Sommaire

Introduction: A Directly Elected European Parliament 9
Leonard Besselink

PART I
The European Parliament in the EU as a federative liberal democracy 19

Les élections européennes et l'identité nationale des États membres 21
Laurence Potvin-Solis

Le Parlement européen, garant de la démocratie et des droits fondamentaux devant la Cour de justice de l'UE 47
Christophe Maubernard

Le Parlement européen et la protection des droits fondamentaux ou le chevalier blanc des droits de l'homme à l'épreuve de la réalité 67
Romain Tinière

Les élections européennes, entre renoncement démocratique et vacuité politique 83
Sébastien Roland

The Greatest Challenge. How Populism erodes European Constitutional Democracies 103
Giuseppe Martinico

The thresholds for the EP elections: the EU Electoral Act, national legislation and the case-law of Constitutional Courts 117
Andrea Antonuzzo and Nicola Lupo

Le Parlement européen : Chambre des peuples ou Assemblée de l'Union ? Les paradoxes de l'européanisation parlementaire 145
Didier Blanc

The *Spitzenkandidaten* procedure for the election of the European Commission President: a critical view . 167
Diane Fromage

PART II
The European Parliament and the crises of Europe 183

Le rétablissement des contrôles aux frontières en Europe. L'espace Schengen et le rôle du Parlement européen 185
Davide Petrillo

L'(im)puissance du Parlement européen face aux contestations de l'État de droit 203
Beata Jurik

The rise of populist parties and its effects on the European elections 225
Valentina Faggiani

Le Brexit et les élections européennes : la citoyenneté politique européenne à l'épreuve du feu 245
Sébastien Platon

The Authority for European political parties and European political foundations and the protection of European fundamental values 267
Roberto Perrone

Les décisions du Parlement européen en relation avec l'article 2 TUE : brèves remarques à partir de l'analyse du travail parlementaire au cours de la VIIIe législature 285
Fabio Pacini

La crise des valeurs fondatrices de l'Union européenne et les partis politiques européens après les élections européennes de 2019 : quelques réflexions 293
Giorgio Grasso

Les valeurs démocratiques et les partis politiques – une analyse comparative 315
Mathias El Berhoumi

Les partis politiques européens face à l'élargissement de l'Union et de la sphère publique européennes 331
Giacomo Delledonne

PART III
The European Parliament and EU policies 357

Direct democracy and the EU citizens' initiative: a paper tiger that never bites? 359
Hanneke van Eijken

Mutual trust and mutual recognition in criminal matters: does the contribution of the EP matter? 373
Tony Marguery

Parliaments as Architects of EU Economic Governance: Signs of an emerging shared democracy? 397
Ton van den Brink

Unfinished Business: The European Parliament and the Development of the Common European Asylum System 423
Salvatore F. Nicolosi

Le Parlement européen à l'épreuve de la légitimité fonctionnelle de la gouvernance économique et monétaire de la zone euro 445
François Barviaux

Conclusion 469
Jean-Claude Gautron

Table des matières 479

Introduction: A Directly Elected European Parliament

Leonard Besselink[1]

1. Representation and Aggregation 10
2. The political parliamentary function in the European context 13
3. Executive dominance and 'horizontal' transnational cooperation. 15
4. Conclusion 16

1. Leonard Besselink is Professor of Constitutional Law, University of Amsterdam.

The direct election of the European Parliament entailed a constitutional shift in the institutional make-up of democracy in Europe. Taking stock of what this has meant, in order to understand the present nature of democratic governance in the European Union and the challenges it faces, is the ultimate aim of the contributions in this rich collection of papers.

The papers are organized around three themes: firstly, the Parliament's place within the Union as a federative liberal democracy; secondly, the Parliament and a number of crises that Europe has to confront, in particular the various aspects involved in the challenges of populism, the rule of law and democracy, and thirdly, the Parliament and EU policies, in particular cooperation in criminal matters, asylum, and economic and monetary governance.

By way of introduction, I offer some reflections on some of the underlying issues that concern the nature of the European Parliament as a directly elected representative body within the scheme of governance of the European Union.

