

DÉMOCRATISATION, *LAWFARE*, AUTOCRATISATION : QUELQUES LEÇONS D'ASIE DU SUD-EST

PAR

EUGÉNIE MÉRIEAU (*)

Le *lawfare* est un « concept essentiellement contesté » (1) : en relations internationales et en droit international, il est utilisé alternativement à des fins militaristes ou de respect des droits humains, comme une stratégie à adopter ou à combattre, comme un instrument aux mains des États ou des avocats des droits de l'homme (2). En science politique, si le terme de *lawfare* peut de la même manière s'appliquer tout aussi bien à la « pensée d'État » (utilisation du droit comme alternative à des formes de violence plus directes) qu'à la société civile (utilisation du droit pour mettre en difficulté la *raison d'État*), en pratique, il désigne avant tout l'utilisation des tribunaux pour neutraliser des opposants politiques dans des situations de « juridictionnalisation du politique », c'est-à-dire lorsque s'opère un transfert du lieu de la décision politique du Parlement vers les salles d'audience des tribunaux (3).

Le phénomène de juridictionnalisation du politique est défini par Ran Hirschl comme « le recours croissant aux juridictions et aux moyens judiciaires pour trancher les grandes questions morales, les questions de politique publique, et les controverses politiques » (4). Cette juridictionnalisation, qui se manifeste par une dépossession du Parlement en ce qui concerne les questions les plus éminemment politiques – « mégapolitiques » selon le terme d'Hirschl – se déploie dans les champs suivants : le contrôle des prérogatives de l'exécutif dans le domaine de la planification macroéconomique ou de la sécurité nationale ; le contrôle des processus électoraux ; le contrôle de la transformation institutionnelle des régimes politiques et des dilemmes fondamentaux sur les questions de

(*) Maîtresse de conférences en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (France).

(1) W.B. Gallie, « IX.-Essentially Contested Concepts », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, Issue 1, 1956, p. 167-198.

(2) H. David, « What Does Lawfare Mean? », *Fordham International Law Journal*, vol. 40, 1, 2016 ; K. David, *Of Law and War*, Princeton University Press, 2006.

(3) R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2007, 296 p.

(4) R. Hirschl, « The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts », *Annual Review of Political Science*, vol. 11, 2008, p. 93.

justice ; et enfin, la juridictionnalisation des modes de formation collective d'identité et des luttes politiques sur la définition ou raison d'être de la nation en tant que telle (5).

Le *lawfare* se déploie dans un contexte général marqué par la « fétichisation du droit » (6), et notamment de l'idéal de l'État de droit, paré de vertus démocratiques. La Commission de Venise du Conseil de l'Europe s'occupe ainsi de promouvoir la « démocratie par le droit », le processus démocratique étant considéré comme un « effet » de la mise en place d'un État de droit. Dès lors, la Cour constitutionnelle devient l'emblème de la démocratie, et toute transition démocratique doit se réaliser par la rédaction d'une Constitution, la création de cours constitutionnelles, l'expansion de leurs modes de saisine et de leurs compétences, la création d'autorités administratives indépendantes dotées de pouvoirs quasi judiciaires, la généralisation de l'office « anticorruption » du juge accompagné de pouvoirs étendus de sanction des élus. Ce recours au juge pour « garantir » la démocratie, en application des principes orthodoxes de la « démocratie par le droit », est dénoncé de façon croissante dans la littérature non seulement pour ses échecs à court terme, mais également pour ses effets à long terme sur la démocratie (populisme, réaction autoritaire, *lawfare*) (7).

Les effets ambivalents de la montée en puissance du juge au cours d'un processus de transition démocratique sont sources de débats dans l'abondante littérature sur la juridictionnalisation du politique, notamment pour les régions d'Amérique latine, d'Asie de l'Est et du Sud (8). Pour les onze pays de l'Asie du Sud-Est (membres de l'ASEAN + Timor Oriental), les études sur la juridictionnalisation du politique sont plus rares : la constatation de ce phénomène va à l'encontre des prévisions de C. Neal Tate et Torbjorn Vallinder, qui dans leur ouvrage séminal sur l'expansion globale du judiciaire, écrivaient que « l'Asie du Sud-Est était, de toutes les régions, la plus improbable candidate à la juridictionnalisation » (9). La région est pourtant précurseur en matière de *lawfare* ; son expérience, dont les pages suivantes vont donner un aperçu, est particulièrement riche d'enseignements. L'expérience de la région en matière de *lawfare* est d'autant plus « universalisable » que l'Asie du Sud-Est, carrefour de religions et de cultures – le christianisme aux Philippines, l'Islam en Indonésie, en

(5) *Ibid.*, p. 98.

(6) J.L. Comaroff, « Reflections on the Rise of Legal Theology: Law and Religion in the Twenty-First Century », *Social Analysis: The International Journal of Social and Cultural Practice*, vol. 53, 2009, p. 193.

(7) T.G. Daly, *The Alchemists: Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, vol. 18, Cambridge University Press, 2017, 383 p.

(8) Sur l'Amérique latine, voir B.M. Wilson et C. Gianella, « The Judicialization of Politics in Latin America », *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, vol. 1, Routledge, 2019. Sur l'Asie du Sud et de l'Est : Anil Kalhan, « “Gray Zone” Constitutionalism and the Dilemma of Judicial Independence in Pakistan », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 46, 2013, p. 1. E. Mérieau, « Le juge constitutionnel face à l'exigence de moralisation de la vie politique : le pouvoir de destitution des élus pour corruption dans les démocraties émergentes », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 33, 2018, p. 653.

