

Directrice de rédaction : **Nataša Danelciuc-Colodrovschi**

Sous l'égide de l'Institut Louis Favoreu-GERJC CNRS UMR 7318 (DICE)
et de l'Association Francophone des Chercheurs sur les Pays de l'Est



Sommaire

- La menace fantôme : la réforme constitutionnelle de 2020 en Russie
- Lex TVN : la dispute sur les médias indépendants et la démocratie polonaise
- L'efficacité contre l'effectivité : une nouvelle approche dans le contrôle de la constitutionnalité du droit de l'Union européenne en Hongrie
- La loi comme acte normatif individuel – une véritable *contradictio in terminis* dans le système juridique roumain
- Comment restaurer le constitutionnalisme dans une démocratie illibérale ?
- Et si l'avenir de l'Union européenne était aussi à l'Est ?
- Des réformes sans progrès visibles dans le domaine de l'État de droit : le constat sévère de la Cour des comptes européenne à l'issue de l'évaluation de l'efficacité du soutien financier apporté aux pays des Balkans occidentaux

ÉDITORIAL

Nataša DANELCIUC-COLODROVSCHI

Docteure en droit public, Chargée d'enseignements à SciencesPo Aix, Professeure invitée à l'Université d'État « A. Russo » de Bălți (Moldavie)

Quels sont les moyens pouvant être utilisés pour stopper le recul de l'État de droit ? Une question qui, comme le révèlent plusieurs contributions de ce nouveau numéro du bulletin, préoccupe les milieux scientifique et politique, au niveau national comme à celui européen. L'on constate même une mobilisation qui se renforce, preuve que les inquiétudes augmentent en ce qui concerne la pérennité des évolutions enregistrées depuis la chute du Mur de Berlin sur le terrain de l'État de droit, que l'on considérait comme acquises à jamais.

Au niveau scientifique, Angela Di Gregorio et Jan Sawicki font une présentation du débat doctrinal mené par des constitutionnalistes de renommée mondiale sur le désormais célèbre blog allemand *Verfassungsblog.de*. Principalement axées sur la question du rétablissement du « constitutionnalisme violé » hongrois, dans la perspective d'une re-transformation de l'ordre constitutionnel, qui serait nécessaire dans le cas où interviendrait une alternance politique à l'issue des prochaines élections législatives, les réflexions des représentants de la doctrine, mobilisés pour répondre au *call for ideas* initié par András Sajó, Andrew Arato, ont évolué vers l'étude de l'illibéralisme polonais également

et, de manière plus globale, de la théorie générale des transformations constitutionnelles.

La multiplication de leurs positions d'ordre théorique et méthodologique met en exergue le caractère complexe des décisions qui doivent être prises pour réaliser des réformes de fond et les risques de dérives qu'elles peuvent comporter. Une complexité qui – tel que relevé dans l'étude portant sur la question de l'efficacité des aides financières versées par l'Union européenne aux six pays des Balkans occidentaux en vue du renforcement de l'État de droit, ayant fait l'objet d'un rapport de la Cour des comptes européenne récemment publié – caractérise tout type de réforme, la question des traditions et de la culture nationales revenant à chaque fois sur le devant de la scène.

Cette question souvent omise au profit de standards préétablis, imposés généralement de manière unilatérale non sans une certaine dose d'arrogance, comme le souligne à juste titre Alain Delcamp, devrait pourtant être à la base des réflexions menées, y compris en amont, pour empêcher que les dérives, pour lesquelles on essaye désespérément de trouver des remèdes, se produisent. Les contributions de Katarzyna Kubuj et de Madi Myltykbaev mettent en évidence le caractère évolutif des dérives antidémocratiques. Elles n'apparaissent pas brusquement. Les expériences polonaise et russe qu'ils analysent montrent que l'érosion des règles et principes qui forment le socle d'un État de droit démocratique se produit progressivement, au rythme des réformes, parfois insignifiantes du point de vue politique, mais aussi plus importantes, qui sont généralement mises en œuvre après une préparation réfléchie de l'opinion publique, garantissant de ce fait leur acceptabilité et, en conséquence, leur légitimation.

C'est peut-être là que réside le principal point de la réflexion à mener pour « mettre à jour et dynamiser le projet commun européen » selon l'expression utilisée par Alain Delcamp dans sa contribution portant sur la place de l'Est au sein de l'Union européenne. Un projet qui ne peut être qu'inclusif si l'on souhaite sa réussite, les sorties d'impasse pouvant toujours être trouvées, une récente décision de la Cour constitutionnelle hongroise portant sur la sensible question de l'immigration, commentée par Peter Kruzsliz, en constitue l'exemple.

Bonne lecture à toutes et à tous !

médias a été dirigé contre une station de télévision privée spécifique qui restait critique envers les autorités. Dans une situation où les médias publics liés aux autorités proposent des messages conformes aux attentes des personnes au pouvoir, les restrictions proposées représentaient une menace importante pour l'indépendance des médias et leur implication dans les affaires publiques. Cette tendance a été stoppée par le Président Duda. Avant la promulgation de la loi, il y a mis son veto, ce que la coalition ne pourra pas annuler⁴⁶. De cette manière, plutôt surprenante, une autre étape de la destruction par les autorités d'un élément indépendant important de la sphère publique a été arrêtée. Compte tenu des aspirations du parti au pouvoir, des doutes subsistent quant à la durée de cet état de fait.

