

CONSTITUTIONS ET PRATIQUES DE LA CONSTITUTION

Ce rapport est un rapport provisoire qui vise à répondre
aux principales questions posées dans la grille indicative de la plaquette du colloque.

UNION EUROPÉENNE

QUALIFIER, PRÉVENIR ET SANCTIONNER LES PRATIQUES ANTICONSTITUTIONNELLES AU SEIN D'UN ORDRE CONSTITUTIONNEL COMPOSITE

Charlotte Denizeau-Lahaye
Université Paris-Panthéon-Assas

*Dans tous les États bien constitués,
le premier soin qu'il faut prendre est de ne point déroger,
en quoi que ce soit, à la loi,
et de se garder avec la plus scrupuleuse attention
d'y apporter même les plus faibles atteintes.
L'illégalité mine sourdement l'État, de même que de petites dépenses
souvent répétées finissent par ruiner les fortunes¹.*

Analyser les « pratiques anticonstitutionnelles » en droit de l'Union européenne présente une difficulté... difficulté récurrente pour chaque Table ronde internationale de l'ILF : cette analyse comparative suppose qu'il existe une Constitution et que cette Constitution puisse être méconnue par des pratiques, humaines ou institutionnelles, politiques ou juridiques, constitutives d'irrégularités, de contrariétés. Or l'Union n'est pas un État et les traités ne constituent pas une Constitution formelle. Cela étant, il ne fait nul doute aujourd'hui qu'il soit possible d'identifier, au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, une architecture constitutionnelle, bâtie au gré d'un processus lent et progressif de constitutionnalisation.

La Cour de justice des Communautés européennes a joué un rôle déterminant dans cette construction. En 1986, dans l'arrêt *Les Verts*², elle écrivait que la Communauté économique européenne « est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses Institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité ». Cette formule, devenue un lieu commun du discours sur la nature de l'ordre juridique de l'Union, postule l'existence d'une hiérarchie normative interne, le traité étant la norme suprême. Elle affirme surtout l'universalité du contrôle de conformité - « ni ses États membres ni ses Institutions » - qui autorise à transposer au droit de l'Union la question des « pratiques anticonstitutionnelles », sous ses deux versants, étatique et institutionnel.

La question pourra se poser ainsi : qu'est-ce qu'une pratique anticonstitutionnelle dans un ordre juridique non étatique, dont la Constitution n'est pas formellement définie et dans lequel l'exercice du pouvoir est réparti entre deux niveaux (national et européen) ?

La matérialité constitutionnelle du droit européen

Depuis l'arrêt *les Verts*, et malgré l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, le vocabulaire constitutionnel pour qualifier le fonctionnement institutionnel de l'Union n'a cessé de se densifier.

¹ ARISTOTE, *Politique d'Aristote*, traduit par J. BARTHÉLÉMY-SAINT HILAIRE, 3^{ème} éd. revue et corrigée, Livre VIII, Chap. VII, 1874, p. 431 ; Source Gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

² CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement européen*, aff. 294/83.

La doctrine identifie le noyau matériellement constitutionnel des traités. Y figurent les valeurs de l'article 2 TUE³ : dignité humaine, liberté, démocratie, égalité, État de droit, respect des droits de l'homme, y compris des personnes appartenant à des minorités⁴. Se trouvent aussi le principe d'identité nationale et de coopération loyale de l'article 4 TUE, l'exigence de protection juridictionnelle effective de l'article 19 TUE et les conditions d'adhésion de l'article 49 TUE. L'article 13, paragraphe 2, TUE pose quant à lui une règle fondamentale de distribution du pouvoir : chaque institution doit agir dans les limites des attributions qui lui sont conférées et conformément aux procédures, conditions et fins prévues par les traités. Le même article impose la coopération loyale entre Institutions. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne complète ce corpus en protégeant les droits civils et politiques, comme les droits économiques et sociaux et ceux du justiciable.

C'est à l'aune de cet ensemble que peut s'apprécier l'existence de pratiques anticonstitutionnelles dans l'Union.

La distinction entre constitutionnalisation et constitutionnalisme au sein de l'Union

Le constitutionnalisme européen ne se réduit pas à la constitutionnalisation de son ordre juridique. La distinction est essentielle pour penser les pratiques anticonstitutionnelles. La constitutionnalisation désigne la formation d'un ordre juridique hiérarchisé, doté de principes supérieurs et d'un juge chargé d'en garantir le respect, par un contrôle diffus ou concret. Le constitutionnalisme, dans une acception plus substantielle, renvoie à l'organisation et à la limitation du pouvoir, à sa légitimité, son contrôle et à l'existence de contre-pouvoirs⁵. Dès lors, sans contradiction, une hypothèse peut être envisagée à ce stade : une pratique peut sembler respecter l'autorité et l'effectivité de l'ordre juridique de l'Union, et en ce sens s'inscrire dans sa constitutionnalisation, tout en suscitant des interrogations au regard du constitutionnalisme⁶.

Les crises du constitutionnalisme européen

*"The European Union is based on the rule of law. This means that every action taken by the EU is founded on treaties that have been approved voluntarily and democratically by all EU member countries"*⁷. Cette affirmation, inscrite sur un site institutionnel de l'Union, se donne à voir comme un idéal, idéal mis à l'épreuve ; car si l'Union se présente et se revendique, dans des documents officiels et par la voix de ses représentants,

³ K. L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, "EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union", *Yearbook of European Law*, Volume 39, 2020, p. 3-121.

⁴ La formulation de ces valeurs et la création de mécanismes destinés à en assurer le respect a été conçue pour préparer les futurs élargissements aux États de l'ex bloc de l'Est lors du sommet européen de Copenhague des 21 et 22 juin 1993 avec l'établissement des « critères de Copenhague ». Sur la genèse de l'article 2 TUE, v. L. BURGORGUE-LARSEN, « Article I-2 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, & F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article (Tome 1)*, Bruylant, 2007, p. 50-59 ; C. LADENBURGER et P. RABOURDIN, « La constitutionnalisation des valeurs de l'Union- Commentaire sur la genèse des articles 2 et 7 du TUE », *Revue de l'Union européenne*, n°657, avril 2022, p. 231-239. Pour une présentation de la consécration des valeurs en droit de l'Union et des mécanismes de protection : R. TINIÈRE et C. VIAL, *Droit de l'Union européenne des droits fondamentaux*, Bruylant, 2023, spéc. p. 21-49.

⁵ Voir l'ensemble des travaux sur les nouvelles frontières du constitutionnalisme, XIème Table internationale de justice constitutionnelle in *Annuaire international de justice constitutionnelle, Les frontières du constitutionnalisme*, n° 40, PUAM, 2025, 886 p.

⁶ Les travaux de D. Kochenov évoquent cette distinction. Pour lui l'autonomie, la primauté ou même l'État de droit peuvent, lorsqu'ils sont détachés de leur fonction de limitation du pouvoir et érigés en exigences absolues, devenir des instruments de protection de l'autorité de l'Union contre sa propre contestation. Cette thèse est sujette à débat, mais elle présente un intérêt en ce qu'elle oblige à ne pas présumer que les pratiques anticonstitutionnelles seraient nécessairement nationales, tandis que l'Union incarnerait, par nature, le constitutionnalisme européen. D. KOCHENOV, "Restoring Dialogical Rule of Law in the European Union : Janus in the Mirror", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 26, 2024, p. 1-16 ; D. KOCHENOV, "EU Law without the Rule of Law : Is the Veneration of Autonomy Worth it ?", *Yearbook of European Law*, vol. 34, n° 1, 2015, p. 74-96, spéc. p. 74-76 ; D. KOCHENOV, "The Missing EU Rule of Law?", in C. CLOSA et D. KOCHENOV (dir.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, 2016, p. 290-312.

⁷ source: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-values/founding-agreements_en (consulté le 20 août 2026).

comme un ordre juridique fondé sur le respect du droit et des valeurs communes⁸, l'actualité de ces dernières années, émaillée par les crises de l'État de droit en Pologne et en Hongrie, les contournements des traités lors de la crise de la zone euro, les conflits ouverts ou larvés entre la Cour de justice et les Cours constitutionnelles ou suprêmes nationales, révèle que les pratiques anticonstitutionnelles ne sont pas l'apanage des seuls États ou hommes politiques qui ignorent leur constitution. Elles prospèrent aussi au sein d'un ordre juridique qui prétend pourtant en être le rempart.

Le dédoublement : les pratiques étatiques et européennes

La singularité de l'ordre juridique européen est de devoir composer avec ces deux catégories d'acteurs potentiellement défaillants : les États et les Institutions.

Si l'État fédéral peut exercer une contrainte directe pour imposer le respect de sa Constitution aux entités fédérées, l'Union n'est pas dotée des mêmes prérogatives. Elle reste une organisation internationale d'intégration, fondée sur le consentement de ses membres, sans force coercitive propre, et dont les instruments de sanction des pratiques anticonstitutionnelles dépendent de la volonté politique des États qu'ils sont censés contraindre. C'est là sa force - l'adhésion volontaire et la possibilité de quitter l'Union comme fondements de sa légitimité - et sa faiblesse originelle et structurelle - l'impossibilité d'imposer des sanctions pleinement effectives. Les États sont donc les premiers acteurs observés, comme des auteurs potentiels de pratiques anticonstitutionnelles européennes.

Toutefois, le paradoxe tient au fait que les Institutions européennes peuvent aussi être prises en défaut. L'hypothèse est plus rare, mais elle n'est pas exclue. Il en résulte que renforcer l'État de droit et ne pas adopter des comportements contraires à ses valeurs sont une responsabilité partagée entre les Institutions de l'Union et tous les États membres (*"Strengthening the rule of law is a shared responsibility for all EU Institutions and all Member States"*⁹).

Cela signifie que les pratiques anticonstitutionnelles peuvent être celles des États, de leurs autorités publiques ou de leurs dirigeants mais aussi des Institutions de l'Union, qui peuvent agir isolément, en opposition, mais aussi dans certaines circonstances ensemble¹⁰. Le droit de l'Union est vaste et les pratiques anticonstitutionnelles qu'il connaît sont multifformes.

La grille d'analyse du programme invitait à réfléchir à l'appréhension doctrinale de la notion de pratiques anticonstitutionnelles (I), pour ensuite s'intéresser plus concrètement aux méthodes mises en place pour prévenir et sanctionner ces pratiques (II).

I. PENSER DANS LA SCIENCE DU DROIT EUROPÉEN LES PRATIQUES ANTICONSTITUTIONNELLES

Penser dans la science du droit européen les pratiques anticonstitutionnelles n'est pas aisé. La démarche implique de saisir, sous un prisme théorique, les vocables constitutionnels utilisés dans le droit institutionnel de l'Union, pour ensuite tenter de confronter à cet ensemble composite, des pratiques, des actes, des comportements, humains ou institutionnels qui leur seraient contraires, identifiés comme tels par la doctrine. La recherche est intéressante en ce qu'elle révèle que si l'expression « pratiques anticonstitutionnelles » n'est pas connue, ni usitée par la doctrine, il existe en réalité une analyse matérielle concrète des pratiques anticonstitutionnelles (A) qui permet d'ébaucher la construction d'un concept (B).

⁸ La Commission 2024-2029 en a fait une de ses priorités de mandat. V. "Protecting our democracy, upholding our values" sur https://commission.europa.eu/priorities-2024-2029/democracy-and-our-values_en (consulté le 25 août 2026).

⁹ *Political Guidelines For The Next European Commission 2019-2024 A Union that strives for more. My agenda for Europe By candidate for President of the European Commission Ursula von der Leyen*, 24 pages https://commission.europa.eu/document/download/e6cd4328-673c-4e7a-8683-f63ffb2cf648_en

¹⁰ Il existe des pratiques conjointes par lesquelles les Institutions de l'Union et les États membres, de façon concertée, s'écartent des traités. Cette déviation n'est pas sanctionnée, ni contestée. Elle finit par s'installer comme une « convention » constitutionnelle de fait. Le compromis de Luxembourg de 1966 illustre la manière dont un arrangement politique, sans modifier formellement les règles de vote, peut infléchir durablement le fonctionnement d'une institution. Il a favorisé une pratique de recherche du consensus au Conseil lorsque des intérêts nationaux importants étaient invoqués, malgré le désaccord persistant des États sur sa portée exacte.

A. UN CONCEPT INUSITÉ, DES PRATIQUES IDENTIFIÉES

Le concept, l'expression, la notion de « pratiques anticonstitutionnelles » sont inusités dans l'ordre juridique de l'Union, pourtant la doctrine, comme les Institutions identifient des comportements constitutifs de pratiques anticonstitutionnelles.

1°) L'appréhension doctrinale des comportements constitutifs de pratiques anticonstitutionnelles

Dans les travaux de la doctrine européenne, l'expression « pratiques anticonstitutionnelles » n'est pas connue, ni usitée.

Pourtant, les spécialistes se sont employés, depuis les débuts de la construction communautaire, à analyser les violations du droit de l'Union sous toutes ses formes, à étudier le rôle de la Cour de justice, interprète du droit de l'Union et de la Commission, gardienne des traités, et à étudier les voies de droit permettant de sanctionner les comportements et les actes contraires au droit primaire.

Plus récemment, au regard des menaces structurelles pesant sur la construction européenne, elle a forgé un vocabulaire spécifique. Dans la doctrine anglo-saxonne sont apparus les concepts de abusive constitutionalism¹¹, *rule of law backsliding*¹², *constitutional capture*, *autocratic legalism*¹³, *constitutional erosion*, *abuse of constitutional identity*¹⁴, ou encore *constitutional avoidance*¹⁵. En français, il est question de constitutionnalisme abusif¹⁶, autoritaire ou autocratique, de démocratie illibérale¹⁷ ou de constitutionnalisme illibéral¹⁸, de rétrogradation constitutionnelle ou de perversion du constitutionnalisme¹⁹. Ces travaux convergents étudient des processus délibérés, dont la répétition et l'accumulation visent à affaiblir l'Union dans ses fondements et qui s'apparentent à des pratiques anticonstitutionnelles.

Cette production scientifique universitaire s'accompagne d'un discours pédagogique à destination du grand public visant à alerter sur les pratiques anticonstitutionnelles. Les crises polonaise et hongroise ont ainsi donné lieu, en France, à des tribunes dans la presse écrite²⁰, des entretiens²¹, des interventions

¹¹ D. LANDAU, "Abusive Constitutionalism", *University of California Davis Law Review*, vol. 47, 2013, p. 189-260

¹² L. PECH et K. L. SCHEPPELE, "Illiberalism Within : Rule of Law Backsliding in the EU", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 19, 2017, p. 3-47.

¹³ K. L. SCHEPPELE, "Autocratic Legalism", *University of Chicago Law Review*, vol. 85, n° 2, 2018, p. 545-583

¹⁴ R. D. KELEMEN et L. PECH, "The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 21, 2019, p. 59-74

¹⁵ B. GRABOWSKA-MOROZ, "Constitutional Avoidance and Values Enforcement in the European Union: Pattern or Policy?", in P. BARD et J. KROMMENDIJK (dir.), *Sustaining the Rule of Law, The Future of Judicial Independence in Europe*, Edward Elgar, 2025, p. 137-162.

¹⁶ P.-A. COLLOT (dir.), *Le constitutionnalisme abusif en Europe*, Mare & Martin, coll. « Droit public », 2023, 399 p.

¹⁷ V. BARBÉ, B.-L. COMBRADE et C.-É. SÉNAC (dir.), *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruylant, 2023, 496 p. ; L. JAUME et F. HOURQUEBIE, « "Démocratie illibérale" : une nouvelle notion ? », *Pouvoirs*, 2019, n° 169.

¹⁸ T. DRINÓCZI, « L'émergence d'un constitutionnalisme illibéral et d'une légalité illibérale en Europe : que se passe-t-il et que peut faire l'UE ? », *RED*, 2021, p. 164-169, not. p. 165.

¹⁹ A. VIDAL-NAQUET et X. MAGNON, « Deux illustrations du déplacement des frontières contemporaines du constitutionnalisme : le "constitutionnalisme abusif" et le "constitutionnalisme total" », Rapport français à la XI^{ème} Table internationale de justice constitutionnelle in *Annuaire international de justice constitutionnelle, Les frontières du constitutionnalisme*, n° 40, PUAM, 2025, p. 433-456.

²⁰ V. not. S. PLATON, « Hongrie et Pologne : "Que fait l'Union européenne pour éviter l'effondrement de l'État de droit dans deux de ses pays membres ? Rien, ou si peu" », *Le Monde*, 23 octobre 2020 ; Collectif de soixante-dix chercheurs en droit, à l'initiative de H. GAUDIN et V. COURONNE, « Nous, universitaires, refusons le discours opposant souveraineté nationale et primauté du droit de l'Union européenne », *Le Monde*, 26 octobre 2021 ; S. PLATON, « Plan de relance européen : "Il existe des moyens de contourner le veto polono-hongrois et d'adopter ce plan entre les vingt-cinq autres États membres" », *Le Monde*, 24 novembre 2020 ; N. de SADELEER, « L'État de droit en sursis en Pologne : du dialogue des juges à la guerre des juges », *Mediapart, Le Club - Carta Academica*, 13 décembre 2021 ; A. BAILLEUX, D. BLANC, E. BRIBOSIA, A. ILIOPOULOU-PENOT, A. VAN WAEYENBERGE ET L. XENOU, contribution à « Violations de l'État de droit en Pologne et en Hongrie : que fait (ou peut faire) l'Union européenne ? », *Les Surligneurs*, 25 juillet 2021 ; B. NABLI, « L'extrême droitisation des démocraties », *Le nouvel Obs*, 27 septembre 2022

²¹ Entretien avec L. PECH, « L'UE peut limiter les violations de l'État de droit, mais les solutions doivent venir des citoyens », *Le Monde*, 21 février 2020 ; entretien avec P. DUCOULOMBIER, « Il est dangereux de vouloir affaiblir la Cour européenne des droits de l'homme, qui nous protège tous », *Le Monde*, 10 décembre 2025.

télévisées ou radiophoniques²². En tant qu'experts, les universitaires sont consultés pour des auditions parlementaires ou participent à la rédaction de rapports commandés par les Institutions.

Il n'existe, dans les faits, guère de frontière entre production savante et intervention didactique dans les médias généralistes. Ceci tient au rôle que la doctrine communautariste s'est historiquement donné : celui d'une doctrine de défense du projet européen et donc implicitement, pour ce qui nous intéresse ici, de dénonciation des pratiques contraires au droit de l'Union. « La discipline du droit communautaire/droit européen a trouvé sa raison d'être dans une forme de soutien et de consolidation du projet d'intégration »²³. Dès les débuts de la construction communautaire, les spécialistes, venus de la science du droit international, ont systématisé et défendu les concepts fondateurs : primauté, effet direct, autonomie institutionnelle et procédurale, Communauté de droit... Ils ont mis au jour les spécificités de l'ordre juridique de l'Union. À compter du Traité de Maastricht, ils ont soutenu le processus de constitutionnalisation, développant les notions d'identité constitutionnelle, de pluralisme constitutionnel, de citoyenneté européenne ou de valeurs de l'Union, appuyant l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Puis au début des années 2000, ils ont activement soutenu la rédaction du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, expliquant la légitimité de la démarche constituante dans un ordre juridique non étatique.

En raison de l'évolutivité du droit de l'Union, la doctrine européeniste n'a pas été et n'est pas la gardienne d'une Constitution, elle n'est pas la vigie d'un ordre constitutionnel préétabli. Elle a contribué à l'élaboration d'un droit constitutionnel en devenir, dans un ordre juridique de type nouveau. Elle en surveille aujourd'hui les transformations pour prévenir les atteintes qui pourraient être portées aux bases structurelles du fonctionnement constitutionnel européen.

2°) L'appréhension institutionnelle et politique des comportements constitutifs de pratiques anticonstitutionnelles

Si l'expression « pratiques anticonstitutionnelles » n'est pas mobilisée dans la vie politique et juridique de l'Union, un vocabulaire, qui remplit une fonction similaire, existe. Les traités eux-mêmes l'utilisent : un État peut « manquer à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités » aux termes de l'article 258 TFUE ; l'article 7 TUE identifie un « risque clair de violation grave », puis une « violation grave et persistante » des valeurs de l'article 2 TUE.

Sur cette problématique, chaque institution s'exprime avec son langage propre. La Commission, gardienne des traités, publie depuis 2020 un rapport annuel sur l'État de droit, employant un vocabulaire juridique, s'intéressant aux violations de l'État de droit, aux atteintes à l'indépendance judiciaire et aux procédures d'infraction²⁴. Le Parlement européen tient un langage plus politique : il adopte des résolutions s'inquiétant de la détérioration de la démocratie et des droits fondamentaux. Il a pu déclencher l'article 7 contre la Hongrie²⁵. Le Conseil, en raison de sa composition intergouvernementale, s'exprime plus prudemment. La Cour de justice, enfin, ne formule plus seulement des constats techniques. Elle est un acteur majeur en ce qu'elle fixe les conditions juridiques de l'appartenance à une Union fondée sur des valeurs communes²⁶. Sa jurisprudence récente en atteste. Le 18 décembre 2025, elle a condamné la Pologne en raison des décisions de son Tribunal constitutionnel contestant la primauté et l'autorité de sa jurisprudence. Le 21 avril 2026, en assemblée plénière dans l'affaire *Commission c. Hongrie*, elle a admis, pour la première fois dans un recours en manquement, un grief autonome tiré de la violation de l'article 2 TUE²⁷. Une même logique irrigue le

²² G. MARTI, intervention, « Que risque un État s'il désobéit aux règles européennes ? », *Public Sénat*, 5 mai 2022 ; France Culture, *L'invitée des matins*, 6 mars 2026, invitées S. HENNETTE VAUCHEZ et M. LAFOURCADE.

²³ L. AZOULAI, « Solitude, désespoir et conscience critique », *Politique européenne*, 2015, 4(50), p. 82-98, p. 84.

²⁴ Commission européenne, communication « Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit », COM(2014) 158 final ; rapports annuels sur l'État de droit depuis 2020.

²⁵ Parlement européen, *Résolution du 12 septembre 2018 relative à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, TUE, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée*, 2017/2131(INL), P8_TA(2018)0340, JOUE C 433, 23 décembre 2019, p. 66-85.

²⁶ Sur cette articulation, v. É. DUBOUT, « Integration Through the Rule of Law? La judiciarisation de l'État de droit dans l'Union européenne », *Revue des Affaires Européennes*, 2019, p. 51.

²⁷ CJUE, Gde ch., 18 décembre 2025, *Commission c. Pologne*, C-448/23 ; CJUE, Ass. plén., 21 avril 2026, *Commission c. Hongrie*, C-769/22.

règlement 2020/2092 relatif au régime général de conditionnalité pour la protection du budget, qui retient comme indices d'une violation de l'État de droit les atteintes à l'indépendance de la justice et l'incapacité à corriger ou sanctionner les décisions arbitraires des autorités publiques²⁸.

Les États eux-mêmes participent de ces opérations de qualification, avec une ambivalence caractéristique. Prompts à dénoncer les pratiques anti-européennes de leurs homologues ou des Institutions²⁹, ils savent aussi critiquer la rigueur de Bruxelles et les positions fermes de la Commission ou de la Cour de justice lorsqu'elles contrarient leurs intérêts³⁰. Cette ambivalence n'est pas nouvelle. R.-J. Dupuy l'observait déjà en 1979, relevant que l'organisation, bien que créée par les États, « tend, comme toute créature, à se libérer du créateur » et « s'efforce d'étendre son autorité par des moyens divers de pression ou de contrôle aux dépens des États qui l'ont créée et qui la composent »³¹.

Ce bref panorama permet de prendre la mesure de l'existence avérée de pratiques anticonstitutionnelles dans l'Union : sans être exactement nommées ainsi, elles sont identifiées. Partant, peut-on tenter d'élaborer une nouvelle catégorie juridique ?

B. DES PRATIQUES QUALIFIÉES, UN CONCEPT À CONSTRUIRE

1°) Définir les pratiques anticonstitutionnelles : difficultés théoriques

Le terme de « pratiques anticonstitutionnelles » n'est pas aisé à définir. Le récent débat doctrinal français sur cette question a donné la mesure de l'incertitude de l'expression³². Il invite à une prudence redoublée s'agissant de la transposition de la notion à un ordre constitutionnel composite comme celui de l'Union.

La première difficulté tient au mot « pratique ». Il désigne ici un comportement, une manière d'agir imputable à une autorité publique. Il peut s'agir de la production d'une norme, comme l'adoption d'une loi nationale. Il peut aussi s'agir d'un comportement matériel positif d'un gouvernement, d'un chef d'État ou d'une abstention, comme le refus d'exécuter un arrêt de la Cour de justice ou la non transposition d'une directive. La pratique peut être ponctuelle ou répétée, actuelle ou ancienne. Les Institutions européennes peuvent elles aussi adopter des actes contraires au droit primaire. Elles peuvent adopter des manières d'agir, des comportements qui ne sont pas inscrits dans les traités. Les « trilogues »³³, ces négociations informelles entre le Parlement, le Conseil et la Commission, structurent aujourd'hui la procédure législative. Une pratique peut ainsi compléter les textes sans leur être contraire. Elle peut même faciliter leur application.

La seconde difficulté tient au qualificatif « anticonstitutionnel ». L'inconstitutionnalité, au sens classique, est la contrariété d'un acte à une norme constitutionnelle. Transposée à l'Union, elle correspond à la méconnaissance par un acte des règles supérieures inscrites dans les traités.

La notion de pratique anticonstitutionnelle permet d'aller au-delà de la confrontation entre deux normes. Elle peut saisir des actes matériels, des abstentions ou une succession de mesures dont chacune

²⁸ Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020, not. art. 2 et 3.

²⁹ V. en ce sens le discours du Président français E. Macron, devant le Parlement européen, au moment de la prise de présidence française, 19 janvier 2022 ; <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2022/01/19/discours-du-president-emmanuel-macron-devant-le-parlement-europeen> (consulté le 21 août 2026) : « La fin de l'État de droit, c'est le règne de l'arbitraire. La fin de l'État de droit, c'est le signe du retour aux régimes autoritaires, au bégaiement de notre histoire. Oui, derrière tout cela, il y a un combat idéologique. Ce combat (...) revient chez plusieurs de nos pays ».

³⁰ V. E. Macron, conférence de presse à l'issue du conseil européen du 22 octobre 2021, qui met en garde contre la tentation de Bruxelles de régler la crise de l'état de droit en Pologne uniquement par la voie des sanctions juridiques ou budgétaires automatiques et sur la nécessité de préserver l'unité par le compromis au Conseil. <https://www.vie-publique.fr/discours/282142-emmanuel-macron-22102021-union-europeenne> (consulté le 18 août 2026)

³¹ R.-J. DUPUY, *Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public*, R.C.A.D.I., 1979, IV, p. 49.

³² En atteste le récent débat doctrinal français : A. VIDAL-NAQUET, « Démission d'Élisabeth Borne : "Les comportements des acteurs politiques sont en contradiction avec ce que prévoient les normes juridiques" », *Le Monde*, 10 janvier 2024 ; A. LE DIVELLE, « Anticonstitutionnellement ? Courtes remarques sur le mésusage du mot le plus long », *Blog de Jus Politicum*, 29 février 2024 ; A. VIDAL-NAQUET, « Oiseaux... Quelques remarques sur la trahison des mots et des normes », *Blog de Jus Politicum*, 13 mars 2024.

³³ G. RUGGE, *Trilogues : The Democratic Secret of European Legislation*, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in European Law and Policy », 2025 ; P. LEINO-SANDBERG, « Transparency and Trilogues: Real Legislative Work for Grown-Ups ? », *European Journal of Risk Regulation*, 2023, 14(2), p. 271-291.

n'est pas nécessairement illégale, mais dont l'ensemble affaiblit une exigence structurante de l'ordre européen. De manière conventionnelle, elle peut ainsi désigner les comportements, matériels ou normatifs, des autorités tenues par les normes constitutionnelles qui en révèlent la violation³⁴.

A propos de la Pologne, la Cour n'a pas seulement relevé une irrégularité isolée : elle a examiné dans leur contexte plusieurs mesures relatives au régime disciplinaire des juges et constaté l'atteinte portée à leur indépendance³⁵. Elle a ensuite condamné la mise en cause, par le Tribunal constitutionnel polonais, de la primauté du droit de l'Union et de l'autorité de ses arrêts³⁶. Ces exemples font apparaître le seuil recherché. Une pratique devient anticonstitutionnelle lorsqu'elle compromet l'indépendance du juge, la primauté, l'équilibre institutionnel, le contrôle démocratique ou les valeurs de l'article 2 TUE. Toutes les violations du droit de l'Union ne présentent donc pas, par elles-mêmes, un caractère anticonstitutionnel.

2°) Qualifier les pratiques anticonstitutionnelles : une démarche empirique

À partir de ces observations, une approche peut être proposée avec prudence. Constituerait une pratique anticonstitutionnelle un comportement d'un État ou d'une institution qui, par son objet ou ses effets, porte atteinte à une exigence structurelle de l'ordre constitutionnel européen. Cette catégorie n'est consacrée ni par la doctrine ni par le juge. Elle cherche à saisir ce que l'illégalité ou le manquement ne suffisent pas toujours à décrire.

La qualification reste concrète : elle dépend de l'auteur, du comportement en cause et des effets produits. La durée et la répétition du comportement peuvent compter, sans être toujours décisives. Il s'agit de chercher si la pratique compromet la limitation ou le contrôle du pouvoir dans l'Union.

Cette appréciation comporte nécessairement une marge d'interprétation, qui peut néanmoins être objectivée en s'appuyant sur une règle ou un principe identifiable, sur la jurisprudence de la Cour et sur les effets constatés de la pratique. L'article 2 du règlement 2020/2092 sur la conditionnalité budgétaire fournit, à cet égard, plusieurs éléments concrets pour apprécier les atteintes à l'État de droit³⁷ : légalité, sécurité juridique, interdiction de l'arbitraire, séparation des pouvoirs et protection juridictionnelle effective. La répétition des actes, leur convergence, l'affaiblissement du contrôle ou leur caractère difficilement réversible peuvent compléter l'analyse. Cette objectivation reste toutefois relative en fonction de l'interprète, dont la démarche peut être – comme il en va pour la Cour de justice – « pétrie d'axiologie »³⁸.

Une gradation peut enfin être esquissée. Toutes les pratiques contestables n'ont pas la même gravité. On peut établir une échelle de violation. Certaines s'écarteront ponctuellement d'une règle, d'autres détournent une compétence, se livrent à un « bras de fer constitutionnel » pour affaiblir le régime³⁹, quand les plus graves transforment progressivement l'ordre constitutionnel lui-même.

En résumé, il est possible de délimiter conceptuellement ce que sont les pratiques anticonstitutionnelles en droit de l'Union. Elles peuvent être définies comme tout comportement, isolé ou répétitif, imputable à une autorité nationale ou européenne qui, par violation directe, évitement ou instrumentalisation des règles et principes structurant l'ordre constitutionnel de l'Union, en compromet une exigence essentielle, sans revêtir nécessairement la forme d'un acte illégal.

Cette proposition conceptuelle s'appuie sur l'observation empirique des pratiques qui peuvent être qualifiées d'anticonstitutionnelles dans l'Union, mais elle n'est pas stabilisée dans la doctrine

³⁴ X. MAGNON et A. VIDAL-NAQUET, texte de présentation du colloque *Des pratiques anticonstitutionnelles à la nomopathie de la Constitution*, Aix-Marseille, Université, ILF-GERJC, 5 et 6 mai 2025.

³⁵ CJUE, Gde ch., 15 juillet 2021, *Commission c. Pologne*, C-791/19.

³⁶ CJUE, Gde ch., 18 décembre 2025, *Commission c. Pologne*, C-448/23.

³⁷ Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, art. 2, sous a). Voir infra II. B. 3°)

³⁸ L. COUTRON, « Sollicitations et réponses de la Cour de justice de l'Union européenne dans la crise de l'État de droit », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2023, chron. n° 8

³⁹ M. V. TUSHNET, "Constitutional Hardball", *John Marshall Law Review*, vol. 37, 2004, p. 523-553; J. FISHKIN et D. E. POZEN, "Asymmetric Constitutional Hardball", *Columbia Law Review*, vol. 118, 2018, p. 915-982.

européenne. Cela étant, ce que le concept décrit ici se trouve au cœur des politiques institutionnelles et juridictionnelles de l'ordre juridique de l'Union.

II. SAISIR EN DROIT POSITIF LES PRATIQUES ANTICONSTITUTIONNELLES DANS L'UNION EUROPÉENNE

Parce qu'elles sont inhérentes et consubstantielles à tout ordre juridique, les pratiques anticonstitutionnelles existent dans l'Union européenne. Même si l'expression n'est pas usitée, ces pratiques sont identifiées par la doctrine. Reste à savoir comment le droit de l'Union européenne les appréhende : s'il a prévu des mécanismes préventifs, répressifs ou autres ; si les outils mis en place sont à la hauteur des dangers démocratiques que représentent ces pratiques. Il existe bien des mécanismes de prévention et de veille, mais leur effectivité est relative (A). Quant aux mécanismes de sanction, en plus des instruments juridictionnels classiques que sont le manquement ou l'annulation, se sont ajoutés plus récemment des instruments politiques et budgétaires sévères, mais qui n'ont pu encore déployer tous leurs effets (B).

A. LA PRÉVENTION DES PRATIQUES ANTICONSTITUTIONNELLES : UNE EFFECTIVITÉ RELATIVE

Le droit de l'Union a prévu des mécanismes pour prévenir et surveiller les bonnes pratiques, avant et après l'adhésion à l'Union européenne.

1°) Avant l'adhésion : les critères de Copenhague exigeants

L'article 49 TUE subordonne l'adhésion au respect et à la promotion des valeurs de l'article 2 TUE et impose de prendre en compte les critères d'éligibilité arrêtés par le Conseil européen. Parmi ceux-ci figurent les critères de Copenhague, définis en juin 1993 : stabilité des institutions garantissant la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme ainsi que le respect et la protection des minorités. S'y ajoute l'existence d'une économie de marché viable et la capacité à faire face à la pression concurrentielle et aux forces du marché à l'intérieur de l'Union ; et enfin l'aptitude à assumer les obligations découlant de l'adhésion (la reprise de l'acquis).

Cette conditionnalité permet d'exiger des réformes avant l'adhésion. Elle ne garantit toutefois pas qu'une régression ne se produira pas après l'entrée de l'État dans l'Union. Cette difficulté a conduit la Cour à consacrer dans l'arrêt *Repubblika* un principe de non-régression de la protection de la valeur de l'État de droit. La Cour énonce qu'un « État membre ne saurait donc modifier sa législation de manière à entraîner une régression de la protection de la valeur de l'État de droit, valeur qui est concrétisée, notamment, par l'article 19 TUE »⁴⁰.

Mais cet arrêt ne peut empêcher, par la seule force du principe énoncé, la survenue de pratiques déviantes *ex post*. Le droit ne peut qu'organiser, à compter de leur apparition, les conditions de leur détection et de leur correction.

2°) Après l'adhésion : une surveillance non contraignante

Sur un autre plan, depuis 2020, la Commission, en gardienne des traités, publie chaque année un rapport sur l'État de droit consacré aux systèmes judiciaires, à la lutte contre la corruption, au pluralisme des médias et aux contre-pouvoirs institutionnels. Depuis 2022, elle adresse des recommandations aux États membres et en contrôle le suivi l'année suivante. Ces rapports, dépourvus de force contraignante, sont des instruments de *soft law*, de gouvernance par l'information : la publicité de ces rapports est censée exercer une pression politique et réputationnelle sur les États mis en cause.

Leur efficacité est pourtant limitée. Ils ne permettent pas à eux seuls de faire cesser les violations⁴¹. La logique dite du *name and shame* dépend de la sensibilité des États visés et de la valeur qu'ils accordent à leur prétendue réputation internationale. Les gouvernants ayant construit leur légitimité sur une

⁴⁰ CJUE, Gde ch., 20 avril 2021, *Repubblika c. Il-Prim Ministru*, C-896/19, pt. 63.

⁴¹ V. not. T. CONZELMANN, "Peer Reviewing the Rule of Law? A New Mechanism to Safeguard EU Values", *European Papers*, vol. 7, no 2, 2022, p. 671-695 ; D. KOCHENOV, "Elephants in the Room: The European Commission's 2019 Communication on the Rule of Law", *Hague J Rule Law* 2019, 11, p. 423-438.

rhétorique populiste, de défiance à l'égard de Bruxelles, vont minorer ces appréciations et même, par un effet boomerang, s'en prévaloir pour dénoncer les ingérences européennes.

La critique de l'inefficacité de ces rapports rejoint la critique plus générale, qui reproche à la Commission de ne pas mobiliser suffisamment les instruments contraignants dont elle dispose⁴². Notons toutefois que les rapports annuels peuvent venir au soutien de l'argumentation qui servira par la suite à l'engagement de procédure de sanction : il en va ainsi pour le recours en manquement, engagé par la Commission devant la Cour de justice ; le recours en manquement, n'étant qu'un mécanisme de sanction, au cœur d'un dispositif pluriel.

B. LA SANCTION DES PRATIQUES ANTICONSTITUTIONNELLES : UN DISPOSITIF PLURIEL

1°) Sanction juridictionnelle : la Cour de justice sur le front de l'anticonstitutionnalité

La compétence de la Cour de justice pour connaître des pratiques anticonstitutionnelles est bien établie et ce, depuis les débuts de la construction communautaire. Cour plurifonctionnelle, elle exerce, au gré des différentes procédures et recours prévus par les traités, des fonctions de juge constitutionnel, juge administratif, juge international, juge interprète...

Le droit de l'Union offre, à cet égard, un contraste avec les systèmes nationaux reposant sur une juridiction constitutionnelle unique. Son système juridictionnel est intégré. Les juridictions nationales assurent l'application décentralisée du droit de l'Union et le contrôle des actes nationaux, tandis que la Cour de justice conserve le monopole de la déclaration d'invalidité des actes de l'Union. Le renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE organise leur coopération et garantit l'unité d'interprétation du droit de l'Union. Il est devenu essentiel lorsque les juridictions suprêmes ou constitutionnelles étatiques contribuent elles-mêmes à remettre en cause l'État de droit. Dans l'arrêt *Euro Bax Promotion*, la Cour a jugé qu'une juridiction roumaine inférieure devait pouvoir écarter une jurisprudence constitutionnelle nationale contraire aux exigences du droit de l'Union (notamment au principe de primauté), sans s'exposer à une sanction disciplinaire⁴³.

S'agissant des recours directs, deux d'entre eux sont utiles ici.

Le recours en annulation prévu à l'article 263 TFUE permet de contrôler les pratiques imputables aux Institutions. L'arrêt *Meroni* a ainsi encadré la délégation de pouvoirs à des organismes non prévus par les traités. Il interdit la délégation d'un pouvoir discrétionnaire susceptible de modifier l'équilibre institutionnel⁴⁴. Dans l'arrêt *Chernobyl* de 1990, la Cour a reconnu au Parlement européen le droit d'agir pour défendre ses prérogatives, alors même que les traités ne le prévoyaient pas encore⁴⁵. La Cour n'a pas une approche formaliste : tout acte destiné à produire des effets juridiques obligatoires peut, en principe, être contesté dès lors qu'il viole les traités⁴⁶. Le recours en annulation, lorsqu'il est rejeté, permet, à l'inverse, d'asseoir l'autorité des décisions européennes au soutien de la défense de l'État de droit. Saisie d'un tel recours contre le mécanisme de conditionnalité budgétaire, qui permet aux Institutions politiques de protéger le budget de l'Union contre certaines violations de l'État de droit⁴⁷, la Cour a écarté un à un les arguments de la Pologne et de la Hongrie, confortant l'autorité de ce règlement, proposé par la Commission, adopté par le Parlement européen et le Conseil puis déclaré *in fine* régulier par les juges du Kirchberg. La Cour de justice a ainsi montré l'unité politique et juridique européenne au soutien de la défense d'un nouveau mécanisme de défense de l'État de droit.

⁴² K. L. SCHEPPELE, "The Treaties Without a Guardian : The European Commission and the Rule of Law", *Columbia Journal of European Law*, vol. 29, no 2, 2023, p. 93-183 ; A.-L. KOVÁCS, « L'impasse normative de l'Union européenne face aux violations de l'État de droit », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2023, n° 2, p. 311-358.

⁴³ CJUE, Gde ch., 21 décembre 2021, *Euro Bax Promotion e.a.*, aff. jtes C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 et C-840/19.

⁴⁴ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c. Haute Autorité*, aff. 9/56 ; CJUE, Gde ch., 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c. Parlement et Conseil*, aff. C-270/12 (l'arrêt précise les conditions dans lesquelles des pouvoirs peuvent être confiés aux agences de l'Union).

⁴⁵ CJCE, 22 mai 1990, *Parlement c. Conseil*, aff. C-70/88.

⁴⁶ CJUE, Gde ch., 20 février 2018, *Belgique c. Commission*, aff. C-16/16 P.

⁴⁷ CJUE, Ass. plén., 16 février 2022, *Hongrie c. Parlement et Conseil*, aff. C-156/21, et *Pologne c. Parlement et Conseil*, aff. C-157/21.

Le recours en manquement, qui vise à condamner les États qui ont manqué à leurs obligations européennes (mauvaise ou non transposition d'une directive, défaut de mise en œuvre d'un règlement européen), a acquis récemment une fonction proprement constitutionnelle. Son évolution est significative⁴⁸. Initialement conçu pour assurer le respect par les États de leurs obligations communautaires, il est devenu un instrument de protection des exigences constitutionnelles de l'Union. Depuis l'arrêt dit des juges portugais (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*), l'article 19, § 1, al. 2 TUE, lu à la lumière de l'article 2 TUE, permet à la Cour de contrôler l'indépendance de toute juridiction nationale susceptible d'appliquer le droit de l'Union⁴⁹. Ce fondement a permis de condamner la Pologne en raison de l'abaissement de l'âge de départ à la retraite des juges de la Cour suprême, puis de son régime disciplinaire des magistrats⁵⁰. Le recours en manquement, engagé par la Commission (ou les États) ne se contente plus de sanctionner les méconnaissances ponctuelles du droit dérivé, il poursuit un objectif plus ambitieux : celui d'assurer la protection du constitutionnalisme européen.

Le contrôle de la Cour de justice peut être renforcé par des mesures provisoires adoptées sur le fondement de l'article 279 TFUE. Dans l'affaire *Commission contre Pologne*, en 2021, la Cour a ordonné le 14 juillet, la suspension de plusieurs dispositions relatives à la justice polonaise, puis imposé, le 27 octobre, une astreinte d'un million d'euros par jour pour assurer l'exécution de ces mesures⁵¹.

Ces différentes voies témoignent ainsi d'une transformation du contentieux de l'Union. Conçues initialement pour garantir la stricte conformité des actes et le respect des obligations découlant des traités, elles participent désormais à la défense du constitutionnalisme européen, c'est-à-dire de l'équilibre institutionnel, de l'indépendance de la justice, de la primauté, de l'effectivité et de l'application uniforme du droit de l'Union.

2°) Sanction politique : l'arme nucléaire de l'article 7 TUE

L'article 7 TUE constitue le mécanisme de sanction politique ultime pour les violations de l'article 2 TUE, qualifié par certains – sans doute excessivement – d'option nucléaire (« *nuclear option* »)⁵².

Il comporte un volet préventif, fondé sur le constat d'un risque clair de violation grave, puis un volet répressif en deux temps : le Conseil européen doit d'abord constater à l'unanimité l'existence d'une violation grave et persistante puis le Conseil peut ensuite suspendre, à la majorité qualifiée, certains droits de l'État concerné.

Déclenchée contre la Pologne en décembre 2017 puis contre la Hongrie en septembre 2018, la procédure n'a dépassé, dans aucun des cas, le stade préventif. La procédure visant la Pologne a été close en mai 2024, après le retrait par la Commission de sa proposition motivée ; tandis que celle concernant la Hongrie demeure ouverte⁵³. L'unanimité requise au stade de la sanction a favorisé une protection mutuelle des États concernés. L. Pech et K. L. Scheppele ont souligné l'ineffectivité de ce mécanisme, conçu pour des violations isolées et non pour des dérives systémiques concertées entre États

⁴⁸ L. COUTRON souligne « l'intrication frappante du renvoi préjudiciel en interprétation et du recours en manquement dans la neutralisation des mesures nationales attentatoires à l'État de droit », in L. COUTRON, « Sollicitations et réponses de la Cour de justice de l'Union européenne dans la crise de l'État de droit », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2023, chron. n°8.

⁴⁹ CJUE, Gde ch., 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16.

⁵⁰ CJUE, Gde ch., 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18 ; CJUE, Gde ch., 15 juillet 2021, *Commission c. Pologne*, aff. C-791/19.

⁵¹ CJUE, ord., 14 juillet et 27 octobre 2021, *Commission c. Pologne*, aff. C-204/21 R.

⁵² J. M. BARROSO, « State of the Union 2012 Address », discours prononcé devant le Parlement européen, Strasbourg, 12 septembre 2012, SPEECH/12/596 ; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_596 (consulté le 28 août 2026). *Contra* lire : L. PECH et K. L. SCHEPPELE, « Is Article 7 Really the EU's "Nuclear Option"? », *Verfassungsblog*, 6 mars 2018.

⁵³ En Pologne, la clôture de la procédure fait suite à la défaite du PiS lors des élections du 15 octobre 2023 et à l'adoption d'un plan d'action en février 2024 pour restaurer l'État de droit et réparer les réformes du PiS. À cet égard, la défaite de V. Orban le 12 avril 2026 pourrait ouvrir en Hongrie la voie à la clôture de la procédure. La procédure pourra être close après vérification de la disparition des motifs qui ont conduit à son déclenchement.

membres⁵⁴. Certains évoquent une disposition morte⁵⁵. L'échec de l'article 7 TUE à endiguer les pratiques anticonstitutionnelles illustre une limite inhérente à la nature de l'Union⁵⁶, qui reste une organisation fondée sur le consentement des États, manifesté ici par la survivance du vote à l'unanimité dans ces domaines sensibles.

3°) Sanction budgétaire : toucher le nerf de la guerre

Le règlement 2020/2092, dit règlement « État de droit », entré en vigueur le 1er janvier 2021, permet l'adoption de mesures de protection budgétaire lorsque des violations des principes de l'État de droit dans un État membre affectent - ou risquent sérieusement d'affecter -, d'une manière suffisamment directe, la bonne gestion financière du budget de l'Union ou la protection de ses intérêts financiers. La Commission instruit la procédure et propose les mesures qui sont ensuite adoptées par le Conseil à la majorité qualifiée. Le règlement offre ainsi une voie distincte de celle de l'article 7 TUE, qui ne dépend pas d'un vote à l'unanimité. Il permet de suspendre les paiements du budget de l'Union aux États dont les violations de l'État de droit affectent la bonne gestion des fonds. Visée, la Hongrie a adopté, en 2022, une série de mesures correctives pour débloquent les fonds gelés, dont la sincérité reste discutée.

Le lien entre la violation constatée (défaillances affectant l'indépendance judiciaire, la prévention de la fraude et de la corruption, le contrôle juridictionnel effectif) et la sanction prononcée doit être démontré cas par cas par la Commission, sous le contrôle de la Cour de justice. La Pologne et la Hongrie ont, sans succès, contesté la validité même de ce règlement. Comme vu *supra*, la Cour a rejeté les recours en annulation dans les arrêts *Hongrie contre Parlement* et *Pologne contre Parlement* du 16 février 2022⁵⁷, écartant notamment le moyen tiré du contournement allégué de l'article 7 TUE. Elle a opéré une distinction fonctionnelle entre les deux mécanismes : le règlement vise à protéger le budget de l'Union contre des atteintes découlant de manière suffisamment directe de violations des principes de l'État de droit, et non pas à sanctionner, en soi, de telles violations. Ainsi le déclenchement du mécanisme est conditionnel, subordonné à l'existence d'un lien avec la gestion des fonds européens et à la marge d'appréciation politique que conserve la Commission quant à l'appréciation des conditions de son déclenchement et au choix des mesures proposées.

L'adoption de ce règlement est un progrès réel dans la lutte contre les pratiques anticonstitutionnelles, en ce qu'il contourne l'inefficacité pratique de l'article 7 TUE, par la mise en place d'un mécanisme fondé sur des critères précis, assorti de sanctions budgétaires concrètes, sans être tributaire du blocage politique de l'unanimité. Mais il est limité : son champ reste cantonné aux atteintes ayant une incidence budgétaire suffisamment directe, ce qui le rend inefficace face aux mécanismes insidieux du constitutionnalisme abusif.

* * *

Au terme de cette analyse, un constat s'impose : un ordre juridique ne peut, en pratique, empêcher et sanctionner toutes les pratiques anticonstitutionnelles. Il en va ainsi de la vie institutionnelle de toute organisation et *a fortiori* de l'Union, ordre juridique composite. Il serait illusoire de penser qu'il puisse en être autrement. La question n'est donc pas de savoir si l'Union échoue là où un État réussit mieux, mais ce que la nature de son ordre juridique change à la manière dont ces pratiques naissent et parfois se maintiennent. L'Union présente une singularité, liée à son pluralisme constitutionnel, qui offre aux pratiques anticonstitutionnelles des interstices où se loger, plus vastes que ceux que l'on peut trouver dans un État unitaire ou même fédéral. Dans cette problématique, ce n'est donc pas tant l'absence de moyens de contrainte coercitifs contre les États ou même contre les Institutions qui caractérise l'Union,

⁵⁴ L. PECH et K. L. SCHELPELE, « Illiberalism.... », *op. cit.* ; voir aussi R. D. KELEMEN, « Moving Forward on Article 7 », in *The Rule of Law in the EU : Crisis and Solutions*, SIEPS, 2023, p. 11-18, spécialement p. 13 ; K. L. SCHELPELE, « EU Can Still Block Hungary's Veto on Polish Sanctions », *Politico Europe*, 11 janvier 2016.

⁵⁵ D. KOCHENOV, « Article 7 TUE : un commentaire de la fameuse disposition "morte" », *Rev. Aff. Eur.*, 2019, n° 1, p. 33-50.

⁵⁶ C. BLUMANN, « Une avancée mal assurée de la justiciabilité de l'article 7 TUE », *Revue des affaires européennes*, 2021, n°2, p. 399-413.

⁵⁷ *Préc.*, C-156/21 et C-157/21.

que la difficulté à identifier une instance apte à distinguer une pratique anticonstitutionnelle proscrite d'une pratique dérogatoire mais tolérable.

Cette indétermination explique que certaines pratiques, bien installées, occupent une place normative incertaine, entre simple usage et véritable règle. Absents des traités, les « trilogues »⁵⁸, négociations informelles entre Parlement, Conseil et Commission, en sont une bonne illustration : ils règlent aujourd'hui l'adoption en première lecture de plus de 80 % des actes législatifs de l'Union, sans que leur nature soit bien claire ; s'agit-il d'une convention légitime du traité ou d'une pratique anticonstitutionnelle aujourd'hui normalisée, contraire à l'équilibre institutionnel voulu par les rédacteurs du traité ? Quelle que soit la réponse, ils sont devenus une pratique informelle institutionnalisée et sont mentionnés dans des documents officiels⁵⁹. Le compromis de Luxembourg de 1966 illustre, dans un autre contexte, la même ambiguïté : jamais inscrit dans les traités, cet « accord sur un désaccord » a durablement infléchi le fonctionnement du Conseil, sans que sa nature - accord politique, pratique institutionnelle, *soft law* ou convention constitutionnelle - soit claire.

La tolérance de ces pratiques dérogatoires aux traités n'est pas sans conséquence pour les pratiques anticonstitutionnelles proprement dites. Elle établit qu'un écart durable à la lettre des traités peut, à défaut d'être sanctionné, produire des effets équivalents à ceux d'une norme. K. L. Scheppele a développé l'idée de *Constitutional Coups*⁶⁰ : des gouvernements peuvent employer des procédures légales pour transformer en substance un régime en neutralisant les contre-pouvoirs. La répétition de violations non sanctionnées de l'article 2 TUE ne diminue pas la valeur de cet article, mais elle peut affaiblir son effectivité en banalisant les comportements qu'il condamne. Le risque le plus grave serait que des pratiques, à l'abri de toute procédure juridictionnelle, deviennent, par tolérance ou acceptation tacite, politiquement normales ; autrement dit, que les pratiques anticonstitutionnelles factuelles se normalisent. *Ex facto oritur ius* (le droit naît du fait) dit l'adage latin. Le danger est réel : car un ordre constitutionnel ne se délite pas seulement par la violation de ses principes fondamentaux, mais aussi par l'habitude et l'accoutumance à leur violation. Il en va ainsi pour l'Union européenne comme pour toutes les démocraties contemporaines.

⁵⁸ Cités *supra*. V. références.

⁵⁹ *Déclaration commune sur les modalités pratiques de la procédure de codécision* (article 251 du traité CE), JO C 145 du 30 juin 2007, p. 5-9.

⁶⁰ K. L. SCHELPELE, « Constitutional Coups in EU Law », in M. ADAMS, A. MEUWESE ET E. HIRSCH BALLIN (dir.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, 2017, p. 446-478