(9) C. Neal Tate, T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, 570 p.

Malaisie et au Brunei, le bouddhisme au Myanmar, en Thaïlande et au Cambodge, et l'athéisme au Vietnam –, représente une grande diversité politico-juridique.

Actuellement, on dénombre en Asie du Sud-Est trois systèmes présidentiels (Indonésie, Philippines, et Timor Oriental), deux monarchies constitutionnelles (Cambodge et Malaisie), deux systèmes de parti unique (Vietnam, Laos), un système *de facto* de parti unique, modèle de « démocratie illibérale » (Singapour), deux dictatures militaires hybrides (Myanmar et Thaïlande) et une monarchie absolue (Brunei). Les pays d'Asie du Sud-Est se répartissent également assez équitablement entre pays de *common law* et de droit romano-germanique – *common law* pour les Philippines colonisées par les États-Unis, pour la Malaisie, Singapour, Brunei et le Myanmar colonisés par le Royaume-Uni, droit romano-germanique pour le Vietnam, le Laos et le Cambodge colonisés par la France, pour l'Indonésie colonisée par les Pays-Bas (la Thaïlande, quant à elle, a adopté le système de droit romano-germanique pour éviter la colonisation) (10).

Néanmoins, ces distinctions ne sont pas si tranchées : le droit est en général mixte, et le pluralisme juridique, avec la mise en place de tribunaux islamiques dans la majorité des États d'Asie du Sud-Est (ou *a minima* l'application du droit musulman par les juridictions ordinaires), est de longue date une réalité. Par exemple, l'Indonésie a un système mixte qui reconnaît le droit civil hérité de l'ancien colonisateur, mais également le droit coutumier (*adat*) et la sharia pour les musulmans ; la Thaïlande a adopté un système de droit civil, mais aussi des principes de *common law* fortement influencés par le bouddhisme – et possède en outre ses tribunaux islamiques ; le Myanmar a officiellement un système de *common law*, hérité du colonisateur britannique, mais les tribunaux opèrent largement sur le modèle du droit romano-germanique, et les traces de l'esprit de *common law* sont presque introuvables (11).

LA « DÉMOCRATIE PAR LE DROIT » :
TRANSITIONS DÉMOCRATIQUES ET CONSTITUTIONS

Les Constitutions sud-est asiatiques établissent des systèmes politiques « mixtes », dont les caractéristiques institutionnelles divergent fortement des modèles euro-américains de systèmes présidentiels et parlementaires : aux Philippines, le président et le vice-président sont élus sur deux tickets différents, créant une dyarchie rivale à la tête de l'État ; en Malaisie, la monarchie, héréditaire, n'en est pas moins élective sur la base de rotations entre les souverains des différentes provinces ; la Thaïlande

(10) Voir sur ce point E. Mérieau, *Idées reçues sur la Thaïlande*, « La Thaïlande n'a jamais été colonisée », Cavalier Bleu, 2018, 152 p., et *Le Constitutionnalisme thaïlandais au prisme de ses emprunts étrangers*, partie I, Clermont-Ferrand, Presses de l'Institut Varenne, 2018, 456 p.

(11) M. Crouch, « Dictators, Democrats, and Constitutional Dialogue: Myanmar's Constitutional Tribunal », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2018, p. 421.

oscille entre monarchie néo-absolue, dictature militaire et démocratie ; à Singapour, le système de Westminster a été largement aménagé avec, notamment, l'élection du chef de l'État au suffrage universel direct. Cette mixité des systèmes politiques, adossée à un véritable syncrétisme juridique, est le produit d'une sédimentation de « vagues successives » de constitutionnalisme.

Les vagues de constitutionnalisme et de démocratie

Dans la région, le constitutionnalisme s'est déployé selon trois grandes « vagues ». Une première vague, au temps de l'indépendance, avait pour objet la construction de la nation. Les constitutions d'alors épousaient souvent les formes de l'ancien colonisateur. La deuxième vague, durant la Guerre froide, fut celle de l'autoritarisme (soit communiste, soit anticommuniste, mais dans tous les cas, marqué par la dictature militaire) dans un esprit de rupture avec les modèles coloniaux. Enfin, la troisième vague fut celle des « transitions démocratiques » de la fin des années 1980 et du début des années 1990 (12). Ce « Printemps asiatique », qui se déploie sur une durée d'une dizaine d'années, est amorcé par la révolution du People's Power aux Philippines contre le président Ferdinand Marcos en 1986 (13), suivie des révolutions au Myanmar en 1988 contre le général Ne Win, en Thaïlande en 1992 contre le général Suchinda Krapayoon, et en Indonésie en 1998 contre le général Suharto.

