

2021

L'Europe face aux défis de pluralismes inattendu

Vivian Grosswald Curran

University of Pittsburgh School of Law, vcurran@pitt.edu

Follow this and additional works at: https://scholarship.law.pitt.edu/fac_book-chapters



Part of the [Comparative and Foreign Law Commons](#), [Human Rights Law Commons](#), [Intellectual Property Law Commons](#), [International Law Commons](#), [Law and Politics Commons](#), [Law and Society Commons](#), [Legal History Commons](#), [Legal Remedies Commons](#), and the [Transnational Law Commons](#)

Recommended Citation

Vivian G. Curran, *L'Europe face aux défis de pluralismes inattendu*, *Des mélanges ouverts : cheminer avec Mireille Delmas-Marty* (2021).

Available at: https://scholarship.law.pitt.edu/fac_book-chapters/28

This Book Chapter is brought to you for free and open access by the Faculty Publications at Scholarship@PITT LAW. It has been accepted for inclusion in Book Chapters by an authorized administrator of Scholarship@PITT LAW. For more information, please contact leers@pitt.edu, shephard@pitt.edu.

(forthcoming in *Des mélanges ouverts : cheminer avec Mireille Delmas-Marty* (Geneviève Giudicelli-Delage *et al.*, ed.s)

L'Europe face aux défis de pluralismes inattendus

Vivian Grosswald Curran

Abstract

This contribution to a Festschrift in honor of Mireille Delmas-Marty explores the challenges for Delmas-Marty's aim of "ordered pluralism" within the EU, given the departures from fundamental EU values by some of its Member States in recent years. It touches on the divided pasts of the Western and Eastern members of the EU, building on work of C. Joerges and T. Snyder in that area, addressing how the different historical narratives may be understood. It also suggests the utility of Article 17 of the European Convention, as was done by the partially concurring, partially dissenting judges in the *Navalny v. Russia* decision, as a better tool for addressing the "liberticide" acts of EU Member States than those European Convention tools currently being used. This short piece is part of a larger project that will appear in English at a later date.

Introduction

Dans son ouvrage, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*,¹ Mireille Delmas-Marty signale les dangers "de perdre la démocratie au motif de la défendre"² et démontre combien "un brouillage terminologique"³ a son rôle à jouer en obscurcissant les faits. Cette contribution nous amène sur un autre terrain que celui de la loi qui a inspiré son livre, mais elle s'inspire des idées que l'œuvre de Mireille Delmas-Marty nous offre, et évoque d'autres situations en Europe où d'autres lois et actes nuisent à la démocratie au motif de la défendre.

Il s'agira dans ce chapitre de jeter un regard sur l'érosion des valeurs démocratiques dans quelques pays européens, d'essayer de prendre en compte leurs passés, et de suggérer l'utilité de l'Article 17 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales

¹ Paris, Seuil (2010).

² *Ibid.*, p. 11.

³ *Ibid.*

(la Convention) pour contrer “avant qu’il ne soit trop tard”⁴ les actes d’États qui détruisent leurs institutions démocratiques. S’agit-il aujourd’hui de valeurs inconciliables à l’intérieur du Conseil de l’Europe? L’œuvre de Mireille Delmas-Marty met l’accent sur l’harmonisation, sur un pluralisme ordonné,⁵ tout comme les organes de l’Europe visent à laisser une marge d’appréciation aux États. Dans le cas actuel de la Pologne et de la Hongrie, il est néanmoins permis de maintenir des doutes sur l’acceptation populaire des mesures antidémocratiques⁶. Même avant de nous interroger sur les passés divergents des États occidentaux et de leurs voisins en Europe, il y a lieu d’explorer l’attitude de l’Europe à l’égard de ses divisions. Il est à retenir aussi que parmi les questions concernant la Hongrie et la Pologne est de savoir si les fondations de l’Union européenne risquent d’être mises en cause.⁷