1. Representation and Aggregation

Within political communities, authorities that exercise authority over subjects or citizens have classically justified their legitimacy by reference to what they represent.[2] Monarchs and others claiming authority have legitimized their function and office of exercising authority in terms of their representation of some form of transcendent divinity or divine wisdom. More modern versions are the immanentized notion of the people or nation as fount of all public authority, which is mediated through representative assemblies towards executive powers. The executives thus legitimize their claim of power through their indirect representation of the people, nation or *demos*; whereas directly elected heads of state or government claim to be themselves a direct representation of the *demos*, and in a sense stand in a dynamic relation to other directly elected representative bodies, who hold a similar claim.

In Europe, for the most part, we have predominantly parliamentary systems of government and parliaments therefore mainly fulfil a role of intermediary between the electorate and those who actually exercise power over subjects and citizens in practice. In many ways, the legislative function can be said to have the same intermediary nature: the laws are overall of a general nature and need to be applied concretely in practice,

2. For a further analysis of this issue along historical lines in the context of the European Parliament, see the chapter by Didier Blanc below.

which is the role of the executive. Parliaments have as a consequence an 'in-between' character.

This 'in-between' character is increased in the context of the European Union for the European Parliament, notwithstanding the Parliament being directly elected since 1979. Various elements underline this. One element is the fact that, although main points concerning its election are Europeanized, crucial elements of its election are based on, and remain a matter of national constitutional law.[3] Although a European institution, the European Parliament is effectively constituted through the application of national rules rooted in national constitutional law. The electoral law applicable to European elections has been and is thoroughly and utterly 'composite' in nature.

The shift to direct elections did not formally change the representative nature of the European Parliament until thirty years after they were introduced. For the first thirty years the Parliament remained, as the Treaties said as of 1952, 'the representatives of the peoples of the States brought together in the Community/Union'.[4] Only under the Lisbon Treaty it was said to be composed of 'representatives of the Union's citizens'[5]; 'citizens are directly represented at Union level in the European Parliament.'[6] In the Treaty provision on the democratic nature of the Union, this is contrasted with the member states, which are represented in the European Council and in the Council.

This might suggest that the European Parliament has gained an independence from the member states which it – at least in terms of its formal representative nature – did not have previously. This, however, is not quite the full story, and saying this, is not merely looking at how in parliamentary practice the members of the EP still find national groups to be points of reference. In terms of representation, MEPs are elected within national constituencies, which coincide with member states in as much as seats are apportioned per member state. Clearly, this in itself does not make them into member state representatives, even though they are elected in those constituencies on the basis of that constituency's law. The deeper root of the complex nature of representation through the European Parliament is in the fact that politically, citizens do not have an exclusively European identity. They are identified as European citizens because they are member state citizens.[7] There is a doubling of citizenship in the member state and in the Union. This has a twofold consequence: firstly, the citizen's democratic

3. See the contribution by Andrea Antonuzza and Nicola Lupo below.
4. Art. 20 ECSC Treaty and art. 189 EC as it read until 2009.
5. Art. 14(2) TEU.
6. Art. 10(2) TEU.
7. Art. 20(1) TEU.

representation in the national parliament is not exhausted, in as much as the citizen, by virtue of his national citizenship is *also* a European citizen (with all the rights and duties that go with it); and secondly, the democratic representation of a citizen as a European citizen in the European Parliament does not exhaust his citizenship in as much as that European citizen is *also* a national citizen (with all the rights and duties that go with that). As citizens we are therefore not able to shed our other political identities, whether they be European or national, or indeed regional or local.

In a sense, therefore, the various layers of our citizenship are practically matters of level of aggregation: certain political functions are organized at local or regional level, some at national, and others at European level. The aggregation of responsibility is therefore also differentiated. This differentiation does not, however, abolish the tension that may be caused by the fact that citizenship comprises a set of political identities with the various levels in which citizens participate politically. And as the policies that are formulated within the sphere of competence of these different political levels in many, if not most, cases interlock in practical terms – e.g. European policies may be decided at EU level but need to be applied and enforced locally in member states – we can expect there always to remain some form of political debate on what one should do at what level, even if it at some stage the question 'who does what' is a settled matter. Although the maxim *quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet* seems to provide a key to understanding the levels at which political responsibility, and therefore democracy, is to be aggregated, the *omnes* in this maxim being complex, multilayered creatures.