À l'exception du Myanmar, le Printemps asiatique a provoqué la chute des dictatures militaires, les remplaçant par des gouvernements élus. Ce Printemps a eu pour étendard la rédaction de nouvelles constitutions démocratiques de « rupture » avec le passé dictatorial. Les Philippines ont adopté un nouveau texte en 1987, le Cambodge en 1991, le Myanmar s'est engagé dans la voie de la rédaction d'une Constitution en 1993 (finalement adoptée en 2008 à la suite de la « Révolution de Safran » de 2007), la Thaïlande en 1997, et l'Indonésie a procédé à d'importantes révisions constitutionnelles en 1998. Ces nouveaux textes ou amendements visaient à introduire des catalogues détaillés de droits ainsi que des mécanismes de contrôle de constitutionnalité. Des cours constitutionnelles spécialisées sont ainsi établies en Thaïlande en 1997, au Cambodge en 1998, en Indonésie en 2003, et au Myanmar en 2011, alors que les cours suprêmes des pays de *common law* (Philippines, Singapour, Malaisie) s'engagent également plus avant dans le contrôle de constitutionnalité. Ainsi, au début des années 2000, un processus régional de démocratisation par le droit semblait largement amorcé en Asie du Sud-Est. Le contrôle civil

(12) E. Mérieau, « L'Asie du Sud-Est, laboratoire du constitutionnalisme illibéral ? », dans C. Tran et C. Cabasset, *L'Asie du Sud-Est : Bilan et enjeux*, Paris, Indes Savantes, 2020. K. YL Tan, « The Making and Remaking of Constitutions in Southeast Asia: An Overview », dans A.H.Y. Chen et T. Ginsburg (dir.), *Public Law in East Asia*, New York, Routledge, 2017.

(13) S.P. Huntington, « Democracy's Third Wave », *Journal of Democracy*, n° 2, 1991, p. 12 ; W. Case, *Routledge Handbook of Southeast Asian Democratization*, Londres, Routledge, 2015, 476 p.

de l'armée était constitutionnalisés, tout comme la garantie des droits et libertés fondamentales, et les hautes juridictions mandatées pour être les gardiennes de la séparation des pouvoirs et de l'État de droit (14).

Le contrôle de constitutionnalité et l'indépendance du judiciaire au cœur des transitions démocratiques

L'architecture des juridictions mises en place dans le cadre des transitions démocratiques du Printemps asiatique vise avant tout à favoriser l'indépendance de la justice constitutionnelle et son autonomie par rapport au politique. À cette fin, les rédacteurs des constitutions ou amendements constitutionnels post-transition disposaient de trois grands moyens institutionnels : l'établissement de modes de nomination équilibrés entre les différentes autorités politiques et le pouvoir judiciaire, la professionnalisation de l'institution via l'exigence de qualifications juridiques, et l'inamovibilité des juges. La mise en œuvre de ce triptyque devait suffire à garantir que ces tribunaux seraient les garants de la démocratie et de l'État de droit, sur le modèle de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, acteur de premier plan de la transition démocratique sud-africaine post-apartheid, et emblème des défenseurs de « la démocratie par le droit ».

Ainsi, le Conseil constitutionnel cambodgien créé en 1998 comprend neuf membres : trois sont nommés par le roi, trois sont élus par l'Assemblée nationale et trois par le Conseil supérieur de la magistrature, pour un mandat de neuf ans (15). La Cour constitutionnelle indonésienne établie en 2003 est également composée de neuf juges : trois nommés par le législatif, trois par l'exécutif, et trois par le judiciaire (16). Au Myanmar, le Tribunal constitutionnel établi en 2011 est également composé de neuf membres : trois juges nommés par le président de l'Union, trois par le président du *Pyithu Hluttaw* (Chambre basse) et trois par le président du *Amyotha Hluttaw* (Chambre haute), respectivement (17). En Thaïlande, la première Cour constitutionnelle, créée en 1998, comprenait quinze juges nommés par l'autorité judiciaire ainsi que par un comité de sélection composé de représentants des différents partis politiques et d'experts en droit et science politique. Sous la Constitution actuelle de 2017, la moitié des neuf

(14) A. Croissant (dir.), *Democratization and Civilian Control in Asia*, Londres, Palgrave Macmillan, 2013, 269 p. ; W. Case (dir.), *Routledge Handbook of Southeast Asian Democratization*, précité.

(15) T. Kuong, « The Constitutional Council of Cambodia at the Age of Majority: A History of Weathering the Rule of Law Storms in Peacetime », dans A.H.Y Chen et A. Harding (dir.), *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2018.

(16) S. Butt, « Indonesia's Constitutional Court and Indonesia's Electoral Systems », dans A.H.Y Chen et A. Harding (dir.), *Constitutional Courts in Asia*, précité.

(17) A. Harding, « The Short but Turbulent History of Myanmar's Constitutional Tribunal », dans A.H.Y Chen et A. Harding (dir.), *Constitutional Courts in Asia*, précité.

juges est nommée par la magistrature et l'autre moitié par un comité de sélection dominé par des magistrats (18).

Ces cours constitutionnelles sont en outre composées de magistrats, de professeurs de droit, et d'avocats des droits humains, une professionnalisation visant à asseoir la légitimité et l'impartialité de ces juridictions désignées comme les gardiennes de la transition démocratique. Pour ce faire, elles sont dotées des moyens de « protéger » le nouveau régime d'amendements constitutionnels remettant en cause sa nature démocratique. C'est ainsi qu'elles sont dotées de la compétence de contrôler les révisions constitutionnelles, censurant les révisions méconnaissant les dispositions intangibles ou « clauses d'éternité » inscrites dans la constitution. Par exemple, en Thaïlande, toute révision visant à changer le « système démocratique » est nulle ; au Cambodge, le « caractère démocratique » ainsi que le fait que « le roi règne mais ne gouverne pas » ne peuvent faire l'objet d'une révision ; au Myanmar, la clause portant sur l'adhésion du pays aux principes d'une « démocratie sincère et multipartite » est quasiment intangible, étant soumise à une procédure particulière de révision nécessitant une majorité des trois-quarts du Parlement suivie d'une adoption par référendum. Certaines constitutions, comme la Constitution thaïlandaise, interdisent en outre les coups d'État ou les « prises de pouvoir par des moyens non-constitutionnels ».