Mémoires collectives⁸ et la politique européenne de regarder en avant

Un livre paru en 2009 continua le travail de Christian Joerges sur la mémoire divergente des nations européennes qu’il avait poursuivi pendant qu’il fut professeur de droit à l’Institut universitaire européen.⁹ Joerges a beaucoup fait pour attirer l’attention sur deux auto-perceptions de victimisation incompatibles qui se heurtaient au sein de l’Europe et qui attisaient le ressentiment des pays de l’Est qui ne trouvaient pas de structure juridique capable de répondre à leurs besoins. C’est en mettant l’accent sur une défaillance du droit que Joerges se distingue de la plupart des auteurs qui ont commencé dans les années récentes à reconnaître l’importance et les séquelles de la répression soviétique dans le vécu des États-membres de l’UE de l’ancien bloc soviétique, situation contraste avec la mémoire occidentale focalisée sur la période nazie traumatisante. Or, il s’agit de deux visions mutuellement hostiles et contradictoires dans la mesure où l’armée allemande combattait la Russie soviétique pendant la deuxième guerre mondiale et fut indéniablement perçue comme libératrice par une partie de sa population. Les auteurs cherchent un moyen d’harmoniser les peuples jusqu’ici séparés en découvrant de nouveaux intérêts communs.¹⁰

⁴ V. L. Pech, K.L. Scheppele, W. Sadurski, “Before It’s Too Late: Open Letter to the President of the European Commission regarding the Rule of Law Breakdown in Poland”, *Verfassungsblog on matters constitutional* (28 sept. 2020), <https://verfassungsblog.de/before-its-too-late/>.

⁵ Mireille Delmas-Marty, *Le Pluralisme ordonné. Les Forces imaginantes du droit* (Seuil, 2006).

⁶ Les régimes qui se maintiennent au pouvoir par des moyens autoritaires après une élection initiale démocratique revendiquent leur soutien populaire mais les sondages indiquent le contraire. V. K.L. Scheppele, “Understanding Hungary’s Constitutional Revolution”, in *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area* (dir. Armin von Bogdandy et Pal Sonnevend, Oxford, 2015), p. 111.

⁷ V. Zoltan Szente, “Challenging the Basic Values – Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to Tackle Them”, in *the Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance* (dir. Andras Jakab et Dimitry Kochenov, Oxford, 2017), p. 457.

⁸ V. Maurice Halbwachs, *La mémoire collective* (Presses universitaires de France, 1950).

⁹ *Schmerzliche Erfahrungen der Vergangenheit und der Prozess der Konstitutionalisierung Europas* (dir. Christian Joerges, Matthias Mahlmann & Ulrich K. Preuß, 2009).

¹⁰ V. *idem*, p. 17.

Ils estiment que le progrès dépend d'un changement de politique constitutionnel en Europe, une reconnaissance des passés disparates et douloureux à l'origine de l'UE.¹¹ La politique européenne au contraire a été de ne regarder qu'en avant, effaçant les divisions nationales.¹² Alors que le Traité de Lisbonne¹³ faisait référence discrète et assez obscure à des expériences pénibles dans son préambule dans un premier temps (« *Convaincus que l'Europe, désormais réunie au terme d'expériences douloureuses, entend avancer sur la voie de la civilisation, du progrès et de la prospérité, pour le bien de tous ses habitants ...* »), même cette petite dose de réalité fut supprimée dans sa version finale.¹⁴ Comme le souligne Jarausch, le traité ne mentionne ni les deux terribles guerres mondiales (et autres) qui ont amené Schumann et Adenauer à chercher une issue aux interminables conflits du passé, ni l'holocauste, ni le gulag.¹⁵ Il représente l'Europe comme une unité pluraliste qui ne pose aucun problème.¹⁶

Joerges espérait voir des structures au niveau du droit émerger en Europe pour reconnaître la nature contradictoire de l'Europe après son élargissement.¹⁷ Il ironise qu'il ne suffit pas de débattre des monuments consacrés aux juifs ou aux gitans, ou du pays qui a le droit de revendiquer Albert Einstein comme son ressortissant, mais de construire un droit européen capable de ne pas nier des besoins difficilement conciliables.¹⁸ Pour cela, Joerges propose une procédure juridique qui vise à l'interprétation du droit au vu de traditions juridiques différentes, une idée qu'il appelle *Kollisionsrecht*.¹⁹ Le temps n'était pas de son côté. La culture de mémoire actuelle sépare l'Europe, les victimes d'idéologies nazies ou soviétiques rivalisant les unes avec les autres pour être reconnues. Dans la partie suivante nous discutons du passé de l'Europe orientale.

