

L'Asie du Sud-Est, laboratoire du constitutionnalisme illibéral

Eugénie MÉRIEAU

Dans son célèbre discours faisant l'apologie de la démocratie illibérale, le Premier ministre hongrois Viktor Orban cite Singapour en modèle¹. Singapour fournit en effet le cas d'école d'un « État de droit autoritaire² » prospère, stable et dynamique adossé à un constitutionnalisme « illibéral³ » de restriction des libertés publiques.

Au sein de l'Association des Nations du Sud-Est (Asean), les voisins de Singapour sont également des régimes autoritaires, hybrides ou du moins illibéraux. Avec seulement onze pays, l'Asie du Sud-Est se caractérise par son extrême diversité : religieuse (bouddhisme, islam, christianisme, confucianisme), historique (expériences de colonisation américaine, britannique, espagnole, française, hollandaise, japonaise, portugaise, voire absence de colonisation), politique (monarchies absolue ou mixte, régimes communistes et à parti unique, gouvernement militaire, régimes parlementaire et présidentiel) et juridique (Common law, droit romano-germanique, droit communiste, droit musulman, droit coutumier). Cette grande diversité fournit un matériau unique précieux

¹ Viktor Orbán, discours prononcé le 26 juillet 2014, (<https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/>).

² Jothie Rajah, 2012, *Authoritarian Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

³ Li-Ann Thio, 2012, « Constitutionalism in Illiberal Polities », in Michel Rosenfeld et Andras Sajó (dir.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 133-148 ; Mark Tushnet, 2015, « Authoritarian Constitutionalism », *Cornell Law Review*, vol. 100, p. 391-462.

pour la recherche en sciences sociales, contredisant plusieurs théories élaborées depuis l'Europe : c'est notamment largement à partir de l'Asie du Sud-Est que furent ébranlés les fondements de la théorie de la modernisation dont le paradigme de la « transition démocratique » est issu. En Asie du Sud-Est, difficile en effet d'établir une corrélation entre niveaux de développement, urbanisation et démocratisation, ou de maintenir l'hypothèse d'une classe moyenne socle de la démocratie⁴.

De la même manière, l'étude des constitutionnalismes sud-est asiatiques est porteuse de défis majeurs à l'égard de la théorie de la « transition constitutionnelle », qui s'énonce comme suit : le passage d'un régime autoritaire à une démocratie repose sur l'adoption d'une constitution garantissant la séparation des pouvoirs et la protection des libertés, ainsi que d'une cour constitutionnelle assurant la mise en œuvre effective du texte. Les transitions des années 1990, notamment aux Philippines, en Thaïlande, au Cambodge, au Myanmar et en Indonésie ont suivi ce modèle : symbolisées par l'adoption d'une nouvelle constitution comprenant un catalogue des droits et de nombreux mécanismes d'équilibre des pouvoirs (*checks and balances*), elles se sont cristallisées autour de l'élaboration de mécanismes de contrôle de constitutionnalité.

Les espoirs soulevés par ces transitions furent vite déçus. Au Cambodge, dix ans après le coup d'État de Hun Sen contre son co-Premier ministre en 1997, le pays s'est mué en régime de parti unique. En Thaïlande, deux coups d'État successifs en 2006 et 2014 ont posé les bases d'un gouvernement militaire durable. Aux Philippines, l'arrivée au pouvoir de Rodrigo Duterte en 2016 a fragilisé les institutions démocratiques, transformant les Philippines en « démocratie illibérale ». En Indonésie, bien qu'étant l'une des démocraties les plus achevées dans la région, la montée de l'intolérance religieuse au cours des années 2010 semble remettre en cause le caractère libéral du pays. En Birmanie enfin, l'icône démocratique des années 1990, Aung San Suu Kyi, s'est rendue complice à partir de 2016 d'un génocide perpétré contre les Rohingyas.

Plus encore, dans toutes ces situations, le rôle joué par les mécanismes de justice constitutionnelle fut central. Au Cambodge, le parti d'opposition fut

⁴ Erik Martinez Kuhonta, Dan Slater et Tuong Vu (dir.), 2008, *Southeast Asia in Political Science: Theory, Region, and Qualitative Analysis*, Stanford, Stanford University Press.

dissous par la Cour suprême avec le concours du Conseil constitutionnel. En Thaïlande, les coups d'État de 2006 et 2014 furent précipités par des décisions de la Cour constitutionnelle. Aux Philippines et en Indonésie, les tribunaux se sont accommodés, voire ont facilité dans certains cas les attaques contre les droits humains. Dans le même temps, les États les plus autoritaires de la région ont procédé à des révisions substantielles de leurs textes fondamentaux, notamment au Laos en 2015 et au Vietnam en 2013, ou encore en Birmanie en 2008. Même le Brunei, monarchie absolue, a effectué d'importantes révisions constitutionnelles, de 2004 à 2006. Dès lors, le constat d'échec des « transitions constitutionnelles » est patent : le grand dynamisme constitutionnel de l'Asie du Sud-Est ne semble pas ébranler la remarquable résilience de l'autoritarisme dans cette région du monde décrite comme étant « la plus récalcitrante⁵ » à la démocratie.

C'est précisément ce paradoxe que ce chapitre s'attache à élucider : l'approfondissement du constitutionnalisme et de l'État de droit via la mise en place de constitutions détaillées et de cours puissantes en charge de contrôler leur bonne mise en œuvre s'accompagne en réalité d'une érosion de la démocratie dans la région. Comment expliquer ce double-mouvement ? La justice constitutionnelle n'est-elle pas par définition au service de l'État de droit et des libertés publiques ? Le constitutionnalisme n'est-il pas censé poser des limites à la fois procédurales et substantielles à l'exercice du pouvoir et dès lors assurer la résilience démocratique ?

