussi, les *leaders* populistes se saisissent de ce « vivier » électoral.

Ils se présentent alors comme déclencheurs d'un « *projet révolutionnaire moderne, qui se pense comme mode de réalisation de l'idéal démocratique* ¹⁵² » qui n'est en réalité rien d'autre que le passage à des systèmes démocratiques « radicaux » qui se caractérisent « *par une forte concentration du pouvoir entre les mains de l'Exécutif (...)* ¹⁵³ ».

87. Cependant, cela ne semble être qu'illusion, la réalité étant tout autre, et les réalisations des dirigeants « populistes » souvent bien pauvres.

B) La matérialisation d'une réalité corrompue

88. Sémantiquement parlant, ce que se targuent d'être les *leaders* populistes, c'est-à-dire des représentants du peuple est impossible, les caractéristiques sociales, culturelles, politiques,

¹⁴⁷ P-A.TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l'âge des démagogues », *art.cit.*,p.20

¹⁴⁸ Y.MENY, *Imparfaites démocraties*, *op.cit.* p. 115

¹⁴⁹ *Ibid.*, p.114

¹⁵⁰ *Ibid.* p.91

¹⁵¹ P-A.TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l'âge des démagogues », *art.cit.*, p.18

¹⁵² P-A. TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l'âge des démagogues », *art.cit.*, p.18

¹⁵³ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.213

de genre, de classe, etc. sont « *si plurielles que la distorsion représentant/représenté demeure*¹⁵⁴ ». Aussi convaincants que soient leurs discours, comment identifier et répondre justement à tous les intérêts ? De plus, ce qui est surtout frappant comme le dénonce Y.Mény : « (...) *c'est la pauvreté des propositions institutionnelles des populistes pourtant si critiques à l'égard de la représentation. Il n'y a pratiquement aucune tentative d'instaurer une démocratie plus participative (...)*¹⁵⁵ ».

Cela tient à la « réalité » de la démocratie, car il apparaît presque impossible de faire de la souveraineté du peuple un principe et un mécanisme praticable et faisable¹⁵⁶. De toute manière, ils tendent surtout à servir leur intérêt propre et leur *hybris* dirigiste et « démagiste ».

89. Aussi, la réalité de ces régimes populistes est la manipulation des aménagements démocratiques souvent au nom d'une « *ingénierie électorale*¹⁵⁷ ». Dans cette logique, V.Orban a notamment fait adopter une loi électorale « sur mesure » afin de contrôler le mécanisme de représentation : scrutin à un tour et à proportionnelle de liste. Le système électoral qu'il a instauré est assez complexe avec quelques nuances en plus¹⁵⁸, mais globalement le scrutin à un tour à la proportionnelle favorise V.Orban, car aucune majorité n'est requise. En 2014 il avait ainsi remporté les deux tiers des sièges à l'Assemblée avec 44,6% des voix¹⁵⁹.

De cette façon, le système électoral est en réalité mis au service d'un seul parti : celui du FIDESZ évidemment. D'autant que la plupart des médias sont soit muselés soit à la botte de ce dernier. La Commission de Venise avait d'ailleurs formulé plusieurs recommandations quant à cette situation, estimant que le processus n'était ni consensuel ni transparent¹⁶⁰.

90. Par ailleurs, les problèmes de corruption, inhérents aux contestations des populations dans ces pays et qui ont alimenté le désenchantement démocratique et social ne sont pas résolus. En Hongrie, de tels problèmes émergeaient à intervalles réguliers¹⁶¹, or, le Groupe d'états contre la corruption (GRECO) qui fait partie du Conseil de l'Europe a estimé dans son dernier

¹⁵⁴ Y.MENY, *Imparfaites démocraties*, *op.cit.* p.107

¹⁵⁵ *Ibid.* p.259

¹⁵⁶ *Ibid.* p.107

¹⁵⁷ *Ibid.* p.108

¹⁵⁸ L'article de B.GAUQUELIN les détails dans : B.GAUQUELIN, « Elections législatives en Hongrie : le système électoral favorise Viktor Orban », dans *Le Monde*, 8 avril 2018, disponible à : https://www.lemonde.fr/europe/article/2018/04/08/le-systeme-electoral-hongrois-favorise-viktor-orban_5282395_3214.html

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Venice Commission and OSCE/ODIHR, *Joint opinion on the act on the elections of members of Parliament of Hungary*, 18 juin 2012, Opinion No.662/2012, CDL-AD(2012)012

¹⁶¹ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.216

(et troisième) rapport de conformité¹⁶² que les actions menées par la Hongrie pour lutter contre la corruption des parlementaires, juges et procureurs qui sévit dans le pays étaient insuffisantes. C'est le rapport d'évaluation intervenu en 2015¹⁶³ qui avait d'abord adressé certaines recommandations à la Hongrie qui semble s'entêter à ne pas suivre¹⁶⁴. La corruption dénoncée dans le discours de V.Orban ne semblant donc plus faire partie de ses priorités, l'opportunisme premier de sa rhétorique dénonçant les travers politiques, puis l'inertie réformatrice ensuite, illustre sa stratégie électorale.

91. Au-delà de cet opportunisme démagogique à des fins électorales, qui semble soit-dit en passant propre à n'importe quel discours politique indépendamment son idéologie, la réalité dite « populiste » est encore plus grave. Ces régimes prennent de forts tournants ultra-conservateurs et autoritaires.

§2 : Le miroitement trompeur de l'utopique « sauvetage » démocratique

Sous couvert d'une révolution démocratique dite « illibérale » (A) les dirigeants populistes instaurent en réalité des régimes qui s'apparentent de plus en plus à des régimes autoritaires pour ne pas dire dictatoriaux (B).

A) Le discours révolutionnaire « illibéral »

92. Les régimes « populistes » en Europe centrale et orientale diffèrent d'autres régimes qualifiés de populistes, car une nouvelle tendance qualificative semble avoir émergé : celle de régimes ou démocraties « illibérales ». Eux-mêmes se définissent comme tels : des régimes illibéraux et V.Orban en est l'emblème depuis son discours du 26 juillet 2014. Il y affirmait :

« (...) la nation hongroise n'est pas une simple somme d'individus, mais une communauté qui a besoin d'être organisée, renforcée et développée, aussi, le nouvel État que nous construisons est un état illibéral, un État non libéral. Il ne dénie pas les valeurs fondatrices du libéralisme

¹⁶² GRECO, « Quatrième cycle d'évaluation, Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs, Deuxième rapport de conformité intérimaire, Hongrie », 25 septembre 2020, GrecoRC4(2020)10

¹⁶³ GRECO, « Quatrième cycle d'évaluation, Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs, Rapport d'évaluation, Hongrie », 27 mars 2015, Greco Eval IV Rep (2014) 10F

¹⁶⁴ Un premier rapport de conformité avait dénoncé cela, ainsi qu'un premier rapport de conformité intérimaire.

(...) *Mais il n'est fait pas de cette idéologie un élément central de l'organisation de l'état, mais applique une approche spécifique, nationale et particulière.*¹⁶⁵ ».

Il s'agissait de la première fois qu'un dirigeant d'un des pays de l'Union revendiquait cette expression, cependant selon W.Osiatynski, cela fait quelques décennies que ces « démocraties illibérales » — expression que l'on doit à Fareed Zakaria¹⁶⁶ — ont émergées. F.Zakaria définit ces démocraties illibérales comme des régimes qui reposent sur une forme démocratique de gouvernement sans pour autant garantir les libertés¹⁶⁷. Régime donc complètement antinomique avec la « société démocratique » de la Cour qui vise exclusivement à protéger les droits.

Pour W.Osiatynski le point le plus caractéristique des dirigeants de ces régimes illibéraux, c'est l'utilisation par tous les moyens d'une diffusion de la peur parmi les citoyens, dans le but d'être perçus comme les seuls capables de sauver les électeurs d'une menace réelle ou imaginaire¹⁶⁸. À son sens il n'existe qu'une seule différence entre une dictature et un régime illibéral, sa formule nous semble très juste et très parlante : « *La différence c'est que le message d'un dictateur sera "ayez peur de moi ou je vous ferai du mal". Un populiste, dit plutôt "ayez peur d'eux et je vous sauverai"*¹⁶⁹ ». Le discours de V.Orban est tout à fait significatif et délivre un véritable exemple de cette rhétorique assez particulière de l' « illibéralisme » ou populisme :

« La démocratie libérale n'a pas été capable d'obliger les gouvernements à déclarer qu'ils devaient servir les intérêts nationaux. Elle a même remis en question l'existence même des intérêts nationaux. (...) Nous pouvons affirmer en toute sécurité qu'en Hongrie, la démocratie libérale a été incapable de protéger la propriété publique (...) et l'état libéral hongrois n'a pas

¹⁶⁵ Traduction libre de la retranscription du discours dans The Budapest Beacon, disponible à : [https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/? sf s=orban+2014+speech+illiberal&sf_paged=5.%20La](https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/?sf_s=orban+2014+speech+illiberal&sf_paged=5.%20La) La version en anglais se lit comme suit: *Meaning, that Hungarian nation is not a simple sum of individuals, but a community that needs to be organized, strengthened and developed, and in this sense, the new state that we are building is an illiberal state, a non-liberal state. It does not deny foundational values of liberalism, as freedom, etc.. But it does not make this ideology a central element of state organization, but applies a specific, national, particular approach in its stead.*

¹⁶⁶ D'abord en 1997 dans F.ZAKARIA, « The rise of illiberal Democracy », dans *Foreign Affairs*, vol.76, n° 6, 1997, pp.22-43.

Puis dans F.ZAKARIA, *The Future of Freedom : Illiberal Democracy at Home and Abroad*, Norton & Company, 2003

¹⁶⁷ Définition exposée dans O.A. MACOVEI, « L'État illibéral dans l'Union européenne, essai critique de conceptualisation », dans *Civitas Europa*, vol.40, n° 1, 2018, p. 127

¹⁶⁸ W.OSIATYNSKI, *Human Rights and Their Limits*, Cambridge University Press, 2009, p.82. Extrait en anglais: « Usually, populist leaders use all accessible means to spread fear among citizens, precisely so that they will be seen as the ones who are able to save the voters from real or imaginary threats. »

¹⁶⁹ *Ibid.* Extrait en anglais: *The difference is that a dictator's message is "fear me or I will harm you." A populist, instead, says "fear them and I will save you."*

protégé le pays de la dette. Et, (...) il a échoué à protéger les familles du travail forcé¹⁷⁰ ».

93. Ainsi, le discours illibéral vient justifier toutes ses actions, y compris les violations des droits de l'homme¹⁷¹. Le danger est déjà grand, mais avec le temps, s'ajoute inévitablement l'éloignement et le délitement de la démocratie elle-même¹⁷², car ces nouvelles démocraties semblent désormais reposer sur des valeurs allant aux antipodes des valeurs de l'Union et du Conseil de l'Europe.

94. Elles veulent à tout prix être non libérales, donc illibérales, mais à force d'irrationalité elles tendent à aveuglement s'éloigner des valeurs « européennes » et de la démocratie au nom d'un intérêt apparemment imaginaire du Peuple, pour se rapprocher d'une forme de plus en plus autoritariste de régime.

B) La réalité révolutionnaire conservatrice ou autoritaire

95. Pour B.Gauquelin, la démocratie illibérale en Hongrie repose sur : « *l'ordre, le contrôle de la presse, la famille, la religion, le culte de la terre, la mystification d'un passé épuré (...) voir la peine de mort qu'il voulait remettre "à l'ordre du jour" en mai 2015¹⁷³ »*. Il n'est pas loin de la vérité. En effet, la tendance des démocraties dites « illibérales » est d'entretenir des liens de plus en plus tenus avec l'autoritarisme. Ce spectre anti-démocratique n'est pas homogène ni continu, comme le relève F.Zakaria, les démocraties illibérales couvrent un large spectre allant des régimes modérément transgresseurs ou attentatoires à des quasi-tyrannies. De plus, bien que les élections soient rarement libres ou justes, elles ont quand même lieu et

¹⁷⁰ Extrait du discours du 26 juillet 2014 de V.ORBAN, retranscrit dans le Budapest Beacon, disponible à : https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/?_sf_s=orban+2014+speech+illiberal&sf_paged=5.%20La.

La version anglaise se lit comme suit: "*Liberal democracy was not capable of openly declaring, or even obliging, governments with constitutional power to declare that they should serve national interests. Moreover, it even questioned the existence of national interests. (...)So we can safely state that in Hungary liberal democracy was incapable of protecting public (...).Then, the liberal Hungarian state did not protect the country from indebtedness. And – and here I mostly mean the system of foreign exchange loans – it failed to protect families from bonded labor »*.

¹⁷¹ W.OSIATYNSKI, *Human Rights and Their Limits* op. cit. p.82

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ B.GAUQUELIN « Hongrie : Viktor Orban, architecte de la démocratie non libérale en Europe », dans *Le Monde*, 2016, disponible à : https://www.lemonde.fr/international/article/2016/05/06/hongrie-viktor-orban-architecte-de-la-democratie-non-liberale-en-europe_4914994_3210.html

reflètent la participation des citoyens à la politique et leur soutien à ceux qui sont élus¹⁷⁴. Aussi le mélange de démocratie et d'autoritarisme varie suivant les pays¹⁷⁵.

96. L'autre différence avec la plupart des dictatures étant l'accès au pouvoir par les urnes, et non pas par les armes via des coups d'État. Aussi, une caractéristique commune de ces démocraties illibérales est la conviction partagée par leurs leaders que la victoire électorale leur confère des pouvoirs illimités¹⁷⁶.

97. Ces régimes jonglent donc avec l'autoritarisme et la démocratie, en s'opposant de cette façon à la Cour E.D.H. qui vise à protéger la démocratie. Tel est le cas de la Pologne et de la Hongrie notamment, qui ont affaibli la séparation des pouvoirs, respectivement par des réformes législatives et constitutionnelles qui seront étudiées par la suite. Comme étudié précédemment, ils ont aussi entrepris de museler voire réprimer les opposants politiques et ont même mis au banc certains juges un peu trop dissidents. Ils s'immiscent également dans l'éducation et la culture, d'une manière dangereuse qui ne laisse plus de doute quant à leur virage autoritaire. R.Krakovsky¹⁷⁷ dresse une liste alarmante de ces mesures : en 2018 la Hongrie a retiré l'accréditation aux « études du genre » dans les universités, dans les écoles maternelles doivent désormais inculquer « *la conscience nationale, les valeurs culturelles chrétiennes, l'attachement à la patrie et à la famille* ¹⁷⁸», une exposition de Frida Kahlo a été qualifiée de « *propagande communiste*¹⁷⁹ » et finalement, la pièce Billy Elliot a quant à elle été qualifiée de « *propagande homosexuelle* ¹⁸⁰».

98. Force est alors de constater que la Cour européenne, qui fait l'objet de cette étude, n'est pas parvenue à endiguer la prolifération de tendances autoritaires ou ultra-conservatistes en Europe alors même qu'elle prône la diffusion d'un seul modèle : la démocratie. De plus, au-delà de cet échec, la Cour européenne devient la cible de ces *leaders* contestataires de droite, et ne parvient pas à garantir une protection aux individus victimes de ces régimes.

¹⁷⁴ Traduction libre d'un extrait de F.ZAKARIA, *The Future of Freedom : Illiberal Democracy at Home and Abroad*, op.cit. p.13. Extrait en anglais: « *Naturally, illiberal democracy runs along a spectrum, from modest offenders such as Argentina to near-tyrannies such as Kazakhstan, with countries such as Ukraine and Venezuela in between. Along much of the spectrum, elections are rarely as free and fair as in the West today, but they do reflect popular participation in politics and support for those elected.* »

¹⁷⁵ *Ibid.* Extrait en anglais : « *The mixture of democracy and authoritarianism varies from country to country—Russia actually holds freer elections than most—but all contain these seemingly disparate elements.* »

¹⁷⁶ W.OSIATYNSKI, *Human Rights and Their Limits*, op.cit, p.82

¹⁷⁷ R.KRAKOVSKY, « Les démocraties illibérales en Europe centrale », dans *Etudes*, 2019/4, pp.21 et s.

¹⁷⁸ *Ibid.* p.21

¹⁷⁹ *Ibid.* p.22

¹⁸⁰ *Ibid.*

CONCLUSION DE TITRE :

99. Après ce tour d’horizon de l’origine du désenchantement démocratique, social, politique, après l’étude de l’origine de la défiance envers « l’Ouest » par l’Europe centrale et orientale. Après avoir exposé les différents attributs considérés comme propres au « populisme », on se rend vite compte que bien que la réalité dans ces régimes semble de plus en plus rejoindre le modèle autoritaire, le mot, l’expression « populiste » ou « populisme » ne doit pas être employé comme un véritable qualificatif. Ces pays ne sont pas des régimes populistes, ce sont des régimes dirigés par des *leaders* conservateurs d’extrême droite, employant le *style* populiste pour se faire élire et réélire. Et il ne faut pas d’emblée rejeter le populisme et l’employer comme une étiquette pour en faire « *un nouveau visage du Mal politique* ¹⁸¹ », le fait qu’il s’agisse d’un *style* implique que le populisme est « *tout simplement, une manière de construire le politique* ¹⁸² », mais c’est aussi, malheureusement et surtout : la « *manière perverse dont le pouvoir est exercé dans la société* ¹⁸³ ».

100. Aussi, la logique qui préside au populisme, et nous nous accorderons avec E.Laclau, ne s’applique pas à un phénomène délimité, mais à une logique sociale dont les effets sont transversaux. Ainsi, à notre sens, les *leaders* et leurs revendications sont, pour certaines, irrationnelles, mais c’est aussi révélateur de ce qu’exige la construction d’une identité sociale, d’un modèle démocratique et social que les populations qui les élisent recherchent. Elles qui ont l’impression que l’occasion de se construire, d’acquérir une souveraineté — après une histoire chaotique et souvent violente — ne s’est pas réellement présentée et que les promesses politiques, européennes et démocratiques n’ont pas été tenues. Le malheur étant la mise en œuvre de ces revendications, et le pouvoir illimité auquel aspirent les dirigeants qui viennent alors instrumentaliser les revendications populaires pour mieux se servir. Dès lors, ces régimes viennent rejeter les modèles, qui sont perçus comme ne faisant plus partie de leur « projet », la Cour européenne n’est alors pas épargnée, elle qui est le symbole de l’ordre public européen.

¹⁸¹ P-A.TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l’âge des démagogues », *art.cit.*, p.1

¹⁸² E.LACLAU, *La raison populiste*, coll. L’ordre philosophique, Éditions du Seuil, 2005, p.11

¹⁸³ Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque dans l’arrêt : CEDH, GC, *GIEM SRL et al. c. Italie*, 28 juin 2018, n° 1828/06 et 2 autres, §57

TITRE II : L'ANTINOMIE EVIDENTE DU POPULISME AVEC L'EDIFICATION D'UN ORDRE PUBLIC EUROPEEN

Face à la résurgence de mouvements populistes ayant accédé au pouvoir dans divers pays membres du Conseil de l'Europe, l'antinomie de leur logique face au système de la Convention n'a pas manqué de surgir. La Convention, instrument constitutionnel de l'ordre public européen¹⁸⁴ ayant pour mission de promouvoir l'État de droit ou la prééminence du droit, a assisté à un démantèlement et une contestation rageuse de ses valeurs au profit d'une montée « illibérale » (**Chapitre 1**), ce qui, en accord avec la vision irrationnellement manichéenne des régimes populistes, et leur soif de pouvoir, mène inéluctablement à des atteintes de plus en plus nombreuses aux droits fondamentaux (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le démantèlement délétère des valeurs européennes et de l'autorité de la Cour

La volonté réformatrice des dirigeants populistes a mené à ce qui est communément appelé une « crise de l'État de droit ». Ce dernier, notamment l'élément fondamental qu'est la séparation des pouvoirs que la Cour s'est toujours efforcée de protéger est mis à mal (**Section 1**), de même, la position « anti-élites » des dirigeants populistes les conduit à n'avoir de cesse de dénigrer la Cour et à refuser son autorité, en s'en prenant notamment à ses arrêts (**Section 2**).

SECTION 1 : LA SUBVERSION MENAÇANTE DU SYSTEME ET DES VALEURS DE LA CONVENTION

La contestation des valeurs de la Cour s'illustre pleinement par les différentes réformes mises en place, notamment en Pologne et en Hongrie, qui ont pour conséquence de démanteler les éléments principaux d'un État de droit (**§1**), notamment en venant centraliser à outrance le pouvoir au sein de l'exécutif (**§2**).

§1 : La dislocation de l'État de droit, pivot du système de la Convention

Il va s'agir dans un premier temps de revenir sur la notion théorique de l'État de droit (**A**), afin de mieux appréhender les réformes « illibérales » mises en place (**B**).

¹⁸⁴ CEDH, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, n° 15318/89, §75 et §93

A) Les composantes du modèle de l'État de droit inhérentes à l'ordre public européen

101. Depuis une vingtaine d'années, le droit et le discours politique sont imprégnés de références à l'État de droit ; « *tout projet, toute réforme, modeste ou d'envergure, s'accompagnent d'une appréciation tendant à les légitimer ou à les condamner au regard de ce qui paraît être devenu l'idéal suprême de la fin du XXème siècle* ¹⁸⁵ ». Il s'agit surtout de noter que le terme même d'État de droit n'est pas univoque. Il existe quantité de conceptions de l'État de droit. K. Tuori¹⁸⁶ identifie trois modèles de l'État de droit¹⁸⁷, leur convergence reposant sur une seule et même finalité : contrer l'arbitraire. De même, Carré de Malberg, lui, définit l'État de droit par opposition à l'État de police, et non pas à l'État légal¹⁸⁸. De cette façon, l'État de police est celui qui a une administration qui agit de façon discrétionnaire et arbitraire, l'État légal a lui une administration soumise au principe de légalité ; la loi est la limite du pouvoir. Mais la loi n'a pas de limite formelle ou de norme supérieure. Quant à l'État de droit, c'est celui qui protège dûment les libertés individuelles.

102. Ainsi, comme le relève S. Grammond, « *c'est une conception davantage substantielle de l'État de droit qui occupe aujourd'hui le devant de la scène* ¹⁸⁹ », et ce depuis la Seconde Guerre mondiale, car le droit international s'est saisi de l'État de droit, notamment par les instruments de protection des droits de l'Homme, en réponse aux horreurs attachées à cette période. Cela s'explique selon lui par le fait que la guerre a démontré que si l'État de droit

¹⁸⁵ B. LUISIN « « Le mythe de l'État de droit », « L'État de droit, rétrospectivement... » », *Civitas Europa*, vol. 37, no. 2, 2016, p.155

¹⁸⁶ K. TUORI, *Four Models of the Rechtsstaat*, in M. Sakslin, THE FINNISH CONSTITUTION IN TRANSITION, Hermes-Myynti Oy, 1991, pp. 31-41

¹⁸⁷ Le modèle libéral correspond à une idéologie politique reposant sur la séparation du public et du privé. L'État doit donc être limité afin de protéger la liberté des individus. De ce fait, les règles de droit doivent être générales et abstraites, mais également rationnelles. Le critère de la rationalité s'avère être un critère formel et non pas matériel, de plus, il nécessite la démocratie étant donné que c'est la procédure de législation qui devra garantir la rationalité des lois.

Le modèle matériel quant à lui s'inspire directement de la *Rechtsstaat* allemande, de cette façon l'État est en fait un modèle d'unité, qui rassemble les individus, et est symbolisé par une personne qui gouverne uniquement grâce au droit. L'État de droit matériel, lui, garanti les libertés, pour cela il s'appuie sur le principe de légalité, le droit se situe au-dessus de l'État et existe indépendamment de ce dernier.

Enfin, le modèle formel est quant à lui empreint de positivisme juridique. L'État est donc une personne juridique, et le droit est un ensemble de normes hiérarchisées. De plus, une grande importance est accordée à la hiérarchie des normes, à la séparation des pouvoirs et aux droits fondamentaux.

¹⁸⁸ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1, Sirey, 1920, reprint CNRS, 1962, p.488

¹⁸⁹ S. GRAMMOND, « L'État de droit, au cœur du dialogue entre le Canada et l'Amérique latine? / El Estado de derecho, ¿Estará en el meollo del diálogo entre Canadá y América latina? », Hors-série mars 2015 L'État de droit en Amérique latine et au Canada, 1 mars 2015, Revue québécoise de droit international,

« était détaché de toute visée substantielle » alors il pourrait « se retourner contre les citoyens et (...) légaliser l'oppression ¹⁹⁰».

103. Plus spécifiquement, « le concept d'«*État de droit*», opposé à celui d'«*État despote*», est considéré comme un synonyme de séparation des pouvoirs, de respect des libertés et des droits de l'homme, s'opposant essentiellement à l'arbitraire, l'autoritarisme, à la force ¹⁹¹».

104. C'est cette conception que le système de la Convention entend protéger et promouvoir, en effet, la notion d'État de droit est une notion phare dans le système de la Convention. Dès le départ le Statut du Conseil de l'Europe de 1949¹⁹² fait référence à la « *prééminence du droit* » en tant que « *patrimoine commun* » et base de la démocratie. Littéralement cette notion de prééminence du droit pourrait davantage se rapprocher de la notion de « *rule of law* » originelle de Dicey qui se rapproche elle davantage de l'État légal dépeint par Carré de Malberg, mais dans lequel des dérives autoritaires sont possibles dans la mesure où la loi devient un instrument au service du pouvoir¹⁹³. Cependant au sein du système de la Convention, la notion s'entend dans sa conception substantielle ; c'est-à-dire qu'il ne suffit pas que la loi soit la limite du pouvoir, il s'agit aussi de protéger les libertés individuelles. En effet, à l'article 3 du Statut¹⁹⁴, il est affirmé que tout État membre doit reconnaître le principe de la prééminence du droit en l'accolant au principe selon lequel tout individu doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

105. La Cour quant à elle emploie aussi bien un terme que l'autre (état de droit et prééminence du droit) et elle leur confère une place de choix : notamment la prééminence du droit qui est inhérente à tous les articles de la Convention et sous-tend la Convention tout entière¹⁹⁵, ce qui lui confère un caractère substantiel¹⁹⁶. Cependant, l'abondante jurisprudence de la Cour cherchant à promouvoir la démocratie, la prééminence du droit a dans sa version française fait de plus en plus référence à « l'État de droit » en tant que tel. Hasard de langage ? Peut-être la Cour cherchait-elle à rendre plus évidente la conception substantielle qu'elle avait de la prééminence du droit en faisant mention de l'État de droit.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Statut du Conseil de l'Europe, STEn° 001, 3 août 1949

¹⁹³ Compte rendu du rapport sur la prééminence du droit adopté par la Commission de Venise le 28 mars 2011, Étude n°512/2009, CDL-AD(2011)003rev, p.5

¹⁹⁴ Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949, STE n° 001

¹⁹⁵ CEDH, Golder c. Royaume Uni, 21 février 1975, n° 4451/70, §34

¹⁹⁶ *Ibid.* p.6

Quoi qu'il en soit, il est certain que c'est autour de ces notions que l'ordre public européen a été érigé. Il doit s'entendre comme un ensemble de valeurs fondamentales qui caractérisent le système juridique de la Convention. Cet ensemble de valeurs fondamentales est un ensemble articulé autour de la notion de « société démocratique », qui apparaît finalement être le miroir sinon le corollaire de l'État de droit et qui, au sens de la Convention, englobe notamment la prééminence du droit¹⁹⁷.

106. L'actualité et l'accès au pouvoir de certains dirigeants contestataires d'extrême-droite et xénophobes en Europe montrent qu'ils s'attaquent à ces composantes de l'État de droit substantiel. Ainsi, certaines réformes mises en place par ces derniers s'attaquent à l'État de droit, oui, mais à l'État de droit substantiel et non pas formel, c'est d'ailleurs par cette nuance qu'ils parviennent à contourner le principe et à demeurer plus ou moins légitimes, bien qu'en réalité ces États sombrent dans l'autoritarisme et le despotisme.

B) Le démantèlement des composantes de l'État de droit en Europe

107. L'État de droit, semble s'apparenter à une notion maîtresse gouvernant l'ensemble des systèmes juridiques et politiques et visant à façonner l'ordre juridique et la conscience sociale. Néanmoins, il semble également s'apparenter à un « mythe », ou tout du moins un idéal à atteindre, peut-être même que la tendance politique actuelle désire uniquement lui faire remplir sa fonction de légitimation, plus que sa fonction de protection ; « *l'État de droit relève du slogan*¹⁹⁸ ». Et les dirigeants populistes ne mirent pas longtemps à se saisir de ce flou définitionnel pour en démanteler les composantes essentielles visant principalement à lutter contre l'arbitraire.

108. En effet, ces régimes s'attaquent à l'État de droit et aux valeurs de la Convention en venant déconstruire les garde-fous permettant de lutter contre l'arbitraire et assurant une véritable démocratie. Ainsi, « *quand la rhétorique populiste arrive à séduire au point de*

¹⁹⁷ Les arrêts *Handyside c. Royaume-Uni* 7 décembre 1976, n° 5493/72 (§49) et *Sunday-Times*, 26 avril 1979, n° 6538/74 (§8) sont éclairants quant aux principes de la société démocratique, notamment le second, la Cour y affirme : *Nous entendons rappeler ici qu'il n'est pas de société démocratique sans que "le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture" (arrêt Handyside précité, p. 23, par. 49) se traduisent effectivement dans son régime institutionnel, que celui-ci soit soumis au principe de la prééminence du droit, qu'il comporte essentiellement un contrôle efficace de l'exécutif, exercé, sans préjudice du contrôle parlementaire, par un pouvoir judiciaire indépendant (arrêt Klass et autres précité, pp. 25-26, par. 55), et qu'il assure le respect de la personne humaine. (§8)*

¹⁹⁸ B. LUISIN « "Le mythe de l'État de droit", "L'État de droit, rétrospectivement..." », *art.cit.* p.181

permettre l'accès au pouvoir de ses auteurs, les conséquences sont marquées par des convergences politiques indéniables : elles confinent au hold-up démocratique.¹⁹⁹». Selon Laurence Burgorgue-Larsen, « *le danger d'un spill over anti-libéral est réel²⁰⁰* », et la « déconsolidation démocratique » est indéniablement à l'œuvre.

109. C'est ainsi que la Commission de Venise s'est interrogée sur la réforme constitutionnelle de Hongrie en 2011²⁰¹ et a livré des avis en demi-teintes sur la question. En effet, cette réforme fut remarquée par son empreinte fortement nationaliste et conservatrice, on y remarque d'ailleurs des traits communs au « discours populiste ». Mais surtout par ses modalités d'approbation qui écartèrent l'opposition et la société civile du processus²⁰². La nouvelle constitution (la « Loi fondamentale de la Hongrie ») entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2012 vient déconstruire plusieurs acquis démocratiques propres à l'État de droit, notamment le plus fondamental de tous : la séparation des pouvoirs. En réalité, la nouvelle Constitution n'est qu'un cadre général de fonctionnement, aussi elle a recours à des lois organiques pour détailler plus exactement certaines règles. Notamment pour ce qui est des tribunaux, or, comme le relève la Commission de Venise, « *il ne figure nulle part que les tribunaux constituent un pouvoir distinct et sont indépendants²⁰³* », la crainte étant que les lois organiques viennent affaiblir par la suite ce principe propre à la séparation des pouvoirs étant donné que la Constitution n'énonce pas clairement l'existence de garanties d'indépendance, d'impartialité et de stabilité des juges. À partir de là, « *le pouvoir incarné dans la personne de Viktor Orbán n'a eu de cesse de détricoter les acquis démocratiques de la séparation des pouvoirs (...) ²⁰⁴* ».

110. Le cas polonais est similaire à la différence près que ce démantèlement démocratique ne s'est pas fait *via* une réforme constitutionnelle, mais législative menée par le parti au pouvoir : le PiS. En effet, treize lois sont venues remanier et affaiblir l'intégralité du système judiciaire du pays tout en octroyant un trop large pouvoir à l'Exécutif et au Législatif (les deux étant aux mains du PiS) afin de mieux démanteler les acquis de la séparation des pouvoirs ; notamment par des changements de composition, de pouvoirs et de fonctionnements des

¹⁹⁹ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op. cit.* p. 230

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Commission de Venise, Avis sur la nouvelle constitution de la Hongrie, n°621/2011, CDL-AD(2011)016
Commission de Venise, Avis sur trois questions juridiques apparues lors de la rédaction de la nouvelle constitution hongroise, n°614/2011, CDL-AD(2011)001

²⁰² L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op. cit.* p.238

²⁰³ Commission de Venise, Avis sur la nouvelle constitution de la Hongrie, n°621/2011, CDL-AD(2011)016, p.22

²⁰⁴ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op. cit.* p.239

diverses institutions, surtout les tribunaux²⁰⁵. Cette dislocation de l'État de droit et les défis qu'elle pose sont parfaitement résumés dans des propos tenus par A. Bodnar, rapportés par L. Burgorgue-Larsen²⁰⁶ :

« Poland is currently facing new challenges – how to protect human rights in a country where constitutional review is subject of political manipulation and where the Constitution of 2 April 1997 was de facto changed via legislative mean, while the original text of the Constitution remains intact? »

111. De plus, ces régimes emprunts pour la plupart de xénophobie sont aussi anti-pluralistes²⁰⁷, ils rejettent toute diversité ou dissidence interne et tout pouvoir supranational, ils réduisent à néant la diversité, en muselant les *checks and balances* existants, et donc par analogie la liberté d'expression et les droits de l'homme. Ils s'attaquent à nombre de droits civils et politiques comme la liberté d'expression, le droit à un procès équitable ou encore la dignité humaine comme en attestent le rapport produit par Judith Sargentini,²⁰⁸ mais aussi l'article de Laurence Burgorgue-Larsen²⁰⁹.

112. Ces attaques « en règle » formellement parlant, soulèvent donc de graves questions, leur point commun étant cette centralisation des pouvoirs, qui laisse place à un fléau de la démocratie et de l'État de droit : l'arbitraire.

§2 : L'encensement de l'arbitraire, censeur de la démocratie

Ces réformes emportent deux conséquences absolument mortifères pour la démocratie et l'État de droit : les « pleins-pouvoirs » à l'Exécutif **(A)**, et l'avilissement du Judiciaire, dernier contre-pouvoir institutionnel **(B)**.

²⁰⁵ *Ibid.* p.240

²⁰⁶ *Ibid.* p.241

²⁰⁷ P-A. TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l'âge des démagogues », *art.cit.*p.2

²⁰⁸ Rapport relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7§1 du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, Judith Sargentini (Rapporteuse), 4 juillet 2018, A8-0250/2018

²⁰⁹ L.BURGORGUE-LARSEN, préc., note 53.

A) La domination nocive de l'Exécutif sur l'intégralité du processus institutionnel et législatif

113. Les démocraties illibérales sont le plus souvent des démocraties « *délégatives* ²¹⁰ », c'est-à-dire des régimes dans lesquels le pouvoir est concentré au sein d'un seul organe. Les deux réformes constitutionnelles et législatives en Hongrie et en Pologne n'échappent pas à la règle : elles démantèlent la séparation des pouvoirs par la concentration d'un pouvoir fort : l'Exécutif et le Législatif lorsque ce dernier est aux mains du gouvernement, comme c'est le cas dans les deux pays, ils finissent alors par ne faire qu'un. Cela a pour conséquence un Exécutif qui domine l'intégralité du processus institutionnel et législatif, comme c'est le cas en Hongrie, en Pologne, mais aussi en Turquie où « *la dérive dictatoriale du président Erdogan a été inscrite dans la Constitution de 2017* ²¹¹ ».

114. Ainsi, en Hongrie, le parti de V.Orban dispose de la large majorité au Parlement. Or la nouvelle Constitution a aussi pour effet de placer hors de portée de l'opposition certains choix politiques, en imposant souvent une majorité des deux tiers plutôt qu'une majorité simple. Et à l'inverse, cela a pour effet d'accroître les possibilités de la majorité des deux tiers que détient l'actuelle coalition au pouvoir²¹². Ainsi, depuis 2011 V.Orban a remodelé la législation et le pays à son image en accord avec son idée illibérale, mais aussi pour servir sa soif de pouvoir. C'est ainsi qu'il est parvenu à élaborer une nouvelle loi concernant le système électoral, qui n'avait d'autre but que de favoriser sa réélection : les circonscriptions sont découpées « sur mesure », le système de report de voix sert exclusivement le parti arrivé en tête du scrutin national, etc. Quoi qu'il en soit ce système sur mesure a fait ses preuves : V.Orban est réélu depuis 2011, et ce, démocratiquement. En effet, une démocratie illibérale bien que non libérale doit bien présenter certains éléments de démocratie formelle telle que le vote, par des élections inévitables au terrain électoral inégalitaire, mais par des élections un minimum compétitives²¹³.

115. *Last but not least*, car par sa mainmise sur la grande majorité si ce n'est l'intégralité du processus institutionnel et législatif, l'Exécutif incarné par le parti au pouvoir crée un état despotique dans lequel le parti « *met en place des institutions destinées à pérenniser son emprise à l'issue d'une éventuelle alternance* ²¹⁴ », et le Fidesz, de même que le PiS ont

²¹⁰ T.HOCHMANN, « Cinquante nuances de démocraties », dans *Le Seuil* « Pouvoirs », 2010/2, n° 169, p.25

²¹¹ *Ibid.* p. 27

²¹² Commission de Venise, Avis sur la nouvelle constitution de la Hongrie, n°621/2011, CDL-AD(2011)016. p.6

²¹³ T.HOCHMANN, « Cinquante nuances de démocraties », *art. cit.* p. 23 et s.

²¹⁴ *Ibid.* p.25

largement eu recours à ce genre de stratégie. Par exemple, certaines institutions ont été dotées « *de compétences leur permettant de s'opposer à une future majorité parlementaire*²¹⁵ » et surtout, ils se sont assurés de placer au sein de ses institutions des proches du parti.

116. Ainsi, ces partis ont la volonté d'affaiblir les contre-pouvoirs institutionnels. Qui plus est, l'institution majeure à laquelle des régimes illibéraux vont avoir tendance à s'attaquer, est fort logiquement le Judiciaire, mais plus spécifiquement la Cour constitutionnelle.

B) La subordination mortifère du Judiciaire

117. En effet, « *l'organe qui fait l'objet de toutes les attentions est la cour constitutionnelle (...) la neutralisation de la cour constitutionnelle apparaît comme une constante dans les démocraties illibérales*²¹⁶ », puisque ses compétences sont étendues, lui permettant de protéger la séparation des pouvoirs, l'indépendance et l'impartialité des juges, les droits fondamentaux, etc. Aussi, puisqu'ils ne veulent pas être perçus comme « autoritaires », les « *nouveaux autocrates*²¹⁷ » ne démantèlent pas toujours les tribunaux, mais sournoisement, ils utilisent « *les lois et les institutions existantes à des fins illibérales*²¹⁸ » tout est question d'apparence. Toujours est-il qu'avilir un tel contre-pouvoir institutionnel fait partie de leurs priorités.

118. En Pologne la refonte législative vint réformer en profondeur et dangereusement les éléments fondamentaux du fonctionnement et des pouvoirs des juges ordinaires²¹⁹ ainsi que du tribunal constitutionnel²²⁰. Ainsi, le PiS nomma ses candidats aux sièges du Tribunal, qui adoptèrent ensuite des lois paralysant les fonctions de la juridiction²²¹. Par exemple en insérant l'obligation de traiter des affaires dans l'ordre chronologique, ou encore par la manipulation du quorum de juges nécessaires²²², le tribunal ne peut que statuer à la majorité qualifiée (sachant qu'une grande partie des juges ont été nommés par le gouvernement). Le constat de la Commission de Venise est tout ce qu'il y a de plus illustratif : « *La nouvelle loi sur le Tribunal constitutionnel est non conforme à deux principes essentiels (...) : l'indépendance du système*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.* p. 28

²¹⁷ T.KONCEWICZ, « De la justice constitutionnelle à la justice politique — qu'est-ce que les polonais ont perdu en 2015 et qu'ont-ils obtenu en retour ? », *art.cit.*

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Commission de Venise, Avis sur le projet de loi portant modification de la loi sur le conseil national de la justice et trois autres projets de lois, Avis n°904/2017

²²⁰ Commission de Venise, Avis sur la loi relative au Tribunal constitutionnel, n°860/2016, CDL-AD(2016)026

²²¹ T.HOCHMANN, « Cinquante nuances de démocraties », *art. cit.* p.28

²²² *Ibid.*

judiciaire et le statut d'arbitre suprême du Tribunal en matière constitutionnelle²²³ ». Le tribunal constitutionnel ne fut pas le seul, la Cour suprême et toutes les juridictions ordinaires furent touchées de même que le Conseil national de la Magistrature²²⁴. En un mot, plus de justice indépendante en Pologne, et les juges sont muselés (exemples du juge Igor Tuleya)²²⁵.

119. En Hongrie, volonté identique, « *le Fidesz s'est contenté de restreindre les compétences de la Cour constitutionnelle (...) en augmentant le nombre de juges et en mettant la main sur leur nomination*²²⁶ ». La Cour constitutionnelle hongroise se trouve donc avilie, alors même qu'elle constituait une Cour particulièrement forte et audacieuse qui n'eut de cesse de combler les lacunes de la Constitution de 1990 qui était aux yeux de certains une coquille vide. Il ne lui reste plus aucune prérogative, pas même sa jurisprudence précédente, car toutes les décisions rendues antérieurement à la Loi fondamentale sont annulées (Quatrième amendement de la Loi fondamentale, article 19).

120. Le risque pour les droits fondamentaux et l'État de droit en Pologne et en Hongrie apparaît donc flagrant, plus aucun garde-fou institutionnel, juridictionnel ou autre n'est en mesure de contenir l'*hybris* illibérale qui s'enracine en Europe. Et ces réformes portent indubitablement atteinte aux valeurs du Conseil de l'Europe.

SECTION 2 : LA CONTESTATION FRONTALE DE LA COUR ET DE SES ARRETS

La contestation explicite et directement liée au système de la Convention prend deux formes, un dénigrement qui vise la Cour et qui cherche à l'affaiblir, alors même qu'elle est déjà sujette à diverses résistances et dissidences (§1), et un refus net de son autorité (§2).

§1 : Les dénigrements disparates du système de la Convention

La Cour fait d'abord face à un dénigrement politique et médiatique de la part des mouvements contestataires d'extrême droite (A), mais aussi juridique par la fronde de certaines cours

²²³ Commission de Venise, Avis sur la loi relative au Tribunal constitutionnel, n°860/2016, CDL-AD(2016)026,p.4
²²⁴ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.*p 241.

²²⁵ Pour en savoir plus le site de suivi de l'État de droit en Pologne (ruleoflaw.pl) suit l'affaire de près : <https://ruleoflaw.pl/the-disciplinary-chamber-goes-to-task-on-judges-morawiec-and-tuleya/>
Et l'avis de la Commission éclairé quant aux atteintes à l'indépendance de la justice : Commission de Venise, Avis sur le projet de loi portant modification de la loi sur le conseil national de la justice et trois autres projets de lois, Avis n°904/2017

²²⁶ T.HOCHMANN, « Cinquante nuances de démocraties », *art. cit.* p.28

constitutionnelles (B), finalement elle doit aussi faire face à des dissidences en son sein, qui jettent le discrédit sur son système et ses valeurs (C).

A) La dévalorisation politique *via* la prolifération de campagnes de dénigrement et de référendums

121. La Cour est confrontée depuis les années 2010 à diverses contestations comme en attestent les différents rounds de conférences intergouvernementales²²⁷. Cependant, les critiques auxquelles elle fait désormais face ont pris une nouvelle dimension : elles deviennent — bien que la plupart du temps risibles — particulièrement violentes, rageuses et émanent très souvent de gouvernements ou partis dits « populistes ». En effet, « *L'un des principaux points communs entre ces partis et mouvements [extrémistes et populistes] est leur flot sans précédent de verbiage belliqueux contre la Cour*²²⁸ ». Ces critiques de plus en plus fortes et rageuses s'accordent avec le concept de discours ou rhétorique populiste qui tient à réaffirmer sans cesse le clivage entre le « Peuple » et les « élites ». Ainsi, on assiste communément à un dénigrement de la Cour, visant à encenser le sentiment nationaliste, puisque le schéma populiste cherche à alimenter cette aversion pour toute politique ou institution extérieure ou différente. Les ONG se trouvent logiquement elles aussi dans la ligne de mire de certains dirigeants tels que V. Orban²²⁹. Ainsi, le philanthrope G. Soros qui est à l'origine de la fondation Open Society Fund qui se donne pour mission de financer les « diaboliques » ONG n'échappe pas à la règle. Il a été visé par une large campagne de dénigrement en Hongrie, malgré son origine hongroise, le gouvernement n'a pas manqué d'en faire la figure de l'« étranger²³⁰ », « *traître de la nation*²³¹ » ou même du « *cosmopolite sans appartenance (...) poussant la Hongrie à accueillir des réfugiés*²³² ».