Some of the challenges that face the world, are clearly a matter for European action: the climate challenge, the challenge of health pandemics and epidemics, the aftermath of the banking and euro-crises in monetary, fiscal and economic terms, not to mention the economic, financial, fiscal and monetary consequences of the corona pandemic. It may be desirable for such action to be decided at European level, but its execution will certainly take place in member states, regionally and locally, and will affect each of us citizens – and democratically speaking, it will require our own duties and rights in acting and abstaining from action as appropriate. At the European level it is important, then, that the parliamentary representation of the European citizens is based on a direct mandate from the electorate. After all, at that level we do not want to be represented exclusively in terms of our national, regional or local identity, we want to be represented also as true European citizens.

2. The political parliamentary function in the European context

Parliaments are legislatures, and that is the case also for the European Parliament. As a legislature it does not have exclusive legislative powers. Not only does its legislative power require the positive input of other institutions, the Commission and Council in particular, for its legislative power to issue into actual legislative acts. Also, it still, in relatively rare – but important – cases, does not have legislative power. This is when the Council is the main legislature and the European Parliament cannot block it (consultation procedure)[8], as in internal market exemptions and competition law, as well as financial matters and certain aspects of intellectual property and administrative issues. Significantly, this is also the procedure applicable to Union legislation concerning the right to vote and stand for election in local elections in another member state, and diplomatic and consular protection provided by another member state.[9] That on these issues it is the Council that is sole legislature is again a reflection of the state of European political integration. The European Parliament may represent the Union's citizens, and their European citizenship may be contingent on their member state citizenship, but when the Union's citizens cross into the sphere that is otherwise reserved to member state citizens, it is the representatives of the member states, not the representatives of the Union's citizens that decide. So we may say that these exceptional limitations of the Parliament's legislative power reflect a balance between member state and Union representation that is slanted in favour of the member states precisely where the political nature of European citizenship is at play.

The balance between member state representation (the Council and European Council) and citizens representation is also at issue in the design and operation of the political system of government of the Union. The rules in the books seem clear: the Commission is accountable to the Parliament collectively but the European Council designates the president of the Commission (taking into account the results of the parliamentary election results), and the Council proposes the other members of the Commission; only collectively the Commission can be sent home, and individual forced resignation is only at the request of its President.

Just as in most parliaments in Europe, the rules may provide the outer limits of the political dynamics, but it is the practice that establishes their meaning. The laws in action may diverge from those in the books, due to the establishing of conventions in practice and practices with a

8. Art. 289(2) TFEU.
9. Artt. 21(3), 22, and 23, second paragraph.

perhaps even stronger legal force. As in the development of parliamentary systems of government in many member states, historically it is the practice that was decisive in determining the form of government, parliamentary or otherwise. This is also the path that the European Parliament has followed. Most clearly this is evident in the practice that individual members of the Commission have to gain the Parliament's trust before the Parliament will allow them to be inaugurated; and it is *not* the collective of the Commission as a body that is subject to the consent of Parliament, as Article 17(7) third paragraph suggests, but each individual commissioner that needs the consent of Parliament.

The issue of the designation of the President of the Commission is a delicate issue. We thought that the success of the *Spitzenkandidaten*-procedure after the 2014 elections was a definitive turn towards a more strictly parliamentary system of government. It was indeed then the Parliament which, as a result of the elections, determined who was to be the President of the Commission, and that was accepted – not without resistance by some – by the required majority of the European Council. But the events surrounding the appointment of the Von der Leyen Commission showed the precariousness of political conventions as determinants of the nature of the system of government. It is a moot point what the events of 2019 mean for the nature of the system of government of the Union. Even if it may seem a step back from a truly parliamentary form of government towards a more *rationalized* parliamentary system, or even a semi-presidential system given the role and representative nature of the European Council – as is plausible – the 2019 appointment of the Commission may equally well be within the parameters of a system that may be considered to be parliamentary in form.[10] No doubt, the increased fragmentation in the Parliament as a consequence of shifts resulting in the fragmentation of electoral preferences contributed to this course of events. Such fragmentation had not previously occurred in the context of the Parliament, which may perhaps be a surprise for a parliament based in principle on proportional representation. For this result there are explanations, such as the mitigated proportionality that is the effect of elections within closed constituencies, both in terms of electorate and of the candidates, as there are no transnational lists or candidates.