Néanmoins, en dépit de ces transitions démocratiques « verrouillées » grâce à la constitutionnalisation de la nature démocratique du nouveau régime et à l'établissement de cours constitutionnelles en charge de la garantir, les jeunes démocraties d'Asie du Sud-Est ne se sont pas engagées sur la voie de la « consolidation démocratique », mais plutôt sur celle de l'autocratisation – et ce, sous l'impulsion de leurs juridictions constitutionnelles.

L'autocratisation par le droit ?

Premièrement, la transition cambodgienne fut « mise à l'arrêt » en 1997 par le coup d'État du Premier ministre Hun Sen contre son co-Premier ministre. Ensuite, en Thaïlande, la transition démocratique amorcée en 2001 avec l'élection de Thaksin Shinawatra est interrompue en 2006 par un premier coup d'État, puis par un second en 2014 – en 2019, la junte est élue démocratiquement et forme un gouvernement. Quant au Myanmar, sa demi-transition vers la démocratie civile, amorcée en 2008, semble *a posteriori* n'avoir été qu'une brève parenthèse démocratique – en 2021, l'armée prend le pouvoir, et plonge le pays dans une dictature brutale. Si aux Philippines, Rodrigo Duterte, élu en 2016, n'a fait l'objet d'aucun coup, il n'en est pas moins responsable d'un tournant autoritaire et de violations massives des droits humains. L'Indonésie est également considérée comme ayant pris un

(18) E. Mérieau, « Thailand's Deep State, Royal Power and the Constitutional Court (1997-2015) », *Journal of Contemporary Asia*, Issue 44, 2016, p. 445.

« tour autoritaire » à la fin de l'année 2018 (19). Plus généralement, le coup de 2006 en Thaïlande est identifié comme le point de départ de la vague actuelle « inverse » régionale, mais aussi mondiale (20).

Dans tous ces cas de « régression démocratique », le rôle politique joué par les hautes cours fut essentiel au processus. En Thaïlande, ce sont les deux décisions d'invalidation totale des élections législatives prononcées par la Cour constitutionnelle en 2006 et 2014 qui ont ouvert la voie aux coups d'État militaires de 2006 et 2014 ; au Cambodge, la transformation du régime en régime *de facto* de parti unique a été le fait de la dissolution en 2017 de l'unique parti d'opposition par la Cour suprême, dissolution permise par une décision préalable de constitutionnalité du dispositif par le Conseil constitutionnel ; au Myanmar et en Indonésie, les juridictions constitutionnelles ont protégé les militaires des tentatives des gouvernements élus de les rendre comptables de leurs actions passées. L'Asie du Sud-Est est passée de « candidate improbable de la juridictionnalisation » à la fin des années 1990 au statut d'avant-garde de la juridictionnalisation dans les années 2010.

Cette incursion du judiciaire dans la sphère politique est rendue possible par l'étendue et la nature des pouvoirs dont sont dotées les cours constitutionnelles. Le pouvoir de dissolution des partis politiques est à cet égard emblématique. Au nom de la protection du caractère démocratique du régime politique, les cours thaïlandaises et indonésiennes peuvent ordonner la dissolution des partis politiques pour « activités antidémocratiques » ; un pouvoir acquis récemment au Cambodge par la Cour suprême. Le Conseil constitutionnel cambodgien, les Cours constitutionnelles thaïlandaises et indonésiennes ont aussi de vastes pouvoirs de contrôle de légalité et de constitutionnalité des élections, avec la possibilité d'invalidier les résultats des élections au niveau national. Les modes d'action, les modes de saisine et les règles de l'intérêt à agir le cas échéant sont différents (21), mais restent à la fois très étendus et très ouverts : par exemple, en Thaïlande, les particuliers peuvent saisir la Cour directement sur le fondement d'une violation de l'un de leurs droits individuels et demander la dissolution d'un parti politique. Ces tribunaux possèdent en outre d'importants pouvoirs de sanction des élus, pour corruption, fraude électorale ou « activité antidémocratique », une opportunité pour le *lawfare*.

(19) T.P. Power, « Jokowi's Authoritarian Turn and Indonesia's Democratic Decline », *Bulletin of Indonesian Economic Studies*, vol. 54, 2018, p. 307.

(20) L. Jay Diamond, « Facing Up to the Democratic Recession », *Journal of Democracy*, vol. 26, 2015, p. 141.

(21) La plupart de ces tribunaux ont le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois *a priori* comme *a posteriori* et peuvent faire l'objet de saisines à la fois politiques et par des particuliers. Le Conseil constitutionnel cambodgien peut conduire à la fois des contrôles par voie d'action et d'exception de la législation – tout en ayant compétence sur les disputes électorales. La Cour constitutionnelle indonésienne a les pouvoirs de contrôle abstrait et concret. Quant à la Cour constitutionnelle de Thaïlande, elle peut également s'engager dans un contrôle *a priori* et *a posteriori* de la législation ; seul le Conseil constitutionnel du Myanmar voit son contrôle limité à la voie d'action, et la Cour Suprême des Philippines au contrôle par voie d'exception. A.H.Y. Chen et A. Harding (dir.), *Constitutional Courts in Asia*, précité.

LE *LAWFARE* EN ACTION :
LA « DÉMOCRATIE MILITANTE » AU SERVICE DE LA DICTATURE

Le *lawfare* en Asie du Sud-Est prend de nombreuses formes et s'exerce par diverses voies juridiques : par le procès constitutionnel, administratif, pénal, ou civil, ainsi que par des procédures hybrides du type de l'impeachment, des tribunaux hybrides politico-judiciaires ou encore des organes constitutionnels indépendants. Les motifs invoqués sont issus du registre de la « bonne gouvernance » : démocratie, État de droit, anti-corruption (à l'exception des cas de sodomie et blasphème, cf. *infra*). Les cibles sont également diverses : hommes ou femmes politiques (souvent d'opposition), mouvements sociaux, avocats, membres de la société civile. La première et la plus visible des manifestations du *lawfare* prend la forme des dissolutions des partis politiques d'opposition assorties de mesures d'inéligibilité pour ses membres. Cette compétence des cours constitutionnelles s'appuie sur le principe de la « démocratie militante » (22) visant à donner à la démocratie les moyens de se défendre contre une prise de pouvoir – par la voie de l'élection ou via un coup d'État – d'un parti antidémocratique.

***Dissolution de partis politiques et inéligibilité pour
« attitude anti-démocratique »***

En Thaïlande, depuis l'avènement de la démocratie en 1997, la Cour constitutionnelle a disqualifié tous les Premiers ministres élus sans exception : Thaksin Shinawatra en 2006, Samak Sundaravej en 2008, et Yingluck Shinawatra en 2014. Elle a également dissous le parti majoritaire de gouvernement (parti relégué dans l'opposition en période de gouvernement militaire) à deux reprises en 2007 et 2008 (ainsi que d'autres partis lui étant alliés tout au long des années 2010-2020). La Cour constitutionnelle thaïlandaise peut ordonner la dissolution d'un parti politique si elle peut établir que ce dernier est engagé dans des actes visant à « renverser la démocratie » ; ou à « acquérir le pouvoir de façon inconstitutionnelle ». Au départ, un recours ne pouvait être introduit que *via* la saisine préalable de l'ombudsman qui jouait le rôle de filtre, mais depuis 2017, tout individu peut saisir la Cour directement pour demander la dissolution d'un parti. En complément de la dissolution d'un parti, la Cour peut également ordonner l'inéligibilité des membres de son comité exécutif pour une durée allant jusqu'à l'inéligibilité à vie.

C'est ainsi que le parti majeur d'opposition au gouvernement militaire, le Thai Rak Thai, ayant obtenu une majorité absolue des sièges à l'Assemblée en 2001 et 2005, a été dissous en 2007 et en 2008 pour « fraude électorale » ; la Cour considérant la fraude électorale comme caractérisant

(22) K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, University of Chicago Press, 1965, 442 p.

l'attitude anti-démocratique d'un parti « visant à acquérir le pouvoir de façon inconstitutionnelle ». En 2019, un autre parti politique pro-Thaksin, le Thai Raksa Chat Party, est dissous par la Cour constitutionnelle pour avoir proposé la sœur du roi comme candidate au poste de Premier ministre. La Cour a considéré que cette action constituait de la part du parti un acte antidémocratique « visant à acquérir le pouvoir de façon inconstitutionnelle » (23). En 2020, le parti d'opposition Future Forward est également dissous pour violation de la loi sur le financement des campagnes électorales. Dans ces quatre cas majeurs de dissolution, les membres des comités exécutifs respectifs furent interdits d'activité politique pour des durées allant de cinq à dix ans. En tout, une centaine d'hommes et de femmes politiques d'opposition de premier plan ont dû quitter la vie politique.

La Thaïlande sert alors d'inspiration aux pays voisins. En 2017, le Premier ministre cambodgien Hun Sen décide d'importer de Thaïlande le mécanisme de la dissolution judiciaire des partis politiques (24). Le 10 juillet 2017, le Parlement cambodgien adopte un amendement proposé par Hun Sen à la loi sur les Partis politiques, qui dispose que les partis politiques ne peuvent pas « s'associer avec ou utiliser la voix, l'image ou des documents écrits de quiconque a fait l'objet d'une condamnation pénale ». Les partis politiques ayant enfreint cette règle sont « interdits de vie politique pour cinq ans, interdits de présenter des candidats aux élections, et peuvent être dissous » (25). Le Conseil constitutionnel approuve l'amendement et le président du Sénat, Say Chhum, agissant au nom du roi alors absent, signe la loi le 28 juillet au nom de « l'urgence » (26). En novembre 2017, la Cour suprême du Cambodge dissout le seul parti d'opposition au Parlement, le Cambodian National Rescue Party (CNRP), au motif qu'il aurait conspiré au renversement du gouvernement avec l'aide des États-Unis. Le Conseil constitutionnel assortit la dissolution d'une sanction d'inéligibilité de cinq ans pour 100 de ses membres. Quelque temps avant le verdict, le *leader* de l'opposition, Kem Sokha, avait été arrêté pour avoir « conspiré au renversement du gouvernement avec l'aide du gouvernement américain » (27). Lors de l'élection suivante, organisée en juillet 2018, le Parti du peuple d'Hun Sen remporte les 125 sièges de l'Assemblée nationale – le Cambodge devenant *de facto* un régime de parti unique.

(23) E. Méribeau, « A Military Dictatorship Like No Other », *The New York Times*, 2 septembre 2019, <https://www.nytimes.com/2019/02/09/opinion/thailand-election-king-sister-junta.html> ; E. Méribeau, « The Thai Constitutional Court, a Major Threat to Thai Democracy », *IACL-IADC Blog*, 3 mai 2019, <https://blog-iacl-aide.org/2019-posts/2019/5/3/the-thai-constitutional-court-a-major-threat-to-thai-democracy>.

(24) B. Lawrence, « Outlawing Opposition, Imposing Rule of Law: Authoritarian Constitutionalism in Cambodia », *Asian Journal of Comparative Law*, vol. 15, 2020, p. 225.

(25) S. Khorn, « Cambodia Signs Controversial Amendment into Law », *Radio Free Asia*, 28 juillet 2017.

(26) Loi de 1997 sur les Partis politiques révisée en 2017.

(27) « Sokha Arrested for "Treason", Is Accused of Colluding with US to Topple the Government », *Phnom Penh Post*, 4 septembre 2017.

Invalidation des élections et inéligibilité pour fraude électorale

Le pouvoir d'ordonner la dissolution des partis politiques peut être accompagné du pouvoir de contrôle de légalité des élections. En Thaïlande, même si cette compétence n'est pas directement du ressort de la Cour constitutionnelle, par deux fois, cette dernière a annulé des élections législatives en déclarant l'inconstitutionnalité du décret royal d'organisation des élections (28). Le premier cas a eu lieu en 2006 sous le gouvernement de Thaksin Shinawatra, élu en 2001 et réélu triomphalement en 2005. À la fin de 2005, Thaksin, mis en difficulté par des manifestations massives à Bangkok, décide de dissoudre la Chambre basse afin de convoquer une élection anticipée. Il annonce la dissolution pour le 2 février 2006 et appelle à une élection le 2 avril 2006. L'opposition, déclarant que ce calendrier annoncé ne lui offrait pas suffisamment de temps pour se préparer à l'élection, annonce le boycott de l'élection. Le parti du gouvernement a ainsi pu concourir sans aucune opposition et rafler près de 90 % des sièges. Cette élection est immédiatement attaquée devant la Cour administrative suprême d'abord, qui considère l'élection illégale, et ensuite devant la Cour constitutionnelle, qui la déclare inconstitutionnelle, sa date ayant pour effet de compromettre la nature démocratique des élections ; et d'avoir violé le principe du secret du vote – l'isoloir étant placé incorrectement (29). Quelques mois plus tard, Thaksin est renversé dans un coup d'État.

La seconde affaire s'est produite en 2014 sous le gouvernement de Yingluck Shinawatra, élue en 2011. Comme son frère Thaksin avant elle, elle doit faire face à des manifestations de masse à Bangkok – elle est accusée par les manifestants d'essayer de faire revenir en Thaïlande son frère exilé à Dubaï. Elle dissout alors la Chambre basse en février, mais, ayant appris la leçon de 2006, décide de fixer l'élection en mai – donnant ainsi à l'opposition 57 jours pour se préparer pour l'élection, trois jours de moins que le délai maximal autorisé par la Constitution. Néanmoins, encore une fois, l'opposition annonce son boycott de l'élection. Cette fois, l'opposition décide même de faire obstruction au vote et d'intimider celles et ceux prêts à aller voter. Le vote ne put donc pas se tenir dans de nombreuses circonscriptions. L'élection est attaquée devant la Cour constitutionnelle sur le fondement de son caractère anti-démocratique.

(28) Dans le cas de disputes électorales, la Commission électorale est responsable de la distribution de « cartons jaunes » et d'ordonner de nouvelles élections dans les circonscriptions où des irrégularités ont été constatées, tandis que la Cour suprême est responsable de la distribution de « cartons rouges » aux membres élus du Parlement, les privant de leur statut et les déclarant inéligibles pour dix ans. Néanmoins, la Cour constitutionnelle thaïlandaise a progressivement étendu sa compétence au contentieux électoral dans son ensemble. En particulier, elle s'est déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité des décrets organisant les élections, estimant que de tels décrets ne sont pas des actes administratifs, mais des actes législatifs *de facto*, relevant de sa compétence, non de celle de la Cour administrative. K. Tonsakulrungruang, « Thailand: An Abuse of Judicial Review », dans P. Jen Yap (dir.), *Judicial Review of Elections in Asia*, Routledge, 2016.

(29) B. Dressel, « Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Considerations from Recent Events in Thailand », *The Pacific Review*, vol. 23, 2010, p. 671.

La Cour constitutionnelle rend une décision annulant l'élection, la Cour administrative suprême destitue Yingluck ; et cette dernière est renversée par l'armée quelques jours plus tard. Ainsi, c'est le contrôle de constitutionnalité des processus électoraux qui a été à l'origine des disqualifications des deux Premiers ministres successivement élus puis des coups d'État installant une dictature militaire.

Au Myanmar, comme en Thaïlande, le Conseil constitutionnel n'a pas compétence en matière de contentieux électoral : seule la Commission électorale est compétente. Pourtant, cela ne signifie pas que la méthode thaïe de dissolution-coup n'ait pas été adoptée par l'armée birmane. À la suite des élections de novembre 2020, remportées par la National League for Democracy, l'armée décide de saisir les tribunaux pour attaquer les résultats des élections. L'armée se tourne vers la Cour suprême, lui demandant de rendre des ordonnances contre le président U Win Myint, la « Conseillère d'État » Aung San Suu Kyi et le président de la Commission électorale pour violation de la loi durant les élections. Les partis soutenus par l'armée, notamment l'Union Solidarity and Development Party (USDP) et le Democratic Party of National Politics (DNP) ont ainsi déclaré que l'élection était « injuste » du fait d'une « fraude massive ». Mais avant même que la Cour rende son verdict, l'armée prend le pouvoir par un coup d'État et place Aung San Suu Kyi en détention. En décembre, elle est condamnée à une peine de deux ans de prison pour violation des règles sanitaires (30).

Condammations pénales et inéligibilité pour corruption/blasphème/sodomie

En Asie du Sud-Est, les hommes et femmes politiques d'opposition ne sont pas uniquement disqualifiés, puis frappés de peines d'inéligibilité à la suite de la dissolution de leur parti : ils sont également arrêtés et poursuivis devant les juridictions pénales, souvent sur le motif de corruption, de fraude électorale, ou d'atteinte à la moralité publique. C'est ainsi qu'en Thaïlande, les anciens Premiers ministres Thaksin Shinawatra et Yingluck Shinawatra ont été condamnés à des peines de prison, à des peines d'inéligibilité et au gel de leurs biens et avoirs. En Malaisie et à Singapour, les deux opposants historiques au parti hégémonique, le People's Action Party (PAP) et le United Malays National Organisation (UMNO) respectivement, ont également été placés en détention à la suite d'une ou plusieurs condamnations pénales au cours des années 1980-2010, condamnations assorties de peines d'inéligibilité.

Le premier cas, à Singapour, est celui de Joshua B Jeyaratnam : en 1981, il est le premier homme politique d'un parti politique autre que le PAP à remporter une élection et pouvoir entrer au Parlement ; en 1984, il est réélu. Deux mois après sa réélection, il est poursuivi pour irrégularité

(30) « Aung San Suu Kyi: Myanmar Court Sentences Ousted Leader in Widely Criticised Trial », *BBC*, 6 décembre 2021, <https://www.bbc.com/news/world-asia-59544484>.

de ses comptes de campagne et mis en examen. Il est finalement jugé coupable et condamné en 1986 à trois mois de prison ferme et une forte amende. Cette peine lui vaut en outre cinq ans d'inéligibilité. Il retourne au Parlement après sa victoire aux élections de 1997. Il est alors poursuivi pour diffamation par le Premier ministre Goh Chok Tong pour des remarques prononcées au cours de la campagne électorale. En première instance, il est condamné à verser une somme de 20 dollars, et en appel, une somme de 100 000 dollars. En 2001, il est déclaré insolvable, ce qui lui vaut une inéligibilité à vie (31).

Le second cas est celui d'Anwar Ibrahim en Malaisie. Anwar Ibrahim, homme politique de la majorité UMNO, un temps pressenti pour succéder au Premier ministre Mahathir Mohamad qui l'avait pris sous son aile, entre en 1983 au gouvernement de ce dernier. Anwar multiplie ensuite les portefeuilles ministériels pendant près de quinze ans. En 1998, à la suite d'un désaccord entre les deux hommes, Anwar est remercié par Mahathir : il quitte le gouvernement. Quelque temps plus tard, il est accusé de corruption et sodomie, pratique sexuelle interdite par le Code pénal malaisien et passible d'une peine de 20 ans d'emprisonnement. Il est condamné à six ans de détention pour corruption et neuf ans pour sodomie. Il sort de prison en 2004 après avoir purgé sa peine pour corruption, sa peine pour sodomie ayant été annulée. Inéligible jusqu'en 2008, il promet de se présenter aux élections de 2008 – il remporte les élections et devient le *leader* de l'opposition au Parlement. En juillet de la même année, il est arrêté pour une nouvelle affaire de sodomie ; mais il est acquitté en 2012. Juste avant d'importantes élections en 2014, il est condamné en appel à cinq ans de prison et placé en détention, l'empêchant de se présenter à des élections pour lesquelles il faisait figure de favori (32). Finalement, en 2020, il revient au Parlement en tant que *leader* de l'opposition.

En Thaïlande, une chambre spéciale au sein de la Cour Suprême, la Chambre spéciale pour les détenteurs de mandat politique, a pour objet l'instruction des affaires pénales contre les élus en exercice. Entre 1997 et 2020, des dizaines de membres des partis politiques dissous sont ainsi poursuivies pour corruption, notamment l'ancien Premier ministre Thaksin Shinawatra et l'ancienne Première ministre Yingluck Shinawatra (33). Le premier est condamné à une peine de deux ans de prison, et la seconde

(31) N. Yahaya, « Joshua Benjamin Jeyaretnam, A Singapore Intellectual », *Intellectuals.SG*, 18 novembre 2021, <https://sgintellectuals.medium.com/joshua-benjamin-jeyaretnam-ecd66eca88fa> ; J. Rajah, *Authoritarian Rule of Law: Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore*, Cambridge University Press, 2012.

(32) P. Marican, *Anwar on Trial: In the Face of Injustice*, Gerakbudaya Enterprise, 2009, 386 p. ; M. Trowell, *The Prosecution of Anwar Ibrahim: The Final Play*, Singapour, Marshall Cavendish International Asia Pte Ltd, 2015, 300 p. ; J. Genser, S. Rasiah, « Anwar Ibrahim's Struggle for the Real and Malaysian Politics in Transition », *SIASAT*, vol. 5, 2020, p. 1.

(33) E. Mérieau, « I-CONnect – Thailand's Supreme Court and the Prosecution of Thailand's Successive Prime Ministers », *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 11 octobre 2017, <http://www.iconnectblog.com/2017/10/thailands-supreme-court-and-the-prosecution-of-thailands-successive-prime-ministers/>.

à cinq ans de prison. Dans les deux cas, les avoirs sont saisis. Dans une autre affaire, le Premier ministre élu en décembre 2007, Samak Sundaravej, est disqualifié par la Cour constitutionnelle pour avoir participé à une émission populaire de cuisine à la télévision en septembre 2008. Si la Cour constitutionnelle a jugé cette action inconstitutionnelle, pour autant, Samak n'a pas été poursuivi devant la Chambre spéciale (34) – probablement parce qu'il aurait été difficile d'établir en quoi la participation à une émission de cuisine pouvait être constitutive d'une infraction pénale.

Ainsi, Thaksin et Yingluck sont renversés par l'armée à la suite d'une double décision juridictionnelle et selon un même « script » dans ce que d'aucuns ont nommé des « coups d'État militaro-judiciaires » : l'invalidation de leur réélection, immédiatement suivie de leur disqualification en tant que Premier ministre, créant les conditions favorables à un coup. Cette séquence rappelle un processus similaire aux Philippines, précurseur en la matière. Aux Philippines, Joseph Estrada, ancien acteur de films d'action élu en 1998, fait au cours de l'année 2000 l'objet d'accusations pour corruption. L'année suivante, la Chambre basse lance une procédure d'*impeachment* contre lui pour corruption : alors que la manœuvre est sur le point d'échouer au Sénat, faute de preuves, l'armée annonce ne plus soutenir le président. La Cour suprême, prenant acte de ce coup d'État d'un genre un peu particulier, déchoit le président, et désigne sa vice-présidente, Gloria Macapagal-Arroyo, comme nouvelle présidente, sous les applaudissements des manifestants anti-corruption réunis à Manille. Estrada est arrêté pour corruption et placé en détention provisoire ; ses soutiens sont dispersés par l'armée (35).

En Indonésie, Basuki Tjahaja Purnama (Ahok), homme politique chrétien d'origine chinoise, élu gouverneur de Jakarta en 2014 et pressenti pour se présenter à la présidence de la République aux élections de 2019, est accusé en 2017 de blasphème pour avoir fait référence à un versant du Coran durant la campagne électorale pour sa réélection en tant que gouverneur – le blasphème étant une infraction pénale passible d'une peine de cinq ans d'emprisonnement. En dépit du soutien du président indonésien Jokowi, dont il est proche, il est condamné pour blasphème en 2017 à deux ans d'emprisonnement. Immédiatement placé en détention, il est empêché de se présenter à sa propre réélection, ainsi qu'aux élections présidentielles de 2019. Il est à noter que la loi faisant du blasphème un crime avait été examinée par la Cour constitutionnelle indonésienne en 2010 ; cette dernière avait jugé de la constitutionnalité de la loi, estimant que la loi déferée ne méconnaissait pas la liberté d'expression garantie

(34) Voir le détail dans E. Mériau, « Les rapports dangereux entre justice constitutionnelle et transition démocratique : l'exemple de la Thaïlande », *Revue du Droit public*, n° 3, 2017, p. 683.

(35) E. Mériau, « Démocratie(s) et populisme(s) en Asie du Sud-Est », dans A. Pesses et C. Tran (dir.), *L'Asie du Sud-Est*, Paris, Indes Savantes, 2018.

par la Constitution, arguant de la nécessité de concilier cette liberté avec l'objectif de sauvegarde de l'ordre public (36).

* *
*

L'exemple sud-est asiatique illustre dans quelle mesure les mécanismes judiciaires de *lawfare* peuvent être à la fois justifiés par les cours constitutionnelles au nom de la démocratie, de l'État de droit, de la bonne gouvernance et de l'ordre public, mais également utilisés par ces dernières au nom de la « démocratie militante » pour neutraliser l'opposition en dissolvant ses partis politiques, en frappant ses membres d'inéligibilité, et en condamnant ses *leaders* à des peines d'emprisonnement pour fraude électorale, corruption, atteinte aux bonnes mœurs, ou pour d'autres motifs. Les cours constitutionnelles sont généralement considérées comme le symbole par excellence de la démocratisation : elles sont censées garantir à la fois la séparation des pouvoirs et le respect des libertés fondamentales. Or le *lawfare* participe, sous couvert de démocratisation, de l'autocratisation. Ainsi, l'étude du *lawfare* en Asie du Sud-Est met en évidence les phénomènes d'autocratisation en germe dans les phénomènes de « démocratisation par le droit ».

(36) M. Crouch, « The Indonesian Blasphemy Case: Affirming the Legality of the Blasphemy Law », *The Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 1, issue 2, 2012, p. 514.