

PATRIOTS

FOR EUROPE FOUNDATION

**L'ÉTAT DE DROIT DANS LES
CONFLITS ENTRE BRUXELLES
ET LE COUPLE
POLONO-HONGROIS**

Une étude pour la Fondation Patriots for Europe

2022

« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que 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 caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

(Article 2 du traité sur l'Union européenne)

« Nous avons le devoir de faire preuve d'une vigilance permanente afin de protéger l'État de droit et de lui permettre de prospérer. Les atteintes à l'État de droit ne peuvent être tolérées. Nous continuerons à défendre l'État de droit et à défendre l'intégrité de nos institutions européennes, qu'il s'agisse de la primauté du droit européen, de la liberté de la presse, de l'indépendance du pouvoir judiciaire ou de la vente de « passeports dorés ». Les valeurs européennes ne sont pas à vendre. (...) Nous ne ménagerons pas nos efforts pour construire une Union de l'égalité. Une Union dans laquelle vous pouvez être qui vous êtes et aimer qui vous voulez – sans crainte de récrimination ou de discrimination. (...) Afin de veiller à ce que nous soutenions l'ensemble de la communauté, la Commission proposera bientôt une stratégie visant à renforcer les droits des LGBTQI. Dans ce cadre, je plaiderai également en faveur de la reconnaissance mutuelle des relations familiales dans l'UE. Si vous êtes parent dans un pays, vous êtes parent dans tous les pays. »

(Ursula von der Leyen, présidente de la Commission européenne, dans son discours sur l'État de l'Union du 16 septembre 2020)

« Le Parlement européen (...) invite le Conseil et la Commission à s'abstenir d'interpréter de manière trop restrictive le principe de l'État de droit, et à utiliser pleinement le potentiel de la procédure visée à l'article 7, paragraphe 1 du traité UE en examinant les conséquences des actions du gouvernement polonais du point de vue de tous les principes consacrés par l'article 2 du traité UE, dont la démocratie et les droits fondamentaux, comme le souligne le présent rapport. »

(Extrait de la Résolution du Parlement européen du 17 septembre 2020 sur la proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la république de Pologne, de l'État de droit.)

« La constitution de Hongrie donne une définition de la famille qui s'articule autour du mariage et des relations partenaires-enfant, définition obsolète et fondée sur des convictions conservatrices. »

(Rapport du Parlement européen du 4 juillet 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée.)

« Les droits accordés à l'Union [sont] pour elle des causes de guerre et non de puissance, puisque ces droits [multiplient] ses exigences sans augmenter ses moyens de se faire obéir. Aussi a-t-on presque toujours vu la faiblesse réelle des gouvernements fédéraux croître en raison directe de leur pouvoir nominal. »

(Alexis de Tocqueville dans le volume I de l'ouvrage *De la démocratie en Amérique*, publié en 1835)

Introduction

-

État de droit et valeurs européennes

Il n'avait jamais été autant question d'État de droit et de « valeurs européennes » en Europe que depuis que les électeurs ont amené au pouvoir des gouvernements conservateurs en Hongrie et en Pologne. L'arrivée au pouvoir de la coalition du Fidesz et du KDNP chrétien-démocrate en 2010 en Hongrie puis de la « Droite unie », coalition conduite par le parti Droit et Justice (PiS), en 2015 en Pologne aura marqué le début d'une multiplication des conflits entre Bruxelles et les deux capitales. Une autre coalition menée par le PiS en 2005-2007 à Varsovie avait d'ailleurs déjà donné un avant-goût des réactions que pourrait susciter au sein de l'Union européenne l'arrivée au pouvoir d'un gouvernement conservateur dans un des anciens pays d'Europe de l'Est ayant rejoint le bloc en 2004.

Si les reproches adressés aux deux pays de cette ancienne Europe de l'Est, qui avaient, par leur résistance, le plus contribué à la chute du communisme et à la dislocation de l'empire soviétique, ne sont pas identiques, ils présentent de nombreuses similitudes. Comme la Pologne, la Hongrie a été critiquée pour les réformes de sa Cour constitutionnelle et de son système judiciaire. Cependant, plus que les gouvernements polonais de Beata Szydło en 2015-2017, puis de Mateusz Morawiecki depuis décembre 2017, le gouvernement de Viktor Orbán avait choisi, au début des années 2010, de reculer sur certains points pour éviter la confrontation frontale. Il n'empêche que ses réformes de la justice sont toujours critiquées à Bruxelles comme on peut le voir dans la résolution du Parlement européen de septembre 2018 qui a activé la procédure de sanction de la Hongrie sous le régime de l'article 7 du traité sur l'Union européenne, et aussi dans les rapports annuels de la Commission, publiés depuis 2020, sur l'État de droit dans l'UE.

Avec la Pologne, la dispute avec Bruxelles a néanmoins été plus loin et semble aujourd'hui rendre la confrontation frontale difficilement évitable, avec deux verdicts du Tribunal constitutionnel de Varsovie délivrés en 2021, qui posent les limites de la juridiction de la Cour de Justice de l'Union européenne sur le territoire polonais en rappelant que l'organisation de la justice ne fait pas partie des compétences transférées à l'UE en vertu des traités européens, et en réaffirmant la primauté de la Constitution polonaise sur les jugements de la CJUE dans les domaines n'ayant pas fait l'objet d'un transfert de souveraineté.

En relation avec ces verdicts, le 19 octobre 2021, dans son discours à la plénière du Parlement européen sur la crise de l'État de droit en Pologne et la primauté du droit de l'Union, la présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen a déclaré : « *Le gouvernement polonais doit nous expliquer comment il entend protéger l'argent européen au vu de la décision rendue par son tribunal constitutionnel. Car, dans les années à*

venir, nous investirons 2 100 milliards d'euros avec le budget pluriannuel et le programme de relance NextGenerationEU. Il s'agit de l'argent des contribuables européens. Et si notre Union investit plus que jamais pour soutenir notre relance collective, nous devons protéger le budget de l'Union contre les violations de l'État de droit. »

La principale pierre d'achoppement, c'est la chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise, qui est une cour de cassation et dont la CJUE a ordonné la suspension, ce pour quoi le Tribunal constitutionnel polonais estime que la CJUE est sortie des compétences conférées à l'UE par les traités et viole ainsi la constitution polonaise, qui ne prévoit pas la possibilité pour les institutions européennes d'interférer dans l'organisation du système judiciaire national ni d'ordonner la suspension de tribunaux nationaux.

Le 28 octobre 2021, Mme Von der Leyen a donc présenté en conférence de presse une proposition de « compromis » pour la Pologne, expliquant que la Commission a une « *recommandation spécifique de longue date pour la Pologne, à savoir l'indépendance du pouvoir judiciaire* ». Ainsi donc, pour obtenir les fonds du plan de relance, la Pologne doit s'engager « *à démanteler la chambre disciplinaire, à mettre fin ou à réformer le régime disciplinaire et à lancer un processus de réinstallation des juges* », a prévenu la présidente de la Commission européenne.

Pour la Hongrie, le motif de la rétention des fonds du plan de relance est en principe autre : il s'agit officiellement de risques de corruption qui n'ont pas été résolus sur fond de réformes du système judiciaire qui, de l'avis de la Commission, ne garantiraient pas une lutte efficace contre la corruption. Cependant, plusieurs déclarations en provenance de Bruxelles ont laissé entendre qu'un autre motif de la rétention des fonds porterait sur les amendements à la loi de protection de l'enfance adoptés par le Parlement hongrois en 2021, du fait de l'interdiction faite par cette loi de promouvoir l'homosexualité et les pratiques de changement de sexe ou de « genre » en milieu scolaire, et plus généralement auprès des mineurs, ce qui est perçu par la Commission comme une forme de discrimination à l'encontre des personnes « LGBTQI ». La présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen avait déclaré en juin 2021 que « *cette proposition de loi est une honte* » et, après son adoption, la Commission a lancé une procédure d'infraction du droit communautaire au titre de cette loi. Le 8 juillet 2021, le Parlement européen, dans sa résolution « *sur les violations du droit de l'UE et des droits des citoyens LGBTIQ en Hongrie par suite de l'adoption de modifications de la législation au Parlement hongrois* », avait invité « *la Commission et le Conseil à analyser attentivement chaque mesure présentée dans le projet de plan pour la reprise et la résilience de la Hongrie et de n'approuver ce plan que s'il est établi qu'il ne favorisera pas la mise en œuvre de la loi [sur la protection de l'enfance] et qu'il ne conduira pas, de ce fait, à ce que le budget de l'Union contribue activement aux violations des droits fondamentaux en Hongrie* ».

Interrogée le 17 novembre lors d'une réunion du groupe de travail du Parlement européen consacré au Fonds de relance et de résilience, la directrice-générale de la Commission européenne responsable de la task force pour la reprise et la résilience, Céline Gauer, a reconnu qu'en ce qui concerne la Pologne et contrairement à d'autres pays, la Commission n'avait pas émis de recommandations pour ce qui est de la lutte contre la corruption. Pour la Hongrie, en revanche, la même Céline Gauer a déclaré, lors d'une rencontre organisée en novembre par le média *Politico* : « *Il y a un certain nombre d'aspects (...) qui sont très pertinents pour la question, comme la nécessité de s'attaquer à la corruption, la nécessité d'avoir une meilleure transparence dans le processus de prise de décision, et d'avoir [un] système judiciaire efficace et effectif.* » Et elle a précisé : « *Ces éléments, nous les vérifions, parce que c'est dans la base légale que nous les vérifions. (...) Mais il s'agit vraiment d'un processus rigoureux et légal, car je pense que nous devons respecter l'État de droit et nous conformer à ce que nous prêchons* », ajoutant que les pays « *ne sont pas tenus de traiter toutes les recommandations spécifiques par pays, mais un sous-ensemble significatif [de ces recommandations]* ».

Force est néanmoins de constater que la Commission européenne a une vision très large de la base légale permettant, comme elle le faisait à l'automne 2021, de retenir les fonds européens, et en particulier les fonds du plan de relance dont l'attribution passe par une évaluation positive par la Commission des plans de relance nationaux devant être ensuite approuvés par le Conseil. Cette vision était déjà énoncée en juin 2020 par le Commissaire à la Justice Didier Reynders, lors d'un webinar¹ : « *L'objectif n'est pas de punir les États membres, mais de protéger le budget de l'UE contre la corruption et la fraude. Pour cela, un État membre doit disposer de systèmes judiciaires indépendants, de services d'enquête et de poursuites efficaces, et d'autorités publiques allouant les fonds européens qui fonctionnent correctement. Lorsque ce n'est pas le cas, lorsque nous constatons des déficiences généralisées en matière d'État de droit dans un État membre, nous avons proposé de donner à l'Union la possibilité de suspendre, de réduire ou de restreindre, de manière proportionnée, l'accès au financement de l'UE.* »

De la même manière que pour l'organisation et le fonctionnement de la justice, la Commission semble prête à utiliser tous les instruments à sa disposition, y compris, donc, le chantage financier au moyen d'une interprétation très large des critères d'attribution des fonds européens, dont ceux du plan de relance Next Generation EU, puisque, comme rappelé plus haut, la présidente de la Commission elle-même avait déclaré en juin 2021, en réaction à la loi hongroise sur la protection de l'enfance qui interdit la promotion auprès des mineurs de l'homosexualité et des pratiques de changement de sexe ou de « genre » :

¹Keynote speech by Commissioner Reynders at the webinar with the Institute of International and European Affairs, Dublin, 17 juin 2020 (https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/reynders/announcements/keynote-speech-commissioner-reynders-webinar-institute-international-and-european-affairs-dublin_en)

« Ce projet de loi hongrois est une honte. J'ai demandé à mes commissaires responsables d'écrire une lettre aux autorités hongroises pour leur faire part de nos préoccupations d'ordre juridique avant que le projet de loi n'entre en vigueur. Ce projet de loi est clairement discriminatoire à l'égard des personnes en raison de leur orientation sexuelle, et il va à l'encontre de toutes les valeurs fondamentales de l'Union européenne. Il s'agit de la dignité humaine, de l'égalité et des droits fondamentaux. Nous ne ferons donc aucun compromis sur ces principes, et je l'ai déjà dit et je veux le répéter : je crois fermement en une Union européenne où vous êtes qui vous voulez être. Et je crois fermement en une Union européenne où vous êtes libre d'aimer qui vous voulez. Et je crois en une Union européenne qui embrasse la diversité. C'est le fondement de nos valeurs. J'utiliserai donc tous les pouvoirs de la Commission pour veiller à ce que les droits de tous les citoyens de l'UE soient garantis, qui que l'on soit et où que l'on vive². »

Pour la Pologne aussi, la question des droits LGBT peut jouer un rôle dans l'attitude de la Commission européenne sous couvert de respect des principes généraux énumérés à l'article 2 du traité sur l'Union européenne. C'est ainsi que la Commissaire européenne à l'Égalité, Helena Dalli, avait informé en juillet 2020 sur son compte Twitter : *« Les valeurs européennes et les droits fondamentaux doivent être respectés par les États membres et les autorités nationales. C'est pourquoi six demandes de jumelage de communes impliquant des autorités polonaises ayant adopté des résolutions pour des "zones libres de LGBTI" ou les "droits de la famille" ont été rejetées. »* Ce qui frappe, c'est l'arbitraire de la décision qui ne s'appuie pas sur une décision de justice et qui relaie en outre une manipulation médiatique, puisque ce que la commissaire Dalli a appelé « zones libres de LGBTI » (comme l'a aussi fait à plusieurs reprises la présidente de la Commission européenne elle-même), ce sont en fait des collectivités locales polonaises qui ont adopté des résolutions par lesquelles elles s'engagent à ne pas promouvoir dans le cadre de leurs compétences ce qu'elles qualifient d'idéologie LGBT. Ces résolutions, qui n'ont d'ailleurs aucun effet juridique, puisque ce sont de simples déclarations d'intention, ne prévoient pas en revanche une quelconque discrimination à raison de l'orientation sexuelle ni même une quelconque interdiction pour les associations LGBT de fonctionner sur le territoire de ces collectivités.

En septembre 2020, la Commission européenne publiait son premier rapport annuel sur la situation de l'État de droit dans les 27 pays membres de l'Union européenne, dans le cadre d'un nouveau « mécanisme européen de protection de l'État de droit », voulu par la Commission et le Parlement européen pour les 27. La Commission expliquait dans ce premier rapport que *« le mécanisme de protection de l'État de droit s'inscrit dans le cadre d'une démarche plus large à l'échelon de l'UE visant à renforcer les valeurs de démocratie, d'égalité et de respect des droits de l'homme, y compris les droits des personnes appartenant à des minorités. Il sera complété par*

²Conférence de presse de la présidente de la Commission européenne le 23 juin 2021 (source : <https://twitter.com/vonderleyen/status/1407633592746971141>)

une série de futures initiatives, dont le plan d'action pour la démocratie européenne, la nouvelle stratégie pour la mise en œuvre de la charte des droits fondamentaux ainsi que des stratégies ciblées sur les besoins des personnes les plus vulnérables de la société afin de promouvoir une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la justice, la solidarité et l'égalité. »

Dans ces conditions, la Pologne et la Hongrie n'ont-elles pas raison de craindre que le mécanisme de conditionnalité adopté par le Conseil européen en décembre 2020 et devant conditionner le versement des fonds européens au respect de l'État de droit et des valeurs énumérées à l'article 2 du traité sur l'Union européenne – en principe uniquement dans la mesure où leur non-respect aurait des implications pour l'utilisation correcte des fonds européens – ne servent en fait à imposer, par le chantage, des abandons de souveraineté non prévus dans les traités ou des changements sociétaux non désirés par une majorité des électeurs dans ces deux pays ?

La définition de l'État de droit par la Commission européenne, telle que donnée dans la Recommandation (UE) 2018/103 de la Commission concernant l'État de droit en Pologne :

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que des documents élaborés par le Conseil de l'Europe, qui reposent notamment sur l'expertise de la Commission européenne pour la démocratie par le droit («Commission de Venise»), fournissent une liste non exhaustive de ces principes et définissent ainsi la substance de l'État de droit, valeur commune de l'Union au sens de l'article 2 du TUE. Parmi ces principes figurent la légalité, qui suppose l'existence d'une procédure d'adoption des textes de loi transparente, responsable, démocratique et pluraliste; la sécurité juridique; l'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif; des juridictions indépendantes et impartiales; un contrôle juridictionnel effectif, y compris le respect des droits fondamentaux; et l'égalité devant la loi.

(...)

Le respect de l'État de droit n'est pas seulement une condition préalable à la protection de toutes les valeurs fondamentales énumérées à l'article 2 du TUE. Il s'agit aussi d'une condition indispensable au respect de l'ensemble des droits et des obligations découlant des traités et à l'instauration d'une confiance mutuelle des citoyens, des entreprises et des autorités nationales dans les systèmes juridiques de tous les autres États membres.

Le bon fonctionnement de l'État de droit est également essentiel au fonctionnement sans heurts du marché intérieur, étant donné que les opérateurs économiques doivent savoir qu'ils seront traités sur un pied d'égalité dans le respect de la loi, ce qui ne saurait être garanti sans système judiciaire indépendant dans chaque État membre.

La notion d'État de droit, dans les déclarations et documents des institutions européennes, a en effet des limites mal définies et elle se confond souvent avec la notion encore plus floue de « valeurs européennes », et l'ensemble, censé être décrit à l'article 2 du traité sur l'Union européenne, est compris de différentes manières. Rappelons d'ailleurs que la résolution du Parlement européen du 17 septembre 2020 sur la proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'État de droit « invite le Conseil et la Commission à s'abstenir d'interpréter de manière trop restrictive le principe de l'État de droit, et à utiliser pleinement le potentiel de la procédure visée à l'article 7, paragraphe 1 du

traité UE en examinant les conséquences des actions du gouvernement polonais du point de vue de tous les principes consacrés par l'article 2 du traité UE, dont la démocratie et les droits fondamentaux ». L'adoption de cette résolution était une étape obligatoire de la procédure lancée en décembre 2017 par la Commission européenne sous le régime de l'article 7 du traité sur l'Union européenne, et le rapport sur lequel cette résolution se fonde est la parfaite illustration du caractère fluctuant, en bonne partie idéologique, des valeurs de l'article 2 du TUE, puisque le Parlement européen y compte au titre des droits fondamentaux, entre autres choses, « *les soins de santé sexuelle et génésique et les droits associés* », dont ferait partie le droit à l'avortement qui n'est pourtant pas reconnu en droit international et qui n'entre pas dans les compétences de l'Union européenne. On retrouvait d'ailleurs cette notion de droit à l'avortement, que la Hongrie était accusée de ne pas assurer pleinement (même si l'IVG y est autorisée et accessible jusqu'à la 12^e semaine de grossesse), dans le rapport relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, ou rapport Sargentini (du nom de la rapporteuse), à l'origine de la Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée. Pire encore, ce rapport de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (la commission LIBE) du Parlement européen reprochait à la Hongrie sa nouvelle constitution de 2011 qui « *donne une définition de la famille qui s'articule autour du mariage et des relations partenaires-enfant, définition obsolète et fondée sur des convictions conservatrices* » alors « *que le mariage entre personnes de même sexe est interdit* ». Ceci n'est qu'un exemple parmi d'autres, très nombreux, de la confusion permanente, dans les conflits de Bruxelles avec la Hongrie et la Pologne, entre l'État de droit, les « valeurs européennes » et les vues politiques et idéologiques des personnes impliquées dans ces conflits.

L'avortement érigé en valeur européenne

La Hongrie avait lancé en 2011, dans le cadre de sa politique en faveur des naissances, une campagne pour inciter les parents ne souhaitant pas garder leur enfant à le faire adopter. Des affiches avec une photo de fœtus humain portaient l'inscription : « *Je peux comprendre que tu n'es pas prête pour moi maintenant, mais réfléchis et permets-moi me faire adopter. Laisse-moi vivre !* » La Commission européenne a demandé le remboursement des fonds européens du programme Progress alloués à cette campagne contre l'avortement après que l'eurodéputée socialiste française Sylvie Guillaume eut interpellé la commissaire européenne à la justice, aux droits fondamentaux et à la citoyenneté Viviane Reding au prétexte que l'utilisation de fonds européens pour financer une campagne contre l'avortement serait contraire aux valeurs de l'UE.

Dans sa résolution du 24 juin 2021 sur la situation concernant la santé et les droits génésiques et sexuels dans l'Union, le Parlement européen parle désormais de « soins d'avortement » auxquels toute femme devrait avoir droit dans le cadre de son droit fondamental aux soins de santé. La Pologne est à nouveau pointée du doigt dans cette résolution qui fait suite à plusieurs autres résolutions du Parlement européen ayant condamné le jugement d'octobre 2020 par lequel le Tribunal

constitutionnel polonais a déclaré contraire à la constitution de 1997 l'avortement motivé par un diagnostic d'anomalie congénitale ou maladie grave et incurable de l'enfant à naître.

On pourrait opposer à ces accusations de nature sociétale la réponse faite au Parlement européen par le Premier ministre hongrois Viktor Orbán au début de l'année 2012, alors que son gouvernement essuyait déjà un feu nourri de critiques de la part de la Commission et du Parlement européen :

« Notre communauté politique doit prendre conscience du fait que les idées que nous représentons ne sont malheureusement pas soutenues par une majorité, y compris dans cette assemblée. Il ne fait aucun doute que nos idéaux sont chrétiens. Ils s'appuient sur la responsabilité de l'individu, les sentiments nationaux positifs sont pour nous importants et nous considérons la famille comme le fondement de l'avenir. Peut-être beaucoup ont-ils une autre vision de ces questions, mais cela ne change rien au fait que notre position reste européenne. Peut-être sommes-nous, avec ces idéaux, minoritaires en Europe, mais ces opinions restent européennes et nous avons le droit de défendre nos convictions. Peut-être ne serez-vous pas d'accord avec la phrase que je vais vous citer maintenant, mais personnellement je suis de l'avis de Schuman quand il disait que la démocratie européenne sera chrétienne ou elle ne sera pas. Et cela aussi, c'est un point de vue européen³ ! »

L'objectif du présent rapport sera donc de tenter de faire la part des choses entre les disputes idéologiques et les litiges concernant réellement l'exigence du respect de l'État de droit et des principes démocratiques, en décrivant l'objet des conflits qui se sont développés entre les institutions de l'Union européenne et les gouvernements conservateurs de Budapest et Varsovie et aussi en s'interrogeant sur les causes et les conséquences de ces conflits.

³Source : *Napastnik. Opowieść o Viktorze Orbánie* (L'attaquant. Une histoire de Viktor Orbán) du Polonais Igor Janke.

Première partie

-

État des lieux des conflits en cours (automne 2021)

I. La procédure de l'article 7 du traité sur l'Union européenne

A. En quoi consiste la procédure de l'article 7

Avant d'être enclenchée contre la Pologne en décembre 2017 par la Commission européenne puis contre la Hongrie en septembre 2018 par le Parlement européen, la procédure de sanction de l'article 7 introduite dans le traité de Lisbonne n'avait encore jamais servi. Ainsi qu'il est dit au paragraphe 1 dudit article 7, « *Sur proposition motivée d'un tiers des États membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil entend l'État membre en question et peut lui adresser des recommandations, en statuant selon la même procédure. Le Conseil vérifie régulièrement si les motifs qui ont conduit à une telle constatation restent valables.* »

Il s'agit de l'étape où se trouvait encore la procédure engagée contre les deux pays à la fin de l'année 2021 : la balle est dans le camp du Conseil qui peut statuer à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres – l'approbation du Parlement européen ayant déjà été acquise, y compris pour la Pologne en septembre 2020 – pour constater l'existence d'un risque clair d'une violation grave des valeurs visées à l'article 2⁴.

Une fois franchie cette étape à la majorité des quatre cinquièmes, ce qui n'avait toujours pas été fait à la fin de l'année 2021, le Conseil européen peut, s'il y a lieu, « *constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2, après avoir invité cet État membre à présenter toute observation en la matière* ». Cependant, pour ce faire, le Conseil européen doit statuer « *à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen* ». Par « unanimité », il faut entendre ici tous les pays de l'UE sauf le pays visé par la procédure de l'article 7.

⁴Article 2 du traité sur l'Union européenne :

« *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que 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 caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.* »

L'Union européenne ayant inauguré d'emblée l'utilisation de cette procédure contre deux États membres, sauf changement de majorité parlementaire et de gouvernement dans l'un d'entre eux, il est clair que cette unanimité est impossible à obtenir puisqu'ils se sont promis un soutien mutuel. Plusieurs autres pays, notamment parmi les anciens pays d'Europe de l'Est qui craignent d'être les prochaines cibles, ont cependant fait savoir qu'ils considéraient cette procédure inappropriée en l'état actuel des choses.

Pour cette raison, l'article 7 a parfois été décrit par les critiques de la Pologne et de la Hongrie comme surdimensionnée, comme une « option nucléaire » ou une « bombe nucléaire juridique » inadaptée. Et pour cause, comme le dispose le paragraphe 3 de cet article : *« Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales. Les obligations qui incombent à l'État membre en question au titre des traités restent en tout état de cause contraignantes pour cet État. »* Plutôt que le manque de substance dans les accusations portées à l'égard des deux pays, c'est cela qui expliquerait, selon les détracteurs des gouvernements de Budapest et Varsovie, pourquoi le Conseil rechigne à poursuivre plus loin les procédures enclenchées par la Commission et le Parlement.

C'est pourquoi ces critiques ont voulu la mise en place du mécanisme de conditionnalité, ou Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union⁵, qui est une manière, s'il est utilisé à la façon dont la Commissaire Helena Dalli avait refusé des fonds aux collectivités locales polonaises ayant adopté une charte de la famille ne répondant pas aux revendications du lobby LGBT, de sanctionner un pays de l'UE en contournant la règle de l'unanimité prévue dans le traité avec des sanctions plus légères et donc plus facilement applicables. Ces sanctions consistent en effet non pas à priver le pays sanctionné de ses droits de vote au Conseil mais à suspendre les versements de fonds européens à ce pays comme cela était déjà pratiqué à l'automne 2021 par la Commission européenne vis-à-vis de la Pologne et de la Hongrie en ce qui concerne le plan de relance Next Generation EU.

⁵Règlement du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020. Le texte de ce règlement est accessible à l'adresse <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-64-2020-INIT/fr/pdf>

B. L'objet de la procédure de l'article 7

1) Pologne

En ce qui concerne la Pologne, la procédure de l'article 7 a été initiée par la Commission européenne le 20 décembre 2017, à la suite de l'adoption par le Parlement polonais de trois grandes réformes du système judiciaire : la réforme des tribunaux ordinaires, la réforme de la Cour suprême (qui est une cour de cassation) et la réforme du Conseil national de la magistrature. L'enclenchement de la procédure s'est fait par l'émission d'une recommandation de la Commission européenne à l'intention du Conseil. Il s'agit de la Recommandation (UE) 2018/103 de la Commission du 20 décembre 2017 concernant l'État de droit en Pologne complétant les recommandations (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 et (UE) 2017/1520.

Les principaux griefs de la Commission à l'égard de la Pologne tels qu'énumérés dans ses dernières recommandations ayant précédé la transmission du dossier au Conseil conformément à l'article 7, paragraphe 1, du TUE, c'est-à-dire les recommandations (UE) 2017/1520 du 26 juillet 2017 et (UE) 2018/103 du 20 décembre 2017, sont les suivants :

- 1) « *L'absence de contrôle constitutionnel indépendant et légitime* » : la Commission estime que le Tribunal constitutionnel polonais, dans sa composition actuelle, n'est pas légitime, et ce pour trois raisons principales :
 - a. Le conflit autour des nominations de trois juges sur quinze du Tribunal constitutionnel polonais qui a éclaté en 2015, après que la majorité parlementaire précédente eut changé la loi afin de nommer par anticipation cinq juges en remplacement de juges dont le mandat expirait en novembre et décembre 2015, alors que les élections législatives devaient se tenir en octobre. La nouvelle majorité a invalidé ces cinq nominations et nommé cinq nouveaux juges à la place, et n'a pas ensuite voulu tenir compte du jugement du Tribunal constitutionnel reconnaissant la validité de trois des cinq nominations antérieures
 - b. Les lois successives adoptées par le Parlement polonais de décembre 2015 à la fin de l'année 2016 afin de réformer le Tribunal constitutionnel, dont celle qui a conduit à une procédure modifiée pour la nomination du nouveau président du Tribunal constitutionnel en décembre 2016 à l'expiration du mandat du président précédent et que la Commission juge illégitime.
 - c. La non-publication par le gouvernement polonais de certaines décisions du Tribunal constitutionnel prises en 2016 en violation de la loi en vigueur concernant le Tribunal constitutionnel et telle que venant d'être adoptée par le Parlement.

Partant de là, la Commission semble s'être elle-même considérée comme étant l'instance de contrôle constitutionnel des lois votées par le parlement polonais, puisqu'elle se prononce dans ses recommandations sur la constitutionnalité de ces lois et refuse de reconnaître la validité des jugements prononcés par le Tribunal constitutionnel polonais. De ce fait, la Commission s'estime apparemment légitime pour se prononcer sur l'ensemble des lois votées par le Parlement polonais, indépendamment des compétences confiées à l'UE par les États signataires du traité sur l'Union européenne et du traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.

Extrait de la recommandation de la Commission du 26 juillet 2017

« La Commission considère que l'indépendance et la légitimité du Tribunal constitutionnel sont gravement mises en péril et que, par conséquent, la constitutionnalité des lois polonaises ne peut plus être garantie de manière effective. La situation est particulièrement inquiétante en ce qui concerne le respect de l'État de droit depuis que, ainsi que la Commission l'a expliqué dans ses précédentes recommandations, un certain nombre de nouveaux actes législatifs particulièrement sensibles ont été adoptés par le Parlement polonais, comme une nouvelle loi sur la fonction publique, une loi portant modification de la loi sur la police et de certaines autres lois ainsi que des lois relatives au ministère public, une loi sur le médiateur et portant modification de certaines autres lois, une loi sur le Conseil national des médias et une loi en matière de lutte contre le terrorisme. Par ailleurs, les conséquences négatives sur l'État de droit de l'absence de contrôle constitutionnel indépendant et légitime en Pologne sont désormais sérieusement exacerbées par le fait que la constitutionnalité des nouvelles lois relatives au système judiciaire polonais (...) ne peut plus être vérifiée ni garantie par un Tribunal constitutionnel indépendant. »

- 2) Le recours aux juges auxiliaires pour combler le manque de juges et la possibilité pour ces juges d'exercer les fonctions de juge unique dans les tribunaux de district, en vertu de la loi sur l'École nationale de la magistrature et du parquet de 2017, qui a mis en œuvre, avec certaines modifications, le retour des juges auxiliaires prévus par une loi de juillet 2015, et donc adoptée par la majorité précédente : la Commission européenne estime que le rétablissement de l'exercice de la justice par des juges auxiliaires nommés par le ministre de la Justice et destinés à devenir juges sur recommandation du Conseil national de la magistrature et nomination du président de la République après une période de quatre ans ne garantit pas l'indépendance et l'impartialité des tribunaux dans lesquels ils exercent.
- 3) La possibilité pour le ministre de la Justice, en vertu de la loi sur l'organisation des juridictions de droit commun de juillet 2017 et pendant une période de six mois à compter de l'entrée en vigueur de ladite loi, de révoquer et nommer les présidents des tribunaux ordinaires sans possibilité pour le Conseil national de la magistrature (KRS) de bloquer ses décisions. Après cette période de six mois, le ministre de la Justice peut nommer les présidents des tribunaux ordinaires et aussi les révoquer, mais le KRS peut bloquer ces décisions à une majorité des deux tiers de ses membres.

- 4) L'âge du départ à la retraite des juges, fixé à 65 ans pour les hommes et 60 ans pour les femmes afin d'aligner cet âge sur celui du régime général de la retraite en vigueur en Pologne, a été jugé discriminatoire par la Commission européenne et la Pologne a en conséquence modifié sa loi en portant l'âge de la retraite à 65 ans pour tous les juges indépendamment du sexe.
- 5) La possibilité, après l'abaissement de l'âge du départ à la retraite des juges de 67 à 65 ans, de continuer à travailler jusqu'à 67 ans avec l'accord du ministre de la Justice, ce que la Commission voit comme un instrument de pression de l'exécutif sur les juges. La loi de juillet 2017 a ensuite été modifiée et c'est le Conseil national de la magistrature (KRS) qui peut autoriser un juge à continuer à siéger après l'âge de 65 ans.
- 6) Le remplacement des juges de la Cour suprême (cour de cassation) ayant atteint ou dépassé le nouvel âge de la retraite, y compris de la première présidente en exercice au moment du vote de la nouvelle loi en 2017, avec la possibilité pour les juges ayant atteint le nouvel âge du départ à la retraite de demander la prolongation de leur mandat au président de la République. Les juges concernés ont pu revenir à la Cour suprême (où ils sont inamovibles jusqu'à l'âge de la retraite) et la première présidente en exercice a pu terminer sa présidence de six ans inscrite dans la constitution après le vote d'un amendement tenant compte des remarques de la Commission. Un arrêt de la CJUE délivré en novembre 2019 a finalement donné raison à la Commission, mais était devenu sans objet. Au début du mois de décembre 2021, la Commission a mis fin à sa procédure concernant l'âge de la retraite des juges de la Cour suprême.

Le retour des juges communistes sous la pression de l'UE

L'amendement à la loi modifiant l'âge de la retraite des juges, ratifié en décembre 2018 par le président Andrzej Duda, a rétabli dans leurs fonctions les juges de la Cour suprême (SN) et de la Haute cour administrative (NSA) mis à la retraite à la suite de la réduction de l'âge de la retraite de 70 à 65 ans. La Cour de Justice de l'UE avait à ce sujet délivré une ordonnance suspensive, à deux jours des élections municipales et régionales d'octobre 2018, par laquelle elle exigeait, en attendant un jugement sur le fond, que ces juges soient rétablis dans leurs fonctions. Plusieurs anciens juges communistes se sont vu offrir la possibilité de siéger encore quelques années dans les plus hautes instances judiciaires de la Pologne, tel le juge Iwulski, doyen de la Cour suprême, qui avait prononcé dans les années 1980 plusieurs jugements contre des dissidents sous le régime des lois de l'état de siège.

- 7) L'institution du recours extraordinaire introduit par la loi sur la Cour suprême de décembre 2017, qui permet de réviser, pendant une période de trois ans (prolongée depuis devant l'afflux des requêtes et l'allongement des temps de traitement du fait de la pandémie de Covid-19) à compter de l'entrée en vigueur de la loi, tout jugement final rendu par une juridiction polonaise au cours des vingt années précédentes. De l'avis de la Commission européenne, cette possibilité, dont le but est de permettre de revenir

sur des jugements particulièrement choquants, qui avaient été prononcés dans la période post-communiste par une justice souvent corrompue ou incompétente, remet en cause « *le principe de sécurité juridique, qui est un élément essentiel de l'État de droit* ».

Le recours extraordinaire

La nouvelle institution du recours extraordinaire, telle que décrite par la Commission elle-même dans ses recommandations du 20 décembre 2017 :

« La loi introduit une nouvelle forme de contrôle juridictionnel des jugements et décisions finals et contraignants: le recours extraordinaire. Dans les trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, la Cour suprême sera en mesure d'annuler totalement ou en partie tout jugement final rendu par une juridiction polonaise au cours des vingt dernières années, y compris les jugements rendus par la Cour suprême, à quelques exceptions près. Le pouvoir d'introduire un recours appartient, entre autres, au procureur général et au Médiateur. Les moyens du recours sont vastes: le recours extraordinaire peut être déposé s'il est nécessaire pour garantir l'État de droit et la justice sociale et si l'arrêt ne peut être annulé ou modifié par d'autres mesures correctives extraordinaires, et 1) qu'il viole les principes ou les droits et libertés des personnes et des citoyens prévus par la Constitution; ou 2) qu'il constitue une violation manifeste de la loi fondée sur une mauvaise interprétation ou une mauvaise application; ou 3) qu'il y a une contradiction évidente entre les constatations de la juridiction et les preuves récoltées. »

- 8) Le nouveau régime disciplinaire pour les juges de la Cour suprême et la création d'une Chambre disciplinaire à la Cour suprême, pour les affaires disciplinaires concernant les juges de la Cour suprême et comme dernière instance pour les affaires disciplinaires concernant les juges des juridictions ordinaires. Les juges de cette nouvelle chambre disciplinaire ayant été nommés par le Conseil national de la magistrature (KRS) réformé qui serait, selon la Commission, politisé, ils sont considérés comme non indépendants du pouvoir politique, même si les juges de cette nouvelle Chambre disciplinaire sont en réalité inamovibles jusqu'à l'âge de la retraite en vertu de la Constitution (sauf à faire adopter une nouvelle loi modifiant à nouveau l'organisation de la Cour suprême et entraînant la suppression de certaines catégories de juges).
- 9) La création à la Cour suprême de deux nouvelles chambres, la Chambre disciplinaire et la Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques (pour le traitement de la nouvelle procédure de recours extraordinaire), composées en majorité de nouveaux juges nommés par le président de la République sur proposition du Conseil national de la magistrature réformé, ce qui, de l'avis de la Commission, conduit à une influence politique du pouvoir exécutif et de la majorité parlementaire sur la Cour suprême.
- 10) La réforme du Conseil national de la magistrature (KRS) de décembre 2017 : de l'avis de la Commission européenne, le nouveau mode de nomination des quinze juges membres du KRS, désormais élus par la Diète et non plus par leurs pairs, ne garantit pas l'indépendance de l'organe de supervision de la justice et ne correspond pas aux standards européens. Le KRS a vingt-cinq membres en tout : le premier pré-

sident de la Cour suprême, le président de la Cour supérieure administrative (NSA), le ministre de la Justice, un membre nommé par le président de la République, quatre membres choisis par la Diète parmi les députés, deux membres nommés par le Sénat parmi les sénateurs, ainsi que quinze membres désignés parmi les juges de la Cour suprême, des tribunaux ordinaires, des tribunaux administratifs et des tribunaux militaires. La Constitution polonaise laisse au législateur le choix du mode de nomination de ces quinze juges membres du KRS et il est à noter que, en Espagne aussi, et ce depuis les années 1980, les magistrats membres du Conseil général du pouvoir judiciaire (CGPJ) sont choisis par le Parlement. Mais pour la Commission, la norme européenne en la matière est celle énoncée en décembre 2017 à propos de la Pologne par la Commission de Venise, qui n'est pourtant qu'un organe consultatif du Conseil de l'Europe. L'avis de la Commission de Venise correspond à une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe datant de 2010 et que la Commission cherche manifestement à rendre obligatoire au sein de l'UE puisqu'elle a écrit dans sa recommandation du 20 décembre 2017 par laquelle elle a déclenché la procédure de l'article 7 contre la Pologne : « *Des normes européennes bien établies, notamment la recommandation de 2010 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, disposent qu'au moins la moitié des membres [des conseils de la justice] devraient être des juges choisis par leurs pairs issus de tous les niveaux du pouvoir judiciaire et dans le plein respect du pluralisme au sein du système judiciaire* ». Il incombe aux États membres de structurer leur système judiciaire, et notamment d'instituer, ou non, un conseil de la justice. Cependant, dans le cas où un tel conseil a été établi, comme c'est le cas pour la Pologne, son indépendance doit être garantie dans le respect des normes européennes. »

- 11) Toujours concernant le KRS polonais, la Commission reproche à la réforme polonaise d'avoir raccourci le mandat d'un certain nombre de juges membres du KRS afin de se conformer à un jugement du Tribunal constitutionnel polonais de 2017 selon lequel la loi en vigueur avant la réforme du PiS, qui permettait la nomination des juges membres du KRS pour des mandats individuels, n'était pas conforme à la Constitution, le mandat de quatre ans des membres du KRS devant selon le Tribunal constitutionnel être traité de manière groupée. Le prochain renouvellement du KRS est prévu pour 2022.

Après la mise en cause de la légitimité du Tribunal constitutionnel polonais suite au conflit interne polonais qui s'est déroulé autour de cette institution en 2015-2016, l'accusation de soumission du Conseil national de la magistrature au pouvoir politique est la deuxième pierre angulaire sur laquelle la Commission, le Parlement européen et la Cour de Justice de l'Union européenne fondent leur argumentation pour justifier leurs ingérences dans l'organisation du système judiciaire polonais. Le KRS polonais est en effet l'organe constitutionnel chargé de surveiller l'indépendance et l'impartialité des juges et de proposer au président de la République les nominations de juges. Il peut aussi bloquer les révocations des présidents des tribunaux ordinaires par le mi-

nistre de la Justice et saisir le Tribunal constitutionnel si une loi pourrait remettre en cause l'indépendance et l'impartialité de la justice.

