COLLECTION
DÉBATS ET DOCUMENTS
OCTOBRE 2021

22

L'ÉTAT DE DROIT SUPRANATIONAL COMME PREMIER PRINCIPE DE L'ESPACE PUBLIC EUROPÉEN

UNE UNION TOUJOURS PLUS ÉTROITE ENTRE LES PEUPLES D'EUROPE MISE À L'ÉPREUVE ?

TOMASZ TADEUSZ KONCEWICZ

FONDATION
JEAN MONNET
POUR L'EUROPE

L'ÉTAT DE DROIT SUPRANATIONAL COMME PREMIER PRINCIPE DE L'ESPACE PUBLIC EUROPÉEN

UNE UNION TOUJOURS PLUS ÉTROITE ENTRE LES PEUPLES D'EUROPE MISE À L'ÉPREUVE ?

TOMASZ TADEUSZ KONCEWICZ

Référence bibliographique

Koncewicz, Tomasz Tadeusz : *L'État de droit supranational comme premier principe de l'espace public européen. Une union toujours plus étroite entre les peuples d'Europe mise à l'épreuve ?* Lausanne, Fondation Jean Monnet pour l'Europe, Collection débats et documents, numéro 22, octobre 2021.

Les points de vue et opinions exprimés dans le présent texte sont ceux de l'auteur et n'engagent pas la Fondation en tant qu'institution.

La présente publication prolonge la communication de Tomasz Tadeusz Koncewicz délivrée lors du colloque organisé par la Fondation Jean Monnet pour l'Europe les 28 et 29 mars 2019 sur le thème « L'Europe dans le monde ».

« De même, je suis heureux de saluer mon amie la professeure Bettina Hummer de la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne qui a d'abord eu l'idée de m'inviter à prendre la parole lors du colloque de la Fondation Jean Monnet en 2019. Je remercie Dr Gilles Grin Directeur de la Fondation Jean Monnet pour son aimable invitation à rejoindre la liste des orateurs de ce colloque ainsi que pour ses encouragements à publier la présente analyse. »

© 2021 – Fondation Jean Monnet pour l'Europe, Lausanne

Tous droits réservés pour tous pays

Le Professeur Tomasz Tadeusz Koncewicz est diplômé en droit des universités de Wrocław (Pologne) et d'Édimbourg (Écosse). Il dirige le Département de droit européen et d'études juridiques comparées de l'Université de Gdańsk en Pologne. Outre ses activités académiques, il est membre du Conseil de la Fondation Jean Monnet pour l'Europe à Lausanne. Il est membre du conseil de programme des archives d'Osiatynski[1] et membre de l'équipe de conseillers du maréchal du Sénat de la République de Pologne pour le contrôle de la constitutionnalité du droit. Il siège au comité de rédaction de l'Oxford Encyclopaedia of EU law.

Dans les années 2015-2016, il a été professeur invité Fulbright à l'Université de Californie à Berkeley, où il a mené des recherches et donné des conférences consacrées au droit constitutionnel comparé. En 2017, il a été invité à occuper le poste de professeur invité à la Radzyner School of Law du Centre interdisciplinaire d'Herzliya, où il a donné des conférences sur le système européen de protection judiciaire. Il a été le premier Polonais et le deuxième chercheur venant d'Europe centrale et orientale à remporter le LAPA Crane Fellow dans le programme en droit et affaires publiques de l'Université de Princeton[2]. En 2019, il était Fernand Braudel Fellow à l'Institut universitaire européen de Florence. En 2020, il est élu ambassadeur des Congrès polonais. Il est l'auteur de plus de 300 publications et de 11 livres en polonais et en anglais sur le droit de l'UE, le droit constitutionnel, la procédure des droits de l'homme, la transformation systémique des pays d'Europe centrale et orientale, la consolidation démocratique, l'État de droit, le contrôle judiciaire et la crise des valeurs de l'Union européenne. Plus récemment, il a publié *La philosophie de la justice européenne.*

1 https://archiwumosiatynskiego.pl/autor/tomasz-t-koncewicz/link

2 https://lapa.princeton.edu/fellowships/previous-fellows/2017-2018

Sur l'évolution des fondements de l'ordre juridique de l'UE (Wolters Kluwer, 2020). Il est avocat spécialisé dans le contentieux stratégique devant les juridictions européennes. Dans le passé, il était référendaire à la Cour de justice de l'UE à Luxembourg. Il a également été conseiller juridique chargé du droit européen et des droits de l'homme au sein de l'équipe d'analyse et d'études au Bureau du Tribunal constitutionnel.

Cet essai[3] soutient que la soi-disant réforme du système judiciaire polonais a déclenché un changement de paradigme dans la jurisprudence de la Cour de justice européenne. En réponse aux saisines des tribunaux polonais et en statuant sur les recours en manquement introduits par la Commission, la Cour de justice a été prise à partie et est restée fidèle à son mandat ; pour reprendre les termes de l'ancien juge de la Cour C. Kakouris : sa « mission » consiste à garantir « la légalité supranationale » dans le domaine de l'application et de l'interprétation du droit communautaire.

En insistant sur le concept d'État de droit en tant que valeur partagée de l'espace juridique européen et en expliquant ce qui compose l'État de droit supranational, la Cour a fait respecter les engagements des États membres qui ont toujours été implicites dans la conception constitutionnelle de l'ordre juridique européen. Toutefois, si cette jurisprudence émergente en matière d'État ajoute de nouvelles couches constitutionnelles à la communauté de droit, les questions relatives à son potentiel de réforme, à sa portée et à sa signification dépassent clairement le cadre de la salle d'audience et mettent en avant les questions existentielles de méga-politique, d'identité et d'appartenance.

---

3 Ce document rassemble différents volets de mes recherches qui couvrent le temps passé en tant que LAPA Fellow à l'Université de Princeton (2017-2018 ; https://lapa.princeton.edu/content/welcome-2017-2018-lapa-fellows) et en tant que Fernand Braudel Fellow à l'Institut universitaire européen de Florence (2019 ; https://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/People/Fellows/FBF/Tomasz-Tadeusz-Koncewicz). Pour d'autres références, voir la note 7 ci-dessous. Chacun de ces établissements et cadres universitaires uniques a enrichi l'analyse à sa propre manière, et je me sens privilégié de reconnaître ici cette contribution. J'aimerais mentionner le financement reçu du programme de recherche et d'innovation Horizon 2020 de l'Union européenne dans le cadre de la convention de subvention n° 770142, projet RECONNECT - Réconcilier l'Europe avec ses citoyens par la démocratie et l'État de droit. Je suis à jamais reconnaissant au professeur Martin Shapiro pour son amitié, son inspiration et nos nombreuses conversations que nous avons eues au fil des ans sur les thèmes abordés ici. La clause de non-responsabilité habituelle s'applique.

Table des matières

Prologue – La crise de l'État de droit : si vous vous concentrez sur les *bateaux*, vous raterez le *voyage* 11

I. Pour poser le décor : d'un *ressentiment* à la *politique du ressentiment* 18

II. L'Union européenne et le recul démocratique (*democratic backsliding*) 27
1. L'erreur d'origine de conception constitutionnelle 27
2. Le recul démocratique 31
3. Comprendre le recoupement consensuel européen 35

III. Défendre le recoupement consensuel européen. Sur la promesse et les limites de la salle d'audience 46
1. La méthode 48
2. Le thème : « Union de droit » 52
3. Méthode judiciaire : jusqu'où peut-elle aller ? Sur les promesses, et aussi sur les limites 55
4. Faire le bilan et aller de l'avant : qu'est-ce qui est essentiel dans l'ordre juridique européen ? 58

IV. L'État de droit comme premier principe implicite de l'ordre juridique européen 63

Epilogue ou nouveau *Prologue :* regarder au-delà de la salle d'audience. Rencontrer le voyage 74

Bibliographie sélective 82

Déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse
plus étroite entre les peuples européens.
Préambule du traité instituant
la Communauté économique européenne

Selon l'article 164, le droit écrit du traité a au-dessus de lui
le Droit avec un D majuscule, le Droit non-écrit, l'Idée du droit.
Et la Cour doit assurer le respect de ce Droit.
C. Kakouris [4]

---

4 C. Kakouris, *La Cour de justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle : Trois Observations* (in :) *Festschrift für Ulrich Everling,* O. Due, M. Lutter, J. Schwarze (eds.), Baden-Baden 1995, p. 632.

Prologue – La crise de l'État de droit : si vous vous concentrez sur les *bateaux*, vous raterez le *voyage*

Aussi importantes et dévastatrices que soient la crise du Brexit et la crise financière, elles restent des crises de gouvernance et de structure institutionnelle. L'argument du présent essai est de dire qu'aucune de ces crises ne porte un coup aussi mortel à l'édifice européen que la crise durant laquelle un seul État membre bafoue les valeurs de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme, valeurs présumablement communes à l'Union européenne et à ses États membres (article 2 du traité sur l'Union européenne, ci-après « TUE »)[5].

Avec la montée des politiques de ressentiment, nous n'avons pas affaire à un énième gouvernement voyou qui fait fi de ses obligations conventionnelles. Au contraire, nous sommes confrontés à un gouvernement qui remet en cause le fondement même de l'intégration européenne, de la démocratie libérale, et qui la sape de l'intérieur[6].

5 H. Labayle, *Winter is coming ; l'État de droit devant des institutions de l'Union : remarques sur les crises polonaises en hongroises,* (2018), 3e Revue trimestrielle de droit européen 485 ; V. Reveillere, *L'Etat de droit : le concept au travail en droit de l'Union européenne,* (2019) 1re Revue trimestrielle de droit européen 17.

6 Pour une analyse détaillée et d'autres références, voir K.L. Scheppele, L. Pech, *Illiberalism Within : Rule of Law Backsliding in the EU,* « Cambridge Yearbook of European Legal Studies » 2017/19, p. 3.
Voir aussi T.T. Koncewicz, *Democratic backsliding and the European Constitutional Design in Error : When will How meet Why ?* (https ://verfassungsblog.de/the-democratic-backsliding-and-the-european-constitutional-design-in-error-when-how-meets-why) et l'analyse infra (30.04.2020).

Le cas polonais de régression démocratique occupe une place particulière dans les annales de l'Union européenne[7]. L'adoption de la Constitution[8] en Pologne a sapé l'idée même d'une Europe liée par des valeurs (prétendument) communes d'État de droit, de démocratie et de droits de l'Homme et sous-tendue par le libéralisme, la tolérance, le « vivre ensemble » et le « plus jamais de constitutionnalisme ». La contre-révolution polonaise a remplacé ces principes fondateurs par une politique à somme nulle, une vision du « nous contre eux » et un récit constitutionnel concurrent de désaccord fondamental sur les valeurs[9]. Elle a proclamé que « Nous, les peuples européens » ne sommes pas prêts à vivre ensemble dans un régime constitutionnel pluraliste. Les différences ont pris le pas sur les points communs.

Cet essai vise à contextualiser ces développements. Il soutient que la soi-disant réforme du système judiciaire polonais a déclenché un changement de paradigme au Kirchberg[10]. En réponse aux saisines des tribunaux polonais et en statuant sur les recours en manquement introduits par la Commission, la Cour de justice (ci-après dénommée « la Cour ») a été prise à partie et est restée fidèle à son mandat, à savoir – pour reprendre les termes évocateurs de l'ancien juge de la Cour Constantinos Kakouris – « une mission » d'assurer la légalité supranationale dans le domaine d'application du droit communautaire.

7 Voir, en général, M. Wyrzykowski, *Antigone in Warsaw* (in :) *Human Rights in Contemporary World. Essays in Honour of Professor Leszek Garlicki*, M. Zubik (ed.), Warsaw, 2017 ; W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland) : A Case Study of Anti- Constitutional Populist Backsliding*, "Sydney Law School Research Paper" 2018/1 ; W. Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal under PiS : From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, "Hague Journal on the Rule Law" 2018/11, p. 63 ; J. Zajadło, *Constitution-hostile Interpretation*, "Przegląd Konstytucyjny" 2018/2.

8 J.-W. Müller, *Rising to the challenge of constitutional capture. Protecting the rule of law within EU member states*, https ://www.eurozine.com/rising-to-the-challenge-of-constitutional-capture/. Voir également l'analyse *infra*.

9 T.T. Koncewicz, *The Polish Counter-Revolution Two and a Half Years Later : Where Are We Today ?*, https ://verfassungsblog.de/the-polish-counter-revolution-two-and-a-half-years-later-where-are-we-today/.

10 Les bâtiments de la Cour de justice de l'UE se trouvent sur le plateau dit du Kirchberg à Luxembourg

Il ne fait aucun doute que si cette jurisprudence émergente en matière d'État de droit ajoute des couches constitutionnelles à la communauté de droit, son potentiel de réforme et son importance vont clairement au-delà de la salle d'audience. Les affaires jugées jusqu'à présent par la Cour l'ont obligée à faire preuve d'imagination, tout en suscitant d'importantes questions et interrogations sur l'identité et l'appartenance qui doivent être sérieusement prises en compte.

Pour commencer, cependant, il faut être très clair sur le fait que tout ne doit pas être regroupé sous l'étiquette très controversée de « crise de l'État de droit »[11]. Il ne s'agit pas de désaccords bien intentionnés entre des démocrates raisonnables sur la meilleure façon de mettre en œuvre un élément technique du droit communautaire. Il y a une différence catégorique entre un manque de mise en œuvre du droit communautaire et/ou une ingérence dans les droits des citoyens de l'UE et le rejet de l'autorité de la Cour en la matière, qui s'illustre par la mise au pilori de juges nationaux que l'on pointe du doigt pour avoir fait part à la Cour de décisions préjudicielles, ces mêmes juges étant la cible de campagnes de haine s'ils ont osé dire « Non » à de telles pratiques d'intimidation et de peur. Ce rejet de l'autorité de la Cour prive les juges nationaux de tout sens pratique du mandat européen.

11 Les arguments présentés ici s'inspirent de T.T. Koncewicz, *The existential jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. An essay on the judicial incrementalism in defence of European First Principles* (in :) K. Szczepanowska-Kozłowska (ed.), *Profesor Marek Safjan znany i nieznany. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin*, Warsaw 2019 ;
Understanding the politics of resentment : of the principles, institutions, counter-strategies, normative change and the habits of heart, "Indiana Journal of Global Legal Studies" 2019/26, p. 501 ;
The politics of resentment and first principles in the European Court of Justice (in :) F. Bignami (ed.), EU in Populist Times. Crises and Prospects, Cambridge University Press 2020 ;
The Democratic backsliding in the European Union and the challenge of constitutional design (in :) X. Contiades, A. Fotiadou (eds.), Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change, Routledge 2020.
En polonais, voir les chapitres I et V de *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości. O ewolucji podstaw unijnego porządku prawnego*, Warsaw 2020.

Ce sont précisément ces exemples extrêmes de violations de l'État de droit qui exigent, et continueront d'exiger que l'on explicite le cœur de l'État de droit de l'UE. Exclure les décisions arbitraires doit constituer la raison d'être de cette Union, et doit être largement accepté[12]. Cela se traduirait par la construction d'un noyau de principes partagés par tous et la mise en avant d'éléments constitutifs qui étaient autrefois implicites. Ces principes, non négociables, font partie du consensus initial qui avait réuni les États membres. Si ce noyau de principes ne peut être accepté et appliqué en temps de crise, le projet d'intégration lui-même se verrait sapé et perdrait de son éthique.

Si l'engagement de tous les acteurs impliqués dans le projet européen est absolument crucial, la crise de l'État de droit que nous vivons à l'heure actuelle démontre que ce principe n'est plus valable aujourd'hui. Il est devenu contrefactuel, car tous les États membres ne sont pas prêts à reconnaître que certaines valeurs doivent effectivement être partagées. Au contraire, certains États membres remettent en question la compréhension commune de certaines idées fondamentales, et en premier ce qui constitue l'État de droit.

La crise de ce que l'on pourrait appeler « l'Union de droit » montre clairement qu'il ne doit pas y avoir de resquillage, et que l'UE doit définir clairement ce qui constitue l'Union de droit en établissant des normes contraignantes pour tous. L'État de droit, bien qu'il soit ancré dans les systèmes et traditions juridiques nationaux, doit prendre sa propre signification s'il doit servir d'étalon de mesure. C'est une leçon incontestable que l'on doit tirer de la crise de l'État de droit.

Encore une fois, soyons clairs et précis sur les termes. S'entendre sur le fond ne consiste jamais à imposer l'uniformité ; il s'agirait de faire respecter des caractéristiques fondamentales de l'ordre

12 T. Konstadinides, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Hart Publishing 2017.

juridique, essentielles à son fonctionnement et, plus largement, à sa survie. Il ne s'agit pas « d'imposer l'uniformité », mais d'accepter le fait que les États membres de l'UE sont liés par des principes constitutionnels essentiels.

Si l'Union ne parvient plus à faire respecter ces principes, cela portera atteinte à son éthique. Cela ne ferait en outre qu'accentuer la critique selon laquelle l'UE a un *corps* mais pas une *âme*. Après tout, si nous ne pouvons pas trouver un noyau de principes commun, alors l'ensemble de la communauté politique que constitue l'UE perd une grande partie de son crédit. Le choix des mots (faire respecter des engagements crédibles, ne pas imposer de normes uniformes) est particulièrement important, car il encadre et ordonne notre discours sur l'Union de droit. Trop souvent, on se concentre sur nos différences au lieu de localiser nos points communs.

Quand on constate la réaction de l'ensemble de la population face au recul démocratique, le problème ne tient pas tant à l'absence de point de référence commun qu'au fait que les peuples européens ne comprennent pas **en quoi** la qualité de la démocratie et de l'État de droit dans un des États membres devrait compter pour eux. L'UE doit non seulement instaurer la confiance dans l'adhésion de ses États membres aux valeurs démocratiques et à l'État de droit, mais aussi et surtout construire un récit civique et une fidélité à ces valeurs partagées. Tant que cela ne se produira pas, même les propositions juridiques les plus ambitieuses pour le contrôle démocratique au sein de l'UE échoueront face au manque de démocratisation et de l'éthique apolitique de la politique européenne, donnant l'impression aux citoyens qu'il ne s'agit que d'un énième débat pour les connaisseurs de la politique européenne.

Par conséquent, l'UE doit être capable de défendre ce discours sur l'État de droit, et doit pouvoir expliquer à un niveau national non seulement ***ce*** que l'UE « fait » et ***comment*** elle le fait, mais aussi ***pourquoi*** elle agit pour défendre les engagements et devoirs adoptés volontairement par les États lors de leur adhésion à l'Union.

L'Europe a besoin de sa propre voix et d'un contre-récit afin de défendre l'Union de droit, pour ainsi être entendue jusque dans les capitales nationales[13].

Difficilement saisissables, ces constats vont bien au-delà des discussions, certes importantes, de procédures, de nouveaux articles et institutions, etc. Ils interrogent sur la volonté et l'imagination politique, la préparation et, bien évidemment, le courage politique de défendre un projet commun contre les particularités nationales et les préférences éphémères des électeurs et de l'électorat. Un véritable débat sur le contrôle de l'Union de droit a autant besoin de ces éléments intangibles que de mécanismes juridiques solides. Dans l'état actuel des choses, l'État de droit national et l'indépendance des tribunaux ne concernent pas les Néerlandais, les Français, etc. Sans un recalibrage de nos perspectives et de nos loyautés, la surveillance de l'Union de droit est condamnée à n'être qu'un processus de rafistolage appliqué ici et là, plutôt qu'une approche globale et l'établissement de principes nécessaires qui se pencheraient sur les causes et ne se contenterait pas de guérir les symptômes.

Il s'agit là de mises en garde systémiques importantes qu'il convient de garder à l'esprit à la lecture de l'analyse qui suit. Aussi importante soit-elle par son ampleur et sa gravité, la crise de l'État de droit polonais n'est qu'un *bateau*. Ce qui devrait également importer, c'est le *chemin* vers la création d'une union toujours plus étroite entre les peuples d'Europe, et les *processus* qui font dévier le bateau de sa route. Le voyage est trop souvent oublié au profit du bateau. C'est pourquoi l'analyse qui suit vise à rétablir un certain équilibre entre les *bateaux* et le *voyage*.

[13] Pour une approche globale, voir D. Landau, *Abusive constitutionalism,* "University of California Davis Law Review" 2013/47, p. 189 ; O. Varol, *Stealth authoritarianism,* "Iowa Law Review" 2015/100, p. 1673 ; M. Tushnet, *Authoritarian constitutionalism,* "Cornell Law Review" 2015/100, p. 391 ; C.R. Sunstein (ed.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America,* New York 2018 ; A. Huq, T. Ginsburg, H*ow to Lose a Constitutional Democracy,* "UCLA Law Review" 2017/65 ; T. Ginsburg, A. Huq, How we lost constitutional democracy (in :) C.R. Sunstein, (ed.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America,* New York 2018, p. 135–156 ; T. Daly, *Enough Complacency : Fighting Democratic Decay in 2017,* I-CONnect, http ://www.iconnectblog.com/2017/01/enough-complacency-fighting-democratic-decay-in-2017-i-connect-column/.

I. Pour poser le décor : d'un *ressentiment* à la *politique* du *ressentiment*

L'attaque contre le système judiciaire en Pologne et la jurisprudence de la Cour doivent être examinées dans une perspective plus systémique et plus large, ce que cet essai tente d'articuler autour du terme de « politique de ressentiment ».

Ce ressentiment est crucial pour comprendre la montée des récits antilibéraux en Europe et au-delà[14]. Bien que le rôle de l'émotion en politique ait traditionnellement été peu théorisé en comparaison à la raison et au côté rationnel des êtres humains, il ne fait aucun doute que dans la politique contemporaine, l'émotion est devenue tout aussi importante que la raison, voire plus importante. Les émotions ne sont pas seulement un moteur de la lutte politique, elles sont aussi un prix à gagner. Elles ont une fonction performative et constitutive cruciale. Les émotions expriment et soulèvent des sujets, et contribuent aussi à la construction d'identités[15].

Une combinaison puissante de plusieurs émotions est devenue marquante ces derniers temps : le ressentiment. Les dirigeants populistes ont puisé dans le sentiment d'anxiété provoqué par « l'autre », par la colère contre *l'establishment* libéral, par l'imposition d'une vision unique de ce que constituerait un monde correct, et par la peur de l'exclusion, l'incertitude de chacun quant à sa place dans le monde contemporain. En bref, le ressentiment est à l'origine de nombreux développements politiques contemporains. Il est certain que les émotions font légitimement partie du processus démocratique, et que la colère et la peur ne doivent pas être totalement écartées du domaine du discours politique ; toute tentative en ce sens serait contrefactuelle.

