

Qu'est-ce qui rend les juridictions constitutionnelles si vulnérables ? Anatomie de leur fragilité dans les processus de recul démocratique

Marta Aurino

Enseignante-chercheuse postdoctorale en droit public - Sciences Po Paris

Chercheuse invitée - European University Institute

Docteure en droit constitutionnel - Universités de Bordeaux et Naples Federico II

Ceci est une version provisoire ; toute remarque ou suggestion sera grandement appréciée.

Contact : marta.aurino@sciencespo.fr

Depuis 2019, les gouvernements qualifiés d'illibéraux connaissent une progression significative à l'échelle globale. En 2025, selon le *Democracy Index*, seuls 26 pays au monde satisfont aux critères minimaux pour être classifiés comme des démocraties accomplies¹. Ce constat chiffré n'est pas anodin : il traduit une transformation structurelle des régimes politiques contemporains, dont les effets se font sentir jusque dans l'architecture normative des États qui se réclament pourtant de la tradition constitutionnelle libérale. Comme le rappelle Günter Frankenberg², si le XX^e siècle fut l'ère des droits de l'homme, le XXI^e est menacé par le retour du pouvoir autoritaire, non pas sous la forme d'une rupture révolutionnaire, mais à travers une mutation progressive, souvent imperceptible, des formes mêmes de la légalité démocratique. Cette dynamique constitue un défi direct à la thèse fukuyamienne de la fin de l'histoire, selon laquelle la démocratie libérale représentait l'horizon indépassable des sociétés modernes³.

Avant d'aller plus loin, une clarification conceptuelle s'impose, afin d'éviter tout abus de langage autour de la notion de constitutionnalisme. Certains auteurs soutiennent que l'expression « constitutionnalisme illibéral » ne peut être conçue qu'en termes oxymoriques et est, à ce titre, intrinsèquement incorrecte⁴. Le constitutionnalisme, dans cette acception, constitue un ensemble de valeurs qui ne se déclinent pas en sens « neutre » et qui sont incompatibles avec toute approche illibérale. Il est dès lors plus rigoureux de raisonner en termes de constitutionnalisme malade, et plus encore de constitutionnalisme autoritaire⁵.

Landau nous invite à distinguer les *liberal democratic constitutions* des *authoritarian constitutions*, et introduit la catégorie intermédiaire d'*illiberal democratic constitution* : reprenant Zakaria⁶, il définit ces dernières comme fondées sur la volonté populaire, et donc sur des élections libres et régulières, mais dépourvues de la séparation des pouvoirs et des

¹ Voir EIU Democracy Index 2025, [[en ligne](#)].

² G. Frankenberg, « Authoritarian constitutionalism: coming in terms with modernity's nightmares », in G. H. Alviar, G. Frankenberg (dir.), *Authoritarian constitutionalism : Comparative analysis and critique*, 2019, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 1-36.

³ F. Fukuyama, *The end of history?*, The free press, 1992.

⁴ A. Spadaro, « Dalla democrazia costituzionale alla democrazia illiberale », in *DPCE*, n°3, 2020, p. 3978 ss.

⁵ En ce sens : M. Tushnet, « Authoritarian Constitutionalism », in *Cornell Law Review*, vol. 100 (2), 2015; C. Pinelli, « Illiberal regimes in the perspective of comparative constitutionalism », in *Rivista di Diritti Comparati*, n°1, 2017, p.7 ss.; J. Sawicki, « Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato », Giappichelli, 2018; A. Di Gregorio, *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro- orientale, baltica e balcanica*, Cedam, 2019, p. 1 ss.

⁶ F. Zakaria, « The rise of illiberal democracy », in *Foreign affairs*, 1997, pp. 22-44.

mécanismes de limitation de la volonté majoritaire caractéristiques des constitutions libérales. Cette tendance peut ainsi être définie comme un pattern constitutionnel dans lequel « des présidents et partis puissants en place peuvent orchestrer des changements constitutionnels afin de se rendre très difficiles à déloger et de neutraliser des institutions telles que les tribunaux, conçues pour contrôler l'exercice de leur pouvoir »⁷. À l'opposé de cette dérive, nous entendons la constitution - dans le sens retenu par ce travail - comme le dispositif normatif qui permet de répondre à la question fondamentale posée par Popper : « Comment pouvons-nous organiser les institutions politiques de manière à empêcher les dirigeants mauvais ou incompetents de causer trop de dégâts ? »⁸. Les constitutions existent précisément pour cette raison : organiser les pouvoirs et délimiter les libertés. Comme l'écrivait Hannah Fenichel Pitkin en 1987 : « Les constitutions se font, elles ne se trouvent pas... elles sont des créations humaines, le produit de conventions, de choix et de luttes politiques »⁹. C'est dire que les constitutions ne sont jamais des données naturelles ou des constructions neutres : elles sont le produit d'un choix politique, et c'est précisément pourquoi elles peuvent être détournées, vidées de leur substance, ou retournées contre les principes mêmes qu'elles sont censées garantir.

C'est précisément ce socle que les dynamiques contemporaines de régression démocratique viennent éroder. Les évolutions récentes dans un nombre croissant de démocraties démontrent que les dispositifs constitutionnels peuvent être retournés contre les objectifs mêmes qu'ils sont censés garantir. Plutôt que de suspendre les constitutions par des coups d'État ou des ruptures révolutionnaires, les gouvernements élus contemporains procèdent fréquemment par voie de légalité formelle : modification des textes constitutionnels, remaniement des nominations judiciaires, affaiblissement des organes de contrôle, réinterprétation des règles institutionnelles, le tout en préservant une légitimité électorale de façade¹⁰. Les garanties constitutionnelles ne mettent donc pas les procédures démocratiques à l'abri d'usages impropres. Comme le soutient Kim Lane Scheppele, nous assistons à la montée de l'« légalisme autocratique »¹¹ : les menaces contre la démocratie viennent souvent « d'en haut », de la classe dirigeante élue elle-même, qui use du droit pour saper le droit.

L'autoritarisme contemporain se comporte ainsi comme un caméléon : il s'adapte à des contextes variés, fasciste, bureaucratique, populiste ou technocratique, et obscurcit ses règles de fonctionnement pour échapper à tout contrôle¹². L'exemple hongrois sous la direction de Viktor Orbán en offre l'illustration paradigmatique : Orbán a explicitement défendu la supériorité d'une « démocratie chrétienne illibérale » sur le modèle libéral, conduisant à une « déconsolidation démocratique » dans laquelle l'élite au pouvoir ne partage plus les valeurs fondamentales du régime qu'elle prétend incarner.

Mais les menaces viennent aussi « d'en bas » : dans les démocraties consolidées, les générations les plus jeunes considèrent de moins en moins que vivre dans une démocratie constitue une

⁷ D. Landau, « The Myth of the Illiberal Democratic Constitution », in *Public law research paper*, n°21-08, 2021.

⁸ K. Popper, *The open society and its enemies*, Routledge, 1945, ch. 7.

⁹ H. Fenichel Pitkin, The idea of a Constitution, in *Journal of legal education*, vo. 37, 1987, pp. 167 ss.

¹⁰ Roberts et alii, 2025

¹¹ K. Lane Scheppele, « Autocratic legalism », in *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, pp. 545-584.

¹² G. Frankenberg, *op. cit.*

nécessité absolue. Ce phénomène s'explique notamment parce que la démocratie s'est souvent réduite à des procédures (démocratie *input*) sans parvenir à produire des politiques publiques adéquates (démocratie *output*) garantissant des droits substantiels tels que le droit au travail ou les protections sociales. C'est précisément dans cet espace de manœuvre propre à la représentation moderne que réside la possibilité, pour les représentants eux-mêmes, de recourir aux procédures démocratiques afin de « vider » une constitution de sa substance, de l'intérieur.

Au cœur de cette dynamique se trouve une institution particulièrement exposée : la juridiction constitutionnelle. Susceptibles par leur essence même de constituer une limitation à l'exercice du pouvoir, les cours constitutionnelles comptent parmi les institutions les plus fréquemment soumises à des pressions de la part des gouvernements illibéraux. L'argument central de ce travail est que les atteintes à l'indépendance judiciaire constituent fréquemment une première étape stratégique dans un processus plus large de transformation illibérale. Les cours occupent en effet une place singulière au sein des démocraties constitutionnelles : elles peuvent contrôler l'action de l'exécutif, invalider les législations inconstitutionnelles et préserver l'équilibre entre règle majoritaire et contrainte constitutionnelle¹³. Les gouvernements cherchant à consolider leur emprise sur le pouvoir tendent donc à privilégier, en premier lieu, l'affaiblissement des institutions judiciaires.

Après la figure de la « cour gardienne des valeurs », puis celle de la « cour médiatrice des conflits sociaux »¹⁴, semble désormais s'imposer l'ère du suprématisme judiciaire, dans laquelle les Constitutions apparaissent comme un ensemble de normes réflexives issues de l'expérience concrète, interprétées et continuellement réélaborées par la juridiction et par les juristes propres à l'État constitutionnel contemporain. Les mutations qui traversent la société trouvent ainsi leur prolongement dans la Constitution et dans l'exercice des pouvoirs qu'elle institue. Les juridictions constitutionnelles n'échappent pas à ces dynamiques, notamment lorsqu'elles manifestent une propension accrue à entrer en résonance avec les forces et les mouvements qui animent la « vie » sociale, embrassant une vision de la justice entendue en sens « relationnel »¹⁵.

Une question demeure pourtant largement sous-explorée par la doctrine : que faire des juridictions dont la composition a été manipulée, une fois que les acteurs politiques responsables de cette manipulation ont perdu le pouvoir ? Peut-on « dépacker » une cour ? Et si oui, à quelles conditions ? Kosar évoque à ce propos des « guerres du court packing », relevant que cette pratique est tentante aussi bien pour des dirigeants démocratiques qu'autoritaires¹⁶. À l'horizon se dessine ainsi un conflit profond et potentiellement déchirant : celui entre une

¹³ K. Möller, « Justifying the culture of justification », in *International journal of constitutional law*, vol. 17, 2019, pp. 1078-1097.

¹⁴ F. Modugno, « Corte costituzionale e potere legislativo », in P. Barile E. Cheli, S. Grassi (dir.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, 1982, p. 19 ss.

¹⁵ M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Ed. Scientifiche italiane, 2014 ; M. Aurino, *Les modèles de justice constitutionnelle : entre inadéquation et innovation. Pour une analyse multidimensionnelle de la justice constitutionnelle comparée*, à paraître, L'Harmattan.

¹⁶ D. Kosar, K. Sipulova K., « Comparative court packing », in *International journal of constitutional law*, vol. 21, 2023, pp. 90-126.

fonction contre-majoritaire que l'on croyait acquise, et une vulnérabilité institutionnelle que les nouvelles formes d'illibéralisme ont rendue manifeste¹⁷.

En vérité, il n'est pas niable que le constitutionnalisme contemporain traverse une phase de crise systémique, propre à ébranler ses postulats fondamentaux (Frankenberg, 2020). Historiquement, les juridictions constitutionnelles ont été conçues comme l'ultime rempart de l'État de droit, investies de la mission de stabiliser le « pouvoir constituant » et de prémunir les droits fondamentaux contre les dérives majoritaires. Toutefois, le phénomène de déconsolidation démocratique a mis en lumière une réalité paradoxale : loin de constituer des bastions inexpugnables, ces juridictions figurent parmi les institutions les plus exposées aux stratégies de captation déployées par les nouveaux projets illibéraux. Leur fonction contre-majoritaire elle-même ne saurait être tenue pour un acquis intangible. Cette vulnérabilité ne saurait être réduite à un simple accident politique ; elle procède d'une « mimésis légale » particulièrement élaborée, qui instrumentalise les garanties démocratiques elles-mêmes afin de neutraliser le contrôle de constitutionnalité. Il a longtemps été soutenu que l'âme politique des juridictions constitutionnelles - tenue pour un simple accident de l'histoire ou pour un ornement encombrant dont il demeure toutefois impossible de se défaire - pouvait, à tout le moins, être contenue par une mise en valeur de la dimension juridictionnelle du juge constitutionnel. Mais peut-on affirmer avec certitude qu'il en va véritablement ainsi ?

La présente contribution entend offrir une boussole analytique pour examiner cette vulnérabilité à travers une approche macro-comparative. L'objectif est de déconstruire les mécanismes de capture institutionnelle des juridictions constitutionnelles en distinguant deux niveaux d'analyse complémentaires : d'une part, les failles inhérentes à la conception même des systèmes de justice constitutionnelle ; d'autre part, les dynamiques de détournement qui s'opèrent indépendamment - ou au-delà - du cadre normatif formel.

Ces deux niveaux structurent le plan du travail : I. Vulnérabilité de conception ; II. Vulnérabilité *de facto*.

I. Vulnérabilité de conception : les indices structurels de fragilité

La présente contribution vise à examiner, dans un premier temps, la fragilité intrinsèque de l'architecture des juridictions constitutionnelles.

Le point de départ est un constat fondamental : il n'existe pas de design constitutionnel purement illibéral. Comme le souligne Landau, on ne trouve rien qui s'apparente à une pratique cohérente de conception constitutionnelle démocratique illibérale. En ce sens, il n'existe pas de constitutions construites en opposition frontale à la *rule of law* et au constitutionnalisme, entendu précisément comme expression de la *rule of law*. Les constitutions rédigées par des populistes illibéraux, aussi bien en Europe orientale qu'en Amérique latine, s'inspirent très largement des idées et des concepts du constitutionnalisme démocratique libéral. Elles

¹⁷ A. Morrone, « Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale? », in *Rivista AIC*, n°3, 2024, pp. 187-279.

consacrent des droits, instituent des cours et prévoient d'autres mécanismes destinés à contrôler l'exercice majoritaire du pouvoir.

Il suffit de penser à la constitution équatorienne adoptée en 2008 sous Rafael Correa, qui compte parmi les plus étendues et les plus innovantes au monde en matière de droits environnementaux, ou à la constitution bolivienne de 2009 sous Evo Morales, caractérisée par un degré élevé de respect de l'autonomie des groupes autochtones. De même, les constitutions illibérales maintiennent généralement les cours constitutionnelles et le contrôle de constitutionnalité, ainsi que d'autres institutions indépendantes de contrôle désormais standard : commissions électorales, anti-corruption et droits de l'homme, médiateurs, régulateurs des médias.

C'est précisément dans cette continuité formelle que réside le paradoxe mis en lumière par Frankenberg : plutôt que de les considérer comme de simples constitutions « de façade » ou « sur le papier », il convient de les situer sur un continuum¹⁸. Il faut se demander quelles pratiques échappent aux dispositifs constitutionnels et reconnaître que toutes les constitutions - y compris les nôtres - sont exposées à une « dégradation constitutionnelle » si la confiance qui les sous-tend vient à disparaître.

La même logique s'applique au recours aux instruments de démocratie directe. Tout lien supposé entre illibéralisme et démocratie directe est davantage instrumental que naturel ou idéologique : les acteurs illibéraux ont recours aux plébiscites et aux référendums lorsqu'ils estiment avoir de bonnes chances de l'emporter et d'en tirer une légitimité¹⁹. Le référendum devient ainsi un outil de consolidation du pouvoir, non une expression authentique de la souveraineté populaire.

Ce constat - auquel nous souscrivons pleinement après l'analyse de 195 constitutions²⁰s - conduit à une conclusion méthodologique décisive : aucun design constitutionnel distinctivement illibéral n'a émergé. Dès lors, la vulnérabilité des juridictions constitutionnelles ne réside pas dans leur architecture formelle, mais dans les tensions inhérentes à leur design institutionnel²¹, et plus profondément encore dans l'impossibilité de résoudre de manière définitive la tension entre indépendance judiciaire et légitimité démocratique²².

Les régimes illibéraux s'appuient en outre massivement sur l'interaction entre règles formelles et règles informelles pour atteindre leurs objectifs. Les amendements informels - c'est-à-dire les modifications *de facto* du fonctionnement constitutionnel qui s'opèrent en dehors des procédures de révision formelle - constituent à cet égard un vecteur privilégié de transformation institutionnelle²³. Appliqués aux juridictions constitutionnelles, ces mécanismes peuvent prendre des formes variées : modification des pratiques de nomination sans réforme textuelle, redéfinition informelle des attributions des cours par voie législative ordinaire, pression politique sur les juges en exercice, ou encore neutralisation progressive des

¹⁸ G. Frankenberg, *op. cit.*

¹⁹ S. Issacharoff, J. Colin Bradley, *The plebiscite in modern democracy*, Routledge, 2021.

²⁰ M. Aurino, *op. cit.*

²¹ P. Castillo Ortiz, « The dilemmas of constitutional Courts and the case for a new design of kelsenian institutions », in *Law and philosophy*, 2020, p. 619.

²² A. Morrone, *op. cit.*

²³ M. Goldoni, T. Olcay, « The material study of constitutional change », in *Routledge handbook of comparative constitutional change*, 2020, pp. 361-378.

organes de contrôle par l'inaction et l'obstruction budgétaire. Ce que la lettre de la constitution laisse intact, la pratique institutionnelle peut ainsi vider de sa substance.

En mobilisant la critique contre-majoritaire de Jeremy Waldron, les acteurs illibéraux opèrent par ailleurs un détournement discursif²⁴ : l'argument de la participation politique est instrumentalisé pour transformer l'indépendance du juge en déficit démocratique. Cette rhétorique justifie alors des interventions politiques destinées à « rendre le pouvoir au peuple »²⁵. Les cours se trouvent ainsi placées dans une situation de vulnérabilité structurelle : si elles résistent, elles sont accusées de politisation ; si elles cèdent, elles perdent leur fonction de garantie. Loin de rester confinée au débat doctrinal, cette vulnérabilité offre le levier discursif et institutionnel nécessaire aux interventions politiques visant à remodeler l'architecture même de la juridiction.

C'est dans ce cadre que les « cours domestiquées » apparaissent comme un atout stratégique majeur pour les gouvernements illibéraux. En 2011, plus de 80 % des constitutions dans le monde prévoyaient une forme de contrôle juridictionnel : ce degré de diffusion globale rend la stratégie de domestication plus rationnelle, pour un gouvernement illibéral, que celle de suppression pure et simple. Une fois domestiquée, une cour peut accorder un traitement préférentiel à des lois et amendements d'une constitutionnalité douteuse, faciliter des révisions constitutionnelles irréalisables par la voie politique ordinaire, entraver les tentatives des gouvernements ultérieurs visant à inverser des réformes illibérales, et contribuer à l'enracinement indéfini au pouvoir du gouvernement qui l'a domestiquée²⁶.

Le pouvoir et le prestige des juridictions suprêmes sont tels que, même dans des régimes autocratiques consolidés, ces institutions sont souvent maintenues. Selon Arato²⁷, cela s'explique par des raisons de légitimité et de stratégie politique : les cours domestiquées conservent une signification symbolique, tant au niveau interne qu'international. En outre, une cour domestiquée peut servir un autocrate même en cas de défaite électorale, en compliquant les efforts de restauration démocratique ou de justice transitionnelle.

II. Vulnérabilité *de facto* : les stratégies d'assujettissement

L'érosion démocratique procède fréquemment par une succession de micro-transformations qui, bien qu'incrémentales, ne s'inscrivent pas nécessairement dans une temporalité longue²⁸. Cet incrément ne se donne donc pas toujours à voir comme une attaque frontale contre les principes fondamentaux de la démocratie libérale, ce qui en accroît considérablement la dangerosité²⁹. En ce sens, le populisme ne constitue pas une stratégie en soi, mais bien un *mode opératoire* de la capture institutionnelle : une logique politique qui peut se combiner avec des contenus idéologiques variés et qui trouve dans les institutions démocratiques elles-mêmes les

²⁴ J. Waldron, « The Core of the Case Against Judicial Review », in *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, pp. 1346-1406.

²⁵ A. Levier, « Democracy and judicial review: are they really incompatible? », in *Perspectives on politics*, vol. 7, 2009, pp. 805-822.

²⁶ D. Sobreira, « How Courts die », in *Vt. Law review*, 2025.

²⁷ A. Arato, *Democracy and the Constitution*, Oxford University Press, 2019.

²⁸ Y. Roznai, R. Dixon, D. Landau, « Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel », in *Israel Law Review*, 2023, pp. 1-13.

²⁹ D. Sobreira, *op. cit.*

leviers de leur propre subversion³⁰. Ce que le populisme apporte à la capture des cours n'est pas un programme constitutionnel cohérent, mais une rhétorique de légitimation qui transforme l'indépendance judiciaire en déficit démocratique.

Cette rhétorique opère précisément sur le terrain du langage constitutionnel. Comme le montre Tribe, la constitution n'est pas seulement un texte normatif : elle est aussi un répertoire discursif, un ensemble de concepts et de catégories dont les acteurs politiques s'emparent pour justifier leurs choix³¹. Dans le cadre de l'*autocratic legalism*, des contextes tels que la Hongrie ou la Pologne ont illustré comment les gouvernements illibéraux ne rejettent pas le vocabulaire constitutionnel, ils se l'approprient, le retournent, et le mettent au service de finalités contraires à celles qu'il est censé garantir³². Les réformes judiciaires sont présentées comme des corrections démocratiques, les cours constitutionnelles comme des bastions élitistes, et les mécanismes de contrôle comme des obstacles à la volonté populaire. En Hongrie comme en Pologne, cette rhétorique a servi à délégitimer le contrôle de constitutionnalité et à recadrer les garanties institutionnelles comme des impedimenta anti-démocratiques³³. Le phénomène ne se manifeste pas par la rupture de l'enveloppe institutionnelle, mais par sa progressive momification : la structure demeure, tandis que sa finalité se trouve altérée. En mobilisant la notion de *constitutional rot*, la présente analyse met en évidence la manière dont la « machine constitutionnelle » peut continuer de fonctionner en apparence de façon intacte, alors même que son logiciel libéral est insensiblement remplacé³⁴. Cette mimésis institutionnelle permet aux exécutifs d'agir sous les apparences d'une légalité formellement irréprochable, rendant toute résistance juridictionnelle particulièrement complexe, tant sur le plan interne que dans l'espace public international. Une voie permettant de déceler des intentions non républicaines à l'égard du pouvoir judiciaire consiste précisément à analyser cette rhétorique des acteurs politiques qui entreprennent de réformer les juridictions constitutionnelles.

C'est précisément à travers des mécanismes concrets de neutralisation que ce *constitutional rot* prend corps au sein des juridictions constitutionnelles. Au-delà d'une approche strictement doctrinale, la recherche entend analyser la vulnérabilité de facto des cours en examinant l'écart systématique entre la norme constitutionnelle et la pratique politique. Cette divergence se cristallise principalement autour de deux stratégies de neutralisation que l'article se propose de déconstruire : le *court packing* et le *court curbing*.

La première, de nature organique, vise la captation interne de l'institution par la manipulation des procédures de nomination ou par l'augmentation du nombre de juges. En Hongrie, le gouvernement Orban a restructuré les nominations judiciaires, élargi la Cour constitutionnelle et restreint sa compétence, notamment en matière fiscale, neutralisant ainsi toute résistance juridictionnelle potentielle avant la mise en œuvre de politiques controversées³⁵. En Pologne, dépourvu des pouvoirs d'amendement formels, le PiS a adopté une stratégie fonctionnellement similaire : nominations contestées, interférences législatives et obstruction administrative ont

³⁰ T. Ginsburg, A. Z. Huq, *How to save a constitutional democracy*, University of Chicago Press, 2018.

³¹ L. Tribe, *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, 2008.

³² K. Lane Scheppele, *op. cit.*

³³ M. Bánkúti, G. Halmai, K. Lane Scheppele, « Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution », in *Journal of Democracy*, 2012, pp. 138-146.

³⁴ J.M. Balkin, « Constitutional Rot », in C. Sunstein (dir.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, Dey Street Books, 2018, pp. 19-51.

³⁵ K. Lane Scheppele, *op. cit.*

paralysé le Tribunal constitutionnel³⁶. Dans les deux cas, les débats récents relatifs à la réforme de la Cour suprême aux États-Unis s'inscrivent dans la même logique structurelle. L'objectif n'est pas la suppression formelle du contrôle de constitutionnalité, mais sa conversion en vecteur de légitimation, peuplé d'acteurs loyaux, alignés ou silencieux.

La seconde stratégie, le *court curbing*, opère sur le plan fonctionnel. Lorsque l'indépendance formelle des membres de la cour subsiste, l'intervention se déplace vers ses compétences, son autorité et sa légitimité publique. En Israël, les réformes proposées par le ministre de la Justice Levin en janvier 2023 illustrent cette logique : centralisation du contrôle de constitutionnalité, introduction d'une clause dérogatoire permettant au Parlement de réactiver des lois invalidées à la majorité simple, et réforme des procédures de nomination au profit de la coalition gouvernementale³⁷. Par la réduction des prérogatives juridictionnelles et par des campagnes systématiques de délégitimation, l'exécutif tend à vider l'organe de garantie de sa substance, sans pour autant le supprimer formellement, ce qui préserve les apparences de l'État de droit. Israël constitue à cet égard un cas particulièrement instructif, précisément parce qu'il est dépourvu de nombreux garde-fous horizontaux et verticaux communs aux autres démocraties : absence de fédéralisme, de bicamérisme, de constitution codifiée ou de veto présidentiel. Dans un tel système, l'affaiblissement du pouvoir judiciaire menace directement le troisième pilier du noyau démocratique minimum tel que défini par Dixon et Landau³⁸ : un système effectif de freins et contrepoids capable de protéger les droits politiques et la compétition électorale.

L'articulation de ces deux stratégies dessine un processus de *constitutional rot* dans lequel la mécanique institutionnelle demeure en apparence intacte, tandis que son principe normatif est progressivement reconfiguré selon une logique d'assujettissement. Il convient toutefois de souligner que ces trajectoires d'érosion ne sont ni uniformes ni irréversibles. La conception institutionnelle, la compétition partisane, la mobilisation civique et les contraintes externes influent de manière significative tant sur la profondeur de la régression que sur les perspectives de restauration démocratique. Le cas polonais en offre l'illustration la plus récente : la défaite électorale du PiS en 2023 a ouvert la première opportunité sérieuse de restauration démocratique par voie ordinaire, mais le démantèlement de la légalité autoritaire s'avère institutionnellement plus complexe que sa construction³⁹. Les juges nommés selon des procédures politisées, les mandats de longue durée, et l'ambiguïté constitutionnelle créent une continuité juridique que les gouvernements réformateurs peinent à dénouer sans paraître eux-mêmes politiquement intrusifs.

La présente contribution est partie d'un constat paradoxal : les juridictions constitutionnelles, conçues comme remparts de l'État de droit, figurent aujourd'hui parmi les institutions les plus exposées aux stratégies de capture déployées par les gouvernements illibéraux. L'analyse comparative de la Hongrie, de la Pologne et d'Israël permet de dépasser ce paradoxe apparent et d'en élucider la logique profonde.

³⁶ W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, 2019.

³⁷ Y. Roznai, R. Dixon, D. Landau, *op. cit.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ W. Sadurski, *A Pandemic of Populists*, Cambridge University Press, 2022.

Le premier enseignement de cette comparaison est d'ordre discursif. Les acteurs illibéraux ne combattent pas contre le constitutionnalisme, ils opèrent à l'intérieur de son langage. Ils s'approprient le vocabulaire des droits, de la souveraineté populaire et de la légitimité démocratique pour retourner ces concepts contre les institutions mêmes qui en sont les garantes. C'est précisément cette *mimésis* légale qui rend l'érosion si difficile à identifier et à contester : elle ne se présente jamais comme une rupture, mais toujours comme une correction, une réforme, un rééquilibrage. En Hongrie, la subordination de la Cour constitutionnelle a été présentée comme un retour à la souveraineté populaire ; en Pologne, l'obstruction du Tribunal constitutionnel comme une lutte contre un pouvoir judiciaire politisé ; en Israël, la limitation du contrôle de constitutionnalité comme un rétablissement de l'équilibre entre pouvoirs élus et pouvoir non élu. Dans chacun de ces cas, c'est le langage du constitutionnalisme libéral qui a servi d'instrument à sa propre subversion.

Il s'ensuit une conséquence normative majeure : la résistance démocratique ne peut se limiter au plan institutionnel. Elle doit également opérer sur le plan discursif, en contestant la légitimité des reconfigurations sémantiques opérées par les acteurs illibéraux et en réaffirmant le contenu substantiel, et non seulement formel, des garanties constitutionnelles. Une cour qui cède au *court curbing* sans résistance publique argumentée ne perd pas seulement ses compétences : elle abandonne le terrain du langage constitutionnel à ses adversaires.

Le second enseignement est d'ordre structurel. Les trois cas analysés démontrent que la profondeur de l'érosion n'est pas une fonction mécanique du design constitutionnel formel, mais dépend d'une combinaison de variables contextuelles : la mobilisation civique, la compétition partisane, les contraintes supranationales, et la capacité des institutions à générer une résistance coordonnée. La Pologne illustre comment des contraintes externes, notamment la pression de l'Union européenne, et une mobilisation sociale soutenue ont pu ralentir, puis partiellement inverser, un processus d'érosion avancé. Israël montre, à l'inverse, que l'absence de garde-fous structurels, fédéralisme, bicamérisme, constitution codifiée, rend le pouvoir judiciaire systématiquement plus vulnérable, indépendamment de la volonté des acteurs. La Hongrie, enfin, démontre que même un système apparemment consolidé dans l'illibéralisme reste susceptible d'alternance, mais que le démantèlement de la légalité autoritaire est institutionnellement plus difficile que sa construction.

De cette double analyse - discursive et structurelle - se dégage une proposition analytique que cette contribution entend soumettre à la discussion : la vulnérabilité des juridictions constitutionnelles n'est ni une fatalité inscrite dans leur design, ni un simple accident politique. Elle est le produit d'une interaction entre des failles institutionnelles latentes et des stratégies discursives de capture qui instrumentalisent ces failles. Diagnostiquer cette interaction *avant* toute rupture formelle irréversible constitue, à notre sens, le défi central du droit constitutionnel comparé contemporain.