Ainsi qu'on peut le lire dans la recommandation de la Commission enjoignant le Conseil d'enclencher la procédure de sanction de l'article 7 du traité sur l'Union européenne, « *Pour les raisons exposées ci-dessus, la Commission estime que les préoccupations exprimées dans la recommandation du 26 juillet 2017 sur l'État de droit à propos des lois relatives à la Cour suprême et au Conseil national de la magistrature n'ont pas été levées par les deux nouvelles lois relatives à la Cour suprême et au Conseil national de la magistrature.*

Selon elle, de surcroît, aucune des préoccupations exprimées dans la recommandation du 26 juillet 2017 concernant le Tribunal constitutionnel, la loi sur l'organisation des juridictions de droit commun et la loi sur l'École nationale de la magistrature n'a été prise en compte.

Par conséquent, la Commission estime que la situation d'une menace systémique envers l'État de droit en Pologne telle que présentée dans ses recommandations du 27 juillet 2016, du 21 décembre 2016 et du 26 juillet 2017 s'est encore considérablement aggravée. La loi sur le Conseil national de la magistrature et la loi sur la Cour suprême, en liaison également avec la loi sur l'École nationale de la magistrature, et la loi sur l'organisation des juridictions de droit commun accentuent sensiblement la menace systémique envers l'État de droit, ainsi que la Commission l'avait fait observer dans ses recommandations précédentes ».

Cette recommandation était donc accompagnée d'une proposition motivée conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne concernant l'État de droit en Pologne⁶.

2) Hongrie

Dans le cas de la Hongrie, la procédure de l'article 7 a été déclenchée non pas par la Commission européenne mais par le Parlement européen qui a adopté une résolution en ce sens en septembre 2018 sur la base du rapport Sargentini. C'est donc dans ce rapport qu'il faut aller chercher l'argumentaire en faveur de la constatation, par le Conseil, de l'existence d'un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2. Quant aux reproches de la Commission, malgré tout plus factuels et moins idéologiques que ceux formulés par le Parlement européen, on les retrouve dans le chapitre consacré à la Hongrie du rapport annuel 2021 de la Commission sur l'État de droit.

⁶Proposition de décision du Conseil du 20 décembre 2017 relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la république de Pologne, de l'État de droit (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0835&from=EN>)

La Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relative à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, décline les arguments suivants à l'appui de sa proposition :

- 1) La nouvelle constitution hongroise adoptée en 2011 en remplacement de l'ancienne constitution de 1949, qui datait donc de l'époque communiste stalinienne et qui avait uniquement été modifiée depuis :selon le Parlement européen, qui s'appuie sur les affirmations de la Commission de Venise, organe consultatif du Conseil de l'Europe, le problème posé par l'adoption de la nouvelle constitution hongroise, la Loi fondamentale, serait « *le manque de transparence du processus, le fait que la société civile y ait été insuffisamment associée, l'absence de consultation sincère, la mise en danger de la séparation des pouvoirs et l'affaiblissement du système national de contre-pouvoirs* ».
- 2) La limitation des compétences de la Cour constitutionnelle en vertu de la nouvelle constitution, « *notamment en ce qui concerne les matières budgétaires, l'abolition de l'actio popularis, l'interdiction faite à la Cour de se référer à sa jurisprudence antérieure au 1^{er} janvier 2012 et la limitation de la faculté de la Cour d'examiner la constitutionnalité de toute modification apportée à la Loi fondamentale à l'exception des seules modifications de nature procédurale* ».
- 3) La création, avec les réformes constitutionnelles, d'un poste de président de l'Office national de la justice (OBH) nommé par l'Assemblée nationale, qui est le parlement monocaméral hongrois, et reprenant une partie des compétences du Conseil national judiciaire (OBT, un organisme dont le nom hongrois est également traduit en français par « Conseil national de la justice » ou « Conseil national de la magistrature »), le Conseil de la magistrature hongrois dont les membres sont des magistrats élus par leurs pairs. Ainsi qu'il est dit dans la résolution du Parlement européen, « *le président de l'ONJ [OBH] a, entre autres, la capacité de transférer et d'affecter les juges, et il intervient dans la discipline judiciaire. C'est aussi lui qui recommande au président hongrois de nommer et de révoquer les plus hauts responsables des tribunaux, notamment les présidents et vice-présidents des Cours d'appel* ». Et ainsi qu'on peut le lire dans le chapitre consacré à la Hongrie du rapport 2021 sur l'État de droit dans l'UE publié par la Commission européenne : « *La Loi fondamentale charge le président de l'Office national de la justice, élu par le Parlement, de l'administration centrale des juridictions. Le Conseil national de la magistrature est un organisme indépendant qui, en vertu de la Loi fondamentale, supervise le président de l'Office national de la justice et participe à l'administration des juridictions. Les juges sont nommés par le président de la République sur recommandation du président de l'Office national de la justice, sur la base d'un classement des candidats établi par les conseils de la magistrature locaux (composés de juges élus par leurs pairs). Le président de l'Office national de la justice ne peut s'écarter de ce classement*

sans l'accord préalable du Conseil national de la magistrature. »

Comme il a été dit plus haut à propos des reproches formulés contre la Pologne, la Commission européenne estime aujourd'hui, même si une telle norme n'a jamais été respectée dans tous les États membres de l'UE et n'est pas couverte par les traités ou même la législation de l'UE, que, lorsqu'un pays a un conseil de la magistrature, *« au moins la moitié des membres devraient être des juges choisis par leurs pairs issus de tous les niveaux du pouvoir judiciaire et dans le plein respect du pluralisme au sein du système judiciaire »*. Le problème du point de vue de Bruxelles, c'est donc que des compétences de Conseil de la magistrature soient exercées par un Office national de la justice dont le président est nommé par le Parlement à la majorité des deux tiers pour un mandat de neuf ans, sur proposition du président de la République. Comme le Parlement, la Commission, dans son rapport sur l'État de droit venant à l'appui des arguments du Parlement en faveur d'une procédure de sanction sous le régime de l'article 7, se réfère en la matière aux recommandations et critiques de la Commission de Venise qui n'est pourtant officiellement qu'un simple organe consultatif du Conseil de l'Europe.

- 4) Le Parlement européen constate dans sa résolution que la Hongrie a pris acte de l'arrêt de la Cour de Justice de l'UE de novembre 2012 selon lequel l'abaissement à 62 ans de l'âge de la retraite des juges (une mesure destinée, comme celle adoptée en Pologne en 2017, notamment à débarrasser le pays des vieux juges ayant prononcé des jugements à l'époque de la dictature communiste) et qu'elle a modifié sa loi *« pour rendre sa législation en matière de retraite compatible avec le droit de l'Union »*. Cependant, la résolution du Parlement européen note que *« dans son rapport d'octobre 2015, l'Institut des droits de l'homme de l'Association internationale du barreau a indiqué qu'une majorité des juges démis n'avaient pas retrouvé leur poste d'origine, en partie parce que leur poste antérieur avait déjà été pourvu. Il a également indiqué que l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire hongrois ne peuvent être garanties et que l'État de droit demeure affaibli »*.
- 5) Le raccourcissement du mandat du président de la Cour suprême (cour de cassation) en raison du remplacement de cette cour par la Kúria (Curia) dans le cadre des réformes constitutionnelles et des réformes de la justice de 2011.
- 6) Le raccourcissement du mandat du commissaire à la protection des données du fait de son remplacement par une autorité nationale chargée de la protection des données et de la liberté de l'information à compter du 1^{er} janvier 2012. En avril 2014, la CJUE a donné tort à la Hongrie, en estimant que, en vertu des grands principes régissant l'UE, l'indépendance des autorités de contrôle impliquait forcément de permettre à ces autorités d'exercer leur mandat jusqu'au terme prévu.
- 7) Le manque d'indépendance du procureur général, notamment du fait que son mandat est renouvelable.

- 8) Les questions liées aux conflits d'intérêts des députés, qui ne seraient pas suffisamment régulées selon la résolution du Parlement européen et font donc à ce titre partie des arguments du PE en faveur d'une procédure de sanction sous le régime de l'article 7, de même que la lutte contre la corruption insuffisante, le nombre trop élevé de marchés publics attribués sans appel d'offres et le « *pourcentage élevé de recommandations financières de l'OLAF en ce qui concerne les Fonds structurels et l'agriculture pour la période 2013-2017* ».
- 9) Des garanties juridiques jugées insuffisantes contre la surveillance secrète des citoyens à des fins de sécurité nationale.
- 10) Les règles applicables à l'élection des membres du Conseil des médias qui devraient, à en croire la résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018, être « *modifiées pour assurer une représentation équitable des principaux groupes politiques et autres de la société* », tandis que « *le mode de désignation et la position du président du Conseil ou de l'Autorité des médias devraient être revus afin d'assurer la neutralité politique de cette personnalité et de réduire la concentration des pouvoirs entre ses mains* ». Faut-il rappeler à ce sujet qu'en France, pour ne prendre qu'un exemple d'un autre État membre de l'UE, les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) sont nommés de manière discrétionnaire par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat et le président de la République, ce qui n'est absolument pas de nature à « *assurer une représentation équitable des principaux groupes politiques et autres de la société* » ?
- 11) Plus généralement, le Parlement européen reproche au gouvernement hongrois, principalement sur la base de rapports d'organisations internationales et de recommandations de la Commission de Venise, de porter atteinte à la liberté d'expression ainsi qu'à la liberté et au pluralisme des médias.
- 12) Le « climat défavorable » qui accompagne les élections en Hongrie, même si « l'administration technique » est jugée « professionnelle et transparente » et aussi « impartiale ». Ici aussi, le Parlement européen se fonde sur un avis rendu par la Commission de Venise. Pour le Parlement européen, « *la capacité des candidats à rivaliser sur un pied d'égalité a été considérablement mise à mal par les dépenses excessives du gouvernement en publicité d'information publique qui a amplifié le message de campagne de la coalition au pouvoir* » et le découpage des circonscriptions ne s'est pas opéré « *de manière transparente et professionnelle dans le cadre d'un processus impartial et non partisan, c'est-à-dire en évitant la poursuite d'objectifs politiques à court terme* », ce qui serait apparemment, toujours de l'avis du Parlement européen, une spécificité hongroise !
- 13) Le recours à des consultations nationales comportant des « *affirmations et allégations entachées d'erreurs factuelles ou largement trompeuses* », établissant « *des parallèles entre le terrorisme et la migration* », « *incitant à la haine à l'égard des migrants* », ou ciblant « *plus particulièrement la personne de George Soros et l'Union [européenne]* ».

- 14) La loi sur l'enseignement supérieur de 2017 contraignant les établissements d'enseignement supérieurs étrangers (hors Espace économique européen) offrant un enseignement en Hongrie à avoir également un campus avec des activités d'enseignement dans leur propre pays.
- 15) La suppression par le gouvernement hongrois des programmes de masters enseignant la théorie du genre, du fait de leur caractère non-scientifique et purement idéologique de l'avis de Budapest. Dans sa résolution du 12 septembre 2018, le Parlement européen semble faire volontairement la confusion entre la question de la théorie du genre et les questions relatives à l'égalité des sexes, rebaptisée « égalité des genres ». Par cette acrobatie lexicale où la notion de sexes est remplacée par une notion plus floue de « genres », la Hongrie est ainsi faussement accusée par le PE d'avoir supprimé des programmes d'enseignement relatifs à l'égalité des sexes.
- 16) La loi de 2011 fixant les critères pour la reconnaissance par les autorités des Églises et autres communautés religieuses, dont les critères porteraient atteinte à la liberté d'association et aux libertés religieuses.
- 17) La rhétorique du gouvernement hongrois jugée hostile aux ONG.
- 18) La loi de 2017 imposant aux ONG recevant des fonds de l'étranger de rendre cette information publique.
- 19) Les lois de 2018, communément appelées dans les médias « lois Stop Soros », permettant de sanctionner les ONG favorisant l'immigration illégale.
- 20) La discrimination à l'égard des femmes qui découlerait d'une vision « *conservatrice de la famille, dont la protection est garantie comme étant essentielle à la survie nationale* » et de « *nouveaux manuels scolaires [qui] contiennent encore des stéréotypes sexistes, dépeignant les femmes principalement comme des mères et des épouses* », ainsi que l'absence d'obligation de parité hommes-femmes pour les élections.
- 21) Le fait que « *l'interdiction de la discrimination prévue par la Loi fondamentale ne mentionne pas expressément l'orientation sexuelle et l'identité de genre parmi les motifs de discrimination* » et « *la crainte que la définition restrictive de la famille qui figure dans ce texte ne soit source de discrimination dans la mesure où elle n'englobe pas certains types de structures familiales, notamment les couples de même sexe* ».
- 22) La mention par le Comité des droits de l'homme des Nations unies, dans ses observations d'avril 2018, « *du placement de force dans des établissements médicaux, de mises à l'isolement et de traitements forcés d'un grand nombre de personnes présentant des handicaps mentaux, intellectuels et psychosociaux, ainsi que d'informations faisant état d'actes de violence, ainsi que de traitements cruels, inhumains ou dégradants, et d'allégations selon lesquelles un nombre important de décès survenus dans des établissements fermés n'auraient pas fait l'objet d'enquêtes* ».

- 23) « *La détérioration de la situation en ce qui concerne le racisme et l'intolérance en Hongrie, l'antitsiganisme étant la forme la plus flagrante d'intolérance, comme l'illustre la gravité des violences ciblant les Roms et les marches paramilitaires ainsi que les patrouilles dans les villages peuplés de Roms* », une affirmation piochée dans le rapport de décembre 2014 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe qui décrivait en fait une situation datant d'avant le retour au pouvoir du Fidesz et à laquelle le Fidesz avait mis fin depuis. Le Parlement européen prend toutefois note des efforts entrepris par le gouvernement hongrois pour lutter contre l'antisémitisme et les discriminations à l'égard des Roms tout en jugeant ces efforts insuffisants, mais il reprend à son compte la constatation par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe d'une « *recrudescence de la xénophobie ciblant les migrants, y compris les demandeurs d'asile et les réfugiés, et de l'intolérance visant d'autres groupes sociaux tels que les personnes LGBTI, les pauvres et les sans-abri* ». Au passage, la résolution du Parlement européen attribue un caractère antisémite aux attaques verbales du Premier ministre Viktor Orbán contre le milliardaire américain d'origine juive hongroise George Soros.
- 24) La violation par la Hongrie de certains droits économiques et sociaux : interdiction du « sans-abrisme de rue », limitation excessive du droit de grève, protection sociale insuffisante des employés de maison et des travailleurs indépendants, enfants retirés à leur famille pour motif de conditions socio-économique insuffisantes, proportion en baisse mais toujours supérieure à la moyenne de l'UE de personnes menacées de pauvreté et d'exclusion sociale.
- 25) Les droits fondamentaux des migrants, des demandeurs d'asile et des réfugiés qui seraient violés par la Hongrie ainsi que l'affirment le Haut-Commissaire des Nations unies pour les réfugiés, le groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire et le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Des préoccupations renforcées par la loi de 2017 « *qui prévoit la rétention obligatoire de tous les demandeurs d'asile, y compris des enfants, pendant toute la durée de la procédure d'asile* ». La résolution du 12 septembre 2018 du Parlement européen reprend aussi à son compte, toujours pour justifier une procédure de sanction sous le régime de l'article 7, les constatations du Représentant spécial du Secrétaire général du Conseil de l'Europe sur « *les refoulements violents de migrants et de réfugiés de Hongrie vers la Serbie* » qui « *soulèvent des préoccupations au titre des articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction de la torture) de la CEDH* » ainsi que le fait que « *les procédures d'asile, qui se déroulent dans les zones de transit, ne comportent pas de garanties suffisantes pour protéger les demandeurs d'asile contre le refoulement vers des pays où ils courent le risque d'être soumis à un traitement contraire aux articles 2 et 3 de la CEDH* ».

Notons au passage que la politique « musclée » de la Hongrie pour défendre sa partie de la frontière extérieure de l'espace Schengen face aux tentatives massives de passage illégal par des migrants a été reprise à son compte au printemps 2020 par la Grèce puis à l'été 2021 par la Pologne, la Lituanie et

l'Estonie, sans que cela n'ait suscité les mêmes condamnations de la part des institutions européennes, et aussi que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu en février 2020 la légalité à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme des refoulements « à chaud » exécutés par l'Espagne à sa frontière terrestre avec le Maroc à Ceuta et Melilla.

- 26) « *Le renvoi automatique de tous les demandeurs d'asile vers les zones de transit pendant toute la durée de leur procédure d'asile, à l'exception des enfants non accompagnés reconnus comme étant âgés de moins de 14 ans* » et « *un recours généralisé à la détention automatique des immigrants dans les centres de détention situés en Hongrie* » ainsi que « *les allégations selon lesquelles les restrictions à la liberté individuelle seraient utilisées comme mesure générale de dissuasion contre l'entrée illégale plutôt qu'à l'issue d'une détermination des risques au cas par cas* ».
- 27) Le refus par la Hongrie de la relocalisation des immigrants illégaux ayant fait une demande d'asile dans l'UE conformément à la décision du Conseil de septembre 2015.

C. Les rapports du Parlement européen pour la procédure de l'article 7

(L'analyse comparée ci-dessus des deux rapports ayant servi de base au feu vert donné par le Parlement européen pour l'enclenchement de la procédure de sanction de la Pologne et de la Hongrie sous le régime de l'article 7 est la traduction, avec mise à jour, d'un article de l'auteur du présent rapport publié en août 2020 en anglais sur le site de l'Institut de coopération polono-hongroise Wacław Felczak, sous le titre « A tale of two very biased reports in the European Parliament: the López Aguilar report on Poland and the Sargentini report on Hungary ».)

Le rapport Sargentini sur la Hongrie a été adopté par la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIBE) le 25 juin 2018, et il a ensuite servi de base à la résolution adoptée en session plénière le 12 septembre de la même année, sachant que la Hongrie a contesté la validité du vote devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) du fait de l'exclusion des abstentions du compte des voix. Une exclusion décidée le jour du vote et qui s'est avérée indispensable pour obtenir la majorité des deux tiers des voix requise par les traités européens. Le 3 juin 2021, la CJUE a cependant rejeté la plainte de la Hongrie et déclaré que le vote de septembre 2018 au Parlement européen était valide⁷. Le rapport López Aguilar sur la Pologne a été adopté par la commission LIBE le 16 juillet 2020 et il a servi de base à la résolution adoptée le 17 septembre 2020 par le Parlement européen et portant approbation du Parlement pour la procédure 7 initiée en décembre 2017 par la Commission européenne.

Ces deux rapports sur la Pologne et la Hongrie sont les premiers dans l'histoire de l'Union européenne à avoir servi de base pour la procédure de l'article 7, et il se trouve qu'ils ont beaucoup de points communs, notamment leur contenu très idéologique – avec des critiques couvrant des domaines qui ne relèvent pas de la compétence des institutions européennes (comme par exemple la dimension nationale de la gestion de l'immigration clandestine, mais aussi le « mariage gay » et l'avortement), leur tendance à remettre en cause l'ensemble des principales réformes introduites par les gouvernements conservateurs des deux pays d'Europe centrale, le profil politique très marqué à gauche de leurs auteurs, et la manière dont les consultations publiques ont été menées dans les deux pays, les organisations de droite, conservatrices et/ou chrétiennes ayant été presque entièrement exclues du processus. Dans sa critique détaillée du rapport Sargentini en 2018⁸, le Centre hongrois des droits fondamentaux faisait remarquer que si la procédure de l'article 7 n'est pas poursui-

⁷Arrêt du 3 juin 2021 dans l'affaire C-650/18 Hongrie/Parlement (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-06/cp210093fr.pdf>)

⁸Document rédigé en anglais téléchargeable à l'adresse http://alapjogokert.hu/wp-content/uploads/2018/09/sargentini_report.pdf

vie de manière objective et impartiale, alors « *les instruments juridiques seront balayés et deviendront des instruments de pression politique* ». Le rapport López Aguilar sur la Pologne et le rapport Sargentini sur la Hongrie montrent clairement que cette prédiction est déjà devenue réalité au Parlement européen.

Que contiennent les rapports ?

Les deux rapports expriment des critiques générales contre les principales réformes promulguées depuis 2015 par la coalition de la Droite unie menée par PiS en Pologne, et depuis 2010 par la coalition Fidesz-KDNP en Hongrie.

Le rapport Sargentini contre la Hongrie

Le contenu du rapport Sargentini contre la Hongrie est largement repris dans la Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relative à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, dont les principaux reproches ont déjà été énumérés plus haut. Parmi les raisons pour lesquelles, aux yeux de l'auteur du rapport et d'une majorité de députés européens, « *il convient de déterminer, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité UE, qu'il existe un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs visées à l'article 2 du traité UE* », on trouve, par exemple, des « *préoccupations à l'égard du processus constituant en Hongrie, tant en ce qui concerne la Loi fondamentale que les modifications qui y ont été apportées* », en référence à la nouvelle constitution hongroise qui a été adoptée par la majorité des deux tiers du Parlement Fidesz-KDNP en 2011 et est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2012. Lorsque le rapport Sargentini a été adopté sous la forme d'une résolution votée par le Parlement européen, deux élections législatives avaient eu lieu – en 2014 et en avril 2018 – depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution hongroise. Les deux élections avaient donné au Fidesz-KDNP une nouvelle majorité des deux tiers à l'Assemblée nationale (le Parlement monocaméral hongrois). Ainsi, une majorité incontestable d'électeurs hongrois semblait avoir une opinion de leur nouvelle Loi fondamentale très différente de celle de la commission LIBE et du Parlement européen. Il en va de même pour d'autres réformes datant du début des années 2010 qui sont critiquées dans le rapport Sargentini, comme les nouvelles limites imposées aux compétences de la Cour constitutionnelle hongroise à la suite de la réforme constitutionnelle, et le recours massif aux consultations nationales, qui induiraient, selon le rapport Sargentini, « *la haine à l'égard des migrants* » et viseraient « *plus particulièrement la personne de George Soros et l'Union* ». Le rapport Sargentini critique la création en 2011 d'un Office national de la justice, dont le président est élu par le Parlement et qui a repris certaines des compétences antérieures du Conseil national judiciaire dont les membres sont des juges élus par leurs pairs. Il critique également une réforme du ministère public introduite par une loi votée en 2011. Le rapport reprend à son compte les objections exprimées par la Commission de Venise, un organe consultatif du

Conseil de l'Europe, à l'égard des lois hongroises sur les médias adoptées par le Parlement en 2010. Il critique une loi de 2011 sur l'enseignement supérieur, en plus de la loi plus récente adoptée en 2017 qui oblige les universités étrangères opérant en Hongrie à avoir un campus dans leur pays d'origine, il poursuit avec la loi de 2011 sur la liberté religieuse et le statut juridique des églises, etc. Bien entendu, des mesures plus récentes, telles que la loi de 2017 sur la transparence des organisations recevant un soutien de l'étranger et les lois anti-immigration dites « anti-Soros » de 2018, sont également critiquées dans le rapport et considérées comme autant de raisons pour lesquelles le Conseil européen devrait déterminer, « conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité UE, qu'il existe un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs visées à l'article 2 du traité UE ». Même la taxe sur la publicité introduite par la Hongrie en 2014 est critiquée dans le rapport Sargentini, et on peut donc supposer qu'elle constitue une autre des raisons pour lesquelles le Parlement européen a voté en faveur de la procédure de l'article 7, bien que la CJUE ait par la suite [annulé, en juin 2019](#), la décision de la Commission constatant l'incompatibilité de la taxe hongroise sur la publicité avec les règles de l'Union concernant les aides d'État⁹.

Le rapport Sargentini contient aussi des accusations d'ordre général concernant une supposée « détérioration de la situation en ce qui concerne le racisme et l'intolérance en Hongrie », en particulier à l'égard des Roms, des Juifs et des personnes LGBTI. Il s'agit d'une déclaration extraordinaire à l'heure où la Hongrie est l'un des endroits les plus sûrs pour les Juifs d'Europe, et compte tenu du fait que les gouvernements dirigés par le Fidesz ont fait plus que tout autre gouvernement précédent, notamment par le biais du soutien aux familles et de la scolarisation des enfants, pour l'intégration de la communauté rom dans la société hongroise. Quant aux « marches paramilitaires ainsi que les patrouilles dans les villages peuplés de Roms » qui sont dénoncées dans le rapport Sargentini de 2018, sur la base d'un rapport de 2014 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, une telle situation existait avant 2010, c'est-à-dire avant le retour au pouvoir du Fidesz, et elle appartenait depuis longtemps au passé au moment de l'adoption du rapport Sargentini !

L'antisémitisme en Pologne et en Hongrie

Ainsi que le dévoile une étude de 2018 de l'Agence européenne des droits fondamentaux¹⁰, avec plus de 16000 Juifs interrogés dans 12 pays européens: 77% des Juifs hongrois et 85% des Juifs polonais considèrent que l'antisémitisme est un problème dans leur pays. Néanmoins, en Europe, ce sont l'Allemagne, la Suède et le Royaume-Uni qui connaissent la plus forte hausse du nombre de Juifs envisageant d'émigrer, ce qui montre que la nature de l'antisémitisme subi par les Juifs est nettement plus grave dans ces pays.

⁹Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 27 juin 2019 dans l'affaire T-20/17

¹⁰Étude intitulée « Experiences and perceptions of antisemitism. Second survey on discrimination and hate crimes against Jews in the EU » et téléchargeable sur Internet, à l'adresse https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-experiences-and-perceptions-of-antisemitism-survey_en.pdf

Cette constatation est confirmée par une étude publiée en novembre 2018 par l'organisation juive américaine International Center for Community Development¹¹. Il s'agissait du quatrième questionnaire de ce type envoyé aux responsables communautaires et professionnels juifs d'Europe et de Turquie, et les réponses ont été fournies en avril-mai 2018 par 893 de ces responsables dans 29 pays, le plus fort taux de réponses ayant été obtenu en France, en Allemagne, en Hongrie, au Royaume-Uni, en Pologne, en Italie, aux Pays-Bas, en Grèce, en Espagne, en Roumanie, en Turquie et en Tchéquie. Cette enquête montre que seulement 76% des Juifs d'Europe occidentale se sentent en sécurité contre 96% de leurs homologues de l'ancienne Europe de l'Est.

« *Les Juifs se sentent plus en sécurité dans l'est conservateur de l'Europe que dans l'ouest libéral* », concluait Evelyn Gordon dans le mensuel juif américain *Commentary*¹². Et d'ajouter: « *D'autres études ont montré que les Juifs risquent beaucoup plus de subir des violences physiques en Europe occidentale qu'en Europe de l'Est. En 2017, par exemple, les 100.000 Juifs que compte la Hongrie n'ont déclaré aucune agression physique alors que les 250.000 juifs de Grande-Bretagne en déclaraient.* »

La même année en Pologne, il y a eu 73 incidents antisémites (contre 101 en 2016), et il s'agissait dans la grande majorité de cas de « discours de haine » sur Internet ou de graffitis à caractère antisémite. Sur le total, il n'y a eu en effet que 12 cas déclarés d'insultes ou de menaces contre des Juifs et trois agressions physiques, dont deux ont causé un préjudice matériel à la victime, mais aucune blessure corporelle.

Un chapitre spécial intitulé « *Droits fondamentaux des migrants, des demandeurs d'asile et des réfugiés* » est bien entendu réservé dans le rapport Sargentini à la question des politiques strictes de la Hongrie contre l'immigration illégale. Si l'avis de la Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres du Parlement européen avait également été pris en compte, la résolution adoptée le 12 septembre aurait également condamné la Hongrie pour avoir imposé un conseil obligatoire et une période de réflexion de trois jours aux femmes demandant un avortement (conformément à la loi qui existait déjà avant 2010), puisque la majorité des députés siégeant à cette commission considèrent que cela « *complique l'accès des femmes à ces services de santé et les stigmatise* ». La Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres a également souhaité ajouter au rapport la mention de la « *définition de la famille qui s'articule autour du mariage et des relations partenaires-enfant, définition obsolète et fondée sur des convictions conservatrices* » et sanctionner la Hongrie pour avoir interdit le mariage entre personnes de même sexe (la nature du mariage étant inscrite dans sa Loi fondamentale). Si ces amendements n'étaient pas inclus dans la résolution finale du Parlement européen qui a lancé la procédure de l'article 7 contre la Hongrie, le rapport López Aguilar tel qu'adopté deux ans plus tard (en 2020) contre la Pologne contient bien, lui, des exigences en faveur d'une libéralisation de l'avortement.

¹¹Étude publiée sous le titre « Fourth European Jewish Community Leaders' Survey (2018) », téléchargeable sur le site de l'ICCD (<http://www.jdc-iccd.org/publications/fourth-european-jewish-leaders-survey-2018/>)

¹²Jews Feel Safer in Europe's Conservative East Than Its Liberal West, Evelyn Gordon, 26 novembre 2018, dans *Commentary*(<https://www.commentary.org/evelyn-gordon/jews-anti-semitism-europe-east-west/>)

Le rapport López Aguilar contre la Pologne

En effet, dans un chapitre spécial intitulé « *Santé et droits sexuels et génésiques* » (qui, en vertu des traités européens, ne relèvent pas du champ d'action des institutions européennes), le rapport López Aguilar critique une initiative citoyenne à l'origine d'une « *proposition législative qui interdirait l'avortement en cas de malformation fœtale grave ou mortelle* ». De même que le rapport Sargentini reproche à la Hongrie de ne pas avoir ratifié la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul), le rapport López Aguilar exprime une profonde inquiétude quant au fait que des voix se sont fait entendre au sein du gouvernement polonais pour que la Pologne se retire de la Convention d'Istanbul. Ainsi, la possibilité d'un retrait de la Convention d'Istanbul, qui est totalement indépendante du droit et des traités de l'UE, est présentée dans le rapport López Aguilar, comme elle l'était dans le rapport Sargentini sur la Hongrie, comme une raison supplémentaire d'appeler la Commission à « *utiliser pleinement les outils disponibles pour faire face à un risque clair de violation grave, par la Pologne, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, en particulier les procédures d'infraction accélérées et les demandes de mesures provisoires devant la Cour de justice, ainsi que les outils budgétaires* ». Et si la Hongrie était visée par le rapport Sargentini pour sa politique d'immigration, la Pologne est très fortement critiquée dans le rapport López Aguilar pour « *les déclarations de zones en Pologne exemptes de la soi-disant "idéologie LGBT" et l'adoption de "chartes régionales des droits de la famille"* », étant précisé à un autre endroit du rapport que « *le rapporteur déplore vivement de voir certaines régions de l'Union européenne se déclarer libres d'idéologies qui n'existent même pas* ». Les zones dont parlent le rapport López Aguilar, à savoir les territoires polonais où les collectivités locales ont adopté des déclarations affirmant qu'elles n'adhèrent pas à l'idéologie LGBT et ne l'imposeront pas à leurs administrés dans le cadre de leurs compétences (qui inclut la gestion des écoles), ou ont simplement adopté une charte des droits de la famille ne mentionnant pas les partenariats entre personnes de même sexe (qui ne sont pas reconnus en Pologne, où la nature du mariage est inscrite dans la constitution comme en Hongrie), sont en outre appelées dans le rapport « *zones sans LGTBI* », comme si ces déclarations ou cette charte incluaient des mesures d'exclusion ou de discrimination à l'encontre des personnes à raison de leur orientation sexuelle, ce qui n'est pas le cas¹³. Ces déclarations ou résolutions et cette charte n'ont d'ailleurs qu'une valeur déclarative et non pas une valeur juridique. Un conflit idéologique est en cours en Pologne comme dans d'autres pays européens, et le Parlement européen utilise la procédure de l'article 7 pour prendre parti dans ce conflit.

¹³Voir au sujet de ces « zones sans idéologie LGBT » l'article « Pologne : le chantage idéologique de la Commission européenne » publié en 2020 sur le site du Centre européen pour la loi et la justice – ECLJ (<https://eclj.org/family/eu/pologne--le-chantage-ideologique-de-la-commission-europeenne?lng=fr>)

Tout comme le rapport Sargentini sur la Hongrie, le rapport López Aguilar sur la Pologne critique également les réformes les plus importantes introduites depuis les premières élections remportées par la droite conservatrice en 2015, qu'il s'agisse de domaines relevant ou non des compétences des institutions européennes. **Le raisonnement qui sous-tend cette approche est clairement expliqué dans le rapport lui-même, où il est indiqué que « la portée de l'article 7 du traité sur l'Union européenne n'est pas limitée aux domaines couverts par le droit de l'Union », et que « l'Union peut donc évaluer l'existence d'un risque clair de violation grave des valeurs communes visées à l'article 2 du traité sur l'Union européenne non seulement en cas de violation dans ce domaine précis mais aussi en cas de violation dans un domaine dans lequel les États membres agissent de manière autonome ».** Selon le rapport, ce sont en réalité « les faits et tendances mentionnés dans la présente résolution [qui] représentent, pris ensemble, une menace systémique pour les valeurs de l'article 2 du traité sur l'Union européenne (traité UE) et constituent un risque clair de violation grave de celles-ci ». En d'autres termes, tout comme dans le rapport Sargentini, il n'y a pas d'action précise prise par les gouvernements et les majorités parlementaires polonais depuis 2015 qui pourrait en soi justifier l'activation de la procédure de sanction prévue à l'article 7 et ce n'est qu'en procédant à une évaluation subjective de l'ensemble que l'on peut considérer que la Pologne viole les valeurs de l'article 2. Dans le même temps, il est admis comme un fait dans le rapport López Aguilar que le Conseil, qui est le seul organe compétent pour poursuivre la procédure de l'article 7, semble avoir un point de vue différent à ce sujet, puisqu'il a constamment refusé de donner suite à la « proposition motivée du 20 décembre 2017 de la Commission présentée conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité UE relative à l'état de droit en Pologne ». C'est pourquoi il est proposé dans le rapport López Aguilar « d'élargir le champ d'application de la procédure prévue à l'article 7, paragraphe 1, du traité UE pour y inclure les risques évidents de violations graves de la démocratie et des droits fondamentaux, y compris les droits des personnes appartenant à des minorités ». Ainsi, depuis le rapport Sargentini, l'approche de la commission LIBE à l'égard des procédures de l'article 7 est devenue encore plus ouvertement motivée par l'idéologie, allant jusqu'à estimer « que les derniers éléments des auditions en cours au titre de l'article 7, paragraphe 1, du traité UE soulignent une fois de plus la nécessité imminente d'un mécanisme complémentaire et préventif de l'Union pour la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux », en réaffirmant « sa position sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection du budget de l'Union en cas de défaillance généralisée de l'état de droit dans un État membre ».

Concernant les réformes du système judiciaire polonais, le rapport López Aguilar réitère la position de la Commission européenne exposée plus haut dans la partie concernant l'objet de la procédure de l'article 7 dans le cas de la Pologne. Il juge également bon de s'immiscer dans le débat politique polonais concernant la date de la dernière élection présidentielle dans le contexte de la pandémie de Covid-19, en critiquant la proposition d'organiser un vote par correspondance le 10 mai 2020, alors qu'au moment où le rapport a été approuvé par

la commission LIBE un tel vote n'avait pas eu lieu et l'élection avait été convoquée de manière traditionnelle à une date ultérieure, ses résultats ayant été reconnus par tous les partis politiques et les candidats en lice. Alors que le rapport López Aguilar accuse les gouvernements et les majorités parlementaires dirigés par le PiS d'avoir violé la constitution polonaise, comme si le Parlement européen pouvait agir à la place du Tribunal constitutionnel polonais pour évaluer ces violations, il critique également la Diète polonaise (la chambre basse du Parlement) pour avoir discuté d'initiatives citoyennes sous la forme d'une « *proposition législative qui interdirait l'avortement en cas de malformation fœtale grave ou mortelle* », même si la Diète était tenue de le faire en vertu de cette même constitution polonaise. Enfin, comme le rapport Sargentini contre la Hongrie, le rapport López Aguilar contre la Pologne formule des affirmations générales sur des problèmes présentés comme spécifiques à la Pologne, dans une partie intitulée « *Discours de haine, discrimination publique, violence à l'égard des femmes, violence domestique et comportement intolérant à l'égard des minorités et autres groupes vulnérables, y compris les personnes LGBTI* ».

Les coulisses de la préparation des rapports

Pour le rapport Sargentini, il n'y a pas eu de visite officielle d'une délégation LIBE, et le rapporteur admet que l'« *on peut difficilement expliquer aux autorités et aux citoyens de l'État membre concerné que le Parlement juge qu'une situation représente un risque évident de violation grave des valeurs européennes inscrites dans les traités sans avoir pris la peine de se rendre sur place* ». Néanmoins, une majorité de députés européens ont jugé que la situation en Hongrie présentait « *un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée* » sur la base d'un rapport principalement fondé sur des rapports antérieurs publiés par différentes organisations internationales et européennes, dont le Parlement européen lui-même, et par des ONG, ainsi que sur des auditions qui avaient eu lieu à Strasbourg, y compris en présence de représentants du gouvernement hongrois. Toutefois, comme l'explique le Centre hongrois des droits fondamentaux dans sa critique du rapport Sargentini¹⁴, « *les organisations non gouvernementales figurant dans l'annexe au projet de rapport, qui ont informé Sargentini et la LIBE de la "situation hongroise" sont, hormis le Centre des droits fondamentaux, explicitement fondées sur une idéologie libérale et fondamentaliste des droits de l'homme ou sont directement liées au réseau de l'Open Society* ».

Cela ressemble beaucoup à la façon dont le rapport polonais a été préparé, d'abord par l'eurodéputé travailliste britannique Claude Moraes, puis, après les élections de mai 2019 au Parlement européen, par l'eurodéputé socialiste espagnol Juan Fernando López Aguilar qui a pris le relais à la tête de la commission LIBE

¹⁴« Refutation of the top 10+1 erroneous statements of the Sargentini Report », Center for Fundamental Rights (http://alapjogokert.hu/wp-content/uploads/2018/09/sargentini_report.pdf)

et en tant que rapporteur dans le cadre de la procédure de l'article 7 contre la Pologne. Pour l'élaboration du rapport sur la Pologne, une visite a été effectuée à Varsovie en septembre 2018 par une délégation de la commission LIBE. Néanmoins, hormis les juristes de l'Institut pour la culture du droit Ordo Iuris, une organisation conservatrice et pro-vie, toutes les autres organisations invitées à venir apporter une contribution au rapport de Claude Moraes étaient des organisations de gauche, d'extrême-gauche ou liées à l'opposition libérale, y compris des organisations pro-avortement comme Czarny Protest (Manifestation noire) et Federacja na rzecz Kobiet i Planowania Rodzinnego (Fédération pour les femmes et la planification familiale). En outre, selon l'eurodéputé Nicolas Bay du Rassemblement national (RN) français, qui faisait partie de la délégation, et selon l'intéressé lui-même, le juriste d'Ordo Iuris Tymoteusz Zych a été constamment interrompu par l'eurodéputée verte néerlandaise Judith Sargentini (l'auteur du rapport de 2018 contre la Hongrie), par l'eurodéputée communiste italienne Barbara Spinelli et par l'eurodéputé travailliste britannique Claude Moraes, qui était jusqu'aux élections européennes de mai 2019 le rapporteur dans le cadre de la procédure de l'article 7 contre la Pologne. Ces trois députés au Parlement européen ont sans arrêt cherché à faire dérailler la discussion censée porter sur l'État de droit vers la question de l'avortement, bien que la régulation de l'avortement n'entre pas dans les compétences de l'Union européenne et n'ait donc pas sa place dans un rapport dont l'objectif est de voter sur la question de savoir si le Parlement européen voit « *un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2* ». Il convient également de noter que l'eurodéputé conservateur pro-vie polonais Marek Jurek avait été exclu de la délégation à la demande de Claude Moraes, par un vote majoritaire au sein de la commission LIBE. Dans ce cas particulier, la commission a ainsi édicté une règle *ad hoc* disposant que, pour assurer l'impartialité de la procédure, il ne doit pas y avoir dans la délégation visitant le pays concerné de député de ce pays. Cette règle avait toutefois cessé de s'appliquer quand, à la fin du mois de septembre 2021, pour la première fois depuis dix ans, une délégation de la commission LIBE s'est rendue à Budapest pour pallier a posteriori l'absence de visite pendant la préparation du rapport Sargentini dans le cadre de la procédure de l'article 7, même si officiellement la balle était désormais dans le camp du Conseil. La délégation de sept députés au Parlement européen conduite par Gwendoline Delbos-Corfield, vice-présidente du groupe Verts/ALE, comptait en effet dans ses rangs la députée hongroise Anna Donáth, du groupe Renew Europe.