Katarzyna KUBUJ

*Professeure adjointe
à l'Institut des Sciences Juridiques,
Académie Polonaise des Sciences, Varsovie*

VIE JURIDICTIONNELLE

L'EFFICACITÉ CONTRE L'EFFECTIVITÉ : UNE NOUVELLE APPROCHE DANS LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE EN HONGRIE

À quelques semaines d'intervalle, à la fin de l'année 2021, deux arrêts ont été prononcés en rapport avec la politique migratoire de la Hongrie. Le premier est un

⁴⁶ Le *Sejm* pourrait annuler le veto avec une majorité qualifiée de 3/5 des voix. Si le président choisissait une autre option et demandait notamment au Tribunal constitutionnel de contrôler la constitutionnalité d'un projet de loi avant de le signer, on peut supposer sans trop se tromper que le verdict du Tribunal serait favorable au gouvernement, comme ce fut le cas pour d'autres questions sensibles (par exemple, le verdict du 22 octobre 2020, sign. K1/20, sur le durcissement de la politique d'avortement, ou le verdict du 7 octobre 2021, sign. 3/21, lorsque le Tribunal a décidé de la suprématie de la Constitution sur le droit européen). Le Président Duda est membre

arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne ⁴⁷ qui condamne l'État hongrois de ne pas avoir respecté ses obligations découlant des traités européens. Il a porté son jugement sur un dernier élément non encore sanctionné par l'Union européenne de la politique migratoire hongroise dont les mesures controversées ont été adoptées en juin 2018, après les dernières élections législatives. Le second, qui sera au cœur de la présente analyse, est celui de la Cour constitutionnelle de Hongrie ⁴⁸, qui a interprété *in abstracto* la Loi fondamentale pour en tirer des conclusions, à la demande de la ministre de la Justice, relatives aux limites constitutionnelles et aux obligations qui en découlent face à l'action ou pour compenser, ainsi que nous allons le voir, l'inaction de l'Union européenne dans la réalisation de sa politique migratoire.

Si nous nous intéressons ici essentiellement à l'arrêt constitutionnel qui rouvre la question des rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et le droit constitutionnel, en occurrence hongrois, nous ne pouvons pas passer à côté du contexte, aussi bien de forme – qui se caractérise par des rapports de plus en plus tendus entre la juridiction européenne et les juges constitutionnels, y compris hongrois – que de fond, constitué par un débat politique particulièrement aigu entre l'Union européenne et la Hongrie en matière de gestion des flux migratoires.

Avant de nous concentrer sur l'innovation, à notre avis, majeure, que la Cour constitutionnelle a apportée dans son

du parti au pouvoir et il accepte en principe les réformes présentées par le gouvernement et le parlement et signe les lois. De temps en temps, cependant, le président prend des mesures par lesquelles il veut manifester son indépendance, comme l'illustre son veto au projet de loi sur *Lex TVN* et, plus tôt, à l'un des projets de loi concernant les réformes judiciaires.

⁴⁷ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 16 novembre 2021, affaire C- 821/19, *Commission européenne contre la Hongrie*, ECLI:EU:C:2021:930.

⁴⁸ Arrêt de la Cour constitutionnelle de Hongrie n° 32/2021 (XII. 20.) du 20 décembre 2021.

arrêt – d'ailleurs très modéré à plusieurs égards – pour répondre à la question de plus en plus actuelle et pertinente⁴⁹ sur les limites constitutionnelles de l'application du droit de l'Union européenne, nous rappellerons quelques-uns de ces éléments contextuels.

Premièrement, en ce qui concerne le contexte formel, il est à rappeler que le dialogue, même parfois intensif, entre les juridictions européenne et nationale⁵⁰, offre un cadre particulièrement opportun pour retrouver les moyens adéquats à la réconciliation des ordres juridiques. Dans l'affaire également récente de l'année dernière⁵¹, donnant lieu à l'arrêt du Conseil d'État français, c'est justement grâce à la marge d'appréciation dont bénéficient les interprétations juridictionnelles que le conflit a été évité, même si la Haute juridiction a décidé finalement de bien déterminer les limites⁵² que le droit constitutionnel français impose à l'application du droit de l'Union, tel qu'interprété par le juge européen. L'importance de ce dialogue a été maintes fois rappelée par la Cour de justice de l'Union européenne et également soulignée, à plusieurs reprises, par la Cour constitutionnelle de Hongrie, notamment dans son arrêt de principe précédent, dont l'un des éléments clé est justement la solution des conflits entre les ordres juridiques dans ce dialogue mené dans un esprit de « collégialité »⁵³ entre la juridiction constitutionnelle hongroise et le juge européen.

Néanmoins, nous devons également admettre que ce dialogue ressemble souvent plus à un débat qu'à un échange qui vise la recherche de compromis. À ce titre, nous pourrions rappeler l'arrêt constitutionnel allemand déjà mentionné⁵⁴ où, malgré le dialogue formel qu'il a initié, pour la première fois dans son histoire, avec la Cour de justice,⁵⁵ la Cour constitutionnelle fédérale allemande a mis en avant des limites de principe n'ouvrant aucune voie à une réconciliation juridique et obligeant les acteurs politiques à aboutir à une solution, certes pas très compliquée, pour résoudre finalement les oppositions de principe⁵⁶. Et nous n'avons pas besoin de parcourir la liste des arrêts constitutionnels jusqu'à celui très discuté du Tribunal constitutionnel polonais, rendu en début d'automne⁵⁷, pour constater que ces échanges entre juges peuvent se transformer en un dialogue de sourds. Le juge constitutionnel national et le juge de l'Union européenne réaffirment souvent ses compétences pour s'attribuer le droit au dernier mot qui ne caractérise pas un dialogue dont les deux louent souvent les mérites.