Pour y répondre, deux approches sont envisageables. La première consiste à nier le caractère véritable du constitutionnalisme et de la justice constitutionnelle tels qu'ils se déploient en Asie du Sud-Est. Sous couvert de reconnaître l'échec des transplantations juridiques, il s'agit de reléguer le phénomène observé en Asie du Sud-Est à une « déviation » par rapport au modèle européen. Relever ce constat n'invite alors pas à remettre en cause le modèle mais à déclarer sa non-pertinence pour la région. La seconde approche vise à documenter par quelles voies singulières le constitutionnalisme et la justice constitutionnelle en Asie du Sud-Est ont pu servir d'outils de consolidation

⁵ Donald K. Emmerson, 1995, « Region and Recalcitrance : Rethinking democracy through Southeast Asia », *The Pacific Review*, vol. 2, p. 223-248.

autoritaire du pouvoir, révélant dans le même temps les ambivalences inhérentes à la justice constitutionnelle et invitant, par conséquent, à une nécessaire révision du modèle associant justice constitutionnelle à État de droit, constitutionnalisme à démocratie.

Ce chapitre sondera l'utilité des deux approches à travers une exploration concise du phénomène tel qu'il se présente aujourd'hui en Asie du Sud-Est. Après une brève présentation chronologique des «vagues de constitutionnalisme», nous examinerons plus en détail les contours de l'adoption et de la mise en œuvre des mécanismes de justice constitutionnelle dans la zone.

Vagues de constitutionnalisme : des indépendances au printemps asiatique

Le droit constitutionnel d'Asie du Sud-Est porte la marque de son héritage colonial, mais également des circulations des normes et des idées à la fois antérieures et postérieures à la période coloniale, dont résulte un incroyable métissage juridique et politique. Il s'est déployé en trois vagues successives. La première vague, celle des indépendances, met l'accent sur le caractère national tout en imitant, paradoxalement, les formes de l'ancien colonisateur. La seconde vague, au cœur de la guerre froide, est marquée par un renforcement autoritaire, communiste ou anticommuniste, qui s'écarte largement des anciens modèles coloniaux. La troisième vague enfin, hybride, est celle des «transitions démocratiques».

Première vague : indépendances et mimétisme constitutionnel

La première vague de constitutionnalisme en Asie du Sud-Est date de la fin du XIX^e siècle. Elle puise ses fondations dans la réformation Meiji qui visait notamment à se défaire des traités d'extraterritorialité imposés par les

puissances européennes⁶. La Constitution Meiji, promulguée dans ce contexte en 1889, fut la première constitution asiatique. Elle essaima à Johor et aux Philippines, qui se dotèrent d'une Constitution en 1895 et 1899 respectivement. Ces dernières ne furent pas, dans le cadre colonial dans lequel elles s'inscrivaient, mises en œuvre tant et si bien qu'elles sombrèrent dans l'oubli. En Asie du Sud-Est, la première vague de constitutionnalisme coïncide avec les indépendances et adopte les formes de l'ancien ou des anciens colonisateurs.

Pays doublement colonisés : le choix de systèmes mixtes

La Thaïlande ne fut pas directement colonisée. Néanmoins, en tant qu'État tampon entre la France et le Royaume-Uni, soumise comme le Japon avant elle à un régime d'extraterritorialité, elle fut très fortement exposée à ces deux influences. C'est la raison pour laquelle elle fit le choix d'une codification de droit civil sur le modèle franco-allemand tout en proclamant son allégeance aux principes de la Common law. Par sa Constitution de 1932 inspirée du texte de Meiji, elle adoptait une forme hybride de monarchie parlementaire⁷. Trois ans plus tard, en 1935, les Philippines, alors colonie américaine, adoptaient officiellement leur première Constitution, dite « Constitution du Commonwealth ». Leur système politico-juridique empruntait tout autant à la Common law américaine qu'au droit romano-germanique espagnol, leur premier colonisateur. Refusant la forme fédérale américaine, le pays adoptait un régime présidentiel hybride reposant sur un président et un vice-président en compétition permanente. Après la Thaïlande et les Philippines, le troisième État à se doter d'une constitution dans la région est l'Indonésie. Souhaitant accéder à l'indépendance le plus rapidement possible, les dirigeants nationalistes rédigèrent ce texte à la hâte en seulement 20 jours, en 1945⁸. Deux ans plus tard, elle fut sensiblement révisée : sa nouvelle version mettait en place des « États-Unis

⁶ Eugénie Mériau, 2019, « The 1932 Compromise Constitution : Matrix of Thailand's Permanent Constitutional Instability », in Kevin YL Tan et Bui Ngoc Son (dir.), *Constitutional Foundings in Southeast Asia*, Oxford, Hart Publishing, p. 297-318.

⁷ Eugénie Mériau, 2018, *Le constitutionnalisme thaïlandais au prisme de ses emprunts étrangers : une analyse de la fonction royale*, Paris, Presses de l'Institut Varenne.

⁸ Denny Indrayana, 2008, « Indonesia In Search for a Democratic Constitution (1945-2008) », in Clauspeter Hill et Jörg Menzel (dir.), *Constitutionalism in Southeast Asia*, Singapour, Konrad Adenauer Stiftung, p. 96.

d'Indonésie », adoptant la forme fédérale à l'instar du colonisateur, les Pays-Bas – mais le fédéralisme ne s'y est finalement pas implanté. L'Indonésie, successivement soumise à l'influence portugaise puis à la colonisation néerlandaise, se caractérise par un grand pluralisme juridique : *charia*, droit romano-germanique, et *adat* (droit coutumier).