However that may be, both in law and in practice we see again the inter-institutional relations in a unique way combined in a delicate balance between competing representative claims of the European Council/Council and the European Parliament in the context of the political make-up of the system of government; the former representing the member states

10. The latter has been argued by Nicola Lupo, La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019, in: *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta Online 9 March 2020, <http://www.giurcost.org/studi/index.html> (last accessed June 2020).

and having a national democratic mandate, and the latter the European citizens and having a European democratic mandate.

3. Executive dominance and 'horizontal' transnational cooperation

It is in the context of the Parliament's elections and the composition of the Commission that the theme of executive dominance enters into the picture. Executive dominance is not a feature of the Union alone, it is a truly European political phenomenon. Perhaps from the outset of French revolutionary ideas of popular sovereignty, executive dominance needed the normative counter-weight of democracy embodied in directly elected parliaments. This is of particular importance in the context of European integration, which takes the form of 'horizontal' cooperation between member states. This took prominent shape in the 'intergovernmental pillars' after the Maastricht Treaty, which in the meantime have become integrated more fully into the Union framework since the Lisbon Treaty entered into force. Notably, this concerned the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ), which extended the ideas of mutual recognition and mutual trust from the field of the free movement of goods to the sphere of cooperation in criminal and civil law, and aspects of migration law.

In the period between Maastricht and Lisbon, only national parliaments could provide parliamentary legitimacy to the decision-making in this field. National parliaments tried their best, but one of the difficulties in practice was that parliaments tend structurally to support their governments; after all, governments are democratically legitimated to the extent that they depend on parliamentary majorities. So national parliamentary scrutiny, however intense it may have been at least potentially,[11] often did not provide the clout at the European level to change the legislative decisions of the Council in any significant respect. It is precisely here that the directly elected European Parliament can fill the gap.[12]

Another area that may be considered to come within this 'horizontal' transnational cooperation in the framework of the Union is that

11. The Netherlands parliament, for instance, obtained a veto right with regard to the Netherlands representatives' votes in the Council on 'third pillar' decisions that affect the rights of citizens; this was dropped after the Lisbon Treaty entered into force on the basis of the – erroneous – idea (very strongly put forward by the then minister for European Affairs Frans Timmermans, who expressed a great dislike for national parliaments' involvement once he became minister), that once the European Parliament acquired competence in this field, there is no longer a role for national parliaments to play.
12. See the contribution by Tony Marguery below, and as regards the Common European Asylum System the contribution by Salvatore F. Nicolosi.

of economic policy. In principle we see the same phenomenon as in the context of decision-making on instruments of mutual recognition in the period between Maastricht and Lisbon. This became dramatically visible in the period of the banking and euro-crises, when economic and fiscal governance was required at European level beyond mere coordination, but where national parliaments replicated their governments' stances on the desirability of the various courses of action that were open in this field (and, of course also the other way round, national governments replicating the stances of their respective parliamentary majorities).

At the time of finalizing this introduction, we see this playing out in the context of coping with the economic, fiscal and social outfall of the corona-crisis. Differently from the AFSJ, in the economic field the powers of the Union are weak and mainly reserved for the member states. That also means it is hard to find a democratic parliamentary legitimation at the European level for the measures to be taken in these various crises, and as the crises from 2008 to 2014 make clear, they had to be based on the cobbling together of demanding intergovernmental compromises, which needed partly to be based on *ad hoc* non-EU instruments (of which we had seen precedents in the Schengen and Prüm agreements related to the AFSJ). That there is an increased sense that also such arrangements need some form of coordinated democratic legitimacy at the European level, is borne out by the fact that equally *ad hoc* parliamentary arrangements were created, mostly on the basis of national parliamentary representation.[13] Nevertheless, precisely the need for coordination at the European level, also in a situation of a monetary semi-divergence between Eurozone and non-Eurozone member states, draws us into considering the role that a directly elected European Parliament should, can, and does play in providing the democratic legitimacy needed for solutions with far-reaching social, financial, and economic consequences.[14]