La Hongrie et la Pologne

¹¹ V. en particulier K.H. Jarausch, "Konfliktierende Erinnerungen, nationale Prägungen, Verständigungsversuche und europäische Geschichtsbilderin", in *idem*, pp. 15-25.

¹² V. V.G. Curran, "Elephant in the Room", in "History, Memory and Law", 16 *Roger Williams Law Review* 100, pp. 105 – 109 (2011).

¹³ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne.

¹⁴ Joerges et ses co-auteurs ont titré leur ouvrage après cette référence effacée du Préambule aux "expériences douloureuses").

¹⁵ K. H. Jarausch, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶ V. *ibid.*

¹⁷ C. Joerges, "Kollisionsrecht als Form der Konstitutionalisierung Europas nach "schmerzliche Erfahrungen": Zur Kritik der Geschichtsvergessenheit der Europarechtswissenschaft," in *Schmerzliche Erfahrungen, op. cit.*, p. 36. V. aussi T. Snyder, *infra* ("Les Européens doivent trouver le moyen de changer le récit pour inclure l'Est autant que l'Ouest")(notre traduction).

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, p. 41. V. aussi C. Joerges, "The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form", (RECON Online Working Paper No. 5, 2010), http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_1005.pdf?fileitem=5456171; C. Joerges, "Re-Conceptualising European Law as Conflicts Law, the ECJ's Labour Law Jurisprudence and Germany's Federal Constitutional Court," in *Interdisciplinary Studies of Comparative and Private International Law* (Bea Verschraegen, dir., vol. I, 2010).

Nous trouvons souvent le terme « démocratie illibérale » pour décrire les régimes contemporains en Hongrie et Pologne,²⁰ description suggérée par Viktor Orban.²¹ Il serait plus exact de dire que ces pays œuvrent à conserver des apparences de structures démocratiques alors que l'essence de la démocratie et les valeurs démocratiques foncières de l'Union européenne n'y sont plus.²² Selon Kim Lane Scheppele, il s'agit d'un « légalisme autocratique ».²³ Un auteur qui y voit pourtant une conception alternative de démocratie parle d'une vision de la « souveraineté populaire de la nation » qui prime sur les droits de l'homme, la procédure équitable et le droit international.²⁴

Les deux ruptures européennes historiques respectives, 1945, la fin de la deuxième guerre mondiale, et 1989, la chute de l'empire soviétique, ont servi à créer des « évidences » disparates. Le joug nazi a construit la volonté de sauvegarder les droits de l'homme, de reconnaître l'importance de l'individu et de se méfier du nationalisme comme une menace à ces valeurs, ainsi qu'une redoutable cause de conflit et de guerre. En revanche, l'Union soviétique réprimait les nations, effaçait les langues et cultures régionales et représentaient un totalitarisme brutal.²⁵ La réaction des pays libérés de son emprise était de voir la nation comme sauvegarde de l'autonomie du pays et des forces étrangères.²⁶ Or, selon Timothy Snyder, « Mille neuf cents quarante-cinq ... signifie quelque chose d'entièrement différent dans la plupart de l'Europe de l'Est [que de l'ouest] – pour la majorité des citoyens entrés dans l'UE en mai 2004. Pour eux, 1945 signifie une transition d'une occupation à une autre ; du pouvoir nazi au pouvoir soviétique. C'est le commencement de deux générations de pouvoir communiste, qui pour la plupart des gens ne représentait pas une expérience de progrès. »²⁷

²⁰ M. Todmey, "History, Nationalism and Democracy: Myth and Narrative in Viktor Orban's Hungary," 25(1) *New Perspectives* 1 ((2018); F. Zakaria, "The Rise of Illiberal Democracy," 76 *Foreign Affairs* 22 (1997); Peter J. Verovsek, "Caught between 1945 and 1989: collective memory and the rise of illiberal democracy in postcommunist Europe", 28 *Journal of European Public Policy* 840 (2021).

²¹ Monika Pronczuk, "A Culture War Between Europe and Hungary Escalates Over L.G.B.T.Law", *New York Times*, 24 juin 2021 à <https://www.nytimes.com/2021/06/23/world/europe/hungary-europe-lgbt-culture-war.html?action=click&module=In%20Other%20News&pgtype=Homepage>.