122. La Cour, à leurs yeux, représente évidemment cette élite supranationale étrangère, désintéressée du Peuple œuvrant pour les « Autres » et érodant la souveraineté et l'identité nationale, qu'elle dénigre supposément puisqu'elle prône l'universalisme des droits de

²²⁷L. BURGORGUE LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context – La justice qui n'allait pas de soi – Trois Cours, op.cit* p.343

²²⁸Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt : CEDH, GC, *GIEM SRL et al. c. Italie*, 28 juin 2018, n° 1828/06 et 2 autres, §58

²²⁹ Depuis 2018, les ONG financées par l'étranger à hauteur de 24 000 euros ou plus sont obligées de se déclarer « soutenues par l'étranger ».

²³⁰R.KRAKOVSKY, « Les démocraties illibérales en Europe centrale », *art. cit.* p. 21

²³¹*Ibid.*

²³²*Ibid.*

l'homme et l'ouverture au monde. Certaines ONG s'en prennent également à la Cour, et les dirigeants populistes trouvent là un relais critique dont ils ne manquent pas de se servir pour dénigrer la Cour. C'est le cas de l'ONG conservatrice ECLJ qui dans un « rapport²³³ » très discutabile a entrepris de s'attaquer à la Cour. Elle y rapporte que certains juges de la Cour collaboreraient avec des ONG, notamment avec l'Open Society Foundation, ce qui, toujours selon le rapport, mettrait en péril l'indépendance et l'impartialité des juges de la Cour. Le rapport va même jusqu'à déplorer « l'absence de pluralisme dans l'interprétation des droits de l'homme²³⁴ », en cachant à peine que cela tienne au fait qu'il y aurait apparemment un peu trop de juges progressistes à la Cour, ce qui a pour conséquence de créer — au grand regret de l'ECLJ — quelques remous lorsqu'une juge conservatrice (Maria Elosegui) est élue.

123. Évidemment, V. Orban ne reste pas sourd à ce genre de critique et il n'a pas manqué de reprendre ce discours : en qualifiant les juges de « disciples de Soros²³⁵ », ou la Cour de « réseau de Georges Soros qui organise la migration²³⁶ », voici quelques slogans attisant la méfiance envers la Cour et la xénophobie. Ces tendances xénophobes sont inquiétantes et prennent de l'ampleur comme le résultat du référendum organisé par V. Orban²³⁷ le démontre.

124. Un autre cas de figure intéressant est celui de l'initiative populaire ayant été organisée en Suisse en 2018 ; par un parti d'extrême droite cette fois-ci et non pas par un dirigeant parvenu au pouvoir. Toujours est-il que ce parti, l'UDC (Union démocratique du centre) a lancé cette initiative populaire intitulée « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) »²³⁸. Elle avait pour but de faire de la Constitution la norme suprême dans l'ordre interne suisse, et de placer donc le droit international en deçà de cette dernière. Heureusement, le peuple et les cantons ont rejeté cette initiative. Ces exemples sont tous

²³³ECLJ, *Les ONG et les juges de la CEDH, 2009-2019*, 2019, disponible à : <https://static.eclj.org/pdf/Rapport+ECLJ%2C+Les+ONG+et+les+juges+de++la+CEDH%2C+2009+-+2019%2C+fe%CC%81vri+2020.pdf>

²³⁴ *Ibid.* p.24

²³⁵ P.GUEORGUEVA, « Populismes et populistes en Europe centrale et orientale », *art.cit.* p.120

²³⁶ Retranscription du discours de V.Orban du 27 juillet 2019 par le VisegradPost, disponible à : <https://visegradpost.com/fr/2019/07/29/discours-complet-de-viktor-orban-a-tusvanyos-philosophie-politique-crise-a-venir-et-projets-pour-15-ans/>

²³⁷ B. GAUQUELIN, « Orban affaibli par son référendum anti-migrants », dans *Le Monde*, 2016, disponible à : https://www.lemonde.fr/europe/article/2016/10/03/referendum-anti-migrants-les-hongrois-n-ont-pas-suivi-viktor-orban_5007032_3214.html?xtmc=hongrie&xtcr=2

²³⁸ V. MARTENET, « Rejet de l'initiative populaire "le droit suisse au lieu de juges étrangers" », dans *JP BLOG*, 21 janvier 2019, disponible à : http://blog.juspoliticum.com/2019/01/21/rejet-de-linitiative-populaire-le-droit-suisse-au-lieu-de-juges-etrangers-par-vincent-martenet/#_ftn3

illustratifs des « *forts vents contraires* ²³⁹ » contre lesquels lutte la Cour, et de l'inexistence d'un quelconque attachement aux valeurs du système de la Convention.

125. L'autre problème auquel la Cour doit faire face, est que ces campagnes virulentes de dénigrement ne restent pas cantonnées à la sphère politique, mais s'étendent au discours juridique, et à l'interprétation choisie par certains juges nationaux.

B) Le discrédit juridictionnel *via* la fronde des Cours constitutionnelles

126. En effet, le problème principal est que « *ce récit politiquement motivé, qui vise à bouleverser le système de la Convention (...) a contaminé le discours, sinon le cœur, des plus hauts représentants judiciaires dans certains pays* ²⁴⁰ ». L'idée selon laquelle les juridictions internationales viennent assiéger les États et leurs politiques semble avoir infiltré les rangs des juges internes dans certains cas.

Il est notoire que la jurisprudence de la Cour a déjà pu avoir des effets réformateurs en droit interne, qu'il s'agisse d'une interprétation à adopter ou de l'influence sur le contrôle constitutionnel, notamment sur les questions relatives à la primauté de la Convention sur les constitutions²⁴¹, mais aussi sur l'effet direct de la Convention dans l'ordre interne et la force obligatoire de ses arrêts. Aussi, cette influence est évidemment redoutée dans les régimes conservateurs d'extrême droite. Dans ce contexte de contestation aveugle des « élites » internationales et des principes mis en place par ces dernières — notamment par la Cour — certains gouvernements affirment que « *leur appropriation de la Convention signifie que les tribunaux nationaux ont le dernier mot sur son interprétation (...)* ²⁴² ».

127. Aussi, « *certaines juridictions nationales n'ont pas résisté au virage populiste actuel* ²⁴³ », car certains juges constitutionnels ont fait de la résistance à la Cour en remaniant cette éternelle question de la primauté du droit international sur les constitutions afin d'affaiblir l'effet direct et contraignant de l'interprétation de la Cour. Tel est le cas notamment de la Cour constitutionnelle italienne qui a rendu deux arrêts dans lesquels elle affirme clairement la

²³⁹ Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt : CEDH, GC, *GIEM SRL et al. c. Italie*, 28 juin 2018, n° 1828/06 et 2 autres, §60

²⁴⁰ *Ibid.* §60

²⁴¹ La Cour a donné une indication sur cette primauté dans *Parrillo c. Italie*, n° 46470/11, §§98-99

²⁴² *Ibid.* §67

²⁴³ *Ibid.* §68

prévalence de la Constitution sur le droit international ²⁴⁴ : un premier arrêt Maggio ou dit arrêt « des pensions suisses »²⁴⁵, et un deuxième arrêt relatif aux compensations pour les crimes de guerre nazis²⁴⁶. À la suite de cela, la Cour constitutionnelle russe n'a pas hésité en 2015 à s'en servir pour poser une conditionnalité à l'exécution des arrêts de la Cour et réduire à une peau de chagrin la force obligatoire d'un arrêt de la Cour.

128. La « résistance » de la Cour constitutionnelle est tout de même à nuancer — elle découle en partie d'une certaine logique juridique argumentée qu'on ne peut lui reprocher²⁴⁷ — tandis que l'arrêt russe, lui, s'insère dans une vision cynique du droit qui ne vise rien d'autre que d'affaiblir la Cour et l'exécution de ses arrêts²⁴⁸ et réaffirmer la souveraineté de la Russie et la prévalence de sa constitution. Concernant les autres états manifestant une certaine dissidence relativement à la Cour, le Tribunal constitutionnel polonais, lui, est devenu une « épée émoussée ²⁴⁹ », sous « *commande politique*²⁵⁰ » après la réforme menée par le PIS²⁵¹, prêt à s'opposer à n'importe qui. Cependant, la résistance de ce tribunal vis-à-vis de la Cour tient moins à une véritable volonté juridique de préserver la souveraineté, qu'à une pure manœuvre politique. Quant à la Cour constitutionnelle de Hongrie, cette dernière n'a plus aucune marge de manœuvre non plus après la réforme constitutionnelle de V. Orban²⁵² qui a définitivement scellé et annihilé le sort de la primauté du droit international de même que l'activisme passé de cette cour constitutionnelle.

129. En bref, plusieurs cours constitutionnelles s'opposent à la Cour E.D.H., ce qui laisse transparaître la faiblesse de l'autorité interprétative de ses arrêts, et la quasi-impossibilité ensuite de redresser de quelconques violations des droits de l'homme émanant notamment de ces régimes contestataires d'extrême droite et anti-pluralistes qui abhorrent toute influence extérieure.

²⁴⁴ T. GROPPi, « La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour Constitutionnelle italienne, une recherche empirique », dans *Federalismi.it*, n° 21, 2016

²⁴⁵ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n°264/2012

²⁴⁶ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n°238/2014

²⁴⁷ T. GROPPi, « La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour Constitutionnelle italienne, une recherche empirique », *art. cit.* p.4 et s.

²⁴⁸ Voir *supra*. §§139-141

²⁴⁹ T. T. KONCEWICZ, « De la justice constitutionnelle à la justice politique — qu'est-ce que les polonais ont perdu en 2015 et qu'ont-ils obtenu en retour ? », dossier « La crise de l'état de droit à l'aune des exemples polonais et hongrois », dans *RDLF*, 2020, chron. n° 79

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ Voir *infra*. §109

²⁵² Voir *infra*. §110

C) La dissidence au sein de la Cour E.D.H.

130. Depuis quelques années, «(...) *les disputatio* [au sein de la Cour] *furent viventes et portèrent au grand jour d'importantes fractures internes (...)*²⁵³». Ces fractures prirent corps au sein des différentes opinions des juges de la Cour, certains prônant un activisme judiciaire et d'autres prônant au contraire — et de plus en plus — une retenue.

Ces divergences d'opinions portaient principalement sur des questions de techniques d'interprétation, telles que la notion de « consensus » ou de manière générale sur le contrôle conventionnel même²⁵⁴. Ces tiraillements entre retenue et activisme eurent pour conséquence quelque peu malheureuse de réaffirmer — un peu trop fort — la subsidiarité du mécanisme conventionnel tout en laissant place à un mouvement « d'élargissement » de la marge nationale d'appréciation. L'ennui étant que le cœur du débat se déplace et puisse venir altérer voire affaiblir la portée du contrôle de la Cour. Notamment lorsque des juges formulent des opinions qui s'éloignent d'approches purement « *procédurales ou substantielles*²⁵⁵ » et formulent des opinions non plus juridiques, mais politiques, et parfois, semble-t-il, « militantes » ou tout du moins s'éloignant fondamentalement des canons et valeurs de la Convention.

131. Telle n'est pas la règle générale évidemment, la Cour continue de rendre des arrêts admirables et audacieux, mais dans le contexte actuel de crise de l'État de droit, de non-respect flagrant des droits de l'homme, de telles opinions ouvrent-elles la voie au démantèlement des acquis de la Cour ?

132. Afin de s'intéresser à cette mouvance plus concrètement, prenons la figure du juge Dedov, et de son opinion dans une affaire tenant à la demande d'asile d'un ressortissant irakien en Russie : *Z.A. c. Russie*²⁵⁶. Ces opinions semblent en effet culturellement marquées et le juge semble avoir des œillères quant à la situation en Russie.

Dans cette affaire, il était question de ressortissants de divers pays qui se sont retrouvés bloqués dans la zone de transit d'un aéroport russe, dans des conditions spartiates, après avoir déposé une demande d'asile. L'opinion dissidente du juge Dedov prend une tournure caricaturale de la xénophobie ambiante, le juge n'hésitant pas à faire un parallèle avec le film *Le Terminal*. Chacune des phrases nous laisse abasourdis :

²⁵³ L.BURGORGUE-LARSEN *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context (...)*, op.cit. p.344

²⁵⁴ *Ibid.* p.343

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ CEDH, *Z.A. et autres. c. Russie*, 28 mars 2017, n° 61411/15 et trois autres.

“(…) ces considérations [celles de la majorité] sont le reflet d’une vision néolibérale de la vie en société, dans laquelle les libertés priment l’intérêt général (...). Les requérants se plaignent que les autorités n’aient pas pris soin d’eux. Étrange allégation à mes yeux, mais la Cour accepte une nouvelle fois de délester de leur charge des étrangers irresponsables (...) les requérants ont-ils cherché à régler leurs problèmes eux-mêmes ? (...). Ainsi mériteraient notre tolérance ceux qui quittent leurs pays d’origine pour un endroit meilleur, au lieu d’améliorer la vie chez eux, d’apporter leur propre contribution à la situation économique nationale ou à lutter pour la paix dans leur pays.”.

À notre sens, la gravité de ces propos est assourdissante et s’oppose de plein fouet à la logique première de la Cour. Ils sont surtout bien loin d’une vision universaliste des droits, mais surtout normale et caractéristique de la Cour comme l’avait si justement soutenu le juge Pinto de Albuquerque :

“Les réfugiés (...) demandent seulement à l’Europe, berceau de l’idéalisme en matière de droits de l’homme et lieu de naissance de l’état de droit, de cesser de fermer ses portes à des personnes désespérées qui ont fui l’arbitraire et la brutalité. C’est là une prière bien modeste, au demeurant soutenue par la Convention européenne des droits de l’homme.”

Alors, est-ce que, “l’âge d’or de la protection des droits commence, subrepticement, à sonner le glas (...)”²⁵⁷ ou a-t-il définitivement sonné si certains juges ne s’accordent plus avec les valeurs de la Cour et de la Convention ? Lorsque certains régimes dits « populistes » s’attaquent aux droits des étrangers, des minorités ou réaffirment avec trop de force leur souveraineté, des positions aussi marquées de la part de juges font craindre pour une protection effective.

133. La plus récente affaire *Kavala*²⁵⁸ et l’opinion de la juge turque (qualifiée de cheval de Troie du gouvernement d’Ankara par L. Burgorgue-Larsen²⁵⁹) est elle aussi révélatrice de cette tendance, le risque derrière ces opinions idéologiques est que « Si le mouvement de « déconsolidation démocratique » se poursuivait en Europe, les listes de trois candidats présentés par les gouvernements seront, de plus en plus à l’avenir, le reflet de la nature des régimes qui les présentent. A terme, c’est toute la physionomie de la Cour qui pourrait profondément et durablement changer. ²⁶⁰». La Turquie en est illustrative puisqu’elle a dû présenter plusieurs fois des candidats avant de voir une liste être acceptée, bien que cela semble s’être surtout fait en désespoir de cause, la juge turque n’étant pas un modèle d’impartialité. De même que la Pologne qui a vu sa liste de candidats potentiels pour siéger à la CourE.D.H rejetée le 14 avril

²⁵⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l’homme in context (...)*, op.cit. p.344

²⁵⁸ CEDH, *Kavala c. Turquie*, 10 décembre 2019, n° 28749/18

²⁵⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme (septembre-décembre 2019) » dans *AJDA*, 2020

²⁶⁰ *Ibid.*

2021 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe²⁶¹, ce qui est révélateur de la tendance de ces régimes à « infiltrer » la Cour.

134. Finalement, quid de la crédibilité de plus en plus attaquée. Sciemment par certains gouvernements, peut-être moins sciemment par certains *insiders*, mais tout aussi dangereusement ? Mais surtout, quel avenir prédire à la Cour et à la protection des droits fondamentaux dans les régimes de plus en plus autoritaires si ces derniers refusent tout bonnement d'écouter la Cour et d'appliquer la Convention.

§2 : L'affirmation unilatérale de la conditionnalité de l'exécution des arrêts de la Cour

Certains États cherchent ou ont mis en place des mécanismes propres à limiter l'autorité des arrêts de la Cour en posant un principe de conditionnalité à leur exécution **(B)**, ce qui fait atteindre des sommets à une difficulté à laquelle la Cour est confrontée depuis longtemps : l'exécution efficace de ses arrêts **(A)**.

A) Une difficulté chronique latente

135. L'effectivité du système de la Convention est intimement liée à l'exécution de ses arrêts. Ces derniers, bien que déclaratoires sont aussi obligatoires, ainsi les États sont dans l'obligation d'exécuter un arrêt tout en restant libres de choisir les moyens propres à l'exécuter « *pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt*²⁶² ». Par ailleurs, pour assurer une bonne exécution des arrêts, la Convention prévoit un mécanisme de surveillance de l'exécution des arrêts qui incombe au Comité des ministres, ce mécanisme « *démontre l'importance que revêt la mise en œuvre effective des arrêts*²⁶³ ». Cependant, l'exécution des arrêts fait continuellement face à des difficultés, dans un premier temps, « *uniquement* » liées à la surcharge de travail de la Cour²⁶⁴, ce qui a mené au Protocole n° 11²⁶⁵

²⁶¹ Se référer au tableau de suivi disponible à : <http://www.assembly.coe.int/LifeRay/CDH/Pdf/TableForthcomingJudgesElections-FR.pdf>

²⁶² CEDH, *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, 29 mai 2019, n° 15172/13, §148

²⁶³ *Ibid.* §147

²⁶⁴ S. SALINAS ALCEGA, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme suite au processus d'Interlaken : l'évolution technique d'un mécanisme politique », dans *Revue Québécoise de droit international*, 2014, p. 100

²⁶⁵ Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention

(1998) puis à la Conférence de Rome en 2000 et enfin au Protocole n° 14²⁶⁶(2009)²⁶⁷. Ces difficultés restent relativement techniques et sont liées à une surabondance de requêtes, alors même que la fonction de surveillance de l'exécution des arrêts était confiée au Comité des Ministres, organe évidemment politique composé de représentants des gouvernements. La crainte tient au risque d'une politisation du mécanisme de surveillance, crainte qui s'est par ailleurs réalisée²⁶⁸. Aussi, toutes les mesures entreprises se sont avérées insuffisantes, ce qui a mené à une nouvelle conférence de haut niveau en 2010, mieux connu sous le nom de processus d'Interlaken, et visant à améliorer l'efficacité, la célérité et la transparence du mécanisme²⁶⁹. Aujourd'hui, la majeure difficulté réside non plus dans des problèmes purement structurels en lien avec la trop grande politisation du Conseil des Ministres, mais dans des problèmes purement « extérieurs » : les États. En effet, depuis l'arrivée au pouvoir de dirigeants absolument opposés à l'Union et au Conseil de l'Europe, telle que la Russie de Poutine, la Hongrie d'Orban, la Turquie d'Erdogan et la Pologne de Kaczynski, la Cour fait face à une « contestation de ses valeurs fondamentales²⁷⁰ », qui s'illustre notamment dans le cas de « failles de plus en plus évidentes dans l'exécution des arrêts²⁷¹ », en effet, les cas d'exécution retardée, incomplète se multiplient, allant même jusqu'à la non-exécution pure et simple.

136. Aussi, une majorité d'États jouent le jeu et coopèrent et parviennent tant bien que mal à trouver une solution pratique en accord avec le constat de violation et le but de l'arrêt de la Cour : le taux moyen d'exécution est de 72,62%²⁷².

137. Cependant, les résistances à l'exécution sont désormais un problème notoire, la Cour a tenté d'endiguer cette difficulté par différents moyens, notamment par la création « d'arrêts pilotes ». Mais cela reste un sujet de préoccupation comme le rapport de 2019 du Comité des ministres en atteste²⁷³. Il y est établi que le Comité « s'est vu contraint à de nombreuses reprises de rappeler aux États défendeurs l'obligation inconditionnelle de se conformer aux arrêts de

²⁶⁶ Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention

²⁶⁷ S.SALINAS ALCEGA, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme suite au processus d'Interlaken : l'évolution technique d'un mécanisme politique » *art.cit.* .p.103

²⁶⁸ *Ibid.* p.102

²⁶⁹ Le nouveau mécanisme a abouti sur une série de principes et règles : 1) hiérarchisation des affaires pour lesquelles le Comité est compétent, 2) la technicisation de la procédure, 3) ajustements en lien avec la coopération et son renforcement 4) simplification de la procédure 5) renforcement de la transparence et de la visibilité du mécanisme de surveillance.

²⁷⁰P. LEUPRECHT, « La Convention européenne des droits de l'homme face à la contestation de ses valeurs fondamentales », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p. 69 à 77

²⁷¹ *Ibid.* p.73

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme : 13è rapport annuel de Comité des Ministres. 2019*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2020

*la Cour*²⁷⁴». Il identifie trois raisons à ces résistances dont la plus néfaste est tout simplement la volonté politique. Or, dans un contexte de crise de l'État de droit et de résurgence de mouvement populistes, la généralisation de la résistance est à craindre. D'ailleurs dans le cas des arrêts pilotes, ou d'affaires sous surveillance illustrant cette incapacité ou le manque de volonté à exécuter les arrêts de la Cour : la Russie, l'Ukraine, la Turquie, la Roumanie et l'Italie (qui ont tous des tendances si ce n'est populistes, du moins contestataires) concentrent plus de 50% de ce type d'affaires²⁷⁵.

138. Cette résistance a d'ailleurs récemment pris une tournure définitive et dangereuse en Russie, Poutine étant considéré comme une véritable *leader* populiste, que par ailleurs, V. Orban adule.

B) Une défiance désormais assumée : zoom sur le cas russe

139. L'exécution des arrêts est incontestablement un point de friction entre la Cour et les États, surtout les États désormais gouvernés par les dirigeants populistes. En effet, cette notion soulève différents problèmes, notamment lorsque la violation constatée est liée à « *une limitation manifeste des moyens d'exécution*²⁷⁶ » dans le cas où ces mesures reposent « *au-delà des mesures individuelles, sur des mesures générales imposant, dans de très nombreux cas, une révision législative voir, de manière plus rare, des révisions constitutionnelles*²⁷⁷ ». Sans compter que la Cour s'est investie récemment d'un pouvoir d'injonction, qui apparaît en désaccord avec le principe de subsidiarité²⁷⁸.

Or, étant donné la logique « populiste », puisque le *leader* agit au nom du et pour le peuple, toute forme d'opposition à sa volonté ou d'injonction extérieure « *ne peut qu'être le fruit d'« ennemis du peuple*²⁷⁹ » ». Aussi, tant les principes mêmes de l'exécution des arrêts et de l'autorité de la Cour, que les nouveaux pouvoirs que cette dernière s'est accordés, heurtent la « sensibilité » populiste. Aussi, il est connu que la Russie conteste depuis longtemps l'autorité de la Cour. Selon certaines autorités russes la Cour est « politique », « partielle », « antirusse »

²⁷⁴ *Ibid.* p.20

²⁷⁵ *Ibid.* p.74

²⁷⁶ S.TOUZE, « Regard critique sur l'exécution conditionnelle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux, Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'homme*, Éditions Pédones, 2017,p.763

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ T. HOCHMANN, « Cinquante nuances de démocraties », *art.cit.* p. 27

²⁸⁰ etc. Cette aversion pour la Cour est allée jusqu'à mener la Russie à élaborer une loi en 2015 qui permet à la Cour constitutionnelle de décider d'exécuter ou non un arrêt de la CourE.D.H. suivant que ce dernier entre en contradiction ou non avec la Constitution.

140. La première mise en œuvre de cette loi eut lieu le 19 avril 2016²⁸¹, dans son arrêt la Cour constitutionnelle eut à se prononcer sur l'arrêt Anchugov et Gladkov de la CourE.D.H. de 2013²⁸² et son exécution. Elle va alors réitérer l'argumentation qu'elle avait déjà tenue en 2015²⁸³. Elle va tout d'abord venir réaffirmer la primauté du droit national russe, avant de mobiliser la loi de 2015 qui pose un « *principe de conditionnalité*²⁸⁴ » qui « *repose sur une interprétation normative du principe de subsidiarité à sens unique focalisée sur l'argument de la préservation de l'identité constitutionnelle*²⁸⁵ ». Ainsi, elle va venir rappeler le caractère non obligatoire des arrêts de la Cour lorsque ces derniers entraînent (à son sens) une violation de la Constitution.

141. Il s'agit là d'une interprétation erronée du principe de subsidiarité qui fait « *l'erreur fondamentale*²⁸⁶ » de mettre en évidence une analogie avec la primauté, alors que le système conventionnel est bel et bien basé sur la subsidiarité et sur une conciliation tant que possible de tous les intérêts en présence²⁸⁷. Notons malheureusement que cette interprétation erronée est très certainement mise en place sciemment et tient à des revendications plus politiques ou aveuglement identitaires que juridiques. A l'image du discours et de la logique populiste.

142. Dès lors, il apparaît évident que la Cour fait face à d'innombrables contestations qui heurtent de plein front ses valeurs fondamentales, l'autorité de la chose jugée de ses arrêts interprétés et sa crédibilité. Au-delà du préjudice que cela pose à la Cour en termes d'image, les conséquences juridiques sont catastrophiques et démontrent le véritable défi qui se pose à la Cour. C'est-à-dire lutter contre ces régimes contestataires et continuer à protéger les droits de l'homme dans ces états. Alors même, que ces critiques et la « conditionnalité » de l'exécution impliquent « *une négation pure et simple de la légalité internationale remettant*

²⁸⁰ P. LEUPRECHT, « La Convention européenne des droits de l'homme face à la contestation de ses valeurs fondamentales », *art.cit.* p.72

²⁸¹ Cour constitutionnelle Russe, arrêt n° 12— II/2016 du 19 avril 2016

²⁸² CEDH, Anchugov et Gladkov c. Russie, 4 juillet 2013 n° 11157/04 et 15162/05 : à propos de dispositions de la Constitution russe qui privaient du droit de vote les détenus.

²⁸³ Cour constitutionnelle russe, arrêt n°21-P/2015, 14 juillet 2015

²⁸⁴ S. TOUZE, « Regard critique sur l'exécution conditionnelle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.* p.766

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

évidemment en question le principe essentiel de la prééminence du droit que la Convention a justement vocation à préserver et promouvoir ²⁸⁸».

Chapitre 2 : Le corollaire du démantèlement démocratique, le renversement des droits de l'homme

Ces gouvernements s'emploient donc à bouleverser l'état de droit qui doit s'entendre dans sa conception substantielle, la conséquence étant alors immanquablement l'atteinte aux droits de l'homme. Notamment le pluralisme, puisqu'ils sont anti-pluralistes (**Section 1**) et plus vicieusement, c'est la protection contre l'arbitraire qui est évacuée. Les garanties procédurales sont attaquées, ainsi que la protection collective des droits dans certains cas poussés aux extrêmes avec la survenance de conflits qui créent des zones de non-droit (**Section 2**).

SECTION 1 : LA CORROSION DU PLURALISME

Cette corrosion du pluralisme s'illustre par deux tendances : des atteintes à la liberté d'expression lorsqu'elle sert la dissidence ou l'opposition (**§1**) et des actions discriminatoires visant tout individu ou groupe ne rentrant pas dans le moule homogène du « Peuple » (**§2**).

§1 : Le musèlement des contre-pouvoirs, la fin de la liberté d'expression

La liberté d'expression est protégée par la Convention par son article 10, elle est considérée comme l'un des fondements essentiels de toute société démocratique. La liberté d'expression est par ailleurs — indépendamment de certaines nuances d'applicabilité — applicable à tous, aux citoyens et aux médias évidemment, mais aussi aux fonctionnaires²⁸⁹, notamment aux parlementaires²⁹⁰ ainsi qu'aux membres de la magistrature²⁹¹. Cependant, en accord avec la logique anti-pluraliste des dirigeants populistes, ces derniers ont entrepris de museler toutes les voix dissidentes, qu'il s'agisse d'opposants parlementaires (**A**) ou de la société civile (**B**).

²⁸⁸ *Ibid.* p.777

²⁸⁹ CEDH, Vogt c. Allemagne, 26 septembre 1995, n° 17851/91, §53

²⁹⁰ CEDH, Castells c. Espagne, 28 avril 1992, n° 11798/85, §42

²⁹¹ CEDH, Wille c. Liechtenstein, 28 octobre 1999, n° 28396/95, §§41-42

A) La répression de l'opposition parlementaire

143. Il importe que l'immunité parlementaire, garante du bon fonctionnement de la démocratie, soit garantie et non instrumentalisée à des fins partisans. Or, nous assistons en Turquie, en Azerbaïdjan ou en Hongrie à une tendance inquiétante d'attaque des parlementaires de l'opposition par un usage abusif de la levée de l'immunité parlementaire ou par un contournement des règles.

144. En effet, il est désormais établi que les dirigeants populistes ne souffrent aucune critique ni aucune opposition. Il est alors apparu tristement évident que la liberté d'expression allait être amputée de nombre de ses attributs principaux par les gouvernements populistes. Concernant la liberté d'expression des parlementaires, certaines réformes législatives et constitutionnelles s'y sont attaquées de plein front. Tel est le cas de la Constitution azerbaïdjanaise qui est venue affaiblir le parlement en octroyant davantage de pouvoir au président et en allongeant son mandat²⁹². Des réformes sont également venues limiter²⁹³ et dans certains cas lever l'immunité des parlementaires, comme en Turquie où un amendement constitutionnel a conduit au placement en détention de nombreux parlementaires de l'opposition²⁹⁴. Une affaire retentissante qu'est l'arrêt *Selahattin Demirtas c. Turquie* de 2020²⁹⁵ fait référence à ces arrestations plus qu'arbitraires et a bien mis en lumière la situation turque qui est mortifère pour les membres de l'opposition, le pluralisme et la démocratie.

D'autre part il existe également des régimes disciplinaires internes aux Parlements, qui ne relèvent pas de la question de l'immunité, mais certains États mobilisent à outrance les possibilités offertes par ces codes de conduite. Notamment dans l'affaire *Karacsony et autres c. Hongrie*²⁹⁶ qui avait trait à la nouvelle loi relative à l'Assemblée nationale hongroise de 2012 qui dispose à son article 48 paragraphe 3 que « *Le président de séance peut proposer, (...) d'exclure pour le reste de la séance du jour et de punir d'une amende tout député qui, lors de son intervention emploierait une expression gravement offensante pour l'autorité de*

²⁹² Rapport établi par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe T. JAGLAND, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit — Populisme — Le système des contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe*, 2017, p.87

²⁹³ Cela avait été le cas de la Constitution albanaise qui est venue limiter l'immunité des parlementaires, ce qui a alerté la Commission de Venise : Commission de Venise, Avis relatif au projet de décision de l'assemblée de la république d'Albanie sur la limitation de l'immunité parlementaire et les conditions dans lesquelles l'ouverture d'une enquête sur des infractions de corruption et des abus d'autorité peut être autorisés, avis n°361/2005, CDL-AD (2006)005

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ CEDH, GC, *Selahattin Demirtas c. Turquie* (n° 2), 22 décembre 2020, n° 14305/17. Voir *supra*. §§248-249

²⁹⁶ CEDH, GC, *Affaire Karacsony et autres c. Hongrie*, 17 mai 2016, n° 42461/13 et 44357/13

l'Assemblée ». Notons qu'une telle clause est classique et existe dans la plupart des pays, mais la tendance autoritaire du régime l'utilise comme une véritable arme contre l'opposition, ce que traduit le constat de violation de l'article 10 en l'espèce. Un cas de figure similaire s'est présenté quelques mois après dans l'arrêt *Szanyi c. Hongrie*²⁹⁷ concernant la sanction d'un député de l'opposition qui avait exprimé son mécontentement.

145. De manière générale cette limitation de la possibilité pour l'opposition de s'exprimer a été largement dénoncée, notamment dans le rapport du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en 2017²⁹⁸. Mais outre ces limitations à la liberté d'expression dans son volet plus politique, la liberté d'expression des journalistes, et de manière générale de la société civile, est également menacée.

B) La censure des médias et de la société civile

146. Un facteur fondamental pour une démocratie saine est la liberté d'expression des médias et de la société. Les journalistes en particulier sont les « *chiens de garde de la démocratie* ²⁹⁹ ». La Cour estime que le droit des journalistes de communiquer des informations est lié à celui d'accéder à des informations ainsi qu'à celui du public d'en recevoir³⁰⁰. Or, il va sans dire que si certains gouvernements populistes/autoritaires s'autorisent et se donnent les moyens de museler des opposants parlementaires, élus, devant normalement être des relais du « Peuple », les médias eux aussi sont les sujets d'une purge délétère pour la démocratie. Ce qui s'est en effet concrétisé.

147. Les régimes populistes organisent d'abord « *une délégitimation en règle de toute analyse contestataire* ³⁰¹ », comme cela a été vu, puis ils viennent l'éliminer³⁰². Qu'il s'agisse de Kacynski, d'Orban, de Poutine ou encore d'Erdogan, tous font adopter des lois qui mutilent la liberté de la presse en brandissant divers objectifs détournés tels que la sécurité publique, la réputation d'autrui ou encore la « dignité de la nation ».

²⁹⁷ CEDH, *Szanyi c. Hongrie*, 8 novembre 2016, n° 35493/13

²⁹⁸ Rapport établi par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe T. JAGLAND, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit — Populisme — Le système des contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe*, 2017, p.85 et suivantes.

²⁹⁹ CEDH, *Dupuis et autres c. France*, 7 juin 2007, n° 1914/02, §46

³⁰⁰ CEDH, *Magyar Helsinki bizottság c. Hongrie*, 8 novembre 2016, n° 18030/11, §152

³⁰¹ L.BURGOGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p. 243

³⁰² *Ibid.*

148. En effet, en Hongrie le 4^e amendement de la Loi Fondamentale hongroise est venu réviser le droit à la liberté d'expression à son article 5 paragraphe 2, ainsi, ce dernier « *ne peut être exercé afin de violer la dignité de la nation hongroise (...)* »³⁰³. Cette clause porte évidemment atteinte aux valeurs du Conseil de l'Europe, et la Commission de Venise a dénoncé sa dangerosité³⁰⁴. En effet les termes de « *dignité de la nation hongroise* » sont larges, illimités et facilement instrumentalisables. Le terme peut être utilisé pour « *réprimer les critiques visant des institutions et des responsables hongrois* » ce qui la rend incompatible avec l'exigence de nécessité qu'a élaborée la Cour. Cette dernière avait d'ailleurs déjà eu l'occasion de se prononcer sur une règle similaire dans un arrêt *Altug Taner Akçam c. Turquie*³⁰⁵ dans lequel elle a estimé que l'emploi du terme « nation turque » dans une disposition de droit pénal visant à protéger cette dernière était « *trop large et trop vague, si bien qu'elle constituait une menace continue à l'exercice du droit à la liberté d'expression.* »³⁰⁶. Le même constat de risque de violation s'applique à la disposition de la Loi fondamentale hongroise.

149. C'est par ailleurs à travers une liberté des médias respectée que l'on peut espérer voir des élections, bases de la démocratie, se dérouler sainement. Or, non contents de museler des médias, des ONG, des membres de la société civile ou autre, les dirigeants populistes cherchent aussi à avoir la main mise sur tous les canaux d'information. Ainsi les fausses informations deviennent « la narration officielle »³⁰⁷, afin de diffuser « à une vitesse fulgurante »³⁰⁸ le discours populiste, tout simplement. Dès lors, les droits sont grignotés (dévorés), la réalité est tronquée, les élections en deviennent truquées, et le processus démocratique est amputé. Lorsque certains journalistes tentent tout de même de faire barrage à un flot de *fake-news*, c'est au péril de leur liberté, car l'arbitraire étant de mise, beaucoup sont emprisonnés ou punis pénalement³⁰⁹. Si certains membres de la société civile continuent de s'opposer au régime, un sort similaire les attend.

³⁰³ Commission de Venise, Avis sur le quatrième amendement à la loi fondamentale de la Hongrie, n°720/2013, CDL-AD(2013)012, p.13

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ CEDH, *Altug Taner Akçam c. Turquie*, 25 octobre 2011, n° 27520/07

³⁰⁶ *Ibid.* §93

³⁰⁷ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.239

³⁰⁸ Rapport établi par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe T. JAGLAND, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit — Populisme — Le système des contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe*, 2017, p.37

³⁰⁹ A titre d'exemple, en Russie un journaliste a été condamné pour injure contre un procureur (*Grebneva et Alisimchik c. Russie*, 22 novembre 2016, n° 1799/07).

En Turquie il serait impossible de dresser une liste exhaustive de toutes les affaires de violation de la liberté d'expression, nombre de journalistes sont emprisonnés, souvent accusés de terrorisme : voir notamment l'alerte

150. En effet, la liberté d'expression et son respect se caractérisent aussi au travers de la liberté de réunion et d'association figurant à l'article 11 de la Convention. Or, le musèlement de l'opposition politique dans certains régimes populistes/autoritaires passe par la limitation de ces droits. L'affaire *Navalnyy c. Russie* le démontre à l'envie³¹⁰ : Aleksey Navalnyy, fervent opposant au régime russe avait été accusé de soi-disant blanchiment d'argent, arrêté et condamné à sept reprises. La Cour a conclu à la violation des articles 5,6 et 11, mais aussi de l'article 18 en estimant que les condamnations du requérant poursuivaient un but inavoué, celui d'étouffer le pluralisme politique et donc de museler toute opposition politique.

§2 : Le bannissement de la pluralité, l'apologie de la discrimination

Il est indéniable que les partis populistes de droite sont en proie à une démesure anti-pluraliste. Cette dernière trouve notamment sa source dans l'encensement du « Peuple », blanc, originel, homogène. Aussi, cette vision manichéenne conduit à opprimer des minorités nationales, de genre ou de groupe ayant une certaine orientation sexuelle, étant donné leur tendance conservatrice **(A)** ainsi que les étrangers, les régimes populistes de droite étant fortement opposés à l'immigration **(B)**.

A) L'oppression des minorités

151. L'approche propre au populisme du « Peuple » entre en contradiction frontale « avec ce qui constitue la matrice des droits de l'homme fondée sur la pluralité et la protection des minorités ³¹¹», aussi, l'un des points auquel s'attaquent les dirigeants populistes, sciemment ou pas, est la philosophie même du droit européen des droits de l'homme. C'est-à-dire la philosophie universaliste des droits de l'homme, celle qui veut que quelle que soit la personne, quel que soit son sexe, son origine, sa nationalité, son orientation sexuelle, son identité de genre etc. cette personne a droit au respect et à la protection de ses droits.

du 31 octobre 2018 sur la plateforme pour renforcer la protection du journalisme et la sécurité des journalistes sur le site du Conseil de l'Europe (https://www.coe.int/fr/web/media-freedom/detail-alert?p_p_id=sojdashboard_WAR_coesojportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-3&p_p_col_count=5&sojdashboard_WAR_coesojportlet_alertPK=35770364)

³¹⁰ CEDH, *Navalnyy c. Russie*, 15 novembre 2018, n° 29580/12 et 4 autres

³¹¹ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.244

152. Or, aussi caricatural que celui puisse paraître ces droits sont déniés par les gouvernements populistes suivant leur orientation politique ou leur envie. Certains régimes ultra-conservateurs qui se regroupent autour de valeurs catholiques vont évidemment s'attaquer à des minorités homosexuelles, ou religieuses, mais aussi aux étrangers. Selon l'histoire et la sociologie d'autres, se seront des minorités nationales qui seront visées, comme les Roms qui continuent d'être sans cesse marginalisés, notamment en Hongrie et en Roumanie. Le rapport de l'ECRI sur la Hongrie de 2015 fait état de nombre de violences à l'égard des Roms et de leur manque d'inclusion dans le pays³¹². Bien que toutes les violences et marginalisations ne soient pas imputables directement à l'État, certains faits inquiètent. Notamment : l'élection en 2014 au Parlement hongrois d'un vice-président ancien dirigeant d'un groupe skinhead, ce qui laisse transparaître « *une certaine tolérance à l'égard des attitudes racistes et un manque de respect flagrant à l'égard du groupe le plus vulnérable du pays*³¹³ », également, le gouvernement continue de placer des enfants Roms dans des écoles pour handicapés mentaux³¹⁴. De plus, un des pans les plus visibles de ce rejet de la diversité et des minorités est la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et « *les discours dépréciateurs*³¹⁵ » à l'égard des personnes LGBT qui sont répandus et « *ont été en progression*³¹⁶ ».

153. De même en Russie, dans son rapport de 2018 l'ECRI³¹⁷ rapporte que les discours de haine dans le discours politique sont monnaie courante, ils prennent pour cible les migrants, les ukrainiens mais aussi les communautés LGBT. Poutine ne s'en cache d'ailleurs pas ce qui est d'autant plus inquiétant, le rapport fait en effet état d'une interview où ce dernier affirmait que « *ses politiques anti-LGBT s'expliquaient par le devoir qui était le sien (...) d'apporter son soutien aux valeurs familiales traditionnelles, les relations entre personnes de même sexe ne pouvant conduire à la procréation*³¹⁸ ». La Cour constitutionnelle elle-même est venue reconnaître que l'orientation sexuelle et l'identité de genre font partie des motifs interdits dans le code pénal³¹⁹. Une de ces interdictions législatives porte d'ailleurs sur l'interdiction de la promotion de l'homosexualité, et le gouvernement russe à grand renfort de morale, de valeurs familiales ou autres justifications grotesques s'est retrouvé devant la Cour lors de l'affaire

³¹² ECRI, Rapport de l'ECRI sur la Hongrie, publié le 9 juin 2015

³¹³ *Ibid.* §79

³¹⁴ *Ibid.* §§109-110

³¹⁵ *Ibid.* § 119

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ ECRI, Rapport de l'ECRI sur la Russie, publiée le 5 mars 2019

³¹⁸ *Ibid.* §22

³¹⁹ Cour constitutionnelle Russe n°24-P, 23 septembre 2014

*Bayev et autres c. Russie*³²⁰. Elle est édifiante pour appréhender cette homophobie généralisée et promue par le gouvernement. Notons également qu'à l'image de la logique nationaliste du populisme, les autorités russes sont allées jusqu'à cesser de reconnaître la compétence de l'ECRI.

154. Ainsi, les dirigeants populistes iront de la propagation d'un discours de haine envers certaines minorités, jusqu'à la violence et la discrimination dans certaines politiques. Ce qui va de manière flagrante aux antipodes des valeurs de la Convention, notamment son article 14, des obligations positives et de manière générale de la philosophie des droits de l'homme. Par ailleurs, l'un des pans les plus visibles de cette vision étriquée de l'être humain est le racisme et la xénophobie dont tous les gouvernements populistes font preuve, notamment à l'égard des étrangers migrants.

B) Le rejet des étrangers

155. L'une des « *origines du dynamisme des populismes de droite en Europe est la peur de la menace islamiste* ³²¹», cela a conduit à la triste mouvance anti-immigration, d'autant plus à l'aune de la crise des réfugiés depuis 2015. Les actuelles tendances xénophobes sont inquiétantes et prennent de l'ampleur. Les dirigeants populistes viennent faire barrière à tout ce qui vient d'ailleurs et qui ne ferait pas partie de ce « Peuple » blanc, homogène et originel. Le plus inquiétant étant toutes les rumeurs véhiculées par les médias et les politiques, qui se diffusent au sein de la société. M. Harzoune³²² affirmait d'ailleurs que le sujet des migrations repose sur des « *idées fausses* » et « *des peurs* », véhiculées par l'opinion publique et « *les professionnels de la parole* », sous-tendu les politiques. Notamment populistes, mais pas que.

156. Par exemple, en Italie, la Lega met un point d'honneur à lutter contre l'immigration illégale, allant même jusqu'à proposer dans son programme de restaurer le crime de « clandestinité ».

En Hongrie, Jobbik (l'Alliance des jeunes de droite — Mouvement pour une meilleure Hongrie) qui était en tête de liste a fini par être « détrôné » par le Fidesz, parti de Victor Orban lorsque

³²⁰ CEDH, *Bayev et autres c. Russie*, 20 juin 2017, n° 67667/09 et deux autres

³²¹ P-A. TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes », *art.cit.* p.4

³²² M.HARZOUNE, « Plus de pédagogie, moins de démagogie », dans *Hommes et migrations*, 2015

ce dernier a choisi d'axer toute sa politique sur la crise migratoire³²³. Ce qui est malheureusement révélateur de l'état d'esprit dans le pays. Depuis qu'il est arrivé au pouvoir en 2010, il n'a eu de cesse de faire barrière à l'immigration. Lorsque l'U.E. a décidé de mettre en place un plan de relocalisation en 2015³²⁴, le groupe de Visegrad, dont fait partie la Hongrie, s'y est opposé. Les trois pays ont voté contre – et leurs arguments sont révélateurs — car ils estimaient que ce plan rognait leur souveraineté et mettait en péril « *l'homogénéité culturelle* »³²⁵.