Toutefois, lorsque des politiciens populistes exploitent ce ressentiment et créent des mouvements politiques qui ont des conséquences visibles pour l'ordre institutionnel existant, l'émotion passe à un autre niveau politique. Le ressentiment n'est plus un *sentiment,* il devient un *énoncé,* une parole *performative,* et devient de ce fait une « politique du ressentiment ». Le ressentiment s'ancre alors dans la politique quotidienne et s'exprime dans la sphère publique[16].

Alors que la politique émotionnelle fait partie du constitutionnalisme populiste, la nouveauté de la politique du ressentiment est qu'elle encadre le ressentiment (et les émotions en général) en termes juridiques. C'est là que le terme de *constitutional capture,* que l'on pourrait traduire par accaparement ou mainmise constitutionnelle, est d'une importance fondamentale et devient le concept central[17] de la politique du ressentiment[18]. Ce terme ne se contente pas de donner une raison d'être à l'idéologie populiste, mais en justifie également l'existence. Il définit en termes juridiques non seulement ce que les populistes veulent, mais aussi comment ils veulent y parvenir. Le *ressentiment juridique* est un terme conceptuel qui découle de celui de *constitutional capture.* Le premier terme tient la promesse du second.

---

14 Voir l'ouvrage novateur de K.J. Cramer, *The Politics of resentment : Rural consciousness in Wisconsin and the Rise of Scott Walker*, University of Chicago Press 2016.

15 M. Holmes, *Feeling beyond Rules, Politicizing the Sociology of Emotion and Anger in Feminist Politics,* "European Journal of Social Theory" 2004/7, p. 212.

16 Pour une discussion générale, voir S. Ahmed, *The Cultural Politics of Emotion*, Edinburgh University Press 2014.

17 Le concept de base est défini comme l'unité de base sans laquelle les idéologies ne peuvent exister ; M. Freeden, *Ideologies and Political Theory : A Conceptual Approach,* Oxford, 1996, p. 77-80.

18 Pour une analyse plus conceptuelle, voir mes publications *Understanding the politics of resentment : of the principles, institutions, counter-strategies, normative change and the habits of heart*, "Indiana Journal of Global Legal Studies" 2019/26, s. 501.
Et plus récemment : *Polish Counter-Revolution 2015-2019 and beyond. Of Constitutional Designs, Regime Trajectories, Institutions and Constitutional Fidelities*, (2020) Jahrbuch des öffentlichen Rechts.

L'État de droit supranational comme premier principe de l'espace public européen

La *constitutional* capture est un concept générique et nouveau, et définit le cœur de la politique de ressentiment. Müller définit ce concept comme visant à « affaiblir systématiquement le système de poids et de contrepoids et, dans le cas extrême, à rendre les changements de pouvoir extrêmement difficiles ». La *constitutional capture* connote un affaiblissement du système de poids et de contrepoids, ainsi que de l'équilibre des pouvoirs, provoquant l'enracinement du pouvoir en rendant les futurs changements de contrôle difficiles[19].

Le point important pour mon analyse réside dans l'effet boule de neige inhérent au concept : une *constitutional capture* apparemment isolée en Pologne ou ailleurs risque d'avoir des conséquences néfastes sur l'ensemble du continent. La *constitutional capture* voyage dans le temps et dans l'espace et, tout comme la politique du ressentiment, a sa propre trajectoire[20].

Les cas de *constitutional capture* en Turquie, en Hongrie et en Pologne ont montré comment les nouveaux dirigeants autoritaires apprennent les uns des autres. Puisqu'il est impossible d'émettre un veto à l'intérieur même du gouvernement, à part s'il est exprimé par un parlement majoritaire, la « politique de ressentiment » vise des institutions qui pourraient sinon être perçues comme des freins au pouvoir des représentants du peuple. Les institutions ne sont acceptées que tant qu'elles sont vues comme les institutions du pouvoir, et les seuls messages qui sont diffusés à la sphère publique sont ceux

19 Pour une analyse incisive, voir K.L. Scheppele, *Autocratic legalism,* "The University of Chicago Law Review" 2018/85, p. 545. Elle argumente : Lorsque les mandats électoraux et les changements constitutionnels/juridiques sont utilisés au service d'un programme antilibéral, le phénomène s'appelle du « légalisme autocratique ».

20 Voir à ce sujet la brillante reconstitution L. Pech, K.L. Scheppele, *Poland and the European Commission, Part II : Hearing the Siren Song of the Rule of Law* sur https://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-ii-hearing-the-siren-song-of-the-rule-of-law/. Les auteurs affirment que les premières personnes perdent la foi dans le système et votent pour le briser en élisant des autocrates populistes. L'obtention d'une majorité parlementaire est essentielle pour s'attaquer aux institutions. Une fois le pouvoir acquis, il faut le consolider, de sorte que les changements apportés aux lois électorales suivent et rendent la participation au pouvoir très improbable.

qui sont jugés opportuns par le parti au contrôle. Une telle compréhension conduit à une modification importante du récit établi : il faut s'occuper le plus vite possible (pour les populistes « pervertis ») des institutions qui orientent vers une autre compréhension de l'État de droit. Du fait que le principe de la majorité est devenu une des pierres angulaires des nouveaux systèmes de gouvernance, invalider les cours constitutionnelles et le contrôle judiciaire est du premier ressort pour la *constitutional capture*. Toutes les institutions, qu'elles soient nationales ou supranationales, constituent un obstacle et ne font pas partie du nouveau constitutionnalisme populiste[21]. Plus qu'un simple ajustement constitutionnel, il s'agit là d'une reconquête constitutionnelle totale[22].

21 Polexit est bien plus qu'un simple slogan. Pour les tentatives de l'encadrer en termes juridiques, voir T.T. Koncewicz, *PIS takes its first step on the way toward POLEXIT*, "Gazeta Wyborcza", 13.08.2017, http://wyborcza.pl/7,75968,22227617,w-puszczy-pis-robi-pierwszy-wielki-krok-dopolexitu.html?disableRedirects=true ; T.T. Koncewicz, *POLEXIT ? Quo Vadis Polonia ?*, "Dialog" 2020/131. Plus récemment consulte aussi : *Capturing the state and "polexiting" the Union – Un saggio di pessimismo costituzionale,* (47) 2 Diritto Pubblico Comparato ed Europeo http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/222 ; *COMPRENDRE L'ORDRE JURIDIQUE TRANSNATIONAL – DES PRESSIONS, DES AMBITIONS ET … DES RÊVES AUSSI*, Revue des droits et libertes fondamnetales 2021 no 24 http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/comprendre-lordre-juridique-transnational-des-pressions-des-ambitions-et-des-reves-aussi/ ; *L'Union de droit supranational comme premier principe de l'espace public européen. D'une union toujours plus étroite entre les peuples d'Europe mis à l'épreuve ? Understanding the transnational legal order, (I) Of pressures and ambitions too* at https://reconnect-europe.eu/blog/understanding-the-transnational-legal-order-part-1-of-pressures-and-ambitions/ ; *Understanding the transnational legal order (II) : What kind of a transnational consensus ?* https://reconnect-europe.eu/blog/understanding-the-transnational-legal-order-part-2/ ; *Understanding the transnational legal order (III) : the TLO in Europe : a lost cause ? https://reconnect-europe.eu/blog/understanding-the-transnational-legal-order-part-3/*

22 Il est intéressant de noter que si la littérature (principalement en sciences politiques) sur le populisme a dépassé ce qu'on pouvait imaginer, la question de savoir *comment* (institutionnellement et procéduralement) faire face à la montée de la politique populiste n'a reçu que peu d'attention. Pour de rares exceptions, voir C.R. Kaltwasser, *Populism and the Question of How to Respond to it* (in :) C.R. Kaltwasser, P. Taggart, P. Och. Espejo, P. Ostiguy (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, 2017, p. 490 Pour une perspectives en sciences politiques : S. Rummens, K. Abts, *Defending Democracy : The Concentric Containment of Political Extremism*, 58 "Political Studies" 2010/58, p. 649 ; Plus récemment : G. Badano, A. Nuti, *Under Pressure : Political liberalism, the Rise of Unreasonableness, and the Complexity of Containment*, "The Journal of Political Philosophy" 2017/1.

Par conséquent, il est aisé de comprendre en quoi la *constitutional capture* et l'affaiblissement bout par bout de l'État démocratique libéral posent de nouveaux défis à l'État de droit et sapent les contraintes extérieures imposées au pouvoir constituant national[23]. Il s'agit moins d'une question de fond que d'une question d'application[24].

[23] C. Dupré, *The Unconstitutional Constitution : A Timely Concept* (in :) A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), *Crise constitutionnelle dans l'espace constitutionnel européen. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, Oxford-Portland 2015, p. 364-383 ;
K.L. Scheppele, *Unconstitutional constituent power*, document préparé pour le Penn Program on Democracy, Citizenship, and Constitutionalism, 2012-2013 Faculty Workshop Series (21.02.2013), https://www.sas.upenn.edu/andrea-mitchell-center/sites/www.sas.upenn.edu.dcc/files/uploads/Scheppele_unconstitutional%20constituent%20power.pdf
A. Barak, *Unconstitutional constitutional* amendments, "Israel Law Review" 2011/44, p. 321 ;
R. Albert, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada* "Queen's Law Journal" 2016/41, p. 143, http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1984&context=lsfp
R. Albert, *Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations,* "Cornell International Law Journal" 2017/50, p. 169, https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2860442.
Pour une perspective européenne, voir R. Passchier, M. Stremler, *Unconstitutional Constitutional* Amendments in European Union Law : Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision, "Cambridge Journal of International and Comparative Law" 2016/5, p. 337, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561209

[24] Carlos Closa, Dimitry Kochenov et Joseph H. H. Weiler ont fait valoir avec éloquence qu'il faut distinguer deux séries de situations. D'une part, il y a ce qu'ils appellent « des problèmes qui ne sont rien d'autre qu'une utilisation négligente de la loi ou des abus de pouvoir politique - ce qui peut être et sera corrigé avec le temps grâce au fonctionnement des propres démocraties des États membres concernés ». D'autre part, « il existe des problèmes d'une nature si profonde et fondamentale que les systèmes juridiques et politiques des États membres ne seront probablement pas en mesure de corriger les torts concernés dans un avenir proche ou à long terme ». C'est ce dernier groupe qui demande un réexamen sérieux du cadre et des mécanismes d'application. Lorsque les démocraties nationales ne parviennent pas à garantir l'essence de l'État de droit, l'Europe devrait intervenir et rétablir le respect des principes communs (par exemple, l'État de droit). Voir C. Closa, D. Kochenov, J.H.H. Weiler, *Reinforcing the rule of law oversight in the European Union,* "Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Paper" 2014/25, p. 1-33, à la page 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2404260. Voir également D. Kochenov et L. Pech, *Upholding the rule of law in the EU : On the Commission's 'Pre-article 7 Procedure' as a timid step in the right direction*, "Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Paper" 2015/24, p. 1-16, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35437/RSCAS_2015_24.pdf (30.04.2020).

Comme l'ont bien fait valoir Kim Lane Scheppele et Laurent Pech, « la consolidation des autocraties majoritaires [...] représente davantage une menace existentielle pour l'existence et le fonctionnement de l'UE que la sortie d'un de ses États membres »[25]. La *constitutional capture* joue un rôle essentiel dans le fait d'invalider le système des poids et contrepoids. Elle fait d'un acte constitutionnel un simulacre, car elle le dépouille de sa fonction limitante et contraignante[26]. La séparation des pouvoirs devient illusoire et ouvre la porte à un arbitraire incontrôlé.

Aussi, la *constitutional capture* n'est pas une aberration ponctuelle. C'est une nouvelle menace pour l'État de droit, car elle ne se limite pas à un moment précis. C'est un processus de prise de contrôle progressif des institutions indépendantes et de l'État libéral. La Hongrie est à ce titre un prototype « d'État capturé », et on aurait raison de penser que la Commission européenne aurait dû tirer les leçons de sa passivité et de son consentement face aux tactiques d'Orbán pour accaparer l'État[27].

La leçon tirée de cet exemple aurait dû être claire et nette, mais la Commission l'a manquée, comme le montre le cas polonais : la seule façon de faire échouer la *constitutional capture*, ou de se « réaccaparer l'accaparement anticonstitutionnel » est d'agir de manière préventive, avant que la constitution ne soit totalement sous contrôle. Attendre en marge, discuter avec les coupables et espérer un changement d'attitude de leur part ne fait qu'enhardir et consolider le régime. La *constitutional capture* en tant que processus nécessite du temps, c'est donc le facteur temps qui joue

[25] L. Pech, K.L. Scheppele, *Poland and the European Commission, Part I : A Dialogue of the Deaf ?* Verfassungsblog (3.01.2017), http://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-i-a-dialogue-of-the-deaf/ (30.04.2020).

[26] Les constitutions « fictives » ou « de façade » ne limitent pas, ni même ne décrivent les pouvoirs de l'État. Sur ce concept, voir D.S. Law, M. Versteeg, *Sham Constitutions,* "California Law Review" 2013/4, p. 863-952.

[27] M. Bankuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *Hungary's Illiberal Turn : Disabling the Constitution*, "Journal of Democracy" 2012/23), p. 138–146 ; I. Pogany, *The Crisis of Democracy in East Central Europe : The 'New Constitutionalism' in Europe* "European Public Law" 2013/2, p. 341–367.

un rôle central dans la réponse que l'on donnera à celle-ci. Pour contrecarrer cette mainmise pendant qu'elle se déroule, il faut agir dès le début, et non après. Le régime visé en est conscient, et est prêt à tout pour gagner du temps afin d'ancrer son contrôle et de rendre tout changement difficile.

Les cas de la Pologne et de la Hongrie montrent comment cela s'est fait, l'UE prolongeant les délais et engageant un dialogue futile, alors même que cette mainmise constitutionnelle est devenue de plus en plus profondément ancrée et difficile à faire reculer[28]. La *constitutional capture* remet en question la communauté de valeurs ; et par ricochet, elle implique l'idée selon laquelle les constitutions actuelles pourraient être... inconstitutionnelles au sein de l'UE.

Il est important de noter que la politique du ressentiment transforme notre compréhension traditionnelle du conflit politique. Alors que les hommes politiques et les partis politiques des régimes démocratiques proposent régulièrement des visions concurrentes de la société et de la politique, ils ne présentent leurs gouvernances alternatives que sous la forme d'une possibilité. Le mode démocratique libéral implique de tester ces alternatives par le biais de procédures et d'élections ; les hommes politiques acceptent que la constitution soit l'étape qui encadre la contestation politique[29]. En tant que démocrates libéraux, ils partagent un engagement envers les valeurs fondamentales de liberté et d'égalité, et la reconnaissance formelle du fait que leurs adversaires politiques ont, au même titre qu'eux, le droit de revendiquer la représentation du peuple.

28 Sur l'incapacité de la Commission européenne à tirer les leçons de la débâcle hongroise et la capacité du gouvernement polonais à tirer les leçons des tactiques d'Orbán, voir en profondeur L. Pech et K.L. Scheppele, *Illiberalism Within : Rule of Law Backsliding in the EU*, (2017) 19 « Cambridge Yearbook of European Legal Studies » 2017/19, p. 3.

29 Je m'inspire ici de J.W. Müller, *Populist constitutionalism : A Contradiction in Terms ?* Draft paper, NYU Colloquium, NYU Colloquium. Voir aussi à l'adresse https ://verfassungsblog.de/populist-constitutions-a-contradiction-in-terms/.

Les politiciens populistes, animés par le ressentiment, considèrent en revanche que leurs revendications règleront une fois pour toutes les questions les plus fondamentales, et ils ne laissent par conséquent pas de place à la dissidence. En raison de la dimension morale du ressentiment, ils sont incapables de reconnaître que leurs revendications pourraient être jugées comme étant vraies ou fausses. Au contraire, leurs revendications sont toujours les meilleures et ne sont pas susceptibles d'être contestées[30]. Les émotions de peur, de colère et de rejet, toutes exprimées sous le couvert du ressentiment, ne permettent pas le pluralisme et la multiplicité des représentations, et remettent en cause le cadre normatif et institutionnel par lequel ces mêmes dirigeants ont eu la possibilité d'exprimer ces sentiments. « L'autre » n'est plus considéré comme un adversaire légitime ; il devient ennemi et, en tant qu'acteur politique qui a perdu sa légitimité, il est traqué et persécuté avec toute la force de la loi.

Le gain de pouvoir n'atténue pas l'animosité de ceux qui sont animés par le ressentiment. Bien au contraire : une fois élus, ces dirigeants populistes sont prêts à tenir leurs promesses et le font grâce à une doctrine constitutionnelle qui entre en concurrence avec le constitutionnalisme libéral dominant[31]. Cette doctrine comprend les éléments suivants[32], et qui sont souvent liés entre eux :

1. Une nouvelle compréhension du rôle de la constitution, non plus comme protection contre l'État, mais comme sauvegarde de l'unicité de l'État ;

2. La constitution cesse d'être la loi suprême du pays ;

30 *Ibid.*

31 Pour des éclaircissements importants, P. Blokker, *Populist Constitutionalism*, Verfassungsblog, 4.05. 2017, http ://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism/.

32 Pour une reconstruction plus approfondie, consultez T.T. Koncewicz, *Ten Anti-Constitutional Commandments*, https ://verfassungsblog.de/10-anti-constitutional-commandments/. En polonais, T.T. Koncewicz, J. Zajadło, *Po Dlaczego PiS-owi konstytucja ? Pour rien*. Il préfère un État sans véritable Constitution, https ://oko.press/koncewicz-zajadlo-po-co-pis-owi-konstytucja-po-nic-woli-panstwo-bez-prawdziwej-konstytucji/.

3. La cour constitutionnelle est non seulement déclarée inapte, mais on lui donne aussi des « armes » pour être utilisée comme un outil contre les ennemis politiques ;

4. Le politique domine le juridique ;

5. L'État de droit est considéré comme un obstacle à la protection de la collectivité ;

6. L'État de droit doit faciliter l'expression de la volonté du peuple ;

7. Le pouvoir politique n'est plus soumis aux contrôles et aux contrepoids ;

8. Les institutions supranationales sont rejetées au titre d'ennemies du peuple ;

9. La collectivité est placée au-dessus des citoyens individuels ;

10. Les droits de l'homme passent d'une conception en tant que garants de la dignité individuelle à une conception communautaire.

Cette systématisation permet de mieux comprendre les étapes qui ont été franchies en Pologne afin d'ôter leur pouvoir aux institutions et aux mécanismes de contrôle et de contrepoids. Cela permet également de se rendre compte à quel point les politiques de ressentiment constituent un défi existentiel pour le projet européen.

II. L'Union européenne et le recul démocratique *(democratic backsliding)*

1. L'erreur d'origine de conception constitutionnelle

Si la discussion sur l'évolution des régimes et des acteurs en réponse aux *changements sociaux* (LGBT, euthanasie, avortement) est bien documentée, l'évolution du droit[33] supranational et des droits de l'homme en ce qui concerne les *changements politiques* (passage d'un type de gouvernement à un autre) est clairement négligée. La question que l'on doit se poser est la suivante : à partir de quand la conception constitutionnelle d'un régime politique (national, international ou supranational) est-elle erronée ? Au niveau le plus général, cette critique peut être soulevée lorsque le document fondateur du régime politique (traité, convention, constitution) protège contre des dangers qui *n'existent plus* ou *ne protège pas* contre des dangers que les fondateurs du régime n'ont pas envisagés. Les constitutions ne font pas que constituer – elles devraient aussi protéger contre la déconstitution.

Notre argument est de dire qu'afin d'éviter qu'un ordre juridique supranational évite de se retrouver dans « l'erreur », il faut savoir reconnaître les menaces systémiques qui proviennent des composantes de l'appareil politique, et modifier la conception de la

[33] La supranationalité de l'UE est ici considérée comme acquise. Pour discussion, M. Everson, J. Eisner, *The Making of European Constitution,* "Judges and law Beyond Constitutive Power" 2007/41 ;
A. Vauchez, *The Transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos and the making of EU polity,* "European Law Journal" 2010/1 ;
A. Vauchez, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe,* 2013, en particulier p. 181-223.
Voir aussi E. Benvenisti, G.W. Downs, *The Premises, Assumptions, and Implications of Van Gend en Loos : Viewed from the Perspectives of Democracy and Legitimacy of International Institutions,* "European Journal of International Law" 2014/25, p. 85.

constitution en conséquence. Pour que l'ordre international soit plus réactif aux menaces démocratiques, il est essentiel d'accepter que tous les acteurs reconnaissent leur engagement envers des aspirations démocratiques communes, des valeurs fondamentales de dignité, d'égalité et de liberté, et qu'ils s'approprient ce projet. Après tout, les acteurs politiques sont prêts, au niveau local, à concevoir leur mandat au travers de ces engagements, qui empiètent sur les désirs momentanés du peuple et de ses représentants, pour mettre en avant la nécessité d'une application effective.

L'ordre juridique de l'UE a toujours été défini par l'ouverture et la flexibilité, ce qui lui permet de s'adapter à la diversité des États qui la composent et aux circonstances sociopolitiques en constante évolution. Cette diversité constitue le cadre dans lequel le droit de l'UE évolue et dans lequel elle s'efforce d'atteindre ses objectifs. L'ADN de l'UE est en pleine mutation[34] et différentes variables ont joué leur rôle dans le processus : de la nature graduelle du processus d'intégration qui tient compte du contexte dans lequel il évolue[35], au caractère ouvert des traités définis comme des *Traités-cadre*[36], en passant par le fait que la conception constitutionnelle de l'UE requiert l'unanimité pour toute modification du document constitutionnel. La manière dont ces changements ont affecté les institutions[37] et ont changé leur manière d'agir[38] est bien documentée dans les différentes études sur l'UE. Bien qu'importantes, ces contributions traitent toutes d'un changement *constitutionnel,* résultat de l'interaction des forces et des acteurs

34 Pour une analyse classique J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe,* « Yale Law Journal » 1991/100, p. 555,
R. Dehousse, *La Cour de justice européenne. The Politics of Judicial Integration*, Macmillan Press Ltd. 2008, en particulier le chapitre 2.

35 A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999, p. 538-565.

36 R. Lecourt, *L'Europe des Juges*, Bruxelles 1976, p. 235.

37 Parmi les nombreuses analyses, consultez par exemple J.B. Cruz, *The Changing Constitutional Role* of *the European Court of Justice,* « International Journal of Legal Information » 2006/34, p. 223.