Colonies françaises : monarchies constitutionnelles et système juridique continental

Les anciennes colonies françaises suivirent une trajectoire semblable. Suite au renversement de l'autorité coloniale française par les Japonais en mars 1945, les nationalistes des trois pays d'Indochine prirent brièvement le pouvoir, avant que la France ne reprenne le contrôle de l'Indochine avec l'aide des Britanniques fin 1945-1946. Entretemps, le gouvernement provisoire de la République Démocratique du Vietnam dirigé le Viet Minh (de fait par le PCV) déclara l'indépendance en septembre 1945 et rédigea une première version de constitution sur le modèle français et américain, qui fut complétée et votée fin 1946, peu avant que n'éclate la guerre d'Indochine. Le mouvement nationaliste Lao Issara (Laos libre) rédigea également une première constitution en octobre 1945 sur le modèle de la Constitution siamoise de 1932. Le mouvement nationaliste Khmer Issarak ne put faire de même car le Cambodge fut très vite réoccupé. La reprise du pouvoir par les Français conduisit à l'instauration de monarchies constitutionnelles dans les trois pays, qui devinrent des « États associés dans le cadre de l'Union française », alors que la France s'engageait dans une longue guerre coloniale jusqu'à sa défaite à Dien Bien Phu en 1954. La division du Vietnam imposée par la conférence de Genève la même année donna lieu à deux processus constitutionnels, avec le vote d'une constitution présidentielle à l'américaine en 1956 au Sud, et d'un texte sur le modèle socialiste en 1959 au Nord. Le Cambodge et le Laos indépendants restèrent des monarchies constitutionnelles, le premier conservant la constitution d'indépendance établie en 1947, tandis que le second révisait la sienne en 1957.

Colonies britanniques : système de Westminster et Common law

À l'exception de la Birmanie, dans laquelle le système britannique fonctionna comme repoussoir absolu des dirigeants nationalistes (après avoir refusé d'adhérer au Commonwealth, ils firent le choix en 1948 d'un régime républicain à l'américaine dans le cadre d'un système de droit romano-germanique), le constitutionnalisme fut mimétique dans les colonies de Malaisie, de Singapour et de Brunei. Selon un processus de décolonisation graduel, les Britanniques mirent en place la Commission Reid pour étudier les modalités de la décolonisation. Une fois le rapport publié en 1957, la Malaisie adoptait sa première constitution et proclamait son indépendance. L'année suivante, deux conférences avaient lieu à Londres pour déterminer le sort de Singapour et rédiger un nouveau texte. Dès l'indépendance de la fédération de Malaya en 1957, tous deux codifièrent la constitution britannique non écrite, et notamment ses conventions : adoptant sans trop d'aménagements la version « exportable » du modèle Westminster préparé par le Britannique Sir Ivor Jennings⁹. La fonction de chef d'État, largement cérémoniale, pouvait admettre des variations vis-à-vis du modèle britannique : en Malaisie, le maintien d'une monarchie élective, fonctionnant sur un système de rotation des chefs religieux traditionnels, à Singapour, une présidence, nommée par le Parlement. Singapour rejoignit la fédération de Malaisie en 1963 pour la quitter en 1965, mais sans modifier véritablement son système politique. Au Brunei, qui conserva également la Common law, le système de Westminster fut en revanche rejeté : lorsque le sultanat devint semi-indépendant en 1958, il adopta une première charte constitutionnelle qui formalisait le pouvoir absolu du sultan, à la fois chef d'État et de gouvernement.

Seconde vague : communisme et autoritarisme

La seconde vague de constitutionnalisme fut en Asie du Sud-Est une vague de réaction : dans la région, le principe même du constitutionnalisme, érigeant la constitution en source première de légitimité, se voyait rejeter : avènement

⁹ Joseph M. Fernando, 2006, « Sir Ivor Jennings and the Malayan Constitution », *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, vol. 34, p. 577-597.

du communisme en ex-Indochine, multiplication des lois martiales et état d'urgence suspendant largement les constitutions dans le reste de la zone.

Le constitutionnalisme de type socialiste dans les anciennes colonies françaises

L'arrivée au pouvoir des communistes, de façon presque simultanée en 1975 au Vietnam, au Cambodge et au Laos, se traduisit par l'abolition des constitutions en vigueur et la mise en place de constitutions sur le modèle soviétique (en 1975 au Cambodge, en 1980 au Vietnam, en 1991 au Laos). Au Cambodge, les Khmers rouges abolirent la Constitution de 1972 promulguée sous le régime de Lon Nol. Si au cours des quatre années de régime khmer rouge, *de facto*, le droit et les institutions légales n'existaient plus, en réalité, une « Constitution du Kampuchea démocratique » avait été votée en décembre 1975. Rédigée à l'initiative de Khieu Samphan, avec le concours du Cabinet, 500 représentants paysans et 300 représentants de l'Armée révolutionnaire khmère, elle proclamait notamment le droit de « ne pas avoir de religion » mais interdisait également la croyance en toute « religion réactionnaire »¹⁰. Au Vietnam, la Constitution de 1980, largement influencée par le modèle soviétique, mettait l'accent sur la souveraineté populaire et le socialisme. Si la Constitution garantissait la liberté d'expression, d'assemblée, et d'association, ainsi que la liberté de manifester, dans le même temps, elle affirmait que « personne ne peut utiliser les libertés démocratiques pour violer les intérêts de l'État et du peuple ». Au Laos, le processus fut plus long : ce n'est qu'en 1982, qu'un comité de rédaction de la Constitution fut finalement nommé. Le texte, rédigé avec l'aide de conseillers d'Allemagne de l'Est¹¹, fut adopté en 1991 : en tout, le Pathet Lao se sera passé de constitution pendant plus de quinze ans.