De plus, ce dialogue où les interlocuteurs cherchent à se réserver le droit au dernier mot ne permet pas de résoudre les conflits, en raison du fait qu'à leur origine, se trouve une opposition de principe fondamentale qui existe entre les fondements mêmes du droit constitutionnel et ceux du droit de l'Union européenne et qui se cristallise dans le dilemme insolvable se dressant entre la

⁴⁹ Pour rappeler l'actualité et l'intérêt du sujet, il suffit de nous référer à des jurisprudences plus ou moins récentes des juridictions suprêmes nationales des États membres, notamment de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale de l'Allemagne dans l'affaire *PSPP* du 5 mai 2020, BVerfG, 5 mai 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, ou de l'arrêt du Conseil d'État du 21 avril 2021, n° 393099.

⁵⁰ Nous faisons référence à la procédure de renvoi préjudiciel telle, que prévue par l'article 267 TFUE.

⁵¹ L'arrêt du Conseil d'État du 25 avril 2021, *op. cit.*

⁵² *Ibid.*, §§ 6, 7 et 8.

⁵³ Arrêt de la Cour constitutionnelle de Hongrie n° 22/2016 (XII. 5.) du 5 décembre 2016.

⁵⁴ Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire *PSPP*, *op. cit.*

⁵⁵ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'affaire n° 62/14, *Peter Gauweiler e.a. contre Deutscher Bundestag*, 16 juin 2015, ECLI:EU C:2015 400.

⁵⁶ Finalement, ce qui a été prévu pour le respect du principe démocratique et de la représentativité parlementaire, c'est la présentation régulière d'un rapport de la Banque centrale européenne au Bundestag allemand.

⁵⁷ La décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel de la Pologne du 7 octobre 2021.

souveraineté nationale et la primauté du droit de l'Union. Si pour ce dernier, la primauté, l'effectivité et l'unité de l'application des actes du droit européen sont des principes aussi fondamentaux qu'inviolables, le droit constitutionnel national ne supporte aucune action politique – dont résultent lesdits actes – qui ne sera encadrée par le droit constitutionnel national fondé sur la souveraineté nationale, seule autorité constitutionnellement acceptable. Certes, les valeurs à caractère constitutionnel – protection des droits fondamentaux, de l'État de droit, etc. – sont communes et les objectifs – pour l'un, l'efficacité du processus d'intégration, pour l'autre, l'encadrement de l'exercice de la puissance publique – sont aussi différents que facilement complémentaires, ce qui permet d'éviter le plus souvent les chocs, lorsque ceux-ci arrivent.

Le dialogue ne permet toutefois pas d'arriver à une solution de principe à cette opposition de principe. Or, deuxièmement, ces chocs arrivent notamment lorsque les débats politiques s'intensifient, ce qui est incontestablement le cas entre l'Union européenne et la Hongrie en matière migratoire. Si la présente analyse ne souhaite pas traiter la question de fond, car elle se concentre sur les rapports entre les ordres juridiques, ce débat intense et toujours actuel est à mentionner puisqu'il constitue le contexte substantiel de notre réflexion.

Depuis 2015, la Hongrie s'oppose farouchement à la politique de l'Union européenne concernant la gestion des flux migratoires. C'est cette prise de position politique qui est à l'origine des arrêts constitutionnels de principe en Hongrie sur les rapports entre le droit constitutionnel national et le droit de l'Union européenne. Autrement dit, c'est ce conflit politique qui s'est traduit en droit où la position hongroise cherchait le soutien de la juridiction constitutionnelle nationale, alors que la

position européenne a été renforcée par des arrêts du juge de l'Union, à la suite des procédures en manquement initiées par la Commission européenne.

Ce débat politique a donc soulevé des questions juridiques, d'ailleurs très pertinentes indépendamment de ce conflit, ce qui nous permet d'analyser, par rapport à ces questions, les arrêts qui tranchent, bien entendu, également des affaires précises. Si le juge de l'Union s'est concentré sur les questions précises dont il a été saisi, tel qu'il devait le faire dans le cadre des procédures en manquement, le juge constitutionnel hongrois, suivant une logique propre à une juridiction constitutionnelle et en profitant d'un cadre plus souple offert par la procédure d'interprétation abstraite de la Loi fondamentale, s'est attardé plus sur les questions de principe qui nous intéressent. Il est à mentionner également que si cela a permis à ce dernier d'aller jusqu'au bout de sa logique dans l'affirmation de ses compétences et dans la détermination des limites constitutionnelles à l'application des actes du droit européen, il est resté très prudent sur les affaires précises, ne voulant pas ouvrir un front de bataille avec la juridiction européenne.