157. V.Orban est même allé jusqu'à organiser un référendum³²⁶ contre les décisions de relocalisation, en incitant les Hongrois à s'y opposer. Un pourcentage inquiétant de votant s'y est effectivement opposé (98,3%) mais a été contrebalancé par le faible taux de participation qui a heureusement invalidé le référendum³²⁷. Toute sa campagne anti-migratoire fut rythmée de slogans tous plus puérils les uns que les autres :

*« Le saviez-vous ? Plus de 300 personnes ont été tuées dans des attentats terroristes en Europe depuis le début de la crise des migrants. », « Le saviez-vous ? Les auteurs des attentats terroristes de Paris étaient des immigrés. », « Le saviez-vous ? Bruxelles veut imposer l'installation en Hongrie d'un nombre de migrants irréguliers correspondant à la population d'une ville. », et « Le saviez-vous ? Depuis le début de la crise des migrants, le harcèlement sexuel des femmes a augmenté en Europe. »*³²⁸

158. Ces tendances xénophobes sont inquiétantes et vont *crescendo*, de plus, un contentieux important est parvenu jusqu'à la Cour sur la question qui est révélateur de cette tendance. Par exemple, la Cour a conclu à la violation des articles 3, 4 et 5 dans *Ilias et Ahmed c. Hongrie*³²⁹, après la rétention de migrants pendant vingt-trois jours dans une zone de transit. Plus

³²³ T. BERTELOOT et J-Y. CAMUS, « Européennes : tour d'Europe des droits eurosceptiques, populistes et radicales », dans *Libération*, publié le 21 mai 2019, disponible à : https://www.liberation.fr/les-idees/2019/05/21/europeennes-tour-d-europe-des-droites-eurosceptiques-populistes-et-radicales-12_1727407/

³²⁴ Décision (U.E.) 2015/1601 du Conseil, du 22 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce (JO 2015, L 248, p. 80) et Décision (U.E.) 2015/1523 du Conseil, du 14 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce (JO 2015, L 239, p. 146)

³²⁵ M.CANDAY, « La justice européenne donne tort à la Hongrie et Slovaquie sur l'accueil des réfugiés », *Euractiv*, 2017, disponible à : <https://www.euractiv.fr/section/migrations/news/la-justice-europeenne-donne-tort-a-la-hongrie-et-slovaquie-sur-laccueil-des-refugies/>

³²⁶ B. GAUQUELIN, « Orban affaibli par son référendum anti-migrants », dans *Le Monde*, 2016, disponible à : https://www.lemonde.fr/europe/article/2016/10/03/referendum-anti-migrants-les-hongrois-n-ont-pas-suivi-viktor-orban_5007032_3214.html?xtmc=hongrie&xtrc=2

³²⁷ B. GAUQUELIN, « Orban affaibli par son référendum anti-migrants », *art.cit.*

³²⁸ Slogans rapportés au §16 de l'arrêt : CEDH, GC, *MKKP c. Hongrie*, 20 janvier 2019, n° 201/17. Certains partis bien que satiriques contrecarrent cette offensive xénophobe : le MKKP a ainsi lancé plusieurs slogans (« Le saviez-vous ? Il y a une guerre en Syrie. », « Le saviez-vous ? Un million de Hongrois veulent émigrer en Europe. », etc.)

³²⁹ CEDH, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 14 mars 2017, n° 47287/15

récemment, dans l'affaire *M.K. et autres c. Pologne*³³⁰, la Cour est venue condamner la Pologne sur la base des articles 3, 4 Protocole n° 4 et 13 pour le refus par les gardes-frontières polonais d'avoir enregistré des demandes d'asiles et du renvoi sommaire des requérants vers un État tiers.

159. De manière générale, les gouvernements populistes ont tendance à refouler les migrants³³¹, voir à les traquer à la frontière qui a été militarisée depuis la déclaration d'un « état d'urgence migratoire »³³² et ne s'assurent pas du respect de leurs droits lors de renvois vers d'autres pays, le Comité de prévention de la torture du Conseil de l'Europe s'en est inquiété³³³. Lorsque les migrants parviennent à rentrer sur le territoire, ils sont en général placés en détention systématique dans des conditions déplorables³³⁴, et le taux de rejet des demandes d'asile est très élevé. Les ONG présentes sur les territoires et tentant de remédier à la situation sont tombées en Hongrie sous le coup de la loi grotesquement nommée « Stop Soros » qui impose une taxe punitive aux ONG venant en aide aux migrants³³⁵. Le contexte sanitaire actuel a d'ailleurs permis à Orban d'apporter une pierre à « l'édifice funèbre³³⁶ » de la procédure d'asile en Hongrie. En effet, il a adopté un décret qui impose l'externalisation de la demande d'asile qui ne peut plus être déposée en Hongrie, mais uniquement dans les ambassades des pays de transit tiers à l'U.E.

160. Autre tendance inquiétante : celle de la coopération d'États entre eux lorsqu'ils partagent les mêmes points de vue, et ce, dans le système même de la Cour *via* le mécanisme de tierce intervention. En effet, on ne peut manquer de remarquer que dans l'affaire *Z.A. et autres c. Russie*³³⁷ le gouvernement hongrois intervient en faveur de la Russie, et à l'inverse dans *Ilias et Ahmed*³³⁸ ce sont les gouvernements, bulgares, polonais et russes qui mènent le

³³⁰ CEDH, *M.K. et autres c. Pologne*, 23 juillet 2020, n° 40503/17 et deux autres

³³¹ Suivi des pays par le Conseil de l'Europe, publication du 27 novembre 2015 « La réponse de la Hongrie à l'arrivée de réfugiés ne respecte pas les droits de l'homme » : <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/hungary-s-response-to-refugee-challenge-falls-short-on-human-rights>

³³² « Migrant crisis Hungary declares emergency at Serbia border », BBC, 15 septembre 2015 , <https://www.bbc.com/news/world-europe-34252812>

³³³ CPT, Rapport CPT/Inf(2020)8

³³⁴ Déclaration du 8 mars 2017 du Commissaire aux droits de l'homme « Le Commissaire s'inquiète de la nouvelle loi hongroise qui autorise la détention systématique de demandeurs d'asile » : <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/commissioner-concerned-about-hungary-s-new-law-allowing-automatic-detention-of-asylum-seekers>

³³⁵ <https://www.courrierinternational.com/article/hongrie-orban-presente-son-projet-de-loi-stop-soros>

³³⁶ B. TAXIL, « La demande d'asile interdite en Hongrie : un nouveau bras de fer avec l'U.E. », dans *Le club des juristes*, 2020, disponible à : <https://blog.leclubdesjuristes.com/la-demande-dasile-interdite-en-hongrie-un-nouveau-bras-de-fer-avec-lue/>

³³⁷ CEDH, *Z.A. et autres. c. Russie*, 28 mars 2017, n° 61411/15 et trois autres

³³⁸ CEDH, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 14 mars 2017, n° 47287/15

combat de l'immigration. Ils y présentent sans l'ombre d'un doute leur tendance xénophobe et leur défiance envers la jurisprudence de la Cour trop protectrice³³⁹.

161. Étant donné leurs idéologies allant à l'encontre de l'esprit de la Convention et de l'universalisme des droits de l'homme, il est encore plus à craindre pour ces derniers lorsque ces gouvernements s'emploient à défaire les garanties qui permettent justement de lutter contre l'exercice arbitraire de leur pouvoir, et ce en manipulant la tradition juridique de leurs États.

SECTION 2 : LA CORROSION DES GARANTIES CONTRE L'ARBITRAIRE

C'est désormais l'Exécutif qui concentre tout le pouvoir, et cette atteinte à la séparation des pouvoirs est délétère pour la lutte contre l'arbitraire. D'une part car l'Exécutif a détruit la barrière fondamentale à son pouvoir ; l'indépendance de la justice (§1), et d'autre part, car de cette façon il peut se permettre d'agir comme bon lui semble...de façon arbitraire et souvent contraire aux préceptes du droit international et européen (§2).

§1 : La fin d'une justice indépendante, le risque pour les garanties procédurales

Ces régimes « illibéraux », dans le cas de la Pologne et la Hongrie, sont empreints d'une tradition juridique dite « formaliste » enfermée dans une vision procédurale de la légalité (A), ce qui a facilité le démantèlement de l'État de droit ; procéduralement parlant les réformes sont « irréprochables ». Par ailleurs, non seulement les réformes portent atteinte à l'indépendance des juges, mais elles instrumentalisent ces derniers. En effet, les juges – eu égard à leur tradition juridique – ne peuvent généralement que se tenir à une interprétation littérale de textes, or, ces derniers vont désormais à l'encontre des valeurs de la prééminence du droit. Ce faisant, le droit à un procès équitable est détourné puisque les juges ne sont plus indépendants, et que leurs moyens (on entend ici une loi juste, de qualité, équitable, etc.) sont amoindris (B).

³³⁹ Dans Ilias et Ahmed voir les §§118-122.

Et dans Z.A. le §124 notamment : « *Le gouvernement hongrois plaide devant la Grande Chambre que le droit international contemporain ne consacre pas un droit pour les candidats à l'asile de choisir le pays où présenter leur demande (« asylum shopping »), même si le HCR et « d'autres organisations défendant les droits des réfugiés » prônent la reconnaissance de pareil droit.* »

A) La proclamation d'un régime illibéral menant à un trop strict formalisme juridique

162. Le modèle de l'État de droit avec le temps s'est étoffé, le concept que l'on retrouve depuis les années 1980 dans la plupart des programmes doit s'entendre comme une notion matérielle ou substantielle. Cette dernière "*fait référence à des valeurs, des contenus supra positifs (...)*"³⁴⁰ et la Cour s'inscrit directement dans cette mouvance, ce qui exclut une vision trop formaliste du droit.

163. Or, les gouvernements polonais et hongrois se sont employés par diverses réformes à déconstruire les éléments fondamentaux de l'État de droit comme vu précédemment. Mais ce, de manière sournoise, car ils déconsolident l'État de droit dans leurs États, en faisant preuve d'un tel formalisme juridique, qu'en surface, sur certains points, il n'y paraît pas.

164. La question a pu se poser de savoir s'il ne s'agissait pas « simplement », d'une nouvelle « doctrine juridique », qui s'éloignerait conceptuellement du modèle constitutionnel libéral pour créer un modèle illibéral ? Il semble que non, il semblerait plutôt que le droit est une ressource privilégiée pour ces dirigeants, il leur octroie une certaine forme de légitimité, ils le mobilisent pour toutes leurs stratégies politiques. Ce qui leur permet de reconstruire leur agenda politique en se « protégeant » par le droit tout en l'instrumentalisant. C'est exactement cette stratégie qui semble avoir été mise en œuvre durant les diverses réformes constitutionnelles et législatives.

165. Pour K. Grabarczyk-Blay, dans un colloque à Tours le 31 janvier 2019 portant sur les régimes autoritaires³⁴¹, il s'agirait plutôt d'une vision cynique du droit. Il n'y a pas d'absence de la conceptualisation, mais c'est surtout une vision procédurale de la légalité qui domine le processus en Pologne et en Hongrie et dont abusent les nouveaux dirigeants. D'un point de vue formaliste, il n'y a pas eu de violation de l'État de droit, le parlement a été choisi de manière transparente et démocratique, il utilise les procédures prévues par la Constitution et la loi, et il est compétent pour adopter ces réformes. Or, c'est bel et bien une vision cynique du droit qui prévaut, car une fois le formalisme respecté, ce n'est pas pour autant que les valeurs, les contenus supra-positifs sont respectés. Alors que désormais, c'est plutôt cette conception

³⁴⁰ C-M. HERRERA, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit ». dans *L'Homme et la société*, n° 113, 1994, p.89

³⁴¹ « La formation des régimes autoritaires : analyse comparée de récents développements européens », organisé par K. ABDEREMANE, 1 février 2019. Vidéos du colloques disponibles à : https://www.canal-u.tv/producteurs/irji/la_formation_des_regimes_autoritaires

substantielle qui prévaut, et surtout, qui devrait prévaloir. En effet, « (...) *l'état de droit n'est pas l'État de n'importe quel droit (...) il doit avoir une certaine qualité normative et refléter les valeurs fondamentales et les droits consacrés par la Convention*³⁴² ».

166. Ce strict formalisme juridique déteint sur le système de la justice, les juges sont enfermés dans un carcan législatif contraire aux valeurs de la Convention, et en accord avec la vision procédurale du droit, ils ne peuvent s'en écarter.

B) Le détournement du procès équitable

167. En effet, c'est justement cette tradition juridique du formalisme qui a facilité le démantèlement de l'État de droit. N. Boy mobilise une définition donnée par P. Cserne dans son article portant sur la question³⁴³, ce dernier le définit comme la situation où « *les juges se voient comme appliquant, plutôt que comme créant le Droit, le Droit se référant au droit positif* », c'est-à-dire *aux lois adoptées plutôt qu'à un plus grand éventail de sources, et ils ont recours à une interprétation littérale plutôt qu'à des méthodes plus créatives ou d'autres modes de raisonnement* ». En accord avec cette conception/application du droit, les juges finissent par se trouver dans l'impossibilité de contester les nouvelles lois — aussi attentatoires de certaines valeurs, ou libertés promues par l'État droit, qu'elles puissent l'être — car « *l'État de droit est un principe hors de leur portée (...) le juge ne peut pas, en théorie, contrôler si la loi respecte bien le principe de l'État de droit puisqu'il s'agirait (...) d'une référence à une source extérieure à la loi*³⁴⁴ ».

168. Ainsi, entre des atteintes à l'indépendance de la justice³⁴⁵ déjà suffisamment contraires aux exigences du procès équitable — via la sélection des juges, les changements de fonctionnement au sein des tribunaux ou autre — les dirigeants populistes viennent détourner la substance même du procès équitable. Car le droit n'offre plus, ou les dirigeants ont retiré, les outils juridiques et normatifs adaptés pour que les juges exercent leur fonction en accord avec la prééminence du droit ou l'État de droit. Les cours constitutionnelles sont considérées comme étant les seules à pouvoir mobiliser le concept de l'État de droit et tous les principes en

³⁴² L-A. SICILIANOS, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *art.cit.*, p.830

³⁴³ N.BOY, « La notion d'État de droit au sein du Conseil de l'Europe à l'aune des crises hongroise et polonaise », dans *RDLF*, 2020, chron.n° 54

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ CEDH, *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, n° 20261/12

découlant, or comme cela a été étudié, les dirigeants populistes se sont empressés de les paralyser. Le droit au procès équitable est donc complètement détourné.

169. Or, « *le droit à un procès équitable constitue la quintessence de l'état de droit, il reflète l'idéal de justice et de juste équilibre qui irrigue la Convention* ³⁴⁶ », et l'indépendance de la justice, tout comme ses moyens sont primordiaux pour que le procès équitable soit et demeure de même que la prééminence du droit. Effectivement, l'exigence d'indépendance de la justice est une valeur qui « dépasse » l'article 6 et « *embrasse le système de la Convention dans son ensemble* ³⁴⁷ ». La Cour n'a de cesse de le rappeler depuis 1978 : la prééminence du droit « (...) *implique entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif (...) soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire* ³⁴⁸ » et ce « *car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière* ³⁴⁹ ». Or, il est flagrant que désormais, les juges, dans ces états, n'offrent plus ces garanties. *Exit* donc, le procès équitable, ciment de l'État de droit.

170. Désormais, il semble que la séparation des pouvoirs ait cessé d'être ménagée, l'ingérence de l'exécutif n'est plus entourée de garde-fous suffisants alors même qu'il concentre tout le pouvoir.

§2 : La carte-blanche de l'Exécutif, le risque pour la primauté du droit

La légalité ou primauté du droit entend tout simplement que le droit soit respecté, qu'il soit interne ou international. On se rend compte qu'il ne s'agit pas d'un principe que les dirigeants populistes visent à respecter, ces régimes présentent déjà en interne une forte tendance autoritaire comme étudié précédemment. Mais de surcroît, leurs dénonciations rageuses du droit international et en particulier de la Cour risque de les conduire à contourner le droit international et donc le droit de la Convention **(A)**, voire à tout simplement le rejeter et agir à l'inverse de ce que prescrit ce droit, risque qui s'est concrétisé et qui pourrait être délétère pour les droits de l'homme s'il venait à se généraliser **(B)**.

³⁴⁶ L-A. SICILIANOS, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *art.cit.* p. 830

³⁴⁷ G. RAIMONDI, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans c'est l'heure d'une retraite honorable ou d'une nouvelle jeunesse ? », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p.103

³⁴⁸ CEDH, *Klass c. Allemagne*, 6 septembre 1978, n° 5029/71, §55

³⁴⁹ *Ibidi.*

A) Le risque d'une application divergente des normes

171. Il s'agit en réalité d'un euphémisme que de parler de « risque », ce n'est désormais plus un risque, mais plutôt un fait avéré. Cependant en 2017, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe T. Jagland faisait état de ce risque d'une application divergente des normes. Ainsi, « *les tendances à l'isolationnisme gagnent du terrain au point d'inciter certains États membres à remettre en question la nature du droit international et des accords internationaux (...)* »³⁵⁰. C'était plutôt clairvoyant. En effet nombre de facteurs déjà étudiés permettait de douter de la continuité d'une application, si ce n'est rigoureuse, du moins protectrice du droit international, en particulier du droit de la Convention. Il s'agissait de ces dénonciations constantes et de plus en plus violentes du système international, et en particulier de la Cour et de son système, du détachement de certains juges à la primauté du droit international, etc. Plus simplement, la vision irrationnelle, manichéenne, chauvine, anti-pluraliste des dirigeants populistes ayant accédé au pouvoir était annonciateur d'une application divergente des normes, et de l'ébranlement de l'intégrité du système conventionnel.

172. De plus, le fait que des personnalités conservatrices d'extrême droite soient finalement parvenues au pouvoir, qu'elles aient entrepris diverses réformes s'attaquant à l'État de droit, ou tout simplement qu'elles usent des pouvoirs conférés par leur élection a démontré ce risque et l'a concrétisé. Ainsi, en 2016 en Turquie, Erdogan a déclaré l'état d'urgence, bien que cela ait pu paraître justifié par le coup d'État qui s'était déroulé peu de temps avant. La frontière est fine entre un état d'urgence « légal » aux mains d'une personnalité autoritaire, et des réformes constitutionnelles ou législatives procéduralement irréprochables mais démembrant l'état de droit. Le cas turc a démontré ce risque d'une application divergente des normes, car sous couvert d'état d'urgence, Erdogan a pris des mesures excessives, attentatoires pour les droits de l'homme et il les voulait permanentes³⁵¹ : révocation collective de fonctionnaires, confiscation de biens, droits des détenus amputés, etc.³⁵². Notons cependant que lors de la déclaration de cet état d'urgence, le gouvernement s'était conformé à l'obligation d'information du Secrétaire général du Conseil de l'Europe de l'exercice du droit de dérogation prévu à l'article 15 paragraphe 3 de la Convention. La Cour a d'ailleurs condamné fermement la

³⁵⁰ Rapport établi par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe T. JAGLAND, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit — Populisme — Le système des contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe*, 2017, p.85

³⁵¹ *Ibid.* p.87

³⁵² *Ibid.*

Turquie sur la base des articles 6 et 8 dans le récent arrêt Piskin³⁵³, ainsi, « (...) même dans le cadre d'un état d'urgence, le principe fondamental de la prééminence du droit doit prévaloir³⁵⁴ », dès lors, « (...) il serait incompatible avec la prééminence dans une société démocratique (...) de soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou d'exonérer de toute responsabilité des catégories de personnes³⁵⁵ ».

173. Il n'en va pas de même dans le contexte actuel de crise sanitaire due au Covid, en effet ni la Turquie, ni l'Italie, ni la Pologne, ni la Hongrie, ni la Russie (ni beaucoup d'autres États ceci dit, incluant la France) n'ont daigné respecter cette obligation, alors même que des états d'urgence sanitaires internes étaient proclamés. Cela illustre encore une fois le rejet pur et simple du système de la Convention pour ce qui est de ces gouvernements populistes, et de l'application divergente des normes. Mais cela est aussi tristement révélateur du désintéressement général (car ils ne sont pas les seuls à avoir fait fi de cette obligation) à l'égard de la Convention dans les autres États membres³⁵⁶.

174. Aussi, le risque d'une application divergente généralisée du système juridique de la Convention, et du système international pourrait être à craindre. Le phénomène dans son « extrême » reste encore relativement épars, se concentrant dans les pays susmentionnés, mais on ne peut ignorer la montée en puissance de mouvements populistes d'extrême droite dans d'autres États membres (Autriche, Danemark, Estonie, Suisse, etc.)³⁵⁷. D'autant plus que dans les gouvernements populistes, l'application des normes n'est plus seulement divergente, mais gravement contraire au système de la Convention, à tel point qu'il devient presque impossible de parler « d'application » au sens strict du terme.

³⁵³ CEDH, Piskin c. Turquie, 15 décembre 2020, n° 33399/18

³⁵⁴ *Ibid.* §153

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ F. SUDRE, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Le club des juristes*, 2020. Dans son passage pertinent : *On ne peut que constater, avec perplexité, que les « vieilles » démocraties d'Europe, au premier rang desquelles les États fondateurs de la Convention EDH — Allemagne, Italie, France, Pays-Bas, Royaume-Uni ... —, n'ont pas fait usage de la dérogation de l'article 15 alors que, durement touchées par le covid-19, elles ont, globalement, pris des mesures similaires à celles adoptées par ces 10 États. Faut-il y voir la marque d'un désintérêt pour le système de garantie de la Convention EDH ? Cela serait consternant, à l'heure où l'état d'urgence sanitaire, décrété un peu partout en Europe, malmène les libertés fondamentales au cœur des démocraties.*

³⁵⁷ Voir en ce sens, P-A. TAGUIEFF, « Populismes et anti-populismes », *art.cit.* p. 5

B) Les actions unilatérales contraires au droit international

175. En effet, le cas russe est éloquent sur ce point. L'histoire des conflits en Europe démontre que dans le cas de Poutine, ce dernier ne se contente pas de démagogie nationaliste, mais joint bel et bien les actes à la parole en mettant en œuvre des interventions antidémocratiques. Le cas russe reflète l'une des revendications assez caractéristiques de régimes populistes : et qui pourrait se nommer « l'unilatéralisme » dans le sens d'une prise de décision unilatérale souvent dangereuse qui découle d'une défiance envers le système international notamment. Il est ainsi passé du « *nationalisme verbal* » au « *nationalisme militaire* »³⁵⁸, notamment, dans le contexte du conflit avec l'Ukraine après l'annexion de la Crimée qui s'insère dans la droite ligne nationaliste des premières années après l'effondrement de l'U.R.S.S.³⁵⁹.

176. La population russe estimait que la fin de l'U.R.S.S. avait abouti sur une paix asymétrique « *avec (...) la mise en défensive permanente de la Russie* »³⁶⁰. Vladimir Poutine semblait également estimer que « *les pratiques du système international étaient utilisées à des fins instrumentales (...), comme dans l'invasion (...) de l'Iraq* »³⁶¹. Aussi il s'est approprié ce qu'il considérait comme une pratique illégale afin de mettre à profit ses « *ambitions impérialistes (...) et ses aspirations à restaurer l'ancien empire soviétique* »³⁶².

177. Il ne s'agit pas de tomber dans la caricature ou dans une description orientée. Le conflit ukrainien ne se réduit pas uniquement à une volonté impérialiste empreinte de populisme de Vladimir Poutine³⁶³, mais illustre tout de même bien la survenance d'actions unilatérales contraires au droit international par la Russie qui est considérée comme un régime présentant plusieurs attributs du populisme. Vladimir Poutine est d'ailleurs considéré par certains comme un initiateur du populisme postcommuniste d'extrême droite, un *leader* de qui certains s'inspirent : « *Frontières, nation, dénonciation des élites (...); il est le grand inventeur du populisme triomphant* »³⁶⁴. Espérons que ce populisme triomphant et extrême ne se diffuse pas.

³⁵⁸ B. GUETTA, « Poutine, précurseur et maître à penser du populisme », *Après-demain*, vol. n ° 43, NF, no. 3, 2017, p.30

³⁵⁹ En effet, durant ces années les nationalistes radicaux russes niaient le droit d'indépendance de l'Ukraine.

³⁶⁰ R. SAKWA, « Vladimir Poutine et l'Ukraine », dans *Annuaire français de relations internationales*, Vol. XVI, 2015, p.149

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Ibid.* p.156

³⁶³ Y. RICHARD étudie plus profondément les causes de cette crise : Y. RICHARD, « La crise de Crimée (mars 2014) : comment en est-on arrivé là, » dans *EchoGéo – Sur le Vif*, 2014. On y retrouve notamment la notion de défiance envers l'Europe du fait que les intérêts et attentes de la Russie ont longtemps été ignorés, ainsi que la situation interne à la l'Ukraine et la Crimée en proie à un « choc des régionalismes ». Il met cependant en lumière le caractère opportuniste de l'intervention de Poutine visant à sécuriser et « sanctuariser » la Crimée qui présente différents intérêts stratégiques pour la Russie.

³⁶⁴ B. GUETTA, « Poutine, précurseur et maître à penser du populisme », *art.cit.*p.30

D'autant plus que la Cour semble impuissante à résoudre ce conflit, ce qui emporte des conséquences graves en Crimée où une protection effective par les mécanismes du système conventionnel semble impossible. Le Secrétaire général affirmait sur ce point :

« Trois ans se sont écoulés depuis l'annexion illégale de la Crimée, et la question de savoir comment les structures de suivi du Conseil de l'Europe sont en mesure d'y fonctionner reste ouverte. Il est donc important de trouver des solutions viables pour garantir aux 2,5 millions de personnes qui vivent en Crimée une couverture effective (...) des droits de l'homme ³⁶⁵ ».

178. De plus, avec la crise des réfugiés, comme étudié précédemment, nombre de pays se sont ouvertement placés en contradiction avec les valeurs et règles du système de la Convention, *« en entreprenant des actions unilatérales (...) contraires au droit international³⁶⁶ ».*

179. Si ce genre de comportements venait à se généraliser, étant donné l'impuissance de la Cour à lutter contre des actions entreprises par des dirigeants irrationnels, le risque serait grand pour la Cour et le système de la Convention d'être réduits à néant.

³⁶⁵ Rapport établi par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe T. JAGLAND, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit — Populisme — Le système des contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe*, 2017, p.86

³⁶⁶ *Ibid.*

CONCLUSION DE TITRE :

180. Dès lors, ni rien ni personne ne finit par échapper à la tangente populiste. La Cour européenne, instrument de l'ordre public européen, s'est donc forcément retrouvée confrontée à une remise en cause de tout son système au sein de ces États, au nom d'un nationalisme manichéen très mal placé.

181. Ses valeurs ont été attaquées par des dislocations constitutionnelles et législatives impliquant un démantèlement de l'État de droit « constitutionnel », mais aussi de l'État de droit au sens de la Convention. Ce sont des valeurs fondamentales et nécessaires à une « société démocratique » qui sont érodées : pluralisme, indépendance judiciaire, protection collective des droits de l'homme. De plus, sa crédibilité est menacée par des refus croissants d'exécution de ses arrêts, et par des émancipations unilatérales de son droit.

CONCLUSION DE PARTIE :

182. Il y a finalement deux aspects prépondérants du populisme, qu'il est nécessaire de souligner : le protestataire et l'identitaire³⁶⁷. Or, l'identitaire, l'irrationnel semble prendre le pas sur le protestataire et conduit des mouvements contestataires de droite à devenir des régimes quasi-autoritaires ou en tout cas arbitraires et dont les armes préférées sont la peur et la démagogie. C'est bien ce à quoi la CEDH a à faire ; des régimes devenus radicaux ayant accédé à l'appel du pouvoir et remettant en cause les traditions constitutionnelles libérales occidentales en tant que représentation d'une réalité irrationnellement déplaisante à leurs yeux.

183. De la même façon, cela conduit ces dirigeants à éroder en pratique tout symbole de ce qui leur est extérieur, qui ne consacre pas le Peuple et qui prône une ouverture au monde, cela conduit à un rejet aveugle de la démocratie et de l'État de droit tels que promus par la Cour.

184. En bref, la déplorable vision manichéenne adoptée par ces *leaders* conduit à placer une défenseuse des droits de l'Homme, *a fortiori* du peuple, en ennemie de ce dernier. Les dirigeants rongent les droits de leur population et l'intégrité de leur pays. Ils contestent pour contester, au nom du « Peuple », mais pas pour le peuple. Ils mettent fin au pluralisme, et grignotent si ce n'est engloutissent bon nombre de droits fondamentaux (liberté d'expression, de conscience, droit à la non-discrimination, pour ne citer qu'eux³⁶⁸).

185. Que reste-t-il alors à la Cour, qui a toujours cherché à se montrer exemplaire et à protéger audacieusement les droits fondamentaux de tout un chacun ? Doit-elle rester exemplaire en s'adaptant et s'arc-boutant comme un roseau jusqu'à ce que la tempête passe, ou en résistant plus incisivement face à ce qui semble être devenu une barrière infranchissable dès lors que ses arrêts ne sont plus, ou peu, exécutés ?

³⁶⁷ H. DELEERSNIJDER, « La dérive populiste en Europe centrale et orientale », *op. cit.* p.182

³⁶⁸ Enormément de droits sont attaqués, le rapport produit par J.SARGENTINI en atteste : Rapport relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7§1 du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, Judith Sargentini (Rapporteuse), 4 juillet 2018, A8-0250/2018

PARTIE II : L'IMPUISSANTE RESILIENCE DU SYSTEME DE LA CONVENTION A L'OFFENSIVE POPULISTE

La Cour a toujours cherché à se montrer exemplaire en n'ayant de cesse de construire et promouvoir un modèle de l'État de droit toujours plus étoffé, renvoyant à des notions tant matérielles que substantielles, et à des valeurs universelles visant à promouvoir le développement d'un modèle démocratique (**Titre I**). La Cour redessine et étoffe continuellement les contours de l'État de droit. Cependant, face à l'irrationalité de l'offensive populiste et à l'impuissance de la Cour face à elle, il semblerait qu'elle doive mettre en place des ripostes plus acérées (**Titre II**).

TITRE I : ÊTRE EXEMPLAIRE : L'EVOLUTION MATERIELLE DES METHODES TRADITIONNELLES DE PROMOTION DE L'ÉTAT DE DROIT

La jurisprudence de la Cour en matière d'État de droit ou de prééminence du droit, montre que dès le début elle s'est employée à consolider son modèle de l'État de droit (**Chapitre 1**), et récemment elle est venue aiguïser ses exigences dans les matières particulièrement essentielles à la pérennité de l'État de droit, en réponse directe aux offensives populistes (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La consolidation et la circulation d'un modèle de l'État de droit

L'État de droit au sein du système de la Convention entretient des liens étroits avec le modèle prétorien de « société démocratique » érigé par la Cour et qui sert de ligne conductrice à la consolidation d'un modèle de l'État de droit (**Section 1**). Plus largement, le système de la Convention contient divers ajustements institutionnels qui visent à promouvoir ce modèle et à assurer sa stabilité, bien que leur apport soit plus ambivalent (**Section 2**).

SECTION 1 : LA REPONSE ORIGINELLE, LA PROMOTION D'UN MODELE UNIQUE DE « SOCIETE DEMOCRATIQUE »

La promotion de l'État de droit, concept qui renvoie à la notion de « société démocratique » élaborée par la Cour s'attache à deux dimensions, une dimension dite formelle dans laquelle l'exercice de la puissance publique est limité par des règles procédurales afin de contrer tout

exercice arbitraire du pouvoir (§2), et une dimension matérielle ou substantielle qui s'attache à la promotion et au respect des droits de l'homme et de valeurs fondamentales dont le noyau est constitué par la démocratie véritable (§1).

§1 : La promotion d'une « société démocratique », principe conducteur de la formation substantielle de l'État de droit

La prééminence du droit ou État de droit, figurant notamment dans le préambule de la Convention, n'a eu de cesse d'être au centre des attentions de la Cour. Dans sa jurisprudence elle est venue protéger ce principe formel et s'attachant à promouvoir tous ses attributs substantiels. Tout d'abord en venant ériger la démocratie en seul et unique modèle envisagé par la Convention (A) et en faisant du pluralisme l'apanage de cette démocratie (B), tout en ne cessant évidemment de répéter que l'essence de la démocratie et de l'État de droit se trouve dans le respect de tous les droits fondamentaux (C).

A) L'intraitabilité de la Cour dans la saga Turque : la démocratie ou rien

186. Déjà en 1969, la Cour donnait le ton dans *l'Affaire grecque*³⁶⁹, selon cette affaire comme l'affirme L-A. Sicilianos : « (...) la Convention ne peut être correctement appliquée et effectivement respectée par un régime dictatorial ou illibéral. Seul un régime véritablement démocratique est compatible avec la philosophie et l'esprit de la Convention ³⁷⁰».

Cette affirmation est devenue une litanie de la Cour, le contentieux turc relatif à des dissolutions douteuses de partis politiques lui ayant donné la possibilité de la consacrer et l'étoffer. Notons que la Turquie figure en bonne position parmi les régimes populistes ou du moins autoritaires, et ce depuis longtemps³⁷¹.

187. Ainsi, en premier lieu dans l'arrêt *Parti communiste unifié* de Turquie en 1998³⁷² la Cour est venue affirmer que « La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental

³⁶⁹ Com. EDH, L'affaire grecque ou Danemark Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce 5 novembre 1969, n°3321/67 n° 3322/67 n°3323/67, n° 3344/67

³⁷⁰ L-A. SICILIANOS, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *art.cit.* p.829

³⁷¹ Entre multipartisme de surface et partis kémalistes ou libéraux conservateurs, entre coups d'états et constants tournants autoritaires. E. MASSICARD analyse bien le phénomène dans : E. MASSICARD, « Le populisme dans la Turquie d'aujourd'hui », dans *Les dossiers du CERI*, 2018

³⁷² CEDH, GC, Parti communiste unifié de Turquie e.a. c. Turquie, 30 janvier 1998, n° 19392/92, §45

de l'ordre « public européen » (...) la démocratie apparaît (...) comme l'unique modèle politique envisagé par la convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle ».

188. Cependant, c'est en 2001 que la Cour donne toute sa force au rôle fondamental de la démocratie au sein de la Convention dans l'affaire *Refah Partisi et al. c. Turquie*³⁷³. Dans cette affaire une nuance doit être apportée, car le parti en question était un parti religieux « fondamentaliste » promouvant entre autres l'instauration de la *charia*. Au paragraphe 43 elle se livre à un long exposé de principes — pourtant classiques, connus et supposément ancrés dans les États membres du Conseil de l'Europe — inhérents à la démocratie et qui doivent impérativement être respectés³⁷⁴. Outre ces rappels, la Cour apporte une précision quant à l'importance de l'existence d'une responsabilité politique des gouvernants : « *Il n'y a pas de démocratie lorsque la population d'un État, même majoritairement, renonce à ses pouvoirs législatifs et judiciaires au profit d'une entité qui n'est pas responsable devant le peuple qu'elle gouverne, que cette entité soit laïque ou religieuse* ». Au travers de cette affirmation la Cour condamne les régimes politiques autoritaires, notamment ceux fondés sur la religion. Or, le parti *Refah Partisi* proposait justement des changements fondés sur une idéologie religieuse, il voulait instaurer un système multi-juridique aux conséquences discriminantes et visait en outre à instaurer la *charia* (§§70-71). Aussi, bien que reconnaissant une grande liberté aux partis politiques, la Cour ne tolère pas que ceux-ci prônent des projets politiques antidémocratiques et donc incompatibles avec les normes de la Convention. L'affaire a par ailleurs été renvoyée devant la Grande Chambre en 2003³⁷⁵ qui est parvenue à la même conclusion et qui ce faisant semble faire un parallèle implicite, mais éloquent avec l'article 17 au paragraphe 99 : « (...) *compte tenu du lien très clair entre la Convention et la démocratie, nul ne doit être autorisé à se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique* ».

189. La démocratie ou rien donc, pour faire partie d'une « société démocratique » et respecter les préceptes de l'État de droit.

³⁷³ CEDH, Affaire *Refah Partisi et al. c. Turquie*, 31 juillet 2001, n° 41340/98 et 4 autres

³⁷⁴ Notamment : « *Les droits de l'homme constituent un système intégré visant à protéger la dignité de l'être humain ; la démocratie et la prééminence du droit tiennent à cet égard un rôle clé. La démocratie suppose de donner un rôle au peuple. (...) les lois doivent être interprétées et appliquées par un pouvoir judiciaire indépendant. (...) La prééminence du droit signifie que tous les êtres humains sont égaux devant la loi, en droits comme en devoirs* » et finalement « *il existe un lien très étroit entre la prééminence du droit et la démocratie.* » (§43)

³⁷⁵ CEDH, GC, Affaire *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et al. c. Turquie*, 13 février 2003, n° 41340/98 et 4 autres

190. Ainsi, elle vient imposer ces principes sans lesquels il n'est pas de démocratie, chose que la Cour ne tolère pas. Déjà en 2001, la Cour a ressenti le besoin de revenir sur des concepts cardinaux censés être acquis afin de rappeler qu'ils sont des prérequis indispensables pour assurer la survie de l'unique modèle politique envisagé par la Convention. La Cour a ressenti ce besoin à l'époque et ces derniers temps également dans certaines affaires en lien avec la Hongrie notamment. Est-ce là la preuve que bien mal acquis ne profite jamais, et que les transitions démocratiques « guidées » par le Conseil de l'Europe ont été bâclées ? B. Wassenberg s'interrogeait « (...) *une école de démocratie ou un club de démocratie ?* ³⁷⁶ » : au regard des arrêts susmentionnés une école sans doute, mais peut-être quelque peu tardivement.

191. Outre cette exigence, la Cour opère un fort rapprochement entre la démocratie et le pluralisme, ce dernier constituant donc un apport substantiel majeur à l'État de droit ou « société démocratique » au sens de la Cour.

B) L'apport substantiel majeur à l'État de droit : le pluralisme

192. Si un terme est bien synonyme de démocratie dans l'esprit de la Cour et si un terme est bien accolé systématiquement à la société démocratique ou à la prééminence du droit, c'est bien celui de « pluralisme ». Le nombre d'arrêts traitants de la liberté d'expression est impressionnant, et tous, sans exception, sont venus rappeler ce lien puissamment intrinsèque entre les deux notions.

193. En effet, la liberté d'expression est érigée en valeur fondamentale de la société démocratique depuis 1976 avec l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*³⁷⁷, dès lors elle est « *l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun*³⁷⁸ ». Le droit à la liberté d'expression comporte par ailleurs deux aspects ; la liberté d'exprimer des opinions, et la liberté d'information pour tous. De plus elle entretient un lien intrinsèque avec la liberté d'association (article 11 de la Convention) qui est souvent considérée comme une des conditions à l'exercice de la liberté d'expression.

³⁷⁶ B. WASSENBERG, « Troisième partie – La renaissance du Conseil de l'Europe en tant qu'organisation paneuropéenne », *op. cit.* p.223

³⁷⁷ CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5493/72

³⁷⁸ *Ibid.* §49

194. Ces valeurs sont inhérentes au pluralisme des idées, et sont l'un des socles essentiels de la liberté de pensée, ce qui leur confère une place de choix, dans ce qui est communément appelé la hiérarchie des droits. En effet, « *la fondamentalité d'un droit peut découler de critères fonctionnels*³⁷⁹ », aussi lorsque les juges décrivent l'article 10 comme une « *valeur fondamentale* » ayant une place prépondérante dans une société démocratique, cela lui confère une certaine fondamentalité, semblant la placer au sommet de la hiérarchie des droits dérogeables. De par ce fait, puisque le devoir et le but de la Cour sont de promouvoir la prééminence du droit et puisque la liberté d'expression fait systématiquement l'objet d'une grande valorisation par la Cour, cette dernière semble bien constituer la pierre angulaire de la démocratie. Ce lien est mis en évidence depuis *Handyside*, mais aussi en 1999, dans *l'Affaire parti de la liberté et de la démocratie (OZDEP) c. Turquie* la Cour est venue apporter une pierre à l'édifice en rappelant le rôle essentiel joué par les partis politiques dans le « *bon fonctionnement de la démocratie*³⁸⁰ » étant donné qu'il « *n'est pas de démocratie sans pluralisme*³⁸¹ ».

195. Ainsi, la Cour privilégie une conception très extensive de l'étendue du champ d'application de l'article 10, qui a alors vocation à protéger tout type d'expression, quel qu'en soit l'auteur, et en particulier lorsque la voie émane de partis politiques comme la saga turque le montre. Dans l'arrêt *Refah Partisi et al. c. Turquie*³⁸², au paragraphe 41 il est affirmé que « *il est de l'essence de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un État* ».

196. Cela va de soi, la liberté d'expression des médias est elle aussi fortement protégée, ils sont après tout les « *chiens de garde de la démocratie*³⁸³ », de même que la société civile et les associations³⁸⁴.

C) La protection du volet substantiel du principe de légalité : l'essor des droits fondamentaux

197. Comme cela a été vu, dans sa dimension matérielle ou substantielle, l'État de droit est encadré par des valeurs, et il doit viser à les protéger, cela passe notamment voire exclusivement

³⁷⁹ V. SAINT-JAMES, « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et a. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p.478

³⁸⁰ *Ibid.* §37

³⁸¹ *Ibid.* Noter que ce principe est connu notamment de puis les arrêts *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5493/72 et *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n° 6538/74

³⁸² CEDH, *Affaire Refah Partisi et al. c. Turquie*, 31 juillet 2001, n° 41340/98 et 4 autres, §41

³⁸³ CEDH, *Dupuis et autres c. France*, 7 juin 2007, n° 1914/02, §46

³⁸⁴ CEDH, *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 février 2004, n° 44158/98

par le respect des droits fondamentaux³⁸⁵. Cette conception de la notion est née du « *paradoxe de l'État de droit*³⁸⁶ », qui s'interroge sur la pertinence d'encadrer le pouvoir de l'État par le droit, alors que le droit découle directement de ce dernier, en somme comment faire d'un État légal, un État de droit.

198. Dresser un bilan de la participation par la Cour à la promotion et au respect des droits fondamentaux apparaît évidemment superflu puisque c'est un fait établi : la Cour vise à faire respecter les droits fondamentaux. Ce qui est plutôt envisagé ici, est sa contribution à la formation et à la diffusion d'un État de droit substantiel, par la construction d'un régime de protection des droits fondamentaux.

199. En effet, les droits fondamentaux sont envisagés comme une solution, par une partie de la doctrine et évidemment par la Cour : « *le droit des droits fondamentaux, accompagnés de garanties juridictionnelles, impose désormais "des limites à la régulation par le droit"*³⁸⁷ » et permet « *l'enrichissement (...) de la légalité et l'État de droit (...)*³⁸⁸ », car les droits fondamentaux participent d'un mouvement de subjectivisation du droit, qui ne procède plus de la seule volonté de l'État. Ainsi « *l'État trouve ses limites dans les droits fondamentaux (...) ce qui crée la possibilité d'une opposition au pouvoir fondée sur le droit*³⁸⁹ ». Ce, notamment au sein du système de la Convention avec les clauses de limitations qui posent des limites à l'ingérence dans les droits fondamentaux contenus aux articles 8 à 11, *via* le principe de proportionnalité ou de « *nécessité dans une société démocratique* ». Également en posant le principe de « l'intangibilité » de certains droits (2, 3, 4, 7 et 4 protocole 7) qui implique que l'État ne peut d'aucune manière les restreindre (bien que des limites à ces droits soient parfois admises, notamment concernant le recours à la force meurtrière). Les obligations positives elles aussi participent à cette mouvance de subjectivisation du droit puisque par elles, la puissance de l'État « *a pour finalité même (...) la garantie de ces droits.*³⁹⁰ »

200. Aussi, la Cour, théoriquement, par les droits fondamentaux alimente substantiellement l'exigence de légalité formelle de l'État de droit en posant des limites supra-positives à la

³⁸⁵ Voir *infra*. §§101-106

³⁸⁶ C. ROMAINVILLE, « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme—La Cour européenne et l'exigence de légalité », *art.cit.*

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ J.J. CHEVALIER, « l'État de droit », dans *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1988, p. 366 (Cité par C.Romainville, *op.cit.*)

³⁹⁰ *Ibid.*

puissance de l'État et à ses compétences. Théoriquement cela est indéniable, mais dans la pratique comme cela sera étudié, l'apport effectif à l'exigence de légalité est plus incertain.

201. Voici donc un bref bilan de l'apport théorique de la Cour à la formation d'un État de droit substantiel, cependant, la Cour s'attache également à protéger les exigences procédurales inhérentes à l'État de droit et qui bien que « uniquement » formelles, n'en sont pas moins des ciments de l'État de droit et des prérequis essentiels pour sa pérennité.