38 M. Dawson, *The Political Face of judicial activism : Europe's law – politics imbalance* (in :) M. Dawson, B. de Witte, E. Muir (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar 2013, pp. 11–31.

politiques, juridiques, supranationaux et nationaux[39]. Ce changement a été un élément essentiel du processus d'intégration depuis sa mise en place.

L'analyse que nous poursuivons ici traite d'un aspect différent des changements dans le tissu politique : celle de l'insuffisance constitutionnelle au niveau supranational. Le recul démocratique d'un seul État membre crée une situation où il n'y a plus d'unanimité sur les valeurs fondamentales sur lesquelles l'Union européenne est censée se fonder.

La démocratie libérale considère la formulation « Nous, le peuple » comme un concept ouvert et inclusif où de nombreuses voix peuvent revendiquer leur propre représentation. Il n'y a pas un seul peuple, mais de nombreux peuples qui ont besoin de s'exprimer et d'être représentés. Une constitution libérale ouvre les débats concurrents entre démocrates raisonnables dans l'espoir de trouver l'électorat désireux d'appuyer ces revendications par un soutien politique. Perdre une élection n'entraîne pas de contestation des vainqueurs, mais plutôt un regroupement autour d'idées politiques afin d'engager une nouvelle tentative. Une constitution libérale offre une scène politique à tous les acteurs et encadre ce principe de débat et de lutte pour une reconnaissance politique. Dans cet esprit, le consensus libéral post-1945 a été construit

39 La littérature a fait valoir que les progrès réalisés par l'intégration juridique au cours des 60 dernières années ont contribué à limiter matériellement le pouvoir discrétionnaire des États membres de modifier les traités à leur guise. Les termes de R. Bieber sont restés dans les mémoires : « le noyau dur commun est constitué par deux valeurs fondamentales (...) d'une part des traditions constitutionnelles communes aux États membres en tant que principes généraux du droit communautaire et d'autre part de l'identité de l'Union sans cesse plus étroite entre les peoples de l'Europe ». Voir *Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne*, "Revue du Marche Commun et de l'Union européenne" 1993/4, p. 343, at p. 350. La Cour de justice a été créditée (ou, selon les points de vue, accusée) de modifier les traités par le biais de l'interprétation.

autour du paradigme du « plus jamais de constitutionnalisme » et a été renforcé par l'engagement juridique de s'assurer que des dictatures ne naîtraient jamais du constitutionnalisme[40].

Le paradigme de ce règlement d'après-guerre voyait le pouvoir politique au niveau national soumis à de nouveaux contrôles et équilibres au niveau international et supranational, la légitimité du pouvoir étant dépendante de l'adhésion aux valeurs fondamentales du libéralisme qui transcendent les désirs momentanés du peuple. Les institutions (comme les tribunaux) et les droits de l'homme occupent une place particulière dans ce système de contrôles et de contraintes internationales et supranationales imposés au *pouvoir constituant national*.

Pourtant, ces principes n'ont jamais été destinés à fonctionner seuls. Les États eux-mêmes ont reconnu que ces principes devraient être assortis de trois garanties complémentaires :

1. L'état de droit et la Constitution sont les lois suprêmes des pays, et lient à la fois le pouvoir politique et le peuple ;

2. Des mécanismes de contrôle internationaux et supranationaux par lesquels des États autonomes et souverains se demanderaient mutuellement des comptes conformément aux principes des droits de l'homme, aux garanties de démocratie et à l'ouverture sur le monde ;

3. La confiance dans le pouvoir contraignant du droit qui engagerait les États à respecter la discipline de la communauté[41].

40 C. Dupré, *The Unconstitutional Constitution : A Timely Concept* (in :) *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), Hart Publishing, Oxford–Portland 2015, p. 364-383.

41 K.L. Scheppele, *Constitutional coups and judicial review : How transnational institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary)*, "Transnational Law and Contemporary Problems" 2014/12, p. 51.

2. Le recul démocratique

En ce sens, le recul (ou la régression[42]) démocratique au sein d'un État membre n'affecte pas seulement cet État[43]. Lorsque l'on utilise le terme « recul », il faut être clair sur les valeurs et les principes affectés par cette régression au sein de toute unité de l'ordre juridique de l'UE[44] : ce sont la démocratie libérale, l'État de droit et les droits de l'homme, en tant que triade axiologique de l'UE, qui sont en jeu. Étant donné l'interconnexion et l'interdépendance des États membres[45], et la nature hautement intégrée de l'ordre juridique de l'UE, le fait qu'un État membre revienne sur les engagements fondamentaux que ces États se sont engagés à respecter impacte sur les fondements et les valeurs mêmes de la communauté.

42 A. Huq, T. Ginsburg, *How We Lost Constitutional Democracy* (in :) C. Sunstein (ed.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America.* (2018), p. 135-156.

43 J.-W. Müller, On the side of democracy, Eurozine, http://www.eurozine.com/on-the-side-of-democracy/ ;
J.-W. Müller, Should the EU protect democracy and the rule of law inside member states ?, "European Law Journal" 2015/21, p. 141 ;
J. Dawson, S. Hanley, What's wrong with East-Central Europe ? "Journal of Democracy" 2016/27, p. 20 ;
I. Krastev, What's Wrong with East-Central Europe ? Liberalism's Failure to Deliver, "Journal of Democracy" 2016/27, p. 35 ;
C. Walker, L. Way, The authoritarian threat "Journal of Democracy" 2016/27, p. 46 ;
J. Kornai, *Hungary's U-Turn : Retreating from Democracy*, "Journal of Democracy" 2015/26, s. 34 ;
A. Mungiu-Pippidi, *The transformative power of Europe revisited*, "Journal of Democracy" 2014/25, p. 20 ;
Also special edition of "Journal of Democracy" 2007/18, Is East-Central Europe Backsliding ?.
On the democratic backsliding T.T. Koncewicz, The Democratic Backsliding and the European constitutional design in error. When will HOW meet WHY ?, https://reconnect-europe.eu/blog/european-constitutional-design-error-koncewicz/.

44 Sur la définition de l'ordre juridique, voir K. Culver, M. Giudice, *Not a system but an Order : an inter-institutional view of the European Union law* (in :) J. Dickinson, P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law,* Oxford University Press 2012, p. 54-76.

45 *The Editorial. Membership In Times of Crisis*, "Common Market Law Review" 2014/51, p. 1.

Comme le soutiennent à juste titre K. L. Scheppele et D. Kelemen, les valeurs annoncées dans l'art. 2 du traité sur l'Union européenne permettent aux citoyens des États membres de faire confiance à leurs gouvernements respectifs – et en particulier à leurs systèmes judiciaires – pour appliquer le droit communautaire de manière équitable et équilibrée. Une grande partie de la doctrine juridique, élaborée autour des traités qui unissent l'UE en tant qu'espace juridique commun, ne peut fonctionner comme prévu si le postulat qui sous-tend le système est brisé[46]. Lorsqu'un État membre s'éloigne des valeurs fondamentales du droit communautaire, ce n'est pas seulement le cadre régulateur de cet État qui se trouve modifié, mais aussi et surtout son profil constitutionnel.

Alors que le devoir de la démocratie libérale est ancré dans la culture de la limite politique et législative, de l'État de droit et des droits de l'homme, le recul démocratique frappe là où tout un chacun s'est engagé à vivre dans une démocratie libérale et à adhérer aux droits de l'homme et à l'État de droit international, plaçant ces deux principes comme pierres angulaires de l'ordre politique étatique. Le recul démocratique n'est pas seulement une crise de gouvernance, mais touche au cœur même de l'ordre des droits de l'homme et de leur protection, tant au niveau régional (démocratie libérale, liberté, égalité, pluralisme et État de droit), qu'au niveau du droit communautaire (article 2 du TUE et de la charte de l'UE) et du droit international (système des droits de l'homme des Nations unies). Ce glissement s'accompagne d'un récit constitutionnel qui *met la main* sur les institutions *nationales* et rejette les institutions *internationales et supranationales.* Le recul démocratique modifie de manière décisive le profil constitutionnel des composantes des ordres juridiques nationaux.

Dans le contexte de l'UE, le recul démocratique devient bien plus qu'un simple contrecoup émotionnel contre les élites et l'ordre juridique international. C'est un processus qui a ses propres

46 K.L. Scheppele, D. Kelemen, *Defending Democracy in EU Member State. Beyond Article 7 TEU* (in :) F. Bignami (ed.), *The European Union in Populist Times*, Cambridge University Press 2020, p. 11.

thématiques, personnages et intrigues. L'Union de droit est présentée comme une contrainte et est de ce fait rejetée ; le recul démocratique sape également le respect de la loi, qui n'est alors plus une condition de légalité, et met en avant le récit antilibéral de « l'Autre dangereux ». Il n'a pas de patience face aux procédures et aux institutions. Il a une compréhension concurrente de la réalité sociale dans laquelle la *politique* prend le dessus sur le droit. Dans le contexte de recul démocratique, les droits de l'homme libéraux sont considérés avec suspicion comme diluant les processus de communication entre le souverain (« le peuple ») et les institutions. Ces « organismes extérieurs » intermédiaires[47] antilibéraux et anti-institutionnels sont vus avec méfiance et ne sont pas compétents pour intervenir dans les affaires domestiques de l'État. Plus que cela, ces organismes sont vus comme les ennemis les plus dangereux pour l'État en raison de leurs origines douteuses qui ne peuvent être retracées jusqu'au peuple. La loi doit être appliquée par les tribunaux et les juges nationaux parce qu'ils sont des institutions du peuple[48].

Cette « sortie de la légalité » et cette tentative de s'emparer d'un système d'institutions internationales et supranationales ne font

47 N. Urbinati, *A Revolt against Intermediary Bodies*, "Constellations" 2015/22, p. 477.

48 Le mépris pour les organismes internationaux s'est manifesté pour la première fois dans l'affaire de « l'exploitation forestière » (C-441/17R - communiqué https ://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-11/cp170122en.pdf). Cette affaire opposait la Commission européenne et la Pologne dans un litige portant sur les activités d'exploitation forestière massive dans la dernière forêt ancienne d'Europe. L'injonction provisoire de la Cour de justice a été catégoriquement rejetée par la Pologne (première affaire de ce type dans l'histoire de l'UE), ce qui a incité la Cour à menacer l'État récalcitrant d'une astreinte massive. Pour l'analyse, voir T.T. Koncewicz. *The Politics of Resentment and First Principles* in the *European Court of Justice* (in :) F. Bignami (ed.), *The EU in populist times. Crises et perspectives*, Cambridge University Press 2020.
Sur le rejet continu de la Cour de justice par la Pologne, voir également les *Editorial Comments. About Brexit negotiations and enforcement action against Poland : The EU's own song of ice and fire*, "Common Market Law Review" 2017/54, p. 1309, p. 1313-1316 et, plus récemment, Editorial Comments. 2019 Shaping up as a challenging year for the Union, not least as a community of values, "Common Market Law Review" 2019/56, p. 1.

que commencer et vont s'intensifier, ce qui constitue une menace existentielle pour le système international de protection des droits de l'homme. Les questions suivantes se posent alors : comment une telle sortie de la légalité affecte-t-elle le cadre constitutionnel et institutionnel d'un État qui est proclamé pour défendre l'État de droit comme un des principes de son ordre juridique ? La conception constitutionnelle de cet État est-elle prête à contenir de telles sorties de la légalité ?

En se basant sur les remarques introductives, les États membres qui connaissent un recul démocratique ne respectent pas les droits de l'homme, mais deviennent en plus des « *États différents* » en termes de tissu constitutionnel ; les droits de l'homme deviennent des « droits de l'homme *différents* » et l'État de droit libéral est considéré avec mépris. Alors que le régime mondial des droits de l'homme défend la dignité individuelle, les nouveaux autocrates avancent l'idée d'une dignité collective qui doit être protégée et justifiée. L'autonomisation, qui est un élément de base du constitutionnalisme libéral, est confrontée au défi d'une philosophie rivale des droits de l'homme dans laquelle le collectif l'emporte sur l'individu. Elle représente un affaiblissement systémique des freins et des contrepoids, ainsi qu'un enracinement du pouvoir qui rend difficile tout changement futur.

Le recul démocratique va au-delà de la simple mauvaise foi constitutionnelle[49]. Il fait sien l'abus incessant[50] d'arrangements avec la constitution, et rejette purement et simplement la Constitution. La critique selon laquelle la Constitution serait un vestige de l'ancien régime unifie ces deux approches ; ce qui distingue l'une de l'autre est la profondeur et l'étendue du rejet de la Constitution. Dans le premier cas, étant donné l'absence de majorité constitutionnelle, on se passe de la Constitution *per fas et nefas* en ignorant ses dispositions pourtant clairement établies, ou en adoptant des

49 D.F. Posen, *Constitutional Bad Faith,* "Harvard Law Review" 2016/129, p. 885.

50 Sur le concept de constitutionnalisme abusif, voir D. Landau, *Abusive Constitutionalism,* « University of California Davis Law Review » 2013/47, p. 189 ; M. Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism,* "Cornell Law Review" 2015/100, p. 391.

règlements qui vont à l'encontre de la Constitution. La révision constitutionnelle n'étant plus crédible, cette pratique anticonstitutionnelle devient pratique courante.

Par conséquent, le recul démocratique met en évidence les erreurs de conception de l'ordre juridique supranational – celui de l'Union européenne. Bien qu'elle ait été confrontée à de nombreuses crises ces dernières années, notamment celle du Brexit ou encore celle de l'euro, le recul démocratique dans certains de ses États membres est la plus grave crise de toutes. Ces reculs remettent en question les valeurs communes de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme, et sapent le projet européen de l'intérieur[51]. La confiance dans le projet européen s'est toujours appuyée sur la convergence entre les valeurs fondamentales des États membres et leurs ordres juridiques *d'une part,* et les fondements de l'ordre juridique de l'Union *d'autre part.*

3. Comprendre le recoupement consensuel européen

Il devient évident que la politique de ressentiment, renforcé par la *constitutional capture*, remet en cause non seulement l'histoire classique de l'origine de l'UE – qu'elle a été fondée afin d'apporter la paix et la prospérité à l'Europe en mettant fin à toute velléité belliqueuse et en encourageant la reconstruction commune des économies – mais met aussi en avant un projet constitutionnel nouveau et concurrent. Le « recoupement consensuel » de l'UE reconnaît que cette Union est composée de peuples distincts,

51 L'article 2 du TUE le prévoit : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit et de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société où règnent le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.* »
L'article 7 du TUE ajoute un mécanisme de sanction dans le cas où l'un des États membres ne respecte pas ces valeurs. Pour une discussion, voir D. Kochenov, A. Jakab (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Cambridge University Press 2017.

et qu'il s'agit de respecter les modes de vie et les mœurs de ces autres peuples. Cependant, pour que ce recoupement fonctionne de manière unilatérale, « Nous, les peuples européens » devrions reconnaître certains éléments fondamentaux qui nous lient, nous disciplinent et qui nous ont réunis. Comme l'affirme J. H. H. Weiler : *« C'est un exemple remarquable de tolérance constitutionnelle que d'accepter d'être lié par une décision prise non pas par « mon peuple », mais par une majorité de peuples qui ne sont précisément pas les miens – un peuple, si vous voulez, « d'autres ». Je compromets ainsi mon autodétermination en tant qu'expression de ce type de tolérance interne – envers moi-même – et externe – envers les autres »* [52].

C'est précisément là que la politique de ressentiment telle que nous la comprenons dans cette analyse porte un coup fatal à l'ensemble du projet européen. La *constitutional capture*, motivée par le ressentiment, met fondamentalement au défi la solidarité européenne et la confiance mutuelle. Elle propose d'inverser « une union toujours plus étroite entre les peuples d'Europe » en exprimant un sombre repli sur soi. En montrant que le libéralisme et la démocratie n'animent plus les constitutions et les politiques nationales, et en révélant que des États antilibéraux peuvent désormais s'épanouir au sein de l'UE, l'expérience polonaise constitue un défi existentiel pour l'UE. Peut-elle relever ce défi ? L'UE est-elle encore en mesure de favoriser le respect des engagements de principe qui ont initialement réuni les États membres ? Dispose-t-elle d'une soupape de sécurité qui lui permette de faire reculer les nationalismes excessifs et les pratiques manifestement antilibérales ? Peut-elle préserver les valeurs communes qui ont lancé le projet européen – dont celle du supranationalisme ? Plus particulièrement, l'élaboration des constitutions nationales peut-elle être limitée de l'extérieur ?

Jusqu'à présent, ces questions ont reçu des réponses négatives décroissantes alors que l'UE en était réduite à être un spectateur

52 J.H.H. Weiler, *On the power of the word : Europe's Constitutional Iconography*, "International Journal of Constitutional Law" 2005/3, p. 173, à la p. 188.

oisif, en prolongeant les délais et en promettant un dialogue avec le gouvernement concerné, alors que les autorités polonaises, de leur côté, riaient au visage de l'UE et poursuivaient leur mainmise sur la constitution du pays. Ces questions sont essentielles, car elles nous obligent à réexaminer la *raison d'être* de l'Europe[53] . Elles remettent en question l'histoire classique de l'origine de l'UE. Nous soutenons ici que les politiques de ressentiment, telles qu'elles sont pratiquées en Pologne, mettent en danger la base même de la confiance mutuelle entre les États membres, confiance qui est à la base de tout le projet européen depuis sa création[54]. La confiance mutuelle entre les États et la communauté créée ensemble ont été la pierre angulaire de l'éthique européenne[55]. La confiance a toujours été fondée sur la convergence entre les valeurs fondamentales des États membres et de leurs ordres juridiques, d'une part, et les fondements de l'ordre juridique de l'Union, d'autre part.

En effet, comme le souligne P. Pescatore, la supranationalité était fondée sur l'idée d'un *« ordre déterminé par l'existence de valeurs et d'intérêts communs »*[56]. Au cœur du projet européen se trouve un engagement fondamental envers un ensemble de Premiers Principes [57] que les États membres, les institutions et les acteurs de la société civile, tous liés par les Traités, acceptent de respecter et de mettre en œuvre dans leurs relations mutuelles. L'État de droit a été un des principes les plus essentiels parmi ceux définis dans la période d'après-guerre, puisqu'il permettait de passer d'un

53 Pour une analyse stimulante, G. de Búrca, *Europe's raison d'être*, *New York University School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper 9/13* (2013), https ://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ?abstract_id=2224310.

54 *Editorial Comments. About Brexit negotiations and enforcement action against Poland : The EU's own song of ice and fire*, "Common Market Law Review" 2017/54.

55 Sur l'éthique de l'Europe, voir Andrew J. Williams, *The ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.

56 *The Law of Integration. Emergence of a new phenomenon in international relations based on the experience of the European Communities*, Sijthoff, Leiden 1974.

57 Terme emprunté à D. Edward, *An Appeal to First Principles* (manuscrit non publié dans les archives de l'auteur).

« pouvoir politique » à un « pouvoir politique limité par la loi »[58]. Et pourtant, malgré tous ces discours sur l'espoir et les leçons du passé, le système et la conception constitutionnels de l'UE ont toujours été entachés d'une « *asymétrie normative* » : les déclarations et les engagements n'ont jamais été étayés par un ensemble d'outils permettant leur application. Pourquoi ?

En 1951, l'autorité politique chargée de veiller à ce que les États membres restent des démocraties libérales n'a effectivement pas été traduite en *droit,* ce qui s'explique par le fait que les États membres d'alors avaient encore en mémoire le souvenir des horreurs commises sur le continent durant la Seconde Guerre mondiale. Les Pères fondateurs ont dû considérer comme acquis le fait que ces souvenirs constitueraient un moyen de dissuasion suffisant contre tout retour à l'autoritarisme, et que les communautés nouvellement créées ne seraient rien d'autre qu'une célébration des démocraties libérales. Mais l'Histoire ne s'arrête jamais, et aujourd'hui l'impensable remet en cause le projet européen. L'échec de l'application de la législation européenne en Hongrie, et maintenant en Pologne, a été clairement mis en évidence : l'UE a toujours un train de retard sur les événements sur le terrain, et est perdue dans une diplomatie de l'indignation infinie et inefficace. Les États membres où sont nés la méfiance et la peur sont appelés à siéger au procès d'un de leurs collègues, lui-même impliqué dans ce processus de recul démocratique. Les institutions européennes sont confrontées à des dangers auxquels elles n'étaient pas préparées, et ont ensuite contribué à la crise par leur propre incompétence et leur manque de volonté politique. En conséquence, il n'y a pas eu

58 On pourrait dire que le « pouvoir politique limité » est le moteur du consensus européen et l'un des paradigmes du règlement constitutionnel de l'après-guerre en Europe. L'insistance sur l'élément de contrainte était à son tour motivée par la méfiance à l'égard de la souveraineté populaire et la crainte de retomber dans l'autoritarisme. Sur ce point, voir J.-W. Müller, *Beyond Militant Democracy,* « New Left Review » 2012/73, p. 39.
Sur la démocratie et l'État de droit comme épine dorsale du projet européen, voir également K.L. Scheppele, D. Kelemen, *Defending Democracy in EU Member State.* Beyond Article 7 TEU (in :) F. Bignami (ed.), The European Union in Populist Times, Cambridge University Press 2020.

d'action systémique coordonnée. La prise de contrôle s'est poursuivie, enhardie et renforcée par l'absence de contre-stratégies supranationales crédibles.

Notre argument ici est de dire que la politique du ressentiment constitue le défi ultime au socle de ce que constitue l'intégration européenne, l'adhésion à l'Union et le consensus d'après-guerre : une communauté de valeurs et d'intérêts attachés au libéralisme et à la démocratie, un accord sur le fait que la Communauté représente plus que la simple somme de ses parties, et la loyauté à l'ordre juridique de la Communauté que les parties reconnaissent comme étant contraignante pour toutes les composantes dans la même mesure que la politique du ressentiment le fait maintenant[59]. Les crises européennes passées ont été des sources de galvanisation, poussant souvent à une plus grande intégration de l'UE. Cela étant dit, elles n'ont jamais remis en question le « consensus européen » qui a rassemblé les États autour d'éléments essentiels. Le recoupement consensuel exige une entente sur des engagements de principe fondamentaux[60] : ce sont ces éléments essentiels que je demande aux autres de respecter comme condition de ma propre

59 Aujourd'hui, nous sommes confrontés à une situation où tous les États membres ne partagent pas les valeurs fondamentales sur lesquelles l'UE est censée se fonder. Comme le soutiennent à juste titre C. Closa et D. Kochenov : « *le cœur même du système constitutionnel de l'Union européenne est mis à l'épreuve par le non-respect par certains États membres des principes et valeurs fondamentaux de l'Union (...) la démocratie, l'État de droit et la protection des droits de l'homme sur lesquels les systèmes juridiques de l'Union et de ses États membres sont censés être fondés* ». Voir C., Closa, D. Kochenov, *Introduction : How to Save the EU's Rule of Law and Should One Bother* (in :) C. Closa, D. Kochenov, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union,* Cambridge University Press, 2016. Cette présomption doit maintenant être levée ou, au mieux, être considérée comme réfutable.