²² V. *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance* (dir. Andras Jakab et Dimitry Kochenov, Oxford, 2017).

²³ K. L. Scheppele, "Autocratic Legalism", 85 *University of Chicago Law Review* 545 (2018). (Notre traduction).

²⁴ Verovsek, *op cit.*, p. 841.

²⁵ Verovsek souligne que "le communisme ... est un mouvement global qui 'fonctionne indépendamment de toute nationalité'" selon la formule du *Manifeste communiste*. *Op cit.*, p. 847. (Notre traduction).

²⁶ V. *ibid.*

²⁷ T. Snyder, "Balancing the books", *Eurozine*, 3 May 2005, at <https://www.eurozine.com/balancing-the-books/>. (Notre traduction). Snyder rappelle aussi que la mémoire des membres de 2004 comprend le fait que l'occupation allemande fut beaucoup plus sauvage dans l'Europe de l'Est que dans l'Europe occidentale. Il note aussi qu'aucun Polonais ni juif n'ignore la différence entre les soulèvements du ghetto de Varsovie et le soulèvement de Varsovie, il est habituel que les Allemands et Français soient incapables de les distinguer: "Que les Français ignorent le soulèvement de Varsovie suggère une certaine limite à l'intérêt que suscite en eux la résistance aux Nazis. Que des Allemands n'aient aucune connaissance du soulèvement de Varsovie signifie qu'ils ignorant que les forces allemandes ont tué des dizaines de milliers de civils, et ensuite incendié au sol une capitale européenne voisine." *Idem.* (Notre traduction).

Or, selon Verovsek, Orban et Kaczynski²⁸ revendiquent l'importance de la nation « en créant des récits qui représentent l'histoire comme une succession de désastres imposés par des puissances externes, »²⁹ d'où la conclusion de l'importance de l'autonomie nationale et la relégation à un niveau d'une moindre importance les valeurs occidentales protectrices de l'individu et des populations minoritaires. La mémoire collective est réelle, mais les mesures autoritaires tendent à exclure une alternative aux leaders élus, et les abus de la mémoire abondent. Or, en 2020, après le veto de la Pologne et la Hongrie du budget européen en représailles contre la conditionnalité du versement de fonds par rapport au respect de l'état de droit, Orban déclare à la radio hongroise que « [n]ous n'avons pas créé l'UE pour avoir une deuxième Union soviétique. »³⁰

Dans son ouvrage important, *Bloodlands*, Timothy Snyder explique le génocide hitlérien en partie en fonction de la destruction des nations par Staline en ce sens que le premier ne fut pas encore possible sans cet acte³¹. Ces destructions d'États ouvraient un vide de droit. Dans la tentative de surmonter non pas les nations mais les nationalismes et ce dans leurs excès, dans l'absence d'un état de droit et d'adhérence à ses valeurs foncières, l'Europe doit trouver le moyen de combler les lacunes pour sauvegarder les États ainsi que leurs populations, toutes vulnérables, car chaque individu est minoritaire. Nous attendons les résultats de la Cour de justice dont la progression impressionnante et étonnante des dernières années est le sujet d'un article de Dimitry Kochenov à paraître dans le *Polish Yearbook of International Law*.³² Dans la section suivante, nous nous penchons sur un outil pour la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

La CEDH et l'article 17.

L'article 17, parfois évoqué par des requérants à l'encontre d'États, n'a pas été une théorie fructueuse que la CEDH a voulu employer jusqu'à présent dans ses décisions, trouvant que d'autres moyens suffisaient à résoudre les questions posées,³³ quoiqu'il s'adresse directement

²⁸ Orban est premier ministre de la Hongrie depuis 2010 ainsi que co-fondateur et chef du parti conservateur Fidesz. Kaczynski est président du parti majoritaire et ultraconservateur, Droit et justice, et devient vice-premier ministre de la Pologne en 2020 après avoir été premier ministre de 2006 à 2007. Fidesz sera exclu temporairement du Parlement européen en 2019. En 2021, Orban quitte le parti Populaire européen pour éviter une exclusion imminente. V. Catherine Chatignoux, "Le parti de Viktor Orban se bannit lui-même du PPE au Parlement européen", *Les Échos* (3 mars 2021), à <https://www.lesechos.fr/monde/europe/le-parti-de-viktor-orban-quitte-le-ppe-au-parlement-europeen-1294986>.

