

Xe Congrès français de droit constitutionnel
Lille - 22, 23 et 24 juin 2017

L'Union européenne et sa politique migratoire au défi de la
« démocratie illibérale » hongroise.

Chronique juridique du septième amendement à la Loi fondamentale et de la décision 22/2016
(XII. 5.) AB de la Cour constitutionnelle hongroise.

Jérémy BRZENCZEK
Doctorant contractuel
Université de Lorraine (IRENEE)

Depuis son accession au pouvoir en 2010 avec son parti FIDESZ, le Premier ministre Victor Orban, a toujours affirmé sa volonté d'inscrire la Hongrie dans une « démocratie illibérale », refusant les valeurs de l'État de droit et de l'Union européenne. Les événements récents l'ont encore démontré. Le gouvernement hongrois a utilisé son opposition à la politique de relocalisation des demandeurs d'asile, décidé le 22 septembre 2015, par le Conseil de l'Union européenne à la suite de la crise migratoire, pour engager un véritable marathon constitutionnel. Ce dernier a débuté avec le référendum anti migrant le 2 octobre 2016, s'est poursuivi avec une tentative d'amender pour la septième fois la Loi fondamentale hongroise, le 8 novembre, et s'est conclu par une décision de la Cour constitutionnelle du 30 novembre de la même année. Pour justifier le non-respect du mécanisme de relocalisation, l'État hongrois a développé une vision singulière de « l'identité constitutionnelle » et ainsi affirmer la souveraineté du Parlement hongrois sur les questions migratoires, au détriment de la compétence des instances européennes.

Pour en revenir aux faits, les États membres de l'Union européenne ont connu dès 2014 l'une des plus graves crises migratoires depuis la Seconde Guerre mondiale. Une hausse significative du nombre de migrants a été constatée sur le territoire européen, en provenance d'Afrique du Nord et du Proche et du Moyen-Orient, en raison de l'instabilité politique et des conflits armés dans ces régions. Le flux migratoire s'est profondément accentué durant l'année 2015, particulièrement au cours de l'été, et s'est concentré principalement sur l'Italie et la Grèce. En effet, l'évolution du flux migratoire est assez impressionnante. Selon le directeur exécutif de Frontex, Fabrice Leggeri¹, 1 553 615 cas de franchissements illégaux des frontières ont été constatés en 2015, soit une augmentation de près de 500% par rapport à l'année 2014 (259 845 cas). Cette crise migratoire est particulièrement visible au niveau des Balkans occidentaux, puisque nous sommes passés de 30 348 cas de franchissement illégal

¹ V. LEGGERI Fabrice, « Comment l'Union européenne peut-elle gérer la crise migratoire en Méditerranée ? » in Rapport Schuman sur l'Europe, 2016 ;

des frontières de 2014 à 667 147 cas, en 2015. Autrement dit, une augmentation de 2098%. Une progression qui correspond également au nombre de demandes d'asile au sein des États de l'Union².

C'est à partir de cette situation alarmante que les instances de l'Union européenne ont tenté d'élaborer des solutions minimales en vue de soulager les premiers États concernés, à savoir l'Italie et la Grèce, et d'améliorer, bien entendu, les conditions d'accueil pour ces personnes. En reprenant les propositions de la Commission européenne et l'avis du Parlement européen sur ce sujet³, le Conseil de l'Union européenne réuni le 22 septembre 2015⁴, sur la base de l'article 78 § 3 du TFUE, avait formulé un plan dit de « quotas de migrants ». Il s'agissait pour le Conseil de mettre en place un mécanisme de relocalisation de 120 000 demandeurs d'asile sur deux ans (54 000 la première année) depuis l'Italie et la Grèce vers les autres États membres. Néanmoins, le gouvernement hongrois, ainsi que d'autres États d'Europe centrale ont très vite manifesté leur refus d'appliquer ce plan européen. À la suite du recours de la Slovaquie le 2 décembre 2015, la Hongrie a saisi la Cour de Justice de l'Union européenne le 3 décembre contestant la relocalisation de seulement 1294 demandeurs d'asile (306 d'Italie et 988 de Grèce), pour l'année 2016⁵ sur son territoire.

Dans un contexte post *Brexit*, le gouvernement hongrois a donc utilisé cette opposition avec les institutions européennes et la crise migratoire pour mobiliser son camp politique entre deux élections législatives. La mise en scène d'une confrontation avec les instances de l'Union sur la question migratoire est un moyen pour le Premier ministre de se positionner comme le seul défenseur des intérêts hongrois avant les législatives de 2018.