60 Je m'inspire ici des travaux de J. Rawls, *Theory of Justice,* Harvard University Press, Cambridge 1971 ;
J. Rawls, *The idea of an overlapping consensus,* "Oxford Journal of Legal Studies" 1987/7 ;
J. Rawls, *Political liberalism*, Columbia University Press, New York City 1993. Voir également J. Garthoff, The Idea of an Overlapping consensus revisited, "Journal of Value and Inquiry" 2012/46, p. 183.

déférence aux décisions des autres[61]. Une entente parfaite n'existera pas sur ces éléments essentiels – les différences persistantes entre les citoyens qui vivent ensemble dans un régime constitutionnel créent un désaccord sur la forme finale de ces éléments essentiels. « *Les citoyens qui affirment des doctrines globales raisonnables, mais qui s'opposent à celles-ci, font partie d'un recoupement consensuel : ils approuvent généralement cette conception de la justice comme donnant le contenu de leurs jugements politiques sur les institutions de base ; et deuxièmement, des doctrines globales déraisonnables ... n'acquièrent pas suffisamment de poids pour saper la justice essentielle de la société* »[62].

Le consensus n'efface pas la diversité. Au contraire, il répond et reconnaît que la société est effectivement construite sur la diversité. De nombreux désaccords entre les citoyens dans leur compréhension de la justice peuvent toutefois conduire à des jugements politiques similaires, et ces jugements politiques similaires peuvent conduire à « *un recoupement plutôt qu'à un consensus strict* »[63], de telle sorte à ce que des opinions différentes au départ aboutissent à la même conclusion. Cependant, les parties qui participent au dit consensus s'accordent sur le fait que ces désaccords seront aplanis et explicités dans le cadre discursif. L'exclusion des acteurs ayant des doctrines déraisonnables et irrationnelles est non seulement justifiée, mais nécessaire pour parvenir à un recoupement consensuel. Au cœur du consensus européen, il y a la tolérance constitutionnelle et un accord sur un engagement fondamental envers le(s) premier(s) principe(s) ou l'adhésion à un certain noyau (essence) de principes et de concepts qui nous lient, et que les parties qui

61 Ch.F. Sabel, O. Gerstenberg, *Constitutionalising an Overlapping Consensus : The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order,* "European Law Journal" 2010/16, p. 511, à la p. 513.

62 J. Rawls, *Political liberalism*, Columbia University Press, New York City 1993. Voir également J. Garthoff, *The Idea of an Overlapping consensus revisited*, "Journal of Value and Inquiry" 2012/46, p. 38–39.

63 J. Rawls, *Theory of Justice,* Harvard University Press, Cambridge 1971.

participent au consensus exigent des autres qu'ils le respectent[64]. Le facteur temps est important, car le recoupement consensuel est sujet à des ajustements et à un apprentissage mutuel. Selon Sabel et Gerstenberg, le consensus est le résultat d'une « *interaction historique permanente entre la vision politique commune émergente et les vues globales qui la sous-tendent* »[65]. « Nous » les peuples d'Europe, nous avons convenu de respecter le mode de vie des autres, à condition que leur vie et leurs décisions respectent des valeurs essentielles et fondamentales convenues d'un commun accord. La tolérance constitutionnelle a soumis les peuples européens à la discipline de la démocratie, même si le système politique européen est composé de peuples distincts.

La « politique du ressentiment » remet en question ce récit en proposant un récit concurrent, celui des désaccords fondamentaux sur les valeurs et de l'incapacité de l'Union européenne actuelle à favoriser la confiance mutuelle. Étant donné les désaccords fondamentaux sur les valeurs que la politique du ressentiment met en avant, la question urgente qui s'est posée est de savoir si ce « Nous » existe vraiment. Le recoupement consensuel repose sur le fait que les membres de sociétés multiples aux différences persistantes reconnaissent qu'ils doivent comprendre et respecter les éléments essentiels qui les lient, tout en honorant simultanément l'influence des autres sur l'interprétation des engagements partagés.

L'État de droit fournit un bon exemple d'une situation dans laquelle un consensus fragile, fondé sur des points communs, est aujourd'hui remplacé par la différence. Les forces à l'origine de la politique du ressentiment avancent l'idée que le concept de valeurs communes est trop éphémère et loin d'être cristallisé. Le

64 Pour une application dans le cadre des cours constitutionnelles européennes, consultez également T.T. Koncewicz, *Constitutional courts as frontier institutions in the European constitutional space. On the road towards "Van Gend en Loos 2 ?"*, 2018/ 2 "Indian Journal of Constitutional and Administrative Law".

65 Ch.F. Sabel, O. Gerstenberg, *Constitutionalising an Overlapping Consensus : The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order*, "European Law Journal" 2010/16, p. 544.

gouvernement polonais de droite prétend respecter l'État de droit, mais soutient en même temps : *premièrement,* que l'acception du terme d'État de droit devrait être différente de ce qu'elle était jusqu'à présent ; *deuxièmement,* et plus dangereux encore, qu'il n'y a pas d'accord sur ce que le concept d'État de droit implique au niveau pratique. Cet argument rappelle ce que C. Sunstein a appelé des « *arguments incomplètement théorisés* ». L'auteur soutient que dans les conditions de désaccords sérieux, la constitution ne peut s'épanouir que si les gens s'accordent sur certaines pratiques plutôt que sur des principes abstraits ou des motifs justifiant ces pratiques. Aussi, des accords incomplètement théorisés pourraient tout aussi bien se développer dans un cadre où les gens s'accordent sur des principes abstraits, mais pas nécessairement sur ce que ces principes impliquent dans la pratique[66]. Le constitutionnalisme moderne admet que, en l'absence d'État de droit, la démocratie constitutionnelle contemporaine est impossible[67]. Au minimum, l'État de droit exige une règle de droit assez généralisée, une grande prévisibilité, une séparation importante entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, et une large adhésion au principe selon lequel nul n'est au-dessus de la loi[68]. Dans le contexte de l'UE, nous pourrions soutenir que l'État de droit est soit une ***pratique*** partagée, mais qu'il n'y a pas d'accord sur les principes abstraits qui la sous-tendent et qui justifient ces pratiques, soit que l'État de droit est un ***principe*** sur lequel toutes les parties s'accordent, définissant par la suite une pratique qui pourrait être partagée par tous. Dans l'analyse qui suit, l'État de droit est un principe fondamental et comporte un minimal clair et non négociable. L'autorité qui lie la Communauté est le droit et le respect du droit. C'est le principe qui a sous-tendu le consensus initial de 1951[69] et qui continue de le sous-tendre[70]. L'État de droit doit être considéré comme un engagement essentiel en faveur du consensus. Il s'agit d'un argument pleinement théorisé avec un contenu minimum, tant au niveau de la pratique que du principe.

La jurisprudence de la Cour de justice a toujours contenu de solides arguments en faveur de l'interprétation de l'État de droit comme étant l'un des métaprincipes de l'ensemble du cadre constitutionnel de l'UE[71]. En somme, cela signifie que l'interprétation pourrait changer, mais que le noyau dur du principe demeure : séparation des pouvoirs, application effective du droit, contrôle juridictionnel, droit à un recours effectif, principe de sécurité juridique et de confiance légitime et principe de proportionnalité[72]. Dans notre analyse, l'État de droit est un des fondements du consensus, dans le sens où la Cour a parlé dans l'arrêt Simmenthal de la suprématie du droit de l'UE comme étant la base même de l'ordre juridique de l'UE[73]. Sans l'engagement en faveur de l'État de droit, les parties au consensus n'auraient jamais pu se référer les unes aux autres. Il faut faire confiance aux systèmes et pratiques juridiques de tous les participants au consensus.

Toutefois, être pour le consensus européen ne signifie pas l'annulation de quelque désaccord constitutionnel. Tenter de balayer

66 *Designing Democracy : What Constitutions do*, Oxford 2001, pp. 50–56.

67 M. Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, "Southern California Law Review" 2001/74, p. 1307, 1313.

68 *Ibid*.

69 U. Everling, *Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, (1994) 29 EuR 127, p. 143.

70 A. Magen, *Cracks in the foundation : Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU,* "Journal of Common Market Studies" 2016/54, p. 1050.

71 Dans le même ordre d'idées, une analyse récente de V. Roeben, *Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture,* « Hague Journal on the Rule of Law » 2020/12, p. 29.

72 L. Pech, *A Union Founded on the Rule of Law : Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, "European Journal of Constitutional Law" 2010/6, p. 359, p. 373–374
Pour un lien direct entre l'application effective du droit et l'État de droit en tant que valeur fondamentale, voir C-441/17 R, Commission c. Pologne, au paragraphe 102.

73 La centralité de l'État de droit (« les fondements mêmes de l'ordre juridique de l'UE ») est corroborée par le fait que la Commission encadre sa plus récente procédure d'infraction contre la Pologne en termes d'art. 19 TUE (« la Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ») et de l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (« droit à un recours effectif »).

les désaccords sur la politique européenne serait contrefactuel : le désaccord doit faire partie de l'entreprise commune européenne et doit fonctionner comme un frein à la poussée centralisatrice naturelle de l'Union. L'essence du consensus est procédurale et reflète le caractère pluriel de l'ordre juridique[74] de l'UE. L'évolution du droit de l'UE est considérée comme le produit d'un dialogue entre toutes les parties participant au consensus et à la courtoisie internationale. Le consensus et l'engagement envers la courtoisie internationale sont renouvelés par un processus de négociation sans fin. La négociation permet les interactions juridiques et factuelles entre l'ordre juridique de l'UE et les ordres juridiques nationaux, et permet de faire entendre les préoccupations nationales. Elle permet de s'assurer que chaque partie au consensus se considère comme un *acteur* et un *architecte* du récit constitutionnel. En tant que telle, la négociation sur la forme finale du consensus renforce et encadre le pluralisme qui a toujours défini les peuples européens.

À noter également que le consensus permet de mettre l'accent sur « qui devrait avoir le premier mot » dans un esprit de courtoisie, plutôt que sur « qui a le dernier mot sur les valeurs » - principe préféré de la politique du ressentiment). Alors que cette dernière réaction traite le conflit comme un *fait accompli,* la première est préventive, vise à diffuser la tension et à encadrer le désaccord avant qu'il ne dégénère en un conflit total qui pourrait mettre en danger le consensus. Cette approche qui fait du désaccord constitutionnel une partie intégrante du consensus est *inclusive.* Elle répond à la fierté et à l'ambition de tous les participants et signataires du consensus initial – les États membres, les citoyens et l'UE. Tous sont des partenaires de l'entreprise commune. L'approche est *pragmatique,* car elle reconnaît le conflit du « *soit ... ou bien* » comme étant insoluble et balaye le piège discursif selon lequel la question de l'autorité ultime pourrait être résolue une fois pour toutes.

74 Pour une analyse de la tonalité, N. MacCormick, *Beyond the Sovereign State,* "Modern Law Review" 1993/56, p. 1 ; N. MacCormick, *The Maastricht-Urteil : Sovereignty Now,* "European Law Journal" 1995/1, p. 259.

Où tout cela nous mène-t-il aujourd'hui ? La loi doit-elle vraiment être du côté des méchants[75] ? Comment expliquer la facilité relative avec laquelle la mainmise anticonstitutionnelle a pris racine et a réussi à se répandre aussi rapidement ?

Ce sont des questions difficiles qui exigent des réponses à plusieurs niveaux. Alors que la question des mesures correctives retient de plus en plus l'attention, comme le montrent les importantes contributions universitaires dans ce domaine[76], c'est la question de la « jurisprudence de l'État de droit » qui émerge et qui mérite notre plus grande attention. Cette jurisprudence doit être placée dans un contexte plus systémique. Les parties III et IV du document traitent de ces questions en conséquence.

75 C. Closa et D. Kochenov ont exprimé le doute qu'il n'en soit pas forcément ainsi. Voir leur impressionnant catalogue de remèdes et de contre-stratégies dans C. Closa, D. Kochenov, *Reinforcing rule of law oversight in the European Union,* « Cambridge University Press » 2016, p. 3 et ma critique de livre publiée en 2018/55 « Common Market Law Review », p. 953.
Voir aussi P. Bard, D. Kochenov, Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU : The Pitfalls of Overemphasing Enforcement, "RECONNECT Working Paper" 2018/1, https ://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/07/RECONNECT-Kochenov-Bard-WP_27072018b.pdf.

76 Voir, en particulier, K.L. Scheppele, D. Kelemen, *Defending Democracy in EU Member State. Beyond Article 7 TEU.*

III. Défendre le recoupement consensuel européen. Sur la promesse et les limites de la salle d'audience[77]

Dans le domaine du comportement judiciaire, ce que les juges disent, les règles qu'ils annoncent et/ou menacent d'annoncer, est souvent un aspect plus important de leur comportement que la façon dont ils votent.
M. Shapiro, *Les juges peuvent-ils délibérer ?*[78]

Toute cour constitutionnelle passe par ce que F. Ost a appelé avec imagination « *un moment de non-droit* ». La place du « non-droit » est définie ici comme une situation où il n'y a pas d'indication définitive dans la loi quant à la manière dont l'affaire doit être résolue. Un « *moment de non-droit* » redéfinit fondamentalement un tribunal, car ce moment pèsera lourdement sur son image, sa perception de soi et son rôle à l'avenir. Il ne s'agit pas de rendre un bon jugement immédiatement, mais d'appeler un tribunal à faire preuve d'un esprit d'anticipation, de conciliation des intérêts divergents et de véritable synthèse constitutionnelle sur le long terme. Pour qu'un tribunal puisse réagir et aller de l'avant, il doit devenir stratège et, à ce titre, calculer, anticiper, planifier, faire des choix et s'adresser à divers publics, et tout cela en même temps. Plus important encore, un stratège juridique doit connaître les limites de sa propre vision constitutionnelle et de ce qu'il peut ajouter à un texte juridique incomplet[79].

77 D'autres références spécifiques sont fournies dans les notes de bas de page qui suivent.

78 M. Shapiro, *Can Judges Deliberate ?* (29.04.2003) (document non publié) (dans le dossier de l'auteur), à la p. 3.

79 Pour une analyse fondatrice, voir M. Shapiro, *Political Jurisprudence,* « Kentucky Law Journal » 1963/52, p. 294 qui préfigure son livre Law *and Politics in the Supreme Court : New Approaches to Political Jurisprudence*, Free Press 1964.

La « crise de l'État de droit » dans l'Union européenne a vu la Cour de justice s'aventurer dans les eaux inconnues du *non-droit* et étendre sa portée juridictionnelle dans des domaines autrefois considérés comme relevant de la souveraineté nationale. Il ne fait aucun doute que chaque décision rendue entre 2017 et 2019 mérite une attention particulière : de l'affaire des « juges portugais » à celle de l'exploitation forestière en Pologne, en passant par l'arrêt relatif au mandat d'arrêt européen (MAE) et, plus récemment, l'affaire de la Cour suprême polonaise et la suspension de la chambre disciplinaire[80]. Et pourtant, essayer de comprendre comment la Cour remplit les espaces vides ouverts par la rencontre avec le « *non-droit* » nécessite de ne pas se concentrer uniquement sur les décisions individuelles (le « bateau »), mais d'apprécier également le roman de la chaîne juridictionnelle (le « voyage »). La Cour nous a raconté des histoires importantes sur la façon dont elle se perçoit et se comprend, tout en mettant à jour de nouvelles couches de l'ordre juridique de l'UE.

Le professeur Koen Lenaerts a fait valoir que pour honorer le mandat constitutionnel dans un ordre juridique autonome et, en ce sens, autoréférentiel, la Cour n'aurait pas pu se limiter à une compréhension formaliste de l'État de droit[81]. En conséquence, elle n'avait d'autre choix que de combler les *lacunes* constitutionnelles laissées par les auteurs des traités. Il a distingué trois volets historiques dans la jurisprudence de la Cour : (1) définir le droit et échapper à une compréhension formaliste de l'État de droit ; (2) sauvegarder le noyau de l'intégration européenne ; (3) maintenir les freins et les contrepoids.

Notre argument ici est de dire que la « jurisprudence existentielle » de la Cour s'appuie sur la tradition jurisprudentielle et lui ajoute un nouveau chapitre. Cette jurisprudence est dite « existentielle », car la Cour vise à défendre l'intégrité et la viabilité du système

80 Sur cette jurisprudence, contributions complètes en droit européen dans F. Bignami (ed.), *Populist Times. Crises et perspectives*, Cambridge University Press 2020.

81 K. Lenaerts, *How the ECJ Thinks : A Study on Judicial Legitimacy,* "Fordham International Law Journal"2013/36, p. 1303, p. 1307 - 1309.

juridique de l'UE. La Cour ne se contente pas de statuer sur les affaires renvoyées par les tribunaux polonais ou introduites par la Commission. Elle s'emploie plutôt à sauver l'UE de ce que Pierre Pescatore a un jour qualifié de « catastrophe ».

Avec la crise de l'État de droit, la Cour évolue vers un nouveau paradigme. D'une part, elle poursuit le premier volet jurisprudentiel de Lenaerts. Mais elle fait aussi plus que cela : elle va de l'avant avec les nouveaux éléments et le cadre justificatif de sa jurisprudence constitutionnelle. En 2019, la Cour se trouve dans la situation peu enviable d'être coincée entre ce qui est maintenant clairement une affirmation contrefactuelle (« les valeurs sont partagées ») d'une part, la voie juridique pragmatique et le mandat qui lie la Cour au mât de l'État de droit, d'autre part. La Cour tente de combler le fossé entre le monde réel et la réalité en insistant sur la confiance et le caractère commun des valeurs. Cette confiance a toujours été fondée sur la convergence entre les valeurs fondamentales des États membres et de leurs ordres juridiques et les fondements de l'ordre juridique de l'UE. Pour que le consensus européen sur les valeurs fondamentales fonctionne, il faut qu'il y ait un accord sur les engagements fondamentaux des premiers principes. La jurisprudence existante fait respecter ces principes essentiels au nom de l'ordre juridique de l'UE et du consensus initial.

1. La méthode

Un observateur critique de la dynamique juridique ne doit pas se limiter à l'étude du ou des cas « révolutionnaires », mais doit également lire la jurisprudence antérieure et postérieure. Conformément à l'approche progressive, cependant, ce n'est pas seulement ce que la Cour a décidé qui compte, mais également ce qu'elle a laissé ouvert et intact. C'est par l'enchaînement de ces histoires jurisprudentielles que les contours définitifs de la doctrine se dessinent peu à peu. La voie de cette jurisprudence est incrémentale, et l'analyse doit être systémique et globale. Comme l'a dit M. Shapiro presque il y a 60 ans : « *Le cœur de la doctrine incrémentale est le respect du statu quo et l'évolution du statu quo seulement par petites étapes marginales, soigneusement conçues pour permettre de nouvelles modifications à la lumière d'un développement ultérieur. L'incrémentalisme est une théorie de liberté et de limitation* »[82].

Cette thèse sur la doctrine incrémentale est cruciale pour comprendre comment la Cour de justice, face au rejet systémique des Premiers principes de l'ordre juridique européen par les États membres, a progressivement découvert, voire même parfois mis en lumière, et défendu ces principes. La Cour procède de manière progressive, consciente à la fois des opportunités et des limites qu'implique la nouvelle politique constitutionnelle en Europe. De l'équilibre à petits pas se développe un changement à grande échelle. L'évolution doit toujours suivre la révolution et, inversement, un changement révolutionnaire peut évoluer avec le temps avant que sa forme finale ne soit pleinement atteinte. De nouveaux cadres argumentatifs sont construits autour de certains préceptes généraux énoncés. Au moment propice, le dossier est construit et reconstruit, de manière à mettre en place et à encadrer ce roman en chaîne. L'évolution suivra la révolution, même si, au moment des événements, peu de gens peuvent se rendre compte que les bases de cette dernière sont en train d'être construites.

La *première* étape consiste à attendre le bon cas juridique. La *deuxième* étape pose le principe. Cependant, la simple énonciation de ce principe ne suffira pas : la Cour doit calibrer et recalibrer « un » principe avant qu'il ne devienne « le » principe. Ainsi, la *troisième* étape dévoile les conséquences et délimite la portée d'un principe qui déterminera finalement le contenu de celui-ci. Cela peut ainsi déboucher sans problème à la *quatrième* étape d'application au cas par cas. En fin de compte, nous rencontrons la nouvelle doctrine du principe à part entière. C'est là que nous en sommes actuellement. En procédant étape par étape, la Cour ne se limite pas aux questions posées ni ne refuse de s'engager dans les arguments qui, à *première vue,* semblent inutiles pour la résolution

82 M. Shapiro, *Stability and Change in Judicial Decision-Making : Incrementalism or stare decisis*, "Law in Transition Quarterly" 1965/3, p. 156–157 (souligné dans l'original).

d'une controverse en cours. La Cour est plutôt responsable de la formulation de l'argument et des conditions d'engagement. Le cas des « juges portugais » illustre cet état d'esprit révolutionnaire où il n'était pas nécessaire que la Cour réponde aux questions qui lui étaient posées dans un cadre constitutionnel aussi large. Le résultat concret est entré dans les coulisses de la doctrine constitutionnelle abstraite. Si le résultat a été subsumé par l'affaire et la décision, les contours de la doctrine étaient, à dessein, loin d'être clairs. Conformément à l'approche progressive, la Cour s'est juste lancée dans un voyage à la recherche d'un juste équilibre entre le *statu quo* et le changement nécessaire. Elle contrôlait parfaitement où et comment elle voulait faire avancer la doctrine naissante et commencer à construire sur un principe avant qu'il ne devienne le principe.