¹⁰ David P. Chandler, 1976, « The Constitution of Democratic Kampuchea (Cambodia) : The Semantics of Revolutionary Change : Notes and Comment », *Pacific Affairs*, vol. 49, p. 506-515.

¹¹ Wen-Chen Chang, Li-Ann Thio et Kevin Tan (dir.), 2014, *Constitutionalism in Asia : Cases and Materials*, Oxford, Hart Publishing.

Coups d'État, lois martiales et suspension de constitutions

Ailleurs, c'est au nom de l'anticommunisme que les constitutions de la première vague furent abolies. Dès 1958 en Thaïlande, le général Sarit déclara la loi martiale et abrogea la Constitution de 1952, décrétant un moratoire sur les élections. Un an plus tard, il fit proclamer un nouveau texte : marqué d'une extrême déférence à l'égard du monarque, ce dernier offrait l'essentiel des pouvoirs au chef de la junte renommé Premier ministre, notamment grâce à un article 17 inspiré de l'article 16 de la Constitution de la v^e République française. L'année suivante, en Indonésie, Sukarno annonça également la suppression des élections dans le cadre de la mise en place d'une « démocratie guidée ». Il suspendit la Constitution de 1950, pour la remplacer par celle de 1945 donnant de larges pouvoirs au président. En Birmanie, le général Newin instaura également la loi martiale en 1962 suite à un coup d'État, abrogeant *de facto* la Constitution d'indépendance. En 1967 en Indonésie, Suharto déposa Sukarno dans un coup et annonça l'ère du « Nouvel ordre » : soit un gouvernement « autoritaire, de développement économique et de stabilité politique ». Aux Philippines, Ferdinand Marcos, élu président en 1965 et réélu en 1969, proclama à son tour la loi martiale en 1972. Il abrogea la Constitution, mit fin aux libertés publiques et emprisonna ses opposants politiques, avant de proclamer un nouveau texte renforçant les prérogatives de l'exécutif, en 1973. En 1976, il prorogea indéfiniment le Congrès.

États d'urgence dans les anciennes colonies britanniques

En Malaisie, à Singapour, et au Brunei, si les constitutions ne furent pas suspendues ni sujettes à coup d'État, elles furent néanmoins partiellement suspendues du fait de la déclaration de l'État d'urgence s'inspirant directement des pratiques des Britanniques dans la gestion coloniale des territoires¹². En 1960, la Malaisie déploya l'Internal Security Act, autorisant notamment la détention préventive sans mandat judiciaire, qu'elle étendit à Singapour en 1963. À Brunei, l'État d'urgence fut décrété en 1962. Dans les deux cas,

¹² Kevin Tan, 2009, « From Myanmar to Manila : a brief study of emergency powers in Southeast Asia », in Victor V. Ramraj (dir.), *Emergency Powers in Asia*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 149-186.

l'État d'urgence, une fois déclaré, ne fut jamais révoqué. Ce dernier, à l'indépendance en 1984, décida également de se séparer de son Conseil législatif – le Sultan pouvait gouverner par décrets et proclamations royales, en accord avec les pleins pouvoirs conférés par l'État d'urgence. En 1985, Singapour, délié de l'Internal Security Act malaisien, fit adopter sa propre version de la loi autorisant la suspension des garanties constitutionnelles.

Le printemps asiatique : demandes de constitutions

À partir des années 1980, des Philippines à l'Indonésie en passant par la Birmanie et la Thaïlande, les manifestations contre les régimes autoritaires se multiplièrent. En 1986, aux Philippines, le « People's Power » réclamait la chute du dictateur Ferdinand Marcos. En 1988, en Birmanie, les manifestants descendirent par milliers dans les rues de Rangoon pour exiger le départ de la junte militaire de Ne Win. En 1992, en Thaïlande, des milliers de Bangkokiens se réunirent pour forcer la démission du général Suchinda Krapayoon auteur du coup de 1991. En 1998, en Indonésie, les manifestants demandèrent la fin de l'« Ordre nouveau » autoritaire imposé par Suharto. Un « printemps asiatique » soufflait sur la région, menaçant de balayer les dictatures non-communistes issues du contexte de guerre froide. Les suites de ces manifestations furent néanmoins diverses : alors qu'en Birmanie, la répression fut d'une grande férocité, aux Philippines et en Indonésie, l'armée fit « défection » et offrit son soutien aux manifestants¹³. En Thaïlande, le Roi intervint directement pour mettre fin aux affrontements entre le gouvernement et les manifestants et obtenir la démission des militaires¹⁴. Dans toutes ces situations, l'une des demandes prioritaires concernait la rédaction de nouvelles constitutions, synonymes d'un « nouveau départ ». En Birmanie, la promesse resta des années suspendue mais aux Philippines, en Indonésie et en Thaïlande, les nouveaux gouvernements s'engagèrent dans de grands chantiers constitutionnels.

¹³ Terence Lee, 2009, « The Armed Forces and Transitions from Authoritarian Rule : Explaining the Role of the Military in 1986 Philippines and 1998 Indonesia », *Comparative Political Studies*, vol. 42, p. 640-669.