Pour ce faire, le Parlement hongrois, sous majorité FIDESZ, a d'abord autorisé la tenue d'un référendum sur la question suivante : « Voulez-vous que l'Union européenne puisse prescrire l'installation obligatoire en Hongrie de citoyens non hongrois sans l'approbation de l'Assemblée nationale ? ». Mais le 2 octobre 2016, seulement 3,3 millions d'électeurs ont répondu à cette question. Malgré les 98% de « non » au projet de relocalisation des migrants au sein de l'Union européenne, le référendum a été invalidé en raison d'une participation insuffisante (la participation au scrutin de la moitié des électeurs n'a pas été atteinte conformément à l'article 8 § 4 de la L.F.).

Pour camoufler cet échec du référendum, Victor Orban a tenté, d'engager le mois suivant une révision constitutionnelle par une procédure parlementaire. La proposition du septième amendement à la Loi fondamentale, qui visée à faire reposer l'identité constitutionnelle de la Hongrie sur la « constitution historique » du pays devait recueillir la majorité des deux tiers

² Selon Eurostat, le nombre de demandes d'asiles a fortement progressé au sein des États de l'Union ces dernières années. Si, en 2013, l'on pouvait recenser 431 000 demandes, 627 000 en 2014, le chiffre atteint, en 2015, est près de 1,3 million. Voir Statistiques sur la migration et la population migrante (Eurostat), disponible sur http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/fr (consulté le 01/05/2017) ;

³ Avis du 17 septembre 2015 ;

⁴ V. la Décision (UE) 2015/1601 du Conseil de l'Union européenne du 22 septembre 2015, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015D1601&from=FR> (consulté le 01/05/2017) ;

⁵ V. la Décision (UE) 2015/1601 du Conseil de l'Union européenne du 22 septembre 2015 ;

de tous les membres de l'Assemblée nationale (Article S § 2 de la L.F.). Pour cela, le gouvernement devait au-delà de sa propre majorité, soit recueillir le soutien du parti d'extrême droite JOBBIK (24 parlementaires), soit convaincre deux autres parlementaires de l'assemblée⁶. Mais, si objectivement, l'extrême droite hongroise partage la position de Victor Orban sur la question migratoire, les échéances législatives de 2018 ont poussé les parlementaires du JOBBIK à mettre en échec le gouvernement. En deuxième position dans les sondages après la majorité gouvernementale, le parti de Gabor Vona ne pouvait pas laisser Victor Orban dans une figure incontestée. Le gouvernement a essayé également de convaincre deux autres parlementaires du parti LMP (écologistes) pour faire passer l'amendement constitutionnel. Mais le marchandage du gouvernement n'a pas abouti et la proposition d'amendement a été rejetée le 8 novembre 2016.

Il aura fallu l'aide de la Cour constitutionnelle, une semaine plus tard, avec sa décision du 30 novembre sur l'interprétation de l'article E § 2 de la Loi fondamentale, pour que la position du gouvernement puisse triompher. La Cour saisie sur cette question depuis le début de l'affaire dit des « quotas de migrants », s'est réservé le droit de contrôler la constitutionnalité des normes européennes, plus particulièrement du mécanisme de relocalisation des migrants, au regard d'une identité constitutionnelle ambiguë.

Nous tenterons dans cette étude d'éclaircir les enjeux juridiques et politiques de l'amendement à la Loi fondamentale du gouvernement de Victor Orban et de la récente interprétation de la Cour constitutionnelle. En effet, ce marathon constitutionnel qui s'inscrit dans une instrumentalisation du droit constitutionnel hongrois au service d'une doctrine illibérale et identitaire (II), peut engendrer une confrontation des ordres juridiques européen et hongrois (I).

I. La menace d'une confrontation des ordres juridiques européen et hongrois

Au-delà de la question de l'application hongroise du mécanisme de relocalisation des migrants se cache, en réalité, un conflit constitutionnel, c'est-à-dire selon le professeur Hummel « un conflit politique dans lequel les acteurs s'efforcent d'étayer leur raisonnement par des arguments juridiques tirés d'une lecture de la lettre constitutionnelle »⁷. D'un côté il y a les institutions européennes, qui tentent de faire respecter le principe de primauté du droit de l'Union, à travers sa politique migratoire ; de l'autre, il y a un État membre, la Hongrie, qui refuse d'appliquer ce mécanisme européen d'urgence, en se fondant sur son « identité constitutionnelle ». Chaque « camp [accuse] la partie adverse d'une mésinterprétation ou d'une violation de ses dispositions »⁸ constitutionnelles.

