

LE CLASH DES PARADIGMES ? QUAND L'ÉTAT DE DROIT SE HEURTE À L'ESSOR DES IDÉES ANTI-LIBÉRALES (1)

PAR

Ramona COMAN (2)

État de droit — Valeurs — Droit et Justice (PiS) — Alliance civique hongroise (Fidesz)

L'État de droit, principe de gouvernance au centre des transformations post-communistes et valeur sur laquelle l'UE se fonde, est devenu source de division et de conflit dans la polity européenne. En Europe centrale, des partis comme Droit et justice (PiS) en Pologne ou l'Union civique hongroise (Fidesz) contestent l'ordre politique établi après 1989 et mettent en avant un nouveau paradigme de nature à légitimer un processus radical de transformation politique, économique et sociale. Des idées anti-libérales sont au centre d'une vision politique qui émerge en réaction aux décennies de démocratisation et d'eupéanisation dans la région. Deux visions de la politique s'affrontent, l'une qui émerge au niveau supranational et qui érige l'État de droit comme clé de voûte de l'intégration européenne et l'autre qui consiste dans la construction d'un récit anti-libéral accompagné d'un processus de délégitimation de l'ordre politique post-1989. Cet article examine l'opposition de ces deux visions antagonistes, se penchant, d'une part, sur l'émergence d'une politique européenne de l'État de droit (3) et, d'autre part, sur sa contestation et délégitimation.

(1) Ce texte a été préparé pour le colloque «La Charte UE a 20 ans» qui s'est tenu le 9 octobre 2020 à Bruxelles. Il s'est donné pour objectif de répondre à la question stimulante adressée par Antoine Baillieux : «La montée en puissance d'un discours européen sur les droits fondamentaux vous paraît-elle conduire à un processus d'eupéanisation sur ces questions, au sens où les politologues emploient ce terme? Pour le dire autrement, voyez-vous cette montée en puissance comme le ferment d'un rapprochement des identités constitutionnelles nationales ou au contraire comme un processus à l'occasion duquel se révèlent, voire se radicalisent, des lignes de faille entre certaines parties de l'Europe?».

(2) Chargée de cours en science politique à l'Université libre de Bruxelles et présidente de l'Institut d'études européennes. Cette contribution s'inscrit dans le cadre du Module Jean Monnet Rule of Law and Mutual Trust in Global and European Governance ROLETTE 599377-EPP-1-2018-1-BE-EPPJMO-MODULE, cofinancé par le programme ErasmusPlus de l'Union européenne.

(3) Expression utilisée en référence à la conceptualisation proposée par Antoine Vauchez et Bastien François pour étudier l'émergence d'une «politique de l'indépendance». Voy. Fr. BASTIEN et A. VAUCHEZ (dir.), *Politique de l'indépendance. Formes et usages*

Rule of law — Values — Law and Justice (PiS) — Hungarian Civic Alliance (Fidesz)

The rule of law, a principle of governance at the center of the post-communist transformations and a value that constitutes one of the EU's building blocks, has become a source of division and conflict in the European polity. In Central Europe, parties such as the Polish Law and Justice (PiS) and the Hungarian Civic Union (Fidesz) challenge the political order established after 1989 and put forward a new paradigm seeking to legitimize a radical process of political, economic and social transformation. Anti-liberal ideas are at the center of a political vision emerging in response to decades of democratization and Europeanization in the region. Two visions of politics clash, one at the supranational level which establishes the rule of law as the cornerstone of European integration and the other one which consists in the construction of an anti-liberal narrative, seeking to delegitimize the post-1989 political order. This article examines the opposition of these two antagonistic visions, focusing, on the one hand, on the emergence of a European rule of law policy and, on the other hand, on its contestation and delegitimization.

Introduction

Dans son livre *Le continent des ténèbres. Une histoire de l'Europe au XX^e siècle* (4), Marc Mazower présentait l'histoire du siècle passé comme celle des valeurs en conflit. Les trois idéologies dominantes — la démocratie libérale, le communisme et le fascisme — ont transformé les États, les institutions, les communautés, les gens. À la veille du XXI^e siècle, 1989 annonçait le triomphe (5) de la démocratie libérale et de ses valeurs. Ce fut une année charnière tant pour les Communautés européennes en quête de démocratisation du fonctionnement de leurs institutions au niveau supranational que pour les pays d'Europe centrale et orientale qui entamaient une complexe transition vers la démocratie. Impatientes de mettre fin aux cinq décennies de communisme, les nouvelles élites politiques des pays de la

contemporains d'une technologie de gouvernement, Septentrion, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires, 2020.

(4) M. MAZOWER, *Le continent des ténèbres. Une histoire de l'Europe au XX^e siècle*, Éditions Complexe, 1998.

(5) J. J. LINZ et A. STEPAN, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1996.

région ont érigé le très souvent invoqué «retour à l'Europe», l'intégration dans l'économie mondiale et l'adhésion à l'UE comme projet national, bénéficiant d'un soutien politique et social sans faille. Le triomphe de la démocratie a été célébré à l'Est comme à l'Ouest, le paradigme néolibéral suivi avec rigueur sans contestation majeure, malgré les effets dramatiques des réformes socio-économiques et de leur transition de l'économie planifiée à l'économie de marché. Malgré la sévérité des réformes, l'espoir d'une vie meilleure après des décennies de privations de toutes sortes — variables d'un pays à l'autre étant donné l'hétérogénéité des régimes communistes — a assuré une grande légitimité aux nombreuses réformes politiques, économiques et sociales ainsi qu'un large «consensus permissif», pour reprendre l'expression de Hooghe et Marks (6), en tout cas au début des années 1990.

Trois décennies plus tard, l'Europe centrale et orientale dévoile une série de paradoxes. La région attire l'attention en raison de la contestation de l'ordre politique mis en place après 1989 (7). Tout comme le paradigme de la démocratie libérale a légitimé et façonné tant l'intégration européenne que la transformation des États, depuis une décennie, une série de partis politiques remportent les élections avec des programmes conservateurs qui mettent en avant une nouvelle conception du pouvoir, une nouvelle vision de la société, rejetant le multiculturalisme et le pluralisme, promouvant des formes de nationalisme économique sans pour autant rompre avec le néo-libéralisme, contestant la légitimité des organisations internationales et de l'UE au nom de la souveraineté et d'une conception majoritaire de la démocratie, qui serait l'expression de la «volonté du peuple». Des idées anti-libérales marquent le paysage politique de certains pays d'Europe centrale et orientale, où des partis comme Droit et Justice (PiS) en Pologne ou l'Union civique hongroise (Fidesz) contestent l'ordre politique établi après 1989 et mettent en avant un nouveau paradigme de nature à légitimer un processus radical de transformation politique, économique et sociale: une «contre-révolution», comme annoncé par Jaroslaw Kaczynski en Pologne ou l'avènement d'une démocratie «illibérale», que Viktor Orban présente comme vision politique en réaction aux décennies de démocratisation et d'eupéanisation dans la région. Les valeurs de l'UE (8), censées créer

(6) L. HOOGHE et G. MARKS, «A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus», *British Journal of Political Science*, 2009, vol. 39, n° 1, pp. 1-23.

(7) J. ZIELONKA, *Couter-revolution. Liberal Europe in retreat*, New York, Oxford University Press, 2018.

(8) Fr. FORET et O. CALLIGARO (eds), *European Values. Challenges and Opportunities for EU governance*, Routledge, 2018.

un sentiment d'appartenance et unir les peuples d'Europe, sont devenues une source de division et de conflit (9), car à l'Est de l'Europe ces partis se proclament comme les défenseurs des « vraies » valeurs européennes « menacées », paradoxalement, par l'intégration européenne (10).

Deux visions de la politique s'affrontent, l'une qui émerge au niveau supranational et l'autre qui trouve ses origines dans les milieux conservateurs est-européens, sans pour autant leur être spécifique. Au centre de cet affrontement se trouve l'État de droit, valeur commune inscrite à l'article 2 TUE sur laquelle l'UE se fonde et principe de gouvernance qui s'est internationalisé ces dernières décennies. Si la place de l'État de droit dans l'intégration européenne a fait l'objet d'une littérature florissante, l'opposition de ces deux visions antagonistes a moins été discutée. Cet article se propose d'examiner leur émergence dans une perspective dynamique, en retraçant, d'une part, les grandes étapes de l'intégration européenne par l'État de droit (section I) et, d'autre part, les résistances qui en découlent au nom des idées anti-libérales (section II). Autrement dit, dans un premier temps, l'article s'attachera à examiner la construction et l'institutionnalisation d'une politique européenne de l'État de droit. Dans un deuxième temps, l'article se penchera sur le processus de résistance (11) au niveau national, qui consiste en la construction d'un paradigme anti-libéral et un processus de dé-légitimation de l'ordre politique mis en place après 1989 en Europe centrale et orientale.

I. — La constitutionnalisation des valeurs et l'institutionnalisation d'une politique européenne de l'État de droit

Phénomène complexe, l'intégration européenne a traditionnellement été définie comme un processus désignant « l'émergence et le développement au niveau européen de structures distinctes de gouvernance, c'est-à-dire au niveau des institutions politiques, juridiques et sociales associées à la

(9) R. COMAN et C. LECONTE, «Contesting EU authority in the name of European identity: the new clothes of the sovereignty discourse in Central Europe», *Journal of European Integration*, 2019, vol. 41, n° 7, pp. 855-870.

(10) *Ibid.*

(11) Pour une définition du concept de résistances à l'intégration européenne, voy. A. CRESPIY et N. VERSCHUEREN, «From Euroscepticism to Resistance to European Integration: An Interdisciplinary Perspective», *Perspectives on European Politics and Society*, 2009, vol. 10, n° 3, pp. 377-393 ; J. LACROIX et R. COMAN (eds), *Les résistances à l'Europe. Cultures nationales, idéologies et stratégies d'acteurs*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2007.

gestion de problèmes qui formalisent les interactions entre les acteurs et les réseaux de politiques publiques dans la création des règles au niveau européen» (12). Si l'intégration européenne a été conceptualisée comme la cause des transformations observées dans les États membres et ailleurs, l'europanisation s'est imposée comme concept dynamique, séquentiel et non linéaire (13) pour examiner ses effets. La définition proposée par Claudio Radaelli a encapsulé ce processus à deux niveaux — européen et national — défini comme «la construction, diffusion et institutionnalisation des règles formelles et informelles, de procédures, de paradigmes politiques, de styles, de manières de faire des choses et de croyances et de normes partagées qui sont définies et consolidées lors de la fabrication des politiques européennes et ensuite incorporées dans les logiques de discours, identités, structures politiques et politiques publiques nationales» (14). L'intégration européenne et l'europanisation — bien que ces deux notions désignent des développements à des niveaux différents — sont deux processus co-constitutifs et continus, incrémentaux ou accélérés, ponctués par des moments de crises (15), l'un en réaction à l'autre, dans une causalité plutôt intriquée (16) que séquentielle, préfigurant l'émergence d'une politique européenne de l'État de droit. Si l'intégration par le droit est une expression déjà consacrée dans l'étude des dynamiques de la construction européenne (17), cet article se penche plus particulièrement sur *l'intégration par l'État de droit* qui résulte de la conjonction de la constitutionnalisation des valeurs communes (A), ainsi que d'une double reconfiguration du pouvoir au niveau national et supranational (B) et de la gouvernance par les instruments qui en découle (C). La jurisprudence de la Cour de justice s'y superpose (sans pour autant être examinée dans cette communication) (18).

(12) M. GREEN COWLES, J. CAPORASO, Th. RISSE (eds), *Transforming Europe. Europeanization and domestic change*, Ithaca and London, Cornell University Press, 2001, p. 3.

(13) R. COMAN, *Réformer la justice dans un pays post-communiste. Le cas de la Roumanie*, Bruxelles, Éditions de l'Université, 2009.

(14) C. RADAELLI, «Whiter Europeanization? Concept stretching and substantive change», *European Integration online Papers*, 2000, vol. 4, n° 8, p. 28.

(15) Sur le rôle des crises dans l'intégration européenne, voy. A. MEGIE et A. VAUCHEZ (eds), «Crise, crises et crisologie européenne», *Politique européenne*, 2014, vol. 44.

(16) S. SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Presses de Sciences Po, 2020, p. 253.

(17) A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Presses de Sciences Po, 2014.

(18) Voy. à ce sujet L. BLATIERE, «La protection évolutive de l'État de droit par la Cour de justice de l'Union européenne», *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2019, vol. 31, <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-protection-evolutive-de-letat-de-droit-par-la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne/>.

A. — LA CONSTITUTIONNALISATION DES VALEURS COMMUNES

À la fin de la Seconde Guerre mondiale, la démocratie est ressuscitée (19). Si la démocratie n'était pas dans l'ADN des trois Communautés européennes (20), néanmoins, dès le début des années 1950, il allait de soi que ne pouvaient être du nombre que les États partageant la même doctrine de la démocratie libérale et de l'État de droit (21). Dès 1951, les Communautés européennes se construisent comme «puissance libérale» (22) afin de pacifier un continent dévasté par la guerre par le biais de la coopération économique. Le droit, «véritable conservatoire des principes fondamentaux du projet communautaire» (23), est devenu la pierre de voûte de la construction et de la légitimation d'un nouvel ordre politique. Une nouvelle grammaire s'est imposée pour définir le régime politique européen en émergence et pour le doter d'une légitimité par le droit, ancrée dans de nouveaux principes comme «l'effet direct» ou la «primauté du droit communautaire», tout en se détachant des concepts classiques comme la «séparation des pouvoirs» (24). Il était supposé, dans les années 1950, que de la convergence des économies et du droit émergerait un sentiment d'appartenance des peuples d'Europe. Si l'importance des valeurs au sein des trois Communautés était souvent mise en exergue par les membres de l'Assemblée parlementaire, ce n'est qu'à partir des années 1970 que le discours autour des valeurs est venu soutenir les logiques de légitimation de l'ordre politique européen. Lors du Conseil européen de Copenhague, en 1973, les représentants des États membres s'accordaient sur un ensemble de valeurs de nature à affirmer l'identité du projet européen. En faisant référence à des «valeurs et des principes communs», il s'agissait d'assigner au projet des objectifs et un idéal «afin d'assurer la pérennité de l'ensemble libéral» (25).

(19) M. MAZOWER, *Le continent des ténèbres...*, *op. cit.*, p. 293.

(20) D. C. THOMAS, «Constitutionalization through Enlargement: The Contested Origins of the EU's Democratic Identity», *Journal of European Public Policy*, vol. 13, n° 8, 2006, pp. 1190-1210.

(21) P. MAGNETTE, *L'Europe, l'État et la démocratie*, Bruxelles, Éditions Complexe, 2001, p. 162.

(22) S. SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Presses de Sciences Po, 2020, p. 307.

(23) A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, p. 344.

(24) J. JOWELL, «The rule of law and its underlying values», in J. JOWELL and D. OLIVER (eds), *The Changing Constitution*, Oxford University Press, 2007.

(25) J. LACROIX, «Pertinence du paradigme libéral pour penser l'intégration politique de l'Europe», *Politique européenne*, 2006, vol. 19, p. 22.

Ainsi, la codification des valeurs communes aux États membres a été un processus graduel, visant à affirmer l'identité politique de l'UE et à légitimer son action, conduisant également à «l'autonomisation» de la *polity* européenne (26). Au début des années 1990, la chute du mur de Berlin ainsi que la fin du monde bipolaire ont renforcé l'idée que l'Union européenne doit promouvoir ses normes et ses valeurs; que l'UE peut être le territoire de déploiement des principes démocratiques; que l'UE est une puissance normative (27) qui joue un rôle comme acteur international à travers la promotion de ses normes et valeurs comme l'État de droit et les droits fondamentaux. Si, pour les juristes, la consécration des valeurs a mené à «une profonde amélioration du constitutionnalisme européen» (28), pour les politologues, le rôle de l'UE sur la scène internationale était conditionné par son attachement à certaines valeurs et normes constitutionnelles, inscrites dans les Traités. C'est l'attachement à ces valeurs communes aux États membres — inscrites d'abord dans le Préambule du Traité sur l'Union européenne et ensuite dans le corps des Traités — qui distinguerait l'UE des autres ensembles régionaux ou internationaux (29). Comme Justine Lacroix le souligne, l'article 2 TUE «s'inscrit bien au sein du paradigme libéral même si, par souci de clarté sémantique, on aurait pu préférer le terme de “principes” ou de “normes” à celui de “valeurs”» (30) afin de rappeler que, «dans une société pluraliste, des normes rationnellement acceptées sont un mode de résolution des conflits plus efficace que les “valeurs partagées”» (31). Le choix de l'expression «valeurs» était de nature à créer un sentiment d'appartenance, bien que les rédacteurs des traités n'aient pas fait le choix de les substantialiser.

Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux est devenue une source contraignante de droit primaire. La

(26) A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, p. 27.

(27) I. MANNERS, «Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, n° 2, 2002, p. 252; R. G. WHITMAN (ed.), *Normative Power Europe: Empirical and Theoretical Perspectives*, New York, Palgrave Macmillan, 2011.

(28) D. VLADIMIROVICH KOCHENOV et J. MORIJN, «Le rôle de la Charte dans la lutte pour l'État de droit au sein de l'Union européenne», in A. ILIPOULOU-PENOT et L. XENOU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen?*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

(29) S. SAURUGGER, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, *op. cit.*, p. 306.

(30) J. LACROIX, «Pertinence du paradigme libéral pour penser l'intégration politique de l'Europe», *Politique européenne*, 2006, vol. 19, p. 27.

(31) *Ibid.*

Charte codifie les droits fondamentaux protégés par l'UE et affirme le rôle fondateur des valeurs communes (32). Est stipulé dès le premier paragraphe du préambule que «(l)es peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes», valeurs que l'Union se propose de préserver et de développer dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe. L'Union se fonde, stipule la Charte, sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Selon Elise Muir, «la Charte sous-tend (...) le renforcement d'un narratif (...) sur la question des droits fondamentaux» (33). Pour cette raison, comme le soulignent Kochenov et Morijn (2020), «on aurait pu s'attendre à ce que la Charte joue un rôle central» dans la défense des valeurs communes. Néanmoins, son rôle est resté «ambigu» et la relation entre la Charte et l'État de droit «compliquée» (34). Outre les traités, la place des valeurs a été consacrée aussi par la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, qui prend la forme «d'un récit judiciaire autour des valeurs» (35). La Cour a mobilisé les valeurs communes afin de mettre en place «un système complet, cohérent et efficace de protection de l'État de droit à tous les niveaux de la gouvernance» (36) européenne. Ce double processus — politique, à travers la révision des traités et la constitutionnalisation des valeurs — et juridique — à travers la mise en place d'un cadre de protection de l'État de droit et de sa substance — a mené à l'affirmation de cette valeur comme élément essentiel de l'ordre politique de l'UE.

(32) L'État de droit y apparaît à l'article 47, consacré à un recours effectif et le droit à un procès équitable; étant un concept multidimensionnel, l'État de droit ne peut pas être dissocié d'autres dispositions de la Charte comme l'égalité en droit, le recours effectif et le droit d'accéder à un tribunal indépendant, la présomption d'innocence et les droits de la défense; les principes de légalité et de proportionnalité des délits, ainsi que l'interdiction de l'abus de droit.

(33) E. MUIR, «La plus-value de la Charte: à la croisée de plusieurs systèmes juridiques», ce numéro des *Cahiers*.

(34) J. LACROIX, «Pertinence du paradigme libéral pour penser l'intégration politique de l'Europe», *op. cit.*, p. 36.

(35) C. RIZCALLAH, *Le principe de confiance mutuelle en droit de l'Union européenne. Un principe essentiel à l'épreuve d'une crise des valeurs*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 280.

(36) J. LACROIX, «Pertinence du paradigme libéral pour penser l'intégration politique de l'Europe», *op. cit.*, p. 36.

B. — L'INTÉGRATION PAR L'ÉTAT DE DROIT, UNE DOUBLE RECONFIGURATION
DU POUVOIR AU NIVEAU NATIONAL ET SUPRANATIONAL

Notion ancienne et polysémique, ancrée dans des traditions politiques et juridiques différentes, l'État de droit s'est imposé comme un idéal de justice et de légalité, d'égalité devant la loi, d'accès à la justice et de respect des droits. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, ce principe est devenu la première source de légitimité de tout régime démocratique. C'est une aspiration et un idéal tout comme la démocratie et les droits fondamentaux ; ce principe implique que les lois sont adoptées par des institutions selon des procédures préétablies, qui ne sont pas rétroactives mais générales, stables et claires (37). Comme Jacques Chevallier le souligne, la notion d'État de droit renvoie à une certaine vision du pouvoir, un pouvoir limité, assujéti à des règles, qui implique que les gouvernants exercent une fonction encadrée et régie par le droit et que les individus disposent de voies de recours contre les éventuels abus du politique (38). Au cœur de cette notion se trouve l'idée de limitation du pouvoir comme précondition pour garantir le respect des droits fondamentaux, fondement de toute construction politique et sociale. Se situant au centre des travaux en théorie politique et en droit, depuis quelques décennies, la notion s'est imposée dans le champ politique, comme élément constitutif d'un discours de légitimation des transformations politiques et comme standard international que les États sont tenus de respecter (39).

Ancré dans les débats nationaux portant sur *Rule of law*, *Rechtstadt*, *stato di diritto*, *statul de drept*, etc., depuis le début des années 1960 et plus particulièrement après la chute des régimes communistes en Europe centrale et orientale, l'État de droit s'est internationalisé (40). Comme beaucoup de normes et de principes, sa circulation au niveau international et européen est passée par plusieurs étapes — émergence, institutionnalisation, régionalisation (41) — qui ont chacune contribué en quelque sorte à

(37) Voy. P. CRAIG, «Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical Framework», *Public Law*, 1997.

(38) J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, LGDJ, 2017, p. 9.

(39) *Ibid.*

(40) R. COMAN et Fr. PONJAERT, «Drivers of Interregional Cooperation: The Rise and Consolidation of a European Rule of Law Regime», in L. FAWCETT, M. TELO and Fr. PONJAERT (eds), *Interregionalism and the European Union. A Post-Revisionist Approach to Europe's Place in a changing World*, Ashgate, 2015.

(41) M. FINNEMORE et K. SIKKINK, «International norm dynamics and political change», *International Organization*, 1998, vol. 52, n° 4, pp. 887-1061.

un rapprochement des perspectives pour renvoyer à une certaine vision du pouvoir, inhérente à la conception libérale de l'organisation politique (42).

Tout comme l'État de droit a façonné le développement de l'État-nation au XIX^e siècle et au début du XX^e, depuis 1950, l'État de droit s'est imposé comme principe constitutionnel à la base des démocraties occidentales et comme principe de gouvernance dans la construction des régimes politiques au-delà de l'État. D'une part, le constitutionnalisme européen depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale a modifié en profondeur les équilibres politiques, ouvrant la voie à l'affirmation du rôle du droit et du juge « comme instrument de la réalisation de l'exigence démocratique » par le respect des droits fondamentaux (43). D'autre part, au niveau international, les vertus de l'État de droit pour la démocratie et pour le développement économique ont été abondamment soulignées par l'ensemble des organisations internationales (44). La centralité de l'État de droit dans la transformation de l'État après 1950 et dans le développement de l'intégration européenne est indissociable d'une certaine conception de la démocratie, canalisée par le droit et par des mécanismes juridiques qui limitent la toute-puissance des représentants, tenus, tout comme les citoyens, par des normes juridiques en vigueur, dont le respect est assuré par le juge, indépendant, symbole de la transcendance du droit par rapport au politique (45). L'État de droit se présente tant comme un principe d'organisation du pouvoir qu'un puissant vecteur de légitimation, indissociable d'un mode de légitimation légal-rationnel, tel que défini par Max Weber.

Ainsi, depuis le début des années 1990, l'État de droit a émergé comme principe phare au centre de l'action de l'Union européenne, notamment dans son action extérieure. Lors de l'élargissement vers les pays d'Europe centrale et orientale, l'État de droit s'est situé au centre d'un ensemble de recommandations visant à encourager, d'une part, la transition vers la démocratie et l'économie de marché et, d'autre part, un processus de transformation plus subtile, intimement lié au premier, de transformation de l'État nation à l'État membre (46). À la lumière de ce processus, l'État de droit apparaît comme un « modèle d'organisation politique » avec une incidence sur la configuration de l'État. La création d'États membres est le résultat d'un processus complexe qui implique des limitations dans l'exercice du pouvoir

(42) J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 9.

(43) *Ibid.*, p. 131.

(44) R. COMAN, *Réformer la justice*, op. cit., p. 292.

(45) J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 61.

(46) Chr. BICKERTON, *European Integration: From Nation-States to Member States*, Oxford University Press, 2012, p. 68.

au niveau national, autrement dit, une double reconfiguration du pouvoir. D'une part, l'intégration européenne a conduit au renforcement des exécutifs nationaux et des cours au détriment des parlements (47). Au centre du débat sur l'État de droit s'est trouvée l'indépendance de la justice vis-à-vis du politique (48). Tant dans le processus graduel de démocratisation que dans la création de l'État membre, le juge est apparu comme «la clé de voûte et la condition de la réalisation de l'État de droit» (49), qui contraste avec la place secondaire qui lui avait été traditionnellement réservée. D'autre part, si traditionnellement l'organisation du pouvoir était limitée par l'expression de la souveraineté populaire, avec l'intégration européenne, une nouvelle configuration du pouvoir émerge au niveau supranational avec des effets sur l'autonomie du politique au niveau national. La décision de devenir État membre est une décision souveraine de l'État nation. En intégrant la *polity* européenne, les États membres acceptent de limiter leur souveraineté afin de l'exercer en commun au niveau supranational, pour le peuple et au nom du peuple, mais sans y associer directement le peuple comme pouvoir constituant (50). Ainsi, un double processus s'est opéré car l'État de droit — censé remodeler les relations de pouvoir au sein des futurs États membres — exigeait désormais que l'ensemble du droit de l'UE soit établi et appliqué dans le strict respect du droit, conduisant à l'affirmation des garanties substantielles d'indépendance judiciaire tant pour les juges supranationaux que pour les juges nationaux (51). Cette double dynamique de reconfiguration du pouvoir au niveau national et supranational a largement reposé sur le rôle du droit et de l'État de droit.

C. — GOUVERNER PAR LES INSTRUMENTS? LA CONSTRUCTION DES OUTILS ET D'UN GOUVERNEMENT EUROPÉEN POUR L'ÉTAT DE DROIT

Si l'État de droit s'imposait comme principe central dans la construction européenne, ses contours normatifs étaient encore à déterminer au niveau supranational. Lors de l'élargissement vers les pays d'Europe centrale et orientale, l'État de droit est devenu une condition *sine qua non* pour l'adhésion, «considéré comme quelque chose de tangible et définissable, facile à mettre en œuvre» par le biais d'instruments de politique publique

(47) R. LADRECH, *Europeanization and National Politics*, Palgrave, 2010.

(48) R. COMAN, *Réformer la justice*, *op. cit.*

(49) J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, *op. cit.*, p. 127.

(50) Chr. BICKERTON, *European Integration: From Nation-States to Member States*, *op. cit.*, p. 68.

(51) D. VLADIMIROVICH KOCHENOV et J. MORIJN, «Le rôle de la Charte dans la lutte pour l'État de droit au sein de l'Union européenne», *op. cit.*

bien identifiés (52). Ce principe, dont les contours normatifs dans la gouvernance européenne étaient ambigus (53), a été intimement associé à l'existence d'institutions judiciaires stables et à l'indépendance de la justice. Il a été affirmé que «L'adhésion requiert de la part du pays candidat qu'il ait des institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection, l'existence d'une économie de marché viable ainsi que la capacité de faire face à la pression concurrentielle et aux forces du marché à l'intérieur de l'Union» (54). L'adhésion est ainsi devenue possible pour «tout État européen qui respecte les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit (...)», comme stipulé à l'article 49 du traité sur l'UE. Dès 1990, certains affirmaient que ces critères étaient de nature à contribuer à «l'homogénéisation politique», c'est-à-dire à la réduction des différences politiques entre les membres afin de diminuer les tensions et pour faciliter la communication (55) et la confiance mutuelle. Par la formulation de ces critères, les chefs d'État et de gouvernement souhaitaient s'assurer que les nouveaux pays membres ne constitueraient pas des facteurs d'instabilité politique et économique (56) à l'intérieur de l'Union. Les critères ont été formulés de manière telle qu'on puisse rassurer les États membres opposés à l'élargissement et non pour pouvoir aider les nouveaux entrants (57). «L'exigence majeure de l'élargissement pour ces États candidats n'est pas tant le développement d'institutions démocratiques renforcées, que la mise en action d'institutions aptes à mettre en œuvre efficacement l'acquis

(52) P. BERGLING, *Rule of Law on the International Agenda. International Support to Legal and Judicial Reforms in International Administration, Transition and Development Co-operation*, Antwerp, Oxford, Intersentia, 2020, p. 15.

(53) D. VLADIMIROVICH KOCHENOV, «Behind the Copenhagen Façade: The Meaning and Structure of the Copenhagen Political Criterion of Democracy and the Rule of Law», *European Integration Online Papers*, 2004, pp. 1-24; R. COMAN, *Réformer la justice dans un pays-post communiste. Le cas de la Roumanie*, Bruxelles, Éditions de l'Université, 2009.

(54) Conseil européen de Copenhague, «Conclusions de la présidence», les 21-22 juin 1993, SN180/1/93 REV 1, p. 26.

(55) B. HETTNE, «The Europeanization of Europe: Endogenous and Exogenous Dimensions», *European Integration*, vol. 24, n° 4, 2002, pp. 325-340, spec. p. 335.

(56) H. GRABBE, «European Union Conditionality and the Acquis communautaire», *International Political Science Review*, vol. 23, n° 3, 2002, p. 252, pp. 249-268 (251).

(57) H. GRABBE, «A Partnership for Accession? The implications of the EU conditionality for the Central and East European Applicants», *Robert Schuman Working Papers*, Paper n° 12, 1999, p. 4.

communautaire, ce qui ne saurait être considéré comme toujours équivalent à une consolidation démocratique» (58).

Néanmoins, à peine formulés, les critères de Copenhague faisaient l'objet d'un débat politique animé. Ni la conditionnalité formelle ni la conditionnalité informelle de l'Union européenne n'ont été épargnées de critiques pointant la fluidité de la conditionnalité formelle et le caractère évolutif de la conditionnalité informelle. Plus tard, au fur et à mesure que les négociations d'adhésion avec les pays d'Europe centrale et orientale avançaient, les critiques ont visé les instruments mis en œuvre par la Commission européenne pour évaluer les progrès des pays candidats sur la voie de l'adhésion et sa manière de fixer les objectifs à atteindre par ces pays. Plusieurs voix se sont fait entendre pour faire valoir leur caractère ambigu (59) et leur fluidité (60), trop englobants et susceptibles d'interprétations diverses. Que leurs limites qualitatives et quantitatives n'aient pas été fixées dès le départ, c'est pourquoi l'adhésion est devenue pour les pays candidats une cible mouvante (61). La démocratie, les libertés fondamentales et l'État de droit sont, certes, des principes communs à tous les États membres mais, comme Nicolas Levrat le soulignait à l'époque, ils ne disposaient pas d'une traduction normative précise dans l'ordre juridique de l'UE, contrairement aux dispositions de nature économique (62).

Depuis, la substance de l'État de droit a gagné en clarté indirectement par le biais de la traduction de cet idéal en dimensions spécifiques de mise en œuvre (63). Pour renforcer l'État de droit dans le processus de transformation de l'État candidat à l'État membre, la notion a été essentiellement déclinée autour de l'indépendance de la justice, la création des Conseils de la justice, la lutte contre la corruption et la mise en place d'institutions

(58) N. LEVRAT, «Élargissement et consolidation démocratique?», in J.-M. DE WAELE (ed.), *Partis politiques et démocratie en Europe centrale et orientale*, Bruxelles, Éditions de l'Université, 2002, p. 194.

(59) H. GRABBE, «European Union Conditionality and the Acquis communautaire», *loc. cit.*, p. 250.

(60) J. HUGHES et G. SASSE, «Monitoring the Monitors. EU enlargement conditionality and minority protection in the CEECs», *Journal of Ethno politics and Minority Issues in Europe*, vol. 1, 2003, pp. 1-38.

(61) H. GRABBE, «European Union Conditionality and the Acquis communautaire», *loc. cit.*, p. 251.

(62) N. LEVRAT, «Élargissement et consolidation démocratique?», *op. cit.*, p. 194.

(63) K. NICOLAIDIS et R. KLEINFELD, «Rethinking Europe's 'rule of law' and enlargement agenda: the fundamental dilemma», *The Jean Monnet Working Papers Series*, vol. 12, 2012.

judiciaires stables (64), dimensions largement partagées par bon nombre d'organisations internationales et qui ont essentiellement guidé le processus d'élargissement.

Le nombre d'instruments censés contribuer à la consolidation de l'État de droit a proliféré, issus de débats entre experts et fonctionnaires tant nationaux qu'europeens (65) autour du choix et de l'usage des outils (66), des moyens d'opérer qui permettent de matérialiser l'action de l'UE. Ces instruments — conçus comme instruments «*soft*», tels que, par exemple, les programmes Taieix ou de jumelage, de nature à faciliter l'appropriation des normes par la socialisation, par l'apprentissage, l'appropriation et la mise en concordance des principes aux réalités nationales — ont laissé une grande marge de manœuvre aux destinataires tout en créant une obligation de résultat.

Le début des années 1990 est ainsi marqué par le développement d'un cadre institutionnel multi-niveaux pour le respect de l'État de droit dans l'Union européenne. Ce cadre réunissant des instruments souples — comme les programmes de jumelage — et d'autres plus contraignants — comme la conditionnalité liée à l'élargissement — a été complété par la procédure de l'article 7 TUE qui définit les étapes permettant de sanctionner le non-respect par un État membre des valeurs communes, y compris l'État de droit. L'article 7 n'a pas été épargné de critiques. Les débats autour de son éventuelle activation dans le contexte de l'avènement au pouvoir de la FPÖ en Autriche en 2000 ont mis en exergue son caractère perfectible. Le texte de cet article (F.1 dans le Traité d'Amsterdam) soulevait des questions quant à la définition «de l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre de principes énoncés à l'article F», préalable à son activation (67). À cela, il était souvent souligné que le dispositif institutionnel mis en place n'a pas été élaboré pour être utilisé, mais plutôt comme cadre dissuasif. Afin de répondre à certaines critiques formulées à l'égard de son caractère

(64) R. COMAN, *Réformer la justice*, *op. cit.*

(65) E. TULMETS, «The management of new forms of governance by former accession countries: Institutional twinning in Estonia and Hungary», *European Law Journal*, vol. 11, n° 5, pp. 657-674.

(66) P. LASSOUMES et P. LE GALES, *Gouverner par les instruments*, Presses de Science Po, 2005.

(67) J. H. WEILER, «In the Face of Crisis: Input Legitimacy, Output Legitimacy and the Political Messianism of European Integration», *Journal of European Integration*, 2012, vol. 34, n° 7, pp. 825-41 ; R. COMAN, «Protecting the Rule of Law and the State of Democracy at the Supranational level: Political Dilemmas and Institutional Struggles in Strengthening EU's Input, Output and Throughput Legitimacy», in L. TOMINI et G. SANDRI (eds), *Challenges of Democracy in the 21st century*, Routledge, 2018.

incomplet, ce cadre institutionnel a été complété par le Traité de Nice par l'ajout d'une disposition quant à la constatation par le Conseil européen à l'unanimité d'une «violation grave et persistante» par un État des valeurs sur lesquelles l'UE se fonde. Depuis 2014, un cadre plus large a été mis en place (68) pour des déficiences de nature systémique (69) — préliminaire à l'activation de l'article 7 — dénommé «Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit» (70), qui repose à son tour sur d'autres outils et instruments de nature à mieux cerner la situation dans les différents États membres, comme le tableau de bord de la justice, le Semestre européen et, depuis 2020, le rapport annuel sur l'État de droit. À cela s'ajoute le règlement concernant le régime de conditionnalité pour la protection du budget de l'UE, proposé par la Commission en 2018 et approuvé par le Conseil et le Parlement européen en décembre 2020 (71). Ce règlement, dont le cheminement a été long et incertain en raison de l'opposition de certains États membres, rappelle l'importance de l'État de droit et de l'indépendance de la justice pour l'UE. Il est stipulé que «l'État de droit exige que toutes les puissances publiques agissent dans les limites fixées par la loi, conformément aux valeurs de démocratie et au respect des droits fondamentaux tels que stipulés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et autres instruments applicables, et sous le contrôle de tribunaux indépendants et impartiaux. Il exige en particulier que les principes de légalité, impliquent un processus législatif transparent, responsable, démocratique et pluraliste ; le respect de la sécurité juridique ; l'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs exécutifs ; une protection judiciaire efficace, y compris l'accès à la justice, par des tribunaux indépendants et impartiaux ; et la séparation des pouvoirs». Le texte du règlement revient indirectement

(68) D. KOCHENOV et L. PECH, «Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation», *Journal of Common Market Studies*, 2016, vol. 54, n° 5, pp. 1062-74.

(69) A. VON BOGDANDY et M. IOANNIDIS, «Systemic Deficiency in the Rule of Law: What it is, What Has Been Done, What Can Be Done», *Common Market Law Review*, 2014, vol. 51, pp. 59-96.

(70) Commission européenne, «Communication de la Commission européenne au Parlement et au Conseil. Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit», COM(2014) 158 final. Voy. aussi R. COMAN, «La défense de l'État de droit dans l'Union européenne. Un long processus de mise à l'agenda ou comment éviter l'activation de l'Article 7», in E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERGH, N. JONCHERAY et A. NAVASARTIAN (eds), *L'Europe au kaléidoscope — Liber Amicorum Marianne Dony*, Bruxelles, Éditions de l'Université, 2019, pp. 131-151.

(71) Regulation on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in Member States.



sur l'importance de cette transformation de l'État que l'appartenance à l'UE implique, en précisant :



«Once a candidate country becomes a Member State, it joins a legal structure that is based on the fundamental premiss that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, a set of common values on which the Union is founded, as stated in Article 2 TEU. That premiss implies and justifies the existence of mutual trust between the Member States that those values will be recognised and, therefore, that the law of the Union that implements them will be respected. The laws and practices of Member States should continue to comply with the common values on which the Union is founded».

Qui plus est, ce règlement apporte une modification importante au cadre existant car si l'article 7 requiert l'unanimité pour sanctionner le non-respect des valeurs par les États membres, ce règlement permet de suspendre à la majorité qualifiée l'octroi des fonds de l'UE quand les intérêts financiers de l'UE sont mis en danger.



Le cadre institutionnel mis en place est multidimensionnel et intègre un noyau dur — inscrit dans le traité à l'article 7 — entouré d'un réseau plus large, censé lui donner une légitimité par la participation d'acteurs variés afin de constater une menace systémique à l'État de droit dans un État membre qui requerrait l'activation de l'article 7 (72). Dans le domaine de l'État de droit, comme dans d'autres domaines de politique européenne, ce cadre institutionnel repose sur une approche par les réseaux (73), intégrant des acteurs issus de la *polity* européenne, associant d'une part les réseaux des acteurs de la justice de l'UE, l'OLAF, l'Office du procureur européen et qui s'étend au-delà, intégrant également les différents organes consultatifs du Conseil de l'Europe — comme la Commission de Venise, dont l'activité en matière de clarification normative du concept de l'État de droit a été très poussée ces dernières décennies.

Le cadre institutionnel de ce «gouvernement» — entendu ici non pas au sens institutionnaliste des organes chargés d'assurer cette fonction (74) mais comme «le produit d'un ensemble bien plus large d'activités sociales, aussi diverses que conflictuelles, qui contribuent à déterminer les rôles

(72) R. COMAN, «Protecting the Rule of Law and the State of Democracy at the Supranational level...», *op. cit.*

(73) R. COMAN, «Strengthening the Rule of Law at the Supranational Level: the Rise and Consolidation of a European Network», *Journal of Contemporary European Studies*, 2015, vol. 24, n° 1, pp. 171-188, <http://dx.doi.org/10.1080/14782804.2015.1057482>.

(74) A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, p. 56.

institutionnels européens, les groupes d'acteurs habilités à les occuper et les compétences tenues pour nécessaires afin de prendre part à leur fonctionnement» (75) — est le résultat de conflits entre des acteurs qui cherchent à faire valoir une certaine vision de l'intégration européenne: d'une part, les partisans d'une forme de supranationalisation accrue — à savoir un rôle renforcé des institutions supranationales en général et de la Commission européenne en particulier afin d'assurer le respect de l'État de droit — et, d'autre part, ceux favorables à la mise en place d'un cadre qui resterait sous le contrôle des États membres, dans une arène institutionnelle davantage intergouvernementale que supranationale, signe du retour de la prééminence des États dans la construction européenne (76).

Outre le développement des instruments variés, les institutions européennes — essentiellement la Commission et la Cour de justice — ont mis en exergue l'importance de l'État de droit et ses contours normatifs. D'une part, à titre d'exemple, la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil de 2014, est un exercice en ce sens (77). D'autre part, quant à la notion d'indépendance de la justice, «la Cour de justice a trouvé dans l'article 19, § 1^{er}, alinéa 2, du traité sur l'UE le sésame lui permettant d'ouvrir une porte pour venir à la rescousse des juges nationaux dont l'indépendance est menacée» (78). Si l'État de droit a toujours occupé une place centrale dans la jurisprudence, depuis quelques années force est de constater qu'il fait l'objet d'une protection accrue de la part de la Cour de justice (79). Comme affirmé par la Cour, l'indépendance de la justice

(75) *Ibid.*, p. 20.

(76) Les lignes de conflits entre acteurs politiques, judiciaires et entre experts ont été mises en exergue par R. COMAN, «Values in EU Governance: How and Why do Political and Social Actors Stand for the Rule of law?», *op. cit.*

(77) J. JOWELL, «The rule of law and its underlying values», *op. cit.* Ces principes ont été également consacrés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, voy. par exemple CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, point 63; CJCE, arrêt du 12 novembre 1981, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Srl Meridionale Industria Salumi and others Ditta Italo Orlandi & Figlio and Ditta Vincenzo Divella v Amministrazione delle finanze dello Stato*, EU:C:1981:270 ou encore CJUE, arrêt du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, C-64/16, EU:C:2018:117.

(78) C. RIZCALLAH et V. DAVIO, «L'article 19 du Traité sur l'Union européenne: sésame de l'Union de droit. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'indépendance des juges nationaux», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, pp. 155-185.

(79) L. BLATIERE, «La protection évolutive de l'État de droit par la Cour de justice de l'Union européenne», *op. cit.*

découle de l'article 19 ; à cela s'ajoute l'article 47 de la Charte, qui consacre le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable.

II. — Le clash des paradigmes ? La critique de la démocratie libérale et de l'État de droit

On pensait au début des années 1990 que «la marche vers la démocratie en Europe centrale et orientale était aussi sûre que naturelle» (80). Avant l'adhésion à l'UE, la mise en œuvre des réformes visant à consolider l'État de droit au niveau national s'est déroulée sans contestation politique majeure, à l'exception de la Roumanie, où en 2003-2004 le gouvernement social-démocrate n'a accepté qu'à contrecœur de limiter les pouvoirs du politique sur la justice (81). Le consensus autour des valeurs qui semblait unir les élites politiques des États membres et des pays candidats dans les années 2000 était pourtant fragile. Des formes de résistance à ce processus se sont manifestées avant même l'adhésion à l'UE. Depuis 2010, les lignes de faille se sont accentuées. L'Ouest, qui a longtemps exercé un pouvoir d'attraction, est devenu la cible des critiques car présenté comme source de dégradation des «vraies valeurs» (82). Les critiques se sont multipliées tant à l'Est qu'à l'Ouest, émanant d'un large éventail de partis politiques, affichant des couleurs politiques variées, souvent présentés sous un label commun, le populisme (83). Bien que différents, ces partis ont un point en commun : la critique de l'ordre politique établi après 1989 (84) au nom de la souveraineté nationale (85) et le rejet du libéralisme, entendu comme ensemble de valeurs, comme mode de gouvernance et éthos culturel (86).

(80) G. MINK, «L'Europe centrale à l'épreuve de l'autoritarisme», *Politique étrangère*, 2016/2 (été), pp. 89-101.

(81) R. COMAN, *Réformer la justice*, *op. cit.*

(82) Fr. FORET et O. CALLIGARO (eds), *European Values. Challenges and Opportunities for EU governance*, *op. cit.*

(83) J. ZIELONKA, *Counter-Revolution. Liberal Europe in Retreat*, OUP, 2018, p. 9 ; B. BUGARIC et A. KUHELJ, «Varieties of Populism in Europe: Is the Rule of Law in Danger?», *Hague Journal on the Rule of Law*, 2018, vol. 10, pp. 21-33.

(84) J. ZIELONKA, *Counter-Revolution. Liberal Europe in Retreat*, *op. cit.*, p. 9.

(85) R. COMAN et C. LECONTE, «Contesting EU authority in the name of European identity: the new clothes of the sovereignty discourse in Central Europe», *op. cit.*, pp. 855-870.

(86) J. ZIELONKA, *Counter-Revolution. Liberal Europe in Retreat*, *op. cit.*, p. 24.

A. — UN NOUVEAU RÉCIT ET UNE NOUVELLE CONCEPTION DU POUVOIR

Depuis l'arrivée au pouvoir du Fidesz en Hongrie et du PiS en Pologne, les régimes politiques de ces deux pays ont profondément évolué. Tant le PiS que le Fidesz visent une transformation radicale de la société qui repose sur un discours de légitimation au centre duquel se trouvent de nouveaux récits. Les récits sont des histoires causales invoquées comme moyens de représentation de la réalité et comme schémas explicatifs pour rendre compte des phénomènes sociaux et politiques (87). Les récits au cœur des stratégies de légitimation du PiS et du Fidesz mettent en exergue l'échec des processus de démocratisation et d'européanisation depuis 1990. Trois récits principaux peuvent être identifiés. Le premier attribue la responsabilité de la situation politique nationale aux « communistes et libéraux corrompus », présentés comme des « agents de l'ordre capitaliste-mondial dominant ». Le second s'est imposé comme une critique du capitalisme occidental et des élites libérales ; il embrasse la forme de « nationalisme économique militant » (88). Il favorise une plus grande indépendance vis-à-vis de l'UE et d'autres organisations internationales et considère le processus de transformation entraîné par l'intégration de l'UE comme une cause des problèmes nationaux actuels. Le troisième porte sur la crise de la civilisation occidentale et la nécessité d'une redécouverte des valeurs morales (89), des valeurs traditionnelles et du peuple. « Le renouveau spirituel » de la démocratie (90) est souvent mis en exergue tant par le PiS que par le Fidesz, qui déplorent le déclin des valeurs traditionnelles et nationales menacées par le « politiquement correct » (91) et l'usage du droit pour l'affirmation des droits de l'homme. Ces récits reposent également sur la moralisation du conflit politique, la polarisation excessive de la société et un discours centré

(87) C. RADAELLI, « Logiques de pouvoir et récits dans les politiques publiques de l'Union européenne », *Revue française de science politique*, 2000, vol. 50, n° 2, pp. 255-275.

(88) D. BOHLE et B. GRESKOVITS, « Politicising embedded neoliberalism: continuity and change in Hungary's development model », *West European Politics*, 2019, vol. 42, n° 5, pp. 1069-1093 (1075).

(89) A. FABRY, *The Political Economy of Hungary. From State Capitalism to Authoritarian Neoliberalism*, Palgrave MacMillan, 2019, p. 118.

(90) A. BOZOKI, « Consolidation of Second Revolution? The Emergence of the New Right in Hungary », *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, 2008, vol. 24, n° 2, p. 213.

(91) V. BEHR, « Le tyran démocratique découvre le théoricien polonais du néonationalisme », <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/02/02/le-tyran-democratique/>; voy. aussi V. BEHR, « From Anticommunism to Antiliberalism. Polish Conservative intellectuals' involvement in the transnational circulation of ideas », in E. HALAS (ed.), *Politics of Symbolization Across Central and Eastern Europe. Strategies, Conflicts, Solutions*, Peter Lang (Studies in Sociology: Symbols, Theory and Society).

essentiellement sur des émotions et des sentiments de dignité et de fierté tout comme sur des obligations morales qui visent à démanteler certaines obligations légales.

La critique de la démocratie libérale très présente dans les discours du PiS et du Fidesz repose sur des travaux issus des milieux conservateurs polonais et hongrois, comme par exemple, ceux de Ryszard Legutko (92), professeur de philosophie et membre du PiS, ancien ministre de l'Éducation en Pologne, membre du Parlement européen, qui « a joué un rôle important dans l'essor de la pensée politique conservatrice en Pologne depuis 1980 » (93), contribuant à la confection des programmes politiques de la droite conservatrice dans le pays (94). Dans son livre *The Demon in democracy*, Legutko présente la démocratie libérale comme un danger tout aussi puissant que le communisme dans la mesure où les deux détruisent les valeurs nationales pour créer un ordre politique post-national (95).

En Hongrie, Viktor Orban, tout comme ses homologues polonais, a fédéré autour de lui une série d'intellectuels, comme par exemple András Láncki, professeur de philosophie politique à l'Université Corvius à Budapest, qui contribuent à la légitimation du pouvoir en place. Outre les discours politiques ancrés dans des idées conservatrices européennes et non européennes (96), tant le gouvernement polonais que le gouvernement hongrois procèdent à la reconfiguration des relations État-société et des liens avec la société civile avec la volonté de réécrire l'histoire, de même que le droit et la conception du droit au sein de la société. La critique de la démocratie libérale ne se limite pas uniquement à cette production idéologique florissante, elle s'inscrit dans un phénomène plus large, comme démontré par Aron Buzogány et Mihai Varga (97).

D'une part, en Hongrie, après huit ans dans l'opposition, le Fidesz a remporté les élections en 2000 avec un programme politique « contre le

(92) R. LEGUTKO, *The demon in democracy: Totalitarian temptations in free societies*, Encounter Books, 2016.

(93) Voy. l'analyse de V. BEHR, « Le tyran démocratique découvre le théoricien polonais du néonationalisme », *op. cit.*

(94) Pour une fine analyse du rôle des intellectuels polonais dans la production idéologique du PiS, voy. V. BEHR, « From Anticommunism to Antiliberalism. Polish Conservative intellectuals' involvement in the transnational circulation of ideas », *op. cit.*

(95) *Ibid.*

(96) *Ibid.*

(97) A. BUZOGANY et M. VARGA, « The Ideational Foundations of the Illiberal Backlash in Central and Eastern Europe: The Case of Hungary », *Review of International Political Economy*, 2018, vol. 25, n° 6, pp. 811-28.

libéralisme et l'individualisme», «étrangers à la culture politique nationale» (98) selon le parti. «La démocratie libérale n'a pas d'avenir», a fait valoir Viktor Orbán. En 2014, à Baile Tuznad en Roumanie, il a annoncé son ambition de construire une «démocratie illibérale», expression utilisée pour rejeter le paradigme libéral occidental.

«Le nouvel État que nous construisons est un État illibéral, un État non libéral. Ce type d'État ne nie pas les valeurs fondamentales du libéralisme, comme la liberté, etc. Mais il ne fait pas de cette idéologie un élément central de l'organisation étatique; il s'agit de mettre en œuvre une approche spécifique, nationale et particulière à sa place» (99).

Cette déclaration a reçu une attention considérable dans les milieux académiques, les chercheurs rappelant qu'«illibéral» signifie que «les régimes démocratiquement élus, souvent ceux qui ont été réélus ou réaffirmés par référendum, ignorent régulièrement les limites constitutionnelles de leur pouvoir et privent leurs citoyens des droits fondamentaux» (100). Cet ample processus de transformation est mené par Viktor Orbán au nom d'une démocratie qui serait «illibérale» (101), un oxymore, qui implique une conception majoritaire du pouvoir, le rejet du pluralisme et du multiculturalisme, la polarisation de la société entre «nous» et «eux», une forme de nationalisme économique ainsi que la contestation des organisations internationales/régionales et de l'UE au nom de la souveraineté nationale. Selon Lacroix, la démocratie «illibérale» est précisément une démocratie qui attaque le libéralisme, non pas au nom de l'extension des droits de tous, mais en vue de les restreindre (102). Or, il n'existe pas de démocratie sans droits: «La démocratie sans droits, c'est la démocratie illibérale» (103). En d'autres termes, les régimes politiques qui refusent de promouvoir les droits de l'homme, l'indépendance du pouvoir judiciaire, la limitation du pouvoir gouvernemental et le pluralisme de l'opinion ne peuvent être décrits comme des démocraties.

(98) A. BUZOGANY, «Illiberal democracy in Hungary: authoritarian diffusion or domestic causation?», *Democratization*, 2017, vol. 24, n° 7, pp. 1307-1325 (1313).

(99) Le discours prononcé par Viktor Orbán en 2014 à Baile Tuznad est disponible ici <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tuznad-tuznadfurdo-of-26-july-2014/>.

(100) F. ZAKARIA, *The Future of Freedom — Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York, W. Norton and Company, Inc, 2007.

(101) Entretien avec le premier ministre Viktor Orbán, Kossuth Rádió, 5 juillet 2013.

(102) J. LACROIX, «The Decline of the European Union and the End of Human Rights», communication présentée en 2019 à Frankfurt.

(103) Y. MOUNK, *The People vs. Democracy. Why our freedom is in danger and how to save it*, Harvard University Press, 2018, p. 11.

D'autre part, le parti Droit et Justice (PiS) est arrivé au pouvoir avec un discours contre l'ordre politique installé après 1989, façonné par la transition post-communiste et l'adhésion à l'UE. Le PiS a cherché à obtenir un soutien électoral en unifiant les milieux conservateurs et en dénonçant la « trahison des élites libérales » qui ont transformé le pays en une « colonie occidentale ». Les frères Kaczynski ont participé à la table ronde lors de la transition vers la démocratie dans les années 1980 en Pologne. Le compromis obtenu lors de ces négociations n'est pour le PiS qu'« un compromis pourri » (104), qui a permis aux anciens communistes de se maintenir au pouvoir. Les premières années de la transition vers la démocratie — notamment l'adoption de la « Petite Constitution » en 1992 et de la Constitution de 1997, jugée « illégitime » — ont promu « des valeurs de gauche et libérales » (105). Droit et Justice s'est fait un nom en promettant « la fin des vestiges communistes en Pologne ». Pour ce faire, le parti a fortement soutenu la lustration (106), qui aurait été dans l'intérêt du parti et aurait empêché les anciens communistes d'occuper des postes clés dans les institutions de l'État, y compris dans le système judiciaire. La dénonciation de l'ordre politique en place vise également le fonctionnement du système judiciaire, le pouvoir des juges et leur rôle au sein de la société. En 2005, lorsque Lech Kaczynski est devenu le troisième président de la République, il a proposé une loi sur la lustration, imposant à l'élite politique polonaise de déclarer avoir ou non collaboré avec la police politique communiste, sous peine de licenciement. Cette proposition a été invalidée par la Cour constitutionnelle en mars 2007, jugée anticonstitutionnelle. L'attitude hostile du PiS envers la Cour n'était pas nouvelle. Au fil du temps, le PiS a développé un récit au centre duquel se trouve le droit comme un obstacle à la justice, critiquant l'autonomisation des tribunaux présentés comme des bastions de la corruption, du corporatisme des juges et du « fondamentalisme juridique » (107). La crise constitutionnelle de 2015 et la paralysie de l'activité du Tribunal constitutionnel ont été l'occasion pour le PiS d'affirmer sa volonté au détriment de la Constitution et de sa suprématie. Plus fondamentalement, le PiS dénonce le libéralisme compris « comme projet politique global, qui utilise

(104) T. TADEUSZ KONCEWICZ, « The Polish Constitutional Crisis and the Politics of Paranoia », *Verfassungsblog*, 2016.

(105) M. MATCZAK, « Why the Announced Constitutional Referendum in Poland is not a Constitutional Referendum after all », *Verfassungsblog*, 2017, vol. 5, n° 13.

(106) M. NALEPA, *Skeletons in the Closet. Transitional Justice in Post-Communist Europe*, Cambridge University Press, 2010, p. 129.

(107) P. BLOKKER, *New Democracies in Crisis? A comparative constitutional study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*, London and New York, Routledge, 2014.

le droit et les droits de l'homme pour politiser la société et soumettre la collectivité aux normes libérales» (108). Dans les deux cas, la légitimation du démantèlement de l'ordre politique post-1989 repose sur l'éloge de la différence au nom d'une expérience spécifique historique.

Les valeurs européennes occupent une place centrale dans cette stratégie narrative, tant le PiS que le Fidesz se présentant comme leurs «vrais défenseurs» (109). On remarque une stratégie qu'André Pierre Taguieff a conceptualisé comme «argument de rétorsion». Cette stratégie consiste à récupérer les références idéologiques de l'adversaire politique, tout en changeant leur signification pour qu'ils finissent par transmettre un message qui est le contraire de leur signification originale: «la rétorsion est un argument produisant deux effets corrélatifs: la délégitimation de l'adversaire, par le fait même de se légitimer au moyen de l'instrumentation discursive de celui-ci» (110). Il s'agit de la «reprise du discours de l'autre (...)», de «détournements des formes discursives», de la «réinscription dans un champ idéologique moyennant certaines pratiques de traduction inévitablement trahissant» et de «l'occupation du terrain idéologique de l'adversaire», par l'appropriation «exclusive de ses arguments, de ses mots, de ses références fondatrices, retournement de ses jeux de langage contre lui» (111).

B. — AU NOM DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE ET D'UNE CONCEPTION
RESTRICTIVE DU PEUPLE

Depuis 2015, le PiS cherche à remporter deux batailles: le rétablissement d'un État fort et le rétablissement de la souveraineté dans ses relations avec l'UE afin de permettre aux Polonais d'affirmer «leur culture, leurs traditions et leur fierté». Tel est le discours officiel, ces éléments se retrouvant invariablement dans les discours des membres du PiS, qu'ils soient membres du gouvernement ou du Parlement. Comme l'a déclaré Waldemar Andzel, membre du Sejm polonais: «le PiS s'est fixé comme objectif de réparer

(108) P. BLOKKER, «Populist Understandings of the Law: A Conservative Backlash?», article à venir dans *Participation and Conflict (PaCo)*, special issue on Judicial Populism: the Rule of the People against the Rule of Law (co-edited with Oscar Mazzoleni).

(109) R. COMAN et C. LÉCONTE, «Contesting EU authority in the name of European identity: the new clothes of the sovereignty discourse in Central Europe», *op. cit.*; voy. aussi V. BEHR, «From Anticommunism to Antiliberalism...», *loc. cit.*

(110) A.-P. TAGUIEFF, «L'identité nationale saisie par les logiques de racisation. Aspects, figures et problèmes du racisme différentialiste», *Mots*, vol. 12, mars 1986, n° spécial; S. BONNAFOUS et P.-A. TAGUIEFF (dir.), *Droite, nouvelle droite, extrême droite. Discours et idéologie en France et en Italie*, pp. 91-128.

(111) *Ibid.*, p. 75.

l'État et met en œuvre cet objectif étape par étape, en veillant à ce que la Pologne soit un État souverain, uni et fort» (112). Pour mettre pleinement en œuvre ce projet, la souveraineté nationale est invoquée, comprise comme capacité du gouvernement à contrôler les acteurs et les activités à l'intérieur et à l'extérieur de ses frontières, comme la capacité de l'État à prendre des décisions faisant autorité en dernière instance, capacité qui n'est pas seulement affaiblie par l'UE, selon le PiS, mais aussi par l'opposition et les institutions indépendantes en Pologne. Le PiS rejette d'autres conceptions possibles de la souveraineté telles que la souveraineté juridique ou la suprématie de la Constitution tout comme le concept de souveraineté partagée comme fondement de l'ordre politique de l'UE. Les lignes du conflit se situent ainsi à un double niveau : national, où le pouvoir de l'exécutif est davantage consolidé et européen, dans les relations avec le Parlement européen, la Commission et la Cour de justice. La souveraineté, souvent invoquée, renvoie aux idéaux d'indépendance, de liberté, d'autonomie et de capacité à décider de l'État tant dans son action interne qu'externe.

Ainsi, la «volonté du souverain» est censée légitimer les décisions contestées telles que les mesures controversées et critiquées par l'UE concernant l'organisation et le fonctionnement du pouvoir judiciaire. La volonté du peuple est un argument puissant dans cette rhétorique, mais réduit la démocratie à une seule dimension : les élections (113). Bien que la souveraineté parlementaire soit invoquée par le gouvernement, en réalité le pouvoir est concentré entre les mains du chef du parti. Le vrai lieu du pouvoir est Nowogrodzka, la rue où se trouve le siège du PiS et de son leader, Jarosław Kaczyński, à Varsovie (114). Qui plus est, depuis octobre 2020, Jarosław Kaczyński est devenu Vice-premier ministre du gouvernement pour superviser l'action dans le domaine de la Justice, de la Défense et de l'Intérieur, l'objectif étant, selon Mateusz Morawiecki, «d'harmoniser certaines activités au sein des divers ministères» mais aussi «de défendre les valeurs polonaises et européennes» (115).

De même, après sa victoire aux dernières élections de 2018, Viktor Orbán a souligné l'importance de ce vote pour l'expression de la souveraineté nationale, réduite tout comme en Pologne, à une seule dimension, le vote : «Les résultats montrent clairement (...) que les Hongrois ont décidé qu'eux

(112) Débat au sein du Sejm le 7 juillet 2016.

(113) W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breckdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 8.

(114) *Ibid.*

(115) *Le Courrier d'Europe centrale*, «En Pologne, le retour formel de Jaroslaw Kaczyński dans l'arène du pouvoir», le 1^{er} octobre 2020.

seuls pouvaient décider avec qui ils veulent vivre en Hongrie et le gouvernement s'en tiendra à cette position» (116), a déclaré le premier ministre hongrois qui a fait de l'immigration sa priorité gouvernementale première. Il s'agit, comme dans le cas polonais, de la concentration du pouvoir par le biais de moyens constitutionnels ou anticonstitutionnels afin de regagner la souveraineté perdue, mettre en place un État fort et transformer l'UE de l'intérieur pour mettre en place «une Europe des nations».

C. — MÉCANISMES DE DÉLÉGITIMATION DE L'ORDRE POLITIQUE EN PLACE

Depuis 2010, le débat autour de l'État de droit s'est intensifié, à la suite des mesures adoptées par les gouvernements polonais et hongrois visant la limitation de l'indépendance des juges, clé de voûte de la construction européenne, mais qui est considérée dans ces deux pays comme un obstacle à la mise en place des promesses électorales conservatrices et controversées. Tant le PiS que le Fidesz ont tenté de légitimer la concentration du pouvoir et la subordination politique de la justice en recourant à de nombreuses stratégies institutionnelles comme l'abus de droit en Hongrie (117) ou des modalités non constitutionnelles en Pologne (118). À cela s'ajoutent des stratégies discursives, comme la délégitimation des acteurs supranationaux ou l'usage sélectif du droit comparé quand il s'agit d'invoquer différents modèles de démocraties ou différents modèles de mise en œuvre de l'indépendance de la justice. Mateusz Morawiecki, premier ministre polonais, déclarait devant le Parlement européen réuni en session plénière à Strasbourg en juillet 2018 : «Chaque pays de l'Union a le droit de modeler son propre système judiciaire, en accord avec ses propres traditions», au nom du pluralisme constitutionnel et du respect des identités nationales.

Si le premier ministre Morawiecki semble être peu ouvert à d'autres conceptions de la souveraineté et de l'État de droit, le ministre de la Justice de son gouvernement, Zbigniew Ziobro — plus à droite que la majorité des membres du PiS, qui a quitté le parti pour fonder Solidarna Polska —, est encore plus radical dans ses prises de position car pour lui dans les critiques de l'UE qui ont mené à l'activation en 2017 de l'article 7 par la

(116) *Reuters*, «Immigration et souveraineté plus que jamais au programme d'Orban», le 10 avril 2018.

(117) K. L. SCHEPPELE, «Autocratic Legalism», *The University of Chicago Law Review*, 2018, vol. 85, n° 2, pp. 545-84.

(118) W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

Commission européenne, «Il ne s'agit pas d'État de droit mais (...) d'une limitation radicale de la souveraineté» (119).

De même, la ministre de la Justice hongroise, Judit Varga, a sans cesse invoqué l'absence de définition de l'État de droit en réaction au rapport du Parlement européen qui a mené à l'activation de l'article 7 en 2018. Tant les représentants du PiS que du Fidesz dénoncent ainsi l'intrusion de l'UE dans les affaires internes du pays en invoquant la diversité des modèles existants, qui rendrait l'action de l'UE intrusive :

«En Hongrie, nous acceptons le principe “autant de maisons, autant d'habitudes”. Autant de pays, autant de régimes juridiques. Nous savons que ces régimes ne seront jamais identiques partout. Mais nous ne cherchons pas à déterminer comment doivent fonctionner les régimes juridiques ou les systèmes judiciaires dans les autres pays, par exemple en France. Nous respectons le droit des Français d'en décider. Il appartient aux Français de décider de l'organisation et du contrôle de leur système judiciaire» (120).

Si l'existence de ces modèles divers est bien établie et nullement contestée, c'est leur invocation comme source de légitimité afin de procéder à la concentration du pouvoir et à la transformation du régime politique dans un laps de temps limité qui soulève des interrogations.

Conclusion

Les dernières décennies, l'État de droit s'est trouvé au centre de l'action de l'UE. La définition graduelle de sa substance résulte de la conjonction de la constitutionnalisation des valeurs communes, ainsi que d'une double reconfiguration du pouvoir au niveau national et supranational et de la gouvernance par les instruments qui en découle. La jurisprudence de la Cour de justice de l'UE (121) — qui a statué que l'indépendance judiciaire et l'organisation du pouvoir judiciaire au niveau national ne relèvent pas de la compétence exclusive des États membres — joue également un rôle central dans la définition de la substance de ce principe (122). Néanmoins,

(119) *Le Courrier d'Europe centrale*, «Ziobro, le vengeur masqué de la droite dure polonaise», le 2 décembre 2020.

(120) *Le Point*, «Europe: Le mécanisme lié à l'État de droit est une absurdité juridique», entretien avec Judit Varga, le 2 décembre 2020.

(121) Voy. à ce sujet L. BLATIERE, «La protection évolutive de l'État de droit par la Cour de justice de l'Union européenne», *op. cit.*

(122) D. VLADIMIROVICH KOCHENOV et J. MORIJN, «Le rôle de la Charte dans la lutte pour l'État de droit au sein de l'Union européenne», *op. cit.*

cette protection évolutive et perfectible de l'État de droit au sein de la *polity* européenne n'a pas réduit les sources de conflit qu'elle était censée atténuer. Cela a donné lieu à une prolifération d'arguments et contre-arguments autour de l'État de droit et de la notion d'indépendance de la justice (123).

Condition *sine qua non* lors de l'élargissement vers les pays d'Europe centrale et orientale, l'État de droit s'est accompagné d'une panoplie d'instruments, de nature variée, souples ou contraignants. Inscrit dans les Traités et proclamé par la Charte des droits fondamentaux, l'État de droit s'est trouvé au cœur d'un double processus, d'intégration européenne et de transformation de l'État candidat en État membre. La gouvernance de l'État de droit par les instruments a contribué à l'émergence d'une politique en la matière et à la définition graduelle de sa substance. Incrémentale dans les années 1990, cette politique a connu des évolutions plus accélérées depuis 2000, en réaction aux transformations politiques observées en Pologne et en Hongrie, quand de nouveaux instruments ont vu le jour comme le tableau de bord de la justice, le Semestre européen, le cadre pour l'État de droit et plus récemment le rapport annuel établi par la Commission, examinant la situation dans l'ensemble des États membres. En 2020, ce cadre a été complété par un nouveau règlement qui prévoit la possibilité de suspendre les fonds européens en cas de non-respect de l'État de droit. Si l'article 7 TUE prévoit la suspension de certains droits de l'État concerné à l'unanimité au sein du Conseil européen, le nouveau règlement — qui voit le jour après de longues négociations menées par la Présidence tournante de l'Allemagne du Conseil avec les premiers ministres polonais et hongrois, opposés à ce mécanisme — permet la suspension des fonds à la majorité qualifiée. Ce règlement complète ainsi la boîte à outils dont les institutions de l'UE disposent pour faire respecter les valeurs inscrites à l'article 2 TUE.

Deux paradigmes s'affrontent. La gouvernance par l'État de droit développée par l'UE se heurte à une conception de la politique qui vise la mise en place d'un État fort, la centralisation du pouvoir, la subordination de la justice à la politique afin de démanteler l'ordre politique établi après 1989, rejetant le pluralisme et le multiculturalisme et promouvant une vision restrictive des droits. À la souveraineté partagée de l'UE, le Fidesz et le PiS opposent une conception de la souveraineté de l'État au nom d'une conception restrictive du peuple. À l'État de droit, principe d'organisation politique censé pacifier les conflits, le PiS oppose un discours qui s'érige

(123) A. VAUCHEZ, «We, the Independents. Europe's Independent Branch and the Rising Conflicts of Sovereignty», Draft Paper for the Conference "Conflicts of Sovereignty in the European Union", 18-19 novembre 2020, Université libre de Bruxelles.

contre le droit et la justice, vus comme obstacles à la mise en place d'un programme politique conservateur, qui limite les droits. Ces mécanismes de délégitimation ne visent pas seulement le projet d'intégration européenne mais aussi l'ordre politique mis en place au niveau national depuis 1989.

Principales décisions citées

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

CJCE, arrêt du 12 novembre 1981, *Amministrazione delle finanze dello Stato v Srl Meridionale Industria Salumi and others Ditta Italo Orlandi & Figlio and Ditta Vincenzo Divella v Amministrazione delle finanze dello Stato*, EU:C:1981:270.

CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236.

CJUE, arrêt du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, C-64/16, EU:C:2018:117.