§2 : L'apport formel aux exigences procédurales de l'État de droit, nécessaires dans une « société démocratique »

Pour qu'un État de droit soit réellement effectif, sa structure doit être solide. Cette dernière renvoie évidemment à des exigences formelles de séparation des pouvoirs et d'accès au juge (A), ainsi qu'à une exigence particulière de légalité (B).

A) L'apport très net de la Cour aux exigences classiques de séparation des pouvoirs et d'accès au juge

202. L'apport est en effet très net, mais surtout logique. Tout d'abord, le droit d'accès au juge : la Cour considère qu'il fait partie intégrante de l'article 6, depuis l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*³⁹¹, et le raisonnement de la Cour dans l'arrêt est révélateur de l'importance de ce droit au sein du système de la Convention. En effet, aux paragraphes 34 et 35 de l'arrêt la Cour interprète l'article 6 au regard de l'objet et du but de la Convention qui visent notamment à faire respecter la prééminence du droit, ainsi elle affirme que « (...) *la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux* » puis « *Aux yeux de la Cour on ne comprendrait pas que l'article 6§1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties (...) et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge* ». Il est révélateur également qu'en 2016 la Cour soit même allée jusqu'à considérer que « *le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 ne souffre aucune*

³⁹¹ CEDH, *Golder c. Royaume Uni*, 21 février 1975, n° 4451/70

dérogation³⁹²», ce dernier est d'ailleurs souvent considéré comme la « quintessence » de l'État de droit³⁹³.

203. L'apport de la Cour à l'accès au juge est par ailleurs logique, car dans un État de droit, c'est le juge qui est le garant de la protection des droits fondamentaux, et c'est notamment l'accès au juge qui conditionne l'accès à la Cour et donc le droit au recours individuel prévu à l'article 34. En effet, l'une des particularités bien connue du système de la Convention est bien son caractère objectif, qui implique notamment l'effet direct de ses dispositions. Sur ce point, le droit au recours individuel est qualifié depuis l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* de « (...) *clef de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention* »³⁹⁴. Et la Cour a presque toujours fait le choix d'interpréter largement les conditions de recevabilité, malgré l'engorgement de son prétoire. Ainsi, le droit d'agir en justice est un rouage essentiel de l'État de droit et du système de la Convention puisqu'il le fait tout simplement fonctionner³⁹⁵.

204. Le droit d'accès au juge interne et européen acquiert donc une place de choix au sein de l'ordre public européen, notamment car la Cour considère que pour respecter les valeurs d'une société démocratique — valeurs autour desquelles s'articule l'ordre public européen — dont fait partie la prééminence du droit il faut « *qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer (...) le pouvoir judiciaire, car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière* »³⁹⁶. Ce qui nous mène à un deuxième apport à l'État de droit sur lequel la Cour met l'accent : la séparation des pouvoirs, notion intimement liée à l'article 6 dans la mesure où la Cour s'y attache surtout pour préserver l'indépendance judiciaire.

205. En effet, il faut d'emblée nuancer l'apport de la Cour à la séparation des pouvoirs en tant que « pur » principe d'organisation de l'État. La Cour a d'ailleurs déjà affirmé que la notion, aussi importante soit-elle pour la prééminence du droit « *n'oblige [pas] les États à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique (..)* »³⁹⁷. Une recherche par mots-

³⁹² CEDH, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2016, n° 50541/08 et deux autres, §250

³⁹³ L-A. SICILIANOS, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *RevTrimDrH*, 2020, n° 124, p. 830

³⁹⁴ CEDH, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, n° 46827/99 et 46951/99, §122

³⁹⁵ On retiendra ici la formule éloquente de G. RAIMONDI : « (...) *la Cour de Strasbourg a toujours été ferme à propos de l'exigence de l'indépendance de la justice, une valeur qui dépasse les limites de l'article 6 dans lequel elle est formellement énoncée et embrasse le système de la Convention dans son ensemble* ». Dans « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans c'est l'heure d'une retraite honorable ou d'une nouvelle jeunesse ? », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p.103.

³⁹⁶ CEDH *Klass c. Allemagne*, 6 septembre 1978, n° 5029/71, §55

³⁹⁷ CEDH, *G.C., Kleyon c. Pays-Bas*, 6 mai 2003, n° 39343/98 et trois autres, §193

clés sur le site de la Cour montre que l'occurrence du terme « séparation des pouvoirs » est fréquente, mais le terme n'est pas directement invoqué par la Cour³⁹⁸. Cependant la Cour se réfère souvent implicitement à ce principe, tel que dans le passage de l'arrêt *Klass* précité, ou encore dans l'arrêt *Incal c. Turquie*³⁹⁹ qui avait trait à la présence d'un juge militaire dans une cour de sûreté qui pouvait « *légitimement [faire] éprouver des doutes quant à l'indépendance et l'impartialité de la cour de sûreté (...)*⁴⁰⁰ ». Force est alors de constater que la Cour s'attache effectivement au respect de ce principe, mais surtout sans l'angle de l'indépendance judiciaire, notamment vis-à-vis de l'exécutif. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour mentionne expressément le terme pour la première fois dans l'arrêt *Stafford c. Royaume-Uni* sous l'angle de l'article 5 et relativement au pouvoir d'un ministre de libérer des personnes condamnées pour meurtre, ainsi la Cour affirme « (...) *le rôle que le ministre continue de jouer (...) s'avère toujours plus difficile à concilier avec la notion de séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire*⁴⁰¹ », avant d'ajouter « *une notion qui a pris une importance grandissante dans la jurisprudence de la Cour*⁴⁰² ». Notion d'autant plus importante actuellement dans la mesure où l'indépendance judiciaire est menacée par les dirigeants populistes autoritaires, et des affaires portées devant la Cour en sont illustratives⁴⁰³.

206. L'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir législatif est aussi protégée, mais est plus limitée et tient surtout au but d'éviter « *toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige*⁴⁰⁴ ».

207. Plus surprenante est l'intrusion de la Cour dans les rapports entre les pouvoirs exécutif et législatif⁴⁰⁵, pourtant admise dès 1998 avec l'affaire *Parti communiste unifié de Turquie*, où la Cour affirme « *Dans un système démocratique, les actions et les omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif des pouvoirs législatif et judiciaire, de la*

³⁹⁸ Il figure plutôt au sein des arguments des partis ou dans certaines opinions séparées.

³⁹⁹ CEDH, *Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, n° 22678/93

⁴⁰⁰ *Ibid.* §73

⁴⁰¹ CEDH, G.C., *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, n° 46295/99, §78

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ Voir notamment : CEDH, GC, *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, n° 20261/12 et CEDH, *Alparslan Altan c. Turquie*, 14 avril 2019, n° 12778/17 et dans une autre mesure : CEDH, *Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. c. Pologne*, 7 mai 2021, n° 5907/18

⁴⁰⁴ CEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, n° 13427/87, §49

⁴⁰⁵ N. LE BONNIEC, « L'appréhension du principe de la séparation des pouvoirs par la Cour européenne des droits de l'homme » dans *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/2 (n° 106), p.348

*presse et de l'opinion publique*⁴⁰⁶ ». Ce genre de considération ou « d'intrusion » est cependant resté irrégulier et clairsemé.

208. Au regard de tout cela, il est indéniable que cette notion fait donc partie des valeurs fondamentales d'une société démocratique dans la mesure où elle permet essentiellement de garantir l'indépendance judiciaire, pivot du droit au procès équitable et de l'État de droit. À l'inverse, concernant les exigences procédurales de l'État de droit parmi lesquelles l'exigence de légalité est fondamentale, l'apport de la Cour est plus incertain.

B) L'apport plus incertain de la Cour à l'exigence de légalité

209. Parmi les exigences essentielles de l'État de droit « (...) *on compte d'abord et avant tout le principe de légalité : c'est l'idée que le gouvernement n'agit que dans les limites de ses compétences établies par la loi* ⁴⁰⁷ ». Le contrôle de légalité opéré par la Cour varie selon les droits en cause. Ainsi lors de l'application des articles 5 et 7 le contrôle sera « *particulièrement serré (...) puisque le texte de la Convention l'y invite (...) l'article 5 (...) a précisément pour objectif la protection de l'individu contre toute décision arbitraire* ⁴⁰⁸ ». En visant l'article 5, la Cour a estimé que « *l'article 5§1 (...) exige également que la législation nationale soit elle-même compatible avec la prééminence du droit* ⁴⁰⁹ » c'est-à-dire que la loi doit présenter certaines qualités, mais il faut aussi que la privation de liberté « *cadre véritablement avec le but de la restriction autorisée par l'alinéa pertinent de l'article 5§1* ⁴¹⁰ », donc qu'elle soit conforme avec l'esprit de la Convention.

210. Ces principes s'appliquent tout autant aux articles 8 à 11. Ainsi lors du test de légalité relatif aux clauses de limitations de ces articles, la Cour a accueilli ces principes en considérant qu'une restriction à un droit est admise dans la mesure où cette dernière est prévue par la loi, elle doit donc avoir une base en droit interne. La deuxième condition tient à la qualité de la loi. La Cour a rapidement consacré son importance dans *Malone c. Royaume-Uni* et dans *Kruslin c. France*, ainsi « *les mots "prévue par la loi" (...) veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi (...) ils exigent (...) sa*

⁴⁰⁶ CEDH, GC, Parti communiste unifié de Turquie e.a. c. Turquie, 30 janvier 1998, n° 19392/92, §88

⁴⁰⁷ C. ROMAINVILLE, « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme—La Cour européenne et l'exigence de légalité », *art.cit.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ CEDH, G.C., Merabishvili c. Géorgie, 28 novembre 2017, n° 7258/13, §186

⁴¹⁰ *Ibid.*

*compatibilité avec la prééminence du droit*⁴¹¹» et donc avec l'État de droit. La qualité de la loi tient notamment à son accessibilité et sa prévisibilité, mais aussi à son caractère non arbitraire. La conformité à l'esprit de la Convention est également prévue dans la mesure où la loi doit poursuivre un but légitime (pour éviter tout contrôle de légalité « de façade », cela fait d'ailleurs directement référence à l'article 18) et doit être nécessaire dans une société démocratique.

211. Cependant, le contrôle de légalité de la loi par la Cour a pu soulever des questions et certaines résistances, notamment quant au fait la Cour puisse, en conséquence, s'apparenter à une juridiction « *de quatrième instance*⁴¹² ». La Cour, un peu craintive, tente d'apaiser les tensions, et pour cela elle se retranche souvent derrière la subsidiarité ou certaines formules prenant la forme de rengaines (trop ?) connues, notamment : « *il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne*⁴¹³ ». Ce qui ne l'empêche quand le besoin s'en fait ressentir de contourner cette formule et de procéder à un examen poussé de la légalité⁴¹⁴.

212. Cependant, la doctrine relève que « *dans l'exercice d'équilibriste que nécessite le contrôle de l'existence d'une base légale en droit interne, la balance penche plutôt du côté de la subsidiarité, tant la Cour manifeste une large déférence envers l'appréciation des juridictions (...)*⁴¹⁵ ». Tel est le cas par exemple de l'affaire *Merabishvili c. Géorgie*⁴¹⁶ où la Cour admet une pluralité d'objectifs, légitimes et illégitimes, tant que le but légitime est « prédominant ». Aussi, la Cour ne pousse pas son contrôle de la légalité comme il se devrait, et semble s'en tenir à une légalité de façade, ce qui « *ampute au passage l'article 18 du rôle que cette disposition devait jouer*⁴¹⁷ ». Or, au regard du regain de populisme au sein des États du Conseil de l'Europe, une telle déférence pourrait être néfaste pour les droits fondamentaux.

⁴¹¹ CEDH, *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, n° 8691/79, §67 et *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, n° 11801/85, §27

⁴¹² C. ROMAINVILLE, « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme—La Cour européenne et l'exigence de légalité », *art.cit.*

⁴¹³ Formule connue de la Cour dont on trouve 47 occurrences sur son site.

⁴¹⁴ Le contentieux des mesures secrètes de surveillances est un bon exemple, notamment CEDH, *Kruslin c. France* 24 avril 1990, n° 11801/85, CEDH, G.C., *Roman Zakharov c. Russie*, 4 septembre 2014, n° 47143/06, ou plus récemment, CEDH, G.C., *Big Brother Watch*, 10 juillet 2019, n° 58170/13

⁴¹⁵ C. ROMAINVILLE, « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme—La Cour européenne et l'exigence de légalité », *art.cit.*

⁴¹⁶ CEDH, G.C., *Merabishvili c. Géorgie*, 28 novembre 2017, n° 7258/13

⁴¹⁷ C. ROMAINVILLE, « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme—La Cour européenne et l'exigence de légalité », *art.cit.*

Heureusement, de récents contentieux en lien avec ces régimes semblent montrer que la Cour accepte de moins en moins de se retrancher derrière la subsidiarité⁴¹⁸.

213. Au-delà de ces apports juridiques à l'État de droit par la Cour, le système de la Convention procède également à des ajustements institutionnels visant à promouvoir son modèle unique de « société démocratique ».

SECTION 2 : LES AJUSTEMENTS INSTITUTIONNELS INEFFICACES POUR LA PROMOTION D'UN MODELE UNIQUE DE DEMOCRATIE

La Convention est indubitablement un instrument novateur, et la Cour un organe particulièrement dynamique. Cependant, des ajustements institutionnels sont aussi à prendre en compte pour comprendre la dynamique particulière du système de la Convention et les défis qui se posent en matière de promotion des droits fondamentaux. Qu'il s'agisse du rôle phare du Comité des Ministres mais aux résultats ambivalents (§1) que de certains organes du Conseil de l'Europe et de leur travail aux conséquences parfois limitées (§2).

§1 : La restauration du rôle du Comité des ministres

La promotion de la « société démocratique » et la crédibilité du système de la Convention sont évidemment liées à l'exécution des arrêts de la Cour, or, des problèmes d'inexécution sévissent en grand nombre. Force est alors de constater que la surveillance de l'exécution des arrêts est confiée à un organe éminemment politique et en proie à des résistances de cette nature, ce qui diminue l'efficacité d'un tel mécanisme (A). En parallèle de cela, la Cour semble désormais mettre un point d'honneur à préserver ce rôle du Comité, ce faisant elle fait le choix de l'autolimitation la concernant, alors qu'elle avait entamé une dynamique plus audacieuse par le passé (B).

⁴¹⁸ Parmi les plus éloquents en lien avec des régimes populistes : CEDH, GC, Baka c. Hongrie, 23 juin 2016, n° 20261/12, CEDH, Navalnyy c. Russie, 15 novembre 2018, n° 29580/12 et 4 autres, CEDH Kavala c. Turquie, 10 décembre 2019, n° 28749/18

A) Une surveillance de l'exécution des arrêts politiquement correcte à défaut d'être efficace

214. En vertu de l'article 41 de la Convention, une fois l'arrêt de la Cour devenu définitif, il est transmis au Comité des Ministres « *qui en surveille l'exécution* ». Ce dernier est composé des ministres des Affaires étrangères des quarante-sept États membres, le rôle qui lui a été attribué s'explique notamment par le fait qu'il est le seul organe qui puisse sanctionner, voire exclure du Conseil de l'Europe un État membre qui refuserait de mettre en œuvre un arrêt de la Cour⁴¹⁹. Mais surtout, ce rôle tient à des considérations diplomatiques, en effet, « *il est fort à parier que les États membres refuseraient de se soumettre à un mécanisme de contrôle qui échapperait complètement à leur influence*⁴²⁰ ».

215. Or, le caractère opportun de ce rôle a pu être maintes fois remis en question. Notamment à l'heure où l'Europe du Conseil de l'Europe se polarise, où la Cour est largement contestée par certains dirigeants populistes d'extrême droite, et où « *la protection des droits de l'homme est érigée en pilier idéologique*⁴²¹ » : faire le choix d'un mécanisme de surveillance par nature politique semble être de mauvais augure. La crainte étant donc la politisation de ce système de contrôle qui, selon certains, doit être remplacé par un mécanisme plus impartial et objectif⁴²², voir par un organe quasi-juridictionnel. Quoi qu'il en soit, ses prérogatives sont tout de même allées *crescendo* et se sont renforcées, notamment avec l'adoption du Protocole n° 14 à la Convention⁴²³, qui lui permet d'engager un recours en manquement, ou encore lui permet de saisir la Cour à des fins d'interprétation⁴²⁴.

216. Tous les maux relatifs à la mauvaise exécution des arrêts ne sont pas à imputer au Comité des Ministres ; tout d'abord, car le mécanisme de surveillance fonctionne en partie, d'autre part car l'effectivité du système de contrôle peut être limitée par des éléments propres au système même de la Convention. Notamment le caractère déclaratoire des arrêts selon lequel la Cour n'a pas compétence pour abroger une loi, par exemple, puisqu'elle ne tranche que des cas d'espèce. Contraindre le Comité des Ministres à soumettre l'État à prendre des mesures dépassant la situation de requérant apparaît donc incohérent⁴²⁵. Cependant, le système de

⁴¹⁹ Statut du Conseil de l'Europe, 5 mai 1949, STE n° 001, articles 3 et 8.

⁴²⁰ S. SALINAS ALCEGA, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme suite au processus d'Interlaken : l'évolution technique d'un mécanisme politique », *art. cit.*, p.102

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, STCE n° 194

⁴²⁴ Article 46 de la Convention § 3 et §5.

⁴²⁵ M.de SALVIA, "L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p.281

contrôle « *peut se heurter à des formes d'autosatisfaction* ⁴²⁶ » notamment à cause du « *rôle éminemment politique d'une partie du contentieux qui est traité par un organe exprimant la volonté de la collectivité des États membres (...)* ⁴²⁷ ».

217. Le rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de 2017⁴²⁸ identifie dix États membres particulièrement réticents à exécuter des arrêts (10 000) ayant constaté de graves problèmes structurels en leur sein (Italie, Russie, Turquie, Ukraine, Roumanie, Hongrie, Bulgarie, République de Moldova et Pologne)⁴²⁹. Or, le Comité continue de surveiller leur exécution, mais la situation stagne à cause « *poches de résistances résultant de problèmes politiques* ⁴³⁰ », et le rapport « *exhorte de nouveau* ⁴³¹ » — l'emploi du terme est lourd de sens — le Comité à mieux user des procédures prévues à l'article 46⁴³² ainsi que de garantir une plus grande transparence dans son processus de surveillance⁴³³ afin de pallier les lacunes de sa formation politique.

218. Des États font preuve de coopération pour exécuter correctement des arrêts de la Cour et le Comité assume bien son rôle, cependant, dès que des réticences — la plupart du temps politiques — se font sentir, le Comité se trouve démuni ou en tout cas diminué par les considérations politiques en jeu et tributaire de celles-ci. Notamment en ce qui concerne la Russie et la Turquie⁴³⁴.

219. Mettre en place un organe quasi-juridictionnel serait certainement mal vu par les États membres, aussi le Comité conserve son rôle et voit même ses prérogatives augmenter ; en vain lorsque de trop grandes difficultés politiques. Aussi, certainement pour cette raison, la Cour a semblé vouloir « *suppléer* » le Comité en se permettant quelques libertés, mais une nette autolimitation semble avoir pris le dessus ensuite.

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ Conseil de l'Europe, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Conseil de l'Europe, 2017, pp.9-41

⁴²⁹ *Ibid.* p.1

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.* p.12

⁴³² Le Comité n'a usé qu'une seule fois de la possibilité d'engager un recours en manquement : CEDH, Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan, 29 mai 2019, n° 15172/13

⁴³³ *Ibid.* p.1

⁴³⁴ Les comptes rendus figurant dans le Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de la page 17 à 23 (Conseil de l'Europe, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*) le démontrent bien.

B) Le recul subséquent de la vigilance de la Cour

220. En effet, la Cour a entamé depuis une quinzaine d'années une dynamique audacieuse et s'est invitée sur le terrain des compétences du Comité des ministres avec la mise en œuvre d'un processus frôlant l'injonction *via* l'édiction de mesures individuelles voire de portée générale.

221. Cette volonté proactive a trouvé son origine dans le trop grand nombre d'affaires se présentant à la Cour et donc au Comité des Ministres, ce qui a mené à la création puis la codification à l'article 61§3 de la Convention de procédures d'arrêts pilotes dans le cas d'affaires répétitives. Dans ces arrêts la Cour entreprenait d'identifier le problème structurel ou systémique auquel faisait face l'État. Mais rapidement, la Cour les a détournés de leur fonction première en s'octroyant la liberté d'édicter le type de mesure de redressement — individuelles, mais aussi générales⁴³⁵ — que l'État membre devrait prendre. Puis en les utilisant « *comme un moyen de sanctionner la lenteur de réactivité d'un État face à de précédentes condamnations de la Cour*⁴³⁶ ».

222. La plus révélatrice étant l'affaire *Greens c. Royaume-Uni*⁴³⁷ dans laquelle Cour a déclenché une procédure d'arrêt pilote, car le Royaume-Uni n'avait pas exécuté un arrêt précédent (*Hirst c. Royaume-Uni*⁴³⁸). C'est un détournement de la procédure dans la mesure où le nombre de requêtes restait raisonnable, mais la Cour en use pour sanctionner un État (qui certes n'en était pas à sa première condamnation). Aussi elle vient empiéter sur le rôle du Comité des Ministres, mais cela a été bien accueilli par ce dernier, en effet, une interaction entre les deux organes est salutaire et cette dernière est même allée *crescendo*⁴³⁹.

223. Cependant, la Cour est revenue quelques années après à la lettre de l'article 46 de la Convention dans *Burmych c. Ukraine*⁴⁴⁰, concernant la non-exécution prolongée de décisions de justice internes définitives. La Cour avait déjà traité du sujet dans une affaire précédent⁴⁴¹, et avait donné un an aux autorités pour mettre en place un recours effectif et adéquat. Cependant, dans *Burmych* la Cour marque un net retour en arrière, alors que dans *Ivanov* elle avait visé l'article 46 afin de donner des orientations quant aux mesures à adopter par l'Ukraine, dans *Burmych* elle affirme de façon surprenante aux paragraphes 197 et 198 respectivement

⁴³⁵ CEDH, *L. c. Lituanie*, 11 septembre 2007, n° 27527/03

⁴³⁶ M.AFROUKH, « La Cour européenne des droits l'homme et l'exécution de ses arrêts », dans *RDLF*, chron n° 5, 2012

⁴³⁷ CEDH, *Greens c. Royaume-Uni*, 23 novembre 2010, n° 60041/08

⁴³⁸ CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, 6 octobre 2005, n° 74025/01

⁴³⁹ M.AFROUKH, « La Cour européenne des droits l'homme et l'exécution de ses arrêts », dans *RDLF*, chron n° 5, 2012

⁴⁴⁰ CEDH, *Burmych c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13 et quatre autres.

⁴⁴¹ CEDH, *Ivanov c. Ukraine*, 15 octobre 2009, n° 40450/04

que : « (...) au regard du principe de subsidiarité, qui sous-tend la Convention et non uniquement la procédure de l'arrêt pilote la question traitée dans l'arrêt pilote Ivanov, (...) est une question d'exécution relevant de l'article 46 de la Convention (...) ».

Aussi, « (...) l'ensemble des 12 143 requêtes (...) doivent être traitées dans le cadre de la procédure d'exécution et notifiées au Comité des Ministres en sa qualité d'organe ayant dans le système de la Convention la responsabilité de veiller à ce que toutes les personnes (...) obtiennent justice et réparation (...) ».

De cette façon, la Cour s'en remet à la lettre de l'article 46 et au Comité des Ministres. Bien que sa décision soit défendable, elle ne peut évidemment pas se substituer à l'État ni garantir l'exécution de ses arrêts. Elle peut continuer à indiquer le type de mesures à prendre, mais elle se refuse désormais à surveiller l'exécution des arrêts, chose qu'elle faisait de manière détournée jusqu'alors. La Cour est claire, ce rôle est celui du Comité.

224. La Cour s'est tenue à cela, et continue de s'y tenir⁴⁴², ce qui dénote une nette volonté de sa part de « ne pas rompre l'équilibre institutionnel fondamental entre la Cour et le Comité des Ministres⁴⁴³ » et de s'en tenir uniquement à la possibilité de livrer « une appréciation juridique définitive sur la question du respect de l'arrêt » offerte par le recours en manquement prévu à l'article 46 §§ 4 et 5.

Or, force est de constater que le Comité des Ministres n'entend pas se saisir complètement de cette possibilité, ainsi, par son inertie — et la volonté de la Cour de s'en remettre à lui — la potentielle vigilance de la Cour est diminuée et son droit de regard sur l'inexécution d'arrêt est réduit à une éventualité.

§2 : Les tentatives institutionnelles de réaffirmation de la cohésion européenne et de promotion de l'État de droit

Est à encourager la volonté de la Cour de sans cesse chercher à engager un dialogue multilatéral avec les autorités nationales, notamment judiciaires, mais son efficacité est questionnée lorsqu'alors qu'elle repose sur le partage collectif, alors que des dirigeants populistes misent sur l'individualisme (A). D'un autre côté — organe fondamental — se trouve la Commission

⁴⁴² CEDH, Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan, 29 mai 2019, n° 15172/13, §154 : *Bien que la Cour puisse dans certains cas indiquer la mesure précise, compensatoire ou autre, que l'État défendeur devra prendre, c'est au Comité des Ministres, en vertu de l'article 46 par. 2 de la Convention qu'il revient d'apprécier la mise en œuvre de ces mesures*

⁴⁴³ *Ibid.* §166

de Venise, dont le travail exceptionnel de surveillance ne semble avoir que des conséquences actuellement limitées (B).

A) La bienveillance du dialogue multilatéral, le Réseau des cours supérieures

225. En 2015 la Cour a créé le Réseau des cours supérieures, qui comporte aujourd'hui quatre-vingt-treize juridictions de quarante États membres et qui forme « *le plus grand réseau judiciaire au monde* ⁴⁴⁴ ». Ce Réseau « *constitue un outil unique dans une démarche concrète de transmission des connaissances et du savoir-faire dans le domaine de la Convention* ⁴⁴⁵ ». En effet, il vise et permet un dialogue entre la Cour et les juridictions nationales à des fins d'échange d'information, de promotion de la jurisprudence de la Cour et d'amélioration de la compréhension de leurs rôles dans l'application de la Convention ⁴⁴⁶.

226. Ce Réseau a par ailleurs été créé suite à une volonté partagée de la Cour, mais aussi des États membres, qui ont bien accueilli sa création ⁴⁴⁷. Ainsi, il permet une promotion efficace de la jurisprudence de la Cour et *a fortiori* de l'État de droit et des droits de l'Homme.

227. Or, avec la résurgence du populisme en Europe et la mainmise de certains régimes sur les Cours supérieures de leurs pays, l'efficacité d'un tel Réseau peut être remise en cause. Certes, il ne se trouve pas paralysé puisqu'une grande majorité de juridictions continue de jouer le jeu, mais lorsque le dialogue implique le Tribunal constitutionnel polonais, qui est aux mains du gouvernement, ou encore la Cour constitutionnelle Russe, fervente opposante à la Cour, sa pérennité et son influence peuvent être diminuées.

228. Notons cependant, que grâce à la plateforme de partage des connaissances (*Knowledge Sharing Platform*) il permet le partage de connaissances, mais aussi, l'échange d'informations sur l'état du droit national des États membres ⁴⁴⁸. Or, bien que très différent, cet échange relatif au droit national des États pourrait faire penser à l'Examen Périodique Universel (ci-après UPR) mis en place par le système des Nations Unies ⁴⁴⁹ qui est mené par les pairs, donc les États entre

⁴⁴⁴ L-A. SICILIANOS, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *art.cit.* p.823

⁴⁴⁵ Message du Président SPANO du 25 août 2020 disponible à : <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/dialoguecourts/network&c=fr>

⁴⁴⁶ Rapport annuel de 2020 de la Cour européenne des droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, p.137

⁴⁴⁷ Visible dans la Déclaration issue de la Conférence de Bruxelles, 2015 : « *The Conference (...) b) welcomes the Court's dialogue with the highest national courts and the setting-up of a network facilitating information exchange on its judgments and decisions with national courts, and invites the Court to deepen this dialogue further;* »

⁴⁴⁸ L-A. SICILIANOS, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *art.cit.* p.823

⁴⁴⁹ Voir le site du Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, URL : <https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>

eux, et qui permet d'examiner les « performances » des États en matière de respect et de promotion des droits de l'Homme. E.R. McMahon et E. Johnson⁴⁵⁰ en font un bon compte rendu, en effet, ils relèvent que l'UPR a servi à la promotion des droits de l'homme, car il y a une meilleure acceptation des recommandations du fait que ce soit un examen entre « pairs ». On dénote en effet, une utilisation active de ce mécanisme chez les États dits démocratiques⁴⁵¹, ce qui crée de nouvelles dynamiques et des interactions entre les États. Il ne s'agit plus de « *hard top-down* ⁴⁵² » ou de « *naming and shaming* ⁴⁵³ » comme cela était le cas avant lorsque les organes surveillaient le respect des traités. Au contraire, l'UPR agit comme un catalyseur, il permet un changement graduel et consensuel au sein des États, plutôt qu'un changement imposé. De plus ce procédé permet de donner plus de légitimité aux États les plus démocratiques pour exercer des pressions sur les autres États, et surtout un tel processus ne laisse plus de place à l'argument si souvent brandi lié à la souveraineté que les États pouvaient opposer aux traités.

229. Ainsi, peut-être que le dialogue mis en place par le Réseau a vocation à se transformer en un catalyseur pour des changements internes nécessaires, étant donné qu'il est basé sur le dialogue, et qu'il est mené par des acteurs plus que légitimes à s'exprimer sur des questions d'État de droit ou de droits de l'homme : les juridictions nationales. Peut-être que parmi les nations les plus « démocratiques » et partisans de la Convention, celles-ci s'emploieront à approfondir le dialogue avec d'autres plus conservatrices.

230. Cependant, plus clairement, l'aménagement institutionnel le plus à même de promouvoir l'État de droit et les droits de l'Homme, se trouve être la Commission de Venise. Et ce malgré le fait que ses recommandations récentes relatives à la Hongrie ou la Pologne soient presque toutes tombées dans les oreilles de sourds.

⁴⁵⁰ E. R. MCMAHON ET E. JOHNSON, « Evolution Not Revolution ; The first two cycles of the UN Human Rights Council Universal periodic Review Mechanism », Study, *Dialogue on Globalization*, 2016.

⁴⁵¹ *Ibid.* p.3

⁴⁵² *Ibid.* p.4

⁴⁵³ *Ibid.* p.3

B) La diffusion de la démocratie par l'assistance constitutionnelle, la Commission de Venise

231. En effet, on retrouve des références à l'État de droit et à la prééminence du droit en dehors de la Convention. Notamment dans le statut de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) qui affirme que l'un des objectifs de cet organe est « *promouvoir l'État de droit et la démocratie* ⁴⁵⁴ ».

232. Elle estime par ailleurs qu'il s'agit d'une notion indéfinissable⁴⁵⁵, ce qui ne l'a pas empêchée de s'atteler en 2011 à la tâche non aisée de recherche d'une définition de l'État de droit et d'identification de ses critères dans son rapport sur la prééminence du droit⁴⁵⁶ ainsi qu'en 2016 en approfondissant cette liste de critères de l'État de droit⁴⁵⁷. Elle a donc élaboré une liste de caractéristiques communes. Ces critères sont : la légalité, la sécurité juridique, la prévention de l'abus de pouvoir, l'accès à la justice devant des juridictions indépendantes et impartiales, le respect des droits de l'homme, l'égalité devant la loi et la non-discrimination⁴⁵⁸. Doctrinalement, ces critères doivent s'entendre comme englobés dans trois catégories principales : la garantie des droits et libertés, la séparation des pouvoirs, et le respect du droit.

233. Or, il est désormais évident que les régimes populistes s'attaquent à deux matrices de la démocratie libérale : la séparation des pouvoirs et la protection des droits de l'homme. En effet, « *l'application concrète de la notion va ainsi connaître des obstacles, notamment au sein des pays de l'Europe centrale et orientale, ayant connu des régimes communistes ou des traditions juridiques particulières (...)* ⁴⁵⁹ ». Notons cependant, que la Commission de Venise bénéficie d'une large renommée, de par sa compétence et son dynamisme, elle est même devenue une partenaire de l'Union européenne, au point que lorsqu'il a été question de réformer la procédure prévue par l'article 7 du TUE, il a été proposé de lui adjoindre « (...) *une dose supplémentaire de légitimité en incorporant un avis systématique de la Commission de Venise* ⁴⁶⁰ ».

⁴⁵⁴ Résolution (2002) 3 du Comité des ministres : Statut révisé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, 21 février 2002, art 1 para 1

⁴⁵⁵ Site de la Commission de Venise : https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Rule_of_law&lang=FR

⁴⁵⁶ Commission de Venise, « *Rapport sur la prééminence du droit* », Étude n°512/2009, 28 mars 2011

⁴⁵⁷ Commission de Venise « *Liste des critères de l'État de Droit* », Étude n°711/2013, 18 mars 2016

⁴⁵⁸ Commission de Venise, « *Rapport sur la prééminence du droit* », Étude n°512/2009, 28 mars 2011, p.10

⁴⁵⁹ N. BOY, « La notion d'État de droit au sein du Conseil de l'Europe à l'aune des crises hongroise et polonaise », *art.cit.*

⁴⁶⁰ L. ALLEZARD, « Juridictions constitutionnelles et populisme : vers un « autre » constitutionnalisme en Europe centrale ? », dans *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 34-2018, 2019, p.745

234. En effet, la Commission de Venise bénéficie d'une certaine légitimité et parvient à des consensus là où d'autres n'y parviennent pas. Ainsi, après avoir livré des avis assez alarmants sur toutes les réformes mises en place par la Hongrie et la Pologne portant atteinte aux principes de l'État de droit⁴⁶¹ ; certaines de ses recommandations ont été entendues. Cela a mené notamment la Hongrie à adopter un 5^e amendement à la Constitution, qui suit globalement les recommandations de la Commission⁴⁶². Ce qui, malheureusement, n'empêche pas que la pratique du pouvoir par V.Orban vienne constamment entamer des retours en arrière comme cela a pu être étudié précédemment. Les limites du pouvoir de la Commission de Venise apparaissant donc clairement.

235. Ainsi, tant les organes institutionnels que juridictionnels du Conseil de l'Europe font face à de fortes résistances. Chacun suivant sa faiblesse respective, l'organe non-juridictionnel ne peut faire face à la pratique autoritaire, et l'organe juridictionnel se heurte à un nationalisme manichéen et à la fatalité du refus d'exécution de ses arrêts, véritable impasse pour son autorité. La Cour ne se laisse pas abattre pour autant, et tente autant qu'elle peut de faire preuve de résilience et d'aiguiser sans cesse les caractéristiques de l'État de droit, d'une « société démocratique », en revenant sur des principes fondamentaux pour la survie ou renaissance de la démocratie dans un régime autoritaire.

Chapitre 2 : L'aiguisement incessant des caractéristiques de l'État de droit parallèlement aux offensives populistes

Deux traits du populisme entrent en confrontation directe avec les valeurs de la Cour et avec les fondements de l'État de droit : l'anti-pluralisme et l'arbitraire. La Cour a livré différents arrêts condamnant ces tendances et réaffirmant avec plus de force qu'auparavant certains

⁴⁶¹ Commission de Venise, Avis sur la nouvelle constitution de la Hongrie, n°621/2011, CDL-AD(2011)016 ; Commission de Venise, Avis sur trois questions juridiques apparues lors de la rédaction de la nouvelle constitution hongroise, n°614/2011, CDL-AD(2011)001 ; Commission de Venise, Avis sur la loi relative au Tribunal constitutionnel, n°860/2016, CDL-AD(2016)026 ; Commission de Venise, Avis sur le quatrième amendement à la loi fondamentale de la Hongrie, n°720/2013, CDL-AD(2013)012 ; Commission de Venise, Avis sur le projet de loi portant modification de la loi sur le conseil national de la justice et trois autres projets de lois, Avis n°904/2017

⁴⁶² L. ALLEZARD, « Juridictions constitutionnelles et populisme : vers un « autre » constitutionnalisme en Europe centrale ? », dans *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 34-2018, 2019, p.745

principes essentiels visant à limiter les offensives anti-pluralistes (**Section 1**) et arbitraires (**Section 2**).

SECTION 1 : LA REPOSE A L'OFFENSIVE ANTI-PLURALISTE

La Cour est venue mettre l'accent sur l'importance toute particulière de la liberté d'expression des parlementaires, fondamentale pour le maintien et la résistance d'une démocratie véritable (§1), ainsi que plus précisément sur la fundamentalité des droits de l'opposition, intimement liés à l'expression démocratique des citoyens (§2).

§1 : La réaffirmation de la liberté d'expression des parlementaires

La Cour a toujours insisté sur l'importance du discours politique, notamment au sein du parlement (A), cependant, le contentieux récent l'a menée à réaffirmer avec plus de force qu'auparavant l'importance fondamentale qu'elle accorde à la démocratie (B).

A) Un discours politique inlassablement protégé

236. La liberté d'expression est un pilier de la Convention et de la démocratie. La formule est désormais bien connue, la liberté d'expression vaut « *non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives (...), mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État (...)* ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique (...)" »⁴⁶³.

237. Parallèlement, la Cour protège depuis longtemps le discours politique en particulier, et bien qu'elle ne constate pas de violation de l'article 10 dans l'arrêt Surek, la Cour affirme très clairement que « *l'article 10§2 (...) ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique (...) dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif (...) de l'opinion publique* »⁴⁶⁴. La liberté d'expression et la protection du discours politique s'appliquent à tous suivant différents degrés, mais en tant que représentant du peuple, on entend aisément que la liberté d'expression d'un parlementaire élu doive à tout prix être préservée. Ce qui appelle à un contrôle très strict de la Cour.

⁴⁶³CEDH, Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, n° 5493/72, §50

⁴⁶⁴ CEDH, Surek c. Turquie (n° 1), 8 juillet 1999, n° 26682/95, §61

238. En effet, la Cour avait appliqué ce raisonnement à la « *liberté de discussion politique*⁴⁶⁵ » d'un sénateur poursuivi pour injure au gouvernement. Ainsi la liberté d'expression est précieuse « *tout particulièrement pour un élu du peuple*⁴⁶⁶ », et en particulier pour les hommes politiques auxquels la liberté de la presse « (...) *donne (...) l'occasion de refléter et commenter les soucis de l'opinion publique. Elle permet à chacun de participer au libre jeu du débat politique qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique*⁴⁶⁷ ».

239. La Cour accorde également une grande importance au discours politique émanant d'un parti politique, elle a eu l'occasion de maintes fois le souligner, notamment dans des contentieux avec la Turquie qui a la fâcheuse et ancienne tendance de procéder à des dissolutions plus que douteuses de partis politiques⁴⁶⁸.

240. Enfin, plus récemment, la Cour s'est trouvée face à une affaire grâce à laquelle elle a pu aiguïser sa jurisprudence et réaffirmer l'importance du discours politique dans l'enceinte parlementaire⁴⁶⁹, bien que le contrôle de la Cour nous semble ambigu.

B) La protection réaffirmée du discours politique au sein du parlement

241. En effet, la Cour E.D.H. s'est prononcée sur l'affaire dans *Karacsony et autres c. Hongrie*⁴⁷⁰ portant sur le régime disciplinaire interne du parlement hongrois. Il est instructif de noter qu'il s'agissait là de la première affaire dans laquelle la Cour était appelée à se prononcer sur la conformité à l'article 10 de mesures disciplinaires contre des députés à cause de la façon dont ils s'étaient exprimés devant le Parlement. La Cour vient clairement affirmer qu'il ne fait aucun doute « *que tout propos tenu dans l'enceinte parlementaire appelle un haut degré de protection. Dans une société démocratique, le Parlement est un lieu unique de débat qui revêt une importance fondamentale*⁴⁷¹ », le discours politique dans l'enceinte parlementaire acquiert donc une place de choix dans la société démocratique. Aussi, la Cour commence par se montrer ferme. Certes, l'autonomie parlementaire peut servir à sanctionner des propos déplacés, mais

⁴⁶⁵ CEDH, *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, n° 11798/85, §46

⁴⁶⁶ *Ibid.* §42

⁴⁶⁷ *Ibid.* §43

⁴⁶⁸ CEDH, GC, *Affaire parti de la liberté et de la démocratie (OZDEP) c. Turquie*, 8 décembre 1999, n° 23885/94, et plus récemment : CEDH, *Affaire parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie*, 12 janvier 2016, n° 3840/10 et trois autres.

⁴⁶⁹ CEDH, GC, *Affaire Karacsony et autres c. Hongrie*, 17 mai 2016, n° 42461/13 et 44357/13,

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.* §138

elle n'est pas absolue ; elle « *ne saurait être détournée aux fins d'étouffer la liberté d'expression des parlementaires (...) la majorité ne saurait s'appuyer sur les règles régissant le fonctionnement interne du Parlement pour abuser de sa position dominante à l'égard de l'opposition* ⁴⁷² ». La position et le contrôle de la Cour promettaient d'être strictes et de rappeler aux régimes autoritaires ce qu'ils sont, car « (...) *la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité, mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste qui évite tout abus d'une position dominante* ⁴⁷³ ».

242. Pourtant, après avoir estimé que l'ingérence était prévue par la loi et poursuivait un but légitime, elle entreprend une longue démonstration mettant donc l'accent sur l'importance de la liberté d'expression de la minorité parlementaire pour la démocratie. Ce, avant d'affirmer de manière surprenante qu'eu égard à la large marge d'appréciation de l'État, elle ne voit « *nul besoin de statuer sur le point de savoir si (...) ces motifs étaient également suffisants pour démontrer que l'ingérence en cause était « nécessaire »* ⁴⁷⁴ ». Notamment, car il n'y a pas lieu de douter que les sanctions en cause s'appuyaient sur des motifs pertinents au regard des buts légitimes poursuivis (défense de l'ordre et protection des droits des autres députés)⁴⁷⁵. Elle va alors plutôt se réfugier derrière les garanties procédurales⁴⁷⁶ et va considérer que ces dernières n'étaient pas adéquates ce qui rend l'ingérence disproportionnée aux buts poursuivis et donc non nécessaire.

243. Il s'agit donc là d'un arrêt en demi-teinte, il met en avant un problème grave pour la démocratie en Hongrie et la Cour qui, bien qu'aboutissant à un constat de violation, semble se retrancher derrière la subsidiarité en mettant l'accent sur les garanties procédurales attachées à un droit substantiel. Alors même qu'au paragraphe 140 elle laissait à penser qu'elle s'octroierait plus de latitude en effectuant une différence entre la restriction qui porte sur la « teneur » des interventions parlementaires et celle qui porte sur la « manière » dont elles sont exprimées. Dans le premier cas, elle estime que l'État doit normalement avoir une « *très faible latitude* » pour encadrer la teneur des propos tenus au sein du Parlement aussi, « *le contrôle opéré par la Cour doit en ce cas être plus rigoureux* ». Cependant, la Cour va considérer que la sanction litigieuse a été mise en œuvre en raison du lieu et des modalités, mais non eu égard à la teneur même des propos (« *Il est manifeste que l'usage d'un porte-voix dans la salle trouble aussi*

⁴⁷² *Ibid.* §147

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ *Ibid.* §151

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*

*l'ordre*⁴⁷⁷ » !). Cette conclusion apparaît un peu trop rapide. En effet, il est légitime de penser que la raison première de la sanction infligée n'était pas liée au fait que les requérants aient déployé une banderole, ou usé d'un porte-voix, mais bien liée à ce qui était inscrit sur la banderole⁴⁷⁸. Un arrêt donc bienvenu étant donné le constat de violation, mais manquant d'audace à notre sens, la Cour aurait tout à fait pu se placer sur le terrain de la teneur des propos. Peut-être veillait-elle à préserver tant bien que mal ses relations avec la Hongrie qui ne voit dans la Cour qu'une ennemie.

244. D'autre part, plus de hardiesse aurait été bienvenue, car il est légitime de penser que dans un régime tel que celui en place en Hongrie, le débat parlementaire apparaît vicié dès le début étant donné que l'opposition sait pertinemment qu'elle peut être sujette à des sanctions lors de l'exposition de n'importe quel point de vue en désaccord avec celui du gouvernement majoritaire (quelle que soit la manière utilisée). La Cour aurait peut-être pu se saisir de la nature trop arbitraire de la mesure en statuant de manière claire sur la nécessité et la finalité de l'ingérence, puisque le règlement n'avait d'autre but que d'être détournée aux fins d'étouffer la liberté d'expression des parlementaires de l'opposition.

245. Elle choisit cependant quelques années après, dans un contentieux en lien avec les droits des parlementaires, de se placer sans sourciller sur le terrain de la légalité, non pas d'un « simple » règlement, mais bien sur le terrain de la conformité de la Constitution turque à la Convention lorsqu'il en va de la levée de l'immunité parlementaire.