⁶ V. GAUQUELIN Blaise, « Hongrie : nouveau revers d'Orban sur les migrants », in *Le Monde*, 10 novembre 2016, p.18 ;

⁷ HUMMEL Jacky (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, PUR, 2010, p.10 ; Le professeur Marie-Claire PONTTHOREAU avait déjà formulé cette hypothèse in « De la constitution invisible à la constitution évanescence. La Loi fondamentale de la Hongrie à la lumière des expériences européennes », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p.409 ;

⁸ *Idem.* ;

Le droit de l'Union européenne est-il pour autant « constitutionnel » ? L'Union européenne n'a pas de Constitution au sens formel, puisque le terme « constitution », depuis les révolutions libérales du XVIII^e siècle, est réservé aux États. Il est lié de façon inhérente au principe de souveraineté nationale. Une « constitution » est d'un point de vue formel, un document qui est consacré comme norme fondamentale d'un État. Mais, « depuis les années 1980, le langage politique et juridique de l'Union s'est référé à une procédure constituante de l'Europe »⁹. La Cour de justice, dans sa jurisprudence *Les Verts* du 23 avril 1986, avait, d'ailleurs qualifié les traités comme une charte constitutionnelle¹⁰. Quoi qu'il en soit, c'est en raison de sa nature d'ordre juridique d'intégration que le droit de l'Union peut affirmer aujourd'hui sa primauté par rapport aux ordres juridiques nationaux. Les traités constitutifs ne faisaient mention explicitement d'aucune clause de cette nature. C'est la Cour de justice qui a très rapidement « désinternationalisé » l'ordre juridique européen, en affirmant la primauté du droit de la Communauté européenne puis de l'Union européenne avec sa jurisprudence *Costa*. Elle a privilégié, ainsi, une vision fédérale des relations avec les États membres, au détriment d'une vision intergouvernementale. Dans cet arrêt du 15 juillet 1964¹¹, la Cour de justice a estimé, en effet, qu'un État membre ne pouvait se prévaloir d'une norme nationale, pour remettre en cause la validité d'une norme communautaire¹².

Trois principales conséquences résultent du principe de primauté du droit communautaire selon la Cour de justice¹³. Premièrement, la nature communautaire du droit est essentielle pour la poursuite des objectifs de la Communauté. Les différentes politiques engagées par les traités, comme, par exemple, la réalisation d'un marché commun, imposent l'autonomie du droit européen. Deuxièmement, le principe de primauté du droit communautaire s'applique également sur les dispositions constitutionnelles des États membres, comme elle le précise quelques années plus tard dans sa jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970¹⁴. Troisièmement, la primauté du droit communautaire ne se résume pas aux relations entre les institutions européennes et les États membres, elle affecte également l'ordre juridique interne de l'État membre. En d'autres termes, la primauté du droit communautaire puis de l'Union s'impose aux juridictions nationales, notamment aux Cours constitutionnelles. Elles ont l'obligation d'écarter un acte national contraire.

⁹ V. TROCSANYI László, *Constitution nationale et intégration européenne. L'exemple hongrois*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p.11 ; sur la question du terme « constitution » et Union européenne, LAURANS Yann, *Recherches sur la catégorie juridique de Constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain*, Thèse de doctorat, Université Nancy 2, 2009 ; MARTI Gaëlle, *Le pouvoir constituant européen*, Thèse de doctorat, Université Nancy 2, 2008 ;

¹⁰ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts contre le Parlement européen*, (aff. C-294/83)

¹¹ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. Ente Nazionale per l'Energia Elettrica* (aff. 6/64), Rec. p. 1141 ;

¹² « le droit né du traité issu d'une source autonome ne pouvant, en raison de sa nature spécifique originale se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même. » CJCE *idem* §3 ;

¹³ BLANQUET Marc et ISAAC Guy, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey Dalloz, 10^e éd., 2012. p.400-401 ;

¹⁴ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (aff. 11/70) ;

À la suite de plusieurs réserves d'interprétation de la part des juridictions nationales, la Cour de justice avec sa jurisprudence, et aujourd'hui les traités de l'Union reconnaissent une clause identitaire relativisant le principe de primauté. L'article 4 § 3 du TUE affirme :

« L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre. »