¹⁴ Khien Theeravit, 1997, *Thailand in Crisis : A Study of the Political Turmoil of May 1992*, Bangkok, Chulalongkorn University.

Troisième vague : le constitutionnalisme de la « transition démocratique »

La troisième vague du constitutionnalisme asiatique donna lieu à des innovations constitutionnelles majeures et une « indigénisation » de ses caractéristiques. La troisième vague s'érigait en contrepoint de la seconde vague, qui avait vu le constitutionnalisme décliner comme source de légitimité politique.

Le modèle de constitution « internationalisée » : le Cambodge

À l'issue du génocide khmer rouge suivi de la guerre civile entre forces pro-vietnamiennes et cambodgiennes, le Cambodge devint un « laboratoire » pour les Nations unies. L'UNTAC (UN Transitional Authority in Cambodia) supervisa l'organisation d'élections en 1991 suivie de la rédaction d'une Constitution démocratique en 1993. Au même moment, le Laos voisin adoptait un texte omettant toute référence au socialisme, signe des temps de la fin de guerre froide. Fondamentalement distincte, la Constitution cambodgienne rétablissait la monarchie dans le cadre d'un système parlementaire doublé de nombreux mécanismes de contrôle de l'exécutif et d'un catalogue de droits très complet. La Constitution s'ouvrait sur ces mots, tirés de l'expérience américaine « We, the people of Cambodia ».

Les constitutions de transition : Philippines, Indonésie, Thaïlande

En 1986, l'un des premiers actes de Cory Aquino lorsqu'elle succéda à Marcos fut de lancer un processus constitutionnel. Le texte qui en résulta, promulgué en 1987, symbolisait la rupture avec le passé autoritaire en consacrant le caractère démocratique et social des Philippines. De la même manière, la Thaïlande s'engagea à partir de 1992 dans une grande réflexion sur la rédaction d'une nouvelle constitution. En 1997, à l'issue d'un long processus participatif, le texte finalement adopté mettait en place un « parlementarisme rationalisé » fondé sur un bicaméralisme inégalitaire en faveur de la Chambre basse élue. En Indonésie, suite à la démission de Suharto suivie d'élections législatives l'année suivante, le Parlement vota une série de révisions constitutionnelles très

substantielles. S'il se refusait à formellement abolir la Constitution fondatrice de 1945, il la renouvela dans sa quasi-intégralité entre 1999 et 2002. Les amendements visaient à empêcher le retour d'un autocrate, notamment via la limitation du nombre de mandats présidentiels et la création d'organes constitutionnels indépendants de contrôle du pouvoir exécutif.

Les anciennes colonies britanniques : réformes graduelles

Dans les anciennes colonies britanniques, les réformes furent, à l'exception de la Birmanie, plus graduelles. À Singapour, une présidence électorale fut introduite en 1993 selon un système de quota ethnique informel, tout à fait étranger à la culture politique britannique. Le pays abolit le système d'appel au Privy Council britannique en 1994 (jusqu'à cette date, le Privy Council situé à Londres demeurait cour d'appel en dernière instance des affaires jugées à Singapour, notamment celles mettant en jeu la peine capitale). En Birmanie, la Constitution promise depuis 1993, finalement adoptée en 2008 après quinze ans de manœuvres dilatoires, mettait en place une « démocratie tutélaire » permettant à l'armée de maintenir son contrôle des processus politiques. Même si un article défendait expressément Aung San Suu Kyi d'accéder à la présidence, cette dernière n'en devint pas moins « conseillère d'État », soit *de facto* présidente. Quant au Brunei, il rétablit le Conseil législatif en 2004 dans le cadre d'une révision constitutionnelle majeure.

Plus spécifiquement, ces réformes constitutionnelles avaient un point commun : l'introduction de mécanismes de contrôle de constitutionnalité pour permettre une meilleure garantie des droits et protéger les démocraties naissantes des potentiels abus d'un autocrate. La mise en place d'une Cour constitutionnelle, pour des raisons tout aussi symboliques que pragmatiques, s'imposait comme le catalyseur de la transition constitutionnelle¹⁵.

¹⁵ Au-delà du caractère symbolique de la rupture avec le passé autoritaire, l'impossibilité pratique de confier aux juges du régime autoritaire le contrôle des processus politiques démocratiques plaide également en faveur de la création de nouveaux organes judiciaires.

L'adoption de mécanismes de contrôle de constitutionnalité : quelle « transition constitutionnelle » ?

L'introduction de mécanismes de *constitutional review* (contrôle juridictionnel de constitutionnalité) est un phénomène global caractéristique de la troisième vague de démocratisation¹⁶. On distingue généralement trois grands modèles : le modèle français du Conseil constitutionnel, le modèle allemand de Cour constitutionnelle et le modèle américain de Cour suprême. Doivent également être mentionnés les traditions britanniques et communistes de rejet du contrôle de constitutionnalité par un organe judiciaire indépendant.

L'expansion du pouvoir judiciaire en Asie du Sud-Est

L'Asie du Sud-Est fut profondément touchée par la vague mondiale d'« expansion du pouvoir judiciaire »¹⁷, notamment parce que la crise asiatique financière de 1997 avait démontré la nécessité et l'urgence de moderniser les institutions judiciaires pour s'attaquer plus efficacement à la corruption. Les Philippines, la Malaisie et Singapour, déjà dotés de cours suprêmes, ont vu ces dernières affirmer davantage leur compétence de contrôle constitutionnel.