L'interaction subtile que l'on perçoit entre l'affaire des juges portugais[83] et l'affaire du mandat d'arrêt européen (MAE) fournit un bon exemple de l'incrémentalisme[84]. Ce dernier cas a fourni une base jurisprudentielle solide pour le premier, et lorsqu'ils sont lus ensemble, ils créent une logique incontournable dans le raisonnement de la Cour :

- Première étape : l'indépendance du pouvoir judiciaire est essentielle au droit fondamental à un procès équitable (par. 48 MAE). Le droit à un procès équitable, à son tour, garantit que tous les droits individuels qui découlent du droit communautaire sont protégés, et que les valeurs communes aux États membres énoncées dans l'art. 2 TUE – en particulier la valeur de l'État de droit – sont sauvegardées.

83 Sur l'affaire, M. Bonnelli, M. Claes, *Judicial serendipity : How Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary,* "European Constitutional Law Review" 2018/14, p. 622 ;
L. Pech, S. Platon, *Judicial independence under threat : the Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, "Common Market Law Review" 2018/55, p. 1827.

84 Arrêt de la CJUE, 25.7.2018, C-216/18 *PPU* - Ministre de la justice et de l'égalité https ://curia.europa.eu/juris/liste.jsf ?language=en&td=ALL&num=C-216/18%25252525252520PPU.

- Deuxième étape : l'existence même d'un contrôle juridictionnel efficace visant à garantir le respect du droit de l'UE est essentielle pour l'État de droit (par. 36 de l'affaire des juges portugais et par. 51 du MAE).

- Troisième étape : l'obligation de chaque État membre de veiller à ce que les tribunaux remplissent les conditions essentielles à une protection juridictionnelle effective, conformément à l'art. 19 TUE (par. 40 de l'affaire des juges portugais et par. 53-54 de l'affaire du MAE).

- Quatrième étape : pour que la protection juridictionnelle soit effective, le maintien de l'indépendance des tribunaux nationaux est essentiel (par. 41 de l'affaire des juges portugais et par. 53 du MAE).

- Cinquième étape : il est essentiel de garantir la protection contre les interventions ou pressions extérieures sur le pouvoir judiciaire, pressions qui pourraient nuire à l'indépendance du jugement et influencer les décisions prises par les membres du tribunal (par. 44 de l'affaire des juges portugais et développé dans les par. 63-64 du MAE).

En introduisant, puis en répétant inlassablement les nouveaux termes « d'essence » et « d'essentiel », la Cour parle le métalangage de l'identité et de la spécificité de l'ordre juridique de l'UE. L'indépendance du pouvoir juridique n'est pas une valeur intrinsèque en tant que telle, mais elle est essentielle pour garantir le respect d'un droit de premier ordre, à savoir le droit à un procès équitable. Le lien entre ce droit et « tous les autres droits » renvoie clairement à la plus chère de toutes les doctrines : l'effet direct. En mettant ce droit procédural au service de la protection de l'effet direct de l'UE, la Cour s'inspire du langage constitutionnel de Van Gend en Loos, sans toutefois le mentionner. Enfin, les conclusions critiques de l'interaction que nous venons d'esquisser ont été tirées dans l'ordonnance de la Cour du 19 octobre 2018 *(C-619/18,Commission contre Pologne,* et depuis lors confirmée par la Grande Chambre

le 17 décembre 2018)[85] où la Cour, statuant en faveur de la Commission, a fait référence au paragraphe 48 de l'affaire MAE. C'est le parcours classique d'un principe devient le principe[86].

2. Le thème : « Union de droit »

La Cour, chaque fois qu'elle est saisie dans le cadre de sa compétence, a l'obligation de se prononcer, l'obligation de dire le droit conformément à la mission générale qui lui est assignée par l'article 164.
P. Pescatore[87]

L'art.19 TUE[88] est le cœur et l'âme de cette jurisprudence existentielle. La jurisprudence montre que l'art.19 TUE joue de nombreuses fonctions systémiques, et souvent en même temps. Il convient d'en mentionner six ici.

Premièrement, il fait passer l'Union d'une politique axée sur le pouvoir à une politique axée sur les règles. Deuxièmement, il

85 Voir curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=209302&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4919513 (29.04.2020).

86 Plus récemment, les arrêts de la Cour dans les affaires jointes (C-585/18, C-624/18, C-625/18) semblent indiquer que le seuil où le principe est déjà fermement établi est désormais dépassé. Dans cette optique, l'ordonnance de référé de la Cour dans l'affaire C-791/19R, Commission c. Pologne, n'applique que ce qui fait déjà partie intégrante de la jurisprudence établie.
Pour une interprétation corroborant cette lecture de la jurisprudence, consulter T.T. Koncewicz, *Czy Polska jest gotowa na wspólnotowe* myślenie, „Rzeczpospolita" 15.04.2020.
https://archiwum.rp.pl/artykul/1426269-Czy-Polska-jest-gotowa--na-wspolnotowe-myslenie.html et Unijny sąd nad Izbą Dyscyplinarną. O wspólnocie prawa i unijnej filozofii http://konstytucyjny.pl/tt-koncewicz-unijny-sad-nad-izba-dyscyplinarna-o-wspolnocie-prawa-i-unijnej-filozofii-sadzenia/

87 P. Pescatore, *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge* (in:) G. Lüke, G. Ress, M.R. Will (eds.), *Rechtsvergleihung, Europarecht and Staatintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Köln-Berlin-Bonn-München 1991.

88 Art. 19 §1 est libellé comme suit « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et les tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».

représente la « légalité de l'Union », comprise comme une idée du droit au sein de l'ordre juridique de l'Union. Troisièmement, il habilite la Cour et délimite en même temps sa compétence ou, selon les termes de P. Pescatore, il définit l'espace normatif dans lequel la Cour exerce son pouvoir judiciaire. L'espace normatif de l'art.19 TUE est défini comme assurant le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité. Si cette formule laisse les interprétations ouvertes, elle contient toutefois l'élément de contrainte. Quatrièmement, il exprime l'idée de la protection juridictionnelle qui est fondamentale et permet à la Cour d'interpréter les clauses juridictionnelles d'une manière cohérente et constructive. Cinquièmement, il souligne que les tribunaux de l'Union sont des tribunaux de droit et que l'Union européenne est régie par l'État de droit. L'art.19 TUE ne se contente cependant pas de définir. Par conséquent et sixièmement, il décrit la mission de la Cour dans le cadre de la séparation des pouvoirs établie par l'art.5 §2 du TUE, selon lequel chaque institution agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées. En ce sens, l'art.19 TUE fait partie du cadre de compétence du traité. Même si l'art.19 §1 TUE n'est pas interprété comme une clause juridictionnelle (au sens qu'il ne confère pas de compétence), son rôle est beaucoup plus important et va au-delà de ce simple aspect[89].

L'art.19 TUE peut être vu comme le chef de juridiction de la Cour, indépendant, bien qu'il soit de nature particulière. Sa mission qui consiste à veiller au respect du droit contient en elle la caractéristique basique et fondamentale selon laquelle l'Union européenne est fondée sur l'État de droit. Le droit communautaire doit être respecté par tous, autant par les États membres que par les institutions, et la Cour est là pour veiller à ce qu'il ne s'agisse pas de simples paroles en l'air. À cette fin, elle a mis à sa disposition

89 Sur l'article 19 TUE et ses prédécesseurs, l'article 220 du traité sur la Communauté européenne et l'article 164 du traité sur la Communauté économique européenne, voir de manière exhaustive T.T. Koncewicz, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich : o jurisdkcyjnych granic i wyborach w dynamicznej « wspólnocie prawa »*, Varsovie 2009 et plus récemment*Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwościO ewolucji podstaw*Varsovie, 2020.

des compétences (à commencer par l'article 258 du TFUE), ainsi que des compétences implicites. Ces dernières sont réservées aux situations exceptionnelles et utilisées comme outil complémentaire. Il serait toutefois faux de penser que le recours à la compétence implicite telle qu'elle est exprimée à l'article 19 TUE est une pratique quotidienne. Le fait que l'Union soit fondée sur l'État de droit constitue le principe sur lequel se base la Cour pour modifier (pour ses détracteurs) ou enrichir (pour ses partisans) sa compétence afin de s'assurer qu'il existe un système complet de recours et de procédures juridiques au sein de l'Union. L'identification d'une lacune dans un système ne suffit pas à la Cour pour la combler en s'appuyant sur sa compétence implicite. Dans chaque cas, la Cour évaluera si la nécessité de combler une lacune est justifiée par certains intérêts et principes urgents dignes d'être protégés (respect de l'équilibre institutionnel, coopération effective avec les tribunaux nationaux, système cohérent de protection juridique, et maintenant l'État de droit, contrôle juridictionnel effectif dont l'essence est l'État de droit, indépendance des juges). Si la balance penche en faveur d'une telle intervention judiciaire, une juridiction implicite entrera en jeu.

L'ancien juge de la Cour C. Kakouris avait exposé sa vision de la mission du juge, par laquelle il entendait apporter de la cohérence aux principes et aux règles, ainsi qu'établir un ordre de préférence entre eux. Un tel exercice contribue à la reconstruction du système normatif au lieu de le déconstruire. La Cour choisit un principe supérieur, à la lumière duquel elle décide de résoudre le cas. La différenciation interne qui s'ensuit établit une hiérarchie entre les normes et les valeurs constitutionnelles. Il en résulte que toutes les dispositions du traité ne se situent pas au même niveau de normativité. Certaines sont techniques, d'autres jouent un rôle fondamental. En cas de conflit, la disposition la plus importante, la règle principale, doit être suivie. La super-constitutionnalité qui en découle devient un mécanisme de gouvernance pour ordonner les normes et les valeurs dans le cadre du traité. Parmi ces principes fondamentaux, la protection et le contrôle judiciaire efficace, l'État de droit et l'indépendance de la justice jouent un rôle primordial et peuvent l'emporter sur d'autres en cas de conflit. La

jurisprudence existentielle de la Cour les réunit sous un même chapeau, celui de l'art.19 TUE. Cette disposition rassemble les affaires de la Cour en une doctrine cohérente et aide la Cour à passer à un nouveau paradigme : la jurisprudence existentielle. Par conséquent, le point le plus crucial est de voir et de comprendre que le règlement des questions de compétence n'est pas un processus purement automatique. Le choix juridictionnel de la Cour est toujours précédé d'un compromis difficile entre des intérêts et des principes concurrents.

En connaissant les méthodes et les principales thématiques qui animent la Cour, on peut se pencher sur une question plus cruciale : quelle est la prochaine étape pour la Cour et ses incursions judiciaires dans la sphère du « *non-droit* » ?

3. Méthode judiciaire : jusqu'où peut-elle aller ? Sur les promesses, et aussi sur les limites

Si nous avons clairement souligné les dangers d'une surpolitisation du pouvoir judiciaire, le temps de crise constitutionnelle exige une approche plus rigoureuse des institutions et de leurs sphères de compétence et d'expertise respectives. Les tribunaux ont pour mission de faire respecter l'État de droit. C'est ce qu'ils font, et c'est ce qu'ils font le mieux. Bien entendu, cela ne signifie pas que les tribunaux sont les seuls acteurs dans le domaine de l'État de droit. Il existe d'autres institutions ayant leurs propres mandats et compétences. Parfois, pour qu'une action soit pleinement efficace, un suivi est nécessaire. Dans d'autres situations, un acteur judiciaire ne pourra apporter un changement que par ses propres actions.

Dans sa capacité à débloquer l'impasse politique en offrant des voies de recours alternatives, la Cour de justice doit continuer à faire preuve de prudence. Dans le document au titre évocateur « The European Court of Justice : Do all roads lead to Luxembourg ? »[90],

90 A. Rosas, *The European Court of Justice : Do all roads lead to Luxembourg ?*, "CEPS Policy Insights" 2019/3.

le juge A. Rosas soutient avec force que le rôle de la Cour, aussi important soit-il, doit être considéré comme faisant partie de la structure institutionnelle globale de l'Union. Il souligne que la Cour n'est pas chargée de décider de ce qui lui sera soumis et que les affaires qui lui sont soumises concernent des questions spécifiques qui ne « résolvent » pas les problèmes auxquels l'Union est confrontée. La jurisprudence existentielle telle qu'elle est comprise ici doit être considérée comme un exercice d'équilibre entre trois éléments et, en tant que tel, cela représente un formidable défi conceptuel pour la Cour.

Premièrement, les juges doivent toujours garder en mémoire le contexte politique dans lequel ils opèrent et qui, en fin de compte, aura un impact sur la manière dont la jurisprudence fonctionnera. Une jurisprudence qui interprète mal le contexte et n'adapte pas son message à l'environnement ne survivra pas dans la durée. La marge d'erreur dans les affaires très sensibles est mince. Il faut un véritable diplomate judiciaire pour tracer la ligne de principe et éviter de s'aliéner l'environnement politique dans lequel la Cour opère.

Deuxièmement, les juges ne doivent jamais trop s'éloigner des conséquences de leurs décisions. Compte tenu de l'ombre toujours croissante de la jurisprudence, cette considération est de la plus haute importance. L'élément conséquentialiste du raisonnement doit être déterminé non seulement par « ici et maintenant », mais dans une plus large mesure par « la suite ». La Cour, dans sa politique progressive, doit anticiper les conséquences futures de ses arrêts et les constellations possibles dans lesquelles ils seront appliqués. Ce n'est pas une tâche facile, et cela nécessite une combinaison de diplomatie judiciaire, de conscience institutionnelle, de finesse politique et d'autodiscipline judiciaire. En d'autres termes, le tacticien qui opère à la Cour doit avoir un plan à long terme pour son document constitutionnel.

Troisièmement, la Cour est liée par l'art. 19 TUE – ainsi que d'autres articles. À moins qu'elle ne veuille se rendre coupable d'un délit *per non est,* elle doit à tout moment adhérer aux valeurs fondamentales exprimées dans l'art. 2 TUE et les traduire judicieusement en doctrines applicables. C'est là que le défi consistant à convertir un texte juridique (constitution) en une jurisprudence fondée sur des principes et non opportuniste prend toute son importance. La Cour doit relever le plus grand défi de tous : celui de l'imagination et de la compréhension de soi en matière constitutionnelle. L'art. 2 TUE fait partie du droit communautaire *sensu largo,* de la même manière que la Cour a interprété le terme « droit » dans l'art. 19 TUE, autrefois considéré comme la disposition juridique la plus importante des traités. À la lumière de *l'acquis jurisprudentiel* durant cinquante ans, l'art. 19 TUE recèle un potentiel de recours encore inexploité. La Cour des années 1960 et 1970 a toujours parlé de l'autorité de la loi qui lie l'union « d'États, d'institutions et d'individus ». Avec sa clairvoyance et sa lucidité habituelles, le professeur John A. Usher a commenté la façon dont la Cour a utilisé l'art. 164 (précurseur de l'actuel art. 19 TUE) du traité des Communautés économiques européennes : *« En fait, [...] la Cour semble avoir accordé un nouveau recours non expressément prévu dans les traités, en vertu de deux dispositions générales du traité, les articles 5 et 164... La porte semble avoir été ouverte à l'exercice de nouveaux types de contrôle juridictionnel dans les relations complexes entre les institutions communautaires et les États membres, allant au-delà de l'interprétation large que la Cour avait déjà donnée en vertu des traités ».* [91]

Avec une jurisprudence existentielle qui augmente et une Cour de plus en plus confiante, la porte est en effet grande ouverte à un nouveau monde courageux pour faire respecter les éléments essentiels de l'ordre juridique de l'UE et rappeler aux États membres leurs engagements fondamentaux acceptés le jour de leur adhésion.

---

91 J.A. Usher, *General Course : The Continuing Development of Law and Institutions* (in :) F. Emmert, *Collected Course of the Academy of European Law*, "European Community Law" 1991/1, Martinus Nijhoff Publishers 1992 and, in particular, Part V, "The European Court of Justice and its Jurisdiction", p. 122–135.
Ainsi que *How limited is the jurisdiction of European Court of Justice'*, in Procedure and the European Court, J. Dine, S. Douglas-Scott, I. Persaud (eds.), Chancery Law Publishing 1991, à la p. 77.

4. Faire le bilan et aller de l'avant : qu'est-ce qui est essentiel dans l'ordre juridique européen ?

Les « *caractéristiques essentielles du droit de l'UE* » (terme utilisé par la Cour de justice dans son avis 2/13)[92] doivent aujourd'hui dépasser les « *premiers principes* » traditionnels de suprématie et d'effet direct, pour englober l'État de droit, la séparation des pouvoirs, l'indépendance du pouvoir judiciaire et le caractère exécutoire de ces principes en tant que partie intégrante de la légalité de l'UE, en constante évolution. Ensemble, ces caractéristiques essentielles du droit communautaire ont donné naissance à ce que la Cour a appelé de manière imaginative : « *un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendants entre l'Union européenne et ses États membres, ainsi qu'entre ses États membres, qui sont désormais engagés, comme le rappelle le deuxième paragraphe de l'article 1er du traité UE, dans un "processus visant à créer une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe"* ».

L'État de droit, l'intégrité du système juridique et l'indépendance du pouvoir judiciaire sont les principes fondamentaux du consensus initial qui a réuni les États membres. La nouveauté de cette argumentation est de dire que la lecture commune des articles 19 et 2 TUE – article 2 qui énumère les valeurs sur lesquelles l'UE est fondée – constitue les pierres angulaires de la légalité de l'UE. Bien que la « *jurisprudence existentielle* » au service de la légalité de l'UE exige une interprétation imaginative et engagée de la part des tribunaux, elle ne fonctionnerait jamais isolément. La salle d'audience seule ne peut pas tout faire. Son plein impact ne sera atteint que lorsque les institutions politiques seront prêtes à compléter la jurisprudence existentielle par leur propre expertise et l'application des premiers principes. Pour que la Cour puisse exercer efficacement son effet de judiciarisation sur la gouvernance de l'UE, elle doit être soutenue par les branches politiques de l'UE. En conséquence, les stratégies de contentieux de la Commission européenne doivent maintenant répondre au changement en cours dans la salle d'audience en formulant des arguments sur la base du « droit » (article 19 du traité UE) et de la jurisprudence existentielle.

Contrairement aux craintes exprimées ici et là, l'art. 2 TUE ne doit pas être appliquées aux États membres de manière abstraite et l'Union ne devrait revendiquer une compétence illimitée. Il est vrai que l'application de l'État de droit doit impliquer tous les acteurs et pas seulement la Cour, mais il est également vrai que les institutions politiques de l'UE n'ont pas été prêtes à défendre l'État de droit aussi vigoureusement que celui-ci le méritait. Trop souvent, les calculs politiques ont conduit à un silence embarrassant et à des négociations à court terme.

La question centrale et d'une grande relevance pratique est de savoir ce qui se passe lorsque les institutions de l'UE manquent à leur loyauté envers l'ordre juridique de l'Union et préfèrent détourner le regard. C'est précisément à ce moment-là que la Cour, et pas d'autres institutions comme cela a souvent été le cas par le passé, intervient en dernier recours pour empêcher l'Union de s'effondrer. Le juge T. Koopmans avait tout à fait raison lorsqu'il a déclaré que « *la Cour de justice est consciente que l'absence d'interférence judiciaire peut très bien signifier que rien ne se passera* ». Si les manifestations spécifiques de l'État de droit sont toujours subjectives et relèvent d'un choix, il est important de noter que le fait d'avoir un « catalogue traditionnel » et un récapitulatif des principes généraux inspirés par le concept d'État de droit est toujours une bonne chose dans les moments où le narratif de l'Union européenne est dicté par le principe du « *business as usual* ».

Pourtant, l'intégration de 2019 a montré tout sauf ce principe. Si la projection de ce que représente l'État de droit, à travers un amalgame de principes, a longtemps été incontournable, il s'agit aujourd'hui de faire bien plus. L'UE doit rompre avec le *statu quo* et construire son propre discours sur l'État de droit. Celui-ci doit être considéré comme un métaprincipe qui règle la question la

92 Voir le paragraphe 167 de l'avis. Pour le texte intégral http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=EN.

plus fondamentale de l'appartenance et de l'identité de la métapolitique. Au lieu de cela, l'UE se contente aujourd'hui d'une récapitulation assez conventionnelle et non controversée de l'état des lieux, alors que les temps de crise de l'État de droit devraient inviter les universitaires à dépasser ces incantations traditionnelles. Aujourd'hui, le rôle de l'État de droit doit aller au-delà de la simple instrumentalisation. Il définit et détermine les normes juridiques qui sont ensuite mises en œuvre par le biais de principes. Plutôt que d'être simplement exprimé par des principes, l'État de droit ordonne et a une vie qui lui est propre.

La critique que l'on entend souvent est que l'État de droit est adapté aux objectifs de l'ordre juridique et à la poursuite du projet de l'UE, plutôt qu'aux objectifs des traités selon lesquels l'État de droit devrait être interprété comme un métaprincipe autonome et global. Le défi consiste donc à renverser ce discours dominant et à se libérer de ce paradigme selon lequel on ne doit comprendre l'État de droit que par le fonctionnement de principes[93]. Notre analyse change de cap, et soutient que l'État de droit est devenu un métaprincipe qui dicte certains principes, plutôt que d'être simplement canalisé et exprimé à travers eux. En 2020 et au-delà, l'Union européenne a besoin de manifestations de l'État de droit qui aient du mordant et attaquent les forces obscures qui se cachent derrière la crise de l'État de droit. C'est exactement là que l'art. 19 TUE offre une voie de secours. Il est clair que l'art. 19 TUE joue un rôle particulier et s'articule autour de la protection judiciaire effective assurée par des tribunaux indépendants, qui constitue le noyau incontestable de l'État de droit européen. Comme le souligne la citation de C. Kakouris et le potentiel réparateur inexploité de l'art. 19 TUE *(« La Cour veille à ce que le droit soit respecté dans l'interprétation et l'application du traité »),* les événements de 2019 ont vu la Cour poursuivre cette idée puissante (et onirique) du « droit non écrit » qui soutient l'ethos particulier de l'appartenance à la « Communauté basée sur l'État de droit ».