²⁹ *Op. cit.*, p. 847. (Notre traduction).

³⁰ Jules Lastennet, mis à jour par Boram Tobelem, "Qui est Viktor Orban, Premier ministre hongrois et champion de la 'démocratie illibérale'?", *Toute l'Europe* (1 juin 2021), à <https://www.touteurope.eu/fonctionnement-de-l-ue/qui-est-viktor-orban-premier-ministre-hongrois-et-champion-de-la-democratie-illiberale/>.

³¹ Timothy Snyder, *Bloodlands: Europe Between Hitler and Stalin* (Hachette, 2012). V. aussi T. Snyder et L.L. Gabrijelcic, "Beware the destruction of the state!" *Ezine*, 9 sept. 2016 à <https://www.eurozine.com/beware-the-destruction-of-the-state/>.

³² Dimitry Vladimirovich Kochenov, "De Facto Power Grab in Context: Upgrading Rule of Law in Europe in Populist Times", *XL Polish Yearbook of International Law* (2021).

³³ V. l'affaire des colonels grecs, Comm. Eur. D.H., req. no. 3327/67, 3322/67, rapport du 5 nov. 1969, *Ann. XII*, où les quatre pays requérants ont plaidé l'article 17 mais la Commission juge qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la question sur ce terrain parce que les infractions de l'article 15 suffisent. Dans l'affaire *Novalny c/ Russie*, ce ne sera

aux devoirs des États : « 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 et libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »

Son utilité éventuelle a été signalée par d’autres. Il y a plus de vingt ans, Sébastien Van Drooghenbroeck analysait ses avantages (et désavantages)³⁴. Plus récemment, Thomas Hochmann propose l’article 17 comme étant le mieux placé pour « affronter les démocraties illibérales.³⁵» L’article 17, selon Hochmann, « a sombré dans l’oubli le plus complet. »³⁶ Il est des lois de ce genre, peu ou jamais évoquées, qui peuvent être réanimées. Nous pensons à l’exemple de l’*Alien Tort Statute* aux États-Unis, adoptée par le premier Congrès en 1789 et tombée en désuétude jusque dans les années 1970 où elle devint le moteur de nombreux procès dans le domaine des droits de l’homme internationaux.³⁷ Les cours européennes œuvrent avec certains traits méthodologiques des pays de common law – plus les avocats des requérants proposent une théorie juridique à résonance sociale, plus il y a de chances que les juges répondent à l’affirmatif, et l’opinion dissidente d’un jour peut devenir la décision majoritaire du lendemain.³⁸ Or, dans l’affaire *Navalny c/ Russie*, l’opinion en partie concordante et en partie dissidente de cinq juges raisonnait que l’article 18, une des bases de l’opinion majoritaire, n’était pas capable de soutenir le résultat si on appliquait fidèlement les critères des précédents.³⁹ Selon ces juges, « il eût été plus approprié et utile d’examiner cette question sur le terrain de l’article 17. »

Ce qui rendait l’article 17 tellement approprié dans l’affaire *Navalny* s’applique aussi bien aux autres régimes autocratiques au sein du Conseil de l’Europe. Il s’agit des faits combinés qu’il s’adresse aux États, comme le souligne l’opinion concordante et dissidente suscitée,⁴⁰ et qu’il s’applique au-delà des cas d’urgence à tout acte liberticide que commettrait un État.⁴¹ Évoquant les travaux préparatoires de la Convention, les cinq juges rappellent que l’article 17 était rédigé dans le sillon de l’article 30 de la Déclaration universelle des droits de l’homme et ce à l’instar du représentant italien qui comprenait les risques susceptibles de provenir

pas le requérant mais le gouvernement russe qui évoquera l’article 17 en arguant que Navalny l’avait violé. V. par.161).

³⁴ S. Van Drooghenbroeck, “L’Article 17 de la Convention européenne des droits de l’homme: incertain et inutile?”, in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit* (dir. H. Dumont, P. MAndoux, A. Strowel, F. Tulkens, Bruylant, 2000).

³⁵ T.Hochmann, “La Cour européenne des droits de l’homme face aux démocraties illibérales. Pour une application de l’article 17 contre les États.”, 4 *RFDA* 725, p. 726 (juillet-aout 2020).