En ce qui concerne la visite à Varsovie en septembre 2018, pour ce qui est du volet « pluralisme et liberté des médias », seuls quatre journalistes, tous issus de médias d'opposition de gauche ou libéraux, dont deux du même groupe médiatique Agora qui est farouchement anti-PiS et progressiste (il est propriétaire du quotidien *Gazeta Wyborcza* et de la radio *Tok FM* et compte un fonds de George Soros parmi ses actionnaires), avaient été invités à éclairer la délégation LIBE sur la liberté de la presse en Pologne. À la demande insistante du député Nicolas Bay, du groupe Europe des nations et des libertés, M. Moraes a finalement accepté d'inviter un journaliste supplémentaire issu d'un média conservateur. Le choix s'est porté sur un journaliste du quotidien ca-

tholique *Nasz Dziennik*, qui a été invité à venir rencontrer la délégation de la commission LIBE mais seulement après la réunion avec les autres représentants des médias, l'après-midi du dernier jour des auditions à Varsovie, alors que la moitié des membres de la délégation – dont Moraes lui-même – étaient déjà partis pour l'aéroport, ce qui a été confirmé en personne à l'auteur du présent rapport à la fois par le député Nicolas Bay et par le journaliste Piotr Falkowski de *Nasz Dziennik*, qui était le journaliste invité.

Le même modèle de fonctionnement a été reproduit en mai 2020 par López Aguilar, le successeur de Moraes en tant que président de la commission LIBE et rapporteur du Parlement européen pour la procédure de l'article 7 contre la Pologne, lorsque presque tous les contributeurs invités à partager leurs points de vue lors des auditions spéciales organisées pour la présentation de ce qui était devenu le rapport López Aguilar étaient issus d'organisations de gauche ou d'extrême-gauche. L'exemple le plus frappant est celui d'une militante d'extrême-gauche présentée comme une simple avocate lors de sa comparution devant la commission LIBE, mais qui est en fait membre de l'« Abortion Dream Team », une organisation qui a choqué la Pologne à plusieurs reprises ces dernières années en menant des campagnes visant à convaincre les gens que l'avortement est quelque chose de « cool », et en aidant illégalement les femmes à obtenir des pilules abortives par courrier ou à se faire avorter à l'étranger. Avec le représentant de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme, l'activiste de l'Abortion Dream Team a tenté de convaincre les membres de la commission LIBE que le simple fait que la contraception ne soit pas gratuite en Pologne était en soi une violation des droits civiques et devait conduire à des sanctions contre la Pologne.

Ainsi, alors que la politique hongroise contre l'immigration avait semblé être une motivation importante derrière les critiques contenues dans le rapport Sargentini, la loi restrictive de la Pologne sur l'avortement (qui datait de 1993 !) a également semblé constituer une violation des « valeurs européennes » aux yeux d'une majorité de députés européens siégeant à la commission LIBE.

Le profil politique des rapporteurs

Il convient enfin de dire quelques mots sur le profil politique des rapporteurs, car cela permet de comprendre pourquoi les deux premiers rapports préparés au Parlement européen dans le but de lancer des procédures contre deux pays membres sous le régime de l'article 7 sont si manifestement motivés par des considérations idéologiques.

Tout comme sa compatriote néerlandaise Sophie in 't Veld du groupe libéral Renew Europe, qui préside depuis 2018 le groupe de suivi de l'État de droit (ROLMG) au sein de la commission LIBE, a admis en 2016¹⁵ que le choix d'une cible pour la procédure de l'article 7 était très arbitraire (« *Au train où vont les choses, ce processus est très arbitraire. Pourquoi la Pologne et pas la Hongrie ? Pourquoi pas la France qui est dans un état d'urgence quasi permanent ? Pourquoi pas la Lituanie, qui est sur le point d'adopter une loi anti-gay ?* »), l'eurodéputée verte Judith Sargentini aurait déclaré, selon l'eurodéputé polonais Marek Jurek qui a cité ces mots en septembre 2018, lors du passage de la délégation de la commission LIBE à Varsovie, à l'auteur du présent rapport, que si les procédures contre la Hongrie et la Pologne aboutissent, ce sera ensuite le tour de la Slovaquie et de la Roumanie.

Sargentini figure dans la liste des « alliés fiables au Parlement européen (2014 - 2019) » de l'Open Society Foundations¹⁶ dans plusieurs domaines d'intérêt du réseau de George Soros, notamment celui de l'immigration et de l'asile ainsi que des minorités. En tant que députée au Parlement européen, elle s'est très ouvertement prononcée en faveur de la relocalisation des immigrants illégaux à laquelle la Hongrie s'est si fortement opposée, et ce avant qu'on lui confie la préparation d'un rapport sur ce pays fin 2017. Lors de la crise migratoire de l'été 2015, Judith Sargentini était favorable à l'idée de laisser entrer davantage d'immigrants comme clé de la lutte contre l'immigration illégale, mais aussi de transférer la responsabilité de la gestion des migrations des États membres à l'UE. La Hongrie de Viktor Orbán étant depuis cette époque l'un des principaux opposant à ce type de propositions, le moins qu'on puisse dire, c'est que le Parlement européen n'a pas choisi un observateur impartial lorsqu'il a confié à Judith Sargentini la tâche de préparer un rapport sur les éventuelles violations de l'État de droit par le gouvernement hongrois.

En tant qu'eurodéputé travailliste britannique et « allié fiable » de l'OSF en matière d'asile et d'immigration, ainsi que dans le domaine des droits des minorités et des personnes LGBTI, on pouvait s'attendre à ce que Claude Moraes n'ait pas moins de préjugés à l'égard des gouvernements conservateurs successifs dirigés par le PiS en Pologne après 2015. Et les choses ne pouvaient qu'empirer avec le socialiste espagnol Juan Fernando López Aguilar, également un « allié fiable » aux yeux de l'OSF de George Soros. En tant que ministre de la Justice de l'Espagne de José Luis Rodríguez Zapatero, López Aguilar a été l'un des principaux promoteurs du mariage homosexuel dans son pays, alors que la Pologne, comme la Hongrie, a inscrit dans sa constitution de 1997

¹⁵Déclaration citée dans l'article « EU still shy of 'nuclear option' on values » publié le 1^{er} juin 2016 par le site *EU Observer* (<https://euobserver.com/institutional/133649>) et reprise le 3 juin 2016 sur le profil Facebook de Sophie in 't Veld (https://m.facebook.com/sophieintveld/posts/10153869599802732?_rdr)

¹⁶ Voir le document publié sous le titre « Reliable allies in the European Parliament (2014 – 2019) » par Kumquat Consult pour l'Open Society European Policy Institute

la nature du mariage en tant qu'union d'un homme et d'une femme. En juillet 2016, trois ans avant que ne lui soit confiée la tâche d'achever le rapport du PE sur la Pologne commencé par Claude Moraes, López Aguilar a publié un article dans lequel il attribuait une supposée érosion de la démocratie et une poussée du nationalisme, des tendances d'extrême-droite et des discours de haine dans l'ensemble de l'UE à son élargissement aux pays de l'ancien bloc de l'Est, arguant que la Pologne et la Hongrie étaient déjà les pires exemples de cette évolution antidémocratique¹⁷. Un professeur de droit espagnol cité de manière anonyme (à sa demande expresse, de crainte des représailles en Espagne) par la journaliste polonaise Małgorzata Wołczyk¹⁸ attribue au ministre de la Justice López Aguilar une déclaration faite lors d'un dîner avec des juristes à Barcelone en 2004 et selon laquelle Zapatero et les socialistes du PSOE « *n'étaient pas au gouvernement pour améliorer les choses mais pour accomplir une révolution* », qu'ils « *feraient la révolution par le biais de lois qui créent des faits accomplis irréversibles* », et qu'ils étaient conscients « *que les gouvernements passent, mais que la transformation sociale révolutionnaire restera* ». Mais alors pourquoi le rapport sur le respect des valeurs européennes et de l'État de droit dans la Pologne conservatrice et catholique a-t-il été confié à ce franc-maçon espagnol qui rêve d'une révolution socialiste d'un nouveau genre ? La réponse ne paraît que trop évidente et c'est la même que pour la décision de confier le rapport sur la Hongrie conservatrice et anti-immigration à une femme politique néerlandaise radicalement pro-immigration : pour qu'il n'y ait aucun doute sur le résultat de leur travail, quelle que soit la situation réelle en Pologne et en Hongrie. Lors d'une session du Parlement européen en janvier 2020, M. López Aguilar a posé une question restée célèbre en Pologne aux députés de l'opposition polonaise, alors qu'il était filmé par la télévision publique polonaise (ce que les députés de l'opposition polonaise lui ont rapidement rappelé) : « *Qu'est-ce que le Parlement européen peut faire d'autre ? Que pouvez-vous attendre d'autre de lui ? Parce que nous avons fait tout ce qui était possible.* »

Le rapport Tavares de 2013

Parmi ses nombreuses résolutions critiquant les politiques des gouvernements successifs de Viktor Orbán, le Parlement européen avait déjà adopté au début de l'été 2013 le «Rapport Tavares¹⁹». Pour le ministre des Affaires étrangères hon-

¹⁷« El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y deestado de derecho y “dilema de Copenhague” », consultable à l'adresse :

<https://www.researchgate.net/publication/326267697> El caso de Polonia en la UE retrocesos democraticos y del estado de derecho y dilema de Copenhague

¹⁸Propos cités dans l'article « Ten, który popsuł Hiszpanię » publié dans l'hebdomadaire polonais *Do Rzeczy* en juin 2020 et confirmés par la journaliste à l'auteur du présent rapport.

¹⁹Résolution du Parlement européen du 3 juillet 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012)

gros de l'époque, János Martonyi, c'était la gauche européenne, notamment la gauche française et allemande, qui était derrière les critiques soulevées par Bruxelles. Déjà à ce moment-là, selon le ministre cité par l'agence de presse hongroise MTI, les considérations politiques semblaient avoir pris le pas sur les considérations juridiques dans l'approche des institutions européennes.

Sans surprise, le rapporteur du Parlement, le Portugais Rui Tavares, était membre du groupe Verts/ALE dirigé par l'ancien militant d'extrême-gauche Daniel Cohn-Bendit, dont les diatribes contre Viktor Orbán restent gravées dans la mémoire des Hongrois, et il était auparavant membre du groupe de la Gauche unitaire européenne/Gauche verte nordique qui rassemble des partis de la gauche anticapitaliste, socialo-écologiste et communiste européenne. Dans le camp d'en face, le Premier ministre hongrois Viktor Orbán était un dissident avant la chute du mur de Berlin et il critiquait depuis les années 1990 la transition incomplète de la Hongrie de la dictature communiste à la démocratie et à l'économie de marché, une transition que le Fidesz a justement cherché à rendre plus complète et définitive.

D. Le nouveau mécanisme « d'État de droit »

Le 11 mars 2021, la Cour de Justice de l'UE (CJUE) annonçait avoir été saisie par la Pologne et la Hongrie sur la question du nouveau régime de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union en cas de violation des principes de l'État de droit, souvent appelé dans les médias « mécanisme d'État de droit » ou « mécanisme de conditionnalité ». Le nouveau mécanisme fait dépendre le versement des fonds européens au respect de l'État de droit et des valeurs européennes. Le 2 décembre 2021, l'avocat général Campos Sánchez-Bordona publiait son opinion selon laquelle « *il y a lieu de rejeter les recours formés par la Hongrie et la Pologne* ». Si la CJUE n'est pas tenue de suivre l'opinion de l'avocat général, elle le fait le plus souvent, et cette opinion permettait donc de penser, dès décembre 2021, que le nouveau régime allait être validé par la Cour de Justice de l'UE. On ne peut que s'étonner que la décision de remettre entre les mains de la Commission européenne un instrument de pression et de chantage aussi puissant que ce nouveau mécanisme d'État de droit soit confié à l'appréciation de juges non élus, connus pour leur propension à étendre toujours plus les compétences de l'Union européenne aux dépens des États membres. Ne serait-ce que par respect des principes démocratiques, le transfert potentiel de souveraineté porté par ce nouveau mécanisme aurait sans doute mérité un nouveau traité comme le réclamaient Varsovie et Budapest.

Menace de veto – La victoire à la Pyrrhus de de Varsovie et Budapest

Car si les dirigeants polonais et hongrois ont crié victoire après le Conseil européen du 10 décembre, la réalité est qu'ils avaient finalement accepté, pour le cadre financier pluriannuel 2021-27 et le plan de relance Next Generation EU, le nouveau mécanisme « d'État de droit » voulu depuis plus de deux ans par le Parlement européen et la Commission européenne. Son application sera certes plus restreinte que ce que souhaitaient ces deux institutions, mais plus étendue que ce qui avait été décidé au Conseil européen de juillet. Sous la pression de leurs pairs, appâtés par la promesse des milliards d'euros de subventions du budget et du plan de relance, le Premier ministre polonais Mateusz Morawiecki et son homologue hongrois Viktor Orbán avaient alors apposé leur signature au bas d'un texte dans lequel les dirigeants des 27 acceptaient pour la première fois à l'unanimité le principe du mécanisme d'État de droit²⁰.

²⁰ Ce principe est introduit par les points 22 et 23 des Conclusions du Conseil européen du 17 au 21 juillet 2020, qui sont rédigés comme suit :

« 22. *Les intérêts financiers de l'Union sont protégés conformément aux principes généraux inscrits dans les traités de l'Union, en particulier les valeurs énoncées à l'article 2 du TUE.*

Le Conseil européen souligne l'importance que revêt la protection des intérêts financiers de l'Union. Le Conseil européen souligne l'importance que revêt le respect de l'État de droit.

23. *Compte tenu de ce qui précède, un régime de conditionnalité visant à protéger le budget et Next Generation EU sera introduit. Dans ce contexte, la Commission proposera des mesures en cas de manquement, qui seront adoptées par le Conseil statuant à la majorité qualifiée.*

Le Conseil européen reviendra rapidement sur la question. »

Ce mécanisme est un nouvel instrument qui permettra à la Commission européenne de suspendre les versements à un pays dont elle considérera qu'il ne respecte pas l'État de droit et que cela fait courir un risque à la bonne utilisation des fonds européens, et donc aux intérêts financiers de l'UE. En juillet 2020, Morawiecki et Orbán avaient crié victoire en assurant leurs électeurs que ce mécanisme ne pourrait pas s'appliquer sans un vote à l'unanimité au Conseil européen, comme c'est aussi le cas pour la procédure de sanction de l'article 7 du Traité de l'UE déjà activée par la Commission et le Parlement contre la Pologne et la Hongrie. Leur interprétation n'était pas celle de la présidence allemande du Conseil de l'UE au deuxième semestre 2020 ni du Parlement européen.

C'est ainsi qu'après plusieurs mois de tractations et de blocage du budget et du plan de relance par le Parlement européen, le 5 novembre 2020 la présidence allemande est finalement tombée d'accord avec le Parlement sur une formulation de ce mécanisme à mi-chemin entre ce que souhaitaient le Parlement et la Commission et ce qui avait été accepté par la Pologne et la Hongrie au Conseil européen de juillet. Y voyant un instrument de chantage politique et idéologique mis entre les mains de la Commission européenne, Varsovie et Budapest ont donc menacé d'opposer leur veto au budget et au plan de relance quand l'accord entre la présidence allemande et le Parlement a recueilli l'approbation d'une majorité qualifiée des États membres lors d'une réunion des ambassadeurs le 16 novembre. Le veto a finalement été retiré au Conseil européen du 10 décembre sur la base d'une déclaration précisant les modalités d'application du nouveau mécanisme d'État de droit. Une déclaration qui fait partie des Conclusions du Conseil européen des 10 et 11 décembre 2020²¹.

Les « garanties » données par le Conseil européen à la Pologne et à la Hongrie

Le Conseil européen a ainsi précisé que le Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union « *doit être appliqué dans le plein respect de l'article 4, paragraphe 2, du TUE²², notamment de l'identité nationale des États membres, inhérente à leurs structures politiques et constitutionnelles fondamentales, du principe d'attribution, ainsi que des principes d'objectivité, de non-discrimination et d'égalité de traitement des États membres* ».

D'une manière générale, les conclusions du Conseil européen assurent que le Règlement portant le mécanisme « d'État de droit » ne pourra pas être mis en œuvre avant le jugement de la CJUE quant à sa légalité si sa légalité est contestée devant la CJUE par un État membre (ce que la Pologne et la Hongrie avaient promis de faire, mettant donc leur promesse à exécution le 11 mars). Le Conseil européen a précisé que ce mécanisme ne sert qu'à protéger le budget de l'Union dans le respect de la légalité et du principe d'égalité de traitement des États

²¹Conclusions téléchargeables à l'adresse <https://www.consilium.europa.eu/media/47328/1011-12-20-euco-conclusions-fr.pdf>

²²Article 4, par. 2, du [Traité sur l'Union européenne](#) : « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre.* »

membres. Il a aussi précisé que, en cas de violation de l'État de droit, « *le lien de causalité entre ces violations et les conséquences négatives pour les intérêts financiers de l'Union devra être suffisamment direct et dûment établi* » et que « *le règlement ne concerne pas les défaillances généralisées* ».

En théorie, donc, les exigences des gouvernements polonais et hongrois ont été satisfaites, y compris celle de pouvoir soumettre la légalité du nouveau mécanisme à la CJUE.

Néanmoins, comme l'ont remarqué aussi bien les partisans que les critiques de ce fameux mécanisme, les conclusions du Conseil européen des 10 et 11 décembre, contrairement au Règlement du Parlement européen et du Conseil de l'UE du 16 décembre 2020, ne sont pas un texte de droit européen²³. Passé le temps des promesses, c'est le Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union qui s'appliquera, à moins que la CJUE en conteste effectivement la légalité à la lumière des traités malgré l'opinion de l'avocat général en faveur du nouveau régime.

Un puissant instrument entre les mains de la Commission

La définition de l'État de droit dans le règlement en question est très large et couvre tous les principes et valeurs énumérés en termes généraux à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, rédigé comme suit :

« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que 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 caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

Ce sera donc désormais officiellement à la Commission d'en apprécier le respect dans les détails, comme elle le revendiquait en activant la procédure de l'article 7 contre la Pologne et en soutenant cette même procédure activée par le Parlement européen contre la Hongrie.

Le nouveau règlement précise encore que :

« L'État de droit exige que toutes les autorités publiques agissent dans les limites fixées par la loi, conformément aux valeurs que sont la démocratie et le respect des droits fondamentaux, consacrées dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée "Charte") et d'autres instruments applicables, et sous le contrôle de juridictions indépendantes et impartiales. Il requiert, en particulier, que les principes de légalité, supposant l'existence d'un processus législatif transparent, responsable, démocratique et pluraliste, de sécurité juridique, d'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif, d'une protection juridictionnelle effective, incluant l'accès à la justice, par des juridictions indépendantes et impartiales, et de séparation des pouvoirs soient respectés. »

Le règlement précise plus loin que « *chaque fois que les États membres exécutent le budget de l'Union* » (...), « *le respect de l'État de droit est une condition essentielle au respect des principes de la bonne gestion finan-*

²³Voir l'article 15, par. 1, du Traité sur l'Union européenne : « *Le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques générales. Il n'exerce pas de fonction législative.* »

cière ». Il est ensuite dit que la bonne gestion financière des fonds de l'UE (provenant du budget et du plan de relance) nécessite une justice indépendante, ce qui consacre donc un droit de regard de la Commission européenne sur l'organisation judiciaire des États membres, en violation de l'article 4 du Traité sur l'UE qui précise que « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ». Le règlement va d'ailleurs encore plus loin en détaillant les conditions qui font que l'on peut véritablement parler d'indépendance de l'institution judiciaire.

L'instrumentalisation du concept « d'État de droit » à des fins politiques et idéologiques

Ce mécanisme « d'État de droit » a en outre fait son apparition alors que la Commission européenne venait d'annoncer pour la première fois une « stratégie en faveur de l'égalité des personnes LGBTIQ dans l'UE ». Parmi les postulats de cette stratégie, il y a par exemple la reconnaissance dans toute l'UE de la parentalité avec « deux pères » ou « deux mères » décrétée dans certains pays de l'UE ayant instauré le mariage homosexuel. Imaginons un instant qu'un pays refuse de reconnaître les certificats de naissance portant mention de deux pères ou de deux mères, et que la Commission européenne, soutenue par une majorité qualifiée du Conseil, estime qu'il s'agit là d'une discrimination, et donc d'une violation flagrante d'un des principes de l'Article 2 du Traité sur l'Union européenne. Imaginons encore que la Commission européenne et une majorité suffisante des gouvernements représentés au Conseil considèrent alors que les fonds alloués à ce pays risquent par conséquent de financer des politiques discriminatoires à l'égard des familles dites « homoparentales ». Cela ne pourrait-il pas entrer dans le cadre du « *risque sérieux de porter atteinte à la bonne gestion financière du budget de l'Union ou à la protection des intérêts financiers de l'Union* » du fait « *d'autres situations ou comportements des autorités qui sont pertinents pour la bonne gestion financière du budget de l'Union ou la protection des intérêts financiers de l'Union* » dont il est question à l'article 4 du nouveau règlement ?

Rappelons d'ailleurs qu'avant même l'adoption définitive du Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, le Parlement européen appelait la Commission à actionner le nouveau mécanisme contre la Pologne pour des motifs divers et variés parmi lesquels, par exemple, la législation polonaise sur l'avortement, trop restrictive aux yeux d'une majorité d'eurodéputés²⁴. Comme cela a déjà été rappelé plus haut, au sein de l'UE, la régulation de l'avortement est pourtant une compétence exclusive des États, mais pourquoi ne pas considérer aux fins du nouveau mécanisme que la loi polonaise porte atteinte à l'égalité entre les femmes et les hommes évoquée à l'article 2 ? Avec l'article 7 du Traité sur l'UE, la condition d'unanimité de tous les autres pays pour sanctionner un État membre pour non-respect de l'État de droit offre une protection efficace contre ce type d'interprétations abusives motivées politiquement ou idéologiquement. Cette protection n'existe plus dans le cadre du nouveau mécanisme « d'État de droit », puisque la sanction financière appliquée par la Commission ne nécessitera plus qu'un vote à la majorité qualifiée au Conseil de l'UE.

²⁴Voir la [Résolution du Parlement européen du 26 novembre 2020 sur l'interdiction de fait du droit à l'avortement en Pologne](#).

Un nouveau mécanisme qui piétine la démocratie et l'État de droit

C'est justement parce qu'il permettra de sanctionner un État membre en contournant les conditions prévues à l'article 7 du Traité sur l'Union européenne que les services juridiques du Conseil avaient eux-mêmes signalé, dans une opinion délivrée en 2018²⁵ et tenue confidentielle jusqu'en novembre 2020, que le nouveau mécanisme « d'État de droit » ne respecte pas les traités européens.

Parce qu'il porte en lui un fort potentiel de transfert de souveraineté lié au pouvoir de chantage aux fonds européens accordé à la Commission européenne tout en se passant d'un nouveau traité ratifié selon la procédure démocratique des États membres, il n'est pas absurde de considérer que le nouveau mécanisme « d'État de droit » viole les règles démocratiques. Il n'est pas non plus absurde de considérer, comme les services juridiques du Conseil, que, en contournant les procédures prévues dans les traités au moyen d'un simple règlement adopté par le Parlement et le Conseil, le mécanisme « d'État de droit » piétine l'État de droit.

Dans son opinion du 2 décembre 2021, l'avocat général Campos Sánchez-Bordona est cependant d'avis que *« ce régime a été adopté sur une base juridique adéquate, il est compatible avec l'article 7 TUE et respecte le principe de sécurité juridique »*. Faisant fi des craintes soulevées par la rédaction du nouveau règlement dans le contexte des pratiques passées et présentes des institutions européennes, l'avocat général assure en effet que *« ce règlement a pour finalité de mettre en place un mécanisme spécifique pour assurer la bonne exécution du budget de l'Union, lorsqu'un État membre commet des violations des principes de l'État de droit qui mettent en péril la bonne gestion des fonds de l'Union ou les intérêts financiers de celle-ci »*, et que par conséquent *« le règlement vise non pas à protéger l'État de droit au moyen d'un mécanisme répressif analogue à celui de l'article 7 TUE, mais à établir un instrument de conditionnalité financière en vue de préserver cette valeur de l'Union »*. Face aux reproches formulés par la Pologne et la Hongrie, l'avocat général estime encore que *« le règlement exige un lien suffisamment direct entre la violation de l'État de droit et l'exécution budgétaire, de sorte qu'il ne s'applique pas à toutes les violations de l'État de droit, mais uniquement à celles qui ont un lien direct avec l'exécution budgétaire »* et qu'il constitue donc une *« réglementation financière au sens de l'article 322 TFUE, paragraphe 1, sous a) »*. L'avocat général précise aussi dans son opinion que *« l'article 7 TUE n'autoriserait pas le législateur de l'Union à mettre en place, au moyen de règles de droit dérivé, un autre mécanisme analogue qui aurait le même objectif de protection de l'État de droit et imposerait des sanctions similaires »* mais que *« l'article 7 TUE ne s'oppose pas à ce que cette protection soit assurée par des instruments autres que celui de cette disposition, dès lors que leurs caractéristiques essentielles diffèrent de celles qui sont propres à la protection que garantit ledit article 7 »*.

Il conviendra donc de surveiller de près la mise en œuvre du nouveau régime de conditionnalité par la Commission et par le Conseil, et en particulier l'existence d'un lien direct entre les intérêts budgétaires de l'Union et la situation motivant une suspension du versement de fonds par la Commission européenne. La manière dont la Commission utilisait dès l'automne 2021, avant même l'entrée en vigueur officielle du régime de conditionnalité, les fonds du plan de relance Next Generation EU pour exercer dans un premier temps une pression sur le Tribunal constitutionnel polonais afin qu'il n'affirme pas la primauté de la constitution polonaise sur les interprétations des traités européens par la CJUE conférant à l'UE de nouvelles compétences en matière d'organisation de la justice, et pour exiger dans un deuxième temps que la Pologne ignore le jugement de son

²⁵Opinion du service juridique du 25 octobre 2018, document 13593/18, Interinstitutional File: 2018/0136(COD)

Tribunal constitutionnel du 7 octobre 2021 affirmant cette primauté de la constitution et revienne sur ses réformes de la justice, font craindre le pire pour la suite. La Commission n'a en effet pas établi un lien direct entre cette situation juridique et l'utilisation correcte des fonds européens par la Pologne, mais uniquement un lien de cause à effet indirect, général, selon lequel en l'absence de primauté des jugements de la CJUE sur la constitution polonaise et en l'absence supposée d'une justice impartiale et indépendante, telle que la conçoit la Commission européenne, l'utilisation correcte des fonds européens ne peut pas être garantie.

II. Liste des procédures en cours auprès de la CJUE

Outre les procédures lancées sous le régime de l'article 7 TUE dont la poursuite dépendait encore à la fin de l'année 2021 d'un vote aux quatre cinquièmes du Conseil qui n'avait toujours pas eu lieu après plusieurs auditions de la Pologne et de la Hongrie, entre autres raisons parce que plusieurs pays, notamment de l'ancienne Europe de l'Est, estiment que ces procédures s'inscrivent en réalité dans un conflit politique et idéologique qui pourrait ensuite les viser eux-mêmes, la Commission s'est tournée vers la Cour de Justice de l'Union européenne afin d'exercer une pression supplémentaire sur Varsovie et Budapest dans les domaines faisant l'objet de la procédure de l'article 7.

La liste ci-dessous comprend uniquement les affaires en cours à l'automne 2021 qui concernent ces domaines.

A. Hongrie

Affaires encore en cours à l'automne 2021, dans l'ordre chronologique du lancement des procédures par la Commission européenne :

- Mise en demeure de la Hongrie pour non-communication par la Hongrie des mesures de transposition de la directive 2013/32 sur les procédures d'asile. La Commission avait lancé la procédure dans cette affaire dès le mois de septembre 2015, au plus fort de la crise migratoire de 2015.
- Mise en demeure à la Hongrie pour non-respect de [l'arrêt de la CJUE du 17 décembre 2020](#) en matière de procédures de la protection internationale et de retour. Dans l'arrêt en question, la CJUE avait, à la demande de la Commission, jugé contraire au droit de l'UE le maintien des demandeurs d'asile dans des zones de transit à la frontière avec la Serbie, avec interdiction d'en sortir sauf à retourner en Serbie, ainsi que le refoulement de l'autre côté de la frontière des personnes prises après leur entrée illégale sur le territoire hongrois. La procédure d'infraction à l'encontre de la Hongrie [avait été engagée en décembre 2015](#), en réaction aux lois adoptées par le Parlement hongrois en juillet et septembre 2015 pour faire face à la vague d'immigration illégale et défendre la partie hongroise de la frontière extérieure de l'espace Schengen.
- Procédure d'infraction concernant la législation hongroise en matière d'égalité de traitement et d'éducation, à savoir concernant une discrimination, du point de vue de la Commission, des enfants roms dans le domaine de l'éducation. La mise en demeure de la Hongrie date de mai 2016.

- Procédure d'infraction concernant la loi sur l'enseignement supérieur telle que modifiée en avril 2017, qui a introduit de nouvelles exigences à l'égard des établissements d'enseignement supérieur étrangers dont le pays d'origine n'est pas membre de l'Espace économique européen (EEE), à savoir l'exigence d'un accord bilatéral entre la Hongrie et le pays d'origine de l'établissement et l'exigence pour l'établissement de fournir des services d'enseignement dans son pays d'origine. Un des établissements affectés par les changements législatifs a été l'Université d'Europe centrale, ou *Central European University* (CEU), fondée et financée par le milliardaire américain d'origine hongroise George Soros. La mise en demeure de la Commission date d'avril 2017.

- Procédure d'infraction concernant la loi relative aux ONG bénéficiant de capitaux étrangers, adoptée par la Hongrie en juin 2017. En vertu de cette loi, les ONG financées depuis l'étranger doivent, au-dessus d'un certain seuil de financement (7,2 millions de forints, soit environ 24 000 EUR au moment du vote de la loi) le faire savoir sur tous les ouvrages et brochures qu'elles publient ainsi que sur leur site internet, et elles doivent informer les autorités des financements perçus. La mise en demeure de la Hongrie par la Commission date de juillet 2017.

- Procédure d'infraction concernant la loi permettant de sanctionner les ONG facilitant l'immigration illégale, par leurs activités de soutien aux demandes d'asile et de séjour en faveur d'immigrants qui n'ont manifestement pas droit à l'asile. Cette loi a été adoptée dans le cadre de ce qui a été présenté dans les médias comme étant le paquet de lois « Stop Soros », du fait de la proportion importante d'ONG pro-immigration financées par l'Open Society Foundations (OSF) du spéculateur américain d'origine hongroise. La première mise en demeure de la Hongrie par la Commission dans ce dossier date de juillet 2018.

- Procédure d'infraction concernant la rétention des demandeurs d'asile dans les zones de transit à la frontière pour la durée du traitement de leur demande d'asile, avec une première mise en demeure en juillet 2019.

- Procédure d'infraction concernant les nouvelles procédures d'asile en période de pandémie de Covid-19, avec première mise en demeure en octobre 2019. Selon les nouvelles procédures qui ont ensuite été pérennisées en réaction, selon les déclarations des dirigeants hongrois, à l'ordre donné par la CJUE de fermer les zones de transit à la frontière (voir plus haut), un demandeur d'asile doit obligatoirement s'adresser à une ambassade hongroise en dehors de l'UE, ce qui empêche les personnes se trouvant sur le territoire hongrois ou à la frontière hongroise de demander l'asile.

- Procédure d'infraction concernant la loi de protection de l'enfance adoptée en juin 2021, qui restreint la possibilité de donner accès aux personnes de moins de 18 ans à des contenus promouvant l'homosexualité ou les pratiques de changement de sexe ou de « genre » et imposant une obligation de faire figurer un avertissement

sur les livres pour enfants abordant les thèmes LGBT. Si dans ses déclarations aux médias la Commission a estimé qu'il y avait là discrimination des personnes LGBT en violation des valeurs énumérées à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, dans la pratique, constatant sans doute que cette accusation de discrimination à l'encontre des personnes s'identifiant comme LGBT ne repose pas sur des bases solides, la Commission, ainsi qu'elle l'a expliqué dans son communiqué de presse du 15 juillet 2021, a fondé la procédure d'infraction sur « *la directive sur les services de médias audiovisuels pour ce qui est des normes applicables aux contenus audiovisuels et de la libre prestation de services de médias audiovisuels, dans la mesure où la Hongrie a mis en place des restrictions injustifiées qui établissent une discrimination à l'égard de personnes en raison de leur orientation sexuelle et qui sont par ailleurs disproportionnées* », ainsi que sur « *la directive sur le commerce électronique (notamment le principe du pays d'origine). La loi interdit en effet la fourniture de services qui affichent des contenus présentant différentes orientations sexuelles aux mineurs d'âge, même si ces services proviennent d'autres États membres* ». Quant à l'obligation de faire figurer un avertissement sur les livres pour mineurs avec des contenus LGBT, la Commission assure qu'elle « *enfreint la directive sur les pratiques commerciales déloyales* » et qu'elle « *restreint la liberté d'expression des auteurs et des éditeurs de livres et opère une discrimination injustifiée fondée sur l'orientation sexuelle* » puisque, toujours selon la Commission, « *la Hongrie n'a pas justifié la restriction de ces droits fondamentaux et n'a pas expliqué en quoi l'exposition des enfants à des contenus LGBTIQ nuirait à leur bien-être ou ne serait pas conforme à leur intérêt supérieur* ».

B. Pologne

Affaires encore en cours à l'automne 2021 dans l'ordre chronologique du lancement des procédures par la Commission européenne :

- Procédure d'infraction concernant la loi de 2017 réformant les tribunaux ordinaires. La loi en question a été publiée au Journal officiel de la République de Pologne le 28 juillet 2017 et la Commission européenne [a envoyé une lettre de mise en demeure le lendemain](#). « *Le principal point de cette loi qui préoccupe la Commission concerne la discrimination fondée sur le sexe en raison de l'introduction d'un âge de départ à la retraite différent pour les femmes juges (60 ans) et les hommes juges (65 ans)* », écrivait alors la Commission. La Pologne est revenue sur cette disposition à l'automne 2017 afin de répondre à cette préoccupation de la Commission qui y voyait une discrimination, même si cette règle continue de s'appliquer au régime général des retraites. Mais la Commission s'inquiétait aussi du pouvoir donné au ministre de la Justice, qui est également procureur général, de révoquer les présidents des tribunaux (pouvoir discrétionnaire accordé pour une période de six mois après laquelle le Conseil national de la magistrature a acquis le pouvoir de bloquer ces décisions).

- Procédure d'infraction concernant la loi de 2017 sur la Cour suprême. Comme pour les tribunaux ordinaires, il est question de l'âge de la retraite, avec l'abaissement de l'âge de la retraite de 70 à 65 ans qui contraignait 27 des 72 juges de la Cour suprême à abandonner leurs fonctions et raccourcissait le mandat de six ans de la première présidente de la Cour suprême. Sur ce point aussi, le Parlement polonais a amendé la loi pour donner satisfaction à la Commission, en exonérant de l'application de la loi les juges ayant déjà atteint 65 ans au moment de la publication de la loi et en permettant à la première présidente de terminer son mandat à la tête de la Cour suprême, mais la Commission a poursuivi la procédure et en décembre 2021 la CJUE a donné raison à la Commission dans ce dossier qui était devenu sans objet. La première mise en demeure de la Pologne par la Commission datait de juillet 2018.

- Procédure d'infraction concernant le nouveau régime disciplinaire des juges. La Commission estime que « *le droit polonais permet de soumettre les juges des tribunaux ordinaires à des enquêtes disciplinaires, à des procédures et finalement à des sanctions, en raison du contenu de leurs décisions judiciaires. En outre, le nouveau régime disciplinaire ne garantit pas l'indépendance et l'impartialité de la chambre disciplinaire de la Cour suprême qui examine les décisions prises dans le cadre des procédures disciplinaires ouvertes contre des juges. La chambre disciplinaire est composée uniquement de nouveaux juges sélectionnés par le Conseil national de la magistrature dont les juges membres sont désormais nommés par la chambre basse du Parlement polonais.* »

Parmi les autres reproches faits à la Pologne dans le cadre de cette procédure lancée en avril 2019, avec saisine de la CJUE en octobre 2019, « *le nouveau régime disciplinaire permet de soumettre des juges à des procédures disciplinaires en raison du contenu de leurs décisions judiciaires, et notamment des décisions de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Étant donné que les juges ne sont pas à l'abri de sanctions disciplinaires lorsqu'ils exercent ce droit consacré par l'article 267 du TFUE, le nouveau régime crée un effet dissuasif pour ce qui est du recours à ce mécanisme* ». Le 14 juillet 2021, la CJUE a délivré une deuxième ordonnance de référé demandant la suspension du fonctionnement de la Chambre disciplinaire de la Cour suprême. Le même jour, le Tribunal constitutionnel polonais venait de rappeler²⁶ que les mesures conservatoires de la CJUE concernant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux polonais sont incompatibles avec la Constitution polonaise dans la mesure où la Pologne n'a jamais transféré ses compétences à l'UE dans ce domaine, et que la CJUE ne fait pas partie, à la lumière de la Constitution polonaise, des institutions habilitées à suspendre le fonctionnement des tribunaux polonais. La question lui avait été soumise par la Chambre disciplinaire de la Cour suprême après une première ordonnance de référé émise le 8 avril 2020²⁷ qui demandait déjà, conformément à l'exigence de la Commission européenne, la suspension du fonctionnement de ladite Chambre disciplinaire. Le 15 juillet 2021, c'est-à-dire le lendemain du jugement du Tribunal constitutionnel polonais, la CJUE rendait son jugement sur le fond et donnait raison à la Commission, estimant que le régime disciplinaire des juges en Pologne n'est pas conforme au droit de l'Union. Considérant que le fonctionnement de la Chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise n'avait pas été pleinement suspendu, la Commission a demandé le 7 septembre 2021 à la CJUE d'infliger à la Pologne une astreinte journalière. Le 27 octobre, la CJUE a accédé à la demande de la Commission et a infligé une astreinte journalière d'un million d'euros applicable jusqu'à la suspension totale de la Chambre disciplinaire de la Cour suprême. Le gouvernement polonais, s'appuyant sur le jugement de son Tribunal constitutionnel, refusait à l'automne 2021 de payer cette amende journalière en argumentant que la CJUE était sortie de ses compétences attribuées par les traités et avait donc agi *ultra vires*, ce qui, de l'avis des autorités polonaises, viole les principes d'État de droit.

²⁶Jugement du Tribunal constitutionnel polonais du 14 juillet 2021, affaire P 7/20 (énoncé du jugement consultable à l'adresse <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11589-obowiazek-panstwa-czlonkowskiego-ue-polegajacy-na-wykonywaniu-srodkow-tymczasowych-odnoszacych-sie-do-kszaltu-ustroju-i-funkcjonowania-konstytucyjnych-organow-wladzy-sadowniczej-tego-panstwa>)

²⁷Ordonnance de la Cour dans l'affaire C-791/19 R Commission/Pologne

L'explication de Me Jerzy Kwaśniewski

Me Jerzy Kwaśniewski, avocat polonais et président de l'Institut pour la culture du droit Ordo Iuris, explique ainsi la signification du jugement du 14 juillet 2021 du Tribunal constitutionnel polonais : « *Le problème réside dans le changement évolutif du droit communautaire. La Pologne a ratifié les traités d'adhésion, puis, notamment, le traité de Lisbonne. Toutefois, les institutions de l'UE, en particulier la Commission et la Cour de Justice, ont étendu le champ de leurs compétences et se sont dotées de pouvoirs supplémentaires au fil du temps, au détriment des États membres. Et c'est la compatibilité avec la Constitution polonaise de ces compétences de l'Union systématiquement étendues sans le consentement des États membres qui fait l'objet de la procédure devant le Tribunal constitutionnel.* »

- Procédure d'infraction concernant la nouvelle loi sur le système judiciaire adoptée par le parlement polonais en décembre 2019, en réaction à la rébellion et à l'engagement militant de certains juges qui, s'appuyant sur un arrêt de la CJUE de novembre 2019 consécutif à des questions préjudicielles posées par un groupe de juges de la Cour suprême polonaise – sans rapport avec l'affaire jugée –, avaient décidé de ne pas reconnaître les jugements émis par des juges nommés après la réforme de 2017 sur le Conseil national de la magistrature (KRS). « *La nouvelle loi empêche les juridictions polonaises d'appliquer directement certaines dispositions du droit de l'Union protégeant l'indépendance de la justice et d'adresser à la Cour de justice des demandes de décision préjudicielle concernant ces dispositions* », se plaignait la Commission dans son communiqué de presse informant du lancement de cette nouvelle procédure le 29 avril 2020. Pour la Commission, le fait que la loi « *empêche les juridictions polonaises d'apprécier, dans le cadre des affaires pendantes devant elles, le droit de statuer sur des affaires par d'autres juges* » – un droit qu'ils n'ont pas en vertu de la Constitution et de l'ordre juridique polonais – « *nuit à l'application effective du droit de l'Union et est incompatible avec le principe de primauté du droit de l'Union* ».