§2 : La protection rappelée des droits de l'opposition intimement liée aux droits des électeurs

Outre l'importance fondamentale des droits de l'opposition parlementaire **(A)**, la liberté d'expression de la société civile est elle aussi source d'oxygène pour la démocratie. Elle s'exprime de quantité de façons, mais dans le contexte précis de régimes autoritaires ou conservateurs, la Cour semble mettre l'accent sur les droits des électeurs, mais aussi des élus *via* l'article 3 protocole n°1, fondement de la démocratie **(B)**.

⁴⁷⁷ *Ibid.* §149

⁴⁷⁸ On pouvait y lire « FIDESZ voleur, tricheur et menteur » et « C'est l'œuvre de la mafia nationale du tabac ». Le projet de loi en débat portait sur la réorganisation du marché du tabac en Hongrie et visait à modifier certaines lois existantes sur la question.

A) La ferme affirmation de l'incompatibilité d'une levée de l'immunité parlementaire avec la Convention

246. Il est désormais acquis que les gouvernements populistes ne souffrent pas d'opposition et ne s'attachent guère à des considérations trop démocratiques. Aussi c'est notamment en Turquie que l'inviolabilité parlementaire a pu être levée par le biais d'un amendement constitutionnel du 20 mai 2016, qui a conduit à la détention de 154 députés de l'opposition, ce qui est à l'évidence « *une source de préoccupation sérieuse* ⁴⁷⁹», pour le Conseil de l'Europe et pour la Cour.

247. Une affaire emblématique de cette difficulté et de la « *déliquescence démocratique [qui] a cours au sein de nombreux États* ⁴⁸⁰» est l'affaire *Selahattin Demirtas c. Turquie*⁴⁸¹, concernant la levée de l'immunité parlementaire de l'un des coprésidents du Parti démocratique des peuples (HDP) qui fut placé et maintenu en détention provisoire et vit une action pénale être engagée contre lui pour des discours qu'il avait eus. Le contentieux turc de manière générale est révélateur de l'indifférence des autorités quant à la signification d'une véritable mise en balance entre droits politiques et buts légitimes invoqués par ces derniers ; donc du « *réfèrent conventionnel* »⁴⁸². Mais surtout, la présente affaire illustre « *une attitude consistant à fouler aux pieds les droits les plus élémentaires dans une démocratie digne de ce nom* ⁴⁸³». Outre la teneur des mesures prises par la Turquie c'est la conséquence de l'arrêt de la Cour qui a fait connaître ce dernier. En effet, à la suite du prononcé de l'arrêt, la Cour fut la cible d'une cyberattaque, emblème des forts vents contraires contre lesquels la Cour s'emploie à lutter.

248. Dans l'arrêt la Cour commence infailliblement par rappeler le principe désormais connu de l'importance de la liberté d'expression des parlementaires, notamment de la minorité, « *vecteurs par excellence du discours politique* ⁴⁸⁴ », l'importance et les implications des deux types d'immunités parlementaires : l'irresponsabilité et l'inviolabilité, et les changements provoqués par la modification constitutionnelle. Or, la Cour n'hésite pas à invectiver la Turquie

⁴⁷⁹ Rapport établi par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe T. Jagland, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit — Populisme — Le système des contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe*, 2017, p.88

⁴⁸⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, « Promouvoir une forme de gouvernance démocratique », Conférence des 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme, 18 septembre 2020. Cité par : C. Boiteux-Picheral et M. Afroukh, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — second semestre 2020 » dans *RDLF 2021*, chron. n° 12

⁴⁸¹ CEDH, GC, *Selahattin Demirtas c. Turquie* (n° 2), 22 décembre 2020, n° 14305/17

⁴⁸² C. BOITEUX-PICHERAL et M. AFROUKH, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — second semestre 2020 » dans *RDLF 2021*, chron. n° 12

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ CEDH, GC, *Selahattin Demirtas c. Turquie* (n° 2), 22 décembre 2020, n° 14305/17, §242

en affirmant que la modification constitutionnelle n'était rien d'autre qu'une modification « *ad hominem* ⁴⁸⁵ », « *sans précédent dans la tradition constitutionnelle turque* ⁴⁸⁶ » et visant « *expressément certaines déclarations spécifiques de députés, surtout ceux de l'opposition* ⁴⁸⁷ » or, « *les lois visant uniquement des individus donnés sont contraires à l'état de droit* ⁴⁸⁸ ». Aussi, il ne s'agit de rien d'autre que d'une utilisation abusive de la procédure de modification de la Constitution. Cela mène la Cour à estimer dans son examen de la qualité de la loi, que de qualité, la loi n'en présentait aucune et que violation de l'article 10 il y avait (§270). La Cour tire donc toutes les conséquences d'un constat d'incompatibilité de dispositions constitutionnelles avec le principe de l'État de droit. Aussi, on ne peut que s'accorder avec la conclusion suivante : « *Si certains s'inquiètent au demeurant de ce que le juge européen puisse fonder son appréciation sur un contrôle abstrait (...) on avancera pour notre part que la Cour a assumé ses responsabilités en vue de sauvegarder les principes les plus élémentaires de l'État de droit* ⁴⁸⁹ ».

249. L'arrêt de la Cour est donc à saluer, on y décèle une forte volonté de développer une justification bien charpentée du constat de violation, s'attaquant point par point aux lacunes de la Constitution même, ainsi que des juges.

250. D'un autre côté, la Cour vient également mettre l'accent sur l'importance de l'article 3 Protocole 1, pilier de la démocratie, mettant en relation les droits des parlementaires avec ceux des électeurs et entrant en synergie avec l'article 10.

B) Le rappel du lien intrinsèque entre l'immunité parlementaire et le droit de vote, pilier de la démocratie

251. En 2016, la Cour était venue rappeler que l'article 3 du Protocole n° 1 comportait des droits subjectifs notamment le droit de vote et celui de se porter candidat à des élections et une fois élu, d'exercer son mandat⁴⁹⁰. Ces droits sont à l'évidence « *cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du*

⁴⁸⁵ *Ibid.* §269

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ C. BOITEUX-PICHERAL et M. AFROUKH, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — second semestre 2020 » dans *RDLF 2021*, chron. n°12

⁴⁹⁰ CEDH, Affaire parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie, 12 janvier 2016, n° 3840/10 et trois autres

*droit*⁴⁹¹», puisqu'ils permettent de garantir le fonctionnement d'un « régime politique véritablement démocratique » auquel fait référence le préambule de la Convention, et ce, depuis 1987⁴⁹².

252. Il s'agissait en l'espèce de députés automatiquement déchus de leur mandat après que leurs propos aient entraîné la dissolution de leur parti. Or, la Cour estime que puisque les discours des requérants bénéficiaient de la protection du droit à la liberté d'expression, alors la sanction entraînant la déchéance de leur mandat était disproportionnée et portait atteinte à l'article 3 du Protocole n°1 (§§109-127). De plus, la dernière affirmation de la Cour attire notre attention, car elle vient établir que la mesure litigieuse a également « (...) porté atteinte au pouvoir souverain de l'électorat qui les a élus députés »⁴⁹³. La Cour semble chercher à rappeler à la Turquie que dans un régime démocratique (régime qu'elle prétend représenter), c'est aux citoyens que le pouvoir revient et ce sont uniquement eux qui font des dirigeants des dirigeants légitimes, du parlement une institution efficace et des parlementaires des égaux dans la procédure législative. De plus, la Cour lie le droit d'exercer son mandat avec le droit de vote, cela paraît évident, mais la formule reflète l'idéal de démocratie que la Cour vise et qui doit prévaloir. Dans des régimes populistes, qui s'en remettent au « Peuple », une telle condamnation ferait indéniablement tache et permettrait de démontrer une partie de l'irrationalité des politiques. Car porter atteinte aux droits des élus quand bien même ils ne feraient pas partie de la majorité, revient à porter atteinte au droit du peuple. La Cour se montre donc très attentive dès lors qu'une remise en cause de l'opinion du peuple est en cause et ce principe guide son contrôle, notamment dans l'arrêt *Demirtas*.

253. La Cour insiste en effet sur le fait que la règle de l'immunité parlementaire est cruciale pour la garantie des droits prévus à l'article 3 Protocole n°1. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un droit absolu, il appartient tout de même à la Cour de s'assurer que les limitations n'atteignent pas la substance du droit, ce qui signifie généralement que la Cour examine uniquement la proportionnalité de la mesure, voire, s'en tient simplement à un contrôle procédural. La Cour ajoute cependant un temps à son contrôle, car « ensuite, elle examine si la limitation a constitué une atteinte injustifiée à la libre expression de l'opinion du peuple » (§388). Pour le contrôle de proportionnalité, la Cour insiste d'abord sur la synergie de ce droit avec l'article 10. Aussi, elle met en exergue l'interdépendance qui existe entre l'article 10 et l'article 3 du Protocole

⁴⁹¹ *Ibid.* §119

⁴⁹² CEDH, Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, 2 mars 1987, A/113, §47

⁴⁹³ CEDH, Affaire parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie, 12 janvier 2016, n° 3840/10 et trois autres, §127

n° 1, qui est « *particulièrement prononcée lorsqu'il s'agit de représentants démocratiquement élus qui sont maintenus en détention pour avoir exprimé leurs opinions politiques* » (§392), or, étant donné que la détention du requérant est contraire à l'article 10, par l'interdépendance existante entre les deux droits, l'article 3 Protocole n°1 est lui aussi compromis.

254. La Cour va en plus venir relever, qu'aucun examen n'a été effectué tenant à savoir si les discours incriminés étaient protégés par l'irresponsabilité parlementaire, de telle sorte que les juridictions nationales « *n'ont pas rempli leurs obligations procédurales découlant de l'article 3 Protocole n°1* » (§394). Pour ce qui est de la proportionnalité de la mesure, « *la Cour constitutionnelle n'a pas recherché si les infractions en question étaient directement liées aux activités politiques du requérant* » (§395), elles n'ont donc pas procédé à une juste mise en balance des droits. En effet, « *les juges internes se sont contentés de brandir la qualification d'incitation à la violence par une organisation terroriste armée et d'apologie d'une telle violence* ⁴⁹⁴ ». Le comble étant qu'un juge dissident de la Cour constitutionnelle elle-même avait pointé du doigt cette lacune interprétative.

255. Au regard de tout cela, la levée de l'immunité parlementaire du requérant et son placement en détention étaient incompatibles en substance avec le droit d'être élu et d'exercer son mandat, mais aussi, ils portaient « *une atteinte injustifiée à la libre expression de l'opinion du peuple* » (§397). Ainsi, la Cour vient fortement limiter les ingérences dans les droits des parlementaires, notamment dans ceux de l'opposition.

256. Cependant, que ce n'est pas la première fois que la Cour fait preuve d'audace et s'arme de toutes les justifications possibles, mais, en vain ? Face à des régimes autoritaires, la question de l'impact de sa jurisprudence reste en suspens. La Turquie est illustrative de ce problème, elle qui depuis 1998 se fait condamner pour tout un tas de raisons, mais notamment pour des dissolutions de partis politiques ou pour des attaques législatives voir policières envers des opposants parlementaires, ou de la société civile.

La Cour semble vouloir redoubler d'efforts lorsque les positions et politiques des régimes populistes d'extrême droite — déjà profondément anti-conventionnelles — dépassent un seuil que la Cour semble s'être fixé et qu'elle considère inadmissible, notamment lorsqu'ils prennent un tournant beaucoup trop autoritaire laissant libre cours à l'arbitraire.

⁴⁹⁴ C.BOITEUX-PICHERAL et M. AFROUKH « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — second semestre 2020 » dans *RDLF 2021*, chron. n°12

SECTION 2 : LA REPOSE A L'OFFENSIVE LIBERTICIDE ET ARBITRAIRE

La Cour semble vouloir riposter en usant de l'article 18 de la Convention à plus ou moins bon escient (§1), ainsi qu'en mettant l'accent sur une priorité fondamentale qu'est l'indépendance judiciaire (§2).

§1 : La mise au pilori des régimes autoritaires via l'article 18

On observe en effet une recrudescence des condamnations sur la base de l'article 18 visant le détournement de pouvoir, cela est révélateur de la tendance grandissante à l'arbitraire au sein du Conseil de l'Europe (A). Cependant, la force de l'article n'est pas entièrement explorée ni mobilisée par la Cour (B).

A) La recrudescence des condamnations sur la base de l'article 18 et ses implications

257. L'article 18 de la Convention interdit aux États de restreindre les droits dans un but autre que celui pour lequel les restrictions ont été admises. En d'autres termes, combiné à un autre article de la Convention, il vise à prévenir les détournements de pouvoir ou abus de pouvoir. Or, depuis l'entrée en vigueur de la convention, la violation de cet article a été constatée vingt-et-une fois, et onze de ces cas entre 2018 et 2021⁴⁹⁵. Cette multiplication des violations de l'article 18 est un « *signal préoccupant*⁴⁹⁶ », car si la Cour aboutit à un tel constat, c'est que « *la situation est grave, parce que cela veut dire que le même État a sciemment, de mauvaise foi, brisé la Convention en essayant après, pour ainsi dire, de « couvrir ses traces »*⁴⁹⁷ ».

258. Aussi, la recrudescence de condamnations sur le terrain de l'article 18 est forcément révélatrice du délitement de la démocratie et de l'État de droit en Europe, et du fait que l'arbitraire gagne du terrain. Mais aussi du fait que la Cour entend réagir à ce déficit démocratique sans précédent. D'ailleurs elle a rapidement laissé tomber l'effarouchant critère du « *but légitime prédominant*⁴⁹⁸ ».

⁴⁹⁵ CEDH : Mammadli c. Azerbaïdjan, 19 avril 2018 ; CEDH, Rashad Hasanov e.a. c. Azerbaïdjan, 7 juin 2018; CEDH Aliyev c. Azerbaïdjan, 20 septembre 2018 ; CEDH, Navalnyy c. Russie, 15 novembre 2018, n° 29580/12 et 4 autres ; CEDH Navalnyy c. Russie (n° 2), 9 avril 2019 ; CEDH Natig Jafarov c. Azerbaïdjan, 7 novembre 2019 ; CEDH Kavala c. Turquie, 10 décembre 2019 ; CEDH Ibrahimov et Mammadov c. Azerbaïdjan, 13 février 2020 ; CEDH Khadija Ismayilova c. Azerbaïdjan (n° 2), 27 février 2020 ; CEDH Selahattin Demirtas c. Turquie (n° 2), 22 décembre 2020 ; CEDH Azizov et Novruzlu c. Azerbaïdjan, 18 février 2021 ; CEDH Ahmet Hüsrev Altan c. Turquie, 13 avril 2021

⁴⁹⁶ G. RAIMONDI, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans c'est l'heure d'une retraite honorable ou d'une nouvelle jeunesse ? », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p.103

⁴⁹⁷ Ibid.

⁴⁹⁸ CEDH, GC, Merabishvili c. Géorgie, 28 novembre 2017, n° 72508/13 : La Cour admet une pluralité d'objectifs, légitimes et illégitimes, tant que le but légitime est « prédominant ».

259. L'exemple le plus emblématique et qui a le plus défrayé la chronique est l'arrêt Navalnyy⁴⁹⁹, relatif à l'opposant politique au régime de V. Poutine, Aleksey Navalnyy, accusé de blanchiment d'argent — les preuves ayant été fabriquées — puis arrêté, détenu et condamné à sept reprises, la Cour ayant conclu qu'il y avait eu violation des articles 5§ 1, 6§ 1 et 11. Elle est même allée jusqu'à constater une violation de l'article 18 en considérant que les arrestations et condamnations de M. Navalnyy poursuivaient un but inavoué, celui d'étouffer le pluralisme politique. Même le juge Dedov s'accorde partiellement avec cette conclusion, allant jusqu'à arguer de la nécessité d'application non pas de l'article 18, mais 17 dans son opinion partiellement concordante.

260. Ainsi, à l'image de sa jurisprudence protectrice des opposants parlementaires, la Cour se fait la défenseuse des opposants de tout type, en Russie donc avec Navalnyy, mais aussi en Géorgie⁵⁰⁰, ou en Turquie⁵⁰¹. Cependant, cette montée de condamnations pour détournement de pouvoir, démontre aussi l'impuissance de la Cour à résorber le défi populiste/autoritaire.

261. L'arrêt Kavala est sur ce point démonstratif de plusieurs défis auxquels la Cour est exposée : le déficit démocratique évidemment, mais aussi les dissidences en son sein qui sont de mauvais présages, ainsi que l'inexécution de ses arrêts : signe de son impuissance.

262. Il s'agissait de l'arrestation et la détention d'un défenseur des droits de l'homme pour tentative de « renversement de gouvernement » et « renversement de l'ordre constitutionnel » lors des « événements de Gazi⁵⁰² » et de la tentative de coup d'État de 2016. La Cour déclara sans surprise en se livrant à un examen très circonstancié des faits, et à l'unanimité, la violation des articles 5§ 1c et 5§ 4 ainsi que la violation de l'article 18 combiné à l'article 5§ 1c à une voix près. Cette voix dissidente pourrait passer inaperçue s'il ne s'agissait pas de la voix dissidente de la juge turque Saadet Yüksel récemment élue à l'époque de l'affaire après la grande difficulté de la Turquie de « *présenter une liste jugée à la hauteur des exigences conventionnelles*⁵⁰³ ». Or, l'affaire Kavala « *démontrera au lecteur que la stratégie de cheval de Troie déployée par le gouvernement d'Ankara afin de faire élire un juge sensible aux thèses*

⁴⁹⁹ CEDH, Navalnyy c. Russie, 15 novembre 2018, n° 29580/12 et 4 autres

⁵⁰⁰ CEDH, GC, Merabishvili c. Géorgie, 28 novembre 2017, n° 72508/13

⁵⁰¹ CEDH, Kavala c. Turquie, 10 décembre 2019, n° 28749/18

⁵⁰² Vague de protestation ayant eu lieu en 2013 en Turquie après la répression violente de la police turque d'une opposition citoyenne de militants écologistes à la construction d'un centre commercial sur le seul espace vert d'Istanbul.

⁵⁰³ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre-décembre 2019) » dans *AJDA*, 2020

*gouvernementales a fonctionné à merveille*⁵⁰⁴». En effet, la juge dans son opinion dissidente semble clairement être guidée par des considérations plus idéologiques que juridiques.

263. Finalement, la Cour qui dans son arrêt imposait à l'État de prendre des mesures nécessaires pour libérer le requérant, fut confrontée à un mur. À ce jour, Osman Kavala est toujours emprisonné... de même qu'Aleksey Navalnyy.

264. Alors, certes, l'augmentation de condamnations sur la base de l'article 18 est significative du déficit démocratique et de la volonté de la Cour de faire front, mais cela paraît insuffisant, ses arrêts ne sont pas exécutés, et si les régimes populistes parviennent à faire élire progressivement des juges à la Cour présentant un attachement déplacé à leur gouvernement, la légitimité, la crédibilité et le fonctionnement de la Cour sont menacés.

265. D'autant qu'on pourrait estimer que la Cour ne se saisit pas de toutes les possibilités offertes par l'article 18.

B) Une prise en main ambivalente du principe de légalité *via* l'article 18

266. En effet, outre le fait que l'article 18 représente un garde-fou contre l'abus de pouvoir, et donc contre l'autoritarisme, puisqu'il vient encadrer la restriction des droits consacrés dans la Convention, il peut aussi impliquer « *un contrôle rapproché de la primauté du droit dans les cas d'abus de pouvoir, invitant le juge européen à aller au-delà d'une « pseudo légalité » ou d'une légalité de façade (...)*⁵⁰⁵».

267. Dès lors, l'article 18 permet d'inciter les juges de la Cour à procéder à un contrôle de légalité interne qui ne concerne plus uniquement l'objet d'un acte ou décision, « *mais également les motifs de fait ou de droit le fondant et sa finalité*⁵⁰⁶» qui peuvent le rendre illégal, au regard du droit interne et incompatible avec la Convention.

268. Or, en 2017 dans *Merabishvili*⁵⁰⁷, la Cour, n'a pas pleinement saisi l'opportunité d'examiner des actes internes contestables au regard de leur légalité « interne ». C'est à cette occasion que la Cour a préféré développer la théorie de la « pluralité » des buts pour interpréter

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ C. ROMAINVILLE, « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme—La Cour européenne et l'exigence de légalité », *art. cit.*

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ CEDH, GC, *Merabishvili c. Géorgie*, 28 novembre 2017, n° 72508/13, relatif à la détention provisoire et la condamnation du Secrétaire général du principal parti d'opposition en Géorgie, il était allégué que les poursuites engagées contre lui visaient en réalité à l'exclure de la scène politique.

l'article 18 sur la question de la légalité interne. Aussi, elle admet cette pluralité de buts tant que le but « prédominant » est conventionnel⁵⁰⁸. Finalement, cela revient à refuser de procéder à un véritable contrôle de la légalité des restrictions qui impliquerait que toute restriction animée par des buts non-conventionnels — peu importe qu'un des buts soit conventionnel ou sa majorité — revient finalement à imposer une restriction dont la finalité est inconventionnelle et par-delà illégale. Autrement, c'est là se satisfaire d'un contrôle de la légalité de façade, contraire à la primauté du droit, précisément ce que l'article 18 vise à éviter.

269. Le juge Serghides dans son opinion concordante souligne fort bien le paradoxe auquel aboutit la Cour dans l'arrêt : « *On ne peut affirmer que la primauté du droit est sauvegardée si celle-ci ne reste pas fondamentalement intacte en tout temps et si l'on permet qu'elle soit entaillée et entamée par un acte d'abus de pouvoir* ». Et d'ajouter : « *L'arrêt n'explique pas comment il est possible de concilier un abus de pouvoir commis par une autorité avec la primauté du droit, le principe de légalité et les valeurs d'une société démocratique* ». Le juge plante alors le clou en affirmant : « *le contrôle de proportionnalité requis par la Convention se fait uniquement entre (...) un droit (...) et une restriction légale (...). La Convention n'exige pas que le contrôle de proportionnalité soit aussi appliqué entre une restriction légale et une restriction illégale, chose qu'aucune société démocratique ne pourrait admettre* ».

270. Finalement, c'est là se refuser à opérer un contrôle de légalité interne, certes, mais pourtant fondamental au regard des valeurs d'une société démocratique et la prééminence du droit. De plus, la jurisprudence de la Cour en la matière manque de clarté, puisqu'elle oscille entre non-violations de l'article 18 dans des affaires en lien avec des pays où il est notoire que « *des mécanismes systémiques sont à l'œuvre pour étouffer les voix dissidentes* ⁵⁰⁹ », et d'un autre côté, elle conclut à la violation de l'article 18 dans d'autres affaires similaires⁵¹⁰ du fait qu'aucun des actes contestés n'était fondé sur des buts conventionnels, mais poursuivaient « un » but inavoué, ce qui est bienvenu, mais ne devrait pas être limité à de telles circonstances et s'appliquer même en cas de pluralité de buts.

271. Ce manque de clarté est critiquable *per se* au regard de la crédibilité et cohérence de la jurisprudence en général de la Cour, mais aussi dans le contexte actuel de résurgence de régimes

⁵⁰⁸ *Ibid.* §§ 305-308 et §§318 - 353,

⁵⁰⁹ L.BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme — août-décembre 2020 », dans *AJDA*, 2020

⁵¹⁰ CEDH, GC, Selahattin Demirtas c. Turquie (n° 2), 22 décembre 2020, n° 14305/17 ; Kavala c. Turquie, 10 décembre 2019, n° 28749/18

autoritaires, puisque les raisonnements de la Cour pourraient facilement être détournés par les États qui « *useraient avec aisance d'une telle marge de manœuvre*⁵¹¹ ».

272. Finalement, bien que la Cour entende lutter contre des actions incompatibles avec la Convention, tout semble être question de compromis, parfois même de tergiversations ; en vue d'apaiser les tensions et la souveraineté des États, mais cela mène malheureusement à plusieurs incohérences dans la jurisprudence de la Cour : entre protection accrue, affirmations claires, mais aussi non-dits.

§2 : Le zoom sur une priorité fondamentale : l'indépendance judiciaire

L'indépendance judiciaire est indubitablement l'un des maîtres-mot de la Cour et l'un si ce n'est « le » principe fondamental d'un État de droit, la Cour s'est d'ailleurs récemment attelée à protéger ce principe fondamental de manière claire, cependant elle n'a pas usé de tous les moyens qui s'offraient à elle **(A)**, ou a contourné la possibilité de le protéger formellement **(B)**.

A) L'exceptionnel arrêt Baka

273. En effet, la Cour a saisi l'occasion de délivrer « *un arrêt exceptionnel qui restera parmi les plus grands de son "répertoire" récent*⁵¹² » au cours de l'affaire *Baka*⁵¹³ portant sur la destitution discrétionnaire d'un juge en Hongrie. Il était question en l'espèce de la cessation prématurée des fonctions de M. Baka, président de la Cour suprême hongroise, par le biais d'une loi qui posait une exception le visant spécifiquement. Cela faisait suite à des critiques qu'il avait exprimées à propos de réformes législatives et constitutionnelles en Hongrie concernant les tribunaux, notamment la modification de l'âge de départ à la retraite des juges. La nouvelle loi, le visant spécifiquement, prévoyait également l'impossibilité pour M. Baka de saisir un juge. La cour entreprit alors « *sans sourciller*⁵¹⁴ » de défendre « *ce qui compte* »

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² L. Burgorgue-Larsen, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.250

⁵¹³ CEDH, GC, *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, n° 20261/12

⁵¹⁴ L. Burgorgue-Larsen, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.250

*fondamentalement en situation de déconsolidation démocratique : l'indépendance judiciaire*⁵¹⁵».

274. Étaient alléguées des violations des articles 6 et 10. Concernant le premier, la Cour conclut heureusement et évidemment à son applicabilité. Normalement la non-applicabilité de l'article 6 à des contentieux en lien avec la fonction publique s'attache au fait de savoir si le droit interne excluait expressément l'accès à un tribunal pour le poste ou la catégorie de personne dont fait partie le requérant⁵¹⁶. Mais la Cour ne se laisse pas abuser par la loi adoptée par la Pologne, on s'y attendait, mais la formule qu'elle choisit est forte et la Cour entend bien préserver les valeurs d'une société démocratique. Pour conclure à l'applicabilité, la Cour s'attache à délimiter temporellement les faits, ainsi, elle vient affirmer qu'elle cherche à savoir si le droit interne privait le requérant d'un accès à un tribunal avant l'adoption de la loi litigieuse, et ce car « (...) *Procéder autrement reviendrait à admettre que la mesure litigieuse elle-même constitutive de l'ingérence alléguée dans le "droit" du requérant, pourrait en même temps former la base légale de l'impossibilité faite à l'intéressé d'accéder à un tribunal. Pareille approche ouvrirait la voie à des abus, car elle permettrait aux États contractants d'interdire l'accès à un tribunal relativement aux mesures individuelles prises à l'égard de leurs fonctionnaires, en incluant simplement ces mesures dans une disposition de loi ad hoc non soumise au contrôle juridictionnel*⁵¹⁷ ». À la suite de cela, la Cour vient constater la violation de l'article 6, en estimant que la loi qui a privé d'accès à un tribunal le requérant fait douter de sa compatibilité avec les exigences de l'État de droit (§121). La Cour semble estimer qu'il existe un consensus international sur le fait que l'équité procédurale lorsqu'une affaire a trait à la révocation d'un juge est primordiale, et doit être exécutée par une autorité indépendante des pouvoirs exécutifs et législatifs. En effet il apparaît évident qu'un juge doit pouvoir accéder à un tribunal indépendant pour faire valoir ses droits, cela est lié — si c'en est le corollaire — à l'indépendance judiciaire, principe des plus fondamentaux dans l'État de droit et la prééminence du droit.

275. Sur ce point l'opinion concordante du juge Sicilianos au point 15 est remarquable. Il affirme que puisque l'État de droit doit protéger l'indépendance du juge, cela n'a pas de sens « *sans le droit correspondant du juge lui-même à l'indépendance* » ; droit subjectif du juge que

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ CEDH, G.C., Vilho Eskelinen c. Finlande, 19 avril 2007, n° 63235/00. Il pose la présomption d'applicabilité de l'article 6 à des contentieux de la fonction publique. L'autre critère effaçant la présomption d'applicabilité de l'article 6, tient au cas où l'État prouve que l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique.

⁵¹⁷ CEDH, GC, Baka c. Hongrie, 23 juin 2016, n° 20261/12, §116

l'article 6 a tout à fait vocation à protéger. La logique est implacable, « *comment peut-on espérer que les justiciables jouissent du droit à un juge indépendant si le juge lui-même ne bénéficie pas des garanties propres à lui assurer cette indépendance ?*⁵¹⁸ ». C'est évident, mais il est malheureux qu'il faille le rappeler à certains États.

276. La Cour met également l'accent sur l'importance de l'indépendance du pouvoir judiciaire dans la suite de son raisonnement relatif à l'article 10. La question était de savoir s'il avait été mis fin au mandat de M. Baka en raison de la réforme générale des tribunaux en Hongrie ou, car il avait exprimé ses opinions publiquement. Après que le gouvernement ait tenté vainement d'arguer que la cessation du mandat du requérant ne visait rien d'autre le renforcement de l'indépendance de la justice⁵¹⁹, la Cour affirme sans ambages que tel n'était pas le cas. D'une part car après s'être livrée à une longue et conséquente étude des faits, la Cour estime que la mesure litigieuse entretenait indubitablement un lien de causalité avec l'exercice de la liberté d'expression de M. Baka, d'autre part car concernant la justification de l'ingérence, la Cour est là encore claire et ne fait aucun cadeau à la Hongrie : « *un État partie ne peut légitimement invoquer l'indépendance de la justice pour justifier une mesure telle que la cessation prématurée du mandat du président d'une juridiction par des raisons qui n'étaient pas prévues par la loi et qui n'avaient pas de rapport avec une quelconque impéritie ou faute professionnelle*⁵²⁰ ». Aucun but légitime donc, ni aucune nécessité⁵²¹, car très justement la Cour constate que M. Baka avait le droit, mais aussi le devoir de s'exprimer sur des questions relatives à l'indépendance judiciaire et à sa préservation. C'est évidemment bienvenu ; aucun propos après tout, ne pourrait plus porter sur un débat d'intérêt général.

277. Focale donc sur l'indépendance judiciaire, et ce de manière admirable. On peut cependant opposer deux points à cet heureux tableau : l'exécution de l'arrêt est encore attendue⁵²² et la Cour ne s'est pas prononcée sur la loi destituant le juge alors que l'arrêt soulevait tout de même la question de la compatibilité de règles constitutionnelles et législatives avec la Convention. En effet, la Cour estime que la mesure était prévue par la loi. Rien de plus étonnant lorsque l'on sait que cette loi visait expressément M. Baka, et qu'elle était *ad hominem*

⁵¹⁸ Opinion concordante du juge Sicilianos, point 15

⁵¹⁹ L'argument est particulièrement pauvre : le Gouvernement affirme qu'écarter M. Baka revenait à renforcer l'indépendance de la justice, car il avait une fonction essentiellement administrative et « gouvernementale ».

⁵²⁰ §156

⁵²¹ Que la Cour, malgré le fait qu'il n'y avait pas de but légitime, estime devoir analyser étant donné « les circonstances particulières » de l'affaire (§157).

⁵²² Notes sur la 1280^e réunion (7-10 mars 2017) en lien avec l'affaire Baka c. Hongrie et la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne. CM/NOTES/1280/H46-15

comme dans une certaine affaire turque déjà étudiée⁵²³, mais postérieure à l'affaire *Baka* où la Cour affirme très fermement : « *les lois visant uniquement des individus donnés sont contraires à l'état de droit* ⁵²⁴ ». Ici, elle se contente de la formule sibylline selon laquelle « *la compatibilité avec les exigences de l'état de droit est douteuse* » (§121). La Cour refuse donc, à l'inverse de l'affaire *Demirtas*, de tirer les conséquences de l'incompatibilité de la loi avec l'État de droit ainsi que de se prononcer sur la légalité de l'ingérence dans l'article 10. L'argument selon lequel la Cour ne l'a pas fait pour pouvoir donner plus de force à l'arrêt en statuant sur le but légitime et la nécessité ne tient pas. Elle aurait tout autant pu adopter la formule utilisée après son analyse du but légitime et tenant aux circonstances particulières de l'affaire qui la menaient à statuer sur la nécessité de l'ingérence.

278. La Cour a donc attendu pour se saisir de l'opportunité de statuer sur une norme constitutionnelle ou législative avec la Convention, toujours est-il qu'elle l'a fait et bien fait et que l'arrêt *Baka* n'en reste pas moins un arrêt fondamental. La question se posait alors de savoir ce que dirait la Cour à l'avenir sur les réformes législatives polonaises portant atteinte à l'indépendance de la justice, sachant que plusieurs requêtes avaient été présentées. Une réponse a été formulée récemment, mais n'est pas celle à laquelle on pouvait s'attendre bien qu'elle soit tout à fait salubre.

B) L'autonomisation du droit à un tribunal établi par la loi et l'arrêt Xero Flor w Polsce

279. Il s'agit là de revenir à l'année 2015 en Pologne : à l'automne trois membres du tribunal constitutionnel avaient été élus conformément à ce que prescrivait le droit à l'époque par la Diète (parlement polonais). Mais aux élections législatives de la même année, le Président Duda, conservateur, obtint la majorité à la Diète. Il refusa alors d'assermenter les juges récemment élus, et désigna avec la nouvelle Diète largement conservatrice trois nouveaux juges (que certains qualifieraient d'"agents du gouvernement"), en même temps que la réforme législative mise en place réformait le fonctionnement du Tribunal constitutionnel, notamment en rendant impossible de statuer autrement qu'à la majorité qualifiée.

⁵²³ Voir *infra*. §§248-249

⁵²⁴ CEDH, GC, *Selahattin Demirtas c. Turquie* (n° 2), 22 décembre 2020, n° 14305/17, §269

280. Actuellement, plus de trente requêtes sont pendantes devant la Cour en lien avec la réforme législative du système judiciaire en Pologne. Le 7 mai, la Cour s'est prononcée pour la première fois sur la question⁵²⁵. À l'origine de l'affaire se trouvaient l'entreprise requérante et sa demande de réparation intégrale à l'État pour cause de dommages survenus sur un produit qu'elle commercialisait (du gazon) par des animaux sauvages. Les juges ne lui octroient que 60% du montant demandé en appliquant une certaine loi interne. La société demande alors à plusieurs reprises que soit examinée la constitutionnalité de la loi en question par le Tribunal constitutionnel. Toutes ses demandes furent rejetées sans qu'en soit motivée la raison, y compris son recours devant la Cour constitutionnelle par cette dernière. Notons là que l'un des juges de la formation de jugement se trouvait être l'un des juges nouvellement élus par la nouvelle Diète. La société saisit alors la Cour en invoquant l'article 6 de la Convention, du fait du refus des juridictions internes de saisir le Tribunal constitutionnel, et de la composition de ce dernier lorsqu'il rejeta son recours.

281. La Cour E.D.H. condamne alors la Pologne sur deux fondements. Un premier, assez classique, tenant à la violation de l'article 6§1 pour l'absence de motivation des juridictions internes lors de leur refus de saisir le Tribunal constitutionnel pour examen de la constitutionnalité de la loi pertinente⁵²⁶. Mais là n'est pas l'apport principal de l'arrêt, en effet, la Cour va également se pencher sur la question du droit à un tribunal établi par la loi, dont elle avait précisé le régime peu de temps auparavant⁵²⁷, et elle en fait application en l'espèce.

282. Notons que la présence d'un tiers intervenant en particulier : le commissaire aux droits de l'homme polonais, qui du paragraphe 230 au 236^e, pointe les nettes régressions du Tribunal constitutionnel polonais, et n'épargne rien au nouveau gouvernement. Ce dernier était d'ailleurs déjà intervenu dans le récent arrêt de principe sur la notion de « tribunal établi par la loi »⁵²⁸. Dans ce dernier, la Cour fait du processus de nomination des juges un élément inhérent à la notion de « tribunal établi par la loi », la Cour invitait d'ailleurs les États dans lesquels « *la question n'a pas été tranchée* » (§228) à faire usage de la grille de lecture qu'elle va entreprendre de tracer. Cette dernière tient en un triptyque plutôt consensuel de critères, visant à ne pas rendre ses exigences trop rigides ou rendant trop facile la constatation d'un manquement au droit à un tribunal établi par la loi, après tout l'inamovibilité des juges fait elle

⁵²⁵ CEDH, Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. c. Pologne, 7 mai 2021, n° 4907/18

⁵²⁶ *Ibid.* §§171-173

⁵²⁷ CEDH, G.C., Gudmundur Andri Astradsson c. Islande, 1^{er} décembre 2020, n°26374/18

⁵²⁸ *Ibid.*

aussi partie intégrante des garanties d'indépendance et il ne serait pas souhaitable d'ouvrir la porte à des ingérences injustifiées en la matière.

283. Concernant les critères désormais : le premier tient à la violation « manifeste » du droit interne, le deuxième tient à la question de savoir si cette violation du droit interne est d'une gravité telle qu'elle porte atteinte aux principes fondamentaux de prééminence du droit et de séparation des pouvoirs, et si elle a compromis l'indépendance de la juridiction en question et finalement, si l'allégation concernant le droit à un tribunal établi par la loi a été effectivement examinée par les juridictions internes et si des recours étaient disponibles.

284. En l'espèce, la Cour constate que la Pologne « remplit » les trois critères, et elle conclut à la violation du droit à un tribunal établi par la loi, car les nominations par le Président et la Diète étaient dépourvues de fondement légal (§§255-275), de plus le Tribunal constitutionnel n'a pas été en mesure depuis lors de remplir correctement ses fonctions (§§276-287), et finalement aucun recours ne permettait de contester la nomination des juges, d'ailleurs le gouvernement accorde lui aussi cela (§288). Les deux cours européennes se mettent donc au diapason puisque la Cour de justice de l'Union s'était servie des articles 19§1 du TFUE et 47 de la Charte des droits fondamentaux pour faire face aux inquiétantes réformes ayant lieu en Pologne en visant à plusieurs reprises l'arrêt Astradsson de la Cour E.D.H.⁵²⁹. Un véritable dialogue s'est donc mis en place.

285. Mais alors, *quid* de l'atteinte à l'indépendance de la justice ? Il est vrai, certes, que la Cour ne condamne pas la Pologne pour une atteinte à l'indépendance de la justice, cependant elle en fait un droit autonome par rapport aux autres garanties de l'article 6§1, tout en rappelant qu'il noue des liens étroits avec les exigences d'indépendance et d'impartialité⁵³⁰. Or, cette approche est à saluer, car « *cette nouvelle approche méthodologique, où l'inhérence et l'autonomisation attribuent à l'exigence d'un « tribunal établi par la loi » une préséance, une sorte de préalable à l'équité du procès, bouleverse tous les équilibres jusqu'alors établis qui, s'il n'était pas réalisé, rendrait inutile l'examen des deux autres aspects, car ils seraient entachés ipso facto par la violation originelle.* ⁵³¹ ». Cet arrêt et l'arrêt *Baka* entendent donc rappeler les bases, les prérequis indispensables à tout État de droit et procès équitable, ainsi que

⁵²⁹ CJUE, G.C., Simpson et HG, 26 mars 2020, aff. jointes C-542/18 RX-II et C-543/18 RX-II

⁵³⁰ L.MILANO, « La Pologne sous le feu des condamnations », dans *Le club des juristes*, 2021

⁵³¹ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme – août-décembre 2020 », *art. cit.*

rappeler « *que les principes d'une bonne justice ne peuvent être laissés à la discrétion des États et doivent s'appliquer uniformément à l'ensemble des États européens* ⁵³²».

286. La Cour semble redoubler d'efforts, notamment car le 9 décembre 2021, dans l'affaire *Grzeda c. Pologne* (n°43572/18) – qui portait elle aussi sur la réforme judiciaire en Pologne - la Cour s'est dessaisie en faveur de la Grande Chambre en passant pour la première fois outre l'objection d'un État, en l'espèce la Pologne. La Cour anticipe donc l'entrée en vigueur du Protocole n°15 qui prévoyait de modifier l'article 30 de la Convention en supprimant ce droit de veto par les parties lorsque la chambre envisage de dessaisir en faveur de la Grande Chambre. La Cour fait donc preuve d'audace en faisant prévaloir l'esprit de la Convention sur la lettre.

287. La Cour entend donc bien réaffirmer son rôle de juge européen des droits de l'Homme, d'autant plus qu'elle a décidé que toutes les prochaines requêtes visant la Pologne et la réforme du système judiciaire seraient traitées en priorité⁵³³. Quant à la question de savoir si cela sera suffisant, le doute demeure, là encore, nous attendrons une exécution de l'arrêt et des arrêts à venir qui ne viendra peut-être pas.

⁵³² L.MILANO, « La Pologne sous le feu des condamnations », *art.cit.*

⁵³³ *Ibid.*

CONCLUSION DE TITRE

288. La Cour n'a donc cessé de lutter face aux forts vents contraires du populisme et de l'autoritarisme en Europe. Elle a toujours cherché à être exemplaire en consolidant son modèle d'une société démocratique. Aujourd'hui elle cherche indubitablement à garder son rôle de juge des droits de l'homme en Europe, face aux atteintes à l'État de droit dans son ensemble et elle est tantôt intransigeante, tantôt plutôt inquiète de ménager les États. Elle cherche tantôt à rappeler des principes généraux, et tantôt à en déterminer de nouveaux propres à tisser un canevas de prérequis indispensables. Il est certain qu'elle met l'accent sur le principe de séparation des pouvoirs dans toutes ses implications, principe qui est probablement l'un des plus mis à mal au sein de ces régimes populistes : parlementaires de l'opposition menacés, et juges pas assez dociles écartés. Cependant, bien que la Hongrie, la Pologne, la Russie et la Turquie continuent de faire partie du système de la Convention, il n'en reste pas moins qu'ils semblent plutôt insensibles aux condamnations : « *En ce sens, la situation ressemble à un marché de dupes*⁵³⁴ ». Il devient donc manifeste que la Cour doit peut-être faire preuve de plus d'audace, pour dépoliariser l'Europe et pour rendre absolument inacceptable et plus visible, aux yeux de tous, la situation délétère dans ces pays. Pour peut-être parvenir à faire de la société démocratique, une société (démocratique) plus combattante et moins « institutrice ».

⁵³⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.251

TITRE II : RESTER EXEMPLAIRE : LA NECESSITE DE RIPOSTES PLUS ACEREEES POUR LA PRESERVATION DE LA DEMOCRATIE

Les défis que pose l'accession au pouvoir de divers dirigeants populistes en Europe sont de taille. Ce ne serait pas exagéré de dire que ce sont les défis les plus importants auxquels la Cour doit faire face depuis sa création, il faut donc impérativement qu'elle trouve un moyen d'y faire face (**Chapitre 1**). Or, le défi populiste prend tellement d'ampleur, et est particulièrement grave, aussi bien qu'il s'agisse d'une véritable offensive envers le système de la Convention, peut-être est-ce aussi là l'opportunité d'un fort activisme judiciaire (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les défis auxquels faire face impérativement

Deux pans du système de la Convention sont particulièrement achoppés : l'exécution de ses arrêts qui est fortement limitée et qui peut donner l'impression que la Cour se bat contre des moulins (**Section 1**). Deuxièmement, la timide « socialisation » de la Convention peut lui être néfaste dans les États populistes fortement demandeurs de plus d'inclusion (**Section 2**).

SECTION 1 : LES APORIES DES CONdamnATIONS PAR LA COURE.D.H.

Bien que l'inexécution des arrêts tende à devenir un problème systémique au sein du système de la Convention, l'*impact* de ses arrêts doit aussi être pris en compte et approfondi (§1), de même que les moyens des deux principaux acteurs en lien avec la question – la Cour et le Comité – ont à portée de main pour influencer sur cette problématique. Ces derniers doivent être plus mobilisés, approfondis, voir, réformés (§2).

§1 : Des condamnations aux conséquences limitées, mais aux *impacts* sociétaux importants

Il apparaît désormais évident que la Cour fait face à *l'a priori* insolvable problème de refus d'exécution de ses arrêts, aussi elle se retrouve – après avoir usé de presque tous les moyens possibles – dans l'impossibilité de condamner les États illibéraux qui semblent dictés par une irascible irrationalité (A), cependant *l'impact* de ses arrêts ne doit pas être négligé et la Cour doit en tenir compte pour parvenir à « toucher » les populations et devenir pour elles, un principe d'action (B).

A) L'évidente impossibilité de condamner l'irrationnel

289. Le système de la Convention « *a du mal à faire face à des « glissements » de régime politique et aux violations massives et systématiques des droits de l'Homme*⁵³⁵ ». Et ce, car « *l'irrationnel revient au galop*⁵³⁶ », contestant aveuglément les valeurs de la Convention et les remettant directement en cause sur le terrain, notamment en refusant d'exécuter les arrêts de la Cour.