³⁶ *Ibid.*, p. 726.

³⁷ Cette loi s’efface de nouveau comme outil contre les sociétés multinationales avec la décision *Nestle USA, Inc. v. Doe et al.*, 593 U.S. – (2021), *slip op.* à https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-416_i4dj.pdf.

³⁸ V. E. H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (University of Chicago Press, 1962).

³⁹ Notamment de *Merabishvili c/ Géorgie*, [GC] n. 72508/13 J 309, 28 nov. 2018. V. *Navalny c/ Russie*, par. 1(op. en partie conc. en partie diss.)

⁴⁰ Par. 7.

⁴¹ *Ibid.*

d'États.⁴² Comme le rappelle Van Drooghenbroeck, « (l) a Convention européenne des droits de l'Homme n'est pas née à Rome, mais à Auschwitz et Bergen Belsen ... »⁴³ Au fil des années, jusqu'à récemment, ce n'était plus le danger des États liberticides qui inquiétait mais plutôt le danger que posait l'Europe : « pendant longtemps, l'Union elle-même représentait une menace plus grave aux valeurs des États membres ... »⁴⁴.

L'opinion des cinq juges qui préconisèrent l'application de l'article 17 cite les représentants italien et français aux travaux préparatoires de la Convention et notamment leur mise en garde contre un régime qui supprimerait la démocratie à l'avenir tout en semblant la respecter, donnant l'exemple de l'Italie fasciste qui (comme la France sous Vichy) n'abrogea pas la Constitution.⁴⁵ Même l'Allemagne hitlérienne gardait son Code civil, le BGB, pendant toute la période nazie. Tous ces régimes profitaient autant que possible d'une apparence d'un état de droit, Hitler se targuant de ce que l'Allemagne restait un *Rechtstaat*.⁴⁶ Comme le signale Van Drooghenbroeck, « (l) a difficulté réside tout d'abord dans la *dissimulation*, par les auteurs d'actes ou activités virtuellement passibles de l'article 17, de leur visée de destruction des droits et libertés conventionnellement garantis. »⁴⁷

La Hongrie et la Pologne ont suivi le modèle décrit par le représentant italien aux travaux préparatoires de la Convention qui proposa l'article 17, c'est-à-dire de dénuer de substance les revendications de démocratie tout en dissimulant tant bien que mal par le biais de lois qui ont « en réalité pour but de l'effacer ». ⁴⁸ Kim Lane Scheppele décrit comment ces chefs d'État détruisent les systèmes constitutionnels de leurs pays loi par loi, en employant le langage de la démocratie et ses apparences structurelles pour masquer leurs objectifs et rendre la transformation de la nature foncière du système politique aussi peu visible que possible.⁴⁹ Elle parle de « *constitutional malice* » ou « malveillance constitutionnelle » pour ces procédés et discute de la Russie, la Turquie, la Hongrie et la Pologne.⁵⁰ Le processus modèle est une élection démocratique suivie de « réformes ». Dans le cas de la Hongrie, après son élection, le parti d'Orban a réécrit la constitution et ensuite adopté d'innombrables lois, y incluses des lois électorales pour assurer qu'il reste au pouvoir.⁵¹ La liste continue avec l'abrogation de toutes les institutions démocratiques, telle l'indépendance du pouvoir judiciaire. Décrivant un « délire constitutionnel »⁵², Scheppele témoigna devant la Commission Helsinki qu'après son élection en 2010, Fidesz amenda la Constitution douze fois, adoptant des amendements qui le laissait dorénavant libre de créer une nouvelle Constitution, ce qu'il fit ensuite, la rédigeant dans le

⁴² *Ibid.*, par. 12. V. aussi Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, n. 23.

⁴³ *Ibid.*, p. 144, par. 12.

⁴⁴ Dimitry Kochenov, "The *Acquis* and Its Principles: The Enforcement of the 'Law' Versus the Enforcement of 'Values in the EU", in *The Enforcement of EU Law and Values*, *op. cit.*, p. 13. (Notre traduction).

⁴⁵ V. *Navalny*, par. 12., *op. conc. et diss.*

⁴⁶ V. V.G. Curran, "The Legalization of Racism in a Constitutional State: Democracy's Suicide in Vichy France," 50 *Hastings Law Journal* 1, 40, n. 122 (1998).