Donc, même s'il n'y a pas besoin d'en parler longuement, pour bien comprendre le contexte et ainsi de pouvoir réfléchir aisément sur les questions qui nous occupent, ce contexte matériel devrait être brièvement présenté. En matière migratoire, après 2015, trois positions politiques se présentaient en Europe. Si conformément aux règles juridiques en vigueur, même si dépassées par les événements migratoires, certains ne voulaient pas faire obstacle à l'entrée des migrants sur le territoire européen, au contraire, dans un esprit de solidarité, les invitaient à venir en Europe, d'autres, dès le départ, cherchaient à trouver des moyens pour gérer et limiter leurs flux. Enfin, la Hongrie et quelques autres États membres

de l'Europe centrale, dès le début, se sont engagés à faire obstacle, dans la mesure du possible, à l'entrée des migrants sur leurs territoires. Sans présenter en détail les règles juridiques adoptées, notamment par la Hongrie, pour parvenir à cet objectif politique, il est à souligner que de très nombreuses mesures ont été prises, dont la plupart étaient jugées par la suite contraires au droit de l'Union.

Il est également important de souligner pour le contexte, et puisque tous les auteurs sont d'accord sur ce point, que les règles européennes en vigueur n'étaient pas, et ne sont toujours pas, aptes à gérer la situation. De nombreux cas témoignent du fait qu'elles donnaient lieu à des violations lourdes que les administrations nationales ont dû commettre face à une situation factuelle qui n'a pas pu être gérée en conformité avec ces règles, ou encore à des impasses qui condamnaient ces mêmes administrations à l'inaction, souvent avec des conséquences humanitaires désastreuses. Nous pouvons également relever des cas où les droits garantis par desdites règles ont fait l'objet d'abus incontestables ; des ONG auraient notamment profité de l'inaptitude des règles pour renforcer leurs activités par lesquelles elles ont contribué à l'arrivée des migrants.

En effet, sans entrer dans l'analyse détaillée de ces règles européennes en vigueur et sans revenir sur ces cas spécifiques, pour notre étude aussi, il est important de souligner leur caractère insuffisant et inefficace. Ceci n'est certainement pas une question de droit mais une question de fait. Il est également constant que, d'ailleurs, à juste titre, la Cour de justice de l'Union européenne a refusé d'en tenir compte et d'interpréter et appliquer les règles en vigueur, notamment lorsqu'elle a condamné la Hongrie pour ne pas les avoir respectées. Mais ainsi que nous allons voir, c'est ce qui a donné lieu à une réflexion novatrice menée par la Cour

constitutionnelle hongroise, encore suivant une logique propre à l'interprétation abstraite des dispositions constitutionnelles. Donc, si la Cour de justice ne pouvait que réaffirmer la primauté du droit de l'Union, pour assurer l'effectivité et l'unité de son application, le juge constitutionnel hongrois s'est fondé sur les idées portant sur le respect des droits fondamentaux, de la souveraineté pour sa sauvegarde et, dans le cadre d'un contrôle *ultra vires* de l'exercice des compétences, de l'identité nationale.

C'est donc dans un tel contexte d'un soi-disant dialogue des juges qui n'aboutit plus forcément – alors qu'il en pourrait être le moyen – à un compromis et surtout dans un tel contexte matériel et factuel caractérisé par un conflit politique ouvert et par l'inefficacité des règles européennes en matière migratoire qu'à nouveau, est apparue l'opposition entre le droit de l'Union, protégeant la primauté, l'effectivité et l'unité de l'application de ces actes, et le droit constitutionnel national, cherchant à faire valoir le respect de ses fondements : les droits fondamentaux, la souveraineté et l'identité. Or, il nous semble que de nouvelles approches ont émergé dans ce débat d'ordre purement juridique dans le récent arrêt constitutionnel hongrois, qui méritent une analyse plus complète et détaillée où, pour ainsi dire, l'effectivité du droit de l'Union se heurterait à son inefficacité.

Pour approfondir, avec une présentation plus complexe, les arguments avancés par la Cour constitutionnelle hongroise, il faudrait revenir rapidement sur les motifs de l'arrêt européen. Mais avant de le faire, déjà à ce point de notre réflexion, nous souhaiterions attirer l'attention sur deux phénomènes intéressants, l'un caractérisant le contexte juridique et l'autre, le contexte politique. En ce qui concerne le contexte juridique, il est curieux de voir comment les juges

constitutionnels nationaux et la juridiction européenne cherchent à se munir de l'argumentaire de l'autre, non pas pour rendre le dialogue plus constructif mais, surtout, pour former des argumentaires permettant de défendre plus hardiment leurs positions ou de s'opposer encore mieux aux positions juridiques de l'autre. La Cour de justice, dans son histoire, a intégré la protection des droits fondamentaux déjà très tôt, à partir de la fin des années 1960, non pas pour donner raison aux inquiétudes constitutionnelles, exprimées notamment par le juge constitutionnel national, mais justement pour neutraliser ces arguments, en proposant une solution dans l'ordre juridique communautaire afin de rendre inutile tout questionnement constitutionnel national sur la validité des actes européens. Progressivement, d'autres éléments de la protection constitutionnelle nationale ont été absorbés par le droit de l'Union. Aujourd'hui, les tendances se renversent. Ce sont désormais les juridictions constitutionnelles nationales qui s'intéressent aux concepts du droit de l'Union et le juge constitutionnel hongrois ne fait pas exception lorsqu'il reprend, ainsi que nous allons le voir, l'objectif européen de l'efficacité de l'intégration pour le retourner dans le sens de la protection des exigences constitutionnelles.