290. Même l'Union Européenne fait face à ce mur illibéral : la Commission a élaboré le « *nouveau cadre pour renforcer l'État de droit* » en 2014⁵³⁷, il s'agit d'un mécanisme non juridictionnel visant à instaurer un dialogue entre la Commission et l'État membre visé par les accusations de violation grave, par un État membre des valeurs visées à l'article 2.

C'est une sorte de mécanisme d'avertissement, d'où son appellation de « mécanisme pré-article 7 », car si l'État n'en tient pas compte alors la Commission pourra saisir le Conseil au titre de l'article 7 du T.U.E. Dans ce cas, le Conseil pourra prononcer des sanctions en constatant non plus le risque de violation grave, mais bien l'existence d'une violation grave.

291. Or, la Pologne a fait l'objet de la mise en œuvre du nouveau cadre pour renforcer l'État de droit en juillet 2016, et elle a fait l'objet non pas d'une, mais de quatre recommandations formulées par la Commission européenne⁵³⁸ entre juillet 2016 et décembre 2017. Puis la Commission a finalement invité le Conseil à mettre en œuvre l'article 7 du TUE à l'encontre de la Pologne le 20 décembre 2017⁵³⁹. Par la suite, à l'initiative du Parlement, a été lancée la procédure de l'article 7 à l'encontre de la Hongrie le 12 septembre 2018. Cependant, à cette date « *l'exemple polonais avait déjà démontré l'ineffectivité de l'article 7 T.U.E. et, à tout le moins, son extrême lenteur*⁵⁴⁰ ».

⁵³⁵ P. LEUPRECHT, « La Convention européenne des droits de l'homme face à la contestation de ses valeurs fondamentales », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p. 72

⁵³⁶ *Ibid.* p.73

⁵³⁷ Communication de la Commission au Parlement européen et au conseil, « Un nouveau cadre de l'U.E. pour renforcer l'état de droit », COM/2014/0158 final.

⁵³⁸ Recommandation (U.E.) 2016/1374 de la Commission du 27 juillet 2016 concernant l'État de droit en Pologne, JOUE, n° L 217 du 12 août 2016, p. 53 ; Recommandation (U.E.) 2017/146 de la Commission du 21 décembre 2016 concernant l'État de droit en Pologne complétant la recommandation (U.E.) 2016/1374, JOUE, n° L 22 du 27 janvier 2017, p. 65 ; Recommandation (U.E.) 2017/1520 de la Commission du 26 juillet 2017 concernant l'État de droit en Pologne complétant les recommandations (U.E.) 2016/1374 et (U.E.) 2017/146, JOUE, n° L 228 du 2 septembre 2017, p. 19 et Recommandation (U.E.) 2018/103 de la Commission du 20 décembre 2017 concernant l'état de droit en Pologne complétant les recommandations (U.E.) 2016/1374, (U.E.) 2017/146 et (U.E.) 2017/1520, JOUE, n° L 17 du 23 janvier 2018, p. 50.

⁵³⁹ Proposition motivée, présentée par la Commission conformément à l'article 7, paragraphe 1, du TUE, concernant l'état de droit en Pologne, COM (2017) 835 final

⁵⁴⁰ L. BLATIERE, « La protection évolutive de l'État de droit par la Cour de justice de l'Union européenne », dans *RDLF*, 2019 *chron.* n°31, <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-protection-evolutive-de-letat-de-droit-par-la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne/>

292. Aussi, lorsque la Cour continue de défendre et d'objecter, lorsque la Commission de Venise met en garde à de multiples reprises, lorsque l'Union européenne aussi fait front ; *via* le Parlement européen, la Commission, le Conseil et l'article 7 TUE : il devient évident que la situation « *ressemble* [bel et bien] *à un marché de dupes* ⁵⁴¹ » au moment où ces régimes continuent de bafouer les droits de l'homme, et d'abaisser les standards démocratiques. En effet la Cour « *cumule à elle seule deux handicaps majeurs. Premièrement elle protège les droits de l'homme jugés obsolètes. Deuxièmement elle est européenne c'est-à-dire supranationale* ⁵⁴² », ainsi elle aura beau faire, il semble que les mouvements populistes n'entendent qu'une chose : la boycotter.

293. Ni la recrudescence de condamnations sur le terrain de l'article 18, ni les rappels de prérequis absolus pour le maintien d'un État de droit, ni les condamnations n'y changent rien. La Cour a pourtant tenté de ménager ces États afin de ne pas les stigmatiser trop directement ⁵⁴³, ou de se retrancher derrière la procéduralisation de certains droits fondamentaux ⁵⁴⁴. Ce dernier mouvement est évidemment salutaire en fin de compte, mais il vise aussi à ménager les États et peut constituer une « voie de fuite » pour la Cour qui évite le débat de fond du côté substantiel du droit. Peut-être cherchait-elle à convaincre avant d'imposer quoi que ce soit, après tout : un ordre juridique « (...) *a toujours besoin, pour prétendre à la juridicité, pour affirmer son obligatorité et accéder à l'effectivité non pas tant de la force contraignante ou coercitive qui traiterait les destinataires en force d'inertie ou de résistances, mais bien davantage de leur adhésion psychologique, intellectuelle, morale, affective* ⁵⁴⁵ ». C'est d'ailleurs ce qui a pu permettre à la Commission de Venise d'entamer une avancée significative avec la Hongrie et le 5^{ème} amendement ⁵⁴⁶, mais les gouvernements populistes ne l'entendent pas de cette oreille lorsque c'est la Cour qui se prononce.

294. Rejet irrationnel de la Cour donc, mais ils ne font plus la sourde oreille lorsque l'Union entame le mécanisme de « conditionnalité liée à l'État de droit ». Les gouvernements polonais et hongrois s'inquiètent et n'hésitent pas à instrumentaliser – et non pas à boycotter – les outils

⁵⁴¹ L. BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.251

⁵⁴² Y. LECUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *RDLF*, 2019, chron. n°53

⁵⁴³ L.MILANO, « La Pologne sous le feu des condamnations », *art.cit*

⁵⁴⁴ Par exemple : CEDH, GC, Affaire Karacsony et autres c. Hongrie, 17 mai 2016, n° 42461/13 et 44357/13, §151

⁵⁴⁵ E. PICARD, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" » dans Roland Drago et Jean-Bernard Auby, *Unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996 à la p 119. Cité par, C. GIAKOUMOPOULOS, « La Convention européenne des droits de l'homme au 21^{ème} siècle : en quête d'équilibre », *op.cit.* p.47

⁵⁴⁶ Voir *infra*. §§236-239

budgétaires de l'Union en posant des vetos au plan de relance européen si ce mécanisme était mis en œuvre, car il aurait eu pour conséquence de conditionner le versement de fond à des modalités relatives à l'État de droit⁵⁴⁷. Voilà une réaction plutôt « rationnelle », maline et maligne, qui n'hésite pas à se saisir des possibilités offertes par les instruments supranationaux (qu'ils abhorrent normalement), notamment le vote à l'unanimité qui est légion au sein du Conseil européen.

295. Ainsi, face à l'irrationnel populisme, personne ne peut se battre, à moins d'être en mesure de leur refuser quelque chose qu'ils désirent vraiment : leur budget et leur élection. En ce qui concerne la Cour, il s'agirait de la deuxième option qui est la composante essentielle de ces régimes populistes : celle qui les élit, la société civile. Si la Cour parvient à « toucher » cette dernière, c'est peut-être sur la non-réélection de dirigeants populistes liberticides que le processus dans son ensemble aboutira. L'une des clefs étant peut-être là : dissocier « l'exécution des arrêts » et leurs « impacts » sur la société⁵⁴⁸.

B) La possibilité de devenir un principe d'action pour la société civile

296. « *Les juges peuvent certes beaucoup, mais ils ne peuvent pas tout* ⁵⁴⁹», et ils ne peuvent forcer l'exécution de leurs arrêts. Cependant, il est entre les mains des juges de parvenir à avoir un *impact* sur la société, sur le terrain tant politique que social. S'aventurer sur ce terrain paraît délicat, on s'éloigne quelque peu du juridique concret pour toucher à des aspects plus « immatériels », cependant, traiter de la CEDH et du populisme revient à s'aventurer sur divers terrains, car c'est l'immixtion du politique et de l'irraison dans le système de la Cour.

297. Aussi, la Cour devrait œuvrer en ce sens. Pour que le système de la Convention fonctionne, la Cour a besoin « *de la coopération loyale des représentants des deux autres pouvoirs constitués (...)*⁵⁵⁰», c'est-à-dire les parlementaires et les administrations, mais aussi, et surtout, la société civile, « *afin que s'enclenche les processus de mise en œuvre lesquels peuvent déboucher le cas échéant, vers des impacts d'envergure*⁵⁵¹ ». Pour cela, la Cour doit raviver l'engouement pour les droits de l'Homme, en particulier au sein des États populistes,

⁵⁴⁷ J. IWANIUK, « Entre Varsovie et l'UE, veto et ultra-souverainisme », *Le Monde*, novembre 2020

⁵⁴⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.226

⁵⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ *Ibid.*

pour pouvoir devenir un « axe », un « principe d'action » pour ces sociétés. De cette façon la Cour et la Convention peuvent devenir des « armes » propres à lutter contre le populisme.

298. Certes, la Cour n'est pas un quatrième degré de juridiction et son immixtion directe dans le politique créerait trop de remous. Mais la Cour est une cour protectrice des droits de l'homme, or dissocier la défense des droits de l'homme du politique est un écueil. Pour D. Lochak, la défense des droits fondamentaux présente un caractère intrinsèquement politique, ce qui corrélativement mène à « *l'inéluctable politisation des revendications formulées sur le terrain du droit*⁵⁵² ». La Cour ne doit pas cesser d'entendre ces revendications, elle doit être moins soucieuse de parfaire l'équilibre entre tous les intérêts contradictoires auxquels elle fait face – ce qui apparaît souvent impossible – et en défendant les droits de l'homme menacés, elle doit défendre l'État de droit au sens large et donc se battre sur le terrain politique par le langage du droit. Elle doit accompagner les revendications des sociétés qui s'expriment lorsqu'elle est saisie par des requérant(e)s puisque tous ces cas individuels sont en réalité révélateurs de problèmes politiques et sociaux plus généraux.

299. Les droits de l'homme ne sont jamais acquis, encore moins en ce moment, « *l'évolution n'est jamais univoque et la pente (...) n'est pas fatale : l'expérience montre au contraire que le droit et les droits de l'homme peuvent être et sont effectivement mobilisés à l'appui de combats politiques, voire de la contestation de l'ordre établi*⁵⁵³ ». L'actualité est trop grave pour que la Cour continue à chercher d'être politiquement correcte et acceptée par les États dissidents qui ont, eux, déjà tracé une croix sur elle. Par contre, de la même façon qu'elle cherche à protéger les parlementaires et les juges, ciments de l'État de droits, elle doit chercher à attirer la société civile, fondement de la démocratie. Elle doit être source d'inspiration, et pas de désillusions, et se saisir à bras le corps du contentieux – en lien avec les offensives populistes mais pas que – qui peut « *apparaître comme une arme politique*⁵⁵⁴ », aussi, « *le langage des droits peut aussi servir à porter des exigences de transformation sociale allant au-delà du seul respect de la légalité et de lutte contre l'arbitraire.*⁵⁵⁵ ». Peut-être alors que les populistes feront face à la barrière de l'électorat.

⁵⁵² D. LOCHAK, « Les droits de l'Homme : arme politique et cause civile », dans E. DUBOUT et S. TOUZÉ, (dir.), *Refonder les droits de l'homme Des critiques aux pratiques*, Coll. Publications du CRDH, Éditions A. Pedone, Paris, 2019, p.295

⁵⁵³ *Ibid.* p.298

⁵⁵⁴ *Ibid.* p.299

⁵⁵⁵ *Ibid.*

300. L'autre façon de tenter de combattre le populisme passe évidemment par le développement, l'affermissement, mais surtout l'enrichissement des instruments offerts à la Cour et au Comité des Ministres pour surveiller et aiguillonner l'exécution des arrêts.

§2 : Des condamnations inefficaces et des instruments à creuser

Comme on a pu le voir, l'exécution des arrêts s'avère être le talon d'Achille de la Cour : à quoi bon condamner, constater des violations, ériger des principes et en renforcer d'autres si les États refusent d'en tirer les conséquences ? Aussi, deux possibilités pourraient être explorées au sein du système de la Convention : renforcer la procédure du recours en manquement, notamment à l'image du système de l'Union (A) et étendre l'interprétation du régime des mesures provisoires (B), cependant ce dernier point apparaît limité face à l'opiniâtreté des États envers la Cour.

A) La possibilité de consolider le recours en manquement

301. Depuis sa ratification, le Protocole n°14, instaure un recours en manquement d'État à l'article 46§4 de la Convention. Ainsi, le Comité des ministres voit ses compétences renforcées, car il peut désormais saisir la Cour si un État partie refuse d'exécuter un arrêt. Il peut également saisir la Cour pour des précisions sur l'interprétation d'un arrêt (art.46§3).

302. La force potentielle de ce nouveau mécanisme est palpable, on aurait pu s'attendre à un certain dynamisme de la part du Comité des ministres qui se trouve depuis tant d'années en difficulté face aux questions de surveillance de l'exécution des arrêts⁵⁵⁶. Or, depuis 2010, on ne remarque ni une telle tendance, ni encore moins une appétence du Comité pour la mise en œuvre de ce mécanisme. En effet, l'occasion pour la Cour de se prononcer sur un recours en manquement ne s'est présentée qu'une fois⁵⁵⁷.

303. À côté de cela, la Cour – comptant peut-être sur le Comité des ministres, ou ne désirant tout simplement pas empiéter sur ses platebandes – a été amenée à radier massivement de son rôle des requêtes répétitives⁵⁵⁸ découlant d'une non-exécution d'un précédent arrêt pilote.

304. C'est là se trouver face à une impasse. Le Comité ne se saisit pas complètement de ses prérogatives mais d'un autre côté le mécanisme du recours en manquement peut être mal perçu

⁵⁵⁶ Voir notamment : *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme : 13è rapport annuel de Comité des Ministres. 2019*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2020.

⁵⁵⁷ CEDH, G.C., *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, 21 février 2019, n°15172/13

⁵⁵⁸ CEDH, G.C., *Burmych c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n°46852/13

par les États. Ainsi il apparaît aussi bienvenu que ce soit le Comité des ministres qui en ait la charge : un mécanisme activé par un ensemble de pairs est sûrement plus « accepté » qu'un mécanisme mis en œuvre par la Cour. Les États crieraient sûrement au loup, bien que la Cour sache suffisamment faire face aux critiques. De plus, la véritable difficulté aurait plutôt été l'acceptabilité d'une nouvelle prérogative pour la Cour lors du Processus d'Interlaken (à l'origine des deux nouvelles procédures). Cette éventualité ayant donc été écartée, d'autant plus que la Cour faisait à ce moment-là (et encore aujourd'hui) face à une surcharge de travail.

Malheureusement, le monopole de la saisine par l'organe politique de la Convention, le Comité, a pour conséquence de restreindre les éventuels recours en manquement. En effet, il semble qu'il n'existe « aucune volonté politique de saisir la Cour, pour diverses raisons. Dénoncer le manquement d'États est particulièrement sensible en matière de droits fondamentaux (...)»⁵⁵⁹ » et surtout, « le Comité des ministres (...) hésite aussi à renvoyer la balle à la Cour ce qui serait l'aveu d'un certain échec de sa part ».

305. Ainsi, le peu de recours en manquement, alors que le système de la Convention fait face à des taux records d'inexécution, suscite des interrogations. Certains estiment – et nous nous accorderons avec eux – qu'un rôle plus actif de la Cour dans l'exécution des arrêts serait la solution⁵⁶⁰. Ainsi que l'instauration d'un mécanisme de surveillance remplaçant le Comité par un organe quasi-juridictionnel sur le modèle de l'Union, où la C.J.U.E. assure cette fonction elle-même⁵⁶¹. Également, comme le font remarquer E. Lambert-Abdelgawad et S. Touzé⁵⁶² le recours en manquement est monnaie courante dans l'Union, aussi il serait bienvenu d'exiger « qu'une même culture du manquement contamine le Conseil de l'Europe⁵⁶³ », et surtout, que « soit envisagée la possibilité de sanctions pécuniaires ⁵⁶⁴ ». Car, comme on a pu le voir dans les récents événements en lien avec le budget de l'Union et les aides octroyées aux États, les

⁵⁵⁹ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, S. TOUZÉ, «La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », dans *Annuaire française de droit international*, volume 56, 2010, p.691

⁵⁶⁰ C.GIAKOUMOPOULOS, « La Convention européenne des droits de l'homme au 21^{ème} siècle : en quête d'équilibre », *art. cit.* p. 42, faisant référence à : J. GERARDS, « The Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights as an Instrument of Dialogue » dans M. CLAES, *Constitutional Conversations in Europe*, Anvers-Oxford- Portland, Intersentia, 2012

⁵⁶¹ S.S. ALCEGA, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme suite au processus d'Interlaken : l'évolution technique d'un mécanisme politique », *art.cit.* p.102. Faisant référence à J-F. FLAUSS, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : du politique au juridique ou vice-versa », dans *Rev.Trim. DrH*, 2009,

⁵⁶² E. LAMBERT-ABDELGAWAD, S.TOUZÉ, «La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *art.cit.*

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ *Ibid.*

gouvernements populistes restent très « attachés » à leurs ressources, aussi, le risque d'une sanction pécuniaire pourrait peut-être changer la donne. La carotte et le bâton donc.

306. Deuxième instrument à sonder : les mesures provisoires. Ces dernières ont notamment récemment servi à faire barrage à la Russie.

B) Les possibilités offertes par les mesures provisoires

307. En revenant brièvement sur l'ordre public européen – notion consacrée par la Cour dans l'arrêt *Loizidou c. Turquie*⁵⁶⁵ lui permettant d'affirmer un ensemble de valeurs communes au système de la Convention et sociétés démocratiques – on se rend compte que ce dernier a également servi de fondement à certains ajustements procéduraux⁵⁶⁶. Il a notamment servi à accroître le régime des mesures provisoires (prévues à l'article 39 du règlement de la Cour) qui permettent – dans un souci d'effectivité ou d'effet utile du recours individuel⁵⁶⁷ – d'empêcher la réalisation de situations irréversibles avant que la Cour ne se soit prononcée en l'empêchant alors de se prononcer dans de bonnes conditions⁵⁶⁸.

308. La majorité des demandes de mesures provisoires sont en lien avec le contentieux de l'éloignement des étrangers, dans les cas où les articles 2 et 3 sont en jeu.

309. Or, progressivement, les mesures provisoires ont acquis un rôle fondamental dans le système de la Convention, presque « stratégique », notamment pendant les derniers mois de l'année 2020⁵⁶⁹. Dans le cadre de l'affaire *Navalnyy*, après que ce dernier ait été victime d'un empoisonnement qu'on a désormais tendance à imputer, sans douter, au Kremlin ; les mesures provisoires d'août 2020⁵⁷⁰ ont été utilisées comme « *une voie d'urgence quasi-autonome, qui a permis de réunir les conditions nécessaires, non seulement à la préservation d'une vie humaine (...) mais aussi à la révélation objective d'un empoisonnement (...)*⁵⁷¹ ». Puis, en février, la Cour a édicté une nouvelle mesure provisoire⁵⁷² pour A. Navalnyy afin d'obtenir la

⁵⁶⁵ CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, n°15318/89

⁵⁶⁶ D.SZYMCZAK, *Convention européenne des droits de l'homme : aperçu général - Répertoire de droit européen*, Éditions législatives Dalloz, 2020

⁵⁶⁷ CEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, n°46827/99

⁵⁶⁸ *Ibid.* §125 et s.

⁵⁶⁹ C.BOITEUX-PICHERAL et M. AFROUKH, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – second semestre 2020 », *art.cit.*

⁵⁷⁰ Communiqué de presse, CEDH 235(2020)

⁵⁷¹ C.BOITEUX-PICHERAL et M. AFROUKH, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – second semestre 2020 », *art.cit.*

⁵⁷² Communiqué de presse, CEDH 063(2021)

libération immédiate de ce dernier. Aussi, il apparaît que les mesures provisoires peuvent constituer un instrument important pour la Cour, en tout état de cause, dans le cas de A. Navalnyy, « *l'instrument sert (...) comme un bouclier utile à son combat contre le régime de V. Poutine*⁵⁷³ ».

310. Aussi, peut-être que les mesures provisoires pourraient s'avérer être des ressources utiles pour le « combat » contre le populisme en amont ; elles ont bien porté leur fruit face à la Russie, pourtant forte opposante au système de la Convention. Peut-être la Cour pourrait faire preuve de plus de souplesse et étendre son interprétation du champ d'application des mesures provisoires, en édictant dans des cas plus larges que ceux uniquement en lien avec les articles 2 et 3. Ce, afin de préserver non plus uniquement l'intégrité de la personne ou sa vie (bien que fondamentales évidemment comme dans le cas d'A. Navalnyy) mais bien l'État de droit, l'ordre public européen, qui sont somme toute la raison d'être de la Cour. Ce qui participerait à l'évidence à promouvoir l'effectivité des droits de l'homme tels que protégés par la Convention.

311. A cela, on ajoutera en dernier lieu l'importance de la motivation des mesures provisoires, qui contribuerait à leur efficacité, car dans les cas d'inexécution, soit il s'agit de difficultés à comprendre ce qui est exactement attendu par la Cour, soit évidemment cela tient à la simple mauvaise volonté des États⁵⁷⁴. Mais dans les deux cas, la motivation jouerait un rôle pour l'affermissement de l'effectivité des mesures provisoires. En premier lieu cela permettrait à la Cour d'être plus compréhensible et donc voir les mesures mieux mises en œuvre et en second lieu la Cour n'apparaîtrait pas « *comme une donneuse d'ordre qui n'a pas à se justifier*⁵⁷⁵ », chose que les régimes populistes ne manqueraient pas de fustiger.

312. Cependant, face à des États particulièrement indociles et rejetant la Convention, on doit bien admettre qu'en cas de refus de l'État de se conformer à des mesures provisoires, il ne reste aucun autre moyen à la Cour si ce n'est aboutir à un constat de violation lorsqu'elle aura à traiter de l'affaire. Cependant, un autre article de la Convention, pourrait sur le plan théorique, s'avérer être une arme de taille pour la lutte contre l'autoritarisme.

⁵⁷³ C. BOITEUX-PICHERAL et M. AFROUKH, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – second semestre 2020 », *art.cit.*

⁵⁷⁴ G. LE FLOCH, « Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques remarques à partir de l'affaire Lambert », dans *JCP A.*, n°2239, 2016

⁵⁷⁵ *Ibid.*

SECTION 2 : UNE SOCIALISATION PARTIELLE ET ENCORE TROP ANECDOTIQUE, SOURCE DE CLIVAGES

Les prochains développements ne visent pas à une présentation exhaustive de la « socialisation » de la Convention, mais visent surtout à comprendre la logique de la Cour qui lui a permis de se saisir – toujours indirectement – bon gré mal gré des droits sociaux (§1), bien que ce mouvement reste parfois fortement limité (§2), alors que les revendications à teneur sociale occupent une place importante au sein des populations.

§1 : Une socialisation par agrégation de certains articles

La socialisation entreprise par la Cour a commencé avec l'agrégation de la matière sociale au droit à un procès équitable (A) et a continué par un mouvement de protection « par ricochet » de certains droits sociaux en reconnaissant un contenu social à certains droits civils et politiques protégés par la Convention (B).

A) La première ouverture sociale : la reconnaissance du pendant social du droit au procès équitable

313. Les droits économiques et sociaux « *brillent par leur absence* ⁵⁷⁶ » de la Convention, mais ce n'est pas pour autant que la Cour est restée hermétique à ces derniers. Il est désormais commun de parler de « *socialisation* » de la Convention ou de « *perméabilité* » de la Cour aux droits sociaux. Cependant, cette « perméabilité » ne doit pas pour autant être surestimée.

314. Il faut revenir à l'arrêt fondateur en la matière : *Airey c. Irlande* de 1979⁵⁷⁷ dans lequel elle estime ne pas « *devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif que l'adopter risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux* ⁵⁷⁸ », ainsi, bien que la Convention énonce pour l'essentiel « *des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social* ⁵⁷⁹ ». Dans cet arrêt, cela l'a menée à estimer que l'article 6 enferme une obligation de fournir une aide judiciaire gratuite en matière civile lorsqu'elle est nécessaire pour le droit à un recours effectif⁵⁸⁰. Ce faisant, la Cour est

⁵⁷⁶ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.222

⁵⁷⁷ C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, n°6289/73

⁵⁷⁸ *Ibid.* §26

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ *Ibid.* §§26 et 27

venue consacrer l'indivisibilité des droits de l'homme en se référant au principe d'évolutivité et d'effectivité⁵⁸¹.

315. Le mouvement de « socialisation » de la Convention reste tout de même incertain et relativement épar. C'est surtout par une application sociale du droit à un procès équitable et une autonomisation de la notion de droit et obligations à caractère civil que la Cour a accueilli dans le champ de la garantie conventionnelle divers contentieux sociaux ne faisant normalement pas partie de la matière civile. Notamment *via* deux arrêts.

316. D'abord en 1986 dans l'arrêt *Deumeland c. Allemagne*⁵⁸², la Cour a fait entrer dans le champ d'application de l'article 6 des litiges portant sur des prestations contributives. Puis en 1993 avec l'arrêt *Schuler-Zraggen c. Suisse*⁵⁸³, elle estime que « *l'évolution juridique amorcée par ces arrêts [Deumeland c. Allemagne] et le principe de l'égalité de traitement permettent d'estimer que l'applicabilité de l'article 6§1 constitue aujourd'hui la règle dans le domaine de l'assurance sociale, y compris même l'aide sociale* ⁵⁸⁴ ». On distingue bien la volonté de la Cour d'entreprendre une ouverture la plus large possible permettant de faire entrer dans la garantie conventionnelle des litiges portant sur une cotisation ou une prestation d'ordre social, mais aussi, plus généralement, le contentieux de la sécurité sociale ainsi que des conflits de droit du travail.

317. Ainsi, l'article 6 contribue à une protection juridictionnelle effective des droits sociaux au niveau interne. Notamment lorsqu'il est invoqué en parallèle de l'article 1 du Protocole n°1. Ainsi, dans un large contentieux contre la Russie⁵⁸⁵, la Cour conclut à la violation des articles 6§1 et 1 Protocole n°1 dans trente-trois affaires, car les requérants, après avoir obtenu des décisions judiciaires leur octroyant un logement pour plusieurs raisons⁵⁸⁶, s'étaient heurtés à la non-exécution ou au retard important d'exécution de ces décisions.

318. Cependant, le droit protégé reste civil, son application ne conduit donc pas la Cour à une appréciation du niveau de développement « social » des États. La Convention ne formule aucune obligation relative aux droits sociaux, mais uniquement des obligations relatives au

⁵⁸¹ Selon la formule connue « *La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs* », §24

⁵⁸² CEDH, *Deumeland c. Allemagne*, 29 mai 1986, n°9384/81

⁵⁸³ CEDH, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, n°14518/89

⁵⁸⁴ *Ibid.* §46

⁵⁸⁵ Voir la résolution adoptée par le Comité des Ministres sur l'exécution de 33 affaires contre la Fédération de Russie, Résolution CM/ResDH (2019) 239, 5 décembre 2019

⁵⁸⁶ En raison de leur statut de juges en fonction ou à la retraite ou en leur qualité d'anciens participants aux opérations de nettoyage de Tchernobyl ou parce qu'entrant dans la catégorie des personnels titulaires d'un droit à un logement financé par l'État

procès équitable. Le droit social n'est que « *l'objet du droit à un procès équitable*⁵⁸⁷ », ainsi « *l'application au domaine social n'est finalement qu'un démembrement du champ d'application de la Convention*⁵⁸⁸ ». La jurisprudence de la Cour ne fait « qu'accorder » un contenu social à certains droits et les droits sociaux, bien que protégés par la Charte sociale européenne, ne bénéficient pas d'une protection aussi poussée que les droits civils et politiques.

319. Il reste cependant indéniable que la Cour tente de se saisir des droits sociaux, ces derniers bénéficient d'une protection « par ricochet » de la Convention, et la Cour a depuis les années 90 amplifié ce mouvement.

B) Une entreprise de reconnaissance sociale par ricochet

320. Outre un petit noyau de droits protégés par la Convention et qui entretiennent des relations directes avec les droits économiques et sociaux du système de la Charte sociale européenne⁵⁸⁹, la protection de ces derniers n'intervient qu'à titre secondaire dans la jurisprudence de la Cour. Et ce, uniquement dans la mesure où ils sont intrinsèquement liés à la protection effective des droits civils et politiques que la Cour protège. Il peut alors sembler que la Cour devient de plus en plus perméable à ces droits ; pour certains aujourd'hui « *les droits fondamentaux irriguent la matière économique et sociale*⁵⁹⁰ », cependant cette affirmation doit être nuancée.

321. En effet, ce n'est qu'à partir des années 1990 que la Cour semble s'être véritablement saisie de la possibilité de protéger – bien qu'indirectement – les droits sociaux. Un mouvement très important a été impulsé par l'article 1 Protocole n°1, la Cour a en effet qualifié une prestation sociale non contributive comme un bien au sens dudit article⁵⁹¹. Ainsi, l'article 1 Protocole n°1 est notamment apparu salvateur dans un contentieux contre la Hongrie⁵⁹², à la suite de la réforme menée par le Fidesz en 2012 pour rationaliser dans un contexte économique difficile le régime des prestations sociales. Dans cette affaire la Cour a conclu à la violation de

⁵⁸⁷ F. SUDRE, « La 'perméabilité' de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », dans *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant, 1998, p.469

⁵⁸⁸ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 215

⁵⁸⁹ Article 4§2 avec le travail forcé, article 11 avec la liberté syndicale, article 2 Protocole n°1 avec le droit à l'instruction.

⁵⁹⁰ G. RAIMONDI, « Quelques aspects de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits économiques et sociaux », dans *Droit social Dalloz*, 2017

⁵⁹¹ CEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, n°17371/90

⁵⁹² CEDH, G.C., *Bélané Nagy c. Hongrie*, 13 décembre 2016, n°53080/13

l'article 1 du Protocole n°1 en estimant que les moyens pour réduire la prestation sociale de la requérante étaient disproportionnés puisqu'ils supprimeraient totalement ses prestations.

322. Aussi, que l'article de la Convention soit invoqué seul ou en combinaison avec l'article 14 comme c'est souvent le cas, « *la Cour a développé une jurisprudence abondante en matière de refus d'octroi ou de réduction de prestations sociales* ⁵⁹³ ». Qu'il s'agisse du droit à l'emploi sous l'angle de l'article 8 dans *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*⁵⁹⁴ où la Cour affirme que l'interdiction (discriminatoire) faite aux requérants d'accéder à des emplois privés « *cause de graves difficultés quant à la possibilité de gagner leur vie, ce qui a des répercussions évidentes sur leur vie privée* ⁵⁹⁵ ». Mais aussi du droit à l'instruction des enfants roms et leur placement non justifié dans des écoles spéciales sous l'angle de l'article 14 et 2 Protocole n°1, dans *D.H. et al. c. République tchèque*⁵⁹⁶. Ou encore le droit au congé parental dans *Konstantin Markin c. Russie*⁵⁹⁷. La liste est longue⁵⁹⁸, mais ces illustrations montrent bien que la jurisprudence de la Cour tend à reconnaître un contenu social à certains droits de la Convention. Aussi, les droits sociaux protégés par la Charte sociale européenne « (...) *bénéficient donc matériellement et par ricochet d'une justiciabilité devant la Cour européenne des droits de l'homme* ⁵⁹⁹ ». La Cour, ayant redoublé d'efforts pour parvenir à se saisir indirectement des questions sociales.

323. Cependant, cette « *appréhension médiate* ⁶⁰⁰ » n'est pas idéale, surtout « (...) *et c'est le cercle vicieux de la problématique en période de crise économique, de replis souverainistes et de forte contestation des juridictions internationales (...)* ⁶⁰¹ ». Dès lors, la Cour devrait en prendre note : « [elle] *pourrait vouloir ne pas aggraver le mouvement de défiance étatique (...)* ⁶⁰² » à son égard.

⁵⁹³ C. NIVARD, « La justiciabilité des droits sociaux au sein du Conseil de l'Europe », dans D. ROMAN (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Éditions A. Pedone, Paris, 2012, p.209

⁵⁹⁴ CEDH, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, 27 juillet 2004, n°55480/00 et 59330/00

⁵⁹⁵ *Ibid.* §48

⁵⁹⁶ CEDH, *D.H. et al. c. République tchèque*, 13 novembre 2007, n°57325/00

⁵⁹⁷ CEDH, *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, n°30078/06

⁵⁹⁸ Pour un examen complet de la question, se référer à la thèse de C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, Étude de droit conventionnel européen*, *op.cit.* Ou à l'article de G. RAIMONDI, « Quelques aspects de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits économiques et sociaux », *art.cit.*

⁵⁹⁹ C. NIVARD, « La justiciabilité des droits sociaux au sein du Conseil de l'Europe », *op.cit.* p.210

⁶⁰⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p. 224

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.*

324. Or, la Cour a récemment manqué sa chance de se saisir sans détour de la question de la pauvreté et a esquivé la question, ainsi elle est passée à côté de cette problématique « *qui alimente tous les populismes* ⁶⁰³».

§2 : Des refus de socialisation parfois injustifiés, exemple de l'affaire Garib

La jurisprudence de la Cour en matière sociale est irrégulière et oscille entre percées jurisprudentielles et *statu quo*. L'affaire Garib constitue sûrement le meilleur exemple de refus de socialisation et ce de manière quelque peu injustifiée ; tout d'abord en détournant des principes interprétatifs normalement acquis, notamment le contrôle *in concreto* (A), deuxièmement en refusant de statuer sur le caractère discriminatoire de la loi en cause, ce qui aurait pourtant permis à la Cour de statuer sur un grave et répandu problème de société (B).

A) L'esquive abstraite

325. Il est une affaire en particulier où la Cour a esquivé la question qui, « *pour la première fois de son histoire contentieuse, lui était véritablement donnée de statuer sur la pauvreté* ⁶⁰⁴» notamment, car « *elle portait au grand jour une "question de société"* ⁶⁰⁵». Il s'agit de l'affaire *Garib c. Pays-Bas*⁶⁰⁶. L'affaire portait sur une loi qui venait limiter la liberté de résidence dans des quartiers à fort taux de chômage, aussi, l'autorisation n'était accordée qu'aux personnes vivant depuis au moins six ans dans la région métropolitaine de Rotterdam ou aux personnes qui percevaient un revenu de travail. La requérante ne remplissait aucune des deux conditions et fut donc obligée de vivre dans une autre commune. Elle invoquait l'article 2 du Protocole n°4 relatif à la liberté de circulation et au droit de choisir sa résidence en conséquence. Comme pour la majorité des articles, les États ont le droit d'y apporter des restrictions, notamment le droit de circuler et de résider dans certaines zones déterminées si la restriction est justifiée par l'intérêt public (article 2§4), ou bien pour des motifs de sécurité et d'ordre public (2§3). La Grande Chambre, trancha en faveur de l'État.

326. L'affaire était donc singulière et en l'espèce, la question de société portait sur la paupérisation (ou « ghettoïsation ») de certains quartiers de grandes villes. C'est donc dans le

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ L.BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août-décembre 2017), dans *AJDA* 2018

⁶⁰⁶ CEDH, GC, *Garib c. Pays-Bas*, 6 novembre 2017, n°43494/09

but (*a priori*) de « *promouvoir la mixité sociale* » que la loi litigieuse fut adoptée et qui permettait donc, entre autres, de sélectionner les nouveaux résidents en fonction de leur source de revenus.

La Cour opta pour un raisonnement général et non pas *in concreto* comme elle a normalement pour habitude de le faire. Après avoir rappelé « *les principes généraux de sa jurisprudence relative aux domaines de prédilection de mobilisation de la marge nationale d'appréciation*⁶⁰⁷ » la Cour estima que le domaine des politiques économiques et sociales impliquait qu'une large marge d'appréciation de l'État soit accordée⁶⁰⁸. Elle s'attèle pourtant à « *décortiquer*⁶⁰⁹ » la loi litigieuse, dans son contrôle de la nécessité⁶¹⁰, en procédant à une sorte de bilan coût-avantage général, pour finalement lui délivrer un brevet de conventionalité au motif que les politiques publiques prises par les autorités nationales et la loi avaient correctement pris en compte les droits et intérêts des personnes se trouvant dans la situation de la requérante. C'est-à-dire la catégorie d'individus n'ayant pas vécu plus de six ans dans la commune en question et n'ayant que des prestations de sécurité sociale pour toute source de revenus (§156). Et la Cour d'ajouter : « *[qu'] elle est disposée à admettre que le Parlement aurait pu régler la situation différemment. Cependant, la question essentielle (...) n'est pas celle de savoir si le législateur aurait pu adopter des règles différentes mais si en ménageant comme il l'a fait l'équilibre entre les intérêts en jeu, le Parlement a outrepassé la marge d'appréciation dont il bénéficiait (...)* » (§157). Pourtant, c'est plutôt la formule inverse que l'on attribue normalement à la Cour au moment du contrôle de nécessité... d'ailleurs, on ne peut manquer de penser, à la seule lecture des faits de l'arrêt, que la loi visant à promouvoir la « mixité sociale » ne visait rien d'autre que la gentrification de certains quartiers. Ce, par une manière un peu plus « douce » qu'ailleurs mais en réalité détournée, car le résultat est le même, et nombreux sont les habitants de quartiers d'autres villes qui se font expulser ou sont forcés de vivre ailleurs, au nom d'une mixité sociale qui porte mal son nom.

327. Aussi, la conduite de la requérante « *toute vertueuse qu'elle fût (...) ne peut à elle seule emporter la décision lorsqu'elle est mise en balance avec l'intérêt public que sert l'application constante d'une politique publique légitime* » (§158). Mais d'examen de proportionnalité il ne

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ CEDH, GC, Garib c. Pays-Bas, 6 novembre 2017, n°43494/09, §§136-141

⁶⁰⁹ L.BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août-décembre 2017), *art.cit.*

⁶¹⁰ On remarque une nuance dans la formule adoptée par la Cour en l'espèce au §141 : « *Partant, toute exception à ce principe doit être dictée par l'intérêt public dans une société démocratique* » et non pas par la « *nécessité dans une société démocratique* ».

fut pas vraiment question ou en tout cas il fut « *tronqué*⁶¹¹ », car la Cour écarta tous les éléments de faits pouvant jouer en la faveur de la requérante. Ce faisant, elle « *trahit inévitablement l'économie générale de la Convention en tant que traité international de protection des droits de l'homme*⁶¹² ».

328. Étrange affaire donc, où la Cour se refuse à son habituel contrôle concret pour s'adonner à un contrôle abstrait de la loi, « *contredisant directement un de ses dictums classiques (...) selon lequel l'actio popularis est hors de propos (...)* ». Et alors même qu'elle rappelle ce principe au paragraphe 136. Or, cette tendance de la Cour à s'en tenir à une appréciation générale et abstraite de la situation « *encourt la critique, car elle revient à dénaturer la lettre et l'esprit même de son office*⁶¹³ ». Tout d'abord, car c'est contraire à l'économie générale de la Convention⁶¹⁴. Et, car finalement, on peut dire qu'elle ne rend pas vraiment justice à la requérante, en effet, le cas concret de la requérante permettait de parvenir à la conclusion que dans son cas, la législation avait des effets disproportionnés et indésirables. Et ce, car, « *Refuser à la requérante l'autorisation qu'elle sollicitait est dans les faits revenu à la chasser de la zone en question, cas de figure qui n'a jamais été prévu par la législation générale ou les arrêtés municipaux*⁶¹⁵ ». C'était aussi simple que cela et deux juges dissidents l'ont démontré et rappelé en six paragraphes⁶¹⁶, et un autre en trois⁶¹⁷.

329. Aussi, en refusant d'examiner la situation concrète de la requérante, la Cour semble avoir revêtu des œillères et est passée à côté de la violation du droit à choisir librement sa résidence⁶¹⁸, car comme le démontre le juge Pinto de Albuquerque dans son opinion dissidente, ce droit a bel et bien été violé : le but était illégitime, et l'atteinte non proportionnelle⁶¹⁹. En plus de cela, la Cour a refusé de statuer sur le caractère discriminatoire de l'affaire, ce qui lui

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² CEDH, GC, Garib c. Pays-Bas, 6 novembre 2017, Opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, §10

⁶¹³ M.AFROUKH, « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment « dicté » par la Convention européenne des droits de l'homme ? dans *RDLF*, chron. n° 04, 2019

⁶¹⁴ Comme le rappelle le juge Pinto de Albuquerque, la Convention doit être lue dans une perspective *pro persona*, il faut donc sélectionner l'interprétation des droits la plus favorable à l'individu (§11).

⁶¹⁵ CEDH, GC, Garib c. Pays-Bas, 6 novembre 2017, Opinion dissidente commune aux juges Tsotsoria et Gaetano, §6.

⁶¹⁶ *Ibid.* §§1-6

⁶¹⁷ CEDH, GC, Garib c. Pays-Bas, 6 novembre 2017, Opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, §§18-20

⁶¹⁸ Un droit correspondant figure dans la Charte sociale européenne qui, sous l'angle de la pauvreté à son article 30, affirme que les Parties s'engagent normalement, en vue de lutter contre la pauvreté et l'exclusion à prendre des mesures pour promouvoir l'accès effectif au logement.

⁶¹⁹ CEDH, GC, Garib c. Pays-Bas, 6 novembre 2017, Opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, §§4-21

aurait permis de mettre le doigt sur un problème grave et répandu : la discrimination des individus en raison de leur précarité sociale.

B) Le subterfuge de l'incompétence

« Au banquet du bonheur bien peu sont conviés ; Tous n'y sont point assis également à l'aise ; Une loi, qui d'en bas semble injuste et mauvaise ; Dit aux uns : Jouissez ! aux autres : Enviez ! »

Victor Hugo

330. Deux subterfuges en l'espèce, celui de la Cour pour ne pas statuer sur l'article 14, et celui des politiques des autorités qui – aux yeux de beaucoup, mais étonnamment, pas de la Cour – révélaient « *un but sous-jacent moins reluisant, visant à l'expulsion des populations les plus défavorisées de ces zones* ⁶²⁰ ». En effet, le cœur de l'affaire réside « *dans la volonté presque avouée du Gouvernement de se débarrasser des populations les plus défavorisées (...)* ⁶²¹ ». Se saisir de la question ne serait pas uniquement revenu à empiéter sur les platebandes des autorités, au grand dam de la subsidiarité, cela serait revenu à aborder une problématique majeure de toutes les sociétés : la gentrification ou embourgeoisement, mais surtout, la discrimination en raison de la précarité en se saisissant de l'article 14 de la Convention.

331. La Cour s'y refuse malheureusement en rejetant l'invocation de cet article et du grief correspondant, car il était « nouveau » (§102). Bien qu'il s'agisse d'une approche que la Cour a déjà pu avoir⁶²², elle aurait tout à fait pu adopter l'approche inverse en vertu du principe *iura novit curia*, comme le relève d'ailleurs le juge Pinto de Albuquerque dans son opinion, ce qui lui aurait permis « *d'amorcer une évolution essentielle dans la jurisprudence européenne en incluant explicitement la pauvreté parmi les critères de discrimination interdits au titre de l'article 14 (...)* »⁶²³.

332. C'est peut-être là choisir l'exemple le plus malheureux sur la question et qui ne fait pas honneur au restant du travail de la Cour, mais c'est un exemple criant de sa frilosité à se saisir de questions sociales. De plus, ce choix est particulièrement discutable « (...) à une époque où les discours populistes en tous genres ne cessent de brouiller le paysage politique sur le vieux continent en invoquent notamment le mépris des élites pour les exclus ». C'est donc d'une certaine façon donner raison à ces professionnels de la parole, et c'est aussi participer aux

⁶²⁰ *Ibid.* §7

⁶²¹ *Ibid.* §20

⁶²² CEDH, *Barbulescu c. Roumanie*, 5 septembre 2017, n°61496/08

⁶²³ CEDH, *GC, Garib c. Pays-Bas*, 6 novembre 2017, Opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, §24

désillusions des populations, demandeuses de plus d'inclusion et de plus de respect et de protection des droits économiques et sociaux. En effet, beaucoup de personnes ne jouissent pas de ces droits de façon suffisante, alors même que leur place dans notre vie quotidienne est essentielle⁶²⁴.

333. En effet, au regard de la problématique populiste et de son assise au sein du panorama européen, L. Burgorgue-Larsen estime que la première faiblesse des droits de l'homme – qui donne de la place au discours populiste et son implantation au sein des sociétés – concerne la classification binaire des droits « *reléguant aux magasins des accessoires juridiques, les droits économiques et sociaux, dont on peut considérer que seule l'inconditionnelle justiciabilité permettrait une réelle transformation des sociétés par l'inclusion sociale et l'atténuation des inégalités sociales* »⁶²⁵.