Selon l'interprétation donnée par la Cour dans les affaires polonaises, l'art. 19 TUE apparaît comme un texte complet et autonome dans la mesure où il dicte son propre champ d'application et construit la discipline juridique à laquelle il soumet les États membres[94]. Les arguments souvent entendus selon lesquels il est impossible d'établir une conception unique de l'État de droit au niveau de l'UE devraient être nuancés aujourd'hui par la tendance émergente à énoncer exactement ceci : les éléments constitutionnels fondamentaux qui distinguent l'État de droit de l'UE. En introduisant puis en répétant sans cesse les nouveaux termes *« d'essence »* et *« d'essentiel »,* la Cour exprime le métalangage de l'identité et de la spécificité de l'ordre juridique de l'UE. L'indépendance du pouvoir judiciaire en tant que telle n'est pas une valeur intrinsèque, mais elle permet de garantir le respect d'un droit de premier ordre, à savoir le droit à un procès équitable. L'existence même d'un contrôle juridictionnel efficace visant à garantir le respect du droit de l'UE est *essentielle* pour l'État de droit, et il est du devoir de chaque État membre de veiller à ce que les tribunaux répondent aux exigences *essentielles* à une protection juridictionnelle efficace conformément à l'art. 19 TUE. Ces diktats montrent clairement que l'État de droit n'est plus seulement un objectif ou une valeur, mais plutôt que le droit à un procès équitable, la protection judiciaire effective et l'indépendance du pouvoir judiciaire deviennent des principes fondamentaux de l'État de droit de l'UE. Ces principes sous-entendent des devoirs très spécifiques dans l'espace public européen. L'art. 19 TUE commence à jouer deux rôles fondamentaux dans ce processus : il fournit un ancrage

93 Pour une telle lecture traditionnelle, voir T. Konstadinides, *The Rule of Law in the European Union.* The Internal Dimension. Hart Publishing, 2017. Pour une critique de cette approche traditionnelle, voir mon contre-argument dans « Common Market Law Review » 2020/57.

94 Je m'appuie ici sur T.T. Koncewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg - Part I. What* and *How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials ? https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/* et *On the Rule of Law Turn on Kirchberg - Part II* https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/.

normatif et axiologique à l'État de droit, et il sert de déclencheur juridictionnel pour faire respecter et protéger les valeurs de l'art. 2 TUE.

En écrivant en 2021, il doit être clair que l'art. 7 TUE n'est pas du tout une option politique viable. Toutefois, les traités contiennent des mécanismes *juridiques* permettant de faire respecter l'État de droit par les États membres. L'art. 7 TUE n'est pas et ne doit pas être le centre du monde de l'État de droit dans l'UE. Plutôt que de passer trop de temps à des considérations improductives sur la nécessité d'un nouvel organe quasi-judiciaire qui éviterait la critique de la politisation ou d'un nouveau mécanisme de l'État de droit, il aurait fallu s'efforcer de faire en sorte que les décisions de la Cour soient respectées, que la Cour continue de recevoir les bonnes affaires, que ces affaires soient formulées de la bonne manière et que toute non-exécution des arrêts soit sévèrement sanctionnée sans réserve. Après tout, le refus de la Pologne d'obéir aux arrêts de la Cour et sa volonté de faire tout ce qui est en son pouvoir pour les contourner frappent au cœur même de l'État de droit de l'UE. Le défi consiste à utiliser ce qui est légalement disponible, plutôt que de continuer à trouver des excuses pour ne pas appliquer les mécanismes déjà en place. Étant donné la contestation de l'État de droit par les États membres, un thème qui mériterait un traitement approfondi serait de savoir dans quelle mesure le respect de l'État de droit aurait pu être lu dans le projet européen dès le début. Le juge U. Everling a eu raison quand il a dit « *Les textes juridiques ne sont jamais clairs et complets. Les lacunes doivent être comblées par les tribunaux en suivant les principes établis dans la législation, et les nouveaux développements doivent être pris en considération. Une telle jurisprudence n'est pas comprise comme de « l'activisme judiciaire », mais comme du* Richterrecht *ou du richterliche* Rechtsfortbildung, *ce qui signifie que « le juge fait la loi »*[95].

[95] *On the judge-made law of the European Community's Courts* (in :) D. O'Keeffe, A. Bavasso (eds.), *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International 2000.

IV. L'État de droit comme premier principe implicite de l'ordre juridique européen

Il y a lieu de souligner d'abord, à cet égard, que la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le Traité[96]

Dans cet esprit, en 2019 et 2020, la Cour a mis au jour et rendu *explicite* ce qui a toujours été *implicitement* inscrit dans l'ordre juridique des premières Communautés. Si nous voulons comprendre l'État de droit dans l'UE en ces temps de bouleversements constitutionnels, nous devons commencer à nous intéresser davantage à ce méta-niveau de l'identité et de l'appartenance. Là encore, c'est là que se situe le rôle de l'art. 19 TUE qui doit être et sera au premier plan de l'analyse de la compréhension transnationale émergente de l'État de droit. Le défi existentiel auquel est confronté le discours de l'UE sur l'État de droit consiste à s'engager et à plaider en faveur d'une nouvelle trajectoire qui nous ferait passer d'un *régime constitutionnel fondé sur les droits* (déjà en place en Europe) à un *ordre de droit transnational* plus ambitieux *fondé sur la démocratie*. Ce dernier verrait « l'État de droit *transnational* » figurer en bonne place comme l'un des critères essentiels d'appartenance et d'identité. Il constituerait une nouvelle source de légitimité pour tous les dispositifs de gouvernance au sein de l'ordre juridique supranational. Il viserait à défendre les caractéristiques et profils constitutionnels et les noyaux démocratiques des unités qui composent le tissu de l'Union. En 2019, la fonction première de l'État de droit n'est pas de servir de frein à l'arbitraire des institutions

[96] Affaire 294/83, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, paragraphe 23.

européennes, mais plutôt au rejet flagrant par les États membres de l'engagement fondamental en faveur de l'État de droit. C'est ce fait-là, et non le premier, qui sape l'État de droit en tant que valeur partagée d'une manière jusqu'ici inconnue. Pour que l'Union puisse survivre, elle doit non seulement être capable de définir (ce qui se passe actuellement), mais aussi de défendre le noyau qui lie toutes les parties prenant part au consensus et qui les a rassemblées. Autrement la communauté politique recevrait un coup mortel et se désagrégerait. S'entendre sur l'essentiel ne consiste pas à opposer une version de l'État de droit (celle de « l'État ») à une autre (celle de « l'Union »), mais cherche plutôt à faire respecter ces éléments essentiels qui font de cette Union une communauté fondée sur l'État de droit. Il n'y a tout simplement pas de juste milieu.

M. Foley soutient qu'une constitution écrite n'est pas tout ce qu'elle documente et que la partie « écrite » de la constitution est peut-être sa partie la moins importante[97]. Il situe une troisième dimension fondamentale qui va au-delà de la distinction « écrit/non-écrit ». Cette dimension repose sur la reconnaissance du fait que dans les constitutions écrites et non écrites, il reste une composante non divulguée, dont dépend la stabilité de la signification et de l'autorité d'une constitution. Cette composante reste obscure et non écrite – quel que soit le degré d'élaboration du reste de la constitution. Sa signification ne réside pas seulement dans le fait qu'elle n'est pas écrite, mais dans la nécessité de rester inexprimée et insondable, afin qu'elle conserve son « caractère essentiel »[98]. Cette composante intermédiaire et obscure ne représente pas seulement une différence d'échelle par rapport aux deux autres dimensions, mais une différence de nature. Elle « *(...) accueille les accords implicites et tacites qui ne pourraient jamais survivre si elles étaient mises sur papier sans compromettre leur vaste signification et sans ruiner leur effet en tant que forme fonctionnelle d'ambiguïté authentique et valorisée* ». De tels « accords » ne sont compris que tant qu'ils

97 M. Foley, *The Silence of Constitutions. Gap, abeyances, and political temperament in the maintenance of government*, Routledge 2011.

98 *Ibid.*, pp. 7-8.

restent suffisamment obscurs pour leur permettre de conserver une apparence approximative de cohérence et de clarté internes, tout en tenant compte de plusieurs points de litige potentiellement conflictuels et non résolus. La résolution du conflit dans de tels cas est celle d'une irrésolution suspendue - soit consciemment assurée, soit, ce qui est beaucoup plus probable, inconsciemment et involontairement acquise[99]. De telles conceptions sont désignées par le terme de « suspension constitutionnelle » qui reflète la suspension dormante implicite dans ce qui semble être des arrangements constitutionnels tout à fait explicites[100].

La conceptualisation des suspensions constitutionnelles de Foley est utile pour comprendre les enjeux constitutionnels et les risques cachés dans la jurisprudence existentielle de la Cour de justice. La décision de créer les Communautés européennes dans les années 1950 était fondée sur le consentement implicite de respecter certains éléments essentiels de la Constitution. L'État de droit a toujours été ancré dans l'ordre juridique de l'UE, et a été considéré comme une rupture avec un passé sans loi et un éloignement de la politique de pouvoir des États nations. Il s'agissait d'encadrer et de civiliser. Le consentement découlait à son tour de la compréhension commune de l'existence d'une telle règle implicite. Personne ne remettait cela en question. Un accord tacite suffit, car on s'attendait à ce que l'implicite ne soit jamais remis en question dans son principe. Le système serait mieux servi par l'existence d'un « accrochage » implicite entre l'écrit et le non-écrit. On pensait que l'intégration serait mieux servie par une telle approche.

« La crise de l'État de droit » exige que « l'implicite » soit enfin élucidé, développé et finalement protégé – qu'il soit énoncé explicitement. Une telle explicitation est un processus difficile d'expression de ce qui a toujours été considéré comme allant de soi au niveau du non-écrit. Bien que cela ne remette pas en question la valeur

99 *Ibid.*, p. 9.

100 *Ibid.*

partagée de la compréhension implicite[101], cela change le niveau de spécificité, car les contours de la fracture « implicite-explicite » doivent maintenant être tracés et définis pour tous. Le remplissage de la compréhension implicite par son contenu explicite a maintenant commencé et pourrait perturber l'équilibre délicat du document constitutionnel : soit l'élément commun, désormais élevé au rang de noyau explicite, prévaudra dans le cadre du consensus, soit des forces perturbatrices continueront à remettre en question l'élément commun de notre Union et, en fin de compte, elles feront tomber le consensus.

Les objectifs et la conception du traité s'appuyaient explicitement sur la compréhension implicite du droit et de l'ordre juridique qui devaient être mis en place. L'implicite a reporté la discussion du noyau et du contenu. Toutes les parties concernées ont supposé que l'État de droit fût un élément essentiel du consensus initial qui ne devait jamais être remis en question. Cependant, la crise de l'État de droit met en évidence la volatilité de l'accord ou des accords implicites. Le fait que cette entente implicite menait vers une compréhension commune des éléments essentiels était présent dans le passé, mais à mesure que la Communauté grandissait, évoluait et se différenciait, « le commun » est devenu contestable. Vu sous cet angle, la crise de l'État de droit met en lumière les malentendus et remet en question la dimension partagée du noyau implicite de l'Union européenne.

La crise de l'État de droit a le potentiel de jouer un rôle à la fois explicatif et révélateur. Elle pourrait mettre en évidence des éléments essentiels du compromis constitutionnel et ouvrir la discussion sur les contours définitifs de ce que l'on présumait comme étant fondamental, mais implicite lors de la décision des État à adhérer aux Communautés en 1951. La crise élève les suspensions constitutionnelles au rang de discours constitutionnel dominant et met à l'épreuve les limites de l'acceptation. L'ambiguïté

101 Sur l'ancrage implicite de l'État de droit dans l'ordre juridique de la Communauté dès sa création, voir A. Magen, L. Pech, *The rule of law and the European Union* in Ch. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar 2018, p. 237-238.

et l'obscurité qui définissaient les suspensions constitutionnelles sont désormais remplacées par un marchandage ouvert et critique sur l'explicite et sur les limites des États à accepter cet explicite. Les interprétations tacites se transforment en de bruyants malentendus et la Cour de justice se trouve prise au milieu de ce point critique axiologique.

La Cour a toujours été reconnue comme un acteur politique puissant, capable de jeter son ombre juridique sur tous les acteurs de la structure de gouvernance. L'imagination et le courage dont la Cour a fait preuve dans la série d'affaires – en commençant celle de l'exploitation forestière[102] et celle des juges portugais[103], puis plus récemment dans la controverse sur la Cour suprême polonaise[104] - nous rappelle ce que Niamh N. Shuibhne a appelé les

102 T.T. Koncewicz, *The Białowieża case. A Tragedy in Six Acts*, https://verfassungsblog.de/the-bialowieza-case-a-tragedy-in-six-acts/ ;
D. Sarmiento, *Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law*, http://verfassungsblog.de/provisional-and-extraordinary-measures-in-the-name-of-the-rule-of-law/.
Editorial. Winter is coming. The Polish Woodworm games, "European Papers" 2017/2, p. 797 ;
L. Coutron, *La Cour de justice au secours de la forêt de Białowieska*, "Revue Trimestrielle de droit européen" 2018/4–6, p. 321 ;
T. Martin, *Le large pouvoir d'appréciation du juge des référés au service de l'efficacité du droit de l'Union européenne*, "Cahiers de droit européen" 2018/54, p. 495 ;
P. Wennerås, *Saving a forest and the rule of law :* Commission v. Poland. Case C-441/17 R, Commission v. Poland, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017, EU:C:2017:877, "Common Market Law Review" 2019/56, p. 541.

103 Arrêt CJUE, 27.2.2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contre Tribunal de Contas,* https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199682&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5411432.
Sur cette affaire, consultez M. Bonelli, M. Claes, *Judicial serendipity : how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary,* "European Constitutional Law Review" 2018/14, p. 622 ;
L. Pech, S. Platon, *Judicial independence under threaten : the Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, "Common Market Law Review" 2018/55, p. 1827.

104 L. Pech, S. Platon, *The beginning of the end for Poland's so-called "judicial reforms" ? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case)*, https://reconnect-europe.eu/blog/pech-platon-poland-ecj-rule-of-law-reform/.

« responsabilités des cours constitutionnelles »[105]. L'auteure a fait valoir qu'une cour constitutionnelle a la responsabilité de protéger et de promouvoir les objectifs et les valeurs inscrits dans la constitution afin de garantir que les droits et les protections promis par la constitution soient réalisés.

En statuant sur des affaires polonaises, la Cour ne se contente pas de redécouvrir de vieux précédents, mais s'appuie avant tout sur ce que le juge Kakouris a appelé « la mission de la Cour »[106]. Le respect et la confiance dans l'État de droit sont des éléments existentiels du consensus initial sur lequel reposent tous les autres engagements des parties. Dès que ces principes commenceront à s'effriter, le fragile consensus européen s'effritera également. Lue à la lumière de *Van Gend en Loos* et de *Simmenthal*, la « jurisprudence existentielle » est fermement ancrée dans la crise de l'État de droit et l'adapte à celle-ci. Bien que la salle d'audience ne doive pas être considérée comme le lieu où résoudre tous les problèmes, elle offre un mécanisme puissant contre la dynamique de « sortie ». Alors que de plus en plus d'affaires relatives à l'État de droit sont portées devant la Cour, la jurisprudence existentielle doit être considérée comme un exercice d'équilibre constitutionnel modelé par le contexte (la conscience institutionnelle et politique de la Cour à lire le consensus politique), les conséquences (diplomatie judiciaire), le mandat (adhésion aux valeurs fondamentales et défense de la légalité de l'Union telle qu'elle s'exprime dans l'art. 19 TUE) et, enfin, l'interaction, puisque le mandat de la Cour continue de renforcer et informer l'interprétation des compétences de celle-ci. Cet équilibre déterminera en fin de compte le succès (ou l'échec) de la Cour. Un tribunal aveugle déconnecté de la réalité politique portera atteinte à sa propre légitimité, car la politique s'opposera de plus en plus à ses décisions.

[105] N.N. Shuibhne, *The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford University Press 2013.

[106] C.N. Kakouris, *La Mission de la Cour de Justice des Communautés Européennes et l'ethos du Juge*, "Revue des Affaires Européennes" 1994/4, p. 35.

Alors que les premiers principes prennent lentement forme, la Cour sera confrontée au défi tout aussi difficile d'aplanir les aspérités de ces principes. La Cour doit être consciente à la fois des possibilités et des limites qu'implique la nouvelle politique constitutionnelle en Europe. On voit bien les différentes trajectoires et les risques que comporte la jurisprudence existentielle. La trajectoire que l'on pourrait commodément appeler « à l'époque » s'est construite sur les Premiers Principes comme des suspensions constitutionnelles. La trajectoire du « Ici et maintenant » nous fait passer de la compréhension implicite à l'expression explicite. La trajectoire possible de « Demain » reconstruira et appliquera l'État de droit en tant que condition préalable essentielle à la déférence de toutes les parties les unes envers les autres et envers l'Union qu'elles avaient créée. L'État de droit, la séparation des pouvoirs, le contrôle juridictionnel et l'indépendance judiciaire sortent lentement de l'ombre des suspensions constitutionnelles et commencent à fonctionner comme des repères procéduraux de la constitutionnalité européenne. Même si les contours de la jurisprudence existentielle sont encore en train d'être redécouverts, cette jurisprudence a déjà commencé à jouer son important rôle systémique. Elle détermine les règles du jeu et les fait appliquer à l'encontre des joueurs fautifs. Ces principes essentiels ordonnent le jeu qui se joue sur le terrain de l'intégration sous l'œil vigilant de la Cour.

La « jurisprudence existentielle » nous met au défi d'opérer un changement conceptuel audacieux, en passant de l'UE en tant qu'entité régie par le marché à une communauté supranationale d'États égaux et engagés dans un projet commun qui renforce la démocratie. L'approche doit être holistique, à cheval sur le politique et le juridique, chaque partie sachant ce que fait l'autre et comment elle le fait, conformément à sa propre loyauté envers le système. Les États doivent parler d'une seule voix et réaffirmer leur engagement envers les valeurs de l'UE qui sous-tendent la communauté. Seul un tel engagement pourrait alors se traduire par un aspect plus technique des outils (« comment »). Le catalogue de ces Premiers Principes (compris comme une combinaison difficile de la myriade de textes, de précédents, de politiques, de compétences) servirait de contrepoids au « *non-droit* ».

Au cœur du projet européen et de la gouvernance se trouve un engagement fondamental envers l'ensemble des premiers principes que les États membres, les institutions et les acteurs de la société civile, tous liés par les traités, attendent et ont confiance en ce que les autres respectent cet engagement. L'État de droit n'est que l'un de ces premiers principes, car il a transformé le « pouvoir politique » en « pouvoir politique limité par la loi » - comme nous avons pu montrer auparavant[107]. Le processus de mise au jour, de reconstruction et d'opérationnalisation du catalogue des premiers principes fournirait un point de référence pour le propre itinéraire des dirigeants politiques et permettrait de concentrer leurs efforts. Maximiser le cadre correctif ici et maintenant est le défi le plus fondamental, comme en témoigne le nombre croissant d'affaires relatives à l'État de droit[108]. Plus important encore, alors que des dizaines d'autres affaires s'alignent, la Cour aura de nombreuses occasions d'exposer plus en détail les conséquences de la doctrine émergente[109]. Pour la Cour, les enjeux ne pourraient pas être plus élevés, car elle pourrait bien être le moteur de l'intégration, mais en fin de compte, ce sont les tribunaux nationaux indépendants qui génèrent l'énergie[110].

---

107 Sur ce point, voir mon article *Pogarda dla sądów to POLEXIT*, "Gazeta Wyborcza" at http ://wyborcza.pl/magazyn/7,124059,25134071,pogarda-dla-sadow-to-polexit.html and more recently *POLEXIT ? Quo Vadis Polonia ?* Dialog 131/2020.

108 Demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TUE émanant du Supremo Tribunal Administrativo (Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas), arrêt, 2018 C.I.J. 117 ;
Voir, par *exemple*, M. Ovadek, Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order ?, https ://verfassungsblog.de/has-the-cjeu-just-reconfigured-the-eu-constitutional-order/ ;
M. Taborowski, *CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges Against Poland*, https ://verfassungsblog.de/cjeu-opens-the-door-for-the-commission-to-reconsider-charges-against-poland/ ;
L. Pech, S. Platon, *Rule of Law Backsliding in the EU : The Court of Justice to the Rescue ? Some Thoughts on the ECJ Ruling in Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, http ://eulawanalysis.blogspot.fr/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html.

109 Pour les développements les plus récents voir S. *Platon*, *Preliminary References and Rule of Law : Another Case of Mixed Signals from the Court of Justice regarding the Independence of National Courts* (CJEU, Grand Chamber, 26 March 2020, *Miasto Łowicz*, Joined Cases C-558/18 and C-563/18) ;

110 D.A.O. Edward, *National Courts - The Powerhouse of Community Law*, "The Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 2002-2003/5, p. 1.

Le recours à l'art. 19 TUE comme déclencheur juridictionnel, et à l'art. 2 TUE comme référence, n'est rien de moins que révolutionnaire et mérite d'être analysé comme tel. En conséquence, nous avons une nouvelle compréhension de la légalité européenne qui englobe non seulement la compréhension traditionnelle du droit communautaire (règles et normes), mais aussi les valeurs justiciables appliquées par les tribunaux. Une lecture aussi large de la légalité est nécessaire pour fermer la porte de sortie de la légalité et réduire l'impact négatif du dessin ou modèle européen dans l'erreur. La jurisprudence (en tant qu'exemple de pratique sociale) de la Cour de justice montre comment cette dernière, malgré les erreurs de conception constitutionnelle, a fermé les stratégies de sortie pour les États membres voyous. En conséquence, nous sommes confrontés à un changement de paradigme où les valeurs (par exemple l'État de droit) deviennent des concepts pleinement justiciables à part entière. L'article 2 du TUE n'est pas seulement politique, mais il impose des obligations juridiques qui sont exécutoires par la Cour par le biais de l'article 19 du TUE.

Nous savons aujourd'hui que l'art. 2 TUE n'est pas déclaratoire, mais a une dimension substantielle.[111] La Cour l'a clairement adopté comme le noyau dur du droit communautaire et l'a rendu justiciable. Il est essentiel que cette jurisprudence existentielle explique que la compétence de la Cour est déclenchée indépendamment de tout lien avec le droit matériel de l'UE autre que l'article 2 du TUE et de l'obligation de respecter les valeurs qui y sont énoncées. « État de droit » est un terme juridique et, en tant que tel, relève de la compétence des tribunaux de l'Union. Les États membres ont l'obligation légale de disposer de tribunaux indépendants dans le cadre de l'organisation générale de l'État. Une obligation générale de garantir l'indépendance judiciaire des tribunaux nationaux est directement fondée sur les traités (article 2 du traité

---

111 Pour une analyse approfondie plus récente, voir les documents de travail publiés dans le cadre du consortium H2020 RECONNECT : *Meaning and Scope of the EU Rule of Law et Unity and Diversity in National Understandings of the Rule of Law in the EU*, tous deux disponibles sur https ://reconnect-europe.eu/publications/deliverables/

UE comme raison d'être et article 19 du traité UE comme élément déclencheur de la compétence). L'importance de cette évolution jurisprudentielle ne doit pas être minimisée[112].