L'autre phénomène est la politisation de l'intégration européenne qui, certes, n'a pas une incidence directe sur le droit de l'Union et de son application, mais entraîne, notamment en matière constitutionnelle, une influence intéressante sur le développement juridique. À ce titre, nous pourrions mentionner la Commission européenne qui, il y a quelques décennies encore, était une institution purement technique, pour ne pas dire, technocratique, gardienne des traités, veillant à la bonne application des règles et à la création de nouveaux actes dans le but de la réalisation des objectifs communs prévus par les traités. Désormais, de manière ouverte, la Commission se dote

d'un rôle politique, ce qui apparaît désormais dans les différentes actions qu'elle envisage et qu'elle mène. Or, d'une part, ce n'est pas le rôle que les traités ont prévu pour cette institution censée représenter les intérêts européens communs et, d'autre part, non sans lien avec notre premier argument, cela bouleverse considérablement l'équilibre institutionnel. Mais surtout, pour revenir à notre analyse, cela a un impact sur le développement constitutionnel, notamment dans la définition des rapports entre les ordres juridiques, puisque les actions menées doivent désormais être considérées non seulement comme la traduction des engagements juridiques, mais également comme des actions politiques discrétionnaires, exercées sur le fondement d'un pouvoir supranational, qui oblige le droit constitutionnel national de revoir ses approches.

Même si l'arrêt de la Cour de justice, rendu le 16 novembre dernier, n'a pas été à l'origine de l'arrêt constitutionnel hongrois, ce dernier, qui est d'ailleurs, ainsi que nous l'avons déjà rappelé, très modéré à plusieurs égards, n'a pas remis en question les autres arrêts rendus par la juridiction européenne, ne voulant pas se heurter directement au juge européen et au droit dont il veille à la bonne application. En effet, l'arrêt précité, le plus récent en la matière, suit la même logique que tous les arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne condamnant la Hongrie pour les mesures prises dans le cadre de sa politique migratoire. Pas moins de quatorze procédures en manquement étaient en cours contre la Hongrie en cette matière en 2021. Il est donc évident qu'il s'agit d'une opposition structurelle qui, en tant que telle, a mérité également une attention particulière de la part du juge constitutionnel hongrois.

Dans cette dernière affaire, deux mesures particulières faisaient l'objet du

contrôle et ont été jugées contraires au droit de l'Union. Ainsi que nous l'avons rappelé, elles constituaient les derniers éléments non encore, ou partiellement, sanctionnés par la Cour de justice, de la législation hongroise de 2018 visant à établir des règles, appropriées selon la majorité parlementaire hongroise, pour la gestion de la migration⁵⁸. La première a introduit un nouveau motif d'irrecevabilité des demandes de protection internationale : l'arrivée du demandeur d'un pays tiers sûr. Or, la Cour a réaffirmé ce qu'elle avait déjà donné comme réponse dans le cadre d'une affaire en renvoi préjudiciel⁵⁹ : la liste européenne des motifs d'irrecevabilité est exhaustive, les États ne pouvant pas ajouter d'autres motifs à ceux prévus par la directive européenne. Par la deuxième, l'Assemblée nationale hongroise a constitué un nouveau délit pénal : la facilitation de l'immigration irrégulière. La personne qui fournit de l'aide à des demandeurs de protection internationale pour lui permettre d'introduire une telle demande devrait être pénalement poursuivie, à condition qu'elle sût, sans aucun doute, que la demande n'était pas fondée.

Cette deuxième mesure – qui n'avait de véritable sens qu'en combinaison avec la première, car il serait difficile de démontrer devant la justice pénale le fait que la personne qui fournissait de l'aide savait, sans aucun doute, que la demande ne sera pas retenue autrement que dans le cas du nouveau motif d'irrecevabilité – visait à sanctionner surtout l'action des organisations qui offraient de l'aide aux migrants et contribuaient ainsi, selon la majorité parlementaire hongroise, massivement à leur entrée. Cette mesure a été jugée ouvertement contraire aux droits garantis par la législation européenne,

notamment au bénéfice des migrants, qui seraient par cette mesure limités d'une manière non justifiée, mais également disproportionnée. De toute manière, la Cour l'a répété, celui qui aide la présentation de la demande ne peut pas savoir, sans aucun doute, que celle-ci ne sera pas retenue par les autorités pour faire bénéficier la personne qui la présente de la protection internationale. La question qui est plus délicate, à notre avis, c'est que la Cour a également nié le fait que l'octroi d'une telle aide contribue vraiment à l'entrée ou à la résidence illégale sur le territoire national de la personne aidée.