334. Ainsi, pour lutter contre l'offensive populiste, la Cour pourrait donc agir en se saisissant mieux des droits sociaux afin de parvenir à avoir un impact sur les populations. Ce qui serait de plus salubre au regard de l'indivisibilité des droits de l'homme. Également, dans le contentieux porté devant la Cour relatif aux diverses atteintes à l'État de droit, la Cour pourrait devenir plus incisive en se saisissant de l'article 17 et en venant parfaire son acceptabilité.

Chapitre 2 : Le défi populiste ou l'opportunité d'un fort activisme judiciaire

SECTION 1 : LES POSSIBILITES OFFERTES PAR L'ARTICLE 17

L'article 17 offre des possibilités non négligeables pour faire face à l'implantation du populisme en Europe ; il est particulièrement « dynamique » notamment, car il a été créé dans un « but antitotalitaire » (§1), ce qui rend donc son utilisation particulièrement pertinente dans le contexte actuel (§2).

⁶²⁴ G. RAIMONDI, « Quelques aspects de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits économiques et sociaux », *art.cit.*

⁶²⁵ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.218

§1 : Le dynamisme d'une condamnation pour abus de droit

En effet, l'article 17 vise à sanctionner un « système d'abus de droit », contrairement à l'article 18 qui ne vise que des violations isolées **(B)**, or, il s'agit bien là de la condamnation ultime, la plus grave, à laquelle un État peut faire face **(A)**. Tout cela le rend particulièrement dynamique.

A) La condamnation ultime de l'article 17

335. Comme étudié précédemment, l'article 18 contre l'abus de pouvoir est réapparu au-devant de la scène de la Convention pour condamner diverses pratiques visant à restreindre le pluralisme dans certains États populistes et autoritaires. En effet, l'article 18 est perçu par beaucoup comme « *le protecteur de la démocratie contre le fléau des procès instruits à des fins de persécution politique*⁶²⁶ », ou comme le « *seul moyen dont nous disposons pour évaluer la démocratie*⁶²⁷ ». Cependant, aux dires de T. Hochmann – et on s'accorde sans mal avec lui dans son analyse sur la question – il existe une autre disposition « *précisément conçue pour contrer les dérives autoritaires*⁶²⁸ ». Il s'agit de l'article 17 de la Convention⁶²⁹. C'est bien là la condamnation ultime à laquelle on a à faire : se livrer à une activité ou utiliser un droit à des fins contraires à la Convention, le détourner à un point où il ne reste plus rien de sa substance et de son but.

336. Cependant il présente une « *ambiguïté foncière*⁶³⁰ » dans la mesure où il entrelace deux normes adressées à deux acteurs conventionnels.

337. Les exigences adressées à un individu ou un groupement, sont celles qui ont le plus été utilisées jusqu'à présent en autorisant des restrictions à des droits – notamment la liberté d'expression – lorsque l'usage qui en a été fait était abusif et aboutissait à la destruction des droits⁶³¹. Ainsi l'individu perd l'usage de son droit.

⁶²⁶ J-P. MARGUENAUD, « Une nouvelle approche en demi-teinte du détournement de pouvoir », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2018

⁶²⁷ CEDH, Merabishvili c. Géorgie, 28 novembre 2017, n°72508/18, opinion concordante commune aux juges Yudivska, Tsotsoria et Vehabovicacute, §1

⁶²⁸ T. HOCHMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme face aux démocraties illibérales. Pour une application de l'article 17 contre les États », *art.cit.*

⁶²⁹ L'article 17 dispose qu'« *aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

⁶³⁰ S.VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? » dans *Rev.Trim.Dr.H.* n°46, 2001, p. 543

⁶³¹Notamment : CEDH, Garaudy c. France, 16 novembre 2004, n°65831/01 ; CEDH, (dec.), M'Bala M'Bala c. France, 20 octobre 2015, n°25239/13

338. D'un autre côté, dans ses exigences adressées aux États, l'article 17 implique qu'un État n'a pas le droit de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à des limitations plus amples de ces droits ou libertés prévues dans la Convention ou visant à la destruction de ces derniers. Ici, l'État perd la possibilité d'invoquer les limitations de droit admises par la Convention. C'est sur cette deuxième règle que l'on se penchera⁶³².

339. Pour T. Hochmann, c'est un mécanisme de « démocratie militante », et on ne peut manquer de le remarquer, puisque lorsque l'article 17 vise les individus, ces derniers en abusant de leur droit se font « *les adversaires de la démocratie libérale* »⁶³³. Aussi, point de raison que l'article cesse de s'appliquer lorsque des opposants à cette démocratie parviennent au pouvoir⁶³⁴.

340. Par ailleurs, en s'intéressant aux travaux préparatoires on se rend compte que les articles 17 et 18 sont des instruments de défense de la société démocratique contre le totalitarisme. En ce sens, « *les droits et les libertés fondamentales accordés aux citoyens soient radicalement et définitivement soustraits à toute décision arbitraire du pouvoir législatif ou d'une majorité parlementaire quelconque* »⁶³⁵. En 1950, les États sortaient d'une guerre mondiale dans laquelle des dictatures et des régimes totalitaires étaient en cause et les États membres du Conseil de l'Europe se sont construits en visant à s'opposer et à faire barrière à leur nouvel ennemi : le communisme de Staline.

341. Certains juges s'accordent avec cette idée, et ils attribuent à l'article 17 sa fonction d'instrument de « *démocratie militante* »⁶³⁶ en affirmant, que « (...) dès sa naissance même, l'article 17 visait non seulement à permettre aux États de prendre des mesures contre les menaces pour la société démocratique émanant de groupements ou d'individus, mais aussi (et peut-être davantage) à les préserver d'une dérive totalitaire »⁶³⁷.

⁶³² En effet, la règle selon laquelle un État n'a pas le droit d'accomplir un acte visant des limitations plus amples que celles prévues dans la Convention peut paraître ne correspondre à rien comme le relève T. Hochman (*préc.*) : « Une telle norme ne correspond à rien d'autre qu'à une interdiction d'interpréter la Convention comme disant autre chose que ce qu'elle dit, comme permettant autre chose que ce qu'elle permet. Une telle précision est redondante et inutile ».

⁶³³ T. HOCHMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme face aux démocraties illibérales. Pour une application de l'article 17 contre les États », *art.cit.*

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. II, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975, p.142

⁶³⁶ T. HOCHMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme face aux démocraties illibérales. Pour une application de l'article 17 contre les États », *art.cit.*

⁶³⁷ CEDH, *Navalnyy c. Russie*, 15 novembre 2018, n°29580/12 et 4 autres, opinion en partie dissidente, en partie concordante des juges Pejchal, Dedov, Ravarani, Eicke et Paczolay. §14

342. Aussi, à l'heure où des dirigeants populistes sont élus, on comprend tout le potentiel de l'article 17, d'ailleurs, les cinq juges de l'opinion séparée pensent de même et invitent à se saisir de cet article.

343. Rien de plus attendu donc que de brandir un instrument visant à lutter contre le totalitarisme pour contrer la tangente populiste et autoritaire actuelle. Il ne s'agit en effet plus de se borner à constater des violations isolées de droits par des détournements de pouvoir, mais bien un système d'abus de droit, chose que l'article 17 permet.

B) La mise en lumière d'un système d'abus de droit

344. En effet, on pourrait se demander quelle différence il existe entre l'article 18 relatif au détournement de pouvoir, et l'article 17 relatif à l'abus de droit (ou de limitations dans le cas d'un État). En réalité l'une des différences est de taille et elle est fondamentale en ce moment où des régimes autoritaires, populistes, illibéraux – quel que soit leur nom – s'emploient à mettre en place des régimes érodant les libertés et la démocratie dans leur ensemble. En effet, là où l'article 18 condamne un acte isolé, l'article 17 permet « *d'aller au-delà de l'établissement d'une violation isolée pour mettre au jour l'existence d'un système de destruction de la démocratie libérale*⁶³⁸ ».

345. En ce sens, l'article 17 a plus de force, car il permet de dénoncer non plus un « simple » détournement de pouvoir – une faiblesse « humaine » en quelque sorte – c'est un véritable système d'abus de pouvoir visant à détruire la démocratie.

346. On retiendra sur ce point l'opinion séparée des juges dans l'arrêt Navalnyy⁶³⁹, qui est riche d'enseignements. Ils commencent par soulever la difficulté d'application de l'article 18 qui est devenu non seulement énigmatique depuis l'arrêt Merabishvili⁶⁴⁰, mais qui en plus n'apparaît pas être « *le moyen le plus approprié pour déterminer si (...) les autorités avec pris (...) des mesures en abusant effectivement de leur pouvoir*⁶⁴¹ ». Ainsi, ils relèvent notamment que l'article 17 permet, lui, de condamner « *une succession d'incidents qui, pris l'un après l'autre, apparaissent être des violations isolées et évidentes mais qui, pris ensemble font*

⁶³⁸ *Ibid.*

⁶³⁹ CEDH, Navalnyy c. Russie, 15 novembre 2018, n°29580/12 et 4 autres, opinion en partie dissidente, en partie concordante des juges Pejchal, Dedov, Ravarani, Eicke et Paczolay.

⁶⁴⁰ CEDH, Merabishvili c. Géorgie, 28 novembre 2017, n°72508/13

⁶⁴¹ CEDH, Navalnyy c. Russie, 15 novembre 2018, n°29580/12 et 4 autres, opinion en partie dissidente, en partie concordante des juges Pejchal, Dedov, Ravarani, Eicke et Paczolay, §3

ressortir un problème plus grave de violations systémiques tendant au bout du compte à la destruction des droits et libertés énoncés dans la Convention », et d'ajouter « Voilà le véritable abus de droit ou de pouvoir : un système de violation.⁶⁴²».

347. Le potentiel et l'utilité de l'article 17 sont donc mis en lumière. Mais l'article 17 présente deux autres avantages qui rendent son application dans le contexte actuel particulièrement pertinent ; il est facilement applicable et il possède une force symbolique.

§2 : La pertinence actuelle d'une utilisation de l'article 17

Il apparaît indéniable qu'au regard des avantages présentés ci-dessus, l'utilisation de l'article 17 par la Cour serait bienvenue, d'autant plus qu'une condamnation de l'article 17 emporte une forte charge symbolique : quoi de mieux pour lutter contre des dirigeants populistes « irrationnels » ? **(B)**. A cela, on ajoutera que contrairement à l'article 18, l'article 17 est bien plus facilement appliqué **(A)**.

A) La facilité d'application de l'article 17

348. En comparaison avec l'article 18, l'article 17 bénéficie d'une certaine facilité d'application. L'article 18 est bien plus compliqué à appliquer, car il mène la Cour à se prononcer sur le « but » véritablement poursuivi – en d'autres mots sur la mauvaise foi de l'auteur des limitations – appréciation par nature difficile et subjective. D'autant plus que depuis l'arrêt Merabishvili précité, la Cour doit maintenant s'atteler à la lourde tâche de savoir si le but non conventionnel était prédominant ou pas. Ou si à l'inverse le but conventionnel « purifiait » la non-conventionalité de la restriction ou limitation au droit ; à croire que la Cour se pense omnisciente.

Pour certains il s'agit d'un « *clair-obscur du détournement de pouvoir* »⁶⁴³, pour d'autres la nouvelle approche dégagée est « consternante » et montre que « *la Grande Chambre n'a donc pas entièrement saisi l'occasion historique que l'affaire Merabishvili offrait de rendre un grand arrêt faisant de l'article 18 le protecteur de la démocratie (...)*⁶⁴⁴ ».

⁶⁴² *Ibid.* §17

⁶⁴³ F. SUDRE, JCP 2017, Actualités, n°1345. Cité par J-P. MARGUENAUD, « Une nouvelle approche en demi-teinte du détournement de pouvoir », *art.cit.*

⁶⁴⁴ J-P. MARGUENAUD, « Une nouvelle approche en demi-teinte du détournement de pouvoir », *art.cit.*

349. Or, à côté de l'article 18, il existe donc l'article 17, qui lui présente plusieurs avantages que T. Hochmann expose clairement⁶⁴⁵. Tout d'abord, l'article 17 n'associe pas la lutte contre des mesures abusives à la preuve d'une mauvaise foi, d'un « but » particulier, qui est donc dur à établir et qui n'implique pas forcément une volonté de destruction des droits. Deuxièmement, comme cela a été vu, l'article 17 permet de mettre en lumière un système entier de destruction des droits et de la démocratie.

350. A cela, on peut également ajouter que l'article 17 est indépendant, contrairement à l'article 18. Bien que la Cour se soit déjà employée à affirmer que l'article 17 n'a vocation à s'appliquer qu'en combinaison avec les autres droits, on affirmera que cela « *ne convainc pas*⁶⁴⁶ » en effet, « *l'article 17 (...) édicte bien une norme (...) la Cour pourrait donc parfaitement se contenter d'observer que l'État a enfreint cette interdiction* ⁶⁴⁷ ». On peut donc affirmer que contrairement à l'article 18, l'article 17 est indépendant, bien qu'en tout état de cause, la violation de l'article 17 emporte inévitablement la violation de droits fondamentaux.

351. Son dernier avantage tient au symbole, c'est un avantage non négligeable à l'époque de l'irraison, de l'irrationnel, car on peut penser que c'est justement la symbolique qui aura le plus d'impact.

B) Un blâme symbolique contre l'irrationnelle offensive populiste

352. Le principal avantage actuellement, et pas des moindres, de l'article 17 est qu'il a une vraie fonction symbolique « *que communique son application* ⁶⁴⁸ ». On empruntera la remarquable formule de S. van Drooghenbroeck : « *(...) on reconnaîtra sans peine (...) que le message adressé par le juge européen aux liberticides de toutes espèces aurait tout à gagner en termes de clarté, de pédagogie, et donc de dissuasion, à être délivré de façon abrupte par le glaive de la déchéance de la protection conventionnelle pure et simple, plutôt qu'à être dilué et obscurci dans la casuistique du droit commun, de ses (trop) subtiles balances des intérêts contextualisés, et de distinguos pas toujours convaincants* ⁶⁴⁹ ». En effet, c'est bien à une véritable « déchéance » de droit ou de limitation à laquelle seraient confrontés les États,

⁶⁴⁵ T. HOCHMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme face aux démocraties illibérales. Pour une application de l'article 17 contre les États », *art.cit.*

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ *Ibid.*

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? » dans *Rev.Trim.Dr.H.* n°46, 2001, p.565

l'emploi du terme « glaive » est par ailleurs éloquent. Aussi, pour cela, et parce que l'actualité démontre que des régimes autoritaires sont parvenus au pouvoir et s'attaquent à la démocratie, une application de l'article 17 devrait voir le jour et ne pas rester confinée à un certain contentieux grec⁶⁵⁰.

353. En effet, les atteintes à l'État de droit, à la prééminence du droit et à certains droits fondamentaux sont telles que la Cour doit opter pour une réponse différente de celle choisie jusqu'à aujourd'hui : « *l'instauration d'un système généralisé d'érosion des libertés et de la démocratie ne peut pas être traité de la même manière que les atteintes isolées perpétrées par les autorités d'un État libéral*⁶⁵¹ », aussi le plaidoyer de T. Hochemann pour une application de l'article 17 convainc, il est nécessaire de prendre conscience de sa capacité et sa puissance.

354. D'autant plus que comme le relève S. van Drooghenbroeck le message adressé par le juge européen serait plus « pédagogique ». Son article date de 2001, pourtant cette remarque est toujours d'actualité, notamment lorsqu'on observe les tours et détours de la Cour pour parvenir tant bien que mal à une condamnation sur la base de l'article 18. Ainsi, condamner sur la base de l'article 17 permettrait d'aviver la distinction entre les régimes juridiques liberticides et autoritaires, et les non-liberticides qui ne sont évidemment pas exempts de violations des droits fondamentaux mais ne sont pas les organisateurs d'un « système d'abus de droit ». Autrement, on assisterait à l'estompement de la distinction entre ces régimes, or, de cette façon « *Ne peut-on (...) craindre, parallèlement, que (...) dans le long terme, un véritable nivellement par le bas de la protection conventionnelle des droits et libertés ?*⁶⁵² ». La sous-utilisation de l'article 17 – dans un contexte plus que propice à son utilisation – ne risque-t-elle « *de devoir être « compensée » par une extension corrélative des pouvoirs de limitations qu'offre le « droit commun », (...) au préjudice de l'ensemble des acteurs conventionnels passibles de ce droit commun, sans être pour autant liberticides ?*⁶⁵³ ». Aussi, une condamnation sur la base de l'article 17 serait non seulement logique mais aussi salutaire pour le système de la Convention.

⁶⁵⁰ Com.EDH, L'affaire grecque ou Danemark Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce 5 novembre 1969, n°3321/67 n°3322/67 n°3323/67, n°3344/67

⁶⁵¹ T. HOCHMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme face aux démocraties illibérales. Pour une application de l'article 17 contre les États », *art.cit.*

⁶⁵² S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *art.cit.*, p.564

⁶⁵³ *Ibid.* p.565

355. La CEDH doit riposter, les craintes qui l'ont saisie ces dernières années et qui l'ont faite reculer sur certains points ne doivent plus la bloquer, peut-être est-ce là une opportunité. Elle doit user de ce mécanisme symboliquement fort, moralement fort, afin d'atteindre non seulement les gouvernements (si tant est que cela soit possible) mais aussi les citoyens. Elle doit également œuvrer en accord avec la philosophie de la Convention, et plus uniquement avec sa lettre.

SECTION 2 : LA NECESSITE DE PARFAIRE L'ACCEPTABILITE OU D'ASSUMER L'INACCEPTABILITE

La Cour doit impérativement faire un effort de lisibilité et de cohérence pour parvenir à être plus acceptable et donc convaincante, ce qui lui permettra possiblement de mieux juger les affaires et accompagner les changements (§1). Également, et sans que cela revienne à baisser les bras, peut-être que la Cour est « simplement » confrontée à un pan de son Histoire, et elle doit « laisser faire » ce dernier (§2).

§ 1 : L'impératif de la Cour : convaincre pour transformer

Il a été mentionné plus haut la possibilité pour la Cour de devenir un véritable principe d'action pour la société civile. Pour cela, la Cour doit aussi rechercher « l'acceptabilité » de sa jurisprudence envers les États, or cela s'avère délicat face aux États populistes, aussi elle doit chercher à être acceptable pour la société civile (A). Cela, en se souciant de la lisibilité et de la motivation de ses arrêts afin d'emporter l'approbation pour pouvoir convaincre, pour pouvoir se saisir de problématiques épineuses telles que les questions sociales et pour finalement explorer pleinement son potentiel pouvoir « transformateur » (B).

A) La nécessaire recherche d'une acceptabilité pour prétendre à plus de juridicité

356. Convaincre, oui, mais qui ? D'emblée, on aurait tendance à se dire : les États. Cependant, la Cour, face à l'accroissement et la complexité du contentieux, et qui se trouve en plus confrontée à des problèmes politiques structurels et systémiques d'envergure au sein de certains États, peine justement à les convaincre. L'inexécution presque systématique de ses arrêts en est la preuve. Pourtant, elle s'est essayée à tout : plus de subsidiarité, plus ou moins de marge d'appréciation selon les domaines en causes, *self activism*, *self restraint*, « méthode des « petits

pas »⁶⁵⁴ » etc. Mais plus que tout, face à de telles tensions « *la Cour évitera le plus souvent de se positionner clairement par rapport à la typologie (...) « juge pacificateur, juge arbitre ou juge entraîneur »* ⁶⁵⁵ ». Aussi, elle oscille ; « *Parfois l'un, parfois l'autre, parfois un peu tout cela à la fois, la Cour de Strasbourg cherche avant tout à atteindre un équilibre (...) [avec] "un pied sur l'accélérateur et un autre sur le frein"* ⁶⁵⁶ ». Ce qui aboutit inéluctablement à un manque de lisibilité de la jurisprudence de la Cour.

Or, si la synergie entre la Cour, les États et les juridictions nationales fait défaut, car la Cour ne parvient pas à convaincre, à être « acceptable », on voit rapidement apparaître les limites de son office.

357. Pour C. Giakoumopoulos, une solution à long terme n'est envisageable « *qu'en assurant des synergies capables de briser l'isolement institutionnel de la Cour (...) en commençant par une nouvelle vision du principe de subsidiarité (...) [qui] ne peut être réduit à un simple conflit entre, d'une part, la marge d'appréciation des États et la compétence prioritaire des juridictions nationales* ⁶⁵⁷ » et en modifiant l'architecture institutionnelle de la Convention afin que soit envisagée « *l'harmonisation dynamique et évolutive de la protection des droits de l'homme et l'interprétation prétendument expansive, souvent critiquée, de la Convention en tant qu' « instrument vivant »* ⁶⁵⁸ ». Ainsi, à son sens, la subsidiarité ne doit plus être un vecteur « d'autolimitation » de la Cour, mais plutôt un vecteur permettant à la Convention de « pénétrer » dans les ordres juridiques nationaux « *en obtenant l'adhésion des acteurs qui se les approprient, car l'harmonisation sur le terrain de la Convention ne saurait être forcée ou subie* ⁶⁵⁹ ». En bref, la subsidiarité ne doit pas alimenter les antagonismes ni les critiques, mais doit permettre de légitimer le projet et la juridicité du système de la Convention afin de réaliser « *une union plus étroite* ⁶⁶⁰ » entre les membres du Conseil de l'Europe. Pour cela C. Giakoumopoulos estime que ces synergies doivent être creusées en dehors du contentieux. Aussi il proposait d'approfondir les « synergies » entre la Cour et les autres acteurs en développant un mécanisme de dialogue et de règlement non contentieux, ainsi qu'un réseau actif de concertation et de coopération qui se positionnerait amont et en aval de la phase

⁶⁵⁴ D. SZYMCZAK, « La question de l'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme par les États parties » dans S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme, Une confiance renforcée pour une autorité renforcée*, Éditions A. Pedone, Paris, 2013, p.130

⁶⁵⁵ *Ibid.* pp.126-127

⁶⁵⁶ *Ibid.* p.127

⁶⁵⁷ C.GIAKOUMOPOULOS, « La Convention européenne des droits de l'homme au 21^{ème} siècle : en quête d'équilibre », *art.cit.* p.47

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ *Ibid.* p.48

⁶⁶⁰ *Ibid.*

contentieuse⁶⁶¹. Cependant, ces mécanismes n'existent pas et la Cour est en retard concernant les modes alternatifs de règlement des litiges qui se sont démocratisés un peu partout.

358. Par ailleurs, l'objectif de réalisation d'une union plus étroite s'est distendu aujourd'hui. Et l'isolement de la Cour a atteint des sommets vis-à-vis des États faisant l'objet de cette étude. Mais surtout le principe de subsidiarité n'a fait l'objet d'aucune refonte, et continue d'« encourager » l'autolimitation de la Cour. Aussi, il semble que l'une des solutions envisageables soit surtout de miser sur l'harmonisation de la protection des droits de l'homme, animée par une lisibilité, une cohérence de la jurisprudence. Car, comme le relève C. Giakoumopoulos, l'harmonisation ne saurait être forcée ou subie.

359. Or, à force d'oscillations interprétatives, d'autolimitation ou d'audace, la Cour et sa jurisprudence finissent par ne plus être acceptées, ni par les requérants, ni par les États partis : allant trop loin et passant pour éroder la souveraineté des seconds et n'allant pas assez loin pour les premiers. Ainsi, au-delà de l'acceptabilité c'est la légitimité de la Cour et la juridicité de l'ordre juridique conventionnel qui sont en jeu.

360. La Cour doit donc s'efforcer d'emporter l'adhésion des acteurs, notamment au moyen d'une acceptabilité « formelle » afin d'être acceptable pour pouvoir jouer son rôle d'inhibiteur de changements et être véritablement – et de façon convaincante – audacieuse.

B) L'indispensable recherche d'une acceptabilité formelle pour prétendre à un activisme judiciaire

361. Pour cela, et on s'accorde avec D. Szymcak, « *l'acceptabilité substantielle* » qui est en jeu dès qu'un État est condamné, ne peut être facilitée que par « *l'acceptabilité formelle* » des arrêts⁶⁶². C'est-à-dire par la capacité de la Cour « *de tenir un discours compréhensible et cohérent de nature à convaincre l'État partie (...) que la solution (...) est fondée* »⁶⁶³. Ce, via, une cohérence « interne » et « externe », la première renvoyant à une motivation claire et lisible et la deuxième à une cohérence de la lignée jurisprudentielle.

⁶⁶¹ *Ibid.* p.49

⁶⁶² D. SZYMCZAK, « La question de l'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme par les États parties », *op.cit.* p.127

⁶⁶³ *Ibid.*

362. En ce sens, le juge Pinto de Albuquerque évoque les « *obligations de la Cour en amont des arrêts* ⁶⁶⁴», pour lui, ces dernières tiennent à un impératif : le renforcement de la lisibilité de la motivation qui englobe « *l'identification transparente des revirements de la jurisprudence, la fixation une fois pour toutes d'une procédure crédible de détermination objective du consensus européen, de l'établissement des limites de la marge d'appréciation prenant en compte la hiérarchie des droits au sein de la Convention, la nature absolue de certains droits et le noyau dur intangible de chaque droit* ⁶⁶⁵». Nul n'aurait mieux su cerner les améliorations majeures auxquelles pourrait s'adonner la Cour pour faire taire les dissidents et convaincre, être acceptable et permettre d'accroître la portée et la valeur interprétative des arrêts de la Cour, qui ne seraient plus limités au cas d'espèce (cela n'a jamais été le cas mais le manque de lisibilité – et une dose de mauvaise volonté – empêchait parfois les États de saisir pleinement la portée des arrêts). De plus, cette lisibilité permettrait de faire évoluer de façon cohérente sa jurisprudence, et en la légitimant, en s'appuyant sur un véritable consensus et non pas un consensus mystifié ou instrumentalisé.

363. La Cour doit aussi se saisir le plus des droits sociaux pour convaincre la société civile, très demandeuse de réalisations sociales (en faisant des efforts du côté de la lisibilité et de la motivation puisque c'est désormais essentiel). La mise en œuvre des jurisprudences sociales repose sur quantité de variables qui démontrent « *l'extraordinaire complexité de la question de la mise en œuvre et qu'en tout état de cause, celle-ci ne peut être rapide et immédiate (...)* ⁶⁶⁶ ».

364. Aussi, bien que l'exécution efficace et rapide des arrêts de la Cour soit remise en question, il n'en reste pas moins que la Cour peut de cette façon avoir un *impact*. De plus, cela permettrait à la Cour d'entretenir sa logique « vertueuse » en ne se contentant pas de « *prendre en charge la portion de justice inscrite dans la loi* ⁶⁶⁷ » mais faire en sorte d'« *inscrire dans la loi la totalité de la justice* ⁶⁶⁸». Il est vrai qu'il peut arriver un moment où la Cour ne puisse que s'effacer devant le politique si ce dernier se refuse à exécuter un arrêt. Certes, le changement ne sera certainement pas immédiat, ce qui peut remettre en cause le pouvoir transformateur du droit, mais pas entièrement, car il paraît également inexorable. Un « *activisme* » en matière

⁶⁶⁴ P. PINTO DE ALBUQUERQUE, « Réflexions sur le renforcement de l'obligation d'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », dans S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme, Une confiance renforcée pour une autorité renforcée*, Éditions A. Pedone, Paris, 2013, p.222

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ L.BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », *op.cit.* p.228

⁶⁶⁷ Propos de Francis de Pressensé rapporté par D. LOCHAK, « Les droits de l'Homme : arme politique et cause civique », *op.cit.* p.298

⁶⁶⁸ *Ibid.*

sociale de la part de la Cour lui permettrait d'accompagner des combats politiques internes existants, ce qui jouerait indéniablement en faveur de son acceptabilité et sa légitimité aux yeux des sociétés. L'occasion lui en est donnée puisque nombre de revendications internes existent en ce sens, elle doit saisir l'opportunité de faire évoluer sa jurisprudence.

365. En ce sens on se rapprochera de l'opinion de l'ancien juge L-A. Sicilianos⁶⁶⁹ qui estime que l'interprétation évolutive a des limites, « *elle doit être conforme à l'objet et au but du traité* », évidemment, et elle « *devrait refléter les conditions de vie actuelles et non celles qui pourraient prévaloir dans le futur* », aussi, selon lui « *le rôle de la Cour est de suivre ou d'accompagner les changements, pas celui de les créer et encore moins de les imposer* ». Aussi, de cette façon, en accompagnant les revendications sociales, la Cour serait en accord avec les canons de l'interprétation évolutive devant prévaloir, elle n'imposera aucune harmonisation subie, et à défaut d'être exécutée dans le pire des cas, elle aura un *impact*. Si dans le cas d'une condamnation sur ce terrain – ou sur un autre évidemment – l'arrêt n'est pas exécuté, il ne restera pas moins que l'arrêt aura fait reconnaître – même s'il ne les fait pas cesser – l'illégitimité des pratiques dénoncées⁶⁷⁰. De cette façon, elle donne à la dénonciation et aux contestations internes « *un surcroît de crédibilité dans le rapport de force engagé avec le pouvoir*⁶⁷¹ ».

366. Aussi, la Cour, en parvenant à être plus compréhensible et acceptable, parviendra peut-être par la force de l'incitation à accompagner un changement au sein des régimes populistes, en revenant sur des acquis fondamentaux lisibles et convaincants. Autrement, la Cour sera simplement confrontée à un pan de son histoire, qui cycliquement finira par prendre fin : soit par la force de l'histoire, soit par une rupture au sein du Conseil de l'Europe.

⁶⁶⁹ L-A. SICILIANOS, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *art.cit.* p.826

⁶⁷⁰ D. LOCHAK, « Les droits de l'Homme : arme politique et cause civique », *op.cit.* p.299

⁶⁷¹ *Ibid.*

§2 : L'inexorable confrontation à l'Histoire : user de sévérité au risque de la dénonciation

La Cour est confrontée à un pan de son histoire particulièrement alarmant, certes, mais passager par définition. L'Histoire est faite de cycles, plus ou moins longs, et la Cour devrait également entendre cela et attendre ; de retrouver sa place lorsque les régimes populistes s'effondreront par la force des choses (A), ou d'accepter que ces derniers choisissent éventuellement de s'écarter définitivement d'elle au cours du laps de temps qu'il leur sera donné, la Cour prend d'ailleurs ce risque si elle venait à se saisir de l'article 17 (B).

A) L'immanquable temporalité conventionnelle

367. Pour parvenir à avoir un regard prudent et juste sur la situation actuelle à laquelle est confrontée la Cour, il s'agit de s'attarder un moment sur la théorie des cycles élaborée par M. Hauriou. La théorie des cycles constitutionnels de Hauriou éclaire le droit constitutionnel, « *comme matière et forme, dans sa vérité, c'est-à-dire comme un droit politique mis sans cesse à l'épreuve de l'histoire*⁶⁷² ». Or, à l'époque de l'accès au pouvoir des mouvements populistes, c'est bien à l'histoire que se confronte à la CEDH, qui plus est à une histoire dictée par des régimes irrationnels, à qui par définition on ne peut faire entendre raison.

Leur vision est binaire, manichéenne, et la CEDH et « l'Ouest » élitiste se situent du mauvais côté de cet échiquier.

368. Les théories de Maurice Hauriou et de Maurice Deslandres sur le droit constitutionnel selon lesquels celui-ci se construit par « cycles » ou au fur et à mesure d'« oscillations » semblent s'appliquer ici. Il s'agit d'une présentation politique du droit constitutionnel, mais il en va de même pour le droit de la convention européenne des droits de l'homme.

« *Le droit constitutionnel d'un peuple ne s'explique que par la vie de celui-ci, au cours de laquelle les différentes forces existant en lui évoluent*⁶⁷³ ». Et l'évolution générale de la jurisprudence de la Cour, et donc du droit européen des droits de l'homme ne tient également qu'à cela. Aussi, si « *un hiatus se produit entre la réalité historique et le droit constitutionnel*⁶⁷⁴ », ce dernier va forcément muter, « se déformer », car « *la vie se charge de*

⁶⁷² J. HUMMEL, « Histoire et temporalité constitutionnelles. Hauriou et l'écriture constitutionnelle », dans C.M. Herrera (dir), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?* Éditions Kimé, Paris, 2012

⁶⁷³ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, tome I, A. Colin, Recueil Sirey, Paris, 1932, p. 4. Cité par J. HUMMEL, « Histoire et temporalité constitutionnelles. Hauriou et l'écriture constitutionnelle », *op.cit.*

⁶⁷⁴ J. HUMMEL, « Histoire et temporalité constitutionnelles. Hauriou et l'écriture constitutionnelle », *op.cit.*

*mettre le droit d'accord avec le fait. Si le conflit entre eux est trop profond, le régime s'effondre et un nouveau système politique prend place*⁶⁷⁵».

369. Voici donc peut-être ce qui attend le droit de la Convention européenne des droits de l'homme face à l'accès au pouvoir de mouvements contestataires de droite, qualifiés de populistes : soit il mutera, se transformera – en se saisissant davantage des droits sociaux par exemple, ou en revenant sur des acquis interprétatifs en quête d'acceptabilité – avant que le cycle populiste même ne s'éteigne et (ré)ouvre la voie à la démocratie libérale. Corollairement la Cour fera l'histoire à laquelle les nouveaux gouvernements populistes se heurteront, s'effondreront pour laisser place à un nouveau système politique.

370. Peut-être également que les difficultés auxquelles fait face la Cour en ce moment soient telles que certains pans de son système seront fortement mis à mal – comme la problématique de l'exécution des arrêts le démontre – sans parler d'effondrement du système de la Convention, peut être que ces régimes autoritaires, avant de s'éteindre, se retireront du Conseil de l'Europe. Plusieurs ont déjà proféré de telles menaces.

371. Une utilisation de l'article 17 fait d'ailleurs craindre un retour de bâton prenant la forme d'une dénonciation de la Convention. Cependant, on peut aussi s'interroger là-dessus, bien qu'une telle rupture serait « douloureuse » pour le système de la Convention, n'est-elle pas également logique et salutaire pour ce dernier ?

B) Le glas de l'article 17 et la dualité d'une dénonciation de la Convention

372. L'enthousiasme qui avait accompagné l'élargissement du Conseil de l'Europe contraste avec la période actuelle, forte de récessions démocratiques et de percées liberticides. Aussi, comme mentionné précédemment, ces gouvernements qui s'emploient à démanteler la démocratie et entament de manière généralisée les libertés, devraient voir se dresser la menace de l'article 17. Cet article en tant que condamnation ultime permettrait à la Cour de pouvoir condamner plus fortement ces États, et faire ressortir les violations systémiques des droits de l'homme dans ces États visiblement et de manière claire. Cet article emporte cependant plusieurs conséquences pouvant être qualifiées de contre-productives politiquement parlant⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ T. HOCHMANN, « La Cour européenne des droits de l'homme face aux démocraties illibérales. Pour une application de l'article 17 contre les États », *art.cit.*

373. Tout d'abord, si l'article 17 était invoqué dans un contentieux en lien avec les diverses atteintes illibérales de régimes populistes, et si cela aboutissait sur une condamnation mettant en lumière un système général d'abus de droit, alors cela aurait pour conséquence de fortement stigmatiser ces États, de délivrer un « certificat de mauvaise moralité illibérale ». Cette mesure peut être contreproductive dans le sens où les dirigeants s'en serviraient sans doute pour alimenter leur discours populiste, deuxièmement stigmatiser ces États est *per se* non souhaitable, car cela revient au bout du compte à encore plus polariser l'Europe et à jouer au même jeu que les dirigeants populistes. D'autant plus que la réalité, l'histoire de ces États est bien plus complexe et nuancée qu'une simple offensive populiste, de même que l'actuelle dynamique du système de la Convention qui s'est aussi enrichi à divers égards.

374. En second lieu, l'article 17 pourrait bouleverser l'ordre du Conseil de l'Europe. En effet, on peut s'interroger sur la question de savoir si une utilisation de cet article est véritablement souhaitable. La difficulté est d'ordre politique là encore, car, « *l'État accusé par la Cour d'œuvrer à la destruction des libertés risque de prendre la mouche*⁶⁷⁷ ». Dans ce cas, l'hypothèse d'une dénonciation de la Convention ne peut s'empêcher de nous traverser l'esprit. Le récent exemple du Brexit du côté de l'Union européenne démontre d'ailleurs qu'aucune issue n'est à négliger et que ce qui nous semblait impossible quelques années auparavant le devient. Or, cette issue emporterait elle aussi deux conséquences plus ou moins néfastes.

375. Tout d'abord, si l'État choisissait de dénoncer la Convention, cela « *conduirait en définitive à abandonner la population aux mains de son gouvernement illibéral*⁶⁷⁸ », et donc de priver cette population de « *l'espoir de Strasbourg*⁶⁷⁹ ». C'est là le véritable point d'achoppement d'une telle condamnation. Condamner au risque de perdre tout droit de regard sur la situation de ces États serait déplorable pour les droits de l'homme ainsi que pour l'esprit de la Convention. Prendre ce risque pour se donner la possibilité de condamner fortement un État apparaît presque antithétique. C'est un véritable dilemme, cependant il existe des arguments pour tout de même défendre le recours à l'article 17⁶⁸⁰.

En premier lieu, on ne rappellera pas que condamner ces États emporte systématiquement un risque, ni leur verbiage belliqueux contre la Cour, ni leur aversion pour elle ne va en s'arrangeant. De plus, perdre un droit de regard sur la situation dans ces États est-il vraiment différent de condamnations inefficaces ? En effet, actuellement, la Cour ne paraît pas à même

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ *Ibid.*

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ *Ibid.*

de protéger efficacement les populations de ces États. Finalement, comme le relève assez justement T. Hochmann, si ces États venaient à dénoncer la Convention, serait-ce vraiment une mauvaise nouvelle ? « *La place d'un tel État n'est-elle pas précisément en dehors de la Convention*⁶⁸¹ » ? Aussi, peut-être en va-t-il également, et surtout, de la survie même de la Convention ; compter parmi ses États membres de tels gouvernements pourrait altérer durablement et à différentes échelles sa « *physionomie*⁶⁸² ».

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre-décembre 2019), *art. cit.*

CONCLUSION DE TITRE :

376. En exposant les diverses propositions auxquelles la Cour pourrait s'adonner pour contrer « l'offensive » populiste, on se rend compte de plusieurs choses. En effet, les points à approfondir – tels que les droits sociaux – mais aussi les mécanismes à parfaire – tels que le mécanisme de surveillance d'exécution des arrêts – ou encore la nécessaire remise à l'ordre du jour de la lisibilité des arrêts de la Cour, font apparaître plus globalement les déficiences générales du système de la Convention. Ces dernières ont alimenté la force croissante des régimes populistes, qui est telle qu'aujourd'hui, que ces lacunes auxquelles la Cour aurait dû pallier depuis longtemps deviennent inexorables. Aussi, malgré la malheureuse tendance populiste, la Cour doit aussi entrevoir la chance d'améliorer de manière générale son système pour pouvoir mieux protéger les droits, pour contrer toutes les critiques auxquelles elle fait face, ainsi que la chance de tout simplement s'adapter au temps pour ne pas constituer elle-même un « cycle » ayant vocation à s'éteindre.

CONCLUSION DE PARTIE :

La Cour a su être exemplaire dès sa création, en promouvant un idéal de démocratie protégeant les droits de l'Homme. Face à l'actualité populiste elle a su condamner – plus ou moins efficacement – ces États dissidents et quasi-autoritaires en revenant sur des attributs fondamentaux de démocratie et d'État de droit et en redorant certains principes tels que l'immunité parlementaire (séparation des pouvoirs), ou encore le droit à un tribunal établi par la loi (renvoyant à l'indépendance judiciaire). Revenir sur de tels acquis témoigne d'une volonté de « conciliation » de la part de la Cour. Elle cherche à être pédagogue et ne pas stigmatiser les États qui pourraient encore plus se braquer.

Cela témoigne également d'une « politisation » de la Cour, car elle vient moins protéger les droits fondamentaux des individus que tenter d'endiguer le phénomène illibéral en lui-même en faisant ressortir des principes qui, bien qu'intrinsèquement liés aux droits fondamentaux, sont avant tout des principes « matériels » de l'État de droit, et plus uniquement « substantiels ». C'est aussi nécessaire, la Cour a depuis le début promu un État de droit principalement « substantiel », pas uniquement évidemment ; mais majoritairement. Aussi le besoin se fait sentir aujourd'hui de revenir sur des acquis « matériels ». Cependant, la Cour semble impuissante à faire (re)évoluer ces États vers des politiques plus démocratiques. Les hypothèses exposées dans ce travail permettraient peut-être d'avoir plus d'*impact* sur les populations (en se saisissant des droits sociaux et en recherchant l'acceptabilité des populations mais aussi des États) et donc sur l'électorat et les élections. Elles permettraient aussi de rendre plus contraignante l'exécution des arrêts *via* des sanctions budgétaires qui est sûrement la proposition la plus terre-à-terre faite ici, mais aussi la plus efficace. Il semble effectivement que les dirigeants populistes ne tiennent en aucun cas à perdre une partie de leur budget.

En dernier lieu, l'utilisation de l'article 17 nous semble être devenue indispensable ; il est efficace dans la démonstration à laquelle se livrerait la Cour et en plus, condamner sur la base de cet article serait en total accord avec l'objet et le but de la Convention. Évidemment, le risque étant de voir les États se braquer en voyant la Cour laisser de côté la subsidiarité.

CONCLUSION :

377. La Cour n'est pas parvenue au bout de ses peines. Les problématiques que soulève la résurgence de régimes illibéraux paraissent insolubles, car leurs dynamiques sont présidées par l'irrationnel. Or, l'irrationalité et le droit sont forcément opposés, antinomiques. Comment alors, vaincre une puissance qui ne peut entendre raison ? D'autant plus lorsqu'on assiste un peu partout en Europe à la résurgence de mouvements populistes

A été émise l'idée dans ce travail de faire preuve d'un véritable activisme judiciaire en se saisissant des possibilités offertes par l'article 17. Cependant, cette solution pourrait possiblement emporter comme conséquence la dénonciation de la Convention et la sortie de certains États du Conseil de l'Europe⁶⁸³. Certes, on peut se demander si ce n'est finalement pas plus souhaitable, le système de la Convention n'ayant pas vocation à accueillir en son sein des États autoritaires ou illibéraux, susceptibles *in fine* de « contaminer » l'architecture de la Cour notamment en faisant élire des « juges-pions ».

En outre, l'élargissement du Conseil de l'Europe sur le système de la Convention n'a-t-il pas eu plus d'effets négatifs que positifs ? Une « diminution » du nombre d'États membres n'est-il pas plus salubre ? Tant au regard de la charge de travail de la Cour qu'elle a du mal à gérer, qu'au regard de la logique première du système de la Convention ? En effet, cette logique visait à réaliser une union plus étroite entre ses membres⁶⁸⁴, et tout membre du Conseil de l'Europe était censé reconnaître « *le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁶⁸⁵ et devait s'engager « *à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre Ier* »⁶⁸⁶.

Quid de ces principes aujourd'hui ? La Convention n'est plus respectée, son objet et son but non plus. Aussi, on ne peut s'empêcher de penser qu'il ne serait pas tant problématique de voir un État membre dissident quitter le Conseil de l'Europe. Cependant, à notre sens, il est

⁶⁸³ Cette « arme » de la dénonciation a d'ailleurs déjà été utilisée dans le cadre d'autres mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme. Notamment dans le système africain puisqu'en 2020 trois États membres (Bénin, Tanzanie et Côte d'Ivoire) ont retiré leur déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour concernant les requêtes individuelles. Voir notamment : A. KPODAR et D. KOKOROKO, « Le retrait par le Bénin et la Côte d'Ivoire de leur déclaration accordant la saisine de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples aux individus et ONG », dans *CDP*, disponible à : <https://cdplome.org/fr/le-retrait-par-le-benin-et-la-cote-divoire-de-leur-declaration-accordant-la-saisine-de-la-cour>

⁶⁸⁴ Article 1^{er} du Statut du Conseil de l'Europe.

⁶⁸⁵ Article 3 du Statut du Conseil de l'Europe

⁶⁸⁶ *Ibid.*

impensable de laisser faire cela, et d'abandonner tout droit de regard sur la situation des individus dans ces États.

378. Aussi, à la place d'un fort activisme judiciaire, on peut se demander s'il ne serait pas mieux de réformer l'architecture institutionnelle de la Convention en mettant en place un mécanisme de règlement des différends *via* la conciliation ou l'arbitrage ? Effectivement, nous pensons que l'institutionnalisation d'une forme de dialogue serait plus que souhaitable. Peut-être alors que les dirigeants populistes seraient plus enclins à écouter, entendre, dialoguer, de même que les autres États membres qui ne sont pas en reste dans le groupe des fervents défenseurs de la subsidiarité. De plus, on peut penser que le mécanisme de la tierce-intervention pourrait demeurer dans un tel mécanisme et acquerrait plus de force, tout simplement, car un véritable dialogue aurait sa place.