En s'appuyant sur la clause identitaire de l'article 4 § 3 du TUE, la notion d'identité constitutionnelle a été utilisée par les Cours constitutionnelles des États membres de l'Union « comme une limite juridique à l'intégration européenne fondée principalement sur leurs constitutions concrètes et particulières ». Si cette notion juridique « constitue avant tout [pour l'Union européenne] un outil politique d'autolégitimation reposant sur les principes abstraits et universels du constitutionnalisme libéral, alors qu'il est utilisé par les États membres comme une limite juridique à l'intégration européenne fondée principalement sur leurs constitutions concrètes et particulières »¹⁵. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, le concept d'identité constitutionnelle est d'une importance majeure. En France, elle correspond, selon Thierry Di Manno, à « la déclaration de conformité [du droit de l'Union] sous réserve [qui] permet au Conseil constitutionnel de délivrer un brevet de constitutionnalité à la loi contrôlée sans pour autant lui donner totalement *quitus*, puisque sa conformité à la Constitution n'est admise que sous réserve qu'elle revête, dans son application, l'interprétation qu'en a faite le juge constitutionnel »¹⁶. En d'autres termes, cette réserve constitutionnelle permet d'exonérer les juridictions internes en raison d'une disposition constitutionnelle.

Les positions du gouvernement hongrois, à travers le projet du septième amendement constitutionnel et de la Cour constitutionnelle, par sa décision du 30 novembre 2016, répondent parfaitement à cette doctrine européenne¹⁷. Selon eux, l'Union européenne ne peut imposer à la Hongrie un mécanisme de relocalisation des migrants sans son assentiment, car le domaine migratoire relèverait de la souveraineté de l'État hongrois. La primauté du droit de l'Union ne s'appliquerait pas sur cette question, car elle rentrerait en contradiction avec l'identité constitutionnelle du pays. Une identité constitutionnelle qui reposerait, selon la Cour constitutionnelle sur la notion extraconstitutionnelle de la « Constitution historique » de la Hongrie.

¹⁵ MILLET François-Xavier, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Thèse de doctorat, LGDJ, 2013, p.5

¹⁶ DI MANNO Thierry, *Le Juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1997, 617 p, cités par MARTIN Sébastien, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale » et « identité constitutionnelle » », in *Revue française de droit constitutionnel* 2012/3 (n° 91), p.32 ;

¹⁷ V. HALMAI Gábor, « The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity », in *VerfBlog*, 10 janvier 2017, disponible sur <http://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/> (consulté le 01/05/2017).

Comme nous l'avons vu en introduction, le septième amendement constitutionnel à la Loi fondamentale a été présenté par le gouvernement de Victor Orban au Parlement, à la suite de l'échec du référendum anti-migrant du 2 octobre 2016. Nous pouvons remarquer l'influence sur ce texte du ministre de la Justice, László Trocsanyi, professeur de droit constitutionnel et spécialiste de la notion de « l'identité constitutionnelle »¹⁸. Le projet d'amendement constitutionnel, composé de cinq articles, envisageait trois objectifs¹⁹. Dans un premier temps, il s'agissait de faire reposer l'identité constitutionnelle de la Hongrie sur la notion ambiguë de « Constitution historique » (articles 1^{er} et 3). Dans un deuxième temps, le projet envisageait de réaffirmer les limites des compétences de l'Union (article 2). Enfin, d'affirmer la compétence exclusive du Parlement sur les questions migratoires (article 4). Mais l'amendement sera finalement rejeté, puisque le gouvernement de Victor Orban ne réunira pas les deux tiers des voix nécessaires à une modification constitutionnelle, conformément à l'article S de la Loi fondamentale.

Une semaine après l'échec de l'amendement constitutionnel, la Cour constitutionnelle hongroise, aujourd'hui en faveur du gouvernement, est venue appuyer la conception « d'identité constitutionnelle » de Victor Orban. Dans sa décision du 30 novembre 2016²⁰, la Cour a considéré qu'elle pouvait examiner une norme européenne (les compétences confiées ou exercées conjointement, en vertu de l'article E de la Loi fondamentale) si elle porte atteinte à la dignité humaine, aux autres droits fondamentaux consacrés par la Loi fondamentale et dans un examen *ultra vires*, à la souveraineté de l'État hongrois, mais également à l'identité constitutionnelle de la Hongrie fondée sur sa « Constitution historique ». Cette dernière avait été saisie, dès le début de l'affaire des « quotas de migrants », en 2015, par le Commissaire aux droits fondamentaux, lui demandant une interprétation constitutionnelle abstraite dans le cadre de la décision du Conseil de l'Union du 22 septembre 2015. D'abord, sur la question du contrôle constitutionnel des traités au regard d'une possible violation des droits fondamentaux, la Cour a répondu par l'affirmative. En reprenant la jurisprudence *Solange* du 29 mai 1974 (BvL 57/71, BVerfGE 37,271) et la décision du 15 décembre 2015 (2 BvR 2735/14), de la Cour de Karlsruhe et en rappelant les principes de primauté du droit de l'UE et de loyauté des États membres, la Cour fait valoir qu'elle ne peut renoncer *ultima ratio* à la défense de la dignité humaine et aux autres droits fondamentaux. De fait, elle considère que, dans la mesure où l'État est lié par des droits fondamentaux, que cette force contraignante des droits s'applique également aux cas où le pouvoir public, en vertu de l'article E), est exercée avec les institutions de l'Union ou d'autres États membres. Enfin, concernant le contrôle *ultra vires*, au-delà de l'intervention du Parlement et du Gouvernement, la Cour soutient qu'il existe deux limites à la délégation des pouvoirs figurant à l'article E) (2) : une norme européenne ne peut pas porter atteinte à la souveraineté de l'État hongrois (examen de