Quoi qu'il en soit, sur la base de tels motifs, la Cour de justice a bien appliqué les règles européennes en vigueur et a constaté le manquement de la Hongrie à ses obligations découlant des traités. La Hongrie a, comme toujours, accepté le verdict et a abrogé sa législation contestée, tout en constatant qu'ainsi, elle est à nouveau dépourvue des moyens efficaces pour lutter contre l'immigration irrégulière, une lutte que la majorité parlementaire et le Gouvernement considèrent comme une priorité politique. Dans son approche purement positive, la Cour de justice a écarté tous les arguments apportés par le Gouvernement hongrois dans ce sens, c'est-à-dire ceux qui pointaient du doigt l'inefficacité de la législation européenne en la matière. Cette fois-ci donc, très clairement, ce n'était pas l'efficacité, mais l'effectivité de l'application du droit de l'Union européenne qui était mise en avant et qui bénéficiait donc d'une protection de la part du juge européen.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle de Hongrie a été incontestablement rendu en réponse aux nombreuses condamnations

⁵⁸ Il s'agit de la loi n° VI de l'an 2018 relative à la modification de certaines lois concernant des mesures contre l'immigration irrégulière. Ainsi que la dénomination de la loi l'indique, il s'agissait d'un paquet législatif introduisant plusieurs mesures par la

modification de diverses lois afin de lutter plus efficacement contre l'immigration irrégulière.

⁵⁹ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 mars 2020, dans l'affaire C-564/18, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompaj)*, ECLI:EU:C:2020:218.

de la Hongrie par la Cour de justice de l'Union européenne. Derrière les questions posées au nom du Gouvernement par la ministre de la Justice, se cachait plus ou moins ouvertement la question de savoir dans quelle mesure et sous quelles conditions le droit constitutionnel hongrois peut imposer des limites à l'application des actes du droit de l'Union européenne, tels qu'interprétés par la Cour de justice. Si nous pouvons aisément voir que nous arrivons ainsi à ce dilemme insolvable relatif aux rapports entre les ordres juridiques, dans le contexte brièvement exposé plus haut, nous pouvons également comprendre la délicatesse avec laquelle, le juge constitutionnel hongrois devait répondre aux questions. C'est cette délicatesse qui, selon nous, a motivé son approche novatrice par laquelle, tout en soulignant à la fois l'obligation d'exécuter les arrêts rendus par la Cour de justice et les limites qu'elle a déjà développées dans sa jurisprudence, il a mis en avant le problème de l'efficacité ou de son absence, tout en avançant d'ailleurs un argumentaire assez spécial en matière de protection des droits fondamentaux.

Dans l'arrêt de la Haute juridiction hongroise, est d'abord soulignée l'obligation de l'État d'exécuter les arrêts rendus par la Cour de justice. D'ailleurs, la Cour constitutionnelle hongroise se déclare incompétente pour juger la constitutionnalité de ces arrêts. À ce titre, elle rappelle simplement, en renvoyant le ballon sur le terrain des pouvoirs politiques, que c'est justement à eux d'assurer les conditions nécessaires au respect de la constitutionnalité hongroise. La Cour utilise ainsi très habilement la logique que lui réserve la procédure relative à l'interprétation abstraite de la Loi fondamentale. Elle donne une réponse quant aux limites constitutionnelles mais elle n'en tire pas les conséquences pratiques. Elle peut garder ainsi l'ambivalence, en mettant la responsabilité sur le dos des pouvoirs législatif et exécutif, tout en

reprenant sa jurisprudence, désormais constante, selon laquelle la protection des droits fondamentaux, telle que prévue par la Loi fondamentale et interprétée par les juges constitutionnels, la protection de la souveraineté nationale, et par des réserves qu'elle institue, et dans le cadre du contrôle *ultra vires* de l'exercice des compétences européennes, ainsi que la protection de l'identité nationale, peuvent entraîner des limites à l'application des actes européens.

Deuxièmement, en appliquant ses trois limites en la matière, la Cour développe longuement les obstacles qui se présenteraient face à l'action ou encore une fois, ainsi que nous allons le voir, face à l'inaction de l'Union européenne en matière migratoire avec des exigences constitutionnelles à mettre en valeur. D'abord, en matière de protection des droits fondamentaux, elle développe, à notre avis, un argumentaire risqué, selon lequel le respect de la dignité humaine, droit fondamental absolu selon la jurisprudence constitutionnelle hongroise traditionnelle, serait une limite à l'acceptation des populations étrangères et nombreuses sur le territoire national hongrois. Puis, elle souligne que, pour préserver sa souveraineté, la Hongrie doit maintenir sa capacité de déterminer la composition de la population résidant sur son territoire national. Enfin, l'identité constitutionnelle nationale englobe, selon la Cour, une telle prérogative constitutionnelle de la Hongrie, son respect exclut donc qu'elle soit privée de cette prérogative constitutionnelle.

Pour une analyse plus détaillée, nous souhaiterions revenir d'abord sur la question de la protection de la dignité humaine qui, interprétée d'une manière certainement novatrice, plutôt surprenante, imposerait une limite constitutionnelle à la présence permanente et incontrôlée d'un nombre important de personnes étrangères sur le

territoire national. La Cour a choisi un droit fondamental absolu pour établir un obstacle constitutionnel fort à la migration incontrôlée, ce qui permet d'avoir une limite constitutionnelle importante qui ne pourrait être que très difficilement remise en cause par la suite. En même temps, en mettant en avant la protection des droits fondamentaux, plus simple à faire admettre devant et dans le droit de l'Union européenne que des arguments fondés, par exemple, sur la souveraineté nationale, la Cour constitutionnelle hongroise voulait, selon nous, jouer un jeu plus sûr. Du point de vue stratégique, il s'agit incontestablement d'un choix particulièrement sage.