- Procédure d'infraction ouverte en juillet 2020 et concernant de nouvelles dispositions juridiques ayant conduit au raccourcissement du mandat du président de l'Office des communications électroniques.

- Procédure d'infraction ouverte en juillet 2021 à propos des résolutions et déclarations adoptées par certaines collectivités locales polonaises, par lesquelles lesdites collectivités s'engagent auprès de leurs administrés à ne pas leur imposer, dans le cadre de leurs compétences (notamment en matière de gestion des écoles), l'idéologie LGBT. Ainsi qu'il est expliqué dans le communiqué de presse de la Commission informant de l'ouverture d'une procédure d'infraction le 15 juillet 2020, « *la Commission craint que ces déclarations n'enfreignent le droit de l'UE en matière de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle* ». Or, d'après la Commission, la Pologne, qui considère ici aussi que la Commission sort du champ des compétences attribuées à l'UE par les traités, puisqu'il s'agit là de questions sociétales et familiales, ne coopérerait pas suffisamment pour apporter des explications. C'est donc pour son manque de coopération que la Pologne fait l'objet d'une

procédure d’infraction, ce qui, comme dans le cas de la loi de protection de l’enfance hongroise dont il a été question plus haut, montre que les accusations de discrimination contraires à l’article 2 TUE énoncées par des représentants de la Commission, y compris la présidente Ursula von der Leyen, reposent sur des bases trop fragiles pour justifier une procédure d’infraction.

Le discours sur l’état de l’Union de la présidente de la Commission

Le 16 septembre 2020, dans son discours sur l’État de l’Union prononcé devant le Parlement européen, la présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen déclarait, en se référant à ces déclarations polonaises et aussi à la conception traditionnelle du mariage et de la parentalité qui est inscrite dans les constitutions polonaise et hongroise :

« Nous ne ménagerons pas nos efforts pour construire une Union de l’égalité. Une Union dans laquelle vous pouvez être qui vous êtes et aimer qui vous voulez – sans crainte de récrimination ou de discrimination. Parce qu’être soi-même n’est pas une question d’idéologie. C’est votre identité. Et nul ne pourra jamais vous la retirer. C’est la raison pour laquelle je souhaite être claire – les “zones sans LGBTQI” sont des zones sans humanité. Et elles n’ont pas leur place dans notre Union. Afin de veiller à ce que nous soutenions l’ensemble de la communauté, la Commission proposera bientôt une stratégie visant à renforcer les droits des LGBTQI. Dans ce cadre, je plaiderai également en faveur de la reconnaissance mutuelle des relations familiales dans l’UE. Si vous êtes parent dans un pays, vous êtes parent dans tous les pays. »

III. Questions préjudicielles contre les réformes de la justice

Une partie des juges polonais particulièrement remontés contre les réformes réalisées par la majorité parlementaire au pouvoir depuis les élections d'octobre 2015 n'a pas attendu l'action de la Commission européenne pour impliquer la Cour de Justice de l'Union européenne dans ce qui aurait dû rester un conflit interne à la Pologne, en dépit de la volonté affichée de l'opposition libérale et de gauche de se servir, pour lutter contre les gouvernements du PiS issus des élections de 2015 puis de 2019, « de la rue et de l'étranger ».

La stratégie « de la rue et de l'étranger »

D'une certaine manière, l'opposition polonaise s'est, après les élections perdues de 2015, inspirée de la stratégie de l'opposition hongroise après 2010 en organisant des manifestations de rue et en allant chercher des soutiens à Bruxelles. Lors d'une réunion des instances dirigeantes de son parti en février 2016, le leader de la Plateforme civique (PO) Grzegorz Schetyna a déclaré : « *Nous serons une opposition totale, la plus dure des oppositions possibles. Nous allons combattre de manière totale ce pouvoir total.* » Cette déclaration vaut depuis à la partie la plus dure de l'opposition libérale polonaise l'appellation d'opposition totale qui lui est accolée par les médias de droite, proches ou non du PiS. Début janvier 2016, l'hebdomadaire *Newsweek*, dont le rédacteur en chef est pourtant très engagé du côté de cette « opposition totale », divulguait l'enregistrement d'une réunion de Schetyna avec les instances varsoviennes de son parti lors de laquelle le leader de la PO promettait de faire sortir « un million de gens » dans la rue. Cette stratégie alliée aux plaidoyers et aux votes des députés de la PO et de ses alliés au Parlement européen en faveur de résolutions condamnant la Pologne, voire en faveur de sanctions contre la Pologne, ont permis au camp conservateur d'appeler cette stratégie une stratégie « de la rue et de l'étranger ». C'est ainsi que pour le PiS et ses partisans, les pressions accrues de la Commission européenne à partir de 2018 sont la conséquence de l'échec de la première partie de cette stratégie et du maintien du PiS à ses niveaux élevés dans les sondages.

Dès le mois de juin 2018, le site d'information *wPolityce.pl* dénonçait l'organisation par le conseil des avocats de Varsovie (ORA), l'association de juges Iustitia (très engagée politiquement contre le PiS) et la Fondation Helsinki des Droits de l'homme (financée entre autres par l'OSF de George Soros) de formations pour expliquer aux juges comment ils pouvaient, par l'envoi massif de questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union européenne, conduire au blocage des nouvelles lois votées par le Parlement²⁸.

Au début du mois d'août de la même année, sept juges de la Cour suprême polonaise [ont adressé une demande préjudicielle](#) à la Cour de Justice de l'UE (CJUE)²⁹ avec cinq questions à propos de la réforme les concer-

²⁸« Kasta sparalizuje sądy na podstawie Karty Praw Podstawowych? Osobliwe szkolenie dla adwokatów i sędziów. Szykuje się powtórka z Irlandii », *wPolityce.pl*, 11 juin 2018 (<https://wpolityce.pl/polityka/398991-kasta-sparalizuje-sady-na-podstawie-karty-praw-podstawowych-osobliwe-szkolenie-dla-adwokatow-i-sedziow-szykuje-sie-powtorka-z-irlandii>)

²⁹Décision du 2 août 2018 (http://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Komunikaty_o_sprawach/EditForm/III-UZP-0004-18_pytanie_prejudycjalne.pdf)

nant qui avait été votée par le Parlement. Ce qui était en cause, c'était l'abaissement de l'âge de la retraite des juges de 70 à 65 ans. L'affaire ayant servi de prétexte à ces questions préjudicielles portait sur l'obligation de payer les cotisations de sécurité sociale quand un Polonais a une entreprise en Tchéquie et en Slovaquie. Pour motiver leur renvoi préjudiciel, les juges de la Chambre du Travail et des Assurances sociales de la Cour suprême ont estimé qu'il leur fallait une interprétation de la CJUE à la lumière du droit européen pour juger de la situation en matière de coordination des systèmes d'assurances sociales de l'UE de deux juges ayant justement atteint 65 ans et qui étaient appelés ou non à se prononcer sur cette affaire en fonction de la validité ou non, à la lumière du droit européen, de l'abaissement de l'âge de la retraite des juges de la Cour suprême. Pour dire les choses clairement, les juges de la Chambre du Travail et des Assurances sociales de la Cour suprême polonaise, qui est, rappelons-le, une cour de cassation, ont demandé à la CJUE de se prononcer sur un sujet qui ne concernait pas directement l'affaire examinée mais uniquement la question de savoir si les deux juges de 65 ans de la Chambre appelée à se prononcer devaient ou non continuer à faire partie de la Cour suprême polonaise à la lumière du droit européen alors qu'ils n'en faisaient plus partie à la lumière du droit polonais.

La même chambre envoyait d'autres questions préjudicielles les 30 août³⁰ et 19 septembre 2018³¹ dans le but de soumettre les réformes polonaises à la juridiction de la CJUE. Ces questions préjudicielles, également sans rapport avec les affaires examinées, concernaient la légitimité du Conseil national de la magistrature (KRS) après la réforme adoptée en 2017 et le remplacement de ses 15 juges nommés par leurs pairs (sur 25 membres en tout) par 15 juges nommés par la Diète, et, partant de là, l'indépendance des juges nommés par le président de la République sur proposition de ce KRS réformé.

À la même période, d'autres juges de différentes instances ont commencé à adresser à la CJUE des questions préjudicielles du même type et avec le même objectif. Ainsi en a-t-il été du juge Igor Tuleya du tribunal de Varsovie, très connu en Pologne pour son engagement contre les réformes du PiS, du fait de ses multiples interventions dans les médias et de sa présence médiatisée à des manifestations de l'opposition. Dans une affaire criminelle concernant des gangsters jugés pour des faits de criminalité organisée, ce juge s'est lui aussi tourné début septembre 2018 vers la CJUE (ce qui a eu pour effet de suspendre le procès des gangsters) pour lui demander si le droit de l'UE qui impose aux États membres de donner à chaque citoyen un droit de recours

³⁰Communiqué de la Cour suprême du 12 septembre 2018

(http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=236-271e0911-7542-42c1-ba34-d1e945caefb2&ListName=Komunikaty_o_sprawach)

³¹Communiqué de la Cour suprême du 19 septembre 2019

(http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=238-271e0911-7542-42c1-ba34-d1e945caefb2&ListName=Komunikaty_o_sprawach)

contre les décisions de justice n'est pas incompatible avec les nouvelles dispositions légales qui avaient supprimé, selon lui, les garanties de procédure disciplinaire indépendante à l'encontre des juges en Pologne (notamment du fait de la nomination des juges de la Chambre disciplinaire de la Cour suprême – dernière instance pour les poursuites disciplinaires contre les juges – avec la participation du Conseil national de la magistrature réformé).

Dans le cas du juge Tuleya, la CJUE a refusé le renvoi préjudiciel qui était sans rapport avec l'affaire jugée, mais en ce qui concerne les questions préjudicielles de la Chambre du travail et des affaires sociales de la Cour suprême polonaise, la CJUE a rendu le 19 novembre 2019 un arrêt qui devait faire date³². Dans cet arrêt, en effet, la CJUE a estimé que la Cour suprême polonaise pouvait décider elle-même si sa Chambre disciplinaire, créée par les réformes du PiS, et le Conseil national de la magistrature (KRS) lui aussi réformé par la majorité parlementaire du PiS, sont des organes légitimes de l'institution judiciaire à la lumière du droit européen. Réagissant à cet arrêt de la CJUE conférant à la Cour suprême un pouvoir qu'elle n'a pourtant pas à la lumière de la constitution et des lois de la Pologne, la première présidente de la Cour suprême polonaise Malgorzata Gesdorf, dont le mandat devait s'éteindre au printemps et qui était depuis le début en révolte ouverte contre les réformes du PiS, a convoqué pour le 23 janvier 2020 trois chambres (sur cinq) de la Cour suprême, en excluant de cette réunion les juges nommés après les réformes du PiS, afin de statuer sur l'absence de validité des nominations de juges faites depuis 2018.

La présidente de la Diète s'est alors tournée vers le Tribunal constitutionnel pour lui demander de se prononcer sur les compétences respectives du Parlement et de la Cour suprême. Le Tribunal constitutionnel polonais a alors suspendu provisoirement l'application de la résolution de la Cour suprême du 23 janvier en attendant de se prononcer sur ce conflit, puis a, le 20 avril 2020, rendu un jugement statuant que la Cour suprême était sortie de ses compétences en prétendant statuer sur la validité des nominations des juges faites à partir de 2018 sur la base d'une loi votée par le Parlement.

Certains juges de différentes instances se sont toutefois saisis de l'opportunité qui leur était offerte par la CJUE et ont refusé, en violation flagrante de la constitution et des lois polonaises, de reconnaître des jugements prononcés par les juges nommés à partir de 2018 ou de siéger avec de tels juges. En décembre 2019, le Parlement polonais a donc adopté une loi, entrée en vigueur à la mi-février 2020, pour étendre les motifs de procédures disciplinaires à l'encontre des juges aux cas de remise en cause de la légitimité d'autres juges, tribunaux ou organes constitutionnels de l'État, et notamment de la validité du processus de nomination d'un autre juge,

³²Arrêt de la Cour (grande chambre) du 19 novembre 2019 dans les affaires C 585/18, C 624/18 et C 625/18 (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=220770&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=804054>)

ainsi qu'aux cas de violations flagrantes de la loi dans leurs jugements et aux actions ou absences d'actions pouvant gêner de manière significative le fonctionnement du système judiciaire (ce qui peut être interprété comme une référence aux renvois préjudiciels abusifs à la CJUE). En effet, l'arrêt de la CJUE allié à la révolte et l'engagement politique et public de certains juges, en violation de la constitution qui leur interdit un tel engagement, risquait de générer une grande insécurité juridique en Pologne, pour ne pas dire même une totale anarchie judiciaire.

Préambule à la loi du 20 décembre 2019 amendant la loi
sur l'organisation des tribunaux ordinaires, la loi sur la Cour suprême et certaines autres lois :

Dans un sens de responsabilité pour l'administration de la justice en république de Pologne, soulignant l'importance du fait que la république de Pologne est un bien commun de tous les citoyens et que le pouvoir suprême appartient au peuple ;

Reconnaissant la nécessité de respecter la division en trois pouvoirs et l'équilibre des pouvoirs découlant de l'article 10 de la Constitution de la république de Pologne ;

Dans le respect des valeurs d'un État de droit démocratique ainsi que de l'indépendance et du caractère apolitique des tribunaux ;

Mettant en œuvre le droit des citoyens à une audience équitable et publique sans retard excessif par un tribunal compétent, indépendant et impartial ;

Respectant la nécessité pour la république de Pologne de garantir les libertés et les droits de l'homme et du citoyen garantis par la Constitution et d'autres actes normatifs, ainsi que l'importance de l'interdiction, découlant directement de la Constitution, pour les juges de s'engager dans des activités publiques incompatibles avec les principes d'indépendance judiciaire et d'impartialité des juges ;

Reconnaissant l'importance du principe de sécurité juridique pour les citoyens, en particulier le principe de la confiance des citoyens dans l'État et dans les lois qu'il édicte, et la nécessité d'assurer la sécurité dans la nomination par le Président de la république de Pologne des juges qui statuent sur leurs affaires ;

Respectant le désir d'assurer l'uniformité de la jurisprudence en Pologne et de relever le niveau du droit, tant établi qu'appliqué ;

Soulignant le rôle systémique du Tribunal constitutionnel en tant qu'organe désigné pour juger de la conformité des lois et des accords internationaux avec la Constitution ;

Reconnaissant que chaque juge nommé par le Président de la République de Pologne doit bénéficier des conditions nécessaires à l'exercice digne de sa profession et, en particulier, qu'il convient de garantir des procédures efficaces empêchant toute autorité exécutive, législative ou judiciaire, ainsi que toute personne ou institution, y compris les autres juges, de porter atteinte au statut d'un juge sans justification légale, s'efforçant ainsi d'offrir aux citoyens un sentiment de sécurité et de stabilité dans les jugements rendus par les tribunaux ;

La présente loi est promulguée.

Comme vu plus haut, la Commission européenne a ouvert une procédure d'infraction à l'encontre de la Pologne au titre de cette loi rendue nécessaire par l'arrêt de la CJUE du 19 novembre 2019, pour en contrer les effets et ne pas laisser se développer en Pologne un régime d'insécurité juridique totale, où tout jugement rendu par un juge nommé à partir de 2018 risquerait d'être remis en cause au motif de la date de nomination du juge. Parmi les exigences de la Commission formulées à l'automne 2021 pour débloquent les fonds du plan de relance Next Generation EU affectés à la Pologne, il y avait la levée des sanctions contre les juges rebelles qui avaient contesté dans leurs décisions la légitimité d'autres juges nommés à partir de 2018.

Une autre affaire de questions préjudicielles visant à remettre en cause, au moyen d'une interprétation par la CJUE du droit européen, la légitimité des juges nommés sur proposition du Conseil national de la magistrature (KRS) réformé, c'est un renvoi préjudiciel soumis par la Cour supérieure administrative (NSA). Celle-ci avait été saisie par cinq postulants à des postes de juges de la Cour suprême qui n'avaient pas été recommandés au président de la République par le Conseil national de la magistrature (KRS) réformé. Dans son arrêt du 2 mars 2021³³, la CJUE a à nouveau prétendu octroyer à la juridiction de renvoi – il s'agissait cette fois non plus de la Cour suprême mais de la NSA – le droit de décider si les nominations opérées par le KRS réformé sont valides à la lumière du droit européen, et en particulier de l'article 19, par. 1, al. 2, du Traité sur l'Union européenne, qui dispose : « *Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union.* » C'est en effet de cette phrase que la Commission et la CJUE estiment pouvoir tirer leur compétence pour s'immiscer dans l'organisation et le fonctionnement de la justice des pays membres en partant du fait que tout tribunal peut avoir, à un moment ou à un autre, à se prononcer dans des domaines couverts par le droit de l'UE. C'est ce renvoi préjudiciel de la NSA polonaise et l'arrêt de la CJUE consécutif qui ont conduit au jugement du 7 octobre 2021 du Tribunal constitutionnel qui a fait grand bruit et dont il sera question un peu plus loin.

Dans une affaire récente concernant la Hongrie, la CJUE a rendu le 23 novembre 2021 un arrêt dans l'affaire d'un renvoi préjudiciel soumis en 2019 par un juge au pénal du tribunal de district à la CJUE³⁴. Ce juge avait inclus dans son renvoi préjudiciel des questions sans rapport direct avec l'affaire qu'il avait à juger, puisqu'il s'agissait de questions d'ordre général sur le respect de l'impératif d'indépendance et d'impartialité des juges dans la situation où le président de l'Office national de la justice, nommé par le Parlement, avait procédé à des nominations temporaires, et donc hors du contrôle du Conseil national judiciaire dont les membres sont des magistrats nommés par leurs pairs, de présidents de tribunaux. Le juge Csaba Vasvári à l'origine du renvoi préjudiciel a aussi inclus une question sur l'impact du système de rémunération des juges hongrois, avec une proportion importante de la rémunération sous forme de primes, en demandant si ce n'est pas contraire au principe d'indépendance et d'impartialité de la justice mentionné dans les textes européens en ce qui concerne la mise en œuvre du droit de l'UE. Le renvoi préjudiciel du juge Csaba Vasvári a alors été porté devant la Kúria, la Cour suprême (cour de cassation) hongroise, qui a déclaré que les questions posées à la CJUE sortaient du cadre légal puisqu'elles étaient sans rapport avec l'affaire à juger. Le président de la Cour métropolitaine de

³³Arrêt de la Cour (grande chambre) du 2 mars 2021 dans l'affaire C-824/18 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0824>)

³⁴Arrêt de la Cour (grande chambre) du 23 novembre 2021 dans l'affaire C-564/19

Budapest, lui-même nommé à titre temporaire (pour un an) par le président de l'Office national de la Justice, a alors lancé une procédure disciplinaire contre le juge à l'origine du renvoi préjudiciel abusif.

Dans ce cas précis, la CJUE a estimé que le jugement de la Cour suprême hongroise sur l'illégalité des questions préjudicielles concernant non pas la résolution d'une affaire mais, d'une manière plus générale, l'ordre constitutionnel et juridique hongrois, est contraire au principe de primauté du droit européen et à la possibilité de soumettre des questions préjudicielles prévue à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La CJUE a par conséquent déclaré dans son jugement que les tribunaux doivent passer outre à la décision de la Cour suprême sur cette question et a confirmé sa jurisprudence récente qui tend à supprimer le lien direct obligatoire entre les questions préjudicielles et l'affaire jugée, lui permettant ainsi de s'immiscer, à la demande des tribunaux des pays membres, dans des domaines ne relevant pas forcément de ses compétences – ou en tout cas pas de manière directe – en vertu des traités.

IV. Tribunal constitutionnel polonais contre CJUE

L'arrêt du 2 mars 2021 mentionné plus haut³⁵ et par lequel la CJUE prétendait habiliter la Cour supérieure administrative (NSA) polonaise à évaluer la légitimité et la légalité des nominations de juges à la Cour suprême (cour de cassation) était en contradiction évidente avec la constitution polonaise qui n'accorde pas à la NSA un tel pouvoir. C'est en réaction à cet arrêt que le gouvernement de Mateusz Morawiecki a saisi le Tribunal constitutionnel polonais en lui soumettant la question de la primauté de la constitution polonaise sur les interprétations du droit européen par la CJUE dans les domaines n'ayant pas fait l'objet d'un transfert de souveraineté en vertu des traités.

Dans son jugement rendu le 7 octobre 2021³⁶, le Tribunal constitutionnel polonais siégeant en formation plénière a donné raison au gouvernement polonais en réaffirmant, comme il l'avait déjà fait auparavant et comme l'ont fait pour leurs constitutions respectives les cours constitutionnelles de plusieurs autres États membres (en Allemagne, en France, en Espagne, en Roumanie, etc.) la primauté de la constitution nationale sur le droit européen, et en l'occurrence sur l'interprétation du droit européen par la CJUE. Si les réactions à Bruxelles et dans plusieurs capitales européennes ont été très vives face à ce jugement, c'est avant tout parce que le Tribunal constitutionnel polonais n'affirmait pas la primauté de la constitution nationale et l'inapplicabilité d'un jugement de la CJUE dans une affaire précise mais énonçait un principe général sur l'incompatibilité avec la constitution polonaise de certains articles des traités tels qu'interprétés par la CJUE.

Ce jugement a été applaudi par le gouvernement de Viktor Orbán dont les ministres ont dénoncé, avec leurs collègues polonais, les fausses affirmations qui ont accompagné ce jugement, selon lesquelles la Pologne aurait déclaré comme contraire à sa constitution les clauses des traités qu'elle avait signés et ratifiés. Si la portée générale de ce jugement est une première, c'est aussi parce que les compétences que la CJUE a prétendu pouvoir donner aux juridictions polonaises sont elles aussi une nouveauté dans l'histoire de l'UE.

³⁵Arrêt de la Cour (grande chambre) du 2 mars 2021 dans l'affaire C-824/18 (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6835B28322D217853E7E8C2D606F4005?text=&docid=238382&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7169789>)

³⁶Jugement du 7 octobre 2021 du Tribunal constitutionnel, affaire K 3/21 (<https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>)

Énoncé du jugement rendu le 7 octobre 2021 par le Tribunal constitutionnel polonais

1. L'article 1^{er}, premier et deuxième alinéas, lu en combinaison avec l'article 4, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne, dans la mesure où l'Union européenne, constituée d'États égaux et souverains et formant une « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe », dont l'intégration – réalisée sur la base du droit de l'Union européenne et à travers son interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne – a atteint une « nouvelle étape » dans laquelle :

(a) les organes de l'Union européenne agissent au-delà des limites des compétences déléguées par la république de Pologne dans les traités,

(b) la Constitution n'est pas la loi suprême de la république de Pologne, qui prévaut sur sa validité et son application,

(c) la République de Pologne ne peut pas fonctionner comme un État souverain et démocratique

- est incompatible avec l'article 2, l'article 8 et l'article 90, paragraphe 1, de la Constitution de la république de Pologne.

2. L'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité sur l'Union européenne, dans la mesure où, pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines régis par le droit de l'Union, il confère aux juridictions nationales (tribunaux ordinaires, tribunaux administratifs, tribunaux militaires et Cour suprême) la compétence de :

(a) passer outre aux dispositions de la Constitution dans le cadre de leurs procédures de jugement, est incompatible avec les articles 2, 7, 8, paragraphe 1, 90, paragraphe 1, et 178, paragraphe 1, de la Constitution,

(b) prononcer des jugements sur la base de dispositions légales qui ne sont plus en vigueur, ont été abrogées par la Diète ou ont été déclarées inconstitutionnelles par le Tribunal constitutionnel, est incompatible avec l'article 2, l'article 7 et l'article 8, paragraphe 1, l'article 90, paragraphe 1, l'article 178, paragraphe 1 et l'article 190, paragraphe 1, de la Constitution.

3. L'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, et l'article 2 du traité sur l'Union européenne, dans la mesure où, afin d'assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union et de garantir l'indépendance des juges, ils confèrent aux juridictions nationales (tribunaux ordinaires, tribunaux administratifs, tribunaux militaires et Cour suprême) la compétence de :

(a) contrôler la légalité de la procédure de nomination d'un juge, y compris d'examiner la légalité de l'acte de nomination d'un juge par le président de la république de Pologne, sont incompatibles avec l'article 2, l'article 8, paragraphe 1, l'article 90, paragraphe 1, et l'article 179 lu en combinaison avec l'article 144, paragraphe 3, point 17, de la Constitution,

(b) contrôler la légalité d'une résolution du Conseil national de la magistrature contenant une demande au président de nommer un juge, sont incompatibles avec l'article 2, l'article 8, paragraphe 1, l'article 90, paragraphe 1, et l'article 186, paragraphe 1, de la Constitution,

(c) constater, de la part d'une juridiction nationale, le caractère vicié du processus de nomination d'un juge et, par conséquent, refuser de reconnaître comme juge une personne nommée à une fonction judiciaire en vertu de l'article 179 de la Constitution est incompatible avec l'article 2, l'article 8, paragraphe 1, l'article 90, paragraphe 1, et l'article 179, lu en combinaison avec l'article 144, paragraphe 3, point 17, de la Constitution.

Parmi les très nombreuses réactions à ce jugement, nous en citerons deux qui illustrent parfaitement les positions respectives des deux camps et qui sont tirées de la plénière du Parlement européen du 19 octobre 2021 « sur la crise de l'État de droit en Pologne et la primauté du droit de l'Union » :

Extrait du discours de la présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen :

« Cette décision remet en cause les fondements de l'Union européenne. C'est une attaque directe contre l'unité de l'ordre juridique européen. Seul un ordre juridique commun permet l'égalité des droits, la sécurité juridique, la confiance mutuelle entre les États membres et, par conséquent, des politiques communes. C'est la toute première fois que le tribunal d'un État membre estime que les traités de l'Union sont incompatibles avec la constitution nationale. »

Extrait du discours du Premier ministre polonais Mateusz Morawiecki :

« Les décisions importantes ne doivent pas être prises en modifiant l'interprétation du droit. Le succès de l'intégration européenne reposait sur le fait que le droit était dérivé des mécanismes qui reliaient nos pays dans d'autres domaines. La tentative d'inverser ce modèle à 180 degrés et d'imposer l'intégration par des mécanismes juridiques s'écarte des bases qui ont été à l'origine du succès des Communautés européennes. Nous parlons du déficit démocratique depuis des années. Et ce déficit s'aggrave. Jamais, cependant, il n'a été aussi visible que ces dernières années. De plus en plus souvent, par le biais de l'activisme judiciaire, les décisions sont prises à huis clos et font naître une menace pour les États membres. De plus en plus souvent sans fondement clair dans les traités, mais par leur réinterprétation créative, sans aucun contrôle. Et ce phénomène s'amplifie depuis des années. Aujourd'hui, ce processus a atteint un stade où nous devons dire "stop". Il y a des limites aux compétences de l'Union européenne. Nous ne devons plus rester silencieux lorsque ces limites sont dépassées. »

Le jugement de la Cour constitutionnelle hongroise sur la souveraineté nationale en matière d'immigration

En février 2021, le gouvernement hongrois a réagi en saisissant lui aussi sa Cour constitutionnelle à l'arrêt de la CJUE du 17 décembre 2020³⁷ par lequel la Cour européenne avait jugé contraire au droit de l'UE le maintien des demandeurs d'asile dans des zones de transit à la frontière avec la Serbie, avec interdiction d'en sortir sauf à retourner en Serbie, ainsi que le refoulement de l'autre côté de la frontière des personnes interceptées après leur entrée illégale sur le territoire hongrois. Le 10 décembre 2021, la Cour constitutionnelle hongroise a rendu son jugement³⁸ dans lequel elle reconnaît que l'environnement social traditionnel d'une personne fait partie de son identité et que l'État a le devoir de s'assurer que les changements survenant dans cet environnement social ne constituent pas une violation des éléments constitutifs de son identité. En la matière, « *l'exercice de pouvoirs conjoints par le biais des institutions de l'Union européenne ne peut conduire à un niveau de protection des droits fondamentaux inférieur à celui requis par la Loi fondamentale. De même, elle ne peut conduire à un niveau de protection des droits fondamentaux inférieur à celui requis par la loi fondamentale si une norme juridique de l'UE contraignante pour les États membres répond aux exigences de la Loi fondamentale, mais que sa mise en œuvre est inadéquate, c'est-à-dire que le résultat de la norme contraignante n'est pas atteint ou ne l'est que partiellement* ». Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle a jugé que, « *lorsque l'exercice de la compétence partagée par les institutions de l'Union européenne est incomplet, la Hongrie est en droit, conformément à la présomption de souveraineté retenue, d'exercer la compétence non exclusive de l'Union en question jusqu'à ce que les institutions de l'Union européenne prennent les mesures nécessaires à l'exercice effectif de la compétence partagée* ». Ailleurs dans l'énoncé du jugement, on peut lire que « *la Cour constitutionnelle a également jugé que, lorsque le défaut d'exercice commun des compétences entraîne des conséquences susceptibles de porter atteinte au droit des personnes vivant sur le territoire de la Hongrie à leur propre identité, l'État hongrois est tenu, dans le cadre de son devoir de protection des institutions, d'assurer la protection de ce droit. Enfin, la Cour constitutionnelle a estimé que la protection du droit inaliénable de déterminer l'unité territoriale, la population, la forme de gouvernement et l'organisation de l'État de Hongrie fait partie de l'identité constitutionnelle* ».

En revanche, alors que le gouvernement hongrois avait demandé, dans sa requête soumise par la ministre de la Justice Judit Varga, à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur l'exécution de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire C-808/18 en soulevant la question constitutionnelle spécifique de savoir si la Hongrie peut appliquer une obligation légale de l'UE qui peut conduire à ce qu'un ressortissant étranger résidant illégalement en Hongrie reste sur le territoire d'un État membre pendant une période indéterminée et devienne ainsi effectivement partie de la population de cet État membre, la Cour constitutionnelle hongroise a souligné qu'« *une interprétation constitutionnelle abstraite ne peut pas prendre position sur la question de savoir si l'argument du requérant selon lequel, en conséquence de l'arrêt de la CJUE, une population étrangère pourrait effectivement faire partie de la population hongroise est correct* ». Selon elle, « *il appartient au législateur ou aux autorités chargées de l'application de la loi, et non à la Cour constitutionnelle, de l'apprécier* ». En même temps, la Cour constitutionnelle a souligné que « *l'interprétation constitutionnelle abstraite ne peut pas être orientée vers le contrôle de l'arrêt de la CJUE, et que la procédure de la Cour constitutionnelle dans la présente affaire – étant donné sa nature – ne s'étend pas à l'examen de la primauté du droit de l'UE* ».

Mais il est vrai que nous avons affaire ici à une compétence partagée – les politiques d'immigration – et non pas, comme dans le cas polonais, à une compétence exclusive des États : l'organisation et le fonctionnement du système judiciaire national.

³⁷Arrêt de la Cour (grande chambre) du 17 décembre 2020 dans l'affaire C-808/18 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0808>)

³⁸Jugement du 10 décembre 2021 de la Cour constitutionnelle hongroise dans l'affaire X/477/2021 (<https://alkotmanybirosag.hu/dontes/ab-hatarozat-alaptorvenyi-cikkek-ertelmezeserol>)

Deuxième partie

–

Les sources du conflit

I. État de droit ou gouvernement des juges ?

Les accusations de violation de l'État de droit fusent désormais dans les deux sens, les partis au pouvoir en Pologne et en Hongrie reprochant aux institutions européennes de piétiner l'État de droit et les principes démocratiques en cherchant à étendre leurs compétences au-delà de ce qui a été inscrit dans les traités européens tels que signés et ratifiés par les représentants des peuples démocratiquement élus. Le Parlement européen et la Commission sont en outre accusés de vouloir imposer leur idéologie progressiste, notamment en matière d'avortement et de revendications du lobby LGBT, sous couvert de mise en œuvre du principe général de non-discrimination inscrit à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, et ce alors que la régulation des questions sociétales et les politiques familiales sont censées être des compétences exclusives des États. La Commission et la CJUE en particulier, quand elles prétendent s'immiscer dans l'organisation et le fonctionnement de la justice d'États membres, sont accusées de passer outre à l'article 4 du Traité sur l'Union européenne, selon lequel « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres » et « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». D'une manière plus générale, les institutions de l'UE sont soupçonnées d'instrumentaliser les divergences de vue avec la Hongrie et la Pologne – deux pays bénéficiaires nets du budget de l'UE, et donc plus faciles à mettre au pas que ne le seraient les grands pays européens comme la France ou l'Allemagne – pour conduire à l'émergence d'une sorte d'États-Unis d'Europe par la méthode de la jurisprudence et des faits accomplis, évitant ainsi d'avoir à passer par un nouveau traité.

La réponse des institutions européennes et des tenants de l'interventionnisme bruxellois consiste à argumenter que, puisque la Commission est gardienne des traités, elle se doit de faire respecter les valeurs de l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, dont il n'est pas inutile de rappeler une nouvelle fois la teneur :

« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que 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 caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

En ce qui concerne les ingérences de l'UE dans les réformes judiciaires hongroises et polonaises, l'argumentaire des institutions européennes, y compris de la CJUE, s'appuie également sur l'article 19.1 du Traité sur l'Union européenne (TUE), l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, à savoir :

Article 19.1 TUE :

« La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. »

Avançant que tout tribunal peut avoir à un moment ou à un autre à se prononcer dans les domaines couverts par le droit de l'Union, la Commission et la CJUE s'estiment ainsi habilitées à contrôler que le système judiciaire des États membres (ou de certains États membres uniquement) garantit l'existence des voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective.

Article 267 TFUE :

« La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais. »

La pratique récente de la CJUE, notamment en ce qui concerne la Pologne, a été d'accepter les renvois préjudiciels contenant des questions portant sur les principes généraux des réformes de la justice et sans rapport direct avec l'affaire examinée par l'instance de renvoi, ce qui a été une autre manière pour la CJUE d'étendre sa juridiction au fonctionnement et à l'organisation du système judiciaire d'un État membre, en allant même jusqu'à remettre en cause la légitimité de sa Cour constitutionnelle et à prétendre attribuer aux juridictions nationales des compétences qu'elles n'ont pas en vertu de la constitution et des lois de leur pays.

Article 47 de la Charte des droits fondamentaux :

« Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »

Là encore, la Commission et la CJUE prétendent tirer de cet article une compétence pour superviser l'organisation et le fonctionnement de la justice dans certains États membres au prétexte que tout tribunal peut avoir à appliquer le droit européen. La Charte des droits fondamentaux ne s'applique en principe qu'au fonctionnement des institutions et organes de l'Union ou aux États membres, mais uniquement quand ils appliquent le droit de l'Union, ainsi qu'il est disposé à l'article 51 de ladite Charte :

« Champ d'application

1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives.

2. La présente Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités. »

En l'occurrence, l'alinéa 2 ne semble pas être pris en compte par les institutions européennes qui appuient leurs compétences en matière de supervision du système judiciaire d'États membres sur la Charte des droits fondamentaux.

Quid du Protocole anglo-polonais ?

Dans le communiqué de la Commission annonçant la saisine, le 24 septembre 2018, de la CJUE contre la Pologne à propos de l'abaissement de l'âge de la retraite des juges, on pouvait lire que « *la Commission européenne maintient que la loi polonaise sur la Cour suprême est incompatible avec le droit de l'Union, étant donné qu'elle porte atteinte au principe de l'indépendance de la justice, y compris de l'inamovibilité des juges, et que la Pologne manque par conséquent aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions combinées de l'article 19, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne et de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». De la même manière, dans son ordonnance suspensive confirmée le 17 décembre 2018 (affaire C-619/18 R Commission/Pologne), la CJUE se réfère à l'accusation de la Commission envers la Pologne d'avoir enfreint l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. De la même manière, dans son ordonnance suspensive confirmée le 17 décembre 2018 (affaire C-619/18 R Commission/Pologne), la CJUE soutient l'argument de la Commission accusant la Pologne d'avoir enfreint l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans les motifs d'une autre procédure d'infraction lancée le 3 avril 2019, la Commission estimait encore que « *la Pologne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions combinées de l'article 19, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne et de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui consacrent le droit à un recours effectif devant un tribunal indépendant et impartial* ». Cette charte est régulièrement invoquée dans les affaires contre la Pologne.

Or au moment de la signature du Traité de Lisbonne, la Pologne avait, comme le Royaume-Uni, obtenu qu'il soit ajouté un protocole limitant l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en ce qui la concerne. C'est ainsi que le Protocole n° 30 qui accompagne cette charte dispose clairement que « *la Charte n'étend pas la faculté de la Cour de justice de l'Union européenne, ou de toute juridiction de la Pologne ou du Royaume-Uni, d'estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratiques ou actions administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes fondamentaux qu'elle réaffirme* ».

En vertu dudit Protocole, ce qui s'appliquait au Royaume-Uni jusqu'à sa sortie de l'UE devrait s'appliquer de la même manière à la Pologne. Or ce n'est manifestement pas le cas aux yeux de la Commission européenne et de la CJUE comme le montre, par exemple, l'énoncé du jugement du 19 novembre 2019 de la CJUE dans sa partie concernant le Protocole n° 30 et l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la république de Pologne : « *Il ne remet pas davantage en question l'applicabilité de la Charte en Pologne et n'a pas pour objet d'exonérer la République de Pologne de l'obligation de respecter les dispositions de la Charte [arrêt du 24 juin 2019, Commission/Pologne (Indépendance de la Cour suprême), C 619/18, EU:C:2019:531, point 53 et jurisprudence citée].* »

Le principe d'État de droit autorise-t-il donc la Commission et la Cour de Justice à faire comme si ce protocole n'existait pas ?

Ainsi, si l'État de droit démocratique doit être compris, ainsi que le veut l'acception commune de ce concept en Europe, comme désignant la soumission des autorités publiques aux lois et règles qui ont été adoptées par les représentants élus du peuple dans les conditions prévues par la constitution et par la loi, il semblerait que les institutions européennes prennent certaines libertés avec l'État de droit et les principes démocratiques, notamment par le biais d'une interprétation très libre de la lettre et de l'esprit des traités. Le dernier mot revenant à la Cour de Justice de l'UE, ce sont les juges de la CJUE, plus encore que les fonctionnaires de la Commission européenne, qui étendent leur juridiction sans que les peuples n'aient plus de véritable pouvoir de contrôle. L'on assiste ainsi à l'émergence d'une nouvelle conception de la démocratie caractérisée par une juridiction croissante de la société et par le développement du rôle du juge, des experts et des instances de régula-

tion indépendantes, comme cela a été mis en évidence par le professeur de droit Jacques Chevallier dans son ouvrage intitulé *L'État de droit*³⁹.