Alors que la jurisprudence existentielle reconnaît cette fonction systémique des tribunaux nationaux et fait apparaître pas à pas les composantes de l'État de droit européen, le voyage ne fait que commencer. Le président Lenaerts affirme de manière poignante : « *Les affaires qui mettent les tribunaux en détresse fournissent de bonnes preuves à partir desquelles on peut déterminer si le système judiciaire jouit d'une légitimité. Il est vrai que c'est dans les affaires complexes que les tribunaux prouvent souvent ce dont ils sont (et ne sont pas) capables* »[113].

[112] Pour une analyse plus détaillée, consulter également L. Pech, S. Platon, *The beginning of the end for Poland's so-called "judicial reforms" ? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case),* at https://reconnect-europe.eu/blog/pech-platon-poland-ecj-rule-of-law-reform/ ;
L. Pech, S. Platon, *Rule of Law Backsliding in the EU : The Court of Justice to the Rescue ? Some Thoughts on the ECJ Ruling in Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, at http://eulawanalysis.blogspot.fr/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html ;
A. Rosas, *The European Court of Justice : Do all roads lead to Luxembourg ?*, "CEPS Policy Insights" 2019/3 ;
Editorial. Winter is coming. The Polish Woodworm games, "European Papers" 2017/2, p. 797 ;
P. Wennerås, *Saving a forest and the rule of law : Commission v. Poland. Case C-441/17 R, Commission v. Poland, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017*, "Common Market Law Review" 2019/56, 541 ;
T.T. Koncewicz, *The Existential Jurisprudence of the Court of Justice Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey* at https://reconnect-europe.eu/blog/existential-jurisprudence-koncewicz/ ;
T.T. Koncewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – What and How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials ? Part I* at https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/ ;
T.T. Koncewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – How the Court of Justice is Spelling out the Constitution's Unwritten Understanding(s) Part II* at https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/.

[113] K. Lenaerts, *How the ECJ Thinks : A Study on Judicial Legitimacy*, "Fordham International Law Journal" 2013/36, p. 1303, 1369–1370.

Alors que la question délicate de « jusqu'où » reste toujours en suspens, la trajectoire de la Cour est déjà fixée. Mais ce n'est que le début. Tout comme les autorités populistes polonaises se sont établies, le défi constitutionnel de la démarcation et de la ligne judiciaire – tracé au-devant de la Cour – l'est aussi. Il ne fait donc aucun doute que le voyage, et les nombreuses épreuves jurisprudentielles auxquelles la Cour sera soumise, se poursuivront. Il doit en être ainsi, car après tout, la Cour est une cour de justice, et l'Union est une communauté de droit et, comme l'a exprimé avec éloquence l'avocat général F. Mancini, dans *Les Verts*[114] : « *L'obligation de respecter le droit prime sur les termes stricts du droit écrit. Chaque fois que l'intérêt de la protection juridictionnelle l'exige, la Cour est prête à corriger ou à compléter les règles qui limitent ses pouvoirs au nom du principe qui définit sa mission.* »

L'époque de la méga politique[115] est en effet arrivé. Cependant, s'arrêter là ne serait que peindre la moitié du tableau.

[114] Affaire 294/83, *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61983CJ0294.

[115] Pour le terme R. Hirschl, The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, "Annual Review of Political Science" 2008/11, p. 93.

Epilogue ou nouveau *Prologue :* Regarder au-delà de la salle d'audience. Rencontrer le voyage.

Je crois que notre discussion sans fin sur le COMMENT nous a fait perdre de vue le POURQUOI
David A. O. Edward[116]

Grâce à la Cour, l'ordre juridique de l'UE semble avoir dépassé le flou conceptuel qui a toujours marqué le débat sur l'État de droit. Il est prêt à se fixer sur certaines caractéristiques essentielles qui forment son noyau, non négociable et qui lie entre elles toutes les parties, définissant leur engagement envers le projet européen. S'il y a une chose à retenir de la crise de l'État de droit, c'est bien l'émergence progressive des premiers principes. Le catalogue de ces principes va au-delà du sacro-saint effet direct et de la suprématie, et s'étend à l'État de droit en tant que cœur conceptuel et moral de ce catalogue. Nous devons être honnêtes et transparents : lorsque nous disons que l'État de droit est devenu une valeur et un premier principe du système juridique de l'Union européenne qui est bien ancré, primordial et applicable, nous exposons le principe fondamental de la communauté politique auquel l'Union n'aspire plus, mais qu'elle est sans aucun doute.

Un des thèmes récurrents de l'analyse est le fait que le recul démocratique en Pologne a douloureusement montré que le système constitutionnel et la conception de l'UE ont été entachés par une « *asymétrie normative* ». En 1951, le pouvoir de veiller à ce que les États restent des démocraties libérales n'a en effet pas été traduit en *droit,* ce qui était compréhensible au vu du fait que les souvenirs des horreurs commises sur le continent par la Seconde Guerre mondiale étaient encore frais. Les Pères fondateurs ont donc cru que ces souvenirs suffiraient à éviter tout retour à l'autoritarisme. Mais l'Histoire ne s'arrête jamais, elle ne fait qu'avancer et aujourd'hui, le recul démocratique autrefois impensable au sein de l'UE remet en question les espoirs initiaux du projet européen et met à l'épreuve sa conception. Le rôle du Conseil de l'Europe s'est limité à être un spectateur désespéré, envoyant au mieux des lettres d'indignation et des menaces vides de sens. L'OSCE n'a même pas essayé de jouer un rôle et a gardé le silence tout au long de la mainmise autoritaire sur les démocraties libérales. L'expertise et les conseils de la Commission de Venise n'ont jamais été traduits en actions concrètes et intégrés dans une réponse systémique. L'UE a toujours eu un train de retard sur les événements sur le terrain, et il est apparu clairement que le système souffre d'un inconvénient existentiel : les États qui sont à l'origine d'une méfiance et d'une peur sont appelés à siéger au procès d'un de leurs collègues. En conséquence, il n'y a pas eu d'action systémique coordonnée et la mainmise s'est poursuivie, enhardie et renforcée par l'absence de contre-stratégies internationales et supranationales crédibles.

C'est là que le défi de ***penser globalement*** et hors des sentiers battus prend toute son importance. ***Penser globalement*** signifie dépasser le « discours populiste » et se concentrer plutôt sur les caractéristiques constitutionnelles d'un contre-récit émergent en Europe. ***Penser globalement*** exige de ***repenser*** le récit de l'Union européenne ou ce que G. de Búrca nomme de manière évocatrice sa *raison d'être*. ***Penser globalement*** exige de revoir la substance de l'adhésion à l'UE en s'engageant avec de nouveaux types de régimes au sein de l'UE. ***Penser globalement*** exige de réimaginer le projet constitutionnel et de réévaluer de manière critique certains des fondements du constitutionnalisme libéral. ***Penser globalement*** va au-delà de la notion nébuleuse de « recul démocratique » et s'oriente vers la nouvelle doctrine constitutionnelle qui remet en cause l'origine standard de l'UE et sape le consensus libéral d'après 1945. Les contours de cette nouvelle doctrine/tradition s'articulent autour de quelques principes fondamentaux. La politique, plutôt que d'être apprivoisée et contrainte par la loi, est de

116 D. Edward, *Luxembourg in Retrospect : A New Europe in Prospect*, "European Business Journal" 2004/120, à la p. 126.

plus en plus considérée comme une menace pour la constitution. Les constitutions ne sont plus considérées comme les boucliers contre l'État, mais elles protègent plutôt le caractère unique de l'État et de la nation, compris en termes ethnoculturels. Les cours constitutionnelles sont transformées d'institutions contre-majoritaires en facilitateurs du gouvernement ; l'État de droit devient droit par la loi et par un système de freins et de contrepoids. Les réponses du niveau supranational aux violations de la démocratie et de l'État de droit doivent être holistiques, à cheval sur le politique et le juridique, chaque partie sachant ce que fait l'autre et comment elle le fait, conformément à sa propre fidélité au système.

Dans ces nouvelles circonstances, les décideurs européens doivent avoir accès à une expertise et à des conseils généralistes qui signalent une détérioration du fonctionnement du système démocratique avant que l'effondrement ne se produise. Ces conseils d'un nouveau genre devraient pouvoir leur dire *où* et *quand* les problèmes se préparent et *quels* devraient être les critères de référence pour l'application de la législation. Les experts doivent aller au-delà de l'analyse traditionnelle sectorielle et fragmentée sous forme de checklist, et doivent plutôt rechercher les signes de détérioration systémique là où ils se trouvent. Plutôt que d'examiner les pièces, ils doivent apprendre à démêler l'interaction et l'effet des pièces sur l'ensemble. Les tribunaux internationaux et supranationaux doivent être capables de prévenir les déficiences systémiques dans le fonctionnement des démocraties libérales en faisant respecter l'engagement de maintenir une démocratie autonome avec un système de contrôle et de contrepoids. Si la communauté supranationale ne procède pas à un tel rééquilibrage des méthodes, des perspectives et des points de référence, les nouveaux autocrates pourront continuer à se cacher sous le couvert du légalisme et de la constitution tout en vidant de son contenu l'essence du constitutionnalisme libéral, autrefois considéré comme le moteur de l'intégration européenne.

Cependant, avec la politique de ressentiment qui se manifeste au sein même de l'UE, l'idée d'une Union « toujours plus étroite » est remise en question d'une manière qui nécessite plus qu'un simple réaménagement du registre juridique et de la Cour. Face à ce recul démocratique, il faut éviter de se laisser piéger dans le monde de l'expertise juridique et des approches légalistes obscures typiques de la crise actuelle. La question de savoir « *comment* » le projet constitutionnel de l'UE doit être adapté doit aller de pair avec la révision de la question du « *pourquoi* ». En d'autres termes : au nom de qui devrait-on modifier le projet constitutionnel de l'UE[117] ?

S'il est compris correctement, le recul démocratique entraîne le défi de repenser la conception constitutionnelle de l'UE. Pour ce faire, il faut revoir la substance de l'adhésion à l'UE en engageant une discussion avec les nouveaux types de régimes au sein de l'UE et en leur demandant ce que signifie être un État membre de l'UE au XXIe siècle. Le langage et les perspectives à travers lesquels l'UE regarde ses États membres doivent être remis en question et modifiés. Les États membres doivent s'investir dans l'ordre juridique et le projet d'intégration en reconnaissant plusieurs fois qu'ils veulent respecter la compréhension de la légalité de l'UE et des Premiers Principes qui les ont réunis. Les États doivent clamer ensemble qu'ils sont prêts à se référer aux institutions communes qui appliquent ces principes au nom de la communauté. Cet engagement se traduirait alors par un aspect plus technique des outils *(« comment »)* et permettrait de construire un cadre correctif. Celui-ci servirait finalement de réponse systémique et holistique aux faits de recul démocratique.

En 2020 et durant les prochaines années encore, l'UE est confrontée à un défi de méga-politique centré sur les questions d'appartenance et d'identité. En adhérant à l'ordre juridique supranational, ses acteurs limitent leurs choix en s'engageant dans la pratique de l'Union et sa compréhension de la légalité. Ce qu'il faut apprécier et étudier davantage, c'est l'interaction critique entre la dimension *juridique* de l'intégration (recherche d'outils et de compétences d'exécution optimales pour sauvegarder l'intégrité de l'ordre européen) et son visage *éthique* (récit et justifications qui expliqueraient

117 *Editorial. Enforcing the Rule of Law in the EU. In the Name of Whom ?*, http ://www.europeanpapers.eu/it/e-journal/enforcing-the-rule-of-law-in-the-eu-in-the-name-of-whom.

au nom de qui l'UE agit pour défendre ses Premiers Principes). C'est là que le « discours de l'UE sur l'État de droit » se confronte à son véritable défi constitutionnel qu'il s'agit de résoudre avant de pouvoir prétendre « qu'un » État de droit devient « Notre » État de droit. Une question qui doit être abordée de front est celle de savoir s'il est possible d'interpréter l'État de droit d'une manière qui dépasserait sa conception traditionnelle de simples principes circonscrits visant à atteindre les objectifs des traités. Si nous ne sommes peut-être pas encore en mesure de proclamer que nous savons exactement ce que signifie l'État de droit de l'UE, il n'est certainement pas vrai non plus que l'État de droit signifie « différentes choses pour différentes personnes ».

Plus nous avançons dans notre analyse, plus semblent se dessiner 4 défis majeurs et interconnectés. Ces défis renforcent et limitent les dynamiques au sein de la salle d'audience qui ont été abordées ici.

Premièrement, l'UE doit repenser l'adhésion à l'UE et le regard qu'elle porte sur ses États membres : cela nécessite un changement conceptuel audacieux de l'UE en tant qu'entité axée sur le marché vers une communauté supranationale d'États égaux, appliquant la démocratie, investis dans l'ordre juridique supranational et engagés dans le projet commun et ses principes systémiques et organisationnels. Le cadre juridique standard d'application et de contrôle dominé par la perspective des droits doit également englober les éléments et structures constitutionnels essentiels qui constituent le tissu de l'ordre juridique. La discipline juridique supranationale définit les limites acceptables de l'utilisation du pouvoir de l'État.

Deuxièmement, l'UE doit réoutiller de manière critique son propre appareil, ses mécanismes et ses approches juridiques en réponse à l'évolution de l'environnement politique et juridique. Il faut pour cela adopter une approche holistique à cheval sur le politique et le juridique, chaque partie sachant ce que fait l'autre et comment elle le fait, conformément à sa propre fidélité au système.

Troisièmement, l'UE doit recentrer son propre récit qui devrait se concentrer sur le catalogue des Premiers Principes fondamentaux de la gouvernance transnationale : le défi auquel l'UE est confrontée ne tient pas tant à l'absence de points de référence communs qu'au fait que les peuples d'Europe ne comprennent pas *pourquoi* et *comment* la qualité de la démocratie et de l'État de droit dans un des États membres devrait compter pour eux.

Quatrièmement, tous ceux d'entre nous qui écrivent sur l'État de droit doivent davantage s'attacher à traquer, comprendre et expliquer « la vie sociale » et la pratique de ce que nous appelons la « légalité supranationale ». Le défi qui nous attend consiste à dépasser le texte et à reconstruire « la vie sociale » ou, en utilisant l'équivalent transnational, la *pratique* des traités. Comme la gouvernance et la législation supranationales de l'UE ne concernent pas seulement le(s) texte(s) (imparfait(s)), mais également les actions des acteurs sur la base de ce(s) texte(s), les termes de « *vie sociale* » et de « *pratique* » peuvent expliquer comment le document et les institutions servent les citoyens de l'UE. Ils regrouperaient les aspects normatifs (texte), empiriques (institutions) et sociologiques. La question de savoir comment « le traité », compris comme un point de référence imaginaire pour notre fidélité européenne, exprime (ou non) les aspirations des citoyens européens, et comment il les aide (ou non) à changer leur vie pour le mieux, est encore négligée[118]. Dans l'état actuel des choses, l'État de droit et la politique intérieure des États membres (en recul) ne concernent pas les Néerlandais, les Français, etc. En d'autres termes, ils ne sont pas considérés comme faisant partie de la légalité supranationale[119].

Où tout cela nous mène-t-il maintenant ?

Les vents du changement constitutionnel et des nouvelles ouvertures soufflent depuis 2019 et au-delà. Compte tenu de la radicalisation de la politique intérieure de ressentiment (le nouveau

118 *Editorial. EU law as a way of life,* "Common Market Law Review" 2017/54, p. 357.

119 *Enforcing the Rule of Law in the EU. In the Name of Whom?,* "European Papers" 2017/1, p. 711, http://www.europeanpapers.eu/en/e-journal/enforcing-the-rule-of-law-in-the-eu-in-the-name-of-whom.

projet de loi polonais sur le pouvoir judiciaire prévoit des procédures disciplinaires pour les juges qui refuseront d'appliquer les lois incompatibles avec le droit européen sans en référer à la Cour constitutionnelle fictive et, ne vous y trompez pas, ce n'est qu'une des nombreuses manigances juridiques visant à... réparer le système judiciaire et... mettre en œuvre la jurisprudence de la Cour)[120], le défi que doit relever l'UE ne peut être plus clair : soit tirer les leçons des erreurs passées en traitant avec des États peu fiables et déloyaux comme la Pologne et se montrer prêt à faire son autocritique, soit perdre toute crédibilité et toute autorité morale et, en fin de compte, périr[121].

En 2021, le corps technocratique de l'UE ne pourra plus se passer de son âme de principe. Alors qu'en 2019, la Cour de justice aurait pu commencer à définir une trajectoire pour 2021 et au-delà en des termes audacieux, comme l'a indiqué P. Pescatore, elle aura sans doute besoin d'un engagement total et inébranlable et d'une fidélité au projet commun de la part des responsables politiques. L'UE est entrée dans l'année 2020 meurtrie et hésitante, parfois

[120] L. Pech, P. Wachowiec, *1460 Days Later : Rule of Law in Poland R.I.P. (Part I)*, https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-i/ ; *1460 Days Later : Rule of Law in Poland R.I.P. (Part II)*, https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-ii ;

[121] Au moment de la rédaction du présent rapport, il est apparu clairement que la situation s'aggrave de jour en jour. Voir la dernière injonction provisoire de la Cour dans l'affaire C-791/19, Commission contre Pologne. Dans cette affaire, la Cour a suspendu le fonctionnement de la chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise. Sur cette affaire, voir le communiqué de presse 47/20 à l'adresse https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200047en.pdf et l'analyse de L. Pech, Protecting Polish Judges from the Ruling Party's « Star Chamber » à l'adresse https://verfassungsblog.de/protecting-polish-judges-from-the-ruling-partys-star-chamber/. Le gouvernement a clairement indiqué qu'il ne se conformerait pas à l'ordonnance provisoire. Pour les premières réactions, consulter https://oko.press/poploch-w-rzadzie-po-decyzji-tsue-w-sprawie-izby-dyscyplinarnej-premier-kieruje-wniosek-do-tk/. Pour ma part, je me réfère à (en polonais) *Czy Polska jest gotowa na wspólnotowe* myślenie, „Rzeczpospolita" 15.04.2020, https://archiwum.rp.pl/artykul/1426269-Czy-Polska-jest-gotowa--na-wspolnotowe-myslenie.html et Unijny sąd nad Izbą Dyscyplinarną. O wspólnocie prawa i unijnej filozofii http://konstytucyjny.pl/tt-koncewicz-unijny-sad-nad-izba-dyscyplinarna-o-wspolnocie-prawa-i-unijnej-filozofii-sadzenia/, sądzenia

même perdue et sur la défensive[122]. Il n'est pas certain que la politique sans visage, sans vision et sans volonté de changement suive l'exemple de la Cour et sera à la hauteur du défi que représente la défense de la plus précieuse des valeurs fondatrices de l'Europe, à savoir la confiance dans le droit et le respect des tribunaux.

Cette insupportable incertitude est la preuve ultime du moment critique où se trouve le projet européen et son rêve de créer une union toujours plus étroite entre les peuples d'Europe.

[122] Plus récemment, *Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's "Muzzle Law"*, https://verfassungsblog.de/open-letter-to-the-president-of-the-european-commission-regarding-polands-muzzle-law/.

Bibliographie sélective

Albert, Richard. *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada* "Queen's Law Journal" 2016/41, http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1984&context=lsfp

Ahmed, Sara. *The Cultural Politics of Emotion*, Edinburgh University Press, 2014

Arnull, Anthony. *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999

Barak, Aharon. *Unconstitutional constitutional amendments*, "Israel Law Review" 2011/44

Bard, Petra, Kochenov, Dimitry. *Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement*, "RECONNECT Working Paper" 2018/1, https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/07/RECONNECT-KochenovBard-WP_27072018b.pdf

Bavasso (eds.). *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, 2000

Bonelli, Matteo, Claes, Monika. *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, "European Constitutional Law Review", 2018/14

Bieber, Richard. *Les limites matérielles et formelles á la révision des traités établissant la Communauté européenne*, "Revue du Marche Commun et de l'Union européenne", 1993/4

Bignami, Francesca, (ed.). *Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press, 2020

Blokker, Paul, *Populist Constitutionalism*, Verfassungsblog, 4.05. 2017, http://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism/

Closa Carlos, Kochenov Dimitry, Weiler Joseph H. H. *Reinforcing the rule of law oversight in the European Union*, "Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Paper" 2014/25, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2404260

Closa, Carlos, Kochenov, Dimitry. *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, "Cambridge University Press", 2016

Coutron, Laurent. *La Cour de justice au secours de la forêt de Białowieska*, "Revue Trimestrielle de droit européen" 2018/4–6

Cruz, Julio, B. *The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice*, "International Journal of Legal Information", 2006/34

Cramer, Kathryn, J. *The Politics of resentment: Rural consciousness in Wisconsin and the Rise of Scott Walker*, University of Chicago Press, 2016

Daly, Tom. *Enough Complacency: Fighting Democratic Decay in 2017*, I-CONnect, http://www.iconnectblog.com/2017/01/enough-complacency-fighting-democratic-decay-in-2017-i-connect-column/.

Dawson, James, Hanley, Sean. *What's wrong with East-Central Europe?* "Journal of Democracy", 2016/27

De Búrca, Grainne. *Europe's raison d'être*, *New York University School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper 9/13* (2013), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2224310.