En même temps, la logique qui permet de déduire de la protection de la dignité humaine l'existence d'un obstacle constitutionnel particulièrement fort face à la présence d'une population, sur le plan quantitatif, importante et, sur le plan qualitatif, culturellement différente, ne semble pas être forcément bien fondée, tel que certaines opinions séparées des juges constitutionnels hongrois le rappellent également⁶⁰. Il s'agirait de déduire de la dignité humaine, considérée comme un droit mère, à juste titre, un droit à l'autodétermination, tel que cela est également confirmé par de nombreuses juridictions constitutionnelles nationales et également par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais ce droit individuel, que protègent en tant que telles les traditions constitutionnelles européennes, concernerait également le contexte social dans lequel l'individu devrait être libre de se déterminer.

Ses choix personnels d'autodétermination seraient conditionnés par la composition de la communauté où l'individu habite, et le changement des caractéristiques, notamment culturelles en raison de la présence massive d'une

population étrangère, réduirait sa capacité de se déterminer. Si une telle logique formelle et factuelle pouvait même être démontrée à travers des exemples concrets des études sociologiques, à notre avis, cela ne devrait toujours pas aboutir à un tel élargissement de l'interprétation du droit à l'autodétermination et, par conséquent, du champ de la protection de la dignité humaine. Pour cela, il ne faudrait pas y avoir une certaine probabilité mais un degré élevé de certitude de l'existence non pas d'un impact indirect mais d'une influence directe sur l'autodétermination des personnes. *In extremis*, une telle interprétation conduirait à la constatation d'une violation de la dignité humaine de toute personne qui a des voisins étrangers, en fonction du nombre et du degré d'intégration de ceux-ci. Quoi qu'il en soit, la Cour constitutionnelle de Hongrie a décidé ainsi : la dignité humaine, et surtout le droit à l'autodétermination, doivent être interprétés avec un tel contenu normatif.

Deuxièmement, ce sont surtout les considérations jurisprudentielles relatives à l'efficacité de l'exercice européen des compétences partagées qui méritent d'être analysées encore plus amplement car c'est sur cet élément que l'arrêt apporte une innovation majeure. C'est l'élément principal dans le dispositif de l'arrêt, qui énonce qu'en absence d'un exercice efficace des compétences partagées au niveau européen, justement pour protéger les droits fondamentaux, pour sauvegarder la souveraineté nationale et protéger l'identité constitutionnelle nationale, les pouvoirs politiques nationaux sont constitutionnellement responsables d'intervenir et agir. L'action européenne serait donc, en raison de la complémentarité des actions politiques européennes et nationales, pertinentes

⁶⁰ Nous pensons notamment à l'opinion parallèle du juge Balázs Schanda, annexée à l'arrêt constitutionnel n° 32/2021 (XII. 20.) précité.

dans la protection des exigences constitutionnelles nationales. Mais son efficacité ou, plus exactement, l'absence d'une action efficace, serait une condition qui, une fois remplie, obligerait les pouvoirs nationaux de reprendre en main l'exercice des compétences partagées, afin de faire respecter les exigences constitutionnelles hongroises, même au détriment de l'application des actes européens en vigueur.

La Cour constitutionnelle de Hongrie revient donc dans son raisonnement à la question des compétences et à leur exercice pour pouvoir mener une réflexion approfondie sur les rapports entre les ordres juridiques. Et nous sommes d'accord sur le fait que cela est l'une de ses sources et donc un point d'attaque pertinent pour traiter la problématique du conflit des ordres juridiques. Il est tout à fait intéressant, notamment au regard des conséquences, de souligner que l'interprétation constitutionnelle se restreint ici au cas des compétences partagées. Nous pouvons donc nous demander – même si, en matière migratoire, de telles compétences européennes n'existent pas – comment ses limites constitutionnelles pourront-elles être mises en avant face à l'exercice des compétences exclusives ? Or, des limites constitutionnelles doivent également exister en matière de protection des droits fondamentaux, de la souveraineté et de l'identité nationales. Très probablement, pour établir ces limites, conformément aux jurisprudences constitutionnelles hongroises précédentes, il faut revenir à la question de la constitutionnalité de l'application des actes.

Même dans une telle application restreinte, c'est l'élément portant sur l'efficacité de l'action européenne qui reste le plus intéressant dans l'arrêt analysé. Le juge constitutionnel hongrois décide

d'en faire le point essentiel dans son travail de contrôle de constitutionnalité. Un tel contrôle sur l'efficacité d'une action politique peut paraître surprenant, même dans la jurisprudence constitutionnelle hongroise où, d'ailleurs, la non-conformité à la Loi fondamentale peut résulter non seulement de l'action mais également de l'inaction des pouvoirs politiques. Cet élément, notamment en rapport avec le droit de l'Union européenne, nous semble donc être tout à fait pertinent, tout comme le fait de le relier aux exigences constitutionnelles qui émergent par rapport à l'exercice des compétences par l'Union européenne ou, d'une manière plus générale, permettant d'y intégrer également la question de l'application des actes du droit de l'Union européenne, face à l'action publique européenne. Or, le droit de l'Union repose essentiellement sur une considération d'efficacité, considération générale qui était à l'origine de la jurisprudence européenne déclarant l'existence d'une « nouvelle branche » du droit international, d'un ordre juridique *sui generis*⁶¹.

L'exigence de l'effectivité et, un peu plus tard, de la primauté du droit communautaire de l'époque, que nous appelons désormais le droit de l'Union européenne, est d'origine jurisprudentielle. Pour motiver une telle exigence d'effectivité, la Cour de justice s'est fondée sur un motif relatif à l'efficacité de l'intégration européenne. L'argument principal de la Cour à l'époque était tiré de la volonté des États membres qui se sont engagés pour réaliser des objectifs communs. La Cour rappelait à chaque fois que, si les États membres voulaient que ces objectifs soient atteints, ils ont volontairement renoncé en même temps à leurs « droits souverains » afin de pouvoir y parvenir efficacement. Désormais,

⁶¹ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 5 février 1963, dans l'affaire 26-62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

l'efficacité de l'action européenne, tel que nous l'avons vu dans l'analyse de l'arrêt européen, ne fait plus l'objet de la jurisprudence de la Cour. Or, en revenant dans le sens inverse sur cette même logique argumentaire, nous pouvons nous demander, à juste titre, si l'effectivité du droit de l'Union européenne doit être toujours acceptée, même lorsque l'action menée par ses actes n'est plus efficace ?

La Cour constitutionnelle de Hongrie n'est pas allée aussi loin dans ses motifs. Elle a analysé l'efficacité de l'exercice des compétences uniquement en vue du respect des exigences constitutionnelles. Son argumentaire étant très clair, l'action menée par l'Union européenne doit permettre, voire doit contribuer à protéger les exigences constitutionnelles, notamment celles qui s'imposent en tant que limites justement à cette action. Cette logique, de premier abord, peut sembler contradictoire, mais elle est, au contraire, plutôt très évidente. En effet, il suffit de retourner simplement aux objectifs complémentaires des deux ordres juridiques pour la comprendre et pour trouver justement les moyens de réconciliation, non pas par un compromis qui se manifeste dans ce fameux *modus vivendi*, mais par un dialogue exigeant, tout comme le respect non pas de l'objectif de l'autre ordre juridique, mais celui qui est propre à l'ordre juridique en question. À notre avis, la réflexion peut être poussée encore plus loin et se concrétiser pour ses conclusions dans la question suivante : l'ordre juridique de l'Union européenne, peut-il continuer de faire respecter, d'une manière particulièrement rigoureuse, l'effectivité, la primauté et l'unité de l'application de ses actes lorsque ceux-ci n'apportent plus de mesures efficaces pour la réalisation des objectifs européens communs ? Autrement dit, l'inefficacité de l'action européenne n'obligerait-elle pas les États membres de revenir sur leurs fondements constitutionnels afin de mener des actions politiques qui y

sont conformes, tout en réalisant les objectifs communs à leur échelle ?

Peter KRUSLICZ

Professeur adjoint à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Szeged

LA LOI COMME ACTE NORMATIF INDIVIDUEL – UNE VÉRITABLE CONTRADICTION IN TERMINIS DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE ROUMAIN

I – La notion et l'objet de la loi

Dans le système juridique roumain, la notion de loi a deux significations. Au sens large, la loi est définie comme étant l'acte juridique émis par une autorité publique investie de pouvoirs normatifs, conformément à une procédure préalablement établie, qui contient des règles juridiques générales obligatoires dont l'application peut également être imposée par la force coercitive de l'État. Dans sa conception étroite, la loi est entendue comme étant l'acte normatif adopté par le Parlement en sa qualité de seule autorité législative du pays. À ce titre, le Parlement adopte des lois constitutionnelles, des lois organiques et des lois ordinaires, conformément à l'article 73 de la Constitution. Le législateur adopte aussi d'autres types de lois, et notamment : les lois d'habilitation conformément à l'article 108 de la Constitution (lois par lesquelles le gouvernement est investi d'adopter des ordonnances simples) et les lois *sui generis* prévues aux articles 148 et 149 de la Constitution (par exemple, la loi visant l'adhésion à l'Union européenne et la loi sur l'adhésion à l'OTAN). Ces deux types de lois ont une force juridique presque constitutionnelle et donc supra législative.

Aux éditions : L'Harmattan

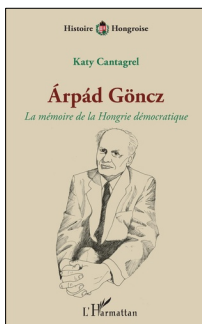


Geneviève DUCHÉ

ILLIBÉRALISME ET REPLI
IDENTITAIRE
EN EUROPE CENTRALE

Un défi pour l'Union
européenne

Janvier 2022
268 pages



Katy CANTAGREL

ÁRPÁD GÖNCZ

La mémoire de la Hongrie
démocratique

Février 2022
138 pages

Lettre de l'Est

Sous l'égide
de l'Institut Louis Favoreu-
GERJC CNRS UMR 7318 (DICE)

et de l'Association
Francophone des Chercheurs
sur les Pays de l'Est

Équipe de rédaction :

Madi MYLTYKBAEV
Katarzyna KUBUJ
Péter KRUSLICH
Ramona Delia POPESCU
Angela DI GREGORIO
Jan SAWICKI
Alain DELCAMP
Nataşa DANELCIUC-COLODROVSKI

Maquette :
Catherine SOULLIÈRE

ISSN électronique
2428-4718

Contact rédaction :
afcpe.asso@gmail.com



Faculté de Droit et
de Science Politique
Aix-Marseille Université