Le modèle américain : les Philippines

Aux Philippines, la Cour suprême avait acquis le pouvoir de *judicial review* dès 1935 : en vertu des dispositions de sa première constitution, un vote des deux tiers à la Cour suprême suffisait pour annuler tout acte législatif ou traité. La Constitution de 1987 vint largement étendre les compétences de la Cour : elle acquit la mission de contrôler la constitutionnalité des traités, des lois mais également des décrets présidentiels, et en ce sens, des possibles abus de

¹⁶ Tom Ginsburg, *The Global Spread of Constitutional Review*, in Keith Whittington and Daniel Keleman (dir.) Oxford Handbook of Law and Politics Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 82-96.

¹⁷ C. Neal Tate et Torbjorn Vallinder, 1997, *The Global expansion of judicial power*, New York, New York University Press.

pouvoir de l'exécutif. Plus récemment, en 2007, fut introduit le recours d'*amparo*, procédure espagnole permettant à tout individu de se prévaloir d'une violation de ses droits pour demander l'annulation d'une loi pour inconstitutionnalité.

Le modèle français : Cambodge et Myanmar

Au Cambodge, la Constitution de 1972 avait établi un premier « Conseil constitutionnel » sur le modèle français, mais ce dernier ne fut jamais opérationnel. La Constitution de 1993 prévoyait quant à elle un Conseil constitutionnel de neuf membres dont un tiers nommé par le roi, un tiers par l'Assemblée nationale et un tiers par le Conseil supérieur de la magistrature, qui ne vit officiellement le jour qu'en 1998. Sur le modèle français, il possède la compétence de contrôle abstrait des normes (*in abstracto*), avant et après promulgation. Surtout, il est juge du contentieux électoral. La transition démocratique du Myanmar s'est également cristallisée autour de la création d'un tribunal constitutionnel, déjà mentionnée dans la feuille de route adoptée par la Convention nationale chargée à partir de 1993 de la rédaction de la constitution. Finalement promulguée en 2008, cette dernière met en place un conseil de neuf membres, dont un tiers est nommé par le président et les deux tiers restants par les présidents des deux assemblées. Qu'il s'agisse du Cambodge ou du Myanmar, les modes de saisine sont restrictifs par rapport à ses homologues dans la région : seul un tribunal ou un organe de l'État peut déférer une loi au Conseil.

Le modèle allemand : Thaïlande et Indonésie

En Thaïlande, la Constitution de 1997 introduisit une Cour constitutionnelle dotée de compétences très étendues : contrôle de la constitutionnalité des lois à la fois *in concreto* sur renvoi préjudiciel et *in abstracto* avant promulgation via la saisine de députés, sénateurs, ou membres d'organes constitutionnels. Cette cour, qui admet les recours individuels, peut prononcer à la fois la dissolution des partis politiques et la destitution du Premier ministre et de l'ensemble du cabinet ministériel. Le même modèle fut adopté quelques années plus tard en Indonésie. Lorsque Suharto annonça sa démission en 1998,

l'Assemblée consultative du peuple proposa d'introduire le contrôle de constitutionnalité : la réforme judiciaire était portée à l'agenda prioritaire de la *Reformasi*, ensemble de réformes visant à assurer la transition vers un régime démocratique. Un amendement constitutionnel porta création en 2003 d'une Cour constitutionnelle de neuf membres, nommée pour un tiers par le président, un tiers par la chambre des représentants, et un tiers par la Cour suprême. La Cour ainsi créée, qui admet également les recours individuels, est juge du contentieux électoral, mais également de la constitutionnalité des partis politiques, dont elle peut prononcer la dissolution, et de l'*impeachment* du président. Sa juridiction va donc au-delà du modèle allemand : en réalité, c'est la Cour constitutionnelle sud-coréenne dont elle s'est plus directement inspirée.

Le rejet des cours constitutionnelles : socialisme, pays de Common law

Alors que le constitutionnalisme socialiste prône la suprématie législative et rejette le principe même d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité, le Vietnam s'est engagé dans une réflexion sur la mise en place d'un Conseil constitutionnel à partir des années 2000. En 2011, le parti communiste vietnamien a annoncé la mise en place d'un plan de révision constitutionnelle, dont un premier projet fut publié en 2013. Ce dernier prévoyait la création d'un Conseil constitutionnel aux compétences uniquement consultatives. Les membres du Parti rejetèrent la proposition, qui pour eux revenait à désavouer le principe de suprématie de l'Assemblée représentative du peuple. À l'inverse, pour les membres de la société civile, la réforme n'allait pas assez loin : ils réclamaient une Cour constitutionnelle dotée de pouvoirs véritables. L'expérience de l'URSS, où la Cour constitutionnelle précipita la fin du communisme ainsi que les expériences cambodgienne et thaïlandaise, agit comme repoussoir et la Constitution promulguée en 2013 *in fine* ne prévoit pas de conseil constitutionnel¹⁸. Au Laos, la possibilité de l'introduction d'un tel mécanisme au cours d'une prochaine révision n'est pas exclue. Il n'est guère qu'au Brunei où le principe du contrôle de constitutionnalité est expressément rejeté : après avoir

¹⁸ Bui Ngoc Son, 2018, « Why Do Countries Decide Not to Adopt Constitutional Review ? The Case of Vietnam », in Albert HY Chen et Andrew Harding (dir.), *Constitutional Courts in Asia : a Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 335-364.

établi un organe spécialisé en 1994, le Sultan a banni, par décret, toute possibilité d'amendement constitutionnel en ce sens¹⁹. La réforme constitutionnelle de 2004 a même ajouté une section déclarant que les lois et décrets promulgués sous état d'urgence (toujours en place aujourd'hui) sont valides et constitutionnels.

