

L'État de droit en Europe face aux dangers de politiques populistes*

Résumé

Les partis populistes qui ne cessent de progresser en Europe menacent l'Union dans ce qu'elle a de plus précieux, l'État de droit. L'expérience acquise ces dernières années prouve que, même avec le Règlement sur la conditionnalité financière, l'Union n'a pas les moyens suffisants pour défendre et protéger les valeurs de sa constitution. Car l'Union a bien une constitution aujourd'hui. Mais sa plus grande faiblesse est qu'elle n'a pas de gouvernement.

Zusammenfassung

Die populistischen Parteien, die in Europa stetig auf dem Vormarsch sind, bedrohen die Union in ihrem wertvollsten Gut, der Rechtsstaatlichkeit. Die Erfahrungen der letzten Jahre zeigen, dass die Union selbst mit der Verordnung über die finanzielle Konditionalität nicht über ausreichende Mittel verfügt, um die Werte ihrer Verfassung zu verteidigen und zu schützen. Denn die Union hat heute tatsächlich eine Verfassung. Ihre größte Schwäche ist jedoch, dass sie keine Regierung hat.

Abstract

Populist parties are on the rise in Europe, threatening the Union's most precious asset: the rule of law. Experience in recent years has shown that, even with the Regulation on financial conditionality, the Union does not have the means to defend and protect the values enshrined in its constitution. Indeed, the Union does have a constitution today. However, its major weakness is that it does not have a government.

Il y a dix ans, le 26 juillet 2014, dans son discours de Baile Tusnad, une petite ville de Transylvanie où se tenait l'université d'été de son parti, le premier ministre hongrois, M. Victor Orban, déclara que la construction d'une démocratie sans État de droit était possible en Europe. Les traités européens n'obligeaient nullement les États parties à être libéraux, ouverts aux échanges et sur le monde. A l'entendre, ils pouvaient être

* Cet article est la version référencée d'une conférence donnée à l'Université du Luxembourg, le 18 juin 2024, à l'invitation du Professeur Stefan Braum, titulaire de la chaire CILES (UP-PA-Luxembourg). Je remercie Marion Fontaine, alors post-doctorante au sein de la chaire CILES et aujourd'hui maître de conférences en droit public à l'Université de Bourgogne, pour la splendide assistance scientifique qu'elle m'a apportée dans les recherches en droit européen qui ont été nécessaires à son écriture.

"illibéraux"¹ et ils avaient même intérêt à l'être dans la mesure où la Russie, la Chine, Singapour réussissaient mieux que l'Europe sur le plan économique. Ils incarnaient le modèle à suivre, selon lui. « J'ai lu les textes, affirmait-il. Rien n'empêche les États européens de rétablir l'autorité à l'intérieur de leurs frontières et leur souveraineté à l'extérieur, rien n'interdit de se défendre contre les menaces de l'étranger et de repousser les hommes et les idées de l'étranger mieux que ne le fait aujourd'hui l'Union européenne dont ils font partie »².

Ces idées délétères ont séduit beaucoup d'esprits à tel point qu'elles sont devenues aujourd'hui sinon majoritaires, du moins largement et fortement représentées au Parlement européen. Depuis les élections du 9 juin 2024, tous courants confondus, un quart des eurodéputés adhèrent aux idées de la droite extrême³. Une grave question se pose désormais. L'Europe a-t-elle les moyens d'écarter le danger que des politiques populistes soient entreprises par ses États membres et de défendre les valeurs qu'elle proclame comme définissant son identité ? Du point de vue juridique, le problème est tout entier d'exécution. C'est une chose de proclamer des valeurs. C'en est une autre d'obliger des États souverains à les respecter. Il faut distinguer entre les deux organisations européennes chargées de protéger les valeurs de l'Europe, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne.

Le Conseil de l'Europe a pour mission de veiller au respect de la Convention européenne des droits de l'homme par les États membres. Ses pouvoirs relèvent du droit international. Il s'agit de pouvoirs diplomatiques, de négociation, de persuasion, même lorsqu'ils sont de nature juridictionnelle. Ni la Commission de Venise, ni même la Cour européenne des droits de l'homme ne disposent de voies d'exécution contre les États qui restent protégés par l'immunité souveraine d'exécution. Le résultat est que ce sont les États parties qui exécutent volontairement les obligations de la Convention et, s'ils les exécutent mal, les arrêts de la Cour qui leur indiquent la bonne manière de les appliquer. Dans les contentieux dont elle fut saisie par les victimes des violations de la Convention du chef des lois adoptées par les gouvernements hongrois

-
- 1 L'adjectif "illibéral" est apparu pour la première fois sous la plume de l'essayiste Fareed Zakaria pour qualifier la situation que Richard Holbrooke, le négociateur américain des accords de Dayton qui mirent fin à la guerre en Yougoslavie, redoutait en 1996 : « Supposons que les élections prévues en Bosnie soient libres et honnêtes et qu'elles amènent au pouvoir des racistes, des fascistes, des séparatistes ouvertement opposés (à la paix et à la réintégration). Ce serait un problème ». L'auteur poursuivait en remarquant que les craintes du diplomate s'étaient réalisées pas seulement en Yougoslavie, mais dans le monde entier. Des gouvernements élus selon des procédés parfaitement démocratiques mettaient en place des régimes autoritaires, *The Rise of Illiberal Democracy, Foreign Affairs*, Vol. 76 (1997), p. 22.
 - 2 Viktor Orbán's speech at the XXV. Bálványos Free Summer University and Youth Camp, 26th July, 2014., Băile Tușnad (Tusnádfürdő), <https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp>.
 - 3 Les formations d'extrême droite réunissent désormais 174 sièges, soit 24 % des 720 sièges du Parlement. En 2019, elles avaient totalisé 165 élus, soit un peu plus d'un cinquième de l'ensemble – en tenant compte des 29 sièges du Brexit Party au Royaume-Uni, G. Ivaldi, Aux élections européennes, l'extrême droite progresse moins fortement qu'attendu, *The Conversation*, 10 juin 2024, <https://theconversation.com/aux-elections-europeennes-lextreme-droite-progresse-moins-fortement-quattendu-231973>.

ou polonais, la Cour a rempli le rôle qu'on attendait d'elle. S'agissant de la Hongrie, elle a jugé que cet État avait violé l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale de la Convention en autorisant la publication d'une liste des principaux contribuables débiteurs avec leurs noms et adresses consultable sur le site internet de l'Autorité fiscale⁴ ou encore qu'il avait violé les articles 6 et 10 sur le droit à un procès équitable et à la liberté d'expression en mettant fin aux fonctions du Président de la Cour suprême pour avoir critiqué les réformes entreprises et lui avoir interdit de former un recours contre sa révocation⁵. De même, elle a jugé que la Pologne violait l'article 8 précité de la Convention en refusant d'autoriser le recours à une IVG en cas de présence de la trisomie 21 dans le sang maternel⁶. L'application de ces décisions dépend toutefois entièrement des États condamnés. Or, dans la mesure où leurs velléités de poursuivre des politiques illibérales n'ont pas disparu comme le prouvent le refus persistant de la Hongrie de reconnaître les droits des personnes LGBT+ ou les attermolements de la Pologne pour autoriser l'accès en vente libre de moyens abortifs, force est de dire que la capacité du Conseil de l'Europe à écarter le danger de politiques populistes existe, mais qu'elle est modeste. Toutefois, on ne saurait s'en étonner car l'organisation relève de l'ordre international classique.

Il en va tout autrement de l'Union européenne qui n'est pas une organisation internationale soumise au droit international classique. Il y a plus de soixante ans, la Cour de Justice a dit que les traités qui l'ont instituée formaient un « nouvel ordre juridique »⁷. Et pourtant, les moyens de l'Union pour se défendre contre ses ennemis sont ceux du droit international. La grande faiblesse qui les caractérise ne fait que mettre en évidence l'infirmité radicale du système constitutionnel.

A. La faiblesse des moyens de défense de l'Union

Lorsque les premières mesures illibérales de la Hongrie, puis de la Pologne se firent jour, les rouages de l'Union se sont mis en marche. Le Parlement européen s'est inquiété du programme de réformes de Budapest visant à mettre au pas le pouvoir judiciaire et des parlementaires libéraux ont dénoncé les mesures prises. Un signal politique ayant été lancé, la Commission en sa qualité de gardienne des traités forma un recours en manquement contre la Hongrie et la Cour lui donna raison. En 2012, elle jugea que l'indépendance de la justice dans chaque État membre étant indispensable au bon fonctionnement de l'Union, la Hongrie ne pouvait pas l'épurer des juges qui ne jugeaient pas comme le gouvernement le souhaitait et qu'en imposant la retraite aux juges ayant atteint l'âge de 62 ans, il avait manqué aux obligations de la directive du 27 novembre 2000 relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Toutefois, il faut relever que, déjà, ce n'était pas la violation d'un principe de l'État de droit en tant que tel, l'indépendance de la justice, qui fondait le

4 *L.B. c. Hongrie*, 9 mars 2023, Grande chambre (requête no 36345/16).

5 *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016 (requête no 20271/12).

6 *M.L. c. Pologne*, 14 décembre 2023 (requête no 40119/21).

7 5 février 1963, no 26/62, *Van Gend en Loos*, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1963, p. 7s, 23.

manquement, mais la violation d'une règle de droit de l'Union, à savoir, l'interdiction de discriminer par l'âge⁸.

Nullement impressionnée, la Hongrie continua sa politique de reprise en mains des contre-pouvoirs et elle étendit le contrôle sur la presse, les médias, l'éducation. La Commission ne put rien faire non seulement parce que l'Union n'est pas compétente dans ces domaines, mais encore parce que les dispositions de la Charte sur les droits fondamentaux s'adressent aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union [article 51(1)]. Dans ses deux discours sur l'état de l'Union en 2012 et 2013, le Président Barroso alerta sur le danger de laisser la violation des principes de l'État de droit impunie⁹. La Commission prit la peine d'expliquer pourquoi en mettant les points sur les i :

« La confiance de tous les citoyens de l'Union et des autorités nationales dans les systèmes juridiques de tous les autres États membres est capitale pour que l'UE dans son ensemble fonctionne comme "un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures". Aujourd'hui, une décision de justice nationale rendue en matière civile ou commerciale doit être automatiquement reconnue et exécutée dans un autre État membre, et un mandat d'arrêt européen délivré dans un État membre contre un criminel présumé doit être exécuté tel quel dans un autre État membre »¹⁰.

Et elle annonça travailler à trouver une solution. Mais laquelle ? En 2013, le Président Barroso avait évoqué « une voie médiane entre, d'une part, la persuasion politique et les procédures d'infraction ciblées, et, d'autre part, l'option nucléaire prévue à l'article 7 du traité, à savoir la suspension des droits d'un État membre ». On l'aura compris, il fallait trouver une solution intermédiaire entre le remède disponible en cas de violation ponctuelle et celui prévu en cas de violations systémiques. Cette voie médiane n'était pas évidente. À la différence du Conseil de l'Europe, l'Union européenne n'a pas vocation à protéger les droits de l'homme en général. Dans l'arrêt de 2012 sur la mise à la retraite d'office des juges hongrois, la Cour rappela qu'elle ne pouvait s'engager dans le contrôle du respect des valeurs de l'Union par les États-membres que lorsque la loi de l'État en cause constitue aussi simultanément une violation d'une disposition du droit de l'Union, ce qui conduit à privilégier la procédure du recours en manquement.

En 2018, le juge irlandais fit avancer la réflexion en décidant d'utiliser la procédure de la question préjudicielle pour demander si les violations systémiques des principes de l'État de droit en Pologne (atteintes répétées et multiples à l'indépendance judiciaire) l'autorisaient à refuser d'exécuter un mandat d'arrêt délivré par cet État. La question indirectement, mais sûrement, amenait la Cour à se prononcer sur la conformité aux valeurs de l'Union des mesures populistes adoptées en Pologne vis-à-vis du pouvoir judiciaire. La Cour opposa au juge irlandais un non catégorique, à peine

8 CJUE 6 novembre 2012, C-286/12, *Commission c. Hongrie*.

9 José Manuel Durão Barroso, Discours sur l'état de l'Union 2012, 12 septembre 2012, SPEECH/12/596, p. 11 ; Discours sur l'état de l'Union 2013, 11 septembre 2013, SPEECH/13/684, p. 11-12.

10 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit, 11 mars 2014, COM(2014) 158 final, p. 5.

nuancé, au motif que la présomption de confiance mutuelle entre États interdisait au juge national de refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen¹¹.

En cas de violations systémiques, seuls les organes politiques peuvent agir et selon la voie prévue par les traités. « Soucieuse d'éviter tout empiètement sur la compétence du Conseil européen »¹², la Cour estimé que le juge national ne pourrait refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen qu'en présence d'une décision du Conseil européen qui constaterait, conformément à l'article 7, § 2, TUE, une violation grave et persistante dans l'État d'émission des principes énoncés à l'article 2 TUE, suivie de la suspension par le Conseil de l'application de la décision-cadre 2002/584 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres. Tant qu'une décision de cette nature n'est pas adoptée, le juge national ne peut pas s'abstenir de donner suite à un mandat d'arrêt européen. La Cour a donné au principe de confiance mutuelle une portée quasi absolue¹³. Certes, dans des « circonstances exceptionnelles », le juge national pourrait s'abstenir de livrer l'inculpé. Mais encore faudrait-il dans ce cas que, sur la base de preuves fournies en partie par des sources objectives (rapports d'ONG, par exemple), en partie par la personne poursuivie, que le juge soit certain que la personne inculpée court un risque réel d'être privée de son droit à un procès équitable et, partant, de son droit fondamental à un tribunal indépendant¹⁴.

L'arrêt *L.M.* fit l'effet d'une douche froide à tous les libéraux qui plaçaient leurs espoirs dans la Cour pour faire barrage aux politiques populistes. Certes, il avait un aspect positif dans la mesure où il confirmait la politique jurisprudentielle de constitutionnalisation du principe de confiance mutuelle dans laquelle la Cour s'était engagée de longue date¹⁵. Mais, d'un autre côté, il faisait connaître son refus catégorique de se prononcer sur des faits dont la qualification juridique aux termes des traités relève de la seule compétence des organes politiques de l'Union. On la comprend dans la mesure où les faits en question soulevait une question sur laquelle il y avait débat entre États, pas seulement entre la Pologne et l'Union, mais entre l'Union, la Hongrie, la Pologne et les autres États. Autrement dit, la question était politique. La réserve, la timidité, voire la frilosité préjudicielle de la Cour que la doctrine a

11 CJUE, gr. ch., 25 juillet 2018, C-216/18 PPU, *L.M.* Dans le même sens, Cass. crim. 29 novembre 2022, pourvoi n° 20-86-216, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT00046683007>

12 J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 10^e ed., Dalloz, Coll. Cours Dalloz, 2023, § 172, p. 123.

13 A titre comparatif, la Cour suprême des États-Unis a donné la même portée à la clause qui oblige tout État de l'Union à accorder « pleine foi et crédit » ("full faith and credit") aux actes publics, procès-verbaux et procédures judiciaires d'un autre État, du moins lorsqu'il s'agit de décisions de justice définitives par opposition aux lois. Pour les décisions de justice, la Cour considère en effet que la clause a une portée impérative ("exacting"), mais qu'elle autorise plus de liberté s'agissant du choix de la loi applicable qu'elle laisse à la souveraineté des États, *Baker v. General Motors Corp.*, 522 U. S. 222, 232-3 (1998), *Franchise Tax Board of California v. Hyatt*, 538 U. S. 488, 499 (2003).

14 CJUE, gr. ch., 25 juillet 2018, C-216/18 PPU, *L.M.*, points 72 et 73.

15 J.-P. Jacqué, La confiance mutuelle, Un élément fédéral dans l'Union européenne, *Mélanges E. Zoller*, Dalloz, 2018, p. 81s, 86-88.

dénoncée sur le plan de l'opportunité¹⁶, n'est pas contestable, mais elle est conforme à la nature de la constitution européenne qui est une constitution d'attributions. La Cour a toujours pris soin de se limiter à la défense des compétences d'attributions de l'Union¹⁷ et refusé de les étendre au motif que, pour la défense des droits de l'homme et de l'État de droit, une procédure spéciale est prévue, celle de l'article 7. On relèvera qu'avant la guerre de Sécession, la Cour suprême des États-Unis tenait en substance le même raisonnement pour statuer sur les recours qui l'enjoignaient de dire que l'esclavage était contraire à la "Forme Républicaine de Gouvernement" qui est garantie à chaque État par la Constitution (Article IV, Sec. 4). Elle estimait que ce n'était pas à elle de le dire ; c'était une question politique parce que la Constitution selon la lecture qu'elle en faisait donnait compétence au Congrès pour statuer sur l'esclavage [Articles IV, Sec. 2(3) et V de la Constitution des États-Unis]. *Mutatis mutandis*, c'est la même chose dans le Traité sur l'Union européenne. Il prévoit dans son article 7 une procédure spéciale pour traiter de questions aussi graves sur le plan politique qui peut aller jusqu'à « suspendre certains des droits de l'État membre découlant de l'application des traités, y compris son droit de vote au sein du Conseil » et il faut s'y tenir.

La difficulté est que la procédure de l'article 7 est lourde à mettre en œuvre, politiquement semée d'embûches, et même si elle aboutit, ce qui s'est révélé impossible dans le cas de la Hongrie et de la Pologne car, s'il est bien prévu que l'État mis en accusation ne vote pas, la décision devant être prise à l'unanimité des membres du Conseil, les deux États se sont appuyés l'un sur l'autre pour empêcher la procédure d'aboutir. Ceci dit, les sanctions de l'article 7 ne règlent rien. Certes, l'État coupable est montré du doigt, son droit de vote peut être suspendu, mais s'il résiste, le problème demeure entier. Un État membre de l'Union ne peut être exclu. Et d'ailleurs quand bien même pourrait-il l'être, cela n'avancerait à rien comme l'a prouvé l'expérience du Conseil de l'Europe avec l'exclusion de la Grèce en 1967 qui n'a nullement mis fin à la dictature des colonels ou l'exclusion de la Russie en mars 2022 qui n'a pas apporté de solution à la guerre en Ukraine.

L'État membre en rupture de ban avec les valeurs de l'Union soulevait manifestement un problème qui est devenu de plus en plus aigu dans les cas hongrois et polonais que, réserve faite du recours en manquement d'État, il n'y a pas d'autre moyen que l'arme nucléaire de l'article 7 TUE pour remédier à la situation. C'est pourquoi, il fallait trouver une voie médiane entre la procédure du recours en manquement qui ne s'applique qu'à une violation ponctuelle des règles du traité et la procédure de l'article 7 conçue pour répondre à des violations systémiques, c'est-à-dire, simultanées de plusieurs règles des traités par un État. S'inspirant en partie des solutions d'origine (article 88 du Traité CECA), en partie de celles de la Banque mondiale dans les an-

16 S. Platon, Les mécanismes de protection des valeurs au sein de l'Union européenne, O. Delas et al. (Dirs.), *Reconfiguration des relations internationales et modèle européen*, Bruylant, Bruxelles, 2023, p. 23s, 36-38.

17 Voir l'affaire C-87/12, *Kreshnik Ymeraga et autres/Ministre du travail, de l'emploi et de l'immigration* dans laquelle la Cour a rappelé que la Charte des droits fondamentaux n'a pas pour effet d'étendre le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et les tâches définies dans les traités.

nées 1990 pour inciter les États emprunteurs à la bonne gouvernance¹⁸, la Commission a conçu le Règlement 2020/2092 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union¹⁹. Ce texte est fondé sur l'article 322, § 1, point a) TFUE qui donne compétence au Parlement et au Conseil pour établir par voie de règlement « les règles financières qui fixent (...) les modalités relatives à l'établissement et à l'exécution du budget et à la reddition et à la vérification des comptes ». Résumé à l'essentiel, il vise à utiliser la contrainte financière pour dissuader les États populistes de prendre le contrôle sur leur pouvoir judiciaire. Sur recours de la Hongrie et de la Pologne, la Cour a jugé qu'il était conforme aux traités au motif que la justice des États-Membres doit rester indépendante. Elle y a vu « une obligation de résultat », ce qui signifie que l'État n'a pas le choix des moyens. Aux yeux de la Cour, dans la mesure où c'est en définitive la justice dans chaque État qui garantit la bonne gestion des fonds de l'Union par les contrôles qu'elle exerce sur les gestionnaires des comptes publics, les États membres doivent assurer l'indépendance de leurs corps judiciaires.

Incontestablement, le Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 marque une avancée dans la mesure où il subordonne la solidarité financière au respect de l'État de droit²⁰. Le progrès est certain, mais il est modeste. Sur un mode optimiste, il est « mieux que rien »²¹. Toutefois, la pression financière que l'Union peut exercer sur l'État coupable est corsetée dans des conditions tellement strictes que le problème est réglé sans l'être. La Commission ne peut agir que pour protéger son budget, non le droit matériel de l'Union en général, encore moins les droits de l'homme, avec pour seul objectif de rétablir "l'État de droit" étroitement entendu, c'est-à-dire, l'indépendance de la justice parce que la bonne gestion financière de l'Union en dépend. De plus, dans les deux arrêts rendus sur recours de la Pologne et de la Hongrie contre lui, la Cour a jugé que, conformément à la volonté du Parlement et du Conseil telle qu'elle est exprimée dans le texte lui-même (article 4, paragraphes 1 et 2), les mesures ne peuvent être prises qu'à la condition qu'un lien suffisamment direct, réel, soit établi entre la violation de l'un des principes de l'État de droit et un risque "sérieux" d'atteintes à la bonne gestion financière du budget de l'Union ou à ses intérêts financiers²².

Soumise à des conditions aussi drastiques, l'Union est loin d'être « au terme du long cheminement » qu'elle mène depuis les origines pour affirmer son identité vis-à-vis des États qui la composent²³. Elle ne s'est pas émancipée de ses créateurs, mais reste entièrement entre leurs mains pour défendre ses valeurs. Enfin, la pression

18 Sur l'arrière-fond historique, v. P. Auriel, Le régime général de conditionnalité, remède à la crise de l'État de droit ?, *R.U.E.*, 2022, p. 106s, notes 37-43 et texte correspondant.

19 Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, JOCE, 22 décembre 2020, L 433 I/1.

20 G. Marti, L'"arme" budgétaire au secours de l'État de droit, *R.T.D.E.* 2022, p. 353s, 355.

21 G. Hardy, Le règlement conditionnalité, entre illusion et désillusion de l'État de droit, *R.A.E. – L.E.A.*, 2023/2, p. 445s, 454-55.

22 CJUE, Ass. Plén., 16 février 2022, C-157/21, *Pologne/ Parlement et Conseil*, pt. 179, et C-158/21, *Hongrie/ Parlement et Conseil*, pt. 267.

23 J.P. Jacqué, Protéger les valeurs communes aux États membres de l'Union européenne. Sommes-nous au terme d'un long cheminement ?, in D. D'Ambra et al. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Florence Benoit-Rohmer*, Bruylant, Bruxelles, 2023, pp. 259-277

financière qu'elle peut exercer a des limites. Les tiers innocents sont les premières victimes des sanctions financières. L'exemple-type est celui des étudiants Erasmus qui en subissent les retombées par l'assèchement des fonds qui les subventionnent. La Commission a donc élaboré des « lignes directrices » qui s'efforcent de faire en sorte qu'il ne pleuve pas sur tout le monde quand la foudre ne devrait frapper que quelques-uns. Comme on pouvait s'y attendre, elle a recommandé la modération : « Les mesures (doivent être) proportionnées, en d'autres termes appropriées et nécessaires pour résoudre les problèmes constatés et protéger le budget de l'Union ou les intérêts financiers de l'Union, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre leur objectif »²⁴.

En dépit des progrès accomplis, le problème n'est qu'à moitié réglé. Ces dernières années, il n'y eut que deux États qui ont entrepris des politiques populistes, la Hongrie et la Pologne. Mais que fera l'Union si, demain, une majorité d'États membres adoptent des politiques identiques ? La question n'a rien d'hypothétique depuis le 9 juin dernier. Elle se pose même avec acuité dans la mesure où la Cour n'a pas étendu le champ d'application du règlement 2020/2092 à d'autres valeurs que celle de l'État de droit. Qu'en est-il des autres, la dignité humaine, la liberté, la démocratie ? La menace de sanctions financières suffira-t-elle pour écarter la menace de lois illibérales et, si elles venaient à être adoptées, pour obtenir leur abrogation ? La doctrine s'est déjà émue de cette inconnue d'autant plus que, dans ses deux arrêts du 16 février 2022 sur le Règlement 2020/2092, réserve faite de sa ferme prise de position sur l'importance de l'État de droit, la Cour s'est montrée réservée sur les autres valeurs que ce texte permettrait de défendre²⁵. L'Union européenne, quant à elle, s'est félicitée de l'efficacité du règlement après le retournement de la situation politique en Pologne et la défaite des populistes. Toutefois, un lien de causalité entre l'adoption des sanctions financières décidées en avril 2023 et les résultats électoraux d'octobre 2023 qui ont redonné le pouvoir aux partis démocrates n'est pas établi. Pour l'heure, la situation de l'État de droit dans l'Union est stabilisée. Mais elle est précaire et fragile. Il suffit qu'une majorité d'États-membres s'enfoncent dans le souverainisme et elle est compromise

A quoi tout ceci nous mène-t-il ? Tout simplement à ce constat. L'Union proclame des valeurs qu'elle n'a pas les moyens de faire respecter. Elle ne dispose pas de ses propres moyens d'exécution, privée qu'elle est d'organes d'exécution du droit. Elle doit s'en remettre aux États du soin d'exécuter ses lois. Là gît l'infirmité du système et il tient au mode d'exécution des règles de droit qui fut retenu à l'origine.

24 Lignes directrices sur l'application du règlement (UE, Euratom) 2020/2092 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, 2022/C 123/02, JOCE, 18 mars 2022, point 44.

25 S. Platon, La valeur des valeurs. La confirmation de la validité du mécanisme de conditionnalité « État de droit » par la Cour de Justice de l'Union européenne, *C.D.E.*, 2022/1, p. 197s, 214-215.

B. L'infirmité du système constitutionnel européen

L'exécution des lois est un sujet auquel peu de juristes s'intéressent. Nombreux sont ceux qui croient que « le droit n'a qu'à paraître et qu'il obtient tout sur sa bonne mine » en oubliant que « sans la force, sa vieille ennemie, le droit n'est rien »²⁶. La contrainte est consubstantielle à la règle de droit, c'est par ce critère qu'elle se différencie de la règle morale. Dans tous les États, elle prend deux formes, judiciaire et administrative²⁷, quoique dans des proportions différentes selon les systèmes juridiques. Dans les systèmes d'exécution judiciaire des lois qui prédominent dans les pays de *common law*, la contrainte se manifeste dans les peines, les astreintes, ou les injonctions *sub poena* qui, aux États-Unis, sont punies de sanctions pénales si elles ne sont pas obéies. Dans les systèmes d'exécution administrative qui dominent dans les pays continentaux, la contrainte trouve son expression dans l'acte administratif unilatéral dont l'ordre, le commandement, est la forme la plus achevée. En tout état de cause, qu'ils soient judiciaires ou administratifs, ces procédés mettent en œuvre des « prérogatives de puissance publique ». Or, celles dont l'Europe dispose sont rares, pour ne pas dire, inexistantes ; la puissance publique de l'Union est « inaboutie et inachevée »²⁸. Certes, elle commence à prendre forme avec des agences comme Frontex, l'agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes. Mais leurs moyens restent sous l'étroit contrôle des États-Membres et ne sont pas autonomes.

Le résultat est qu'à l'exception des mesures prévues par le règlement conditionnalité, les valeurs de l'Union peuvent être bafouées impunément par les États membres qui choisissent d'en défendre d'autres. Qu'advient-il si les idées défendues par les partis populistes qui appellent à revenir aux valeurs d'autrefois, l'autorité, la religion, la morale, deviennent majoritaires dans certains États et que des lois illibérales soient adoptées, par exemple, des lois punissant de sanctions pénales les personnes qui facilitent, assistent ou encouragent le changement de sexe des mineurs ? L'histoire comparée des unions d'États est ici éclairante.

L'Union européenne se trouve aujourd'hui dans la même situation que l'Union américaine à la veille de la convention de Philadelphie. Elle forme une union d'États souverains et indépendants qui a son identité vis-à-vis du reste du monde par les valeurs qui les unissent, de la même manière qu'en 1787, les jeunes États d'Amérique étaient unis par les valeurs qu'ils avaient proclamées dans la Déclaration d'indépendance de 1776. Lorsqu'ils se réunirent à Philadelphie, ils étaient travaillés comme l'Europe aujourd'hui par des mouvements populistes, à la différence qu'on ne parlait pas de partis populistes à l'époque, mais de factions. Ces mouvements menaçaient la liberté par les mesures qu'ils voulaient prendre contre le droit de propriété, la valeur alors tenue pour la condition de la liberté. La crise économique qui suivit la guerre d'Indépendance, les réparations au profit des loyalistes prévues arrêtées dans le traité de paix avec l'Angleterre et l'inflation avaient conduit les États à donner cours forcé

26 J. Anouilh, *Becket ou L'honneur de Dieu*, Acte III, Ed. La Table Ronde, 1959, Coll. Folio, no 191, p. 97.

27 M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Ed. Sirey, 1933, Réed. Dalloz, 2002, p. 1-3.

28 C. Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, L.G.D.J., Bibl. de droit public, Tome 239, 2004, § 856, p. 587.

à la monnaie et à promulguer des lois rétroactives, spoliatrices des droits acquis. La mort de l'Union paraissait inévitable. La convention de Philadelphie se donna pour objet d'arrêter ce processus de dissolution. Comment s'y prit-elle ? En proposant une « Constitution » qui se substitua aux Articles de Confédération de 1777.

De cette expérience, les Européens ont tiré la conclusion que l'adoption d'une Constitution était la condition d'un renforcement de l'Union et ils n'ont eu de cesse depuis le Traité de Maastricht que de pousser à l'adoption d'une constitution. Sans doute la convention de Philadelphie a-t-elle adopté une constitution, mais le point capital est moins dans le titre du texte adopté que dans son contenu. Car qu'y avait-il dans la Constitution de 1787? Il y avait une République, comme répondit Benjamin Franklin à la citoyenne qui lui demanda à l'issue des travaux ce que la Convention avait fait. Par ce terme, il entendait un gouvernement de forme républicaine, c'est-à-dire, dont tous les pouvoirs dérivent du peuple. La création d'un gouvernement était si importante dans l'esprit des délégués que si le texte de Philadelphie fut appelé \diamond constitution \diamond , c'est justement parce qu'il établissait un gouvernement. À l'époque, les notions de constitution et de gouvernement étaient indissociables dans les écrits des auteurs qui faisaient autorité (Bolingbroke, Vattel). On en veut pour preuve le chapitre 6 du Livre XI de *L'Esprit des Lois* intitulé « La constitution d'Angleterre » et dans lequel Montesquieu explique le gouvernement de l'Angleterre de son temps, ni plus ni moins.

Le génie des Pères fondateurs fut d'établir un vrai gouvernement doté des trois pouvoirs de l'État dont deux sont d'exécution parce qu'ils sont habilités à utiliser la contrainte pour forcer l'exécution des lois de l'Union, un pouvoir exécutif pour les faire respecter à l'extérieur, un pouvoir judiciaire pour les faire respecter à l'intérieur. Ce trait nouveau faisait que la Confédération se distinguait de toutes celles qui l'avaient précédée. Madison, l'architecte de ce gouvernement, a expliqué que jusqu'à la Convention de Philadelphie, l'obéissance des États aux principes et valeurs des Articles de Confédération reposait sur « la croyance erronée que la justice, la bonne foi, l'honneur, la sagesse politique des législatures d'États rendraient inutile le recours à la cause qui, en temps ordinaire, garantit l'obéissance des individus aux lois »²⁹. La cause en question était la contrainte des sanctions qui en principe accompagnent toujours la règle de droit. Madison reconnaissait que « la confiance des rédacteurs des Articles (de confédération) dans la vertu des hommes politiques tout autant que leur inexpérience des crises excusait leurs erreurs », mais il ajoutait qu'après l'expérience des dix dernières années, on ne pouvait plus compter sur « l'obéissance immédiate et spontanée de treize corps politiques indépendants aux actes de la Confédération » et qu'il fallait y renoncer. Ce fut le tournant décisif. La Convention de Philadelphie abandonna l'idée de contraindre les États et elle choisit de contraindre les individus pour obtenir l'obéissance à ses lois. Pour y parvenir, elle institua un gouvernement au-dessus des États.

Ce tournant décisif, les États européens ne l'ont jamais pris. Ils ont même expressément refusé de le prendre de peur de créer « un super-État », expression amorphe qui a été forgée aux États-Unis à l'occasion de la bataille politique qui s'engagea pour

29 J. Madison, Vices of the Political System of the United States, April 1787, in *Writings* (J. Rakove, Ed.), The Library of America, 1999, p. 69s, 72 (italiques ajoutées).

dénigrer la Société des Nations et empêcher la ratification du Pacte³⁰. Elle a connu une fortune considérable, Robert Schuman lui-même précisant que la C.E.C.A. n'était en aucun cas « un super-État »³¹. Le résultat est que l'Union européenne ne peut pas exécuter elle-même ses lois. Dès lors qu'importe que l'Union ait une constitution fondée sur les valeurs communes à tous ses membres, l'outil qui garantit l'effectivité d'une constitution et de ses valeurs lui manque. L'Union a peut-être une gouvernance, mais elle n'a pas de gouvernement. En revanche, comme remarquait Tocqueville, aux États-Unis quand le gouvernement fédéral exécute ses lois, « il n'emprunte point sa force, (...) il la puise en lui-même. Il a ses administrateurs à lui, ses tribunaux, ses officiers de justice et son armée »³².

L'Union européenne, elle, compte sur la coopération loyale de tous ses États-membres et baigne dans les bons sentiments. A l'origine, le système avait sa logique. Les juges d'États furent retenus comme les organes d'exécution du droit parce que les États n'avaient que quelques intérêts en commun de nature économique. Aujourd'hui, ils sont unis par des valeurs communes qui forment une Constitution et ils ont toujours le même système d'exécution judiciaire par l'intermédiaire des juges d'État. Tant que les juges sont nommés par des gouvernements libéraux, le système peut se justifier. Mais le jour où ils sont nommés par des États fondamentalement opposés sur les valeurs, qu'en est-il ? La crise qu'a fait naître les comportements de la Hongrie et de la Pologne a permis de mettre en lumière le fragile équilibre sur lequel repose tout le système.

Face aux politiques populistes que ses États membres pourraient entreprendre, l'Union n'est pas en mesure de se défendre efficacement. Certes, il y a le Règlement conditionnalité qui l'autorise à user de sanctions financières pour garantir une bonne exécution de son budget. Les politiques populistes des États-membres qui ont des répercussions sur les finances de l'UE peuvent certainement tomber dans son champ d'application, par exemple, le refus d'un État-membre d'accueillir des migrants que l'Union a décidé d'admettre³³. Mais qu'en est-il des politiques populistes qui n'ont pas d'effets sur les finances de l'UE ? Qui peut penser que l'Union pourra dire indéfiniment qu'elle ne peut agir que pour protéger ses intérêts financiers, mais non défendre les droits de ses citoyens et rester crédible ? Enfin, l'Union ne peut agir qu'à l'initiative de la Commission et du Parlement, non à l'initiative de ses citoyens. Le résultat est que les premières victimes d'éventuelles politiques populistes dans les États membres sont sans recours devant la Cour de l'Union. Ils doivent frapper à une autre porte, celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

30 D. Voorhees, *The League of Nations: A Corporation, not a Superstate*, *American Political Science Review*, vol. 20 (1926), p. 847-852.

31 R. Schuman, Préface à l'ouvrage de Paul Reuter, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, LGDJ, 1953, p. 7.

32 A. de Tocqueville, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Tome II, *De la démocratie en Amérique*, I, I, Chap. 8, p. 176.

33 Telle est la conclusion qui semblerait s'imposer après les déclarations du Président Emmanuel Macron, le 23 juin 2018, au cours d'une conférence de presse avec le Premier ministre espagnol, Pedro Sanchez : « On ne peut avoir des pays qui bénéficient massivement de la solidarité de l'UE et qui revendiquent massivement leur égoïsme national quand il s'agit de sujets migratoires ».

Des esprits éclairés comme l'avocat général Melchior Wathelet ont bien vu que l'absence de tout recours individuel contre les actes de l'Union posait à terme de graves lacunes au regard du besoin de protection juridictionnelle effective des particuliers³⁴. On comprend que le Président Lenaerts, soucieux d'éviter à la Cour de tomber dans le gouvernement des juges, ait d'ores et déjà fait savoir que ce n'était pas à l'institution qu'il préside de les combler par le jeu de l'interprétation³⁵. Il a parfaitement raison. De fait, ce n'est pas aux juges, mais aux hommes et aux femmes politiques de remédier à la situation en jetant les bases d'« une Union plus parfaite », la République européenne.

34 V. conclusions de l'avocat Melchior Wathelet dans les affaires jointes *Scuola Elementare Maria Montessori c/ Commission, Commission c/ Scuola Elementare Maria Montessori et Commission c/ Ferracci*, aff. C-622/16 P à C-624/16 P, pt 5.

35 K. Lenaerts, D'une « Communauté de droit » garante d'une protection juridictionnelle effective à une Union garante des valeurs de l'État de droit, P. Van Clenenbreugel et J. Wildemeersh (Dir.), *Questions choisies de droit européen des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2023, p. 223s, 225.