Dehousse, Renaud. *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, Macmillan Press Ltd., 2008

Dupré, Catherine. *The Unconstitutional Constitution: A Timely Concept* (in:) *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), Hart Publishing, Oxford–Portland, 2015

Editorial Comments. About Brexit negotiations and enforcement action against Poland: The EU's own song of ice and fire, "Common Market Law Review", 2017/54

Editorial Comment. 2019 Shaping up as a challenging year for the Union, not least as a community of values, "Common Market Law Review", 2019/56

Editorial Comments. Union membership in times of crisis, "Common Market Law Review", 2014/51

Editorial. EU law as a way of life, "Common Market Law Review", 2017/54

Editorial. Enforcing the Rule of Law in the EU. In the Name of Whom?, "European Papers", 2017/1 http://www.europeanpapers.eu/en/e-journal/enforcing-the-rule-of-law-in-the-eu-in-the-name-of-whom

Editorial. Winter is coming. The Polish Woodworm games, "European Papers", 2017/2

Everling, Ulrich. *On the judge-made law of the European Community's Courts* (in:) D. O'Keeffe, A.Edward, David. A.O. *Luxembourg in Retrospect: A New Europe in Prospect*, "European Business Journal", 2004/120

Edward, David. *National Courts – The Powerhouse of Community Law*, "The Cambridge Yearbook of European Legal Studies", 2002–2003/5

Everson M., Eisner J. *The Making of European Constitution*, "Judges and law Beyond Constitutive Power", 2007/41

Everling, Ulrich. *Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, (1994) 29 EuR 127

Foley, Michael. *The Silence of Constitutions. Gap, 'abeyances and political temperament in the maintenance of government*, Routledge, 2011

Freeden, Michael. *Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach*, Oxford, 1996

Garthoff, J. *The Idea of an Overlapping consensus revisited*, "Journal of Value and Inquiry" 2012/46

Ginsburg, Tom, Huq, Aziz. *How we lost constitutional democracy* (in:) C.R. Sunstein, (ed.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, New York, 2018

Kakouris Constantinos. *La Cour de justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle: Trois Observations* (in:) *Festschrift für Ulrich Everling*, O. Due, M. Lutter, J. Schwarze (eds.), Baden-Baden 1995

Kakouris, Constantinos. N. *La Mission de la Cour de Justice des Communautés Européennes et l'ethos du Juge*, "Revue des Affaires Européennes" 1994/4

Kochenov Dimitry, Pech, Laurent. *Upholding the rule of law in the EU: On the Commission's 'Pre-article 7 Procedure' as a timid step in the right direction*, "Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Paper" 2015/24, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35437/RSCAS_2015_24.pdf

Kochenov, Dimitry, Jakab Andras, (eds.). *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Cambridge University Press, 2017

Koncewicz Tomasz T. *Constitutional courts as frontier institutions in the European constitutional space. On the road towards "Van Gend en Loos 2?"* "Indian Journal of Constitutional and Administrative Law" 2018/ 2

Koncewicz Tomasz T. *Czy Polska jest gotowa na wspólnotowe myślenie*, "Rzeczpospolita" https://archiwum.rp.pl/artykul/1426269-Czy-Polska-jest-gotowa--na-wspolnotowe-myslenie.html

Koncewicz Tomasz T. *Democratic backsliding and the European Constitutional Design in Error: When will How meet Why?* https://verfassungsblog.de/the-democratic-backsliding-and-the-european-constitutional-design-in-error-when-how-meets-why/

Koncewicz Tomasz T. *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości. O ewolucji podstaw unijnego porządku prawnego*, Warsaw 2020

Koncewicz Tomasz T. *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – How the Court of Justice is Spelling out the Constitution's Unwritten Understanding(s) Part II* https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/

Koncewicz Tomasz T. *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – What and How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials? Part I* https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/

Koncewicz Tomasz T. *PIS takes its first step on the way toward POLEXIT*, "Gazeta Wyborcza", 13.08.2017, http://wyborcza.pl/7,75968,22227617,w-puszczy-pis-robi-pierwszy-wielki-krok-do-polexitu.html?disableRedirects=true

Koncewicz Tomasz T. *Pogarda dla sądów to POLEXIT*, "Gazeta Wyborcza", http://wyborcza.pl/magazyn/7,124059,25134071,pogarda-dla-sadow-to-polexit.html

Koncewicz Tomasz T. *POLEXIT? Quo Vadis Polonia?* "Dialog" 2020/131

Koncewicz Tomasz T. *Polish Counter – Revolution 2015–2019 and beyond. Of Constitutional Designs, Regime Trajectories, Institutions and Constitutional Fidelities*, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, 2020

Koncewicz Tomasz T. *Ten Anti-Constitutional Commandments*, https://verfassungsblog.de/10-anti-constitutional-commandments/

Koncewicz Tomasz T. *The Białowieża case. A Tragedy in Six Acts*, https://verfassungsblog.de/the-bialowieza-case-a-tragedy-in-six-acts/

Koncewicz Tomasz T. *The Democratic Backsliding and the European constitutional design in error. When will HOW meet WHY?*, https://reconnect-europe.eu/blog/european-constitutional-design-error-koncewicz/

Koncewicz Tomasz T. *The Existential Jurisprudence of the Court of Justice Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey* at https://reconnect-europe.eu/blog/existential-jurisprudence-koncewicz/

Koncewicz Tomasz T, *The existential jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. A essay on the judicial incrementalism in defence of European First Principles* (in:) K. Szczepanowska-Kozłowska (ed.), *Profesor Marek Safjan znany i nieznany. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin*, Warsaw, 2019

Koncewicz Tomasz T. *The Polish Counter-Revolution Two and a Half Years Later: Where Are We Today?*, https://verfassungsblog.de/the-polish-counter-revolution-two-and-a-half-years-later-where-are-we-today/

Koncewicz Tomasz T. *The Politics of Resentment and First Principles in the European Court of Justice* (in:) F. Bignami (ed.), *The EU in populist times. Crises and prospects*, Cambridge University Press 2020

Koncewicz Tomasz T. *Understanding the politics of resentment: of the principles, institutions, counterstrategies, normative change and the habits of heart*, "Indiana Journal of Global Legal Studies" 2019/26, s. 501

Koncewicz Tomasz T. *Unijny sąd nad Izbą Dyscyplinarną. O wspólnocie prawa i unijnej filozofii sądzenia*, http://konstytucyjny.pl/tt-koncewicz-unijny-sad-nad-izba-dyscyplinarna-o-wspolnocie-prawa-i-unijnej-filozofii-sadzenia/

Koncewicz Tomasz T. *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich: o jurysdykcyjnych granicach i wyborach w dynamicznej "wspólnocie prawa"*, Warsaw 2009

Koncewicz, Tomasz, T. *The Democratic backsliding in the European Union and the challenge of constitutional design* (in:) X. Contiades, A. Fotiadou (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge, 2020

Konstadinides, Theodor. *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Hart Publishing, 2017

Krastev, Ivan. *What's Wrong with East-Central Europe? Liberalism's Failure to Deliver*, "Journal of Democracy", 2016/27

Landau, David. *Abusive Constitutionalism*, "University of California Davis Law Review", 2013/47

Law, David, Versteeg, Mila. *Sham Constitutions* "California Law Review" 2013/4

Lecourt, Robert. *L'Europe des Juges*, Bruxelles, 1976

Lenaerts, Koen. *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, "Fordham International Law Journal", 2013/36

MacCormick, Neill. *Beyond the Sovereign State*, (1993), 56 "Modern Law Review", 1993/56

MacCormick, Neill. *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, "European Law Journal", 1995/1

Magen, Amichai. *Cracks in the foundation: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU*, "Journal of Common Market Studies" 2016/54

Magen, Amichai, Pech, Laurent. *The rule of law and the European Union* (in:) Ch. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar, 2018

Martin, T. *Le large pouvoir d'appréciation du juge des référés au service de l'efficacité du droit de l'Union européenne*, "Cahiers de Droit Européen", 2018/54

Müller, Jan. W. *Populist constitutionalism: A Contradiction in Terms?* Draft paper, NYU Colloquium (on file with the Author). See also at https://verfassungsblog.de/populist-constitutions-a-contradiction-in-terms/

Müller Jan W. *Rising to the challenge of constitutional capture. Protecting the rule of law within EU member states*, https://www.eurozine.com/rising-to-the-challenge-of-constitutional-capture/

Müller, Jan W. *On the side of democracy*, Eurozine, http://www.eurozine.com/on-the-side-of-democracy/

Müller, Jan W. *Should the EU protect democracy and the rule of law inside member states?*, "European Law Journal", 2015/21

Müller, Jan W. *Beyond Militant Democracy*, "New Left Review", 2012/73

Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's "Muzzle Law", https://verfassungsblog.de/open-letter-to-the-president-of-the-european-commission-regarding-polands-muzzle-law/

Ovadek, Michal. *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?*, https://verfassungsblog.de/has-the-cjeu-just-reconfigured-the-eu-constitutional-order/

Pech, Laurent, Scheppele, Kim, L. *Poland and the European Commission, Part II: Hearing the Siren Song of the Rule of Law* at https://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-ii-hearing-the-siren-song-of-the-rule-of-law/

Pech, Laurent, Scheppele, Kim, L. *Poland and the European Commission, Part I: A Dialogue of the Deaf?*, Verfassungsblog (3.01.2017), http://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-i-a-dialogue-of-the-deaf/

Pech, Laurent, Wachowiec, Patryk. *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part I)*, https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-i/; *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part II)*, https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-ii

Pech, Laurent. *Protecting Polish Judges from the Ruling Party's "Star Chamber"* at https://verfassungsblog.de/protecting-polish-judges-from-the-ruling-partys-star-chamber/

Pech, Laurent. *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, "European Journal of Constitutional Law" 2010/6

Pech, Laurent, Platon, Sebastian. *Judicial independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, "Common Market Law Review" 2018/55, p. 1827

Pech, Laurent, Platon, Sébastien. *The beginning of the end for Poland's so-called "judicial reforms"? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case)*, https://reconnect-europe.eu/blog/pech-platon-poland-ecj-rule-of-law-reform/

Pech, Laurent, Platon, Sébastien. *Rule of Law Backsliding in the EU: The Court of Justice to the Rescue? Some Thoughts on the ECJ Ruling in Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, at http://eulawanalysis.blogspot.fr/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html

Pescatore, P. *The Law of Integration. Emergence of a new phenomenon in international relations based on the experience of the European Communities*, Sijthoff, Leiden, 1974

Pescatore, P. *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge* (in:) G. Lüke, G. Ress, M.R. Will (eds.), *Rechtsvergleihung, Europarecht and Staatintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Köln–Berlin–Bonn–München, 1991

Pogany, Istvan. *The Crisis of Democracy in East Central Europe: The 'New Constitutionalism' in Europe* "European Public Law", 2013/2

Posen, Daniel, F. *Constitutional Bad Faith*, "Harvard Law Review" 2016/129

Rawls, John. *Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971

Rawls, John. *The idea of an overlapping consensus*, "Oxford Journal of Legal Studies", 1987/7

Rawls, John. *Political liberalism*, Columbia University Press, New York City, 1993

Roeben, Volker. *Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture*, "Hague Journal on the Rule of Law", 2020/12

Rosas, Alan. *The European Court of Justice: Do all roads lead to Luxembourg?*, "CEPS Policy Insights", 2019/3

Rosenfeld, Michael. *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, "Southern California Law Review", 2001/74

Sabel, Charles, Gerstenberg, Olivier. *Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order*, "European Law Journal", 2010/16

Sadurski Wojciech, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti- Constitutional Populist Backsliding*, "Sydney Law School Research Paper", 2018/1

Sadurski Wojciech, *Polish Constitutional Tribunal under PiS: From an Activist Court to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, "Hague Journal on the Rule Law", 2018/11

Sarmiento, Damien, *Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law*, http://verfassungsblog.de/provisional-and-extraordinary-measures-in-the-name-of-the-rule-of-law/. *Editorial. Winter is coming. The Polish Woodworm games*, "European Papers", 2017/2

Scheppele, Kim L. *Constitutional coups and judicial review: How transnational institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary)*, "Transnational Law and Contemporary Problems", 2014/12

Scheppele, Kim, L. *Autocratic legalism*, "The University of Chicago Law Review", 2018/85

Scheppele Kim Lane, Pech Laurent, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, (2017) 19 "Cambridge Yearbook of European Legal Studies", 2017/19

Scheppele, Kim, L. Kelemen, Dan, *Defending Democracy in EU Member State. Beyond Article 7 TEU*, in F. Bignami, (ed.,), *Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press, 2020

Shapiro, Martin, *Can Judges Deliberate?* (29.04.2003) (unpublished paper) (on file with the author)

Shapiro, Martin, *Political Jurisprudence*, "Kentucky Law Journal", 1963/52

Shapiro, Martin, *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*, Free Press, 1964

Shapiro, Martin, *Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or stare decisis*, "Law in Transition Quarterly", 1965/3

Shuibhne, Nic, N. *The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford University Press, 2013

Sunstein, Cass, R. (red.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, New York, 2018

Sunstein, Cass, R., *Designing Democracy: What Constitutions do*, Oxford, 2001

Taborowski, Maciej, *CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges Against Poland*, https://verfassungsblog.de/cjeu-opens-the-door-for-the-commission-to-reconsider-charges-against-poland/

The Democratic backsliding in the European Union and the challenge of constitutional design (in:) X. Contiades, A. Fotiadou (red.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge, 2020

The Editorial. Membership In Times of Crisis, "Common Market Law Review", 2014/51

Tushnet, Mark, *Authoritarian constitutionalism*, "Cornell Law Review", 2015/100

Usher, John, A. *General Course: The Continuing Development of Law and Institutions* (in:) F. Emmert, *Collected Course of the Academy of European Law*, 1991 "European Community Law" 1991/1, Martinus Nijhoff Publishers, 1992

Usher, John, A. *How limited is the jurisdiction of European Court of Justice*', in *Procedure and the European Court*, J. Dine, S. Douglas-Scott, I. Persaud (eds.), Chancery Law Publishing, 1991

Urbinati, Nadia. *A Revolt against Intermediary Bodies*, "Constellations", 2015/22

Varol, Ozan. *Stealth authoritarianism*, "Iowa Law Review", 2015/100

Vauchez Antoine. *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionelle pour l'Europe*, Paris, 2013

Vauchez Antoine. *The Transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos and the making of EU polity* "European Law Journal", 2010/1

Weiler, Joseph, H.H. *The Transformation of Europe*, "Yale Law Journal", 1991/100

Weiler, Joseph, H. H. *On the power of the word: Europe's Constitutional Iconography*, "International Journal of Constitutional Law", 2005/3

Wennerås, Pal. *Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland. Case C-441/17 R, Commission v. Poland, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017*, "Common Market Law Review", 2019/56

Williams, Andrew, J. *The ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010

Wyrzykowski Mirosław. *Antigone in Warsaw* (in:) *Human Rights in Contemporary World. Essays in Honour of Professor Leszek Garlicki*, M. Zubik (red.), Warsaw, 2017

Zajadło Jerzy. *Constitution-hostile Interpretation*, "Przegląd Konstytucyjny", 2018/2

La Fondation a été créée en 1978 par Jean Monnet, concepteur et président de la première Communauté européenne (charbon-acier) et premier citoyen d'honneur de l'Europe, qui lui a confié l'ensemble de ses archives. Institution indépendante d'utilité publique, non-partisane et non-militante, elle bénéficie du soutien de l'État de Vaud, de la Confédération suisse (DFAE et DEFR) et de la Ville de Lausanne. Elle déploie ses activités depuis la Ferme de Dorigny, située au cœur du campus de l'Université de Lausanne, son principal partenaire.

Elle conserve aujourd'hui de nombreux autres fonds d'archives privés qu'elle met en valeur, notamment ceux de Robert Marjolin et les papiers européens de Robert Schuman et de Jacques Delors, ainsi que des documents iconographiques et audiovisuels. Elle abrite une bibliothèque spécialisée et un centre de documentation européenne. Elle recueille les témoignages d'acteurs et témoins dans le cadre de ses programmes d'interviews filmées. Elle met ainsi à disposition des utilisateurs, notamment des chercheurs, un ensemble cohérent de ressources documentaires sur les origines et les développements de la construction européenne et les relations Suisse – Europe. La Fondation attribue chaque année sa Bourse Henri Rieben à plusieurs doctorants avancés.

À la faveur du rayonnement de ce patrimoine et de la collaboration entre Jean Monnet et le professeur Henri Rieben qui présida la Fondation jusqu'en 2005, la Fondation est devenue un carrefour européen et un lieu incontournable de rencontre, de débats et de réflexion sur de grands enjeux d'actualité européenne. Elle organise régulièrement des conférences, des dialogues européens et des colloques internationaux, nouant des partenariats avec des institutions de grande renommée. Elle décerne périodiquement sa Médaille d'or à des personnalités politiques de premier plan ayant œuvré à l'intérêt commun des Européens ; parmi ses lauréats on compte José Manuel Barroso, Emilio Colombo, Mario Draghi, Valéry Giscard d'Estaing, Jean-Claude Juncker, Helmut Kohl, Romano Prodi, Helmut Schmidt, Martin Schulz, Javier Solana et Herman Van Rompuy. Elle accueille aussi de nombreux visiteurs et des chercheurs qu'elle assiste dans leurs travaux, en plus de contribuer à la formation des étudiants. Grâce à un soutien cantonal vaudois, la Fondation a lancé en 2016 une nouvelle activité comme « laboratoire d'idées » autour du travail d'un groupe d'experts, se penchant actuellement sur des enjeux de la société 4.0.

Une mission éditoriale vient compléter l'éventail de ses activités, avec la collection des Cahiers rouges créée par Henri Rieben en 1957, coéditée avec Economica depuis 2007 et qui compte à ce jour 218 ouvrages. En 2014, une nouvelle série de publications en open access, la Collection débats et documents, a été lancée. Ces publications tendent à valoriser le patrimoine documentaire de la Fondation, ses événements publics, ou encore l'expertise de ses membres et partenaires.

Chaque année se réunit l'assemblée générale du Conseil de la Fondation qui se compose de plus de 500 membres, venus de tous horizons, ainsi que son Comité scientifique. Pat Cox, ancien président du Parlement européen et du Mouvement européen international, préside la Fondation et son Conseil exécutif depuis le 1er janvier 2015. Ses prédécesseurs sont José María Gil-Robles (2009-2014), ancien président du Parlement européen et du Mouvement européen international ; Bronisław Geremek (2006-2008), député au Parlement européen et ancien ministre des Affaires étrangères de Pologne ; et Henri Rieben (1978-2005), professeur à l'Université de Lausanne. La Fondation est dirigée depuis 2012 par Gilles Grin, docteur en relations internationales, par ailleurs chargé de cours à l'Université de Lausanne.

Numéros déjà parus dans la Collection

Ferry, Jean-Marc. *Les voies de la relance européenne.* Numéro 1, avril 2014, 51 pp.

Grin, Gilles. *Méthode communautaire et fédéralisme : le legs de Jean Monnet à travers ses archives.* Numéro 2, septembre 2014, 27 pp.

Cox, Pat. *De la crise économique à une crise politique dans l'Union européenne ?* Numéro 3, septembre 2015, 59 pp.

Cox, Pat. *From Economic Crisis to Political Crisis in the European Union ?* Issue 3, September 2015, 55 pp.

Gil-Robles, José María. *L'investiture de la Commission européenne : vers un gouvernement parlementaire pour l'Union européenne.* Numéro 4, décembre 2015, 43 pp.

Dehousse, Renaud. *Quelle union politique en Europe ? Entretien réalisé par Hervé Bribosia.* Numéro 5, mai 2016, 51 pp.

Cox, Pat. *Europe after Brexit.* Issue 6, July 2016, 27 pp.

Grin, Gilles. *Shaping Europe : The Path to European Integration according to Jean Monnet.* Issue 7, March 2017, 34 pp.

Martenet, Vincent. *Un pacte pour réformer et refonder l'Union européenne.* Numéro 8, mars 2017, 54 pp.

Cox, Pat ; Oliva, Patrick ; Kaufmann, Vincent ; Lundsgaard-Hansen, Niklaus ; Audikana, Ander ; Huberts, Leo. *Mobilité durable : un appel aux décideurs européens.* Numéro 9, mars 2018, 37 pp.

Cox, Pat ; Oliva, Patrick ; Kaufmann, Vincent ; Lundsgaard-Hansen, Niklaus ; Audikana, Ander ; Huberts, Leo. *Sustainable Mobility : An Appeal to European Decision-Makers.* Issue 9, March 2018, 37 pp.

Fontaine, Pascal. *La méthode communautaire : entretien réalisé par Chantal Tauxe.* Numéro 10, novembre 2018, 28 pp.

Cox, Pat. *A European Parliament Election of Consequence.* Issue 11, December 2018, 15 pp.

Mayne, Richard ; Hackett, Clifford P. *The Father of Europe : The Life and Times of Jean Monnet.* Issue 12, March 2019, 248 pp.

Cox, Pat. *Brexit : et maintenant ?* Issue 13, juillet 2019, 29 pp.

Grin, Gilles ; Nicod, Françoise ; Paul, Eva (eds.). *Europe in the World – L'Europe dans le monde.* Issue 14, February 2020, 129 pp.

Preziosa, Pasquale ; Velo, Dario. *La défense de l'Europe : la nouvelle défense européenne face aux grands défis européens.* Numéro 15, février 2020, 90 pp.

Paul, Eva ; Fanzy, Nathalie ; Folcque, Antoine ; Federmeyer, Mike. *Réinventer les comportements de mobilité. Les villes européennes et la mobilité durable : études de cas.* Numéro 16, mars 2020, 52 pp.

Paul, Eva ; Fanzy, Nathalie ; Folcque, Antoine ; Federmeyer, Mike. *Changing Mobility Behaviour. European Cities and Sustainable Mobility : A Study Case.* Issue 16, March 2020, 52 pp.

Zwahlen, Jean. *Multilatéralisme : crises et perspectives.* Numéro 17, juillet 2020, 53 pp.

Grin, Gilles. *Suisse – Europe : une perspective historique.* Numéro 18, septembre 2020, 77 pp.

Nell, Philippe G. *Strategy with China : Swiss Cooperation or U.S. Confrontation ? The Successful Swiss Path with a Free Trade Agreement.* Issue 19, September 2020, 191 pp.

Zwahlen, Jean. *La saga du Brexit : quelques pistes de réflexion pour l'Accord institutionnel entre la Suisse et l'Union européenne.* Numéro 20, avril 2021, 31 pp.

Grin, Gilles. *Construction européenne : la révolution d'un continent.* Numéro 21, juin 2021, 181 pp.

Cet essai soutient que la soi-disant réforme du système judiciaire polonais a déclenché un changement de paradigme dans la jurisprudence de la Cour de justice européenne. En réponse aux saisines des tribunaux polonais et en statuant sur les recours en manquement introduits par la Commission, la Cour de justice a été prise à partie et est restée fidèle à son mandat; pour reprendre les termes de l'ancien juge de la Cour C. Kakouris: sa «mission» consiste à garantir « la légalité supranationale » dans le domaine de l'application et de l'interprétation du droit communautaire.

Le Professeur Tomasz Tadeusz Koncewicz est diplômé en droit des universités de Wrocław (Pologne) et d'Édimbourg (Écosse). Il dirige le Département de droit européen et d'études juridiques comparées de l'Université de Gdańsk en Pologne.

Cover: alain kissling / atelierk.org
Inner Layout: atelier Kinkin

Fondation Jean Monnet pour l'Europe
Ferme de Dorigny
CH - 1015 Lausanne
www.jean-monnet.ch

ISSN 2296-7710