Les Cours constitutionnelles au service de l'autoritarisme

Défiant les prédictions formulées dans les années 1990, la mise en place de ces mécanismes de contrôle de constitutionnalité en Asie du Sud-Est a conduit à une « juridictionnalisation du politique²⁰ » : les Hautes Cours y sont devenues des acteurs politiques de premier plan²¹. Néanmoins, leur activisme n'a pas favorisé, loin s'en faut, la démocratisation. Au contraire, qu'elles soient les instruments directs de la consolidation et de la stabilisation autoritaire comme en Thaïlande, qu'elles agissent avec une déférence sélective vis-à-vis du pouvoir comme au Myanmar ou au Cambodge, ou qu'elles participent de l'érosion des libertés publiques et du pluralisme comme en Indonésie, elles se sont révélées l'instrument clé de la stabilité de ces régimes autoritaires.

Justice constitutionnelle au service de l'impunité des militaires

Les cours constitutionnelles ont notamment invalidé les tentatives de mise en accusation, dans le cadre de mécanismes de justice transitionnelle, des auteurs des crimes d'État commis durant les temps de dictature. Aux Philippines, une loi pour mettre en place un tribunal concernant les violences de masse du gouvernement de Gloria Arroyo (2001-2010) fut censurée par la Cour Suprême en 2010. En Indonésie, une loi visant à instaurer un mécanisme de justice transitionnelle concernant les massacres « anticomunistes » de 1965-

¹⁹ Tsun Hang Tey, 2008, « Brunei Entrenching an Absolute Monarchy », in Clauspeter Hill et Jörg Menzel (dir.), *Constitutionalism in Southeast Asia*, Singapour, Konrad Adenauer Stiftung, p. 9.

²⁰ C. Neal Tate, 1994, « The Judicialization of Politics in the Philippines and Southeast Asia », *International Political Science Review*, vol. 15, p. 187-197.

²¹ Certaines se sont vues mises en accusation par le parlement : aux Philippines et au Myanmar en 2012, en Indonésie en 2014, les présidents des Hautes Cours ont été destitués par *impeachment*, quand en Thaïlande, des procédures similaires n'aboutirent pas.

1966 fut également censurée par la Cour constitutionnelle en 2006²². Plus emblématique, si les Chambres extraordinaires du Cambodge ont finalement pu juger certains des commanditaires du génocide commis par les Khmers rouges (1975-1979) au cours de longs procès (2006-2018), la loi sur les Chambres extraordinaires fut dans un premier temps déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel²³. Dans le même temps, les Cours protègent, en Birmanie comme en Thaïlande, les amnisties en faveur des militaires, incluant une clause déclarant les actes législatifs, exécutifs et judiciaires des juntes militaires, sous loi martiale ou constitution intérimaire d'urgence, constitutionnels. Elles valident inlassablement les déclarations d'état d'urgence, les lois d'exception, et les amnisties. À titre emblématique, la Cour suprême des Philippines avait ainsi jugé constitutionnelle la déclaration de la loi martiale en 1972.

Justice constitutionnelle contre les partis politiques : dissolutions

Les Hautes Cours ont également fragilisé les processus politiques, en dissolvant le parti politique majoritaire et ses avatars successifs comme en Thaïlande en 2007 (Thai Rak Thai), 2008 (Phalang Prachachon) et 2019 (Thai Raksa Chat) ou en autorisant la dissolution du parti d'opposition comme au Cambodge en 2017 (Parti national de sauvetage du Cambodge). En Thaïlande, en 2006 et 2014, la Cour constitutionnelle a invalidé les réélections de Thaksin et Yingluck Shinawatra, créant les conditions des deux coups d'État militaires²⁴.

Cours constitutionnelles agents de l'autocratisation : « coups d'État judiciaire »

En 2001, la Cour suprême des Philippines, en coopération avec l'armée philippine, destituait le président élu Joseph Estrada au cours de ce que d'aucuns

²² Cette décision fait suite à un amendement visant à inscrire dans la Constitution le principe de non-rétroactivité « ne peut sous aucune condition être violé ».

²³ Décision du Conseil constitutionnel cambodgien du 12 février 2001. Le motif invoqué était celui de la possibilité de la peine de mort, en violation de la constitution cambodgienne qui l'interdit formellement.

²⁴ Eugénie Mérieau, 2017, « Les rapports dangereux entre justice constitutionnelle et transition démocratique : l'exemple de la Thaïlande (2006-2014) », *Revue française du droit public et de la science politique*, n° 3, p. 683-704.

nomment un « coup d'État judiciaire²⁵ ». En Thaïlande, la Cour constitutionnelle thaïlandaise a destitué tous les Premiers ministres élus depuis 2007 : Somchai Wongsawat, élu en décembre 2007, fut disqualifié par la Cour en septembre 2008 pour avoir présenté une émission de cuisine à la télévision, activité jugée « incompatible avec l'exercice de ses fonctions » ; Yingluck Shinawatra, élue en juillet 2011, fut destituée en mai 2014 pour avoir présidé au « transfert insincère » d'un fonctionnaire d'un poste à responsabilité à un poste inactif.

Les Cours constitutionnelles au service des libertés

Dans le même temps, les Cours constitutionnelles de la région ont fait progresser les libertés, en usant de techniques d'interprétation diverses appartenant au canon comme le test de proportionnalité, et des techniques moins répandues, comme le recours aux réserves d'interprétation ou à la reconnaissance de droits implicites.