¹⁸ V. TROCSANYI László, *Constitution nationale et intégration européenne*, *Ibid.*, ; ou encore « Une tentative d'identification des éléments de l'identité constitutionnelle hongroise dans la Loi fondamentale », in ODILE Marie, SISSOKO Peyroux et KRUSZLICH Peter (dir.), *Constitution nationale et valeurs européennes*, Paris, Centre Universitaire Francophone, 2015 ;

¹⁹ Projet du septième amendement constitutionnel à la Loi fondamentale ; disponible en anglais sur <http://abouthungary.hu/news-in-brief/proposed-seventh-amendment-to-the-fundamental-law-full-text-in-english/> (consulté le 01/05/2017) ;

²⁰ Décision 22/2016. (XII. 5.) AB sur l'interprétation de l'article E (2) de la Loi fondamentale ; disponible en anglais sur http://hunconcourt.hu/letoltesek/en_22_2016.pdf (consulté le 01/05/2017) ;

souveraineté), c'est-à-dire des domaines réservés à l'État, et à son identité constitutionnelle (examen d'identité). L'examen d'identité nationale repose, selon la Cour, sur l'article 4 § 2 du Traité de l'Union européenne. Son contenu doit être déterminé directement par la Cour hongroise au cas par cas et sur la base de l'ensemble des dispositions de la Loi fondamentale. Conformément à l'article R § 3 de la LF, la Cour déduit d'une part que l'identité constitutionnelle de la Hongrie fondée sur la « Constitution historique » n'est pas un simple énoncé de valeurs, mais consacre un ensemble de droits et libertés ayant valeur normative ; d'autre part qu'elle ne peut être renoncée par un traité international puisqu'elle fonde l'ordre juridique hongrois. La Cour a donc pour mission, selon elle, de défendre cette identité constitutionnelle (auto-définie) et la souveraineté de la Hongrie.

II. L'instrumentalisation du droit constitutionnel hongrois au service d'une doctrine illibérale et identitaire

Le septième amendement à la Loi fondamentale, mais également la décision du 30 novembre 2016 de la Cour constitutionnelle s'inscrivent dans une démarche d'instrumentalisation du droit constitutionnel hongrois au profit d'une politique et de l'idéologie du parti au pouvoir. Loin de garantir des droits fondamentaux, le contrôle constitutionnel opéré par la Cour, affaiblit les droits des migrants. « En d'autres termes, les références à la jurisprudence *Solange* [...] sont trompeuses, car l'invocation de l'identité constitutionnelle par la Cour allemande vise à promouvoir des standards [juridiques] plus élevées qu'exige la législation de l'UE, tandis que la référence des juges hongrois sert à abaisser les standards de protection des droits fondamentaux. »²¹. Une position qui est en réalité au service d'une idéologie « illibérale » et identitaire, en contradiction aux valeurs européennes

Cette pratique anticonstitutionnelle n'est pas nouvelle. Dès son arrivée au pouvoir depuis les législatives de 2010, Victor Orban a entrepris une politique visant à orienter la Hongrie dans un régime « illibéral », reprenant en apparence tous les critères d'un État constitutionnel (séparation des pouvoirs ; déclaration des droits fondamentaux, etc...) mais qui en réalité est de nature autoritaire. Cette « démocratie illibérale » est caractérisée par la présence d'institutions constitutionnelles, c'est-à-dire, d'une Cour constitutionnelle, d'un commissaire aux droits fondamentaux par exemple, mais leurs pouvoirs sont fortement limités. Ce qui a pour conséquence, que même si des libertés et des droits fondamentaux sont énumérés dans la nouvelle constitution du pays, l'absence d'une Cour constitutionnelle véritablement indépendante et d'un pouvoir judiciaire fort, menace leur garantie juridictionnelle²². De ce