Koen Lenaerts en 2010 à propos de l'extension des compétences de la CJUE

Dans un article publié en anglais en 2010⁴⁰ et cosigné par le professeur de droit belge Koen Lenaerts, président de la CJUE depuis 2015 après avoir été vice-président de cette institution de 2012 à 2015 (il est à la Cour de Justice depuis 1989), on peut lire, à propos de l'application des principes généraux du droit européen (tels ceux mentionnés aux articles du Traité sur l'Union européenne auxquels se réfèrent les jugements de l'institution aujourd'hui présidée par Lenaerts contre la Pologne et la Hongrie, en matière d'État de droit) : « *Il convient toutefois de souligner que l'application horizontale des principes généraux ne peut fonctionner que lorsqu'il est incontesté que le droit national en conflit [avec ces principes généraux] relève du champ d'application du droit communautaire. Dans le cas contraire, les frontières de l'ordre juridique communautaire seraient continuellement étendues au détriment de la souveraineté nationale.* »

En outre, ainsi que le remarquait dans une tribune publiée le 28 décembre 2020 le professeur de droit public Anne-Marie Le Pourhiet⁴¹, vice-présidente de l'Association française de droit constitutionnel, « *ce que l'Union désigne sous le terme d'"État de droit", c'est l'idéologie progressiste et multiculturaliste anglo-saxonne, importée des campus américains, concernant, notamment, les minorités ethniques, religieuses et sexuelles, l'immigration, les ONG et les droits dits "sexuels et reproductifs". Tout ce corpus idéologique de fond deviendrait donc désormais obligatoire pour les vingt-sept États membres sous peine de sanctions juridiques et financières* ». Anne-Marie Le Pourhiet remarque d'ailleurs, puisqu'il est question de respect de l'État de droit, que « *les institutions européennes se permettent aussi d'ignorer le protocole n° 30 au traité de Lisbonne sur l'application de la Charte des droits fondamentaux à la Pologne et au Royaume-Uni* » (voir encadré de la page précédente). La vice-présidente de l'Association française de droit constitutionnel s'autorise aussi quelques comparaisons révélatrices du faux procès intenté à la Pologne : « *S'agissant de l'indépendance des juges, le*

³⁹Jacques CHEVALLIER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, directeur du Centre d'études et de recherches de science administrative – CNRS. Ouvrage paru chez MONTCHRESTIEN, coll: *Clefs*, 160 p., 1^{re}éd 1992 ; 2^eéd 1994 ; 3^eéd 1999; 4^eéd. 2003, 5^e éd 2010

⁴⁰« The constitutional allocation of powers and general principles of EU law », par Koen Lenaerts et José A. Gutiérrez-Fons, dans *Common Market Law Review* (article consultable à l'adresse <http://robertgrzeszczak.bio.wpia.uw.edu.pl/files/2013/11/The-constititional-allocation-of-powers-and-general-principles-of-EU-law-K.-Lenaerts-J.-Gutierrez-Fons-CMLR-2010.pdf>)

⁴¹« A-t-on encore le droit de choisir un gouvernement conservateur en Europe ? », par Anne-Marie Le Pourhiet, professeur de droit public à l'université Rennes-I, vice-présidente de l'Association française de droit constitutionnel, dans *Figaro Vox* (<https://www.lefigaro.fr/vox/monde/anne-marie-le-pourhiet-a-t-on-encore-le-droit-de-choisir-un-gouvernement-conservateur-en-europe-20201228>)

deux poids, deux mesures est encore flagrant. Il est reproché à la Pologne d'avoir avancé l'âge de départ à la retraite de ses juges à 65 ans. La belle affaire! Fort étrangement, nul ne songe à dénoncer le mode de désignation, sans nul doute exemplaire, du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel français. Et lorsque, aux États-Unis, les démocrates envisagent d'augmenter le nombre de juges à la Cour suprême ou de leur fixer une limite d'âge, dans le but avoué de faire basculer la majorité en leur faveur, l'on n'entend aucune grande conscience progressiste s'élever contre la violation du rule of law. »

Citant un rapport de l'Assemblée nationale française d'octobre 2018 sur « le respect de l'État de droit au sein de l'Union européenne », Max-Erwann Gastineau écrit dans son ouvrage intitulé *Le Nouveau Procès de l'Est*⁴² :

« L'idée contenue par l'État de droit "est-ce que la distribution des pouvoirs vise à ouvrir l'espace le plus grand possible aux libertés individuelles" (sic) ; à lier le législateur à "un principe de respect du droit individuel qui doit s'imposer à lui d'une façon absolue". Cette définition révèle le cœur de la discorde autour de la notion d'État de droit. Contrairement aux Européens de l'Ouest, les Européens de l'Est ne font pas du "respect du droit individuel" promu par les instances européennes et le rapport Sargentini un absolu. Ils le reconnaissent, le consacrent, mais ne l'absolutisent pas. Car ils le subordonnent, le limitent, l'arrêtent par l'affirmation ou la restauration d'autres principes ou commandements jugés plus essentiels, qui renvoient à des finalités collectives, chargées d'assurer la continuité historique et culturelle de la nation. Les États de l'Est pensent que l'affirmation continue de l'État de droit conduit au primat du juridique (du juge) sur le politique (la volonté populaire), plaçant les nations souveraines sous la domination d'un nouvel Empire. Après tout, l'ancien président de la Commission européenne, Manuel Barroso, ne définissait-il pas l'Union européenne comme "un Empire non impérial", qui impose sa discipline non par la force mais par le droit ? »

Face aux parlementaires européens réunis pour l'entendre, le Premier ministre hongrois prit acte de ces divergences philosophico-politiques sonnante comme une impasse : "Je sais que votre opinion ne sera pas changée par mon intervention." Convoquant en témoin l'Histoire, qui fait de la Hongrie partie intégrante "depuis 1000 ans de la famille chrétienne des peuples d'Europe", Orbán rappelle le "grand martyr pour la démocratie et la liberté" que dut subir son peuple. L'heure, dit-il, est à "ramener la démocratie dans la politique européenne" ; car au prétexte de défendre les valeurs de l'Europe, le Parlement de Strasbourg ne ferait qu'instruire le procès du peuple hongrois, coupable d'avoir mal voté en portant au pouvoir une majorité soucieuse de préserver l'unité culturelle de sa société – face au "péril migratoire" – et l'indépendance du politique et de la nation – face au pouvoir des juges et des instances supranationales. »

⁴²Ouvrage paru aux Éditions du Cerf, 192 p, 1^{re} éd 2019

Se référant plus loin aux dires du Hongrois László Trócsányi, ministre de la Justice de 2014 à 2019, Gastineau explique que « d'après lui, l'indépendance des juges doit permettre de limiter le pouvoir, pas de contrôler le contenu des lois, rôle dévolu au peuple et à lui seul. Cette conception de la séparation des pouvoirs rappelle la "conception française" formulée par le Conseil constitutionnel en 1987. Une "conception" qui se distingue de la théorie classique (la doctrine américaine des "checks and balances") en tant qu'elle soustrait les pouvoirs législatifs et exécutifs du contrôle de juridictions, ces dernières n'ayant pas la légitimité suffisante "pour juger des actes émanant d'autorités procédant du suffrage universel et agissant au nom de l'intérêt général" ».

« Qu'est-ce que l'État de droit ? », s'interroge Thibaud Gibelin dans le livre *Pourquoi Viktor Orbán joue et gagne – Résurgence de l'Europe centrale*⁴³. Et il y répond de la manière suivante : « Un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit. La Hongrie souscrit à ce cadre, sans quoi l'animosité internationale depuis 2010 ne s'en serait pas tenue à des "soupçons" et la commission de Venise n'aurait pas clos à l'amiable les différends qui l'opposaient à Budapest ; mais les élites politiques hongroises entendent aussi contenir les applications subversives d'un droit neutre. Elles adoptent une approche pratique de l'État de droit plutôt qu'une approche dogmatique. Elles refusent qu'un intérêt particulier prime systématiquement sur l'intérêt général, puisque la puissance publique est garante de ce dernier. Dans l'intention assumée que la bride juridique ne tourne pas à la mutilation politique. Selon la pensée illibérale, le droit ne fonde pas son autorité en lui-même, mais dans un corps politique qui l'institue. Subsidiairement, il repose sur la souveraineté du même corps politique, aujourd'hui incarné dans le corps électoral et consulté par le vote. L'État de droit contribue au bien commun, mais n'y suffit pas ; l'esprit doit garder l'ascendant sur la lettre.

Aux antipodes se rangent les tenants dogmatiques de l'État de droit, qui plébiscitent une souveraineté internationale désincarnée au détriment de la souveraineté démocratique. »

Dans le discours dominant en Europe, l'État de droit est généralement assimilé à la séparation des pouvoirs. Mais si cette séparation des pouvoirs peut faire obstacle à l'exercice de la démocratie en se traduisant par un gouvernement des juges lorsque le judiciaire exerce à la fois le contrôle sur les deux autres pouvoirs – législatif et exécutif – et aussi sur lui-même, sans que les autres pouvoirs n'aient de prise sur lui, elle n'est pas non plus une condition indispensable à la démocratie, comme le montre l'exemple anglais.

Dans l'une des plus anciennes démocraties libérales d'Europe, le Royaume-Uni, la séparation des pouvoirs ne va en effet pas de soi puisque la démocratie britannique repose sur le principe de souveraineté illimitée du parlement. Dans un article intitulé « *Réparer la Cour suprême devrait être la priorité constitutionnelle de Boris*

⁴³Ouvrage paru aux Éditions Fauve, 248 p, 1^{re} édition 2020

Johnson⁴⁴ », l'éditorialiste du Telegraph Charles Moore se moquait en février 2020 de la vision d'un Brexit qui serait « *une lutte entre les 'populistes' sans vergogne et les justes déterminés à résister à tout ce qui pourrait avoir "un effet extrême sur les fondements de notre démocratie"* », les derniers mots étant une citation de la décision de septembre 2019 de la Cour suprême britannique, qui avait été créée en son temps par Tony Blair, et qui avait invalidé la suspension du Parlement par Johnson quand l'opposition anti-Brexit, aidée par le Speaker John Bercow, avait pris le contrôle de l'ordre du jour de la Chambre des communes tout en refusant de nouvelles élections. Pour que cela ne se reproduise pas à l'avenir, Boris Johnson a ensuite promis d'abroger la loi de 2011 sur la durée fixe du Parlement afin de redonner au gouvernement la capacité de convoquer des élections législatives au moment où il le souhaite. Moore conseillait aussi au gouvernement et à sa majorité au Parlement de trouver le moyen de restaurer une prérogative de la prorogation (suspension du Parlement pour une durée déterminée) qui ne soit pas soumise au contrôle des juges. Il estimait en outre qu'« *il faut revoir le panel "indépendant" chargé de nommer les juges, qui donne à l'establishment une capacité presque illimitée d'auto-reproduction* ». En effet, écrivait Moore, la « *Déclaration des droits de 1689 [...] protège la liberté politique en insistant pour qu'aucune "délibération du Parlement" ne puisse être "annulée" par un tribunal* ». « *Il n'y avait jamais eu auparavant de séparation formelle des pouvoirs dans ce pays. C'était mieux ainsi* », concluait l'éditorialiste conservateur britannique.

⁴⁴« Fixing the Supreme Court should be Boris Johnson's constitutional priority », Charles Moore, *The Telegraph*, 7 février 2020 (<https://www.telegraph.co.uk/politics/2020/02/07/fixing-supreme-court-should-boris-johnsons-constitutional-priority/>)

Donald Tusk et l'État de droit

Le Polonais Donald Tusk, Premier ministre de 2007 à 2014, président du Conseil européen de 2014 à 2019, président du Parti populaire européen (PPE) depuis décembre 2019 et à nouveau président de la Plateforme civique (PO) depuis juillet 2021, a exposé sa vision de l'État de droit et de l'indépendance de la Justice lors des universités d'été Kampus Polska Przyszłości (« campus Pologne du futur ») organisées à l'initiative du maire de Varsovie Rafał Trzaskowski en août 2021. Ses propos ont été reproduits sur le site Internet de l'hebdomadaire conservateur *Do Rzeczy*⁴⁵ :

« Je sais comment chasser tous ceux qui font de la politique polonaise un enfer insupportable pour nous tous. Vous savez, cela prendra deux ans, trois ans tout au plus. J'en suis convaincu, mais je suis aussi ici non pas pour prendre la place de qui que ce soit, mais pour rendre ces places vacantes pour vous », a promis Tusk à ses partisans, tout en précisant à propos des juges nommés depuis 2018, et donc après la réforme du Conseil national de la magistrature (KRS) : *« Si une personne a été nommée juge par un KRS illégalement élu, elle a probablement des opinions très radicales. Après le changement de pouvoir en Pologne, ces juges cesseront d'être des juges. »*

Ainsi, Donald Tusk n'entend apparemment pas se soucier de la Constitution qui interdit de révoquer des juges pris individuellement (principe d'inamovibilité des juges cher à Bruxelles pour assurer le respect de l'État de droit) mais n'autorise que leur mise en état d'inactivité avec maintien du salaire ou transfert dans le cadre d'une modification par une loi votée par le Parlement de l'organisation et de la structure des tribunaux. Quant à l'illégalité supposée des nominations au KRS, n'en déplaît à M. Tusk, le fait que les 15 juges membres du KRS soient désormais élus par le Parlement n'est pas en soi contraire à la constitution polonaise puisque celle-ci dispose que *« l'organisation, le domaine d'action et le mode de fonctionnement du Conseil national de la magistrature ainsi que le mode de nomination de ses membres sont définis par une loi »*, et donc par le Parlement.

⁴⁵« Ci sędziowie przestaną być sędziami. Tusk uderza w KRS », 27 août 2021, dorzeczy.pl (<https://dorzeczy.pl/opinie/196589/donald-tusk-uderza-w-sedziow-wybranych-przez-krs.html>)

II. L'arrivée au pouvoir des conservateurs en Hongrie et en Pologne

A. Le contexte socio-économique et politique de l'arrivée du Fidesz au pouvoir

1) La crise politique de 2006 qui a ouvert la voie à la victoire éclatante du Fidesz en 2010

Viktor Orbán avait déjà gouverné la Hongrie à la tête d'un gouvernement Fidesz de 1998 à 2002. Alors que les sondages donnaient la majorité sortante gagnante en 2002, la gauche post-communiste a pu, sans doute au moins en partie grâce à sa domination sur les médias, revenir au pouvoir en coalition avec les libéraux. Huit ans plus tard, en 2010, la coalition électorale formée par le parti conservateur Fidesz et son allié chrétien-démocrate KDNP remportait les élections avec 53 % des voix dès le premier tour.

Comment donc le Fidesz a-t-il pu revenir au pouvoir avec une majorité lui permettant même, au grand dam de la gauche européenne, de remplacer la constitution héritée du communisme par une constitution dont le préambule réaffirme la fierté des Hongrois d'être ce qu'ils sont et leur attachement à leur tradition et à leurs valeurs chrétiennes ? L'une des explications, c'est que, après les élections perdues en 2002 puis une deuxième fois en 2006, le Fidesz s'est appuyé de manière systématique sur la société civile et sur les organisations locales. Il a organisé des consultations nationales et des pétitions (dont l'une, en 2004, a recueilli un million de signatures dans ce pays de 10 millions d'habitants), et il a aussi organisé ses propres médias conservateurs pour une reconquête axée sur le long terme.

Mais surtout, contrairement aux partis du centre-droit et/ou d'inspiration démocrate-chrétienne en Europe occidentale (UMP/LR en France, CDU-CSU en Allemagne, PP en Espagne, Tories au Royaume-Uni, Forza Italia en Italie...), le Fidesz n'a pas abandonné ses valeurs, il n'a pas entretenu le flou et n'a pas cherché à adopter l'idéologie de gauche ni à plaire aux médias progressistes dominants pour revenir au pouvoir puisqu'il a au contraire choisi de créer des médias qui seraient favorables à ses thèses conservatrices, ramenant en Hongrie un pluralisme qui avait disparu (ou qui n'était jamais apparu après la chute du communisme, les communistes ayant organisé leur maintien à la tête des principaux médias au moment de la transition vers la démocratie et l'économie de marché).

Sa ligne politique axée sur des valeurs fermes est due pour une bonne part à la personnalité du leader Viktor Orbán lui-même, un ancien libéral aux accents anticléricaux (mais aussi profondément anticommuniste depuis sa jeunesse) converti au christianisme et devenu membre de l'Église presbytérienne. Contrairement à de nombreux politiciens français qui se disent chrétiens, Viktor Orbán n'a pas peur de dire que sa foi joue un rôle important dans sa politique et il ne se considère pas chrétien que le dimanche ou uniquement à l'église et à la

maison. Il avait été très impressionné en 1987 par un voyage qu'il avait fait à Gdansk, en Pologne, pour aller voir le pape avec ses amis de Solidarność. Impressionné par ce pape polonais, mais aussi par la dimension religieuse du combat de Solidarność contre la dictature communiste.

Mais il est vrai aussi que le Fidesz a été grandement aidé par un enregistrement diffusé à la radio en 2006 où on entendait le Premier ministre hongrois du gouvernement de la coalition des socialistes et des libéraux au pouvoir depuis 2002 déclarer devant des parlementaires de son parti, un mois après les élections de 2006 : « *Nous n'avons rien fait pendant quatre ans. Rien. Vous ne pouvez pas me citer un seul exemple d'une action sérieuse du gouvernement dont nous pourrions être fiers, si ce n'est que nous avons repris le pouvoir avec de la merde. Rien. Quand il faudra rendre nos comptes au pays et qu'ils demanderont ce que nous avons fait, qu'est-ce qu'on leur dira ? Nous avons tout foiré. Pas juste une chose, mais tout. Depuis un an et demi, nous mentons matin, midi et soir.* »

La divulgation de la confession du Premier ministre hongrois a mis la Hongrie en ébullition. C'est une chose de savoir que le gouvernement nous ment, mais c'en est tout de même une autre que de l'entendre dire de la bouche du plus haut dirigeant du pays. Le peuple est descendu dans la rue et les violences de la police n'ont fait qu'amplifier le phénomène, même si les élites politico-médiatiques européennes n'éprouvaient en 2006 aucune inquiétude pour la démocratie hongroise puisque c'était un gouvernement socialiste-libéral qui tapait sur le peuple. Les manifestations hongroises de 2006 ont même par moments carrément tourné à l'émeute.

« En Hongrie, le Fidesz a imposé le pluralisme dans les médias »

(Extrait d'un article publié en avril 2016 par l'Observatoire du Journalisme)

« Le monopole des post-communistes dans les médias finit par mettre en rage les Hongrois qui en ont assez de la propagande gaucholibertaire et pro-gouvernementale. En 2006, la foule en colère prend d'assaut et incendie le siège de la télévision publique MTV. C'est la seule fois où c'est arrivé en Europe centrale après 1989. La petite chaîne privée de télévision câblée HirTV est la seule à transmettre l'événement. À cause de cela, elle est accusée par le vice-premier ministre István Hiller de terrorisme et d'avoir organisé les troubles sociaux, ce qui manque de lui coûter sa concession.

L'année 2006 marque en fait l'apogée des gouvernements post-communistes et des médias gaucholibertaires qui les soutiennent. En novembre 2006, le quotidien gaucholibertaire Magyar Hírlap est racheté par l'homme d'affaire Gábor Széles, ami de Viktor Orbán, qui transforme complètement le profil de ce journal. Peu après, la domination de l'hebdomadaire HVG est défiée par l'hebdomadaire conservateur Heti Válasz. La nouvelle loi sur les médias de 2011 fait le reste en limitant les possibilités de concentration des médias entre les mêmes mains, et en garantissant des financements suffisants aux médias publics (radio et télévision) grâce aux subventions budgétaires (100 Mds Ft, soit environ 350 Mios €) et à la publicité.(...) Mais contrairement à ce qui a été dit il y a quelques années, il n'y a pas eu de censure gouvernementale après l'arrivée du Fidesz au pouvoir en 2010. Ce sont même toujours les médias tendance gauche libertaire qui dominent, ce que confirment les rapports du think tank Mertekek Muhely pourtant hostile au gouvernement d'Orbán. Sur Internet, ce sont les sites Origo et Index qui sont leaders, dans la presse imprimée, c'est toujours Népszabadság et HVG, et à la télévision c'est RTL. Néanmoins, ce n'est plus une domination absolue grâce à l'apparition de médias conservateurs qui prospèrent, comme les quotidiens Magyar Nemzet et Magyar Idők (n° 2 et 3 sur le marché de la presse quotidienne), l'hebdomadaire Heti Válasz (n° 2 de la presse hebdomadaire) déjà mentionné, ainsi que plusieurs chaînes de télévision publiques et privées (MTV1, MTV2, Duna, Duna World...). Ainsi, le pluralisme des opinions est plus ou moins assuré et la qualité du débat politique ne s'en porte que mieux. »

Viktor Orbán et le Fidesz ont été prudents. Ils ne souhaitent pas envenimer une situation qui pouvait mal tourner. Mais à force de motions, de pétitions et de protestations et grâce au soutien d'un peuple en colère, ils ont fini par conduire à la démission du gouvernement en 2009 et à leur victoire historique de 2010 quand les Hongrois leur ont donné mandat, avec une majorité des deux tiers au Parlement, pour changer la constitution, diversifier les médias, lutter contre la corruption, se débarrasser des juges formés sous le régime communiste, limiter le pouvoir d'une Cour constitutionnelle acquise au socialisme libéral qui bloquait de nombreuses initiatives législatives des représentants du peuple, mais encore pour soutenir les entreprises hongroises face aux multinationales, pour adopter une politique de soutien aux familles, pour réduire les aides sociales, pour rétablir le respect de la vie de la conception à la mort naturelle, etc.

Viktor Orbán a répondu au début de l'année 2012 aux Parlementaires européens socialistes et libéraux qui ont littéralement insulté les Hongrois en accusant le gouvernement qu'ils s'étaient choisis d'être d'inspiration totalitaire et fascisante. Les débats étaient retransmis en direct à la télévision hongroise et, trois jours plus tard, un demi-million au moins de Hongrois ont manifesté à Budapest pour exprimer leur soutien à leur gouvernement.

Résolution du Parlement européen du 10 mars 2011 sur la loi hongroise sur les médias

Moins d'un an après le retour du Fidesz au pouvoir, le Parlement européen adoptait une résolution pour critiquer la nouvelle loi hongroise sur les médias. La Résolution du Parlement européen du 10 mars 2011 sur la loi hongroise sur les médias accusait déjà la Hongrie de ne pas respecter les valeurs de l'article 2 du Traité sur l'Union européenne avec sa nouvelle loi sur les médias et demandait à la Commission européenne d'intervenir.

B. La crise économique et financière de 2007-2008

Gouvernée par la coalition Fidesz-KDNP depuis 2010, après huit ans de coalition des socialistes et des libéraux, la Hongrie a parcouru un long chemin depuis 2008, quand elle avait été contrainte de se tourner vers le FMI deux ans avant la Grèce. C'était pendant la crise financière qui avait éclaté en 2007 et qui avait frappé très durement la Hongrie à cause de la mauvaise gestion des années antérieures. Dans un article intitulé « The rise and fall of Hungary » (L'ascension et la chute de la Hongrie) publié en 2008⁴⁶, le journal anglais *The Guardian* expliquait que la dette publique, alimentée notamment par le déficit record à 9,6% du PIB en 2006, une année électorale, était passée de 52% en 2001 à 66% en 2007 (contre 45% en Pologne et 29% en Tchéquie et en Slovaquie, les autres pays du groupe de Visegrád). Les dépenses publiques représentaient alors plus de 50% du PIB, soit bien plus que dans les autres pays d'Europe centrale, avec des impôts très élevés et un des taux d'emploi les plus bas en Europe. Le *Guardian* poursuivait ainsi : *«Des États membres de l'UE en Europe centrale, la Hongrie a été le plus durement frappée à cause de sa dette publique massive si largement entre des mains étrangères»*, et c'est pourquoi *«il est devenu clair que, sans aide extérieure, le gouvernement pourrait avoir de gros problèmes pour financer ses dépenses. Il a été forcé de se tourner vers le FMI et a accepté des conditions en vertu desquelles, malgré l'économie en récession, il doit tailler dans ses dépenses et viser un déficit de 2,6% en 2009. Ainsi, alors que les grandes économies discutent de programmes onéreux pour dynamiser la croissance, la Hongrie doit se serrer la ceinture»*.

En d'autres termes, au début de la crise financière, la Hongrie se trouvait dans une situation proche de celle de la Grèce à laquelle elle était souvent comparée. Certes, en 2007, l'année où a éclaté la crise financière, la Hongrie avait un déficit budgétaire de 5% du PIB contre 6,7% pour la Grèce, et la dette publique hongroise était à 65,5% du PIB contre 103% pour la dette grecque. La Grèce était néanmoins un pays nettement plus riche que la Hongrie en 2007, avec un PIB par habitant de 22700€, soit 86% de la moyenne de l'UE, contre 10 400€ par habitant en Hongrie, soit 39% de la moyenne de l'UE. Mais contrairement à la Grèce, quand la crise financière de 2007-2008 a éclaté, la Hongrie n'avait pas adopté l'euro et avait donc toujours sa propre monnaie. Elle avait originellement prévu d'adopter l'euro en 2007 ou 2008, mais en raison des importants déficits de la première décennie du XXI^e siècle et du ralentissement consécutif à l'introduction de mesures d'austérité par le Premier ministre Ferenc Gyurcsány, après les élections de 2006, les critères de Maastricht n'étaient pas respectés. Un premier projet de plan pour l'adoption de l'euro fut malgré tout présenté en 2008. Mais ensuite, après la victoire écrasante de la coalition Fidesz-KDNP aux élections de 2010, le Premier ministre Viktor Orbán déclara d'abord en 2011 que la Hongrie n'était pas encore prête et qu'elle ne pourrait pas adopter l'euro avant 2020.

⁴⁶<https://www.theguardian.com/business/blog/2008/oct/29/hungary-imf>

Ensuite, en 2013, il annonça que l'adoption de l'euro ne se ferait pas tant que le PIB par habitant hongrois n'aurait pas atteint 90% de la moyenne de la zone euro. C'est très similaire à ce qu'ont déclaré les dirigeants du parti Droit et Justice (PiS) en Pologne, et qui a été redit par le Premier ministre Mateusz Morawiecki en janvier 2019, à savoir que la Pologne rejoindra la zone euro quand les Polonais auront des revenus proches de ceux des Allemands.

Ainsi, à la différence de la Grèce qui n'avait plus sa propre monnaie, la Hongrie n'a pas eu à mettre en œuvre les plans d'austérité drastiques imaginés à Bruxelles par une troïka constituée de la Banque centrale européenne (BCE), la Commission européenne et le Fonds monétaire international (FMI). Le premier gouvernement d'Orbán s'est même empressé d'annuler les mesures imposées à la Hongrie par le FMI et en 2013 tout le solde restant de la dette liée au prêt de 2008 a été remboursé en avance. En outre, pendant la crise financière, le cours du forint hongrois a pu fluctuer librement en fonction de la situation économique et financière du pays, ce qui a donné à ses entreprises un avantage compétitif au moment où elles en avaient le plus besoin. Un avantage utile en tant de crise auquel la Grèce avait définitivement renoncé lorsqu'elle était passée à l'euro en 2001.

La leçon hongroise

Traduction d'un article du Polonais Maciej Szymanowski publié au début de l'année 2016 sous le titre « Węgierska Lekcja » (La Leçon hongroise), juste après l'arrivée des conservateurs au pouvoir à Varsovie, dans l'hebdomadaire libéral-conservateur polonais Do Rzeczy, reproduit ici avec l'aimable autorisation de l'auteur et de la rédaction de Do Rzeczy. Maciej Szymanowski est un spécialiste reconnu en Pologne des pays du groupe de Visegrád. Il parle couramment le hongrois, le tchèque et le slovaque. Directeur de l'Institut de coopération polono-hongroise Wacław Felczak et ancien conseiller spécial du président de la Diète polonaise pour les questions liées au V4, il enseigne à l'université catholique Pázmány Péter de Budapest.

Des menaces de sanctions et de privation du droit de vote au sein des institutions européennes, des journalistes allemands et des leaders politiques internationaux qui fulminent... Le gouvernement polonais fait aujourd'hui la même expérience que le gouvernement hongrois avant lui.

Printemps 2010. Après huit ans sur les bancs de l'opposition, le Fidesz triomphe aux élections présidentielles puis législatives. D'abord étourdie par sa défaite, la gauche passe rapidement à la contre-attaque, se moquant d'abord des nouveaux impôts sur les banques et la grande distribution, puis internationalisant, via Berlin et Bruxelles, le débat politique national. Le signal de l'attaque est donné par la conférence du Premier ministre Viktor Orbán uniquement sur fond de drapeaux nationaux, sans les drapeaux européens, exactement comme pour la Première ministre Beata Szydło plus récemment. Ce n'est pas la seule ressemblance ni la seule attaque à laquelle, qu'il le veuille ou non, le nouveau gouvernement polonais va se trouver confronté sur la scène européenne.

PREMIER ROUND

En Hongrie, la télévision publique MTV, symbole de la propagande gaucho-libertaire, dont le siège avait été incendié par les manifestants en colère en 2006, n'a jamais attiré l'attention des organisations internationales de journalistes du type de la Fédération Européenne des Journalistes. Mais la situation a changé après l'arrivée du Fidesz au pouvoir, quand la Hongrie a adopté une nouvelle loi sur les médias qui imposait de présenter des « informations équilibrées » et interdisait dans les médias les atteintes à la dignité humaine et les insultes aux personnes motivées par leur foi religieuse et leur

conception du monde. Les protestations hystériques de l'opposition qui parlaient de « nouvelle censure » reçurent rapidement le soutien de Martin Schulz, alors président du groupe socialiste au Parlement européen. Celui-ci reprocha à la nouvelle loi de « chercher à démonter la démocratie par une mise au pas des médias ». Dans une lettre ouverte aux autorités hongroises, 70 « défenseurs des droits de l'homme et anciens opposants » protestèrent. Certains titres allemands commencèrent même à qualifier le Premier ministre hongrois de « Führer » et à décrire une supposée « étouffante ambiance d'antisémitisme rappelant les années trente en Hongrie » (*Die Welt*). Pour accroître la pression sur Budapest, les médias se mirent à multiplier les déclarations anonymes de fonctionnaires de Bruxelles, par exemple sur le projet de reprendre à la Hongrie sa présidence du Conseil de l'UE ou de lui appliquer des sanctions.

DEUXIÈME ROUND

Ce n'était néanmoins que des préliminaires par rapport à ce qui allait se passer au printemps 2011 quand le Parlement hongrois adopta une nouvelle constitution pour remplacer celle rédigée personnellement par Staline, toujours en vigueur à l'époque même si elle avait été maintes fois modifiée après 1989. Son préambule, qui commence par les mots « Dieu, bénis les Hongrois », qui définit le mariage en tant qu'union d'un homme et d'une femme et qui rappelle la présence de Hongrois au-delà des frontières de la Hongrie, suffit pour que la nouvelle loi fondamentale fût considérée comme imprégnée, respectivement, de cléricisme, d'homophobie et de nationalisme.

Guy Verhofstadt, président du groupe des Libéraux au Parlement européen, reprocha au Premier ministre Orbán de « ne pas avoir profité de l'occasion pour faire de la Hongrie un pays plus moderne et plus démocratique ». Le ministre des Affaires étrangères français, Alain Juppé, demanda alors à la Commission européenne de vérifier si la nouvelle constitution hongroise ne violait pas « ce qui fait le bien commun de tous les pays de l'Union européenne, c'est-à-dire l'État de droit et le respect des grandes valeurs démocratiques ». Werner Hoyer, secrétaire d'État au ministère des Affaires étrangères allemand, qualifia quant à lui la nouvelle constitution hongroise de « pas en arrière ». Amnesty International et Human Rights Watch ne manquèrent pas non plus d'émettre des critiques, et le secrétaire général de l'ONU Ban Ki-moon déclara que même quand un pays libre rédige une constitution, celle-ci doit être conforme aux principes internationaux, suggérant donc, en toute méconnaissance de cause, que ce n'était pas le cas de la nouvelle constitution hongroise.

Difficile de dire combien de temps ces attaques auraient duré si le gouvernement hongrois n'avait pas tout simplement envoyé à la Commission européenne le texte intégral de la nouvelle constitution traduit en anglais, accompagné d'explications détaillées, en demandant poliment à la Commission de bien vouloir lui indiquer les dispositions concrètes supposées contraires au droit européen. Les experts bruxellois n'ont pu justifier juridiquement leurs objections que pour deux points qui n'étaient pas inclus dans la constitution elle-même mais dans ses textes d'application : l'abaissement de 70 à 62 ans de l'âge de la retraite des juges et certains pouvoirs du président de l'Office de Protection des données à caractère personnel. Budapest a accepté ces objections et procédé aux modifications demandées.

Du coup, le Belge Guy Verhofstadt, pressé par les médias hongrois, a commencé à tergiverser : « *Le problème, ce n'est pas tel ou tel paragraphe, mais la philosophie d'ensemble et ce qui se cache derrière* », leur a-t-il répondu. De son côté, le président de la Commission européenne de l'époque, José Manuel Barroso, s'est défendu avec des arguments relevant presque du domaine de la psychiatrie : « *Je ressens une certaine angoisse quand je lis la constitution hongroise* », a-t-il affirmé.

TROISIÈME ROUND

La victoire du gouvernement hongrois, obtenue en recentrant la polémique sur les faits et les paragraphes de sa constitution, n'a pas empêché la Commission européenne et le Parlement européen de repartir à l'attaque. La fois suivante, il s'agissait des efforts du gouvernement hongrois en vue de remplacer le président de la Banque nationale hongroise, András Simor. Ceci fut interprété comme une violation de l'indépendance de la banque centrale. Dans ce cas aussi, les autorités hongroises ont cherché à ramener la discussion aux arguments juridiques concrets sans exclure à l'avance des concessions de sa part. András Simor – un des présidents de banque centrale les plus mal notés au monde dans les classements annuels de Global Finance – n'a finalement été privé de son poste qu'en 2013 pour être remplacé par le ministre de l'Économie d'Orbán. Sur les rives du Danube, on considérait comme plus important de conserver les limitations impo-

sées au Tribunal constitutionnel qui, depuis 2012, ne peut plus examiner que les questions de respect des procédures, et cela sans pouvoir se référer à sa jurisprudence antérieure, annulée en bloc par le Parlement.

La réaction du Parlement européen fut d'élaborer en juillet 2013 une liste de recommandations, dans le rapport Tavares, en menaçant à nouveau de priver la Hongrie de son droit de vote au sein des institutions européennes. Ces menaces n'ont bien entendu pas été mises à exécution, entre autres parce que les préconisations du Parlement européen se fondaient sur des généralités abstraites.

LA CLÉ DU SUCCÈS

Aujourd'hui, plus personne dans l'UE ne parle de censure ou de « coup d'État constitutionnel » à Budapest. Pourtant, la longue liste des leaders politiques favorisés des médias qui ont à leur compte des déclarations irréfléchies – et c'est un euphémisme – au sujet de la Hongrie, est vraiment impressionnante. Mais cela n'a pas empêché la Hongrie de sortir victorieuse de ces conflits. Comment a-t-elle fait ? Certes, les accusations à son encontre étaient surtout fondées sur des mensonges et des manipulations. Mais dans le contexte politico-médiatique européen, il ne suffisait pas d'exposer la réalité des faits.

La personnalité de Viktor Orbán a beaucoup contribué à la victoire hongroise. Impliqué en politique au niveau national depuis 1989, vice-président de l'Internationale libérale pendant une décennie, vice-président du Parti Populaire Européen jusqu'en 2012, Orbán n'est pas le premier venu. Il manie la langue de Shakespeare avec aisance (et souvent avec humour). Il est ami avec Helmut Kohl, avec David Cameron, avec l'ancien président du Parti Populaire Européen Joseph Daul et avec d'autres leaders politiques européens. Des leaders qui sont systématiquement invités aux congrès du Fidesz depuis des années. Quand le besoin s'en fait sentir, la Hongrie peut aussi toujours compter sur quelques déclarations fortes de Roger Scruton, de Vladimir Boukovski et d'autres intellectuels médiatiques.

MANIFESTATIONS DE SOUTIEN

Outre son action extérieure, le gouvernement hongrois a aussi déployé de gros efforts à l'intérieur du pays. Il a pris le temps d'expliquer longuement ses projets et ses intentions aux citoyens hongrois. Si la politique du gouvernement de Budapest n'avait pas été comprise en Hongrie-même, il n'y aurait pas eu ces centaines de milliers de citoyens venus manifester leur soutien dans la rue ni les millions de clics pour le « oui » lors des référendums par Internet quand Bruxelles protestait contre les réductions des prix de l'énergie pour les particuliers (mais pas pour les entreprises) en 2013 ou, un an plus tard, contre la nouvelle taxe sur les publicités qui frappait tout particulièrement le capital allemand très présent dans les grands médias hongrois.

Dans ses conflits avec Bruxelles, le gouvernement hongrois a toujours évité les chocs frontaux. Il tergiversait, faisait durer, et même reculait un peu quand il le fallait, cherchant le bon moment pour mettre ses plans à exécution. La Pologne aurait tout intérêt à bien étudier l'expérience hongroise des relations avec Bruxelles.

D'autant plus que l'opposition polonaise calque déjà son action sur l'exemple hongrois en cherchant des soutiens à Bruxelles. Le Comité de défense de la démocratie (KOD) copie lui-même une initiative réussie des post-communistes et des libéraux hongrois dans les années 1990. Et la première délégation reçue par le président du Tribunal constitutionnel polonais Andrzej Rzepliński [très impliqué du côté de l'opposition au PiS, NdT] après les élections législatives était composée de juges du Tribunal constitutionnel hongrois.

Titre original : *Węgierska Lekcja*, Maciej Szymanowski, *Do Rzeczy* n° 2/2016

C. Budapest à Varsovie

1) 2015 : victoire d'Andrzej Duda à la présidentielle, victoire du PiS au législatives

Avant leur victoire aux élections législatives du 25 octobre 2015, cela faisait plusieurs années que les sympathisants du parti Droit et Justice (PiS) disaient rêver d'un « Budapest à Varsovie », c'est-à-dire de la reproduction en Pologne du succès du Fidesz en Hongrie, et aussi de ses politiques. La victoire en mai du candidat du PiS Andrzej Duda, contre le président sortant de la Plateforme civique (PO) Bronisław Komorowski – par 51,55 % des voix contre 48,45 % –, avait surpris les amis de Donald Tusk. Malgré les affaires qui minaient la popularité de la PO, le président Komorowski bénéficiait encore, à l'automne 2014, d'une confortable avance sur son principal rival. Encore en janvier, Adam Michnik, le rédacteur-en-chef du journal libéral-libertaire *Gazeta Wyborcza* estimait à propos du président sortant : « *Il me semble que sauf événement imprévisible, par exemple si Bronisław Komorowski roule en état d'ivresse et écrase sur un passage piéton une religieuse handicapée enceinte, il est évident qu'il sera élu président*⁴⁷. »

Même après l'élection d'Andrzej Duda, le PiS n'était pas sûr de pouvoir gouverner après les élections législatives d'octobre et les médias polonais spéculaient sur la possibilité d'une alliance entre la coalition de la PO et du parti agraire PSL au pouvoir depuis 2007 avec le SLD social-démocrate (héritier de l'ancien parti communiste). Les élections législatives à la Diète, la chambre basse du Parlement, se font en effet à la proportionnelle en Pologne, selon le système D'Hondt avec un seuil de 5 % pour les partis et de 8 % pour les coalitions électorales. Deux facteurs permirent toutefois à la Droite unie, coalition électorale formée par le PiS et deux petits partis de droite⁴⁸, de remporter la majorité absolue des sièges : 235, avec 37,58 % des voix, sur un total de 460, contre 138 pour la PO (24,09 % des voix) et 16 pour son allié PSL (5,13 % des voix). C'était la première fois qu'un parti ou une coalition électorale obtenait la majorité absolue à la Diète depuis la transition démocratique des années 1989-1990.

⁴⁷Propos tenus sur la chaîne TVN le 5 janvier 2015

⁴⁸« La Pologne ensemble » (Polska razem) – devenue « Entente » (Porozumienie) en 2017 – de Jarosław Gowin qui deviendra après les élections ministre des Sciences et de l'Enseignement supérieur, avec le rang de vice-Premier ministre, et « Pologne solidaire » (Solidarna Polska) de Zbigniew Ziobro qui sera nommé après les élections au poste de ministre de la Justice.

La Pologne et l'euro

Si la Pologne était dans une bien meilleure situation financière que la Hongrie et la Grèce en 2007, après deux ans de gouvernement de coalition dirigés par le PiS, et avec les libéraux de la Plateforme civique (PO) qui sont arrivés au pouvoir cette année-là aux côtés du PSL, pour une période qui allait durer jusqu'en 2015 (après une nouvelle victoire électorale sous Donald Tusk en 2011), les fluctuations de la monnaie nationale ont aussi beaucoup aidé l'économie polonaise après la crise financière de 2007-2008.

En 2007, le gouvernement de Donald Tusk avait fait de l'adoption de l'euro l'un de ses objectifs stratégiques, et une feuille de route vers l'euro a même été élaborée en octobre 2008, avec l'intention de remplacer le zloty polonais par la monnaie européenne dès 2011. Le président Lech Kaczyński et le parti Droit et Justice (PiS) étaient contre l'idée de fixer une date pour le passage à l'euro. Le leader du PiS Jarosław Kaczyński estimait qu'adopter l'euro dans ce délai était « très risqué » et conduirait inévitablement à un appauvrissement de la société polonaise. Avec la crise financière et la détérioration des finances publiques, en 2009 il était devenu clair que la Pologne n'adopterait pas l'euro à l'échéance prévue. Par la suite, Tusk a abandonné l'idée de fixer un délai pour le passage à l'euro car les sondages faisaient ressortir une nette majorité de Polonais en faveur de conserver la monnaie nationale.

Grâce à sa croissance ininterrompue, quoique ralentie, pendant la crise financière, la Pologne, qui était jusqu'ici le pays le plus pauvre du V4, a même pu rattraper la Hongrie en termes de PIB nominal par habitant.

Après la Grèce, la Pologne et la Hongrie ont aujourd'hui dépassé le Portugal en termes de PIB par habitant calculé selon la parité de pouvoir d'achat, mais contrairement à ce qui s'est passé en Hongrie, les résultats économiques et financiers de la majorité parlementaire sortante n'ont pas contribué à la défaite des libéraux en 2015 en Pologne, même si ces résultats s'étaient encore améliorés, avant l'arrivée de la pandémie de Covid-19 au printemps 2020, sous les gouvernements sociaux-conservateurs du PiS et de ses alliés au sein de la Droite unie.

2) Le programme avec lequel le PiS a gagné les élections parlementaires de 2015 et ses ressemblances avec le programme du Fidesz en Hongrie

Le programme électoral du PiS affichait de vraies ressemblances avec les politiques mises en œuvre en Hongrie par la coalition du Fidesz et des chrétiens-démocrates sous la direction du Premier ministre Viktor Orbán.

Politique fiscale et sociale

C'est ainsi que le PiS promettait à ses électeurs la mise en œuvre d'une politique nataliste comme en Hongrie, et aussi, toujours comme en Hongrie depuis 2010, d'une taxe spéciale sur les banques (adoptée en février 2016) et d'une autre sur les grandes surfaces (finalement abandonnée sous la pression de la Commission européenne), une réduction des impôts payés par les PME et une politique de réindustrialisation du pays. Affichant une philosophie sociale-conservatrice et se revendiquant de la démocratie chrétienne, le PiS promettait en outre plusieurs mesures sociales : la réduction de l'âge de la retraite pour le ramener au niveau d'avant la réforme réalisée en 2012¹ par Donald Tusk (sans que cela eût fait partie de son programme électoral pour les élections de 2011, ce qui entraîna de grosses manifestations lors du vote du report à 67 ans de l'âge de la retraite par la coalition PO-PSL), le relèvement du plafond non imposable au titre de l'impôt sur le revenu (ré-

forme finalement réalisée uniquement pour les bas revenus), l'instauration d'un salaire horaire minimum² et la gratuité des médicaments pour les seniors à partir de 75 ans. La mesure phare du programme du PiS, à finalité nataliste mais avec un impact social très fort dans un pays où l'extrême pauvreté touchait en particulier les familles nombreuses, c'était la mise en place d'allocations familiales à partir du deuxième enfant sans condition de revenu et à partir du premier pour les foyers à faibles revenus. Là aussi, le PiS polonais prenait modèle sur la politique nataliste du Fidesz hongrois. Pour financer ces mesures, le PiS promettait, en plus des taxes sur les banques et les grandes surfaces, de mieux lutter contre la fraude fiscale.

Réformer la justice

Dans le domaine des institutions de l'État, le PiS promettait de fusionner à nouveau la fonction de ministre de la Justice et de procureur général, pour revenir à la situation antérieure aux gouvernements PO-PSL, d'instaurer un contrôle des tribunaux et de donner au ministre de la Justice la possibilité d'introduire des recours selon une procédure d'exception, y compris plusieurs années après un jugement avec force de chose jugée, pour les décisions de justice particulièrement scandaleuses. Ces recours qui devaient pouvoir concerner certaines décisions prises par les parquets devaient être examinés par une chambre spéciale de la Cour suprême.

L'aveu d'impuissance de l'homme qui était procureur général « indépendant » de 2010 à 2016

« J'ai toujours dit, au cours des 6 ans de la durée de mon mandat, que le parquet ne supporte pas l'excès de démocratie. (...) Si l'on place un procureur général à la tête du parquet, donnons-lui des outils et demandons-lui des comptes pour ses actions ou sa passivité. Mais donnons-lui une chance et un vrai pouvoir. Pendant mon mandat, le procureur général avait les mains liées par toutes sortes de structures, initiatives et institutions bloquant ses capacités. »

(Andrzej Seremet, procureur général dans les années 2010-2016, pour expliquer son absence d'action aux parlementaires de la Commission d'enquête sur la fraude à la TVA des années Tusk lors de sa comparution en octobre 2018.)

Source : journal *Nasz Dziennik* du 30 octobre 2018

Le PiS promettait aussi, pour mettre fin aux pathologies présentes depuis la transition démocratique dans les tribunaux, de créer un vrai mécanisme disciplinaire pour les juges avec une forme de contrôle démocratique, qui devait être exercé notamment par le ministre de la Justice, afin de briser l'esprit corporatiste de l'institution judiciaire. Parmi les réformes annoncées dans le programme du PiS, il y avait aussi le changement

du mode de nomination des 15 juges membres du Conseil national de la magistrature (KRS), qui compte 25 membres en tout.

Rééquilibrer le paysage audiovisuel en prenant le contrôle des médias publics

Comme le Fidesz en 2010, le PiS voulait également rééquilibrer le paysage médiatique, en commençant par le groupe télévisuel public qui se trouvait alors sous le contrôle de gens proches de l'ancienne coalition PO-PSL et aussi du SLD, face aux deux grands groupes privés favorables à la PO et hostiles au PiS et à son programme conservateur et plus souverainiste que celui de ses prédécesseurs. Pour la Hongrie en 2010 comme pour la Pologne au tournant de l'année 2015-2016, ce rééquilibrage des médias (en Hongrie par une nouvelle loi qui imposait de présenter des « informations équilibrées » et interdisait dans les médias les atteintes à la dignité humaine et les insultes aux personnes motivées par leur foi religieuse et leur conception du monde, en Pologne par une « petite loi sur les médias » adoptée le 31 décembre 2015 dans le but de changer la direction des médias publics) fut une des premières cibles des attaques de la Commission européenne et du Parlement européen ainsi que des médias d'Europe occidentale. La coalition Droite unie dirigée par le PiS avait également annoncé son intention de repoloniser, au moyen d'une loi de déconcentration des médias, la presse polonaise largement entre les mains de capitaux allemands. Mais ce projet a finalement été mis de côté en raison de la difficulté qu'il y aurait à « repoloniser » les médias sans violer le droit de l'UE.

Le refus de la relocalisation des « migrants » décidée à Bruxelles

À ces questions est venue se greffer celle de la relocalisation des « migrants », avec la grande crise migratoire de l'été et de l'automne 2015 et la décision de la chancelière allemande Angela Merkel, non consultée avec ses partenaires européens, d'ouvrir les frontières de l'Allemagne. Dans ce domaine aussi, le PiS polonais et sa coalition Droite unie ont adopté les mêmes points de vue que la coalition du Fidesz hongrois avec le KDNP. Outre le refus d'accepter que l'immigration en Pologne soit décidée à Bruxelles et les questions sécuritaires brandies par le PiS à la faveur des attentats terroristes en Europe occidentale, cela a été l'occasion pour les conservateurs de faire valoir leur postulat d'une politique étrangère plus atlantiste, d'une politique européenne plus volontariste et d'une défense plus active des intérêts polonais à l'intérieur de l'UE avec un rejet de l'érosion progressive de la souveraineté nationale. La Droite unie promettait aux électeurs polonais de rejoindre les positions du groupe de Visegrád (V4) et de faire de ce forum de coopération un instrument de la politique européenne polonaise, afin de pouvoir parler sur un pied d'égalité avec Berlin et Paris. Là encore, le PiS polonais avait une ligne très proche de celle du Fidesz hongrois. Il importe de préciser que ni le PiS ni le Fidesz ne sou-

haitent la fin de l'UE qu'ils considèrent comme d'importance stratégique pour leurs intérêts nationaux, mais ces partis s'opposent à la vision fédéraliste de l'Union européenne.

Le conflit avec Bruxelles alimenté par l'opposition libérale

Dès les premiers mois de la nouvelle législature, le gouvernement de Beata Szydło, choisie par le parti de Jarosław Kaczyński au poste de Premier ministre conformément à ce qui avait été promis aux électeurs, s'est trouvé en conflit avec Bruxelles, et plus précisément avec la Commission européenne et le Parlement européen. Comme pendant la période 2005-2007, quand le PiS gouvernait en coalition avec un parti agraire « anti-système » et un petit parti souverainiste de droite. La Pologne s'est aussi très rapidement trouvée sous le feu nourri des attaques des grands médias d'Europe occidentale, et en particulier des médias allemands. Officiellement, les inquiétudes exprimées par les institutions européennes concernaient le respect des décisions du Tribunal constitutionnel polonais par le gouvernement de Mme Szydło et par la majorité de la Droite unie au Parlement, ainsi que la première réforme des médias publics mise en œuvre par la majorité parlementaire dès le mois de janvier 2016 afin de reprendre le contrôle sur des médias qui étaient entre les mains de la PO, du PSL et du parti social-démocrate SLD.

III. Les réformes au cœur des accusations d'atteintes à l'État de droit

A. Les réformes hongroises du début des années 2010

1) La nouvelle constitution de 2011 venue remplacer celle de 1949

Contrairement aux autres pays de la région, la Hongrie avait amendé sa constitution sans la remplacer au moment de la transition à la démocratie et à l'économie de marché en 1989. Ainsi, sa constitution avait-elle été adoptée en 1949 en recopiant la constitution soviétique de 1936. L'adoption en 1989 des modifications à cette constitution de type stalinien s'était faite sur la base des accords passés entre le Parti socialiste ouvrier hongrois – le parti communiste – et l'opposition, par un Parlement encore aux mains des communistes qui n'a exercé qu'un rôle subalterne. La constitution hongroise encore en vigueur en 2010 n'avait donc jamais été approuvée par le peuple hongrois et elle manquait cruellement de légitimité démocratique. Il était au départ entendu que le premier Parlement élu démocratiquement adopterait une nouvelle constitution, mais cela ne s'était jamais fait, et c'est la Cour constitutionnelle qui se chargeait de résoudre les doutes découlant des lacunes et contradictions de l'ancienne constitution stalinienne profondément modifiée en 1989 afin de l'adapter aux exigences de la démocratie et de l'État de droit, mais ayant malgré tout conservé sa structure d'origine. Avant 2010, aucune majorité suffisante n'avait cependant pu se dégager au Parlement pour élaborer une nouvelle constitution. L'alliance des socialistes et des libéraux qui succéda au premier gouvernement de Viktor Orbán en 2002 avait également promis aux électeurs l'adoption d'une nouvelle constitution. En 2005, sous le Premier ministre socialiste Ferenc Gyurcsány, le ministre de la Justice prépara une nouvelle constitution mais, après les élections de 2006, il manqua la majorité des deux tiers nécessaire pour la faire adopter. Pendant la campagne des élections de 2010, Viktor Orbán avait promis qu'il y aurait une nouvelle constitution si la majorité accordée par les électeurs à son camp le permettait, et la coalition du Fidesz et des chrétiens-démocrates du KDNP avait donc une légitimité démocratique indiscutable pour adopter une nouvelle constitution grâce à la majorité des deux tiers au Parlement que leur avait conférée les 53 % des suffrages obtenus aux élections législatives du printemps 2010. Un mois et demi après la formation de la nouvelle Assemblée nationale, à la fin du mois de juin, une commission composée de 45 députés a donc été formée avec la mission d'élaborer une nouvelle constitution pour le pays. Les partis socialiste (MSZP) et vert (LMP) se retirèrent de cette commission en octobre de la même année sur fond de désaccord sur la limite des prérogatives de la Cour constitutionnelle tandis que le parti d'extrême-droite Jobbik (qui est depuis devenu un parti centriste allié aux libéraux et à la gauche) s'en retira le mois suivant pour cause de désaccord sur la conception générale retenue pour la nouvelle constitution. La commission parlementaire chargée de préparer la constitution hongroise a

mené des consultations avec les représentants des minorités, des collectivités locales, les instituts de droit et d'autres organisations représentant la société. Chaque parti représenté au Parlement pouvait désigner jusqu'à cinq organisations sociales habilitées à formuler des avis sur la nouvelle constitution. La coalition majoritaire a fait intervenir quatre Églises historiquement présentes en Hongrie, des associations de familles nombreuses et des organisations représentant les Hongrois de l'étranger, le MSZP a fait intervenir les syndicats de travailleurs, le LMP des ONG de défense des droits de l'homme et des organisations écologistes, tandis que le Jobbik a fait venir des organisations de minorités hongroises à l'étranger et des organisations de défense des droits de l'homme.

Si certaines exigences de l'opposition ont été prises en compte dans la constitution adoptée aux deux tiers des voix par le Parlement (comme l'abandon de la règle imposant l'approbation par deux Parlements successifs de tout amendement à la nouvelle constitution), celle-ci a ensuite critiqué l'absence de référendum pour son adoption. L'ancienne constitution n'exigeait toutefois pas un référendum et cette pratique n'est pas systématique en Europe.

L'actuelle Loi fondamentale de la Hongrie, qui a remplacé l'ancienne Constitution de la république de Hongrie, a été adoptée le 18 avril 2011 par l'Assemblée nationale à l'issue d'un mois de débats en séance plénière, avec le soutien des députés du Fidesz, du KDNP et d'un député indépendant, soit 262 voix pour, 44 contre et une abstention. Signée par le président de la République le 25 avril, elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

La nouvelle constitution, appelée Loi fondamentale, a maintenu la séparation des pouvoirs et étendu les possibilités de contrôle de la constitutionnalité des lois, en autorisant, en plus du président, le Parlement ou un quart des députés ainsi que le commissaire aux droits fondamentaux – poste créé par la nouvelle constitution – à saisir la Cour constitutionnelle et en permettant à cette dernière de réviser les décisions de justice à la lumière des droits fondamentaux en cas de recours en inconstitutionnalité des personnes morales et physiques. Elle a créé un office de médiateur ainsi qu'un Conseil budgétaire avec un président nommé pour six ans par le président de la République, et au sein duquel siègent le président de la Banque nationale de Hongrie et le président de la Cour des comptes. Ce conseil budgétaire est doté d'un droit de veto sur le budget voté par le parlement en cas de déficit excessif, en application du principe désormais énoncé dans la Loi fondamentale (et absent de l'ancienne constitution), selon lequel « *la Hongrie applique le principe d'une gestion budgétaire équilibrée, transparente et durable* ».

Préambule à la Loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011

Que Dieu bénisse les Hongrois !

Profession de foi nationale.

Nous, membres de la Nation hongroise, au début du nouveau millénaire, déclarons avec le sens des responsabilités pour tous les Hongrois ce qui suit :

Nous sommes fiers que notre Roi, saint Étienne, il y a 1 000 ans, ait bâti l'État hongrois sur des fondations solides et ait fait de notre patrie une partie de l'Europe chrétienne ;

Nous sommes fiers de nos ancêtres, qui ont lutté pour la survie, la liberté et l'indépendance de notre pays ;

Nous sommes fiers des remarquables réalisations intellectuelles du peuple hongrois ;

Nous sommes fiers que notre peuple ait combattu pour la défense de l'Europe au cours des siècles et qu'il ait, par son talent et son industrie, enrichi les valeurs communes de l'Europe ;

Nous reconnaissons le rôle que le christianisme a joué dans la préservation de notre nation. Nous respectons les différentes traditions religieuses de notre pays ;

Nous promettons de préserver l'unité intellectuelle et spirituelle de notre nation déchirée dans les tempêtes du siècle passé. Les groupes ethniques qui vivent avec nous font partie de la communauté politique hongroise et sont parties constitutives de l'État ;

Nous nous engageons à chérir et à préserver notre patrimoine, notre langue unique, la culture hongroise, les langues et cultures des groupes ethniques vivant en Hongrie, et les richesses naturelles ou créées par l'homme du bassin des Carpates. Responsables pour nos descendants, nous devons protéger les conditions de vie des générations futures en faisant un usage prudent de nos ressources matérielles, intellectuelles et naturelles ;

Nous croyons que notre culture nationale est une riche contribution à l'unité européenne dans la diversité ;

Nous respectons la liberté et les cultures des autres peuples, et nous nous efforcerons de coopérer avec toutes les nations du monde.

Nous croyons que la vie humaine est fondée sur la dignité de l'homme ;

Nous croyons que la liberté individuelle ne peut se réaliser que par la coopération avec autrui ;

Nous croyons que la famille et la nation sont les cadres essentiels de notre vie sociale, et que la loyauté, la foi et l'amour sont des valeurs fondamentales de cohésion ;

Nous croyons que la force d'une communauté et l'honneur de chaque personne sont fondées sur le travail, en tant que réalisation de l'esprit humain ;

Nous croyons que nous avons le devoir d'aider les pauvres et les personnes vulnérables ;

Nous croyons que l'objectif commun des citoyens et de l'État est de parvenir au plus haut niveau possible de bien-être, de sécurité, d'ordre, de justice et de liberté ;

Nous croyons que la démocratie n'existe que là où l'État est au service des citoyens et administre leurs affaires de manière équitable, sans abus ni partialité.

Nous respectons les acquis de notre Constitution historique et nous honorons la Sainte-Couronne, qui incarne la continuité constitutionnelle de l'État hongrois et l'unité de la nation ;

Nous ne reconnaissons pas la suspension de notre Constitution historique imposée par les occupations étrangères. Nous déclarons qu'aucune prescription ne s'applique aux crimes contre l'humanité commis contre la nation hongroise et ses citoyens sous les dictatures national-socialiste et communiste ;

Nous ne reconnaissons pas la Constitution communiste de 1949, puisqu'elle fut la base d'un régime tyrannique ; par conséquent, nous la proclamons nulle et non avenue ;

Nous approuvons les députés du premier Parlement libre, qui a proclamé dans sa première résolution que notre liberté actuelle est née de notre Révolution de 1956 ;

Nous fixons la date de la restauration de l'auto-détermination de notre État, perdue le 19 mars 1944, au 2 mai 1990, lorsque la première représentation populaire librement élue fut formée. Nous considérons cette date comme le début de la nouvelle démocratie et du nouvel ordre constitutionnel dans notre pays.

Nous croyons qu'un renouveau intellectuel et moral est absolument nécessaire, après les décennies du vingtième siècle qui ont conduit à la décadence morale ;

Nous avons confiance en un avenir bâti en commun et dans l'engagement des jeunes générations. Nous croyons que nos enfants et nos petits-enfants rendront la Hongrie plus grande encore par leur talent, leur persévérance et leur force morale ;

Notre loi fondamentale constitue le fondement de notre ordre juridique ; c'est un contrat entre les Hongrois du passé, du présent et du futur. C'est un cadre vivant pour exprimer la volonté de la nation et la forme dans laquelle nous souhaitons vivre ;

Nous, les citoyens de la Hongrie, sommes prêts à fonder l'ordre de notre pays sur la coopération de la nation.

(Source de la traduction en français : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/hu2011.htm>)

Outre le processus d'adoption, les principaux points critiqués par les médias d'Europe occidentale et dans les cercles bruxellois, ainsi que dans certaines capitales occidentales, concernaient la référence au christianisme dans le préambule à la Constitution, l'article affirmant le droit à la vie dès la conception (« *La dignité humaine est inviolable. Chacun a droit à la vie et à la dignité humaine ; la vie de l'embryon et du fœtus est protégée dès le moment de la conception.* »), même si l'avortement n'est pas un droit reconnu en droit international et que l'avortement sur simple demande est de toute façon resté autorisé en Hongrie jusqu'à la douzième semaine de grossesse, ainsi que l'article réaffirmant la nature du mariage en tant qu'union d'un homme et d'une femme (« *La Hongrie protège l'institution du mariage en tant qu'union pour la vie en commun d'un homme et d'une femme établie par une décision délibérée, ainsi que la famille en tant que fondement de la vie de la nation. La Hongrie encourage la décision d'avoir des enfants. La protection des familles est réglée par la loi organique.* »). L'inscription de la véritable nature du mariage dans la constitution n'est pourtant pas uniquement le fait de la Hongrie ni même de la Pologne (qui a inscrit la nature du mariage en tant qu'union d'un homme et d'une femme dans sa constitution de 1997, sans que cela ne lui soit reproché quand elle a rejoint l'Union européenne en 2004).

La politique Fidesz-KDNP en matière d'avortement

« La Constitution hongroise dit que la vie de la personne humaine est protégée à partir de la conception. Mais c'est la loi qui définit ce qu'est une personne, et la loi nous dit que le bébé est une personne à partir de 12 semaines de grossesse. Et donc jusqu'à la 12^e semaine de grossesse, vous avez le droit en Hongrie de tuer votre bébé. En fait, il y a quatre conditions qui autorisent à avorter en Hongrie : quand la vie de la maman est en danger, quand le bébé est gravement malade ou handicapé, quand il a été conçu par viol, et, jusqu'à la 12^e semaine, quand la femme est dans une situation économique ou sociale difficile ou dans toute autre situation rendant plus difficile l'accueil de l'enfant. Personne ne pose de questions à la femme souhaitant avorter si elle invoque cette quatrième condition. Je ne pense pas que [les gouvernements Fidesz-KDNP] soient pro-vie. Ils ne touchent pas à cette question. Les lois aujourd'hui sont les mêmes que celles avant 2010. Certes, le nombre d'avortements est en baisse, mais c'est toujours plus d'un enfant conçu sur cinq qui est avorté en Hongrie. (...)

Le Fidesz est en train de rendre l'adoption plus facile, mais c'est tout récent. En Hongrie, avant d'avorter, vous devez aller voir une conseillère deux fois. La première fois, on vous dira ce qu'est un avortement, quelles en sont les conséquences, et quelles autres possibilités existent. En tout cas, c'est la théorie, mais je sais que cette visite est souvent un simple acte de présence. Ensuite vous avez un délai de réflexion de trois jours avant une nouvelle consultation qui pourra alors déboucher sur un avortement. (...) En une année, nous avons environ 90 000 enfants et encore plus de 25 000 avortements. Par ailleurs, s'il y a moins d'avortements, c'est aussi parce qu'il y a moins de femmes en âge de concevoir. Mais comme les femmes hongroises veulent avoir des enfants de plus en plus tard, ce sont souvent des personnes de mon âge qui veulent avorter, par exemple quand elles sont encore à l'université. Il faut certes reconnaître que les politiques pro-famille, natalistes, du Fidesz ont un impact positif sur les personnes qui pourraient vouloir avorter pour des motifs économiques. En fait, je n'ai pas de doute que, même au Fidesz, la majorité et aussi les leaders sont contre l'avortement. Mais c'est un sujet très sensible et ils ne veulent pas prendre de risques. Ils savent que s'ils touchent à cette question, ils pourraient perdre les prochaines élections. (...) La communauté pro-vie n'est pas très nombreuse mais nous pouvons nous faire entendre dans les médias conservateurs, qui sont pro-vie, et cela peut donner l'impression que nous sommes un mouvement important. Mais, si vous regardez les médias libéraux ou demandez aux gens dans la rue, vous ne saurez rien du mouvement pro-vie en Hongrie. (...) J'ai parlé plusieurs fois à la télévision et ils sont ouverts à nos interventions. Il y a de très bons journalistes qui font des entretiens avec nous et qui sont eux-mêmes pro-vie. Nous n'avons malgré tout pas une très grande visibilité, mais notre situation est sans doute meilleure que celle des militants pour la vie en Europe occidentale. »

(Lidia Meuwissen, militante pro-vie hongroise, dans un entretien de juillet 2020 avec l'auteur du présent rapport pour le journal français *Présent*)

Une autre critique a porté sur le recours aux lois organiques (ou « lois cardinales ») prévu par la nouvelle constitution. Il s'agit de lois complétant la constitution qui sont adoptées à une majorité des deux tiers, ce qui rend leur modification ou abrogation par un futur Parlement plus compliquée. Le large recours aux lois organiques par la majorité Fidesz-KDNP dans les années qui ont suivi l'adoption de la constitution a renforcé les critiques. L'avantage de ces lois est qu'elles permettent de stabiliser certaines politiques dans des domaines où une telle stabilité est une condition d'efficacité. C'est ainsi que les politiques familiales sont largement régies par des lois organiques puisque la constitution de 2011 dispose que « *la protection des familles est réglée par la loi organique* ».

De la même manière, « *les dispositions complémentaires relatives à la compétence, à l'organisation et au fonctionnement de la Cour constitutionnelle sont réglées par la loi organique* ».

2) La réforme de la Cour constitutionnelle

Par rapport à l'ancienne constitution, la constitution de 2011 et la loi organique régissant la Cour constitutionnelle ont modifié les possibilités de saisine de la Cour constitutionnelle en mettant plus qu'auparavant l'accent

sur la protection des droits individuels. Une organisation ou un individu peuvent saisir la Cour constitutionnelle s'ils estiment qu'une loi utilisée contre eux lors d'un procès a violé les droits qui leur sont garantis par la Constitution. Les plaintes peuvent aussi concerner un jugement concret, et donc l'interprétation de la loi par le juge, et pas seulement la loi elle-même, et la Cour constitutionnelle peut renverser de tels jugements si la loi ou son interprétation sont jugés inconstitutionnels. En revanche, une personne physique ou morale ne peut plus saisir la Cour constitutionnelle de manière abstraite comme c'était le cas auparavant, [dans le cas de l'institution de l'actio popularis](#) pour les recours en inconstitutionnalité des lois en vigueur, ce qui conduisait la Cour constitutionnelle à examiner environ 1600 plaintes par an dans la période 1990-2001⁴⁹.

« La Hongrie fait tache dans l'UE »

Dès les premiers jours du mois de janvier 2012, c'est-à-dire au moment-même de l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution hongroise, le ministre des Affaires étrangères luxembourgeois Jean Asselborn estime que « *la Hongrie fait tache dans l'UE* ». Pour son homologue français, Alain Juppé, dans une déclaration datant également des premiers jours de janvier 2012, « *il appartient à la Commission européenne de vérifier que ces nouveaux textes constitutionnels respectent ce qui fait le bien commun de tous les pays de l'Union européenne, c'est-à-dire l'État de droit et le respect des grandes valeurs démocratiques* ». Le ministre français en est déjà convaincu : « *Il y a problème aujourd'hui et nous appelons la Commission européenne à prendre les initiatives nécessaires pour que ses principes fondamentaux soient respectés partout, y compris en Hongrie* », car « *c'est son travail, c'est sa responsabilité, son devoir aux termes des traités* ».

Quant à la compatriote d'Asselborn Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne à la justice, aux droits fondamentaux et à la citoyenneté, elle déclara en décembre 2011 dans un journal luxembourgeois : « *La Hongrie a un gouvernement totalitaire qui se cache sous des oripeaux démocratiques. Avec le changement de constitution, le régime veut abolir la séparation des pouvoirs. Si Budapest veut rester membre de l'Union européenne, les valeurs européennes ne doivent plus être foulées au pied.* »

Avant même l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution, le Parlement européen avait adopté le 5 juillet 2011 une résolution « sur la constitution hongroise révisée », dans lequel il était reproché à la Hongrie, entre autres choses, le fait que « *le processus constitutionnel a été marqué par un manque de transparence et que la rédaction et l'adoption de la nouvelle constitution ont été accomplies dans un délai exceptionnellement court ne permettant pas de tenir un débat public approfondi et substantiel sur le projet de texte, (...) que la constitution a fait l'objet de vives critiques de la part d'ONG et d'organisations nationales, européennes et internationales, de la commission de Venise et de représentants des gouvernements des États membres, et qu'elle a été adoptée exclusivement avec les voix des députés issus des partis au pouvoir, de sorte qu'aucun consensus politique ou sociétal n'a été dégagé* ».

Si la nouvelle constitution hongroise réaffirmait la séparation des pouvoirs, tout en introduisant une certaine dose de contrôle démocratique, parlementaire, sur le système judiciaire, une des critiques portées depuis Bruxelles contre la Hongrie a concerné, notamment dans les années qui ont suivi l'adoption de la nouvelle constitution, la tendance du Parlement hongrois, où la coalition Fidesz-KDNP dispose d'une majorité constitutionnelle de manière presque ininterrompue depuis 2010, à réagir aux jugements défavorables de la Cour constitutionnelle par des amendements à la constitution. Plusieurs amendements ont ainsi été adoptés peu après

⁴⁹Source : « The Hungarian constitutional court in transition – from actio popularis to constitutional complaint », par Fruzsina Gárdos-Orosz dans *Acta Juridica Hungarica* (<https://akjournals.com/view/journals/026/53/4/article-p302.xml>)

l'entrée en vigueur de la Constitution, tel celui du 11 mars 2013, qui était déjà le quatrième, limitant les capacités de la Cour constitutionnelle en lui interdisant de contester les modifications de la Constitution sur le fond (la Cour constitutionnelle ne peut les remettre en cause que si la procédure prévue pour amender la Constitution n'est pas respectée) et en lui interdisant de se référer à sa jurisprudence d'avant le 1^{er} janvier 2012, c'est-à-dire d'avant l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution. Ce nouvel amendement a été immédiatement critiqué par la Commission européenne qui y voyait une source d'inquiétude en termes de respect « *du principe d'État de droit, du droit de l'UE et des standards du Conseil de l'Europe* ». À en croire sa déclaration du 11 mars 2013⁵⁰, la Commission Barroso aurait souhaité être consultée dans la phase préparatoire de cet amendement.

Pas de constitution écrite et souveraineté illimitée du Parlement au Royaume-Uni

Tandis que l'on reproche à Varsovie et Budapest des réformes décrites comme constituant un abus de pouvoir par le Parlement et comme remettant en cause le système d'équilibre et de séparation des pouvoirs et donc, paraît-il, l'État de droit et la démocratie, dans l'une des plus anciennes démocraties d'Europe, le Royaume-Uni, la souveraineté du Parlement est définie de la manière suivante⁵¹ : « *La souveraineté parlementaire est un principe de la constitution britannique. En vertu de ce principe, le Parlement est l'autorité juridique suprême du Royaume-Uni qui peut adopter ou abroger toute loi. D'une manière générale, les tribunaux ne peuvent pas annuler ses lois et aucun Parlement ne peut adopter de lois que les futurs Parlements ne pourront pas modifier. La souveraineté parlementaire est l'élément le plus important de la constitution britannique.* »

Par ailleurs, le Royaume-Uni n'a pas de Cour constitutionnelle et sa Cour suprême, qui est considérée par de nombreux observateurs comme contraire à la tradition parlementaire britannique, n'a été créée qu'en 2009 par une loi promulguée par le Parlement sous le gouvernement travailliste de Tony Blair. Puisque d'après les principes constitutionnels britanniques « *aucun Parlement ne peut adopter de lois que les futurs Parlements ne pourront pas modifier* », la Cour suprême britannique pourrait facilement être abolie par la majorité parlementaire actuelle (qui plus est, à la majorité simple).

Il se trouve que le nouveau Procureur général pour l'Angleterre et le pays de Galles nommé par le Premier ministre Boris Johnson en février 2020, Suella Braverman, est d'avis que, pour le bien de la démocratie, le Parlement doit récupérer la souveraineté qui lui a été confisquée non seulement par l'Union européenne mais aussi par les tribunaux britanniques. Mme Braverman avait écrit en janvier 2020 que l'arrêt par lequel la Cour suprême avait décidé en septembre 2019 que la suspension du Parlement par Boris Johnson (dans le cadre du conflit entre le gouvernement de Johnson et le Parlement sur les modalités de sortie de l'UE) était illicite et un nouvel exemple de « *l'intrusion continue et chronique des juges* » sur le terrain de la politique. Elle avait critiqué l'« *activisme judiciaire* » et déclaré : « *Oui, les tribunaux doivent agir pour contenir les abus de pouvoir par le gouvernement, mais si un petit nombre de juges non élus et n'ayant de comptes à rendre à personne continuent de déterminer les grandes politiques publiques en s'opposant aux décideurs élus, notre démocratie ne peut pas être qualifiée de représentative. La légitimité du Parlement est sans égale et c'est la raison pour laquelle nous devons reprendre les commandes, non seulement aux dépens de l'UE, mais aussi de l'appareil judiciaire.* » En tant que procureur général, Braverman est devenu en 2020 procureur en chef pour l'Angleterre et le Pays de Galles, avocate générale pour l'Irlande du Nord et première conseillère juridique du gouvernement.

Malgré sa doctrine de la souveraineté illimitée du Parlement, le Royaume-Uni, alors qu'il était membre de l'UE de 1973 à 2020, n'a jamais fait l'objet d'une procédure de sanction sous le régime de l'article 7 du Traité UE et n'a jamais été accusé de violer l'État de droit comme le sont la Hongrie depuis 2010 et la Pologne depuis 2015.

⁵⁰https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_13_201

⁵¹<https://www.parliament.uk/about/how/role/sovereignty/>

3) La réforme de la justice

La Constitution hongroise de 2011 et les lois organiques qui l'ont accompagnée ont été l'occasion de réformes de la justice contestées par la Commission européenne et le Parlement européen.

Dès le mois de décembre 2011, Viviane Reding, la vice-présidente de la Commission européenne à la justice, aux droits fondamentaux et à la citoyenneté, a adressé une lettre au ministre de la Justice hongrois de l'époque, dans laquelle elle lui reprochait la réduction de l'âge de départ à la retraite des juges de 70 à 62 ans (une mesure destinée à purger plus rapidement le système judiciaire des anciens juges communistes, mais sur laquelle la Hongrie est finalement revenue après un arrêt défavorable de la CJUE) ; le transfert au président de l'Office national de la justice (OBH), nommé par le Parlement à la majorité des deux tiers pour un mandat de neuf ans, sur proposition du président de la République, de la capacité de nommer et révoquer les présidents de tribunaux, avec une supervision insuffisante, du point de vue de la Commission, de la part du Conseil national judiciaire (OBT) dont les membres sont nommés par leurs pairs ; la transformation de la Cour suprême en Kúria (Curia), ce qui soulevait des inquiétudes quant à la possibilité de remplacement des juges de la Cour suprême existante avant la fin de leur mandat ; le remplacement de l'autorité de protection des données par une nouvelle institution, ce qui impliquait le raccourcissement du mandat du chef de l'organisme existant.

Le Conseil national de la magistrature (OIT) tel qu'il fonctionnait de 1997 à 2010 était critiqué en Hongrie pour différentes raisons, mais notamment parce que ses membres étaient souvent eux-mêmes présidents de tribunaux, et ils étaient donc chargés de se superviser eux-mêmes. En outre, le président de l'OIT était en même temps président de la Cour suprême et les autres membres de l'OIT exerçaient eux aussi d'autres fonctions, et l'OIT ne se réunissant qu'une fois par mois cela nuisait à son efficacité en tant qu'organe de supervision du système judiciaire.

Le processus de nomination des juges par leurs pairs membres de l'OIT était aussi critiqué pour son manque de transparence et d'objectivité.

La Loi fondamentale de 2011 a confié au Parlement le soin de réguler par une loi organique (devant donc être adoptée à la majorité des deux tiers) l'organisation et l'administration des tribunaux, le statut des juges ainsi que la rémunération des juges. La Loi fondamentale prévoit aussi que, sur requête du président, l'Assemblée nationale élit à la majorité des deux tiers le président de la nouvelle cour suprême, la Kúria, qui est une cour de cassation. L'élaboration des nouvelles règles a été précédée de consultations auxquelles ont pris part la moitié environ des juges hongrois, en coopération avec l'association hongroise des juges (MABIE) ainsi qu'en consultation avec l'association hongroise des juges des tribunaux administratifs (MKBE) et des dirigeants de

l'association nationale des juges des tribunaux du travail (MBOE). D'autres parties prenantes ont également pris part aux consultations.

La nouvelle Cour suprême, ou Kúria, a de nouvelles compétences : c'est elle, et non plus la Cour constitutionnelle, qui doit se prononcer sur la conformité des décrets et des arrêtés des collectivités locales avec les lois. Le président de la Kúria ne peut plus exercer d'autres fonctions (avant 2012 il était aussi à la tête du Conseil national de la magistrature (OIT)).

Depuis le 1^{er} janvier 2012, le président de l'OBH, qui doit être un juge, et qui ne peut donc appartenir à aucun parti politique, est nommé par le Parlement par un vote à la majorité des deux tiers et il est responsable de l'administration centrale des tribunaux. Proposé par le président de la République, il doit passer devant la commission de la justice de l'Assemblée nationale et devant le Conseil national judiciaire (OBT). L'OBT est composé de juges élus par leurs pairs, et si le président de l'OBH est chargé de nommer les présidents des tribunaux et les juges, l'OBT supervise la nomination des présidents de tribunaux et le déroulement des concours aux postes de juges pour lesquels il propose les classements des candidats selon les critères définis par la loi. Le président de l'OBH n'a le choix qu'entre les trois premiers candidats du classement, et il doit motiver sa décision par écrit s'il ne choisit pas le premier candidat du classement présenté par l'OBT. C'est ensuite le président de la République qui nomme le candidat retenu au poste de juge.

Le président de l'OBH peut affecter des affaires au tribunal de son choix si c'est nécessaire pour raccourcir les délais de traitement des affaires, en fonction de la charge de travail des différents tribunaux. Pour ce qui est des juges de la Cour suprême (Kúria), c'est le président de cette institution qui organise les concours. C'est l'OBT qui se charge de la supervision financière des tribunaux. Le président de la République ou l'OBT peuvent lancer auprès de l'Assemblée nationale une procédure de révocation du président de l'OBH.

Du point de vue des auteurs de la réforme hongroise de la justice, le président de l'OBH, nommé pour un mandat de neuf ans et n'exerçant pas d'autre fonction judiciaire pendant la durée de son mandat ni aucune autre fonction rémunérée (en dehors de rémunérations autorisées dans des domaines très limités, comme des droits d'auteur, une activité d'entraîneur sportif, un enseignement universitaire, ...), est moins sujet aux entreprises de lobbying que l'ancien président du Conseil national de la magistrature (OIT). Par ailleurs, la nouvelle organisation de la supervision de la justice, en plus du contrôle démocratique conféré par sa nomination avec la participation du président de la République et du Parlement, est à la fois plus efficace et plus transparente.

Si la Commission européenne, dans le chapitre consacré à la Hongrie de son rapport sur l'État de droit pour 2021, reste très critique du système judiciaire hongrois qu'elle estime insuffisamment indépendant du pouvoir

politique, en particulier du Parlement, elle remarque toutefois que « *l'efficacité dans les affaires civiles et administratives demeure élevée. Selon le tableau de bord 2021 de la justice dans l'UE, la Hongrie obtient de très bons résultats en ce qui concerne l'estimation du temps nécessaire pour trancher les affaires administratives en première instance et à tous les degrés d'instance ; le nombre d'affaires administratives pendantes devant les tribunaux de première instance ; et le nombre d'affaires civiles, commerciales, administratives et autres pendantes. La Hongrie se montre également performante en ce qui concerne le temps nécessaire estimé pour trancher les affaires civiles et commerciales contentieuses en première instance et le taux d'affaires civiles, commerciales, administratives et autres tranchées. Depuis le 9 juillet 2020, de nouvelles règles de procédure autorisent les procédures accélérées dans les affaires relatives à des plaintes civiles de victimes de la criminalité.* »

On ne peut certainement pas en dire autant de la justice polonaise après les réformes introduites en 2017.

Organisation du système judiciaire hongrois

(Extrait du [rapport de la Commission européenne sur l'État de droit](#) en 2021⁵²)

« *La Hongrie dispose d'un système judiciaire de droit commun à quatre niveaux. On dénombre 113 tribunaux de district, qui sont des juridictions de première instance, et 20 tribunaux régionaux, qui sont compétents pour connaître des recours formés contre les décisions des tribunaux de district et statuer sur certaines affaires en première instance. Cinq cours d'appel régionales statuent sur les recours formés contre les décisions des tribunaux régionaux. Le rôle principal de la Cour suprême (Kúria) est de garantir l'application uniforme du droit. La Loi fondamentale charge le président de l'Office national de la justice, élu par le Parlement, de l'administration centrale des juridictions. Le Conseil national de la magistrature est un organisme indépendant qui, en vertu de la Loi fondamentale, supervise le président de l'Office national de la justice et participe à l'administration des juridictions. Les juges sont nommés par le président de la République sur recommandation du président de l'Office national de la justice, sur la base d'un classement des candidats établi par les conseils de la magistrature locaux (composés de juges élus par leurs pairs). Le président de l'Office national de la justice ne peut s'écarter de ce classement sans l'accord préalable du Conseil national de la magistrature. La Cour constitutionnelle ne fait pas partie du système judiciaire de droit commun et contrôle la constitutionnalité des lois et des décisions judiciaires. Le ministère public est une institution indépendante investie de pouvoirs d'enquête et de poursuites en cas d'infractions. L'ordre des avocats hongrois et les barreaux régionaux sont des organismes publics autonomes.* »

4) La réforme électorale

Entre les élections législatives de 2010 et celles de 2014, la nouvelle coalition hongroise a mené à bien une grande réforme électorale mettant en œuvre une de ses promesses de campagne mais s'attirant de nouvelles critiques de Bruxelles et des grands médias d'Europe occidentale axées principalement sur le redécoupage électoral qualifié de « gerrymandering », c'est-à-dire exécuté de manière à favoriser le parti au pouvoir (ce qui n'est pourtant pas une pratique étrangère aux grandes démocraties de l'ouest du continent), et aussi sur le caractère supposément nationaliste de ces réformes, puisque le droit de vote aux élections législatives hon-

⁵² Accessible à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52021SC0714>

groises a été accordé aux communautés magyarophones descendantes de l'importante population hongroise qui s'était retrouvée hors des frontières nationales après le traité de Trianon de 1920.

Conformément à ses promesses électorales, la nouvelle coalition conduite par le Fidesz a fait passer le nombre de députés de 386 à 199. Le scrutin est resté mixte, mais les proportions ont changé, avec désormais 106 députés élus au scrutin uninominal à un tour (contre deux tours précédemment) dans des circonscriptions redécoupées et 93 députés élus par scrutin de listes à la proportionnelle. Si le redécoupage des circonscriptions a été jugé opportuniste par l'opposition et ses alliés bruxellois, il a beaucoup atténué les disproportions entre les différentes circonscriptions en ce qui concerne le nombre d'électeurs pour un député, les variations ne pouvant plus dépasser 15 % par rapport à la moyenne nationale alors que ce rapport pouvait être même de un à trois auparavant, quand par exemple 27 000 électeurs élaient un député dans le comitat (région) de Veszprém tandis que 67 000 électeurs un député dans la vile de Gödöllő⁵³. En outre, le nouveau découpage permet aux minorités ethniques et religieuses d'être mieux représentées à l'Assemblée nationale, le Parlement monocaméral hongrois, et si une minorité nationale n'a pas de député, elle est représentée par le médiateur des minorités nationales. La Loi fondamentale hongroise de 2011 prévoit que la loi électorale est une loi organique, ce qui veut dire qu'elle ne peut être modifiée qu'avec le soutien des deux tiers des députés.

Un des reproches faits à la Hongrie de Viktor Orbán, c'est le vote accordé aux Hongrois de l'extérieur, qui votent par correspondance pour le scrutin de liste, ce qui viserait selon les détracteurs du gouvernement hongrois à renforcer le vote Fidesz et pérenniser sa mainmise sur le pouvoir, en plus du caractère supposément nationaliste de cette réforme (alors que le Fidesz n'a jamais été partisan d'une révision des frontières malgré le traumatisme hongrois hérité du très injuste traité de Trianon). Mais en réalité, en 2014, dans le vote par correspondance pour le scrutin de liste (qui est ouvert aux Hongrois de l'extérieur mais ne l'est pas aux Hongrois de Hongrie vivant à l'étranger qui doivent voter en consulat), le Fidesz a obtenu 95,49% des suffrages, soit 122 638 suffrages sur les 2 264 780 obtenus au scrutin proportionnel par le Fidesz⁵⁴. Cela s'est traduit par environ deux députés de plus pour le Fidesz sur un total de 199. Si l'accusation est disproportionnée par rapport à l'impact potentiel sur les élections, il est vrai que dans les faits, ce qui était difficilement prévisible, cela a permis à la coalition Fidesz-KDNP de reconduire sa très courte majorité constitutionnelle des deux tiers en 2014 et 2018. En revanche, cette réforme s'inscrivait dans un programme politique plus vaste destiné à retisser les liens entre les Hongrois de Hongrie et les Hongrois de l'extérieur. Il n'est pas inutile de rappeler que le traité de

⁵³Source : *Węgry, co tam się dzieje* (Hongrie, que s'y passe-t-il), ouvrage contenant les explications par les auteurs des réformes hongroises à l'intention d'un public polonais, traduit et publié par la maison d'édition Fronda PL en collaboration avec l'ambassade de Hongrie en Pologne

⁵⁴Source : <https://static.valasztas.hu/dyn/pv14/szavossz/hu/orszlist.html>

Trianon qui a décidé du découpage de la Hongrie en 1920 a laissé à l'époque 3,3 millions de Hongrois en dehors des frontières de leur patrie millénaire en amputant celle-ci des deux tiers de son territoire traditionnel. La réussite de Viktor Orbán aura été de réunifier d'une certaine manière, notamment par la citoyenneté et le droit de vote, la nation hongroise et de mettre l'accent sur la défense des minorités magyares tout en améliorant beaucoup les relations avec des pays traditionnellement antagonistes où vivent des minorités hongroises, et en particulier avec la Slovaquie (où les membres de la minorité hongroise n'ont pas pu obtenir la nationalité hongroise du fait d'un vote en urgence du Parlement slovaque prévoyant la déchéance de la citoyenneté slovaque en cas d'acquisition d'une autre citoyenneté) et la Serbie, ce qui apporte le meilleur démenti qui soit aux accusations de nationalisme fusant de Bruxelles en relation avec cette politique tournée vers les Hongrois de l'extérieur.

Klaus Iohannis et le bon nationalisme des europhiles

Le choix du président roumain Klaus Iohannis comme lauréat du prix Charlemagne 2020 n'était pas une surprise. En Roumanie, c'est la gauche qui a fait le choix du conservatisme social et la droite le choix du progressisme libertaire cher à Bruxelles, et le président Iohannis, de « droite », est un eurofédéraliste convaincu. Or le prix Charlemagne est un prix allemand créé à Aix-la-Chapelle après la Deuxième Guerre mondiale qui est décerné à des personnes ou institutions « se distinguant en raison de leur contribution exceptionnelle pour l'unité de l'Europe ou de l'union de ses États ».

Le jury d'Aix-la-Chapelle a justifié son choix en expliquant que, « *alors que d'autres États membres adoptent des attitudes nationales-conservatrices ou même populistes de droite vis-à-vis de l'Union européenne, Klaus Iohannis [...] a fait épouser à la Roumanie une politique pro-européenne* ». Outre les mérites du président roumain en faveur de l'intégration et de la coopération européenne, le jury l'a aussi vanté en ce qui concerne « *la protection des minorités et la diversité culturelle* ».

Iohannis s'est pourtant vu infliger une amende par le conseil national anti-discrimination (CNDC) roumain. C'était le 20 mai 2020, la veille du jour où le prix Charlemagne lui aurait été remis lors d'une cérémonie à Aix-la-Chapelle s'il n'y avait pas eu la pandémie de Covid-19. En effet, si depuis 2015 le président roumain contribue activement à la détérioration des relations avec la minorité hongroise de Roumanie alliée au parti social-démocrate PSD au Parlement roumain, et donc à ses ennemis politiques, il a franchi la ligne rouge le 29 avril 2020 en accusant le PSD de comploter avec les Hongrois pour céder la Transylvanie à la Hongrie et en commençant sa déclaration par un « *Bonjour, PSD* » dit en langue hongroise, avant de demander au président du PSD Marcel Ciolacu : « *Que vous a promis le leader de Budapest, Viktor Orbán, en échange de cet accord ?* » Le CNDC roumain a considéré que ces accusations inventées de toutes pièces « *constituent un acte de discrimination et violent le droit à la dignité sur la base de l'appartenance ethnique/nationale* ».

Il faut croire que, pour les europhiles qui décernent le prix Charlemagne, jouer la carte nationaliste est chose louable lorsque c'est le fait d'un des leurs contre les « populistes de droite ». Ainsi, puisqu'un « populiste de droite » gouverne en Hongrie, taper sur la minorité hongroise de Roumanie n'enlèverait rien au mérite de protecteur des minorités ou d'artisan de l'intégration européenne et de la coopération entre les peuples.

5) La décision souveraine et démocratique des électeurs hongrois

Malgré le feu nourri des attaques contre la coalition conservatrice d'inspiration démocrate-chrétienne Fidesz-KDNP à Bruxelles, dans les capitales d'Europe occidentale et dans les grands médias européens, les électeurs hongrois ont choisi, eux, de reconduire cette coalition aux affaires en 2014 et 2018, et ce à une majorité suffisamment large pour lui redonner une majorité constitutionnelle des deux tiers des sièges à l'Assemblée nationale. En 2014, la coalition Fidesz-KDNP a obtenu près de 45 % des voix (contre près de 53 % en 2010) contre 25 % pour le parti socialiste héritier de l'ancien parti communiste MSZP (19 % en 2010), 20 % pour le parti d'extrême-droite Jobbik (moins de 17 % en 2010) et 5 % pour le parti vert LMP (plus de 7 % en 2010). Ce qui a permis à la coalition Fidesz-KDNP de reconduire sa majorité constitutionnelle au Parlement avec seulement 44 % des voix, c'est bien sûr le scrutin uninominal à un tour pour le vote par circonscription dans lequel les candidats de la coalition sortante l'ont emporté dans presque toutes les circonscriptions.

En 2018, alors que les attaques contre la Hongrie s'étaient beaucoup amplifiées en 2015-2016 sur fond de crise migratoire, la coalition Fidesz-KDNP a obtenu plus de 49 % des voix contre 19 % pour le Jobbik qui avait commencé son évolution vers le centre pro-UE, moins de 12 % pour la coalition électorale MSZP-Dialogue conduite par l'actuel maire de Budapest Gergely Karácsony, un peu plus de 5 % pour le DK, un parti de gauche fondé par l'ancien Premier ministre socialiste (MSZP) Ferenc Gyurcsány, et 7 % pour les écologistes du LMP.

Il n'est donc pas exagéré de dire que, dans le procès intenté aux gouvernements successifs de Viktor Orbán, le verdict du jury populaire hongrois a été sans appel, ce qui n'a pas empêché le Parlement européen de lancer la procédure de sanction sous le régime de l'article 7 contre la Hongrie cinq mois seulement après les élections d'avril 2018.

L'avis de la Tchèque Věra Jourová

Brisant le principe de neutralité de la Commission européenne, la vice-présidente de la Commission européenne chargée des Valeurs et de la Transparence au sein de la Commission von der Leyen déclarait le 26 septembre 2020 dans un entretien pour le journal allemand *Der Spiegel* à propos de Viktor Orbán qu'il construit une « *démocratie malade* » et, à propos des électeurs hongrois, que « *la plupart d'entre eux ne sont pas en position de se faire une opinion indépendante*⁵⁵ ».

Les prochaines élections législatives auront lieu en avril 2022 et pour la première fois l'opposition, après un processus de primaires conduit en septembre-octobre 2021, présentera un candidat unique au poste de Pre-

⁵⁵Voir les questions posées à ce propos au Parlement européen le 1^{er} octobre 2020 par un groupe de députés hongrois (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-005388_EN.html)

mier ministre en la personne de Péter Márky-Zay, un déçu du Fidesz se présentant comme conservateur, et des candidats uniques dans les circonscriptions soutenus par le DK, le MSZP, le Jobbik, le parti centriste libéral Momentum, le LMP et l'autre parti vert progressiste issu d'une scission d'avec le LMP, Párbeszéd. Pour la première fois depuis 2010, l'opposition a donc de réelles chances de l'emporter contre la coalition Fidesz-KDNP. Même en cas de victoire, la coalition sortante ne pourra très probablement plus compter sur une majorité constitutionnelle. « *Mon espoir serait d'avoir un gouvernement technocrate, un gouvernement de gestion, dont l'objectif principal serait de restaurer la démocratie, la liberté de la presse, l'État de droit, l'économie de marché, et l'engagement à l'intégration européenne* », [a déclaré le candidat commun de l'opposition](#)⁵⁶.

Face à ce discours très polarisé malheureusement alimenté par les institutions de l'UE depuis maintenant plus de dix ans, les électeurs hongrois trancheront à nouveau.

« Jobbik : brève histoire d'un virage à 180° »

(extrait d'un article [publié en mars 2019](#) sur le site Visegrád Post⁵⁷)

Longtemps considéré comme le parti parlementaire le plus radical d'Europe, le Jobbik a en quelques années muté en parti centriste, pro-UE, abandonnant totalement sa rhétorique radicale anti-UE, anti-OTAN, anti-LGBT et anti-criminalité tzigane. (...) La prophétie du Fidesz s'est donc réalisée. Viktor Orbán, son parti et les médias qui lui sont proches le répétaient depuis des années (au moins 2016) : l'ancien parti nationaliste radical Jobbik et la gauche libérale hongroise se sont alliés dans le but de faire tomber le gouvernement. Avant les élections législatives d'avril 2018, en dépit de très nombreux signes de rapprochement, ce n'était pas encore à 100% vrai. Depuis le 15 mars 2019, cela l'est désormais. (...) Pour la première fois, le Jobbik assume de manifester avec le DK (Demokratikus Koalíció, Coalition Démocratique – parti issu d'une scission en 2011 avec le MSZP, parti socialiste hongrois), le parti dirigé par Ferenc Gyurcsány, l'ancien Premier ministre (2004-2009) qui a été pendant longtemps l'adversaire honni du Jobbik. Le DK était représenté par Klára Dobrev, épouse de M. Gyurcsány et tête de liste aux européennes pour le DK. Depuis les manifestations d'avril 2018 suivant la nouvelle victoire du Fidesz, le Jobbik a de nombreuses fois manifesté avec le DK mais toujours en niant toute entente. Parmi les autres organisations représentées, citons le parti socialiste (MSZP), le parti écologiste et libéral LMP, Momentum – le « En Marche ! » hongrois –, ainsi que le maire sans étiquette de Hódmezővásárhely Péter Márki-Zay, qui fut parmi les premiers à appeler ouvertement de ses vœux une coalition allant du DK au Jobbik pour renverser Orbán.

L'ensemble des formations représentées s'est engagé à mettre en place une stratégie de candidatures communes d'opposition (ou « indépendantes ») lors des élections municipales d'octobre 2019, dans le but d'empêcher la victoire des candidats du Fidesz.

⁵⁶<https://visegradpost.com/fr/2021/10/18/peter-marki-zay-vainqueur-de-la-primaire-de-lopposition-hongroise/>

⁵⁷<https://visegradpost.com/fr/2019/03/24/jobbik-breve-histoire-dun-virage-a-180/>

B. Les réformes polonaises de la deuxième moitié des années 2010

1) Le conflit autour du Tribunal constitutionnel

Contrairement à la coalition hongroise Fidesz-KDNP en 2010, 2014 et 2018, la coalition polonaise Droite unie (*Zjednoczona Prawica*) conduite par le parti Droit et Justice (PiS) de Jarosław Kaczyński n'a jamais bénéficié d'une majorité constitutionnelle. Les élections à la Diète polonaise se déroulant à la proportionnelle, alors que la Hongrie a un scrutin mixte avec une partie des sièges répartis selon un vote à la proportionnelle et une autre partie selon un vote majoritaire par circonscriptions, le simple fait que la coalition électorale Droite unie, qui présentait en fait ses candidats sur les listes du PiS (les députés de la coalition Droite unie siégeant dans le groupe du PiS à la Diète), ait obtenu la majorité absolue à la chambre basse aux élections d'octobre 2015 était une première depuis la transition démocratique de 1989-1990. Que le PiS ait répété cette performance en octobre 2019 montre que les attaques de Bruxelles et des grands médias d'Europe occidentale contre les gouvernements de Beata Szydło et de Mateusz Morawiecki n'ont pas eu plus d'effet que celles conduites contre les gouvernements successifs de Viktor Orbán. Ou alors, si elles ont eu un effet, cela aura été de mobiliser l'électorat conservateur. De 2015 à 2019, la Droite unie bénéficiait d'une majorité absolue à la Diète et au Sénat (où les sièges sont pourvus par un scrutin majoritaire uninominal à un tour). Depuis 2019, il manque à la Droite unie deux sièges pour avoir la majorité au Sénat, du fait de la présentation de candidats uniques par l'opposition aux élections de 2019, et c'est donc désormais l'opposition qui tient le Sénat. Pour le vote des lois, c'est néanmoins la Diète qui a le dernier mot en cas de désaccord entre les deux chambres du Parlement.

En l'absence de majorité constitutionnelle, les jugements du Tribunal constitutionnel pouvaient potentiellement bloquer les réformes voulues par le PiS. Les quinze juges du Tribunal constitutionnel polonais étant élus à la majorité simple par la Diète pour un mandat non reconductible de neuf ans, après huit ans de gouvernements de la coalition des libéraux de la Plateforme civique (PO) avec le parti agraire PSL il n'est pas étonnant que cette Cour constitutionnelle fût majoritairement peuplée de juges favorables à la majorité parlementaire en place jusqu'en 2015. Une Cour constitutionnelle politisée n'est pas une spécificité polonaise, et à la différence du Conseil constitutionnel français dont les neuf membres sont nommés de manière discrétionnaire, respectivement, par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat, les membres du Tribunal constitutionnel doivent avoir des compétences de juristes reconnues et confirmées par leur expérience professionnelle et ne peuvent pas être de simples hommes ou femmes politiques.

Trois juges litigieux

La crise qui s'est développée en 2015-2016 autour du Tribunal constitutionnel polonais a commencé quand la majorité PO-PSL, qui craignait de perdre les prochaines élections législatives, a voulu, avec la participation du président du Tribunal constitutionnel Andrzej Rzepliński et de deux juges du même tribunal, procéder à cinq nominations par anticipation de juges dont les mandats devaient prendre fin, respectivement, le 6 novembre 2015 (pour trois juges) et les 2 et 8 décembre 2015 (pour les juges restants), et donc après les élections prévues pour le 25 octobre. Le président du Tribunal constitutionnel était un homme notoirement proche de la PO et avait été présenté dans le passé par le parti de Donald Tusk comme candidat à plusieurs fonctions importantes, comme celle de médiateur des citoyens. Selon la majorité PO-PSL, il s'agissait toutefois d'éviter une situation où des postes de juge du Tribunal constitutionnel risqueraient de rester momentanément vacants du fait du délai jugé trop court entre les élections prévues pour le 25 octobre et l'expiration du mandat des cinq juges concernés. Pour le PiS, il s'agissait au contraire d'une tentative pour transformer le Tribunal constitutionnel en troisième chambre du Parlement qui resterait pour plusieurs années aux mains des libéraux et pourrait ainsi bloquer les réformes promises aux électeurs. La violation de la lettre et de l'esprit de la Constitution était évidente, puisque celle-ci donne à la Diète toute compétence pour pourvoir les postes vacants du Tribunal constitutionnel mais ne l'habilite pas pour agir en lieu et place de la Diète suivante.

Quoi qu'il en soit, en vertu des pouvoirs que le Parlement sortant lui avait attribués avec la loi du 25 juin 2015 sur le Tribunal constitutionnel, la Diète adopta le 8 octobre 2015 des résolutions portant nomination de cinq juges afin de pourvoir les postes qui allaient devenir vacants peu après ces élections pour lesquelles tous les sondages donnaient le PiS gagnant. Le président de la République polonaise Andrzej Duda, qui avait remporté les élections de mai 2015 en tant que candidat du PiS, refusa par conséquent d'assermenter ces juges puisqu'il considérait leur nomination contraire à la Constitution, la Diète sortante s'étant arrogé un droit de nomination des juges qui aurait dû revenir à la nouvelle Diète. Il n'y avait encore eu à ce moment-là aucune réaction à Bruxelles de la part de la Commission Juncker ou de son premier vice-président chargé de l'amélioration de la législation, des relations inter-institutionnelles, de l'État de droit et de la Charte des droits fondamentaux, le travailliste néerlandais Frans Timmermans. Celui-ci n'allait en effet s'activer qu'après la victoire des conservateurs aux élections législatives.

Ce que dit la Constitution polonaise sur la nomination des juges du Tribunal constitutionnel

Art. 194.1. Le Tribunal constitutionnel se compose de 15 juges nommés individuellement pour 9 ans par la Diète parmi les personnes se distinguant par leurs connaissances juridiques. Un juge du Tribunal constitutionnel ne peut pas être nommé une deuxième fois.

Le 25 novembre 2015, la nouvelle majorité du parti conservateur Droit et Justice (PiS), appuyée par le parti d'opposition Kukiz'15, déclara nulles les résolutions du 8 octobre portant nomination des cinq nouveaux juges. La Plateforme civique (PO), siégeant désormais sur les bancs de l'opposition, porta alors sa propre loi de juin devant le Tribunal constitutionnel. Le 2 décembre la Diète polonaise (la chambre basse du Parlement, qui est compétente pour le choix des juges) nomma cinq nouveaux juges que le président Duda assermenta. Le président du Tribunal constitutionnel leur affecta des bureaux, mais il décida en même temps qu'il ne leur confierait aucune affaire tant que la légalité de leur nomination n'aurait pas été confirmée.

Dans un jugement rendu le 3 décembre 2015⁵⁸ en audience à cinq juges désignés par le président Andrzej Rzepliński, le Tribunal constitutionnel affirma ensuite que la loi de juin violait effectivement la constitution, mais uniquement en ce qui concerne la nomination anticipée des juges dont le mandat devait prendre fin en décembre. Pour le Tribunal constitutionnel présidé par Andrzej Rzepliński, les nominations en remplacement des trois juges dont le mandat arrivait à terme début novembre étaient, elles, conformes à la constitution. Le jugement du 3 décembre 2015 porte en réalité sur la conformité à la Constitution de la loi du 25 juin 2015 sur le Tribunal constitutionnel. Celui-ci n'est en effet habilité à statuer que sur la constitutionnalité des lois et des traités internationaux, ainsi que des textes d'application des lois et traités.

La nouvelle majorité parlementaire estima donc que le Tribunal constitutionnel était uniquement compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité de la loi de juin mais pas sur les résolutions annulant la nomination anticipée de cinq juges par l'ancienne majorité PO-PSL et nommant cinq autres juges à leur place. Dans son jugement du 3 décembre 2015, le TC polonais a donc statué sur les normes juridiques mais n'a pas évalué l'acte d'élection des juges par la Diète. Un mois plus tard, par sa décision du 7 janvier 2016 (affaire U 8/15), le TC a confirmé que le contrôle des actes (résolutions) portant nomination des juges au Tribunal constitutionnel ne relève effectivement pas de sa compétence, et a décidé de mettre fin à la procédure de contrôle de la constitutionnalité des résolutions de la Diète du 25 octobre 2015 et du 2 décembre 2015. Cependant, malgré cette décision, le président du Tribunal Andrzej Rzepliński a décidé d'inclure uniquement les juges Julia Przyłębska et Piotr Pszczołkowski, qui prenaient la succession des deux juges dont le mandat était arrivé à terme en décembre, dans les formations de jugement. Pour les trois autres juges, alors qu'il n'avait aucune base légale pour agir ainsi, le président du Tribunal constitutionnel a décidé de leur attribuer des bureaux et de leur verser leur salaire de juge du Tribunal constitutionnel mais sans les inclure dans les formations de jugement. Par la suite, le président Rzepliński, dont le mandat courait jusqu'en décembre 2016, a toujours refusé de confier des

⁵⁸Jugement du Tribunal constitutionnel du 3 décembre 2015 dans l'affaire K 34/15

affaires à trois des cinq juges nommés par la nouvelle majorité parlementaire. La majorité, de son côté, a continué de reprocher à Rzepliński son engagement politique et son manque à son devoir de réserve dans les médias (en violation de l'article 195.3 de la Constitution polonaise), et aussi son implication dans la préparation de la loi de juin 2015 que le TC a ensuite reconnue comme étant partiellement inconstitutionnelle. Depuis, une partie de l'opposition polonaise appelle les trois juges litigieux des « doublons », affirmant qu'ils occupent la place des trois juges légitimes qui avaient été nommés le 8 octobre par la Diète sortante en remplacement des juges dont le mandat arrivait à expiration en novembre 2015.

Reprenant cette thèse de la partie la plus radicale de l'opposition polonaise, la Commission européenne, et après elle le Parlement européen et la CJUE dans ses arrêts contre les réformes de la justice réalisées à partir de 2017, estiment que le Tribunal constitutionnel polonais n'est plus légitime pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois adoptées par le Parlement. Pourtant, indépendamment de la question de savoir qui a raison et qui a tort dans ce conflit interne polonais, le conflit ne porte que sur trois juges sur les quinze que compte le Tribunal constitutionnel. Or, au bout de cinq ans de majorité absolue du groupe PiS à la Diète, du fait de l'expiration des mandats des juges du Tribunal constitutionnel, tous les quinze juges peuplant la Cour constitutionnelle polonaise ont désormais été élus par la majorité PiS à la Diète. La présence de trois juges nommés par anticipation par la majorité sortante en octobre 2015 ne serait donc pas de nature à avoir un impact significatif sur les décisions prises par le Tribunal constitutionnel en 2020 et 2021, comme par exemple celles qui ont fait le plus de bruit dans les médias : sur l'inconstitutionnalité des avortements motivés par un handicap de l'enfant à naître (jugement d'octobre 2020) et sur l'incompatibilité avec la Constitution des décisions de la CJUE concernant la légitimité des juges polonais nommés après 2018 (jugement d'octobre 2021).

Mais pour s'arroger le droit de se substituer à la Cour constitutionnelle polonaise en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois votées par le Parlement à Varsovie, la Commission européenne avance également l'argument de décisions du Tribunal constitutionnel polonais qui n'ont jamais été publiées au journal officiel et celui de la nomination de l'actuelle présidente du Tribunal constitutionnel, la juge Julia Przyłębska, en décembre 2016, qui serait intervenue de manière illégale.

Pour comprendre l'origine de ces arguments, il est nécessaire de décrire le conflit qui s'est déroulé de décembre 2015 à décembre 2016 entre la Diète dominée par la nouvelle coalition de droite et le Tribunal consti-

tutionnel dirigé par son président Andrzej Rzepliński. La description ci-dessous est tirée du document intitulé « Comprendre la situation politique en Pologne » rédigé en 2018 par l’auteur du présent rapport⁵⁹.

Succession de lois réformant le fonctionnement du Tribunal constitutionnel

Pour résoudre le conflit avec le Tribunal constitutionnel et son président à son profit, la majorité PiS vota le 22 décembre 2015 un amendement à la loi du 25 juin sur le Tribunal constitutionnel. La constitution polonaise indique que c’est le Parlement qui définit les modalités de fonctionnement du Tribunal constitutionnel à la majorité simple⁶⁰ et c’est donc ce que la majorité parlementaire a fait.

Selon les nouvelles dispositions, le Tribunal constitutionnel devait examiner les recours contre les lois votées par le Parlement en séance plénière, c’est-à-dire à treize juges au moins (sur quinze), et non plus en comité restreint de quelques juges choisis par le président de la cour Andrzej Rzepliński, que l’on avait accusé de choisir les juges en fonction de la décision désirée. Deuxième changement majeur, les recours devaient être examinés dans l’ordre de leur réception par le Tribunal constitutionnel et non plus dans l’ordre décidé par ce même président du Tribunal qui était là aussi accusé d’avoir utilisé au cours des années écoulées cette prérogative pour soutenir la coalition PO-PSL. Le troisième changement concernait la destitution d’un juge du Tribunal constitutionnel pour faute grave ou incapacité. Jusqu’ici le Tribunal lui-même était seul compétent. Désormais, si c’était toujours lui qui prenait la décision de destituer un de ses juges, sa décision devait être approuvée par la Diète. Par ailleurs, le président de la République et le ministre de la Justice pouvaient eux aussi prendre l’initiative d’une telle destitution même si la décision elle-même restait du ressort de la Cour constitutionnelle.

Le 9 mars 2016, le Tribunal constitutionnel se réunit à douze juges (sans les trois juges litigieux) pour se prononcer sur la constitutionnalité de ces amendements à la loi le concernant. Non seulement le Tribunal était à la fois juge et partie, mais son jugement fuita dans les médias avant même d’être rendu. Il y eut des accusations de consultation préalable du jugement entre les juges « PO » du Tribunal constitutionnel et les députés PO de la Diète, sans que cela puisse toutefois être prouvé. Toujours est-il que le 9 mars le tribunal constitutionnel considéra que les amendements du 22 décembre étaient inconstitutionnels et que c’était donc toujours la loi du 25 juin 2015 qui s’appliquait. Mais comme il s’était réuni sans respecter la loi (telle que modifiée le 22 dé-

⁵⁹« Comprendre la situation politique en Pologne – Comment la Pologne a basculé en 2015 dans le « Camp du Mal » (pour Bruxelles et les médias dominants) », Rapport pour le Parlement européen, décembre 2018, <https://present.fr/wp-content/uploads/2019/10/rapport-sur-la-pologne-olivier-bault-version-definitive.pdf>

⁶⁰Art. 197 de la Constitution polonaise du 2 avril 1997

cembre) réglementant son fonctionnement (il s'était réuni à douze juges au lieu du minimum exigé de treize et il n'avait pas respecté l'ordre d'arrivée des recours à examiner), le gouvernement de Beata Szydło refusa de publier ce jugement. Pour la majorité PiS et une partie des experts en droit constitutionnel qui s'exprimaient dans les médias, on n'avait en effet pas ici affaire à un jugement mais à un simple avis juridique rendu par une partie des juges du Tribunal constitutionnel. Bien entendu, la majeure partie de l'opposition ainsi que d'autres experts en droit constitutionnel étaient d'un avis tout à fait contraire et considéraient que c'est le gouvernement qui violait la constitution en refusant de publier ce qu'ils considéraient, eux, comme un jugement.

La majorité parlementaire modifia ensuite cette loi contestée de décembre 2015 en votant cinq nouvelles lois concernant le Tribunal constitutionnel entre le début et la fin de l'année 2016. Plusieurs décisions du Tribunal constitutionnel adoptées au cours de l'année 2016 ne furent pas publiées par le gouvernement de Beata Szydło dans la mesure où ces décisions avaient été prises en violation de la loi en vigueur telle que votée par le Parlement, la condition du nombre minimum de juges en séance plénière n'étant pas remplie, du fait du refus du président Rzepliński de laisser siéger les trois juges contestés et de l'absence volontaire des deux autres juges nommés par la majorité PiS (trois à partir d'avril 2016, après la nomination d'un nouveau juge en remplacement d'un juge dont le mandat arrivait à expiration). Les lois successives votées dans le courant de l'année 2016 ont toutefois cherché à répondre à certaines critiques formulées par le TC, par la Commission européenne et par la Commission de Venise, notamment en réduisant par une loi votée en juillet 2016 le nombre de juges nécessaires pour une séance plénière et en réintroduisant une certaine flexibilité pour déterminer l'ordre d'examen des affaires portées devant le Tribunal constitutionnel.

Le remplacement du président du Tribunal constitutionnel

La Constitution polonaise stipule que le président et le vice-président du Tribunal constitutionnel sont nommés par le président de la République parmi les candidats présentés par l'Assemblée générale du Tribunal constitutionnel. Le mandat d'Andrzej Rzepliński arrivant à expiration en décembre 2016, l'AG du TC aurait dû présenter de nouveaux candidats, mais elle n'a pu réunir le quorum nécessaire, pour les mêmes raisons que celles exposées plus haut. Celle qui allait devenir présidente du Tribunal constitutionnel et qui faisait partie des deux juges non litigieux nommés par le PiS à la fin 2015, Julia Przyłębska, expliquera qu'elle n'avait pas voulu participer à l'Assemblée générale du 15 novembre 2016 pour ne pas donner une légitimité « aux actions illégales du président Rzepliński ». Malgré l'absence de quorum, l'AG du TC approuva une liste de candidats à la présidence du Tribunal constitutionnel à présenter au président de la République par une résolution adoptée le 30 no-

vembre 2016. Dans un communiqué du 1^{er} décembre 2016⁶¹ rédigé au nom du président du tribunal, le bureau du TC reconnaissait l'absence de quorum et expliquait que les juges présents avaient décidé de voter la liste des candidats malgré tout pour exercer leurs responsabilités constitutionnelles. Le président Duda refusa néanmoins de nommer un président du TC parmi les candidats présentés.

Le Parlement vota alors trois lois entre le 30 novembre et le 15 décembre 2016 afin, à nouveau, de débloquent la situation à son avantage. Les nouvelles lois permirent au président de nommer Julia Przyłębska présidente par interim du TC (en l'absence d'un président, le mandat d'Andrzej Rzepliński ayant expiré). Cela permit à celle-ci d'autoriser les trois juges litigieux de siéger enfin, puis de faire voter une liste de candidats à présenter au président de la République en présence de seulement 6 juges (les autres ayant à leur tour refusé de participer à l'AG ou ayant été empêchés, la convocation de l'AG s'étant faite avec un préavis d'un jour). Sur les deux candidats présentés, le président Duda nomma Julia Przyłębska qui est, depuis, présidente du Tribunal constitutionnel et dont le mandat de juge du TC court jusqu'en 2024.

La nouvelle présidente du Tribunal constitutionnel à son tour sous le feu des critiques

Le 12 décembre 2018, sept juges du Tribunal constitutionnel (dont un qui avait été nommé par le PiS, sur un total de quinze juges du TC) publiaient sur le plus important site Internet polonais, Onet.pl, une lettre adressée à la présidente Julia Przyłębska et rapidement reprise par les médias du pays. Dans cette lettre ils l'accusaient de choisir les juges chargés de se prononcer dans les différentes affaires de manière arbitraire et contraire à la loi de 2016 en vigueur. La réponse écrite de la présidente du TC a été elle aussi publiée dans la presse le même jour. Dans cette réponse, Julia Przyłębska rejette les accusations dont elle fait l'objet et reproche aux auteurs de cette lettre de ne pas avoir réagi en 2016, quand le président précédent du TC, Andrzej Rzepliński, attribuait les affaires en violant la loi en vigueur.

Ce genre de manipulations de la part du président du TC avait été rendu impossible par la loi votée le 22 décembre 2015 qui obligeait le TC à examiner toutes les affaires à au moins 13 juges sur 15, et ce dans l'ordre d'arrivée de ces affaires. Le Parlement polonais a néanmoins réintroduit sous la pression des institutions internationales (Commission de Venise, Commission européenne...) la flexibilité à l'origine de ces accusations réciproques.

La fin du conflit, mais une légitimité désormais contestée

Le départ de Rzepliński et son remplacement par Przyłębska, ainsi que la régularisation des trois juges qui étaient auparavant empêchés de siéger, mit fin au conflit à l'intérieur du Tribunal constitutionnel. Néanmoins, depuis, une partie de l'opposition ainsi que le Parlement européen, la Commission européenne et la Cour de Justice de l'Union européenne contestent sa légitimité, d'où la prétention qu'a la Commission européenne de

⁶¹http://trybunal.gov.pl/uploads/media/Komunikat_Biura_Trybunalu_Konstytucyjnego_z_dnia_1_grudnia_2016_r..pdf

continuer à agir en lieu et place du Tribunal constitutionnel polonais en se prononçant sur la constitutionnalité des lois votées par le Parlement polonais, et notamment des trois grandes lois réformant l'institution judiciaire. De la même manière, la présidente sortante de la Cour suprême (la Cour de cassation polonaise), la juge Małgorzata Gersdorf, alors qu'elle n'avait pas saisi le TC sur la constitutionnalité de ces lois en arguant du manque de légitimité du TC actuel⁶², a agi en 2018 comme si certains paragraphes de ces lois, qu'elle jugeait inconstitutionnels, n'avaient aucune validité. Pourtant, la Constitution polonaise donne au Tribunal constitutionnel une compétence exclusive en matière d'évaluation de la conformité des lois à la Constitution, et il est donc clair qu'en agissant ainsi la juge Gersdorf violait elle-même la constitution. C'est d'autant plus clair que la jurisprudence du TC polonais estime que toute loi doit être présumée conforme à la constitution tant qu'il n'y a pas eu de jugement contraire du TC. C'est ce qui explique le refus du gouvernement et du Parlement de reconnaître certaines décisions prises par le TC en 2016, ces décisions ayant été prises sans respecter les modalités de fonctionnement du TC prévues par les nouvelles lois votées par le Parlement.

Les ingérences du Parlement européen et de la Commission

Appelées à la rescousse par une opposition polonaise qui avait pourtant elle-même été à l'origine de ce conflit alors qu'elle était encore aux affaires, les institutions européennes ont immédiatement réagi.

Avec la « petite loi sur les médias » qui a permis à la nouvelle majorité parlementaire de prendre le contrôle, dès janvier 2016, des médias publics dont l'ancienne coalition PO-PSL avaient, avec le soutien des sociaux-démocrates post-communistes du SLD, expulsé presque tous les éléments conservateurs et/ou pro-PiS en 2010-2011, le conflit autour du Tribunal constitutionnel a été le premier motif d'intervention des institutions européennes sous l'étendard de « l'État de droit » et des « valeurs européennes », et ce dès le mois de décembre 2015, soit deux mois à peine après les élections remportées par le PiS.

Le 19 janvier 2016, trois mois après les élections législatives polonaises, le Parlement européen tenait le premier d'une longue série de « débats » à charge contre la Pologne. Le 13 avril 2016, il adoptait une première résolution critiquant les politiques mises en œuvre par la nouvelle majorité conservatrice. Dans cette résolu-

⁶²Une légitimité pourtant reconnue de fait par la Cour suprême, puisque celle-ci a estimée en septembre 2017, face à une question posée par la Cour d'appel de Varsovie, qu'elle n'était pas habilitée à statuer sur la conformité au droit de la nomination de Julia Przyłębska à la présidence du Tribunal constitutionnel.

tion⁶³, il demandait expressément à Varsovie de publier et d'appliquer les décisions du Tribunal constitutionnel polonais afin que les principes d'État de droit soient respectés conformément aux traités européens. Cette première résolution du Parlement européen a été votée à une large majorité, avec les voix de l'extrême-gauche, des socialistes, des libéraux, des Verts et du PPE (sans les députés Fidesz hongrois qui ont tous voté contre). Dans leur texte, les députés européens se sont référés à l'avis de la Commission de Venise du 12 mars 2016 concernant les amendements du 22 décembre 2015 à la loi du 25 juin 2015 sur le Tribunal constitutionnel de la Pologne. Un avis demandé par le gouvernement polonais lui-même et qui est plus nuancé que la résolution du Parlement européen du 13 avril, puisqu'il reconnaît que la crise actuelle remonte aux agissements de la majorité précédente en mai-juin 2015 et que cette crise ayant une origine politique, la solution devrait aussi être politique. Au même moment, la Pologne faisait déjà l'objet d'un « dialogue structuré » lancé par la Commission européenne au titre du « cadre pour l'État de droit », et la Commission avait demandé au Parlement polonais de suspendre ses travaux sur la réforme de sa loi du 25 juin 2015 sur le Tribunal constitutionnel. Le Parlement polonais dominé par le PiS, jaloux de ses prérogatives, n'a bien entendu pas obtempéré.

2) Les grandes réformes de la justice de 2017

Pourquoi ces réformes ?

La réforme de la justice était un élément central du programme électoral avec lequel le parti de Jarosław Kaczyńska a remporté les élections de 2015. Plusieurs scandales judiciaires avaient égrené les gouvernements de la Plateforme civique et, avant eux, ceux du SLD post-communiste. En 2005, après la victoire à l'élection présidentielle du frère jumeau de Jarosław Kaczyński, Lech, contre Donald Tusk et la déroute aux législatives d'un SLD compromis par les affaires, la coalition attendue entre le PiS et la PO n'avait pas pu se nouer face au refus de la PO de laisser au PiS les ministères indispensables pour mener à bien la lutte contre la corruption, ce que le PiS social-conservateur s'était donné comme principal objectif de gouvernement tandis que la PO libérale-conservatrice (à l'époque, car c'était avant son virage progressiste imposé par Donald Tusk entre 2007 et 2014) était plus concentrée sur l'économie. Au cœur du différend, il y avait la méfiance du PiS face aux liens de la PO avec les milieux d'affaires polonais qui, comme dans la plupart des sociétés de l'ex-Europe de l'Est, étaient souvent proches de « l'État profond » hérité des anciennes structures du régime communiste. C'est d'ailleurs

⁶³Résolution du Parlement européen du 13 avril 2016 sur la situation en Pologne (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0123_FR.html)

pourquoi l'autre aspect de l'assainissement du pays voulu par le parti Droit et Justice portait sur la « lustration », c'est-à-dire la divulgation du passé d'agents de tous les anciens collaborateurs de la police politique communiste occupant des postes d'influence au sein de l'État (dirigeants politiques, fonctionnaires, journalistes, universitaires, etc.), afin de les soustraire à l'influence, par le risque de chantage, de cet « État profond » post-communiste. Ce dossier de la lustration avait d'ailleurs été à l'origine dès 2007 d'un débat à charge contre la Pologne au Parlement européen, au lendemain d'un autre débat sur un projet de loi qui devait interdire la promotion de l'homosexualité à l'école⁶⁴.

Concrètement, après la victoire de Lech Kaczyński à l'élection présidentielle de 2005 et son arrivée en tête des législatives, le PiS exigeait de pouvoir choisir parmi les siens, en plus du Premier ministre, le ministre de l'Intérieur, le ministre de la Justice (qui était aussi le procureur général, comme à nouveau après le retour du PiS au pouvoir en 2015) et le ministre-coordonateur des services spéciaux. Mais selon les deux principaux leaders de la PO du moment, Donald Tusk et Jan Rokita, il existait un risque de voir le PiS abuser de son pouvoir. Cette crainte fut exprimée ainsi par Jan Rokita le 25 octobre 2005 lors d'une discussion à la télévision : « *Si vous croyez que l'on va laisser trois politiciens du PiS se réunir [pour décider] contre qui engager des poursuites au pénal, qui arrêter à cinq heures du matin et quel dossier sortir, ne comptez pas sur notre accord*⁶⁵. » De son côté le PiS craignait, comme on a pu en déduire de déclarations ultérieures de ses dirigeants, que, si elle contrôlait un de ces trois ministères, la PO pourrait bloquer le programme de lutte contre la corruption endémique rongant la Pologne post-communiste.

Des juges corrompus à la Cour suprême ?

L'affaire des jeux de hasard (en polonais : Afera hazardowa) fut une des premières grosses affaires de corruption du premier gouvernement de Donald Tusk. Elle éclata en octobre 2009 avec la publication par le prestigieux quotidien *Rzeczpospolita* d'un article et de retranscriptions de conversations enregistrées, probablement par des agents du bureau central anticorruption (CBA) – une institution créée en 2006 à l'initiative du gouvernement du PiS – entre le chef du groupe parlementaire de la PO Zbigniew Chlebowski et un homme d'affaires engagé dans le secteur des jeux de hasard, Ryszard Sobiesiak. Sur les enregistrements, Sobiesiak se référait également à ses conversations avec le ministre du Sport et du Tourisme Mirosław Drzewiecki et avec le ministre de l'Intérieur Grzegorz Schetyna. Les conversations portaient sur un projet de loi introduisant une taxe supplémentaire sur les jeux de hasard que Chlebowski se vantait d'avoir bloquée et qu'il promettait de faire annuler. Or, en juin de la même année, le ministre Drzewiecki avait demandé par écrit au ministre des Finances la suppression de cette nouvelle taxe. Le 12 août, le chef du CBA Mariusz Kamiński avait informé le Premier ministre Donald Tusk d'agissements illégaux autour du projet d'amendement de la loi sur les jeux de hasards et les paris, mais à la fin du mois d'août les agents du CBA s'aperçurent que Sobiesiak avait été mis au courant qu'il était sous leursur-

⁶⁴« Le Parlement européen se mobilise pour l'eurodéputé polonais Geremek », Euractiv, 27 avril 2007

(<https://www.euractiv.fr/section/avenir-de-lue/news/le-parlement-se-mobilise-pour-l-eurodepute-polonais-geremek-fr/>)

⁶⁵Source de cette citation : *Historia polityczna Polski 1989-2015* (Histoire politique de la Pologne 1989-2015) du politologue Antoni Dudek

veillance. D'après les médias polonais, la fuite serait probablement venue du ministre Drzewiecki qui aurait été informé de la surveillance de Sobiesiak par Donald Tusk lui-même. Cette affaire conduisit à la suspension de Chlebowski de la présidence du groupe parlementaire et à la démission du ministre du Sport et du Tourisme Mirosław Drzewiecki, et aussi au renvoi, sur décision du Premier ministre Donald Tusk, du directeur du CBA qui avait été nommé par Jarosław Kaczyński en 2006.

Mais si les agents du CBA avaient mis l'homme d'affaires Ryszard Sobiesiak sous surveillance et avaient ainsi eu vent de ses conversations avec des gens hauts placés de la Plateforme civique (PO), c'est parce qu'ils menaient depuis 2008 une enquête liée à des soupçons de corruption concernant des juges de la Cour suprême. Dans le cadre de cette enquête, le CBA soupçonnait Sobiesiak d'avoir obtenu un jugement favorable de la Cour suprême contre le versement d'un pot-de-vin. Grâce à des écoutes, il fut possible de confirmer les liens de corruption entre Sobiesiak, deux juges de la Cour suprême et un juge émérite du Tribunal supérieur administratif (NSA), ainsi que plusieurs avocats. Le parquet abandonnera finalement les poursuites en 2012, considérant que les preuves de corruption présentées par le CBA avaient été obtenues de manière illégale.

Les huit ans de gouvernements PO-PSL et les nombreux scandales qui ont égrené ces années-là n'ont fait que renforcer le PIS dans ses convictions en ce qui concernait le parti de Donald Tusk. Il est aussi devenu clair que l'institution judiciaire nécessitait une profonde réforme. Cette conviction était exprimée ainsi dans le programme électoral publié par le PIS en 2014 :

« La justice et le parquet nécessitent dans notre pays une profonde réforme qui doit s'appuyer sur trois principes.

Premièrement, l'institution judiciaire ne peut pas être "un État dans l'État". Sans préjudice des garanties constitutionnelles fondamentales d'indépendance et d'impartialité, les citoyens ne peuvent pas être privés d'influence sur le fonctionnement du "troisième pouvoir". Celui-ci doit servir la société, les gens, et non pas lui-même. Il doit y avoir des mécanismes efficaces de contrôle pour empêcher que des maillons de l'institution judiciaire se détachent de leur rôle de serviteurs de la société et pour corriger les erreurs.

Deuxièmement, la politique pénale doit permettre des poursuites efficaces et une juste punition des auteurs de crimes et délits. Cette politique doit être mise en œuvre principalement par l'action du parquet en matière de poursuite des crimes et délits, de traduction de leurs auteurs devant les tribunaux et de recours contre les jugements controversés des tribunaux. C'est pourquoi le parquet doit redevenir un maillon du pouvoir exécutif avec à sa tête le ministre de la Justice, exerçant la fonction de Procureur général, un instrument de mise en œuvre de politiques pour lesquelles le gouvernement aura à répondre devant la Diète.

Troisième principe : tolérance zéro pour les pathologies dans l'institution judiciaire. L'institution judiciaire doit être une sphère d'action de l'État totalement libre de corruption, de népotisme et de liens d'affaires. »

Des juges au service du pouvoir exécutif

Septembre 2012, tribunal de Gdańsk.

Au téléphone, depuis le secrétariat de la chancellerie du Premier ministre Donald Tusk, à propos des juges devant siéger dans une affaire concernant indirectement ce dernier : « *Ce sont des personnes de confiance ?* » Réponse du président du tribunal : « *Vous n'avez pas à vous inquiéter, si je puis m'exprimer ainsi.* »

Cette phrase illustre bien le ton de la conversation de vingt-deux minutes enregistrée entre une personne qui se faisait passer pour le secrétaire personnel du chef de la chancellerie du Premier ministre et le président du tribunal de Gdansk, le juge Ryszard Milewski, à propos de l'audience à venir dans l'affaire « Amber Gold », du nom de cette institution financière dirigée, en violation de la loi, par un homme déjà condamné plusieurs fois pour malversations financières. Cet homme, Marcin Plichta, entretenait de bonnes relations avec les milieux de la Plateforme civique (PO) à Gdańsk dont Donald Tusk était issu. Il avait aussi créé une compagnie aérienne, OLT Express, financée à l'aide de cette institution parabancaire qui s'est avérée être en fait une pyramide financière. Et il avait embauché le fils du Premier ministre dans sa compagnie aérienne. S'il n'a pas été établi de lien de corruption impliquant directement Donald Tusk, celui-ci était soupçonné d'avoir contribué, volontairement ou par négligence, au temps mis par les autorités polonaises pour fermer Amber Gold et engager des poursuites contre son propriétaire.

Grâce à ce qui était en fait une provocation journalistique, les Polonais se sont rendu compte que le président du tribunal de Gdańsk acceptait de rassurer le Premier ministre sur le choix du juge délégué à cette affaire, et même d'accélérer ou retarder la procédure à la demande de l'exécutif et de rencontrer le Premier ministre en personne pour discuter de l'affaire. C'était en 2012, et donc bien avant la réforme du PiS que certains accusent d'avoir mis fin à l'indépendance de la justice en Pologne.

La réforme des tribunaux ordinaires

Pour mettre fin à l'esprit de corporatisme et à la corruption gangrenant l'institution judiciaire, il fallait frapper fort. C'est en tout cas ce qu'ont semblé considérer les auteurs de la réforme des tribunaux ordinaires adoptée sous forme de loi en juillet 2017. C'est la seule des trois lois réformant la justice qui a alors échappé au veto présidentiel, Andrzej Duda ayant choisi de remplacer la loi sur le Conseil national de la magistrature et la loi sur la Cour suprême par ses propres projets afin de modifier certains aspects critiqués de ces deux lois.

En vertu de la loi sur les tribunaux ordinaires adoptée en juillet 2017⁶⁶, les juges n'ont plus leur mot à dire dans la nomination par le ministre de la Justice, du président et du vice-président du tribunal où ils exercent, et le ministre, qui est aussi Procureur général, a disposé de six mois après l'entrée en vigueur de la loi pour révoquer les présidents de tribunaux du pays sans qu'il fût possible au Conseil de la magistrature de bloquer ses décisions. Depuis la fin de cette période transitoire, toute révocation et nomination par le ministre de la Justice, d'un président ou vice-président de tribunal peut être bloquée par le Conseil de la magistrature à une majorité des deux tiers. Les présidents de tribunaux ont en revanche vu leurs pouvoirs réduits puisque les affaires son-

⁶⁶Loi du 12 juillet 2017 modifiant la loi sur les tribunaux ordinaires et certaines autres lois (<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20170001452>)

tattribuées aux juges de manière aléatoire, au moyen d'un algorithme échappant au contrôle de la présidence des tribunaux et du ministère, et la composition des tribunaux ne peut plus être changée en cours de procès, sauf empêchement d'un juge.

La réforme du Conseil national de la magistrature

La loi sur le Conseil national de la magistrature (KRS) adoptée en décembre 2017⁶⁷, sur la base du projet de loi présidentiel qui était une version modifiée de la loi votée en juillet de la même année par le Parlement, a changé le mode de nomination des quinze magistrats élus à ce conseil comptant vingt-cinq membres en tout. Le KRS est composé, conformément à la Constitution, du président de la Cour supérieure administrative (NSA), du premier président de la Cour suprême, du ministre de la Justice, d'un membre nommé par le président de la République, de quatre membres choisis par la Diète parmi les députés, de deux membres choisis par le Sénat parmi les sénateurs, et de quinze membres désignés parmi les juges de la Cour suprême, des tribunaux ordinaires, des tribunaux administratifs et des tribunaux militaires. Le mandat des membres du KRS est de 4 ans. Conformément à la Constitution, c'est au législateur qu'il revient de définir les compétences du KRS, son mode de fonctionnement et la manière dont ses membres sont nommés⁶⁸.

Avec la loi de décembre 2017, les quinze magistrats élus au KRS ne sont plus nommés par leurs pairs mais par la Diète à la majorité des trois cinquièmes parmi des candidats proposés par un minimum de 25 juges ou de 2 000 citoyens. Néanmoins, si une telle majorité ne peut être réunie lors d'un premier vote, un deuxième vote est organisé lors duquel chaque député désigne son candidat préféré, et ce sont alors les quinze candidats ayant recueilli le plus de voix qui sont nommés au KRS. L'autre nouveauté de la loi a été de mettre en œuvre un jugement du Tribunal constitutionnel de 2017⁶⁹ qui avait déclaré comme contraire à la constitution la disposition de la loi en vigueur qui permettait de nommer les membres du KRS pour des mandats individuels au lieu d'un mandat groupé de quatre ans. La loi de décembre 2017 a par conséquent écourté les mandats des membres en exercice du KRS et l'ensemble des membres élus du KRS ont été remplacés en 2018 pour un man-

⁶⁷Loi du 8 décembre 2017 modifiant la loi sur le Conseil national de la magistrature et certaines autres lois (<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20180000003>)

⁶⁸Art. 187.4 de la Constitution de la République de Pologne : « *L'organisation, le domaine d'action et le mode de fonctionnement du Conseil national de la magistrature ainsi que le mode de nomination de ses membres sont définis par la loi.* »

⁶⁹Jugement du Tribunal constitutionnel du 20 juin 2017 dans l'affaire K 5/17 (<https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/9750-ustawa-o-krajowej-radzie-sadownictwa>)

dat qui doit durer jusqu'en 2022. La majeure partie de l'opposition ayant choisi en 2018 de boycotter l'élection des membres du KRS, les quinze juges membres du KRS actuels ont tous été choisis par la majorité parlementaire conduite par le PiS, ce qui est à l'origine des accusations de politisation du conseil de la magistrature polonais formulées depuis par les institutions de l'UE. Le KRS a en outre été exclu à ce titre le 28 octobre 2021 du Réseau européen de Conseils de la Justice (RECJ), où sa participation était déjà suspendue depuis septembre 2018. La raison invoquée pour cette exclusion est que le KRS ne satisfait plus aux critères d'indépendance à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif, ce qui est une condition pour adhérer au RECJ.

Pourtant, le RECJ n'a pas adopté la même sanction à l'égard du conseil de la magistrature espagnol, le Conseil général du Pouvoir judiciaire (*Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ) dont les membres sont eux aussi nommés par le Parlement, ce que la Commission européenne n'a curieusement commencé à critiquer, certes timidement, qu'après l'adoption des réformes polonaises du KRS. Il est vrai que, en Espagne, l'élection des magistrats membres du CGPJ ne peut pas se faire sans rassembler une majorité des trois cinquièmes puisqu'il n'y a pas de procédure de deuxième tour du vote comme en Pologne, selon des modalités qui avaient été prévues pour empêcher le blocage annoncé de l'élection des membres du KRS par l'opposition. Mais le résultat, c'est que, à l'automne 2021, le CGPJ avait des membres « en funciones », c'est-à-dire dont le mandat avait expiré depuis plusieurs années. Pour cette raison, le gouvernement de coalition des socialistes et de l'extrême-gauche dirigé par le Premier ministre Pedro Sánchez a fait voter par le Parlement en mars 2021 une loi qui limite les compétences de ce conseil de la magistrature. Sous la pression de l'opposition et de Bruxelles, le gouvernement de Sánchez avait en revanche renoncé à remplacer l'élection des membres du CGPJ aux trois cinquièmes par un vote à la majorité simple afin de contourner le blocage de cette élection par le Parti populaire (PP) qui exige que les nominations soient décidées uniquement par le parti socialiste (PSOE) et le PP, en excluant la participation des autres partis représentés au Parlement, y compris du partenaire d'extrême-gauche du PSOE, Unidas Podemos. Outre les interrogations que soulève la comparaison de l'exemple espagnol et de la situation polonaise, on peut s'étonner du reproche d'emprise du politique sur le judiciaire par l'intermédiaire des nominations de juges proposées au président de la République par ce KRS polonais réformé alors que, en Allemagne, les juges des cours fédérales sont nommés par le ministre de la Justice sur proposition d'une commission composée majoritairement d'hommes et femmes politiques, le *Richterwahlausschuss* : les ministres de la Justice des Lander pour une moitié et des membres élus par le Bundestag pour l'autre moitié. Les membres de cette commission sont rarement des juges. En outre, au niveau des États fédérés, dans certains Lander les juges sont nommés directement par le ministre de la Justice du Land, sans contribution d'une commission quelconque.

La réforme de la Cour suprême

La principale modification apportée par la loi de décembre réformant la Cour suprême⁷⁰ (*Sąd Najwyższy*, SN : la Cour de cassation polonaise), c'est la création d'une Chambre disciplinaire et d'une Chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques, en plus de la Chambre civile, de la Chambre pénale et de la Chambre du travail et des assurance sociales, portant le nombre de juges de la Cour suprême de 74 membres actifs à 120 membres. Comme dit plus haut, la Chambre disciplinaire est la principale cible des attaques des institutions européennes. Elle traite en première et deuxième instance les actions disciplinaires intentées contre les juges de la Cour suprême et joue le rôle de tribunal de dernière instance pour les procédures disciplinaires à l'encontre des juges des tribunaux ordinaires. Comme avant la réforme, les juges de la Cour suprême sont nommés par le président sur proposition du Conseil national de la magistrature (KRS) pour un mandat qui s'éteint lorsqu'ils atteignent l'âge de la retraite. Le caractère inamovible de la fonction de juge de la Cour suprême (sauf en cas de réorganisation des structures de cette cour en vertu d'une loi votée par le Parlement, mais il n'est pas possible de limoger ou transférer un juge de manière individuelle) est à souligner alors que les accusations de dépendance vis-à-vis du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif des nouveaux juges de la Cour suprême (nommés à partir de 2018) sont fondées sur la nouvelle composition du KRS dont les membres juges ont été élus par le Parlement pour un mandat de quatre ans.

Le conflit exacerbé par les institutions européennes en ce qui concerne la légitimité des juges nommés à partir de 2018 sur proposition du Conseil national de la magistrature (KRS) réformé est malheureusement très présent au sein de la Cour suprême où un certain nombre d'anciens juges refusent de siéger avec les nouveaux juges, ce qui conduit au blocage de cette institution et à la poursuite par un certain nombre de juges de la stratégie consistant à envoyer des questions préjudicielles sans rapport avec l'affaire à examiner pour faire dire à la CJUE que les réformes de la justice réalisées par le PiS sont contraires au droit européen et doivent être considérées par les juges nationaux comme nulles et non avenues. C'est pourquoi il est aujourd'hui question d'une nouvelle réforme en profondeur de la Cour suprême qui entraînerait une forte réduction du nombre de postes, ceci dans le but de purger cette cour de cassation des anciens juges. Selon les points de vue, on verra là une nouvelle atteinte à l'État de droit ou bien une manière pour la démocratie parlementaire de se défendre contre une tentative de putsch judiciaire conduite sous la supervision de la CJUE.

⁷⁰Loi du 8 décembre 2017 sur la Cour suprême (<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20180000005>)

3) Le verdict des urnes

Comme en Hongrie, les électeurs polonais ont majoritairement été jusqu'ici d'un avis différent de celui des institutions européennes puisque la coalition Droite unie conduite par le PiS a remporté toutes les élections qui se sont tenues depuis sa double victoire de 2015 (à l'élection présidentielle et aux élections parlementaires).

Entre les élections législatives d'octobre 2015 et celles d'octobre 2019, les listes du PiS pour l'élection de la Diète ont vu le nombre de votes en leur faveur passer de 5 711 687 (37,58 % des voix) à 8 051 935 (43,59 % des voix, avec une participation plus élevée). Aux élections européennes de 2019, le PiS a obtenu 45,38 % des voix contre 38,47 % des voix pour la Coalition européenne qui rassemblait la PO, l'autre parti libéral Nowoczesna (Moderne), le parti agraire PSL, les sociaux-démocrates du SLD et les Verts. Aux élections régionales d'octobre 2018, les listes du PiS avaient obtenu 34,13 % des voix contre 26,97 % des voix pour la Coalition civique (KO) conduite par la Plateforme civique (PO) alliée à Nowoczesna et aux Verts. En 2020, Andrzej Duda était reconduit par les électeurs à la présidence de la République avec 43,5 % des voix au premier tour et 51,03 % des voix au second tour.

Le socialiste Timmermans, l'État de droit et « l'extrême-droite »

Alors qu'il était premier vice-président de la Commission européenne chargé de l'amélioration de la législation, des relations inter-institutionnelles, de l'État de droit et de la Charte des droits fondamentaux, et donc fer de lance de la Commission européenne dans sa croisade contre les réformes polonaises, et alors qu'il était en même temps Spitzenkandidat du groupe socialiste au Parlement européen pour occuper le poste de président de la prochaine Commission européenne, le travailliste néerlandais Frans Timmermans exposait dans un entretien pour le site *Euractiv*⁷¹ son rapport à « l'extrême-droite » dont faisait partie à ses yeux le groupe Conservateurs et réformistes européens où siège le PiS au Parlement européen :

« La raison pour laquelle je ne veux pas coopérer avec l'extrême droite n'est pas que leurs idées ne sont pas assez sociales mais parce qu'ils ont une vision différente de l'humanité, de la société. Je ne comprends vraiment pas comment la droite traditionnelle peut intégrer cela à sa propre idéologie. (...) Au vu des pronostics actuels, je pense qu'on aura aussi besoin des libéraux progressistes dans cette équation. (...) Ce serait bien de pouvoir faire la fine bouche, mais on parle d'Europe, on est obligés de trouver des coalitions et des compromis et je vais essayer de faire comprendre ça autant que possible au camp progressiste. »

« Plus j'écoute Timmermans parler d'État de droit et répondre aux questions, plus il me semble évident que les Spitzenkandidaten devraient quitter provisoirement leur poste européen rémunéré pendant la campagne. Cela jette une ombre de soupçon politique sur tout ce qu'ils font, à tort ou à raison », estimait de son côté le correspondant du *Wall Street Journal*, Laurence Norman, dans un tweet publié le 3 avril 2019⁷², à moins de deux mois des élections au Parlement européen. C'était à la sortie d'une conférence de presse où le commissaire Frans Timmermans défendait la nécessité d'instaurer un mécanisme conditionnant le versement des fonds européens au respect de l'État de droit.

⁷¹« Frans Timmermans courtise une partie de l'ALDE », *Euractiv*, 10 avril 2019

(<https://www.euractiv.fr/section/elections/interview/progressive-camp-eyes-part-of-alde-macron-timmermans/>)

⁷²<https://twitter.com/laurnorman/status/1113390433726496769>

Conclusion

Pourquoi la Pologne et la Hongrie ? Les réformes menées par les gouvernements conservateurs de ces pays dans le sens annoncé par leurs programmes électoraux respectifs menacent-elles vraiment la démocratie ou l'État de droit ? Ne sont-elles pas plutôt une saine réaction de peuples ayant retrouvé leur liberté encore récemment, il y a trois décennies, face à un recul de la démocratie lié à l'extension sans fin du pouvoir des juges et au recul des libertés sous la pression d'une dictature de plus en plus prégnante du politiquement correct ? Ou bien faut-il plutôt voir dans ce conflit entre les deux capitales d'Europe centrale et Bruxelles soutenue par les grands pays de l'UE une instrumentalisation des conflits intérieurs hérités du communisme en Pologne et en Hongrie par les partisans d'une Europe fédérale à tout prix, fut-ce en lui sacrifiant la démocratie puisque les peuples de l'UE ont plutôt tendance à rejeter les nouveaux traités intégrateurs qui leur sont proposés par les « élites éclairées » ?

Il est certain que, grands bénéficiaires des fonds de l'UE et n'ayant pas encore rattrapé leur retard économique sur la partie occidentale du continent, la Pologne et la Hongrie peuvent paraître donner une occasion en or afin de développer une jurisprudence européenne permettant aux institutions de l'UE de superviser tous les aspects du droit des pays membres, afin de créer « *“un Empire non impérial”, qui impose sa discipline non par la force mais par le droit*⁷³ ». Ils sont une proie d'autant plus facile que leurs sociétés sont partagées en deux par un clivage que l'essayiste et journaliste polonais Rafał Ziemkiewicz qualifie de post-colonial. Un clivage propre aux pays sortis d'une longue période de domination étrangère, avec une partie des élites et de la population souffrant toujours d'un complexe d'infériorité qui les pousse à vouloir dénigrer leur identité nationale au profit de leur affiliation à l'empire, jugé supérieur, plus avancé sur le plan civilisationnel : « *C'est malheureux, mais tous les pays qui ont été soumis à une occupation de longue durée sont profondément divisés entre ceux qui veulent garder leur identité et ceux qui veulent y renoncer, qui la détestent parce qu'ils pensent qu'elle fait d'eux des personnes inférieures, qu'elle les empêche d'être plus modernes et de devenir comme ceux qui les ont occupés*⁷⁴. »

⁷³ Citation de l'ancien président de la Commission européenne Manuel Barroso reprise par Max-Erwann Gastineau dans *Le Nouveau procès de l'Est*, voir note 42

⁷⁴ Propos tenus par Rafał Ziemkiewicz dans un entretien avec l'auteur du présent rapport pour le site d'information anglophone *Remix News* (<https://rmx.news/remix-exclusive/exclusive-there-is-something-sick-in-the-british-system-says-polish-journalist-banned-from-entering-uk/>)

Le célèbre philosophe politique français Alexis de Tocqueville écrivait à propos de « *toutes les confédérations qui ont précédé l'Union américaine de nos jours* », dans son célèbre ouvrage *De la démocratie en Amérique*, publié en 1835, que « *le gouvernement fédéral, afin de pourvoir à ses besoins, s'adressait aux gouvernements particuliers. Dans le cas où la mesure prescrite déplaisait à l'un d'eux, ce dernier pouvait toujours se soustraire à la nécessité d'obéir. S'il était fort, il en appelait aux armes ; s'il était faible, il tolérait la résistance aux lois de l'Union devenues les siennes, prétextait l'impuissance et recourait à la force d'inertie. Aussi a-t-on constamment vu arriver l'une de ces deux choses : le plus puissant des peuples unis, prenant en main les droits de l'autorité fédérale a dominé tous les autres en son nom ; ou le gouvernement fédéral est resté abandonné à ses propres forces, et alors l'anarchie s'est établie parmi les confédérés, et l'Union est tombée dans l'impuissance d'agir*⁷⁵ ».

Si l'on applique cette constatation à la confédération contemporaine qu'est l'Union européenne, on ne peut s'empêcher de penser à l'Allemagne ou peut-être au couple franco-allemand « *prenant en main les droits de l'autorité fédérale* » afin de dominer « *tous les autres en son nom* ». Le Traité franco-allemand de coopération et d'intégration signé le 22 janvier 2019 à Aix-la-Chapelle ne prévoit-il pas que les deux pays doivent se consulter à tous les niveaux avant chaque rencontre européenne importante, et qu'ils doivent s'efforcer de formuler des positions communes et de coordonner le discours de leurs ministres au Conseil de l'Union européenne, avec comme objectifs communs une politique étrangère et de sécurité commune, une Union économique et monétaire approfondie, et plus de convergence sociale et fiscale ? Une coordination des politiques qui intervient alors que la sortie du Royaume-Uni de l'UE vient, comme le craignaient les pays de l'ex-Europe de l'Est, renforcer la domination du couple franco-allemand au sein de cette Union à vingt-sept.

Force motrice du groupe de Visegrád (V4) réunissant Pologne, Hongrie, Tchéquie et Slovaquie, mais aussi des initiatives de coopération régionale telle l'Initiative des Trois Mer (I3M), la Pologne et la Hongrie gouvernées par les conservateurs ont une vision nettement plus gaullienne de l'Union européenne que les gouvernements en place à Berlin et Paris ou que la majorité au sein des institutions européennes. Comme d'autres pays de la région, ils sont particulièrement réticents à abandonner leur souveraineté retrouvée à la faveur de la chute des dictatures communistes à la fin des années 1980. Cela n'empêche pas ces peuples d'être profondément attachés à l'idée-même d'Union européenne, voire à un approfondissement des politiques communes là où cela représente un intérêt pour eux. L'Union européenne est en effet pour les nations d'Europe centrale et orientale la meilleure protection contre un retour à la situation d'antan, lorsqu'ils étaient pris en étau entre des empires : l'Empire allemand et l'Empire russe, et même l'Empire ottoman jusqu'à une certaine époque. Néan-

⁷⁵Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Tome I, éditions Gallimard, 1986, Collection Folio/Histoire, p. 242

moins, la pression et le chantage aux fonds européens exercés aujourd'hui de plus en plus ouvertement depuis Bruxelles ont dans l'esprit de beaucoup en Pologne et en Hongrie une forte connotation allemande.

Ces deux pays qui avaient le plus contribué à la chute des régimes communistes et au retrait des troupes soviétiques d'Europe centrale vont-ils se soumettre ou seront-ils ceux qui mettront un frein à l'établissement d'un nouvel empire par le droit ? Tout dépendra du choix de leurs électeurs aux prochaines élections législatives, prévues pour le printemps 2022 en Hongrie et pour l'année 2023 en Pologne, sauf élections anticipées, la majorité et l'unité de la « Droite unie » en Pologne étant nettement plus fragiles que celles de la coalition Fidesz-KDNP en Hongrie. La seule solution encore exclue pour le moment, c'est une sortie à l'anglaise, tant ces peuples restent favorables à l'appartenance à l'Union européenne, même si pour la première fois un débat a commencé à voir le jour au sein de la droite conservatrice de ces deux pays sur l'éventualité d'un Polexit ou d'un Huxit. Pour la première fois, car jusqu'ici ce sujet était réservé à la droite nationaliste, plus marginale en termes d'électorat que le PiS ou le Fidesz. Mais si le front commun polono-hongrois dépend beaucoup des aléas électoraux, il s'inscrit dans une amitié millénaire, unique en son genre, entre les deux peuples qui ont tous deux une tradition de résistance à l'empire dominant profondément enracinée dans leur histoire. En Pologne, la présence toujours forte du christianisme, dans sa variante catholique, est un facteur de résistance supplémentaire particulièrement important face à l'idéologie progressiste dont les institutions de l'UE se font aujourd'hui le relais. D'une manière générale, l'expérience soviétique rend les petits pays de l'ancien bloc de l'Est plus rétifs aux idéologies imposées de l'étranger.

C'est ainsi que le Premier ministre hongrois Viktor Orbán prévenait dans son discours aux Hongrois du 23 octobre 2021, à l'occasion du 65^e anniversaire de l'insurrection de 1956 : « *Tout comme en 1849, en 1920, en 1945 et en 1956, les sommités européennes veulent, de nouveau, décider de nous par-dessus notre tête, et sans nous. Elles se sont juré de faire de nous des Européens, des "sensibilisés" et des libéraux, devions-nous en crever. Bruxelles parle et se conduit aujourd'hui avec nous et avec les Polonais comme il est d'usage de le faire avec des ennemis. Cela nous inspire un sentiment de déjà-vu : l'air de la doctrine Brejnev souffle sur l'Europe. Il serait temps que l'on comprenne, à Bruxelles aussi, que les communistes n'ont pas davantage trouvé leur bonheur avec nous. Nous sommes le grain de sable dans l'engrenage, le bâton dans la roue, l'épine dans le pied. Nous sommes le David que Goliath a intérêt à ne pas rencontrer. Nous sommes ceux qui, en 1956, en ont eu assez du communisme mondial, et c'est nous qui avons descellé la première brique du mur de Berlin.* »

À trop vouloir étendre les compétences de l'Union aux dépens des nations en se servant du précédent hongrois et polonais, l'UE prend de son côté le risque de voir son fonctionnement bloqué. Sur le court et le moyen terme, l'idée que le blocage par la Commission, soutenue par certains États membres, des fonds européens du plan de relance Next Generation EU destinés aux deux anciens pays de l'Est doit faire l'objet de mesures de rétorsions,

à commencer par un blocage systématique des décisions nécessitant l'unanimité au Conseil européen, fait son chemin dans les cercles du pouvoir à Budapest et Varsovie. D'autres réponses pourraient suivre, notamment en ce qui concerne le paquet climatique de l'UE, particulièrement coûteux pour les anciens pays de l'Est, et encore plus particulièrement pour la Pologne dont la production d'énergie est aux trois quarts basée sur le charbon. Avec ce paquet climatique, le solde financier lié à l'adhésion à l'UE risque d'ailleurs fort de devenir négatif, s'il ne l'est pas déjà avec le système européen de droits d'émission de CO₂, et ce dans un contexte où Pologne et Hongrie voient les fonds européens qui leur sont attribués se réduire du fait de leur rattrapage économique grâce auquel ils ont déjà dépassé ces dernières années la Grèce et le Portugal sur le plan du PIB par habitant en termes de pouvoir d'achat. Avec des finances mieux tenues que celles des pays du sud de l'UE, les pays du V4 n'étaient pas enthousiastes à l'idée d'un endettement commun accompagnant le plan de relance Next Generation UE, mais l'ont accepté par esprit de solidarité. L'utilisation des fonds comme instrument de chantage pour faire céder la Pologne sur ses réformes de la justice et la Hongrie sur sa loi de protection des mineurs pourrait donc avoir un effet boomerang. Ces pays peuvent aussi bien emprunter sur les marchés financiers, et, comme le propose le député au Parlement européen Jacek Saryusz-Wolski, un des artisans de l'adhésion de la Pologne à l'UE, il ne serait pas inopportun pour ces deux pays d'envisager de se retirer de ce plan en faisant savoir à leurs partenaires que les conditions du plan n'ayant pas été respectées à leur égard, la Pologne et la Hongrie retirent leurs garanties et ne participeront pas au remboursement du fameux plan de relance européen à 750 milliards d'euros. Certains vont encore plus loin, tel le ministre polonais de la Justice Zbigniew Ziobro qui se dit favorable non seulement à un veto systématique là où c'est possible et à une réflexion sur l'engagement de la Pologne dans les politiques climatiques de l'UE, mais aussi à la suspension, si nécessaire, de la cotisation polonaise au budget de l'UE⁷⁶.

L'autre danger pour l'UE, c'est de voir les sentences de la CJUE inapplicables ou inacceptables pour des États souverains rejetées et de voir se multiplier les conflits entre la CJUE et les juridictions nationales, ce qui, par les précédents ainsi créés, affaiblirait grandement l'UE. Chacun pourra en effet à l'avenir refuser un arrêt de la CJUE en arguant du fait que la Pologne, par exemple, a officiellement refusé de mettre à exécution cette extraordinaire ordonnance provisoire, en attente d'un jugement sur le fond, de suspension de l'exploitation de sa mine de Turów⁷⁷ dont le lignite permet de générer entre 5 et 7 % de la production nationale d'électricité. Et si la CJUE s'obstine à réinterpréter les traités en confisquant de nouveaux pans de souveraineté des pays signa-

⁷⁶« Poland justice minister threatens EU veto over rule of law “blackmail” », *Financial Times* (<https://www.ft.com/content/8cbc411f-0b7c-4cbb-a0c4-cb538e1a8e78>)

⁷⁷ Ordonnance du 21 mai 2021 de la vice-présidente de la Cour dans l'affaire C-121/21 R République tchèque/Pologne (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-05/cp210089fr.pdf>)

taires de ces traités, on risque fort de voir se multiplier les conflits de juridiction avec les cours constitutionnelles nationales, comme c'était le cas le 8 juin 2021, quand la Cour constitutionnelle roumaine a estimé que « *la Loi fondamentale conserve sa position hiérarchiquement supérieure (...), l'article 148 ne donnant pas la priorité d'application du droit de l'Union sur la constitution roumaine, de sorte qu'un tribunal n'a pas le pouvoir d'analyser la conformité d'une disposition des "lois internes", déclarée constitutionnelle par une décision de la Cour constitutionnelle*⁷⁸ ». Ce jugement était une réponse à la prétention qu'avait la CJUE de donner aux tribunaux roumains le droit de ne pas respecter les lois et principes constitutionnels roumains qu'ils considéreraient comme contraires au droit européen⁷⁹. Rappelons aussi à ce sujet la procédure d'infraction ouverte le 9 juin 2021 par la Commission européenne contre l'Allemagne à propos du jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui, le 5 mai 2020, avait refusé de reconnaître une décision de la CJUE validant le programme d'achat d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires de la BCE. « *Pour la première fois de son histoire, la Cour constitutionnelle allemande constate que les actions et décisions des institutions européennes n'ont manifestement pas été prises dans le cadre des compétences européennes et ne peuvent donc pas avoir d'effet en Allemagne* », avait alors déclaré le président de la Cour constitutionnelle allemande, Andreas Vosskuhle⁸⁰. Dans leur jugement, les juges constitutionnels allemands ont rappelé que l'Union européenne n'est pas un État fédéral et que « les États membres restent les maîtres des traités ». L'arrêt du 11 décembre 2018 de la CJUE⁸¹ a donc été déclaré *ultra vires* et, de ce fait, non applicable en droit allemand.

La position de la Pologne et de la Hongrie face aux pressions des institutions européennes est parfaitement résumée par la réponse du professeur Ryszard Legutko, philosophe et député polonais au Parlement européen, vice-président du groupe Conservateurs et réformistes européens (CRE), à la présidente de la Commission européenne lors du débat « sur la crise de l'État de droit en Pologne et la primauté du droit de l'Union » le 19

⁷⁸<https://www.g4media.ro/ccr-sectia-speciala-este-constitutional-si-poate-fi-desfiintata-doar-de-parlament-decizia-ccr-vine-dupa-decizia-cjue-care-spune-ca-recomandarile-mcv-privind-desfiintarea-siij-sunt-obligatorii.html>

⁷⁹ Arrêt du 18 mai 2021 dans les affaires jointes C-83/19 Asociația « Forumul Judecătorilor Din România »/Inspekția Judiciară, C-127/19 Asociația « Forumul Judecătorilor Din România » et Asociația Mișcarea Pentru Apărarea Statutului Procurorilor/Consiliul Superior al Magistraturii et C-195/19 PJ/QK et dans les affaires C-291/19 SO/TP e.a., C-355/19 Asociația « Forumul Judecătorilor în România » et Asociația « Mișcarea Pentru Apărarea Statutului Procurorilor » et OL/Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție - Procurorul General al României et C-397/19 AX/Statul Român – Ministerul Finanțelor Publice (<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-05/cp210082fr.pdf>)

⁸⁰ Jean-Claude Zarka, « L'arrêt du 5 mai 2020 de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne concernant le programme PSPP de la Banque centrale européenne », Actu-Juridique.fr (<https://www.actu-juridique.fr/international/international-etrangers/droits-europeen-ue/larret-du-5-mai-2020-de-la-cour-constitutionnelle-federale-dallemagne-concernant-le-programme-pspp-de-la-banque-centrale-europeenne/>)

⁸¹ Arrêt dans l'affaire C-493/17 Heinrich Weiss e.a.

octobre 2021 à Strasbourg : « *Au cours de la dernière décennie, l'UE s'est révélée incapable de se restreindre et de respecter les limites imposées par les principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité. La confiance dans le fait qu'elle restera dans les limites des traités dans les années à venir a disparu. Vous voyez, Madame la Présidente, nous n'avons pas peur du droit européen, nous avons peur du non-respect européen du droit, de la tyrannie de la majorité, de l'abus de pouvoir et de l'utilisation cavalière des Traités. Malgré ce que l'on peut voir au Parlement et à la Commission, force n'est pas droit*⁸². »

Cette intervention du Polonais Legutko adressée à Mme von der Leyen ne semble pas avoir convaincu la Commission européenne qui a ouvert le 22 décembre 2021 une procédure d'infraction contre la Pologne pour violation du droit de l'Union par son Tribunal constitutionnel, en raison du jugement du 7 octobre 2021 du Tribunal constitutionnel polonais qui constatait l'incompatibilité entre la Constitution polonaise et la prétention de la Cour de Justice de l'UE à autoriser les juges polonais à ignorer la loi et la constitution de leur pays en ne reconnaissant pas les jugements délivrés par d'autres juges nommés après la réforme du Conseil national de la magistrature (voir plus haut : Première partie. État des lieux des conflits en cours – IV. Tribunal constitutionnel polonais contre CJUE).

Dans le même esprit, la CJUE avait délivré la veille, en réponse au jugement de la Cour constitutionnelle roumaine du 8 juin dernier mentionné plus haut, un arrêt historique affirmant la primauté du droit de l'Union – ou plus précisément de son interprétation par la CJUE et donc de la jurisprudence de la CJUE – sur les décisions des cours constitutionnelles prises à la lumière des constitutions des États membres. Ainsi, le conflit de compétences autour de la question de l'État de droit et des « valeurs européennes » ne concerne pas uniquement la Pologne et la Hongrie, puisque, en créant une jurisprudence nouvelle, c'est à l'égard de tous les pays membres de l'Union européenne que la Cour de Justice, la Commission et le Parlement européens cherchent à étendre toujours plus le champ d'action et les pouvoirs des institutions européennes. L'accélération récente de cette évolution ne manquera pas de multiplier les occasions de conflits et, finalement, d'affaiblir une Union qui ne dispose que du chantage financier pour se faire obéir par les pays bénéficiaires nets du budget de l'UE, et ce uniquement tant que ces pays resteront bénéficiaires nets.

⁸²https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2021-10-19-INT-2-025-0000_EN.html

PATRIOTS

FOR EUROPE FOUNDATION

**Étude publiée par Patriots for Europe Foundation
25 Boulevard Romain Rolland – 75014 – Paris – France
Numéro de SIRET : 823 400 239 00021
Président de Patriots for Europe Foundation : Andràs Laszlo
Directeur : Raphaël Audouard
Publiée en 2022
contact@pfe-foundation.eu
www.pfe-foundation.eu**

La Patriots for Europe Foundation est partiellement financée par le Parlement européen et a la seule responsabilité de cette publication. Cette publication n'est pas destinée à la vente.