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 166-167, par. 58.

⁴⁸ V. *Navalny*, par. 13, *op. conc. et diss.* (citant, M. Teitgen, représentant français aux travaux préparatoires).

⁴⁹ Scheppele, "Autocratic Legalism", *op. cit.*

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 550-555.

⁵¹ *Ibid.* V. aussi " Scheppele, "Understanding Hungary's Constitutional Revolution", *op. cit.* p. 111.

⁵² "a constitutional frenzy". Scheppele, "Understanding Hungary's Constitutional Revolution", *ibid.*

secret et l'adoptant avec des voix parlementaires uniquement du parti Fidesz, processus dénué de « l'influence de partis opposants, d'organisations de la société civile ou du grand public. Il n'y eut aucune ratification populaire. »⁵³ Même cette nouvelle Constitution fut sujet à un amendement, celui-ci mettant fin à la séparation des pouvoirs : « Sous la feinte de réforme constitutionnelle, le régime Fidesz s'est alloué des pouvoirs quasiment sans limites. »⁵⁴ L'opinion en partie concordante et en partie dissidente de *Navalny* identifie diverses éventualités parmi les abus d'État susceptibles d'entraîner l'application de l'article 17, notamment des « incidents qui, pris l'un après l'autre, apparaissent être des violations isolées et évidentes mais qui, pris ensembles, font ressortir un problème plus grave de violations systémiques tendant au bout du compte à la destruction des droits et libertés énoncés dans la Convention. Voilà le véritable abus de droit ou de pouvoir : un système de violations. Un tel système peut se manifester sous diverses formes, à chaque niveau où s'exerce l'autorité de l'État : une législation (...) liberticide, une pratique administrative restrictive, (...) ou l'engagement systématique de poursuites judiciaires »⁵⁵ Le mot « Fidesz » signifie « jeunes démocrates » mais l'État d'Orban fonctionne comme la susdite description des juges de la CEDH, « prenant souvent la forme de harcèlement systématique ou de poursuites judiciaires. Alors que certains chefs autoritaires déploieraient des voyous, Orban et Fidesz déploient des juristes, des législateurs des fonctionnaires redevables ... et essaient de garder le déni plausible concernant leurs objectifs. »⁵⁶ Scheppele insiste sur le fait que ces chefs d'États autoritaires apprennent et imitent leurs stratégies les uns des autres.⁵⁷

Conclusion

Mireille Delmas-Marty rappelait dans *Pour un droit commun* « qu'il n'existe pas une entité juridique nommée Europe, ni même une vision unique et préétablie »⁵⁸ L'Europe préconise et pluralisme et autonomie. D'un côté les valeurs de toute l'Europe sont mises en cause par les régimes autocratiques. De l'autre côté, « la solution sortie »⁵⁹ laisserait encore plus isolés des peuples qui ont subi invasions et répressions politiques au long de leurs histoires. Le droit traditionnel ne nous montre pas la voie pour éviter les binarismes et rapports de force qui s'annoncent à l'horizon. Le réseau créé par Delmas-Marty, dit « ID » pour « internationalisation » mais aussi pour « imagination » du droit, tend au dialogue avec « l'autre », comme la tentative de Joerges. Le dialogue peut éterniser le statu quo mais il peut aussi s'avérer transformateur,⁶⁰ tout comme le droit européen s'adapte d'ores et déjà à ses nouveaux défis.

⁵³ *Ibid.* (Notre traduction).

⁵⁴ *Ibid.*, p. 112. (Notre traduction).

⁵⁵ *Op. cit.*, par. 17.

⁵⁶ H. Case, "Viktor Orban's Hungary. The Road to Keleti Station," *Jewish Quarterly* (mai 2021).

⁵⁷ Scheppele, "Autocratic Legalism", *op. cit.*, pp. 550-552.

⁵⁸ (Seuil) p.54.

⁵⁹ Kochenov, in Jakab et Kochenov, *op. cit.*, p. 23 ("the exit card").

⁶⁰ Selon A. Grant, psychologue organisationnel à la Wharton School, Université de Pennsylvanie, cité par Nicholas Kristof, "How Can You Hate Me When You Don't Even Know Me?", *New York Times* (26 juin 2021).