Les cours constitutionnelles au service des droits de l'enfant

La Cour constitutionnelle d'Indonésie a, par exemple, dégagé des droits implicites – c'est-à-dire non mentionnés dans la Constitution – comme la présomption d'innocence ou le droit à un procès équitable. La Cour a également développé le principe des réserves d'interprétation, notamment pour octroyer aux pères des droits sur leurs enfants nés hors mariage. Le Conseil constitutionnel du Cambodge a quant à lui développé la méthode d'interprétation de la « constitution conforme » également pour faire progresser les droits de l'enfant.

Les cours contre les méthodes répressives de maintien de l'ordre

En 2006, la Cour suprême des Philippines usait du test de proportionnalité pour protéger le droit de manifester face à la volonté du gouvernement d'adopter des méthodes plus offensives de maintien de l'ordre – et la technique

²⁵ Eugénie Mérieau, 2018, « Populismes et démocratie (s) en Asie du Sud-Est », in Abigaël Pesses et Claire Thi-Liên Trần (dir.), *L'Asie du Sud-Est 2018. Bilan, enjeux et perspectives*, Bangkok-Paris, Irasec-Les Indes savantes, n° 3, p. 39-56.

des réserves d'interprétation pour censurer partiellement une déclaration d'état d'urgence.

Les cours constitutionnelles pour les droits environnementaux

Aux Philippines, dès 1993, la Cour reconnaissait le droit à l'environnement des générations futures. En 2008, le gouvernement désignait une centaine de cours comme tribunaux environnementaux. En Indonésie, la mise en place d'une cour spécialisée sur les questions environnementales est à l'étude depuis plusieurs années, dans le sillage de décisions audacieuses en matière de droits environnementaux. En Thaïlande, la Cour administrative suprême a interdit la mise en œuvre de dizaines de mégaprojets dans le complexe industriel de Map Ta Phut en 2010, en s'appuyant notamment sur le principe d'un droit constitutionnel à un environnement sain.

Les cours constitutionnelles pour le maintien du pluralisme juridique

Par ailleurs, ces Cours ont développé de nombreux principes visant à protéger le grand pluralisme juridique qui caractérise les sociétés d'Asie du Sud-Est comme le maintien jusqu'à ce jour, de tribunaux musulmans dont les décisions peuvent entrer en conflit avec les décisions des Cours nationales.



Depuis leur mise en place, les Cours constitutionnelles des pays d'Asie du Sud-Est ont produit un riche corpus de décisions renforçant l'autoritarisme d'une part, protégeant les libertés d'autre part. L'ambivalence de la mise en œuvre des mécanismes de justice constitutionnelle en Asie du Sud-Est est un révélateur de l'importance du constitutionnalisme dans cette région, enjeu central des luttes politiques et site de négociations permanentes.

La Constitution est aussi devenue un référent culturel : plusieurs États – y compris Brunei – ont établi un « jour de la Constitution », parfois même férié comme en Thaïlande. Ce phénomène s'observe au niveau micro des interactions avec le développement d'une « conscience constitutionnelle », c'est-à-dire une manière de penser le quotidien en termes de droits dérivant d'obligations

constitutionnelles. Par exemple, au Vietnam, en 2005, le ministère de la Sécurité publique dûit retirer le décret limitant la possession de motos à une par personne, sous la pression de la société civile qui adopta une rhétorique constitutionnaliste sur la violation du droit constitutionnel de propriété²⁶. En Thaïlande, les manifestants en 2005 se livrèrent à une réinterprétation de l'article 7 de la Constitution sur les « coutumes constitutionnelles » pour exiger un Premier ministre nommé par le roi en remplacement de Thaksin²⁷. Cette conscience constitutionnelle se décline également au niveau de l'ASEAN, comme le révèle sa charte s'ouvrant sur ces mots « We, the People of the Member States of ASEAN ».

Ainsi, du « Printemps sud-est asiatique » à la résurgence de l'autoritarisme et à la constitutionnalisation de l'ASEAN, l'Asie du Sud-Est prouve la pertinence du concept de constitutionnalisme, même en contexte autoritaire. Au-delà de la diversité religieuse, culturelle, linguistique, la région est un laboratoire des circulations du droit constitutionnel autoritaire comme libéral. C'est le cas des circulations entre l'Indonésie et la Malaisie sur les questions de pluralisme juridique et de droit musulman ; entre le Cambodge et la Thaïlande sur la dissolution de partis politiques ; entre le Myanmar et la Thaïlande sur les amnisties pour les militaires ; entre l'Indonésie, la Thaïlande, le Cambodge et le Myanmar sur les techniques d'interprétation constitutionnelle.

L'importance symbolique et politique des constitutions, du rôle politique et social des cours constitutionnelles, et l'émergence d'une « conscience constitutionnelle », démontrent la pertinence du constitutionnalisme pour la région et contredisent l'idée de rejet de la greffe constitutionnaliste. À la lumière de cette analyse régionale sur l'Asie du Sud-Est, il importe donc de réviser l'idée qu'il n'existe qu'un modèle de constitutionnalisme, forcément libéral et démocratique.

²⁶ Mark Sidel, 2008, « Motorbike Constitutionalism: The Emergence of Constitutional Claims in Vietnam », *Law and Society in Vietnam*, Cambridge, Cambridge University Press p. 74-91.

²⁷ Eugénie Mérieau, 2018, « Buddhist Constitutionalism in Thailand: When Rājadharmā Supersedes the Constitution », *Asian Journal of Comparative Law*, vol. 13, p. 283-305.