²¹ HALMAI Gábor, « The Hungarian Constitutional ... *Ibid.* ;

²² Sur les difficultés rencontrées par le juge constitutionnel depuis l'arrivée au pouvoir de Victor Orban : V. COLLOT Pierre-Alain. « Difficulté contre-majoritaire et usage impérieux du pouvoir constituant dérivé au regard de la quatrième révision de la Loi fondamentale de Hongrie », in *Revue française de droit constitutionnel*, 2013/4, p. 789-812 ; ou encore V. SZENTE Zoltán, « The Decline of Constitutional Review in Hungary - Toward a Partisan Constitutional Court ? » in SZENTE Zoltán, MANDAK Fanni et FEJES Zsuzsanna (dir.),

fait, la Hongrie depuis 2010 a été régulièrement visée par des avertissements de la part d'instances internationales, sur la question institutionnelle. La Commission de Venise avait à l'époque émit un certain nombre de réserves sur l'élaboration et l'orientation de la nouvelle Loi fondamentale²³. Plus récemment, l'État hongrois a été condamné par la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour avoir limogé, en 2012 le Président de la Cour constitutionnelle, András Baka, à la suite du propos critique sur le gouvernement. Dans sa décision du 23 juin 2016²⁴, les juges de Strasbourg avaient estimé que cette pratique avait pu remettre en cause l'indépendance de la Cour.

Se rajoute à cela, un rapport problématique du pouvoir à la « nation » qui peut permettre également d'expliquer la réticence hongroise sur le plan européen de relocalisation des migrants. L'idéologie identitaire de la majorité parlementaire se retrouve substantiellement dans la nouvelle Loi fondamentale adoptée par le Parlement hongrois le 18 avril 2011. Ce texte, entré en vigueur, le 30 décembre 2011, n'a pas vocation à rassembler les hongrois, de mobiliser un imaginaire collectif d'apaisement, mais est l'expression d'une idéologie clivante, où l'on peut déjà déceler un rejet de l'étranger, puisque la nation hongroise est définie comme exclusive. « La fièvre obsidionale souverainiste ici soulignée [pour Paul Gradwohl] se fonde sur le sentiment que la nation est assiégée et qu'il faut accentuer le sentiment de menace extérieure [...]. Cette perception d'une guerre de siège entraîne le renoncement à l'universel [...]. L'humain n'est plus le nord magnétique, il est remplacé par le national. »²⁵ La Loi fondamentale exprime une nation culturelle (*Kulturnation*) qui oppose à la vision volontariste, une vision déterministe, historisée. La Nation n'est pas seulement dotée, comme pouvait l'envisager le constitutionnalisme moderne, « d'une force émancipatrice, en vue d'en faire un instrument de lutte contre toute forme de gouvernement despotique »²⁶. Elle est définie également par une langue, une culture et une religion qui doivent être protégées par l'État²⁷. Cette nation culturelle rejoint celle des penseurs romantiques allemands des XVIIIe et XIXe siècles. Selon Patrick Cabanel, « la nation se définit d'abord par la différence, par

Challenges and Pitfall in the Recent Hungarian Constitutional Development. Discussing the New Fundamental Law of Hungary, Paris, L'Harmattan, 2015, p.185-219 ;

²³ Sur cette question V. SULYOK Márton, « Les échos internationaux à l'adoption de la Loi fondamentale de la Hongrie, de ses amendements et des lois organiques relatives à son application », in ODILE Marie, SISO KO Peyroux et KRUSZLICH Peter (dir.), *Constitution nationale et valeurs européennes*, Paris, Centre Universitaire Francophone, 2015, p.102-114 ; COURRIER Anne-Elisabeth, « A propos des « événements politiques en Hongrie » ... Quelques clés pour comprendre le débat juridique. », in *Revue internationale de droit comparé* 2012/1, n°64, p. 310-324 ;

²⁴ CEDH, Grande Chambre, 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, 20261/12 ;

²⁵ GRADVOHL Paul, « Orban et le souverainisme obsidional », in *Politique étrangère* 2017/1, p.40 ;

²⁶ CONSTANTINESCO Vlad et PIERRE-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. Thémis, 4e éd., 2009, p.324 ;

²⁷ L'article H. de la L.F. : « 1. En Hongrie, la langue officielle est le hongrois. 2. La Hongrie protège la langue hongroise. 3. La Hongrie protège la langue des signes hongroise, partie intégrante de la culture hongroise. » ; la Profession de foi nationale insiste sur « le rôle que le christianisme » dans la préservation de la nation hongroise ;

L'Union européenne et sa politique migratoire au défi de la « démocratie illibérale » hongroise.

l'enracinement dans un héritage, c'est-à-dire un déterminisme qu'il n'y aurait aucun sens à critiquer ou refuser ; on naît membre d'une nation, on ne le devient pas »²⁸.

La construction de l'identité nationale hongroise passe également à travers un passé mystifié. La référence explicite à Étienne I^{er}, fondateur du royaume de Hongrie au XI^{ème} siècle²⁹, est un des exemples les plus criants. Elle revoit finalement au mythe fondateur d'une nation hongroise comme individu collectif, organe culturel vivant, et dont l'objectif est de perdurer dans son être. L'État, personnification juridique de la nation³⁰, doit alors préserver « l'unité intellectuelle et spirituelle »³¹ de cette dernière. D'ailleurs, la notion de « Constitution historique » mentionnée par le Préambule de la Loi fondamentale³² et la désignation de la nouvelle constitution hongroise comme « Loi fondamentale » dénote directement à cette conception organiciste, du droit constitutionnel. Comme pourrait le mentionner le professeur András Jakab et Pál Sonnevend, « cela suggère que la Loi fondamentale est une simple loi se situant dans la lignée des grandes lois hongroises depuis l'an mil. Il n'y a pas de rupture d'un point de vue juridique : la Loi fondamentale est une Constitution au sens formel (en effet, elle est plus difficile à modifier qu'une simple loi) ; de façon rhétorique, toutefois, les liens avec la Constitution historique sont exprimés. »³³ Si la « loi fondamentale est le fondement de l'ordre juridique hongrois », ses dispositions « doivent être interprétées conformément [...] aux acquis de notre Constitution historique. »³⁴ Quoi qu'il en soit, cette rhétorique constitutionnelle, consacrée plus tard par le juge constitutionnel, émet un lien de corrélation entre des faits historiques et une volonté politique et juridique actuelle. Autrement dit, l'avenir constitutionnel de la Hongrie s'inscrirait dans un déterminisme historique où l'histoire, la coutume, indépendamment de la volonté humaine, sont alors productrices de normes. En un sens, « l'histoire doit justifier l'égoïsme national et délimiter le droit comme protection universelle, sans qu'on se soucie des impasses passées et futures. »³⁵

« L'illibéralisme » du gouvernement de Victor Orban a des assises idéologiques historiquement contingentes. Elle est le symptôme d'une véritable crise identitaire et

²⁸ CABANEL Patrick, *La question nationale au XIX^e siècle*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2015, p.14 ;

²⁹ Extrait de la Profession de foi nationale : « Nous sommes fiers que notre Roi, saint Étienne, il y a 1 000 ans, ait bâti l'État hongrois sur des fondations solides et ait fait de notre patrie une partie de l'Europe chrétienne » ; ou encore l'article J de la L.F. : « 1. En Hongrie, les jours fériés sont : [...] b) le 20 août, en mémoire de la fondation de l'État et du roi saint Étienne, son fondateur » ;

³⁰ Définition donnée par le professeur ESMEIN Adhémar dans son ouvrage *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, LSRGLA, 2^e éd., 1899, p.1 ;

³¹ Extrait de la Profession de foi nationale : « Nous promettons de préserver l'unité intellectuelle et spirituelle [ou « morale » en fonction des traductions] de notre nation déchirée dans les tempêtes du siècle passé. » ;

³² Extrait de la Profession de foi nationale : « Nous respectons les acquis de notre Constitution historique et nous honorons la Sainte-Couronne, qui incarne la continuité constitutionnelle de l'État hongrois et l'unité de la nation » ;

³³ JAKAB András et SONNEVEND Pál, « Une continuité imparfaite : la nouvelle Constitution hongroise », in *Jus Politicum*, n° 8, p.4 ; disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Une-continuite-imparfaite-la-nouvelle-Constitution-hongroise-558.html> ;

³⁴ Article R de la L.F. ;

³⁵ GRADVOHL Paul, « Orban et le souverainisme obsidional », in *Politique étrangère* 2017/1, p. 39 ;

constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Puisque contrairement aux autres États post-communistes, la Hongrie, a connu sa première Constitution formelle en 1949 sous domination politicomilitaire de l'URSS. Depuis les années 1990 elle se cherche un régime politique singulier. La chute du mur de Berlin en 1989 et la dislocation de l'URSS quelques mois plus tard ont entraîné en Europe centrale et baltique un véritable « retour du passé ». Le politologue Jacques Rupnik avait, d'ailleurs, qualifié cette transition démocratique comme une « révolution-restauration »³⁶. Il s'agissait d'inscrire les nouveaux régimes politiques, non plus dans l'hypothèse « d'une fin de l'histoire » de nature communiste, mais dans un retour à une histoire nationale, souvent mystifiée. La nationalisation de l'histoire s'explique par « réaction à l'abstraction universaliste du communisme qui se proposait de faire « table ras » du passé. »³⁷ Cette tendance se retrouve bien entendue sur le plan constitutionnel. En faisant le choix de rétablir symboliquement sa constitution de 1922, le cas de la Lettonie est un exemple marquant³⁸. L'invocation du passé mystifié pré-communiste était en quelque sorte un moyen, pour les nouveaux régimes d'Europe centrale et les pays baltes, de renforcer l'État en mal de légitimité. Mais contrairement à ces États, la Hongrie n'a pas pu établir un régime politique solide. La révision minimale de la constitution communiste de 1949 opérée, en 1990, n'avait qu'un caractère provisoire, comme le mentionnait son préambule. La majorité des deux tiers des députés du Parlement exigé pour une révision totale de la Constitution n'a jamais été atteinte, en raison des fortes divergences des partis politiques démocratiques. C'est donc la Cour constitutionnelle dans ces années qui s'est affirmée comme le véritable acteur de la transition démocratique en Hongrie, à travers sa jurisprudence abondante. En l'absence de nouvelle norme fondamentale, le juge constitutionnel a affirmé, sur le modèle de la Cour de Karlsruhe, un catalogue de droits fondamentaux jurisprudentiels, invoquant une « Constitution invisible »³⁹. Il aura fallu attendre l'arrivée au pouvoir de la FIDEZS, en 2010, obtenant les deux tiers des voix du Parlement, sur fond de crise financière et de corruption des élites politique, pour voir cette rupture constitutionnelle avec le régime soviétique.

Plus encore, les récents événements sur la question des migrants illustrent l'ambiguïté des relations entre la Hongrie et les normes européennes. Cela peut s'expliquer par le fait que les normes européennes sont vécues, par les acteurs politiques, mais également la population, comme imposées. Puisque dès les années 1990, « la « normalisation démocratique » européenne s'est faite, en partie, par les pays d'Europe centrale et orientale, au prix d'une tension permanente entre les normes politico-juridiques incorporées dans l'ordre interne et les cultures politiques locales, anciennes et/ou héritées de la période communiste »⁴⁰. Il faut dire que l'adhésion des États d'Europe centrale et orientale s'est faite à « marche forcée ». Seulement une quinzaine d'années ont été nécessaire pour les États post-communistes comme la Hongrie, qui a d'ailleurs été le premier pays à intégrer les PECO, pour rattraper un certain

³⁶ V. *Idem*, p. 53-60 ; le terme « révolution-restauration » a également été employé par François FURET dans son ouvrage *L'énigme de la désintégration communiste* (Fondation Saint-Simon, 1990) ;

³⁷ RUPNIK Jacques, « Le retour de l'histoire en Europe centrale », in *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n°36, octobre-décembre 1992, p. 55 ;

³⁸ PONTTHOREAU, *Ibid.*, p.409 ;

³⁹ *Idem* ;

⁴⁰ CLARET Philippe, « Les illusions perdues du post-communisme. Sur le désenchantement démocratique en Europe centrale et orientale », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC*, Bruylant, 2007, p. 395.

L'Union européenne et sa politique migratoire au défi de la « démocratie illibérale » hongroise.

nombre de retards politiques et économiques et ainsi respecter les critères d'adhésion. Cette fragilisation du processus démocratique et de la construction de l'État de droit en Europe centrale est le fruit d'une désillusion de la démocratie.

Quoi qu'il en soit, les différends avec la Hongrie pour l'Union européenne sont avant tout un problème politique et non juridique. La solution que va délivrer prochainement la Cour de justice de l'Union à la suite de la saisine de la Slovaquie et de la Hongrie sur question des « quotas de migrants » ne va certainement pas résoudre cette affaire, puisqu'elle confirmera sans doute les principes de primauté du droit de l'Union et de coopération des États membres. Ce qui est certain, c'est que la politique « illibérale » de Victor Orban s'inscrit comme une démarche anticonstitutionnelle, c'est-à-dire dont l'objet n'est pas de réguler juridiquement les organes de l'État, mais d'utiliser la constitution à des fins politiques. L'Union européenne pourra-t-elle le supporter longtemps ? L'avenir le dira.