C. Giakoumopoulos partage la même idée, et estime que l'instauration d'un tel mécanisme permettrait également aux autres institutions consultatives du Conseil de l'Europe « *de manière coordonnée et conformément à leurs compétences propres, d'initier le dialogue avec les parties au moment de l'introduction de la requête* ⁶⁸⁷ ». Cela permettrait de consolider l'entièreté du système de la Convention et de le rendre possiblement plus performant.

De plus, on mentionnait plus haut la nécessité pour la Cour de parfaire son acceptabilité. Mettre en place une procédure non contentieuse de la sorte serait certainement bénéfique, car par nature plus acceptable mais nécessiterait en parallèle d'être elle-même acceptable, et propre à mobiliser les États pour pouvoir fonctionner. « *En tout cas, un chantier d'une telle envergure exigerait l'engagement continu et sans faille de tous les acteurs du Conseil de l'Europe et de tous ses États membres* ⁶⁸⁸ », or, un engouement, même en des temps troublés, tel qu'actuellement, n'est pas à exclure car un tel mécanisme se ferait dans l'intérêt de tous. Les États resteraient « vertueux » en continuant de faire partie du Conseil de l'Europe, et le système de la Convention parviendrait à protéger les droits fondamentaux sans passer par la case « condamnation » qui est souvent mal vécue et qui se trouve à la source de plusieurs contestations de la Convention voir de sa paralysie.

⁶⁸⁷ C. GIAKOUMOPOULOS, « La Convention européenne des droits de l'homme au 21^{ème} siècle : en quête d'équilibre », *op.cit*, p.51

⁶⁸⁸ *Ibid.*

379. Mentionner la nécessité de l'engagement continu et sans faille des acteurs du Conseil de l'Europe nous mène également à nous demander si la Cour pourra compter sur les acteurs phares de son système que sont les États. En mettant de côté l'hypothèse d'un mécanisme de règlement des différends, serait-il possible que de la même façon que dans l'affaire grecque un ou plusieurs États membres engagent un recours interétatique contre un ou plusieurs États membres présentant une tendance autoritaire ? Ce serait à espérer, car un tel recours offrirait véritablement la possibilité à la Cour d'être audacieuse, elle ne serait pas seule face à un État membre dont la condamnation ne ferait ni chaud ni froid, mais serait invitée par les pairs de cet État à analyser sa situation interne.

380. Finalement, dans ce contexte de « crise de l'État de droit », de résurgence de partis populistes, on ne peut manquer de remarquer que l'homologue européenne de la Cour E.D.H. – la C.J.U.E. – s'emploie elle aussi à tenter de contenir ces dangereuses *hybris* antidémocratiques. Les liens qu'entretiennent ces deux juridictions font déjà l'objet de maintes études, souvent imagées en affirmant qu'elles *flirtent* entre elles, mais sans jamais sauter le pas. Or, actuellement, une certaine symbiose semble se créer, et qui pourrait remettre à l'ordre du jour la problématique tant étudiée d'une adhésion de l'U.E. à la Convention E.D.H.

En effet, tant dans le cadre du mandat d'arrêt européen (ci-après M.A.E.)⁶⁸⁹ que dans le cadre du mécanisme prévu par l'article 7 du T.U.E.⁶⁹⁰ ou encore dans certains contentieux relatifs à l'indépendance judiciaire déjà étudiés⁶⁹¹ les deux Cours semblent se répondre et s'inspirer mutuellement. De même que dans le contexte du Brexit, la C.J.U.E. ayant été confrontée avant la Cour E.D.H. à la sortie d'un État membre ; en s'intéressant à une question précise que posait le Brexit, on se rend compte que cette symbiose entre les deux cours semble se former.

La question qui se posait alors était de savoir ce qu'il adviendrait d'un M.A.E. lorsque l'une des parties en jeu se trouverait être le Royaume-Uni, qu'il soit émis avant ou après le Brexit « officiel », mais toujours après sa notification de retrait.

⁶⁸⁹ Se référer à la saga jurisprudentielle en lien : C.J.U.E., G.C., Aranyosi et Caldaru, 5 avril 2016, aff. jtes n° C-404/15 et n° C-659/15, qui revient sur le malheureux arrêt Melloni (C.J.U.E. arrêt *Melloni*, 26 février 2013, off. C—399/ 11) ; C.J.U.E., Minister for Justice and Equality, 25 juillet 2018, C-216/18 PPU ; C.J.U.E. Generalstaatsanwaltschaft, 25 juillet 2018, C-220/18 PPU ; et finalement C.J.U.E., Dorobantu, 15 octobre 2019, C-128/18

⁶⁹⁰ Par exemple : C.J.U.E., G.C., 24 juin 2019, Commission c. Pologne, C-619/18 ; C.J.U.E., G.C., 5 novembre 2019, Commission c. Pologne, C-192/18 ; C.J.U.E., G.C., 26 mars 2020, C-558/18 et C-563/18 8

⁶⁹¹ Notamment : CEDH, G.C., Gudmundur Andri Astradsson c. Islande, 1^{er} décembre 2020, n°26374/18 ; CJUE, G.C., Simpson et HG, 26 mars 2020, aff. jointes C-542/18 RX-II et C-543/18 RX-II

La question s'est donc posée en 2018, dans un arrêt RO⁶⁹² sous une forme prospective. Dans cette affaire, deux mandats d'arrêt européen avaient été émis par le Royaume-Uni à l'encontre d'un individu appréhendé par les autorités irlandaises. Le requérant s'opposait donc à sa remise au Royaume-Uni pour plusieurs raisons : le risque qu'il subisse des traitements inhumains et dégradants dans la prison dans laquelle il devait être détenu, et en raison de la décision de retrait de l'U.E. par le Royaume-Uni.

381. Un point particulier de l'arrêt et plus particulièrement des conclusions de l'avocat général⁶⁹³ retiendra notre attention. L'enseignement majeur de ces conclusions est ce qu'affirme l'avocat général au point 65 : « *il n'existe pas d'indice tangible que les circonstances politiques (...) soient telles que le contenu matériel de la décision-cadre et des droits fondamentaux consacrés par la Charte ne soient plus respectés. (...) le Royaume-Uni a décidé de se retirer de l'Union et non de s'affranchir de l'État de droit ou de la protection des droits fondamentaux.* »

Cette dernière affirmation est éloquente, et cela tend à faire penser que lorsque le Royaume-Uni s'est retiré effectivement de l'U.E., il bénéficierait toujours d'une sorte de « présomption » de respect des droits fondamentaux, notamment car il continue à être partie à la ConventionE.D.H.. À l'appui de cette interprétation il est possible de noter que l'avocat général s'appuie notamment au point 66 sur la continuité de l'appartenance à la ConventionE.D.H. ou en tout cas sur le fait que le Royaume-Uni sera toujours tenu par d'autres règles même si ces dernières ne sont pas des règles de droit de l'U.E.⁶⁹⁴. Par conséquent, « *il n'y a pas lieu de douter de la persistance des engagements du Royaume-Uni en matière de droits fondamentaux* »⁶⁹⁵.

382. La C.J.U.E. a donc estimé que le M.A.E. pouvait être exécuté, car le Royaume-Uni en tant qu'État-partie à la ConventionE.D.H. devait être réputé comme un pays ne faisant craindre aucun risque pour les droits des individus. C'est là encore, une nouvelle interférence entre les deux ordres juridiques, et le choix malin de la C.J.U.E. d'en saisir toutes les conséquences en se reposant sur son homologue européen ; la CourE.D.H. et sa Convention. Dès lors, « *Le rapprochement [entre les deux Cours] est considérable*⁶⁹⁶ ».

⁶⁹² C.J.U.E., RO, 19 septembre 2018, C-327/18 PPU

⁶⁹³ Conclusions de l'avocat général Maciel Szpunar présentées le 7 août 2018 sur l'affaire RO, C-327/18 PPU

⁶⁹⁴ Notons également que « L'accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord, d'autre part » (JO L 444, 31 décembre 2021), prévoit que l'Union européenne pourra suspendre la partie de l'accord sur le volet pénal si le Royaume-Uni dénonce la ConventionE.D.H. (art. LAW.OTHER.136, p.398).

⁶⁹⁵ Conclusions de l'avocat général Maciel Szpunar sur l'affaire RO, *prec.* point 65

⁶⁹⁶ J. P. JACQUÉ, « Un rapprochement entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ? » dans *Droit de l'Union européenne*, <http://www.droit-union-europeenne.be/416703027>

Mais alors... :

Après la rupture qui semblait consacrée par l'avis 2/13, le réalisme fondé sur le dialogue des juges semble prévaloir. Chaque juridiction prend acte de la position de l'autre et la raison semble prévaloir. (...) le principe est le même, la confiance mutuelle est reconnue, mais ses modalités d'application présupposent que l'invocation d'un risque sérieux de violation des droits fondamentaux appelle un examen de la situation individuelle du requérant [dans le cadre du M.A.E.]. Il reste à savoir si ce début de convergence peut faire disparaître l'un des obstacles à l'adhésion en codifiant, dans un futur accord, cette jurisprudence⁶⁹⁷.

Il reste aussi à savoir si cette crise de l'État de droit peut constituer un catalyseur dans le rapprochement des deux Cours et deux ordres juridiques afin de faire barrage à la montée de régimes autoritaires et populistes. Cela créerait une sorte de balance bienvenue pour l'équilibre des deux systèmes ; les États étant sans doute réticents à sortir de l'U.E. étant donné les avantages budgétaires que l'Union représente. Et si cette dernière devenait partie à la Convention – ou en tout cas élaborait un accord d'adhésion à celle-ci – alors l'obstacle majeur mentionné précédemment, celui de la dénonciation de la Convention qui ferait perdre un droit de regard à la Cour sur la situation dans l'État, serait enjambé, car elle aurait cette fois trouvé un allié et un relais auprès de son homologue.

La Cour n'est pas parvenue à construire et à atteindre l'idéal de justice et de démocratie visé à ses origines, les États sont tous plus ou moins dissidents à la suivre et à l'accompagner dans cette quête.

Peut-être est-ce là uniquement car le but visé par la Cour est utopique et que le système même de la Convention n'est rien d'autre qu'un idéal qui trouve les limites à sa réalisation lorsque la Cour est menacée par des alternances politiques radicales.

Cependant, n'oublions pas qu'« aucune carte du monde n'est digne d'un regard si le pays de l'utopie n'y figure pas ⁶⁹⁸ ». Il faut donc que la Convention reste fidèle à sa lettre et son esprit sorte de « pays de l'utopie », en ne cessant de se revisiter, de s'adapter, et il faut espérer « qu'elle guidera pendant encore de très longues années les juges et les juristes nationaux et internationaux. ⁶⁹⁹ ».

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ O. WILDE, *L'âme de l'homme sous le socialisme*, 1891

⁶⁹⁹ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme », dans *Revue québécoise de droit international*, 2020

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS :	I
LISTE DES ABRÉVIATIONS :	II
INTRODUCTION :.....	1
PARTIE I : LA PERMEABILITE DU SYSTEME DE LA CONVENTION A L'OFFENSIVE POPULISTE	11
TITRE I : LA DELICATE CONCEPTUALISATION DU POPULISME ET LE RISQUE DE STIGMATISATION	11
Chapitre 1 : La logique protestataire ou la réponse au mal populaire et à la défiance mutuelle.....	12
Section 1 : De l'échec de la « transitologie » à la crise de la solidarité en Europe, aboutissement d'un refus du système	12
§ 1 : Un manque de stabilité historique et un ballotement idéologique chronique.....	12
§ 2 : L'enracinement de l'opposition populiste en Europe de crise en crise	22
Section 2 : Le désenchantement démocratique et social, aboutissement de la légitimité populiste.....	25
§ 1 : Une « crise » de la représentativité et de la crédibilité universelle	26
§ 2 : Le désenchantement social, petite histoire d'une grande utopie	33
Chapitre 2 : La logique identitaire ou le ravivement du pendant nationaliste.....	38
Section 1 : La sournoise sacralisation du peuple	38
§ 1 : Le mépris de la diversité.....	38
§ 2 : L'étouffement de l'adversité.....	42
Section 2 : L'instrumentalisation démagogique de l'expectative populaire ou l'opportunisme du discours populiste	45
§ 1 : Parler populaire et souveraineté, pour le peuple, mais malgré lui.....	45
§ 2 : Le miroitement trompeur de l'utopique « sauvetage » démocratique.....	48
CONCLUSION DE TITRE :	52
TITRE II : L'ANTINOMIE EVIDENTE DU POPULISME AVEC L'EDIFICATION D'UN ORDRE PUBLIC EUROPEEN	53
Chapitre 1 : Le démantèlement délétère des valeurs européennes et de l'autorité de la Cour	53
Section 1 : La subversion menaçante du système et des valeurs de la Convention.....	53

§1 : La dislocation de l'État de droit, pivot du système de la Convention	53
§2 : L'encensement de l'arbitraire, censeur de la démocratie	58
Section 2 : La contestation frontale de la Cour et de ses arrêts	61
§1 : Les dénigrements disparates du système de la Convention.....	61
§2 : L'affirmation unilatérale de la conditionnalité de l'exécution des arrêts de la Cour	68
Chapitre 2 : Le corollaire du démantèlement démocratique, le renversement des droits de l'homme.....	72
Section 1 : La corrosion du pluralisme	72
§1 : Le musèlement des contre-pouvoirs, la fin de la liberté d'expression	72
§2 : Le bannissement de la pluralité, l'apologie de la discrimination	76
Section 2 : La corrosion des garanties contre l'arbitraire	81
§1 : La fin d'une justice indépendante, le risque pour les garanties procédurales	81
§2 : La carte-blanche de l'Exécutif, le risque pour la primauté du droit	84
CONCLUSION DE TITRE :	89
CONCLUSION DE PARTIE :	90
PARTIE II : L'IMPUISSANTE RESILIENCE DU SYSTEME DE LA CONVENTION A L'OFFENSIVE POPULISTE.....	91
TITRE I : ÊTRE EXEMPLAIRE : L'EVOLUTION MATERIELLE DES METHODES TRADITIONNELLES DE PROMOTION DE L'ÉTAT DE DROIT	91
Chapitre 1 : La consolidation et la circulation d'un modèle de l'État de droit.....	91
Section 1 : La réponse originelle, la promotion d'un modèle unique de « société démocratique »	91
§1 : La promotion d'une « société démocratique », principe conducteur de la formation substantielle de l'État de droit	92
§2 : L'apport formel aux exigences procédurales de l'État de droit, nécessaires dans une « société démocratique »	97
Section 2 : Les ajustements institutionnels inefficaces pour la promotion d'un modèle unique de démocratie.....	102
§1 : La restauration du rôle du Comité des ministres	102
§2 : Les tentatives institutionnelles de réaffirmation de la cohésion européenne et de promotion de l'État de droit	106
Chapitre 2 : L'aiguïssement incessant des caractéristiques de l'État de droit parallèlement aux offensives populistes	110
Section 1 : La réponse à l'offensive anti-pluraliste	111
§1 : La réaffirmation de la liberté d'expression des parlementaires.....	111

§2 : La protection rappelée des droits de l’opposition intimement liée aux droits des électeurs	114
Section 2 : La réponse à l’offensive liberticide et arbitraire.....	119
§1 : La mise au pilori des régimes autoritaires via l’article 18.....	119
§2 : Le zoom sur une priorité fondamentale : l’indépendance judiciaire	123
CONCLUSION DE TITRE	130
 TITRE II : RESTER EXEMPLAIRE : LA NECESSITE DE RIPOSTES PLUS ACEREES POUR LA PRESERVATION DE LA DEMOCRATIE.....	131
 Chapitre 1 : Les défis auxquels faire face impérativement	131
Section 1 : Les apories des condamnations par la CourE.D.H.	131
§1 : Des condamnations aux conséquences limitées, mais aux <i>impacts</i> sociétaux importants	131
§2 : Des condamnations inefficaces et des instruments à creuser	136
Section 2 : Une socialisation partielle et encore trop anecdotique, source de clivage	140
§1 : Une socialisation par agrégation de certains articles.....	140
§2 : Des refus de socialisation parfois injustifiés, exemple de l’affaire Garib	144
 Chapitre 2 : Le défi populiste ou l’opportunité d’un fort activisme judiciaire	148
Section 1: Les possibilités offertes par l’article 17.....	148
§1 : Le dynamisme d’une condamnation pour abus de droit.....	149
§2 : La pertinence actuelle d’une utilisation de l’article 17.....	152
Section 2 : La nécessité de parfaire l’acceptabilité ou d’assumer l’inacceptabilité	155
§ 1 : L’impératif de la Cour : convaincre pour transformer.....	155
§2 : L’inexorable confrontation à l’Histoire : user de sévérité au risque de la dénonciation .	160
CONCLUSION DE TITRE :	164
CONCLUSION DE PARTIE :	165
 CONCLUSION :	166
 SOMMAIRE	I
 BIBLIOGRAPHIE :	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.
 INDEX JURISPRUDENTIEL :	XV

BIBLIOGRAPHIE :

I) OUVRAGES GÉNÉRAUX:

J. Carpentier et F. Lebrun (dirs.), *Histoire de l'Europe*, Éditions du Seuil, 1992

F. Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Presses Universitaires de France, Thémis Droit, 9^{ème} édition, 2019

B. Wassemer (dir.), *Histoire du Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, 2013

II) MONOGRAPHIES:

J. d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2011

F. Bafoil, *Europe centrale et orientale. Mondialisation européenisation et changement social*, Presses de Sciences Po, Paris 2006

L. Burorgue-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context – La justice qui n'allait pas de soi – Trois Cours*, Edition A. Pedone, Paris, 2020

E. Laclau, *La raison populiste*, coll. L'ordre philosophique, Éditions du Seuil, 2005

Y. Mény, *Imparfaites démocraties*, 2019, Presses de Sciences Po, « Hors collection », Paris, 2019

M. Molnar, *Histoire de la Hongrie*, Coll. Tempus, Editions Perrin, 2004

W. Osiatynski, *Human Rights and Their Limits*, Cambridge University Press, 2009

P-A. Taguieff, *L'illusion populiste*, Berg International, Paris, 2002

F. Zakaria, *The Future of Freedom : Illiberal Democracy at Home and Abroad*, Norton & Company, 2003

III) ACTES DE COLLOQUE

G. Fejerdy, « La construction européenne et les archives hongroises », dans J-M. Palayret et al. (coord.), *Histoire de la construction européenne (1957-2015) Sources et itinéraires de recherches croisés*, Coll. Diplomatie et Histoire, Direction des Archives – Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, CTHS, 2019

G. Le Floch, « Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques remarques à partir de l'affaire Lambert », dans *JCP A.*, n°2239, 2016

« La formation des régimes autoritaires : analyse comparée de récents développements européens », organisé par K. Abderemane, 1 février 2019 (en cours de publication)

IV) MELANGES

E. Dubout, S. Touzé (dirs.), *Refonder les droits de l'homme – des critiques aux pratiques*, Coll. Publications du Centre de Recherche sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire, Éditions A. Pedone, Paris, 2019

A. Gattolin et R. Werly (dir.), *Europe Rallumer les étoiles*, Collection l'âme des peuples, Ed. Nevicata, Bruxelles, 2020

A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007

V) THESE

C. Nivard, *La justiciabilité des droits sociaux, Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012

VI) ARTICLES, NOTES ET CONTRIBUTIONS

M. Afroukh, « La Cour européenne des droits l'homme et l'exécution de ses arrêts », dans *RDLF*, chron n°5, 2012

M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment « dicté » par la Convention européenne des droits de l'homme ? dans *RDLF*, chron. n°04, 2019

S. S. Alcega, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme suite au processus d'Interlaken : l'évolution technique d'un mécanisme politique », dans *Revue Québécoise de droit international*, 2014, pp.99-117

C. Boiteux-Picheral et M. Afroukh, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – second semestre 2020 » dans *RDLF*, chron. n°12, 2021

N. Boy, « La notion d'État de droit au sein du Conseil de l'Europe à l'aune des crises hongroise et polonaise », dans *RDLF*, 2020, chron.n°54

L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août-décembre 2017), dans *AJDA* 2018

L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre-décembre 2019) » dans *AJDA*, 2020

L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme – août-décembre 2020 », dans *AJDA*, 2020

A. Collovald, « Le populisme : de la valorisation à la stigmatisation du populaire », dans *Hermès n° 42 – Peuple, populaire et populisme*, p. 154 à 160, 2005

- A. Constantin**, « Ragaru (N.), Capelle-Pogacean (A.), dir., Vie quotidienne et pouvoir sous le communisme. Consommer à l'Est, Paris, Karthala, 2010 » dans *Politix*, 2011/3, n°95, p.248
- K. Czernicka**, « La ligue des familles polonaises, Montée en puissance d'un parti anti-européen », dans *La Documentation française « Le Courrier des pays de l'Est »*, 2004/5, n°1045, pp.85-94.
- F. Delaneuville**, « L'évolution du rôle de l'État dans les États du groupe de Visegrad : de l'ère moderne à l'ère postmoderne », *Civitas Europa*, 2018/1, n°40, pp.163-177
- H. Deleersnijder**, « La dérive populiste en Europe centrale et orientale », dans *Hermès n° 42 – Peuple, populaire et populisme*, p.181 à 186
- A. Dézé**, « Le populisme en Europe : un éternel retour ? », dans *Dossier « La crise de l'état de droit à l'aune des exemples polonais et hongrois » RDLF 2020 chron. n°55*, disponible à : <http://www.revuedlf.com/cedh/le-populisme-en-europe-un-eternel-retour/>
- S. van Drooghenbroeck**, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? » dans *Rev. Trim. Dr. H.* n°46, 2001
- C. Dufy et C. Thiriot**, « Les apories de la transitologie : quelques pistes de recherche à la lumière d'exemples africains et post-soviétiques », *Revue internationale de politique comparée*, 2013/3, Vol. 20, p. 19-40.
- C. Gauthier**, « L'impact de l'élargissement du Conseil de l'Europe sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p. 313 à 327
- C. Giakoumopoulos**, « La Convention européenne des droits de l'homme au 21^{ème} siècle : en quête d'équilibre », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p. 31 à 51.
- T. Groppi**, « La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour Constitutionnelle italienne, une recherche empirique », dans *Federalismi.it*, n°21, 2016
- P. Gueorguieva**, « Populismes et populistes en Europe centrale et orientale » dans *Hermès, La Revue*, 2017/1 (n°77), pp.117-125
- B. Guetta**, « Poutine, précurseur et maître à penser du populisme », *Après-demain*, vol. n° 43, NF, no. 3, 2017, pp. 29-30
- M. Harzoune**, « Plus de pédagogie, moins de démagogie », dans *Hommes et migrations*, 2015
- C-M. Herrera**, « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit ». Dans *L'Homme et la société*, n° 113, 1994
- T. Hochmann**, « Cinquante nuances de démocraties », dans *Le Seuil « Pouvoirs »*, 2010/2, n°169, pp.19-32
- T. Hochmann**, « La Cour européenne des droits de l'homme face aux démocraties illibérales. Pour une application de l'article 17 contre les États », *RFDA* 2020, p.725
- C. Husson-Rochongar**, « La démocratie, au cœur de l'identité européenne ? », *Civitas Europa*, vol.40, n°1, 2018, pp.67-87

- G. Ivaldi** « Euroscepticisme, populisme, droites radicales : état des forces et enjeux européens », *L'Europe en Formation*, vol. 373, no. 3, 2014, pp. 7-28
- C. Jung, R. Hirshi, E. Rosevear**, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, 1043-1098
- T.L. Karl et P.Schmitter**, « Les modes de transition en Amérique latine, en Europe du Sud et de l’Est », dans *Revue internationale de Sciences sociales*, n°128, 1991, pp. 285-301
- T.T. Koncewicz**, « De la justice constitutionnelle à la justice politique – qu’est-ce que les polonais ont perdu en 2015 et qu’ont-ils obtenu en retour ? », dossier « La crise de l’état de droit à l’aune des exemples polonais et hongrois », dans *RDLF*, 2020, chron. n°79
- R. Krakovsky**, “Les démocraties illibérales en Europe centrale”, dans *Études*, 2019/4, pp.9-22
- E. Lambert-Abdelgawad, S.Touzé**, “La Cour européenne des droits de l’homme et le droit international », dans *Annuaire français de droit international*, volume 56, 2010, pp.689-705
- N. Le Bonniec**, « L’appréhension du principe de la séparation des pouvoirs par la Cour européenne des droits de l’homme » dans *Revue française de droit constitutionnel* », 2016/2 (n°106)
- Y. Lécuyer**, « Les critiques ataviques à l’encontre de la Cour européenne des droits de l’homme », dans *RDLF 2019 chron. n°53*, disponible à : <http://www.revuedlf.com/cedh/les-critiques-ataviques-a-lencontre-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/>
- P. Leuprecht**, « La Convention européenne des droits de l’homme face à la contestation de ses valeurs fondamentales », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p. 69 à 77.
- J. Linz, A. Stepan**, « Problems of démocratie transition and consolidation », dans *Revue française de science politique*, 47^{ème} année, n°2, 1997
- B. Luisin**, « « Le mythe de l’État de droit », « L’État de droit, rétrospectivement... » », *Civitas Europa*, vol. 37, no. 2, 2016, pp. 155-182.
- O.A. Macovei**, « L’État illibéral dans l’Union européenne, essai critique de conceptualisation », dans *Civitas Europa*, vol.40, n°1, 2018, pp. 127 à 144
- M.R. Madsen**, « « La Cour qui venait du froid. » Les droits de l’homme dans la genèse de l’Europe d’après guerre », dans *Critique internationale*, 2005/1, n°26, pp. 133 à 146
- J-P. Marguenaud**, « Une nouvelle approche en demi-teinte du détournement de pouvoir », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2018
- E. Massicard**, « Le populisme dans la Turquie d’aujourd’hui », dans *Les dossiers du CERI*, 2018
- M-C. Maurel**, « Nadège Ragaru et Antonela Capelle-Pogacean, dir., *Vie quotidienne et pouvoir sous le communisme. Consommer à l’Est*, Karthala, Paris,2010 », dans *Revue d’études comparatives Est-Ouest*, 2010/3, n°41, pp. 143-146
- E. R. McMahon et E. Johnson**, « Evolution Not Revolution ; The first two cycles of the UN Human Rights Council Universal periodic Review Mechanisme”, Study, *Dialogue on Globalization*, 2016.

- L. Milano**, « La Pologne sous le feu des condamnations », dans *Le club des juristes*, 2021
- L. Porras**, « Inégalités des revenus dans la transformation post-socialiste : Une approche institutionnelle des cas tchèque, hongrois et russe », dans *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2010/2, n°41, p.69-109
- G. Raimondi**, « Quelques aspects de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits économiques et sociaux », dans *Droit social Dalloz*, 2017, p.355
- G. Raimondi**, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans c'est l'heure d'une retraite honorable ou d'une nouvelle jeunesse ? », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, p. 99 à 106
- Y. Richard**, « La crise de Crimée (mars 2014) : comment en est-on arrivé là, » dans *EchoGéo – Sur le Vif*, 2014
- C. Romainville**, « La protection de l'état de droit par la Convention européenne des droits de l'homme- La Cour européenne et l'exigence de légalité », dans *Dossier « Quel État de droit dans une Europe en Crise ? » RDLF 2018 chron. n°33*, disponible à : <http://www.revuedlf.com/cedh/la-protection-de-letat-de-droit-par-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme-la-cour-europeenne-et-lexigence-de-legalite/>
- D. Roman**, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, 1 | 2012, mis en ligne le 27 mars 2014. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/635>
- R. Sakwa**, « Vladimir Poutine et l'Ukraine », dans *Annuaire français de relations internationales*, Vol.XVI, 2015, pp.149-165
- M. de Salvia**, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, 2020, pp. 271 à 286
- G. Sauvé**, « Rivalité des modèles et décalage des normes. Réceptions de 1989 dans le monde communiste », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2019, n°2-3, p.5-21
- C. Schmitt**, « La Tyrannie des valeurs (ou Le chemin de l'enfer est pavé de valeurs) », *Société, droit et religion*, 2015/1, n°5, p. 5-20
- L-A. Sicilianos**, « La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *RevTrimDrH*, 2020, n° 124, p.817 à 834.
- L-A. Sicilianos**, « La Cour européenne des droits de l'homme face à l'Europe en crise », *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 2015, pp. 231-244
- G-H. Soutou**, « Yalta, ou le partage du monde entre les trois Grands » dans *Les mythes de la Seconde Guerre mondiale*, 2018, pp. 409 à 429
- A-G. Slama**, « Au nom du peuple : de « populaire » à « populiste » », *Le débat*, 2011, n°4, p.67
- P-A. Taguieff**, « Populismes et anti-populismes. Réflexions sur l'âge des démagogues », *DOGMA Revue de philosophie et de sciences humaines*, 2019, pp.1-32

B. Taxil, « La demande d’asile interdite en Hongrie : un nouveau bras de fer avec l’U.E. », dans *Le club des juristes*, 2020, disponible à : <https://blog.leclubdesjuristes.com/la-demande-dasile-interdite-en-hongrie-un-nouveau-bras-de-fer-avec-lue/>

F. Zalewski (dir), « Révolutions conservatrices en Europe centrale et orientale », *Revue d’études comparatives Est-Ouest*, n°47, 2016/4, 2016

F. Zalewski « Le PiS, ou l’invention de la mémoire identitaire », *Revue d’études comparatives Est-Ouest*, n° 1, 2020/1, pp. 7-26

L. Burgogue-Larsen, « Populisme et droits de l’homme – Du désenchantement à la riposte démocratique », dans E. Dubout, S. Touzé (dir.), *Refonder les droits de l’homme – des critiques aux pratiques*, Coll. Publications du Centre de Recherche sur les droits de l’Homme et le droit humanitaire, Éditions A. Pedone, Paris, 2019

J. Hummel, « Histoire et temporalité constitutionnelles. Hauriou et l’écriture constitutionnelle », dans C.M. Herrera (dir.), *Comment écrit-on l’histoire constitutionnelle ?* Éditions Kimé, Paris, 2012, p. 141 à 172

D. Lochak, « Les droits de l’Homme : arme politique et cause civique », dans E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Refonder les droits de l’homme Des critiques aux pratiques*, Coll. Publications du CRDH, Éditions A. Pedone, Paris, 2019

C. Nivard, « La justiciabilité des droits sociaux au sein du Conseil de l’Europe », dans D. Roman (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Éditions A. Pedone, Paris, 2012

C.-M. Pimentel, « De l’État de droit à l’État de jurisprudence ? Le juge de l’habilitation et la séparation des pouvoirs », in A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007

F. Sudre, « La ‘perméabilité’ de la Convention européenne des droits de l’Homme aux droits sociaux », dans *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant, 1998

D. Szymczak, « La question de l’acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l’Homme par les États parties » dans **S. Touzé** (dir.), *La Cour européenne des droits de l’homme, Une confiance renforcée pour une autorité renforcée*, Éditions A. Pedone, Paris, 2013, pp.124-125

S. Touzé, « Regard critique sur l’exécution conditionnelle des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme » dans *Mélanges en l’honneur du Professeur Emmanuel Decaux, Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l’homme*, Éditions Pédone, 2017, pp.761-777

VII) RAPPORTS

- **Conseil de l'Europe :**

Rapport établi par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe T. Jagland, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit – Populisme – Le système des contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe*, 2017

Rapport annuel de 2020 de la Cour européenne des droits de l'Homme, Conseil de l'Europe

Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme : 13è rapport annuel de Comité des Ministres. 2019, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2020.

Commission de Venise, « *Rapport sur la prééminence du droit* », Étude n°512/2009, , 28 mars 2011

Commission de Venise « *Liste des critères de l'État de Droit* », Étude n°711/2013, 18 mars 2016

Venice Commission and OSCE/ODIHR, *Joint opinion on the act on the elections of members of Parliament of Hungary*, 18 juin 2012, Opinion N°662/2012, CDL-AD(2012)012

Commission de Venise, Avis relatif au projet de décision de l'assemblée de la république d'Albanie sur la limitation de l'immunité parlementaire et les conditions dans lesquelles l'ouverture d'une enquête sur des infractions de corruption et des abus d'autorité peut être autorisés, avis n°361/2005, CDL-AD (2006)005

Commission de Venise, Avis sur la nouvelle constitution de la Hongrie, n°621/2011, CDL-AD(2011)016

Commission de Venise, Avis sur trois questions juridiques apparues lors de la rédaction de la nouvelle constitution hongroise, n°614/2011, CDL-AD(2011)001

Commission de Venise, Avis sur la loi relative au Tribunal constitutionnel, n°860/2016, CDL-AD(2016)026

Commission de Venise, Avis sur le quatrième amendement à la loi fondamentale de la Hongrie, n°720/2013, CDL-AD(2013)012

Commission de Venise, Avis sur le projet de loi portant modification de la loi sur le conseil national de la justice et trois autres projets de lois, Avis n°904/2017

E.C.R.I., Rapport de l'ECRI sur la Hongrie, publié le 9 juin 2015

G.R.E.C.O., *Quatrième cycle d'évaluation, Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs, Rapport d'évaluation*, Hongrie, 27 mars 2015, Greco Eval IV Rep (2014) 10F

G.R.E.C.O., *Quatrième cycle d'évaluation, Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs, Deuxième rapport de conformité intérimaire*, Hongrie, 25 septembre 2020, GrecoRC4(2020)10

Conseil de l'Europe, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. Conseil de l'Europe, 2017, pp. 9-41.

N. Muiznieks, « La non-exécution des arrêts de la Cour : une responsabilité partagée », dans *Les carnets des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme, 23 août 2016, disponible à : <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/non-implementation-of-the-court-s-judgments-our-shared-responsibility>

Conférence de haut niveau sur « la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée », Déclaration de Bruxelles du 27 mars 2015

Notes sur la 1280^e réunion (7-10 mars 2017) en lien avec l'affaire *Baka c. Hongrie* et la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne. CM/NOTES/1280/H46-15.

Résolution (2002) 3 du Comité des ministres : Statut révisé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, 21 février 2002

Résolution CM/ResDH(2019)239 adoptée par le Comité des Ministres sur l'exécution de 33 affaires contre la Fédération de Russie, 5 décembre 2019

- **Union européenne**

Communication de la Commission au Parlement européen et au conseil, « Un nouveau cadre de l'U.E. pour renforcer l'état de droit », COM/2014/0158 final.

Proposition motivée, présentée par la Commission conformément à l'article 7, paragraphe 1, du TUE, concernant l'état de droit en Pologne, COM (2017) 835 final

Recommandation (U.E.) 2016/1374 de la Commission du 27 juillet 2016 concernant l'État de droit en Pologne, JOUE, n° L 217 du 12 août 2016, p. 53

Recommandation (U.E.) 2017/146 de la Commission du 21 décembre 2016 concernant l'État de droit en Pologne complétant la recommandation (U.E.) 2016/1374, JOUE, n° L 22 du 27 janvier 2017, p. 65

Recommandation (U.E.) 2017/1520 de la Commission du 26 juillet 2017 concernant l'État de droit en Pologne complétant les recommandations (U.E.) 2016/1374 et (U.E.) 2017/146, JOUE, n° L 228 du 2 septembre 2017, p. 19

Recommandation (U.E.) 2018/103 de la Commission du 20 décembre 2017 concernant l'état de droit en Pologne complétant les recommandations (U.E.) 2016/1374, (U.E.) 2017/146 et (U.E.) 2017/1520, JOUE, n° L 17 du 23 janvier 2018, p. 50.

Rapport relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7§1 du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, Judith Sargentini (Rapporteuse), 4 juillet 2018, A8-0250/2018

Projet de rapport intérimaire sur la proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit, 13 mai 2020, Juan Fernando Lopez Aguilar (rapporteur) COM(2017)0835-C9/2020-2017/0360R(COD)

Décision (UE) 2015/1523 du Conseil, du 14 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce (JO 2015, L 239, p. 146)

Décision (UE) 2015/1601 du Conseil, du 22 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce (JO 2015, L 248, p. 80)

VIII) DIVERS

J.Y. Morin, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, coll. Recueil des cours (Académie de droit international de La Haye) tome 254 (1995), La Haye, 1995

Site du World Justice Project : <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>

Site de suivi de la situation en Pologne (*Rule of Law in Poland*) : <https://ruleoflaw.pl/tag/jaroslawn-kaczynski/>

Site Le courrier d'Europe centrale.

J-Y. Camus, « Aux racines de l'extrême droite – Sur le Front », *Le Monde diplomatique*, mars 2004, disponible à : <https://www.monde-diplomatique.fr/2004/03/CAMUS/11089>

B.Gauquelin, « Orban affaibli par son référendum anti-migrants », dans *Le Monde*, 2016, disponible à : https://www.lemonde.fr/europe/article/2016/10/03/referendum-anti-migrants-les-hongrois-n-ont-pas-suivi-viktor-orban_5007032_3214.html?xtmc=hongrie&xtcr=2

B.Gauquelin, « Elections législatives en Hongrie : le système électoral favorise Viktor Orban », dans *Le Monde*, 8 avril 2018, disponible à : https://www.lemonde.fr/europe/article/2018/04/08/le-systeme-electoral-hongrois-favorise-viktor-orban_5282395_3214.html

V. Martenet, « Rejet de l'initiative populaire 'le droit suisse au lieu de juges étrangers' », dans *JP BLOG*, 21 janvier 2019, disponible à : http://blog.juspoliticum.com/2019/01/21/rejet-de-linitiative-populaire-le-droit-suisse-au-lieu-de-juges-etrangers-par-vincent-martenet/#_ftn3

S.Pinker, « La colère peut mobiliser mais ne résout rien », *Le un*, n°226, 21 novembre 2018, pp.5-6.

Tribune, « Il est encore possible de réanimer l'Union européenne », *Le Monde*, 24 septembre 2018

« Jobbik brève histoire d'un virage à 180° », *Visegrad Post* : <https://visegradpost.com/fr/2019/03/24/jobbik-breve-histoire-dun-virage-a-180/>

INDEX JURISPRUDENTIEL :

COMMISSION :

Com.EDH, *L'affaire grecque ou Danemark Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce* 5 novembre 1969, n°3321/67 n°3322/67 n°3323/67, n°3344/67

CEDH :

CEDH, *Golder c. Royaume Uni*, 21 février 1975

CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n°5493/72

CEDH, *Klass c. Allemagne*, 6 septembre 1978, n°5029/71

CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n°6538/74

CEDH., *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, n°6289/73

CEDH, *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, n°8691/79

CE.D.H., *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, n°8777/79

CEDH, *Deumeland c. Allemagne*, 29 mai 1986, n°9384/81

CEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, A/113

CEDH, *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, n°11801/85

CEDH, *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, n°11798/85

CEDH, *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, n°14518/89

CEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, n°13427/87

CEDH, *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, n°17851/91

CEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, n°17371/90

CEDH, GC, *Parti communiste unifié de Turquie e.a. c. Turquie*, 30 janvier 1998, n°19392/92

CEDH, *Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, n°22678/93

CEDH, *Sürek c. Turquie (n°1)*, 8 juillet 1999, n°26682/95

CEDH, *Wille c. Liechtenstein*, 28 octobre 1999, n°28396/95

CEDH, GC, *Affaire parti de la liberté et de la démocratie (OZDEP) c. Turquie*, 8 décembre 1999, n°23885/94,

CEDH, *Affaire Refah Partisi et al. c. Turquie*, 31 juillet 2001, n°41340/98 et 4 autres.

CEDH, G.C., *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, n°46295/99

CEDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n° 28957/95

CEDH, GC, *Affaire Refah Partisi (Parti de la prospérité) et al. c. Turquie*, 13 février 2003, n°41340/98 et 4 autres

CEDH, G.C., *Kleyn c. Pays-Bas*, 6 mai 2003, n°39343/98 et trois autres

CEDH, *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 février 2004, n°44158/98

CEDH, *Sidabras et Dziutas c. Lituanie*, 27 juillet 2004, n°55480/00 et 59330/00

CEDH, *Garaudy c. France*, 16 novembre 2004, n°65831/01

CEDH, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, n°46827/99 et 46951/99

CEDH, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98

CEDH, G.C., *Vilho Eskelinen c. Finlande*, 19 avril 2007, n°63235/00

CEDH, *L. c. Lituanie*, 11 septembre 2007, n°27527/03

CEDH, *D.H. et al. c. République tchèque*, 13 novembre 2007, n°57325/00

CEDH, *Ivanov c. Ukraine*, 15 octobre 2009, n°40450/04

CEDH, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, n°27996/06 et 34836/06

CEDH, *Altug Taner Akçam c. Turquie*, 25 octobre 2011, n°27520/07

CEDH, *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, n°30078/06

CEDH, *Anchugov et Gladkov c. Russie*, 4 juillet 2013 n°11157/04 et 15162/05

CEDH, G.C., *Roman Zakharov c. Russie*, 4 septembre 2014, n°47143/06

CEDH, *Affaire parti pour une société démocratique (DTP) et autres c. Turquie*, 12 janvier 2016, n°3840/10 et trois autres

CEDH, GC, *Affaire Karacsony et autres c. Hongrie*, 17 mai 2016, n°42461/13 et 44357/13

CEDH, GC, *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, n°20261/12

CEDH, *Szanyi c. Hongrie*, 8 novembre 2016, n°35493/13

CEDH, G.C., *Bélané Nagy c. Hongrie*, 13 décembre 2016, n°53080/13

CEDH, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 14 mars 2017, n°47287/15

CEDH, *Z.A. et autres. c. Russie*, 28 mars 2017, n°61411/15 et trois autres

CEDH, *Bayev et autres c. Russie*, 20 juin 2017, n°67667/09 et deux autres

CEDH, *Barbulescu c. Roumanie*, 5 septembre 2017, n°61496/08

CEDH, GC, *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n°46852/13

CEDH, GC, *Garib c. Pays-Bas*, 6 novembre 2017, n°43494/09

CEDH, GC, *Merabishvili c. Géorgie*, 28 novembre 2017, n°72508/13

CEDH, GC, *GIEM SRL et al. c. Italie*, 28 juin 2018, n°1828/06 et 2 autres

CEDH, *Navalnyy c. Russie*, 15 novembre 2018, n°29580/12 et 4 autres

CEDH, *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, 29 mai 2019, n°15172/13

CEDH, *Kavala c. Turquie*, 10 décembre 2019, n°28749/18

CEDH, GC, *MKKP c. Hongrie*, 20 janvier 2019, n°201/17
CEDH, *Alparslan Altan c. Turquie*, 14 avril 2019, n°12778/17
CEDH, G.C., *Big Brother Watch c. Royaume-Uni*, 10 juillet 2019, n°58170/13
CEDH, *M.K. et autres c. Pologne*, 23 juillet 2020, n°40503/17 et deux autres
CEDH, G.C., *Gudmundur Andri Astradsson c. Islande*, 1^{er} décembre 2020, n°26374/18
CEDH, GC, *Selahattin Demirtas c. Turquie (n°2)*, 22 décembre 2020, n°14305/17
CEDH, *Piskin c. Turquie*, 15 décembre 2020, n°33399/18
CEDH, *Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. c. Pologne*, 7 mai 2021, n°4907/18
CEDH, *Grzeda c. Pologne*, 9 décembre 2021, n°43572/18 (dessaisissement)

CJUE :

C.J.U.E., *Commission c. Hongrie*, 6 novembre 2012 aff. C-286/12
C.J.U.E., *Melloni*, 26 février 2013, off. C-399/ 11
C.J.U.E., G.C., *Aranyosi et Caldaru*, 5 avril 2016, aff. jtes n° C-404/15 et n° C-659/15
C.J.U.E., *Minister for Justice and Equality*, 25 juillet 2018, C-216/18 PPU
C.J.U.E. *Generalstaatsanwaltschaft*, 25 juillet 2018, C-220/18 PPU
C.J.U.E., *Dorobantu*, 15 octobre 2019, C-128/18
C.J.U.E., *RO*, 19 septembre 2018, C-327/18 PPU
- Conclusions de l’avocat général Maciel Szpunar présentées le 7 août 2018 sur l’affaire
RO, C-327/18 PPU
CJUE, G.C., *Simpson et HG*, 26 mars 2020, aff.jtes C-542/18 RX-II et C-543/18 RX-II

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE :

Cour constitutionnelle italienne, arrêt n°264/2012
Cour constitutionnelle italienne, arrêt n°238/2014

COUR CONSTITUTIONNELLE RUSSE :

Cour constitutionnelle russe, arrêt n°24-P, 23 septembre 2014
Cour constitutionnelle russe, arrêt n°21-P/2015, 14 juillet 2015
Cour constitutionnelle russe, arrêt n°12-II/2016 du 19 avril 2016