4. Conclusion

The European Parliament should, can and does play a role in mediating the preferences of the European citizens that form its electorate. It is not entirely exclusive in its representative claim, but its direct election provides it with a unique legitimacy within the complex of Europe's com-

13. This tendency is so strong that also the T-Dem project of others found it useful to create yet another parliamentary assembly in their plan for European economic government, see S. Hennette, T. Piketty, G. Sacriste, A. Vauchez, Draft Treaty on the Democratisation of the Governance of the Euro Area (« T-Dem ») and its explanatory statement, March 2017, as available at www.piketty.pse.ens.fr (last accessed June 2020).
14. See the contributions by Ton van den Brink and of François Barviaux below.

posite constitutional order. This provides a unique opportunity for the European Parliament within the equally unique political experiment of government in Europe. The subsequent chapters of this book bear witness to this.

Part I

The European Parliament in the EU as a federative liberal democracy

Les élections européennes et l'identité nationale des États membres

Laurence Potvin-Solis[1]

5. Introduction 22

6. La convergence de légitimités démocratiques par les élections européennes dans le respect de l'identité nationale des États 25

7. L'européanisation du régime des élections européennes source de tensions d'identités démocratiques entre l'Union et ses États 34

1. Professeur à l'Université Caen Normandie, Membre du CRDFED, Chaire européenne Jean Monnet.

1. Introduction

Les élections européennes participent au « processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » affirmé dès l'origine de la construction européenne et repris par l'article 1er du traité sur l'Union européenne (TUE) et les préambules de ce traité et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE). Ce processus est lié à celui d'intégration conçu comme étant « la raison d'être de l'Union elle-même »[2]. La liaison entre ces deux processus est d'ordre constitutionnel dans l'Union. Elle contribue à l'intégration constitutionnelle entre les ordres juridiques et appelle à placer la question démocratique au centre des avancées des processus de constitutionnalisation et de fédéralisation de l'Union. La relation entre les élections européennes et l'identité nationale des États membres est donc une question d'ordre démocratique pour l'Union à aborder par référence au cadre constitutionnel de l'Union et à sa portée systémique telle que dégagée par la Cour de justice[3].

Le droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes est attaché à la citoyenneté européenne et participe, comme elle, à la réalisation du principe de démocratie dans l'Union européenne. Le principe de démocratie représentative est inscrit dans l'article 10 § 1 TUE. Il se réalise par la représentation directe des citoyens au Parlement européen et par celle des États au sein du Conseil européen, par les chefs d'État ou de gouvernement, et au sein du Conseil, par les gouvernements « eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens »[4]. La légitimité de la représentativité politique de ces institutions dans l'Union est donc marquée par le renvoi aux droits politiques des citoyens dans leur État et au contrôle politique des Parlements nationaux. Ces derniers sont aussi directement impliqués dans les progrès d'une démocratique européenne par les différentes missions qui leur sont imparties pour participer « activement au bon fonctionnement de l'Union »[5]. La représentation au Parlement européen qui trouvait initialement son origine dans des délégations de parlementaires nationaux s'est autonomisée de la représentation nationale avec l'établissement du suffrage universel direct libre et secret[6]. Et, depuis le traité de Lisbonne,

2. Avis 2/13, Ass. Plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH,* EU:C:2014:2454, pt. 172.
3. Voir notamment notre art., « La Cour de justice et la portée systémique de l'identité constitutionnelle de l'Union européenne », *L'Europe au Kaléidoscope. Liber Amicorum Marianne Dony,* Éditions de l'Université de Bruxelles, 2019, pp. 59-84.
4. Article 10 § 2 TUE.
5. Article 12 TUE.
6. Acte du 20 septembre 1976 portant élection des représentants à l'Assemblée au suffrage universel direct modifié en dernier lieu par la décision (UE, Euratom) 2018/994 du Conseil du 13 juillet 2018. Article 14 § 3 TUE.

cette représentation parlementaire assurée au niveau européen n'est plus celle « des peuples des États réunis dans la Communauté »[7] mais directement celle des « citoyens »[8]. Ce traité rappelle le rôle des partis politiques au niveau européen qui doivent contribuer « à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression de la volonté des citoyens de l'Union »[9]. Mais à la différence du TCE, il ne souligne plus leur importance « en tant que facteur d'intégration au sein de l'Union »[10].

Les intrications démocratiques qui gouvernent les élections européennes importent d'autant plus que ces élections participent des valeurs communes placées aux fondements de l'Union depuis le traité de Lisbonne en vertu de l'article 2 TUE. Parmi elles, celle de démocratie présente la même dualité, nationale/européenne, qui les caractérise. Les valeurs démocratiques renvoient à une légitimité politique première qui appartient en propre aux États. Elles se réalisent par la substance nationale que revêt la démocratie dans chacun d'eux et qui représente une composante naturelle de leur identité nationale. Elles montrent aussi, s'il en était besoin, le lien entre le respect par l'Union de l'identité nationale et le respect par les États des valeurs européennes communes qui fait l'objet d'un contrôle grandissant de la Cour de justice de l'Union. D'ailleurs, quand le traité de Maastricht du 7 février 1992 a expressément formulé l'obligation pour l'Union de respecter l'identité nationale de ses États, il a placé cette identité sous l'égide du respect des principes démocratiques. Son article F § 1 a en effet posé que « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques ». Ce respect trouve ainsi place dans les rapports de systèmes qui unissent l'Union et ses États et dans la liaison du statut d'État membre au cadre constitutionnel de l'Union[11]. Il ne peut être conçu que dans le respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union et de son droit et ne saurait neutraliser les progrès de cette autonomie. Dès lors, la prise en compte par l'Union de l'identité nationale des États est conditionnée et se comprend dans le respect des principes fondamentaux et des caractères essentiels de l'Union et de son droit. Elle se conjugue avec la portée systémique de l'identité de l'Union et n'est pas détachable de l'autonomie du droit de l'Union européenne par lequel elle est, dans des termes variables, assurée[12].

7. Articles 189 et 190 TCEE (version consolidée-Nice) ; Acte de 1976 préc.
8. Articles 10 § 2 et 14 § 2 TUE.
9. Articles 10 § 4 TUE et 12 § 2 CDFUE.
10. Article 191 § 1 TCE (version consolidée-Nice).
11. Voir notamment nos propos introductifs, L. Potvin-Solis (dir.), « Le statut d'État membre et le cadre constitutionnel de l'Union européenne », *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. « Colloques Jean Monnet », 2018, p. 15 et s.
12. Voir notamment notre art., « La Cour de justice et la portée systémique de l'identité constitutionnelle de l'Union européenne », art. préc., p. 65 et s.

Les élections européennes et les avancées de leur régime européen participent des progrès de cette identité européenne. Elles s'inscrivent nécessairement dans des rapports de systèmes démocratiques, ceux des États qui se réalisent selon des modalités variables, et celui de l'Union dont la teneur démocratique autonome peine à s'affirmer. Pour autant, et malgré les avancées des droits politiques directement attachés au statut de la citoyenneté européenne, les élections européennes doivent-elles être considérées comme la manifestation d'une démocratie supranationale qui puiserait une légitimité politique directe dans l'expression de la volonté politique d'un électorat proprement européen et qui serait le fruit d'une conscience politique européenne identifiable ? Et reconnue comme telle ? La réponse négative qui s'impose tient au constat de l'absence de « peuple européen » et de « nation européenne » et à l'attachement du droit de vote et d'éligibilité à la citoyenneté européenne dont le bénéfice du statut dépend de la détention de la nationalité d'un État membre.

Si ce statut européen, ancré dans l'autonomie de l'ordre juridique de la Communauté puis de l'Union, est de façon incontestable un statut supranational à effet transnational, il se définit donc par référence à une composante essentielle de l'identité nationale des États membres. Il est vrai que le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen a été reconnu par l'Acte de 1976 avant que ce statut ne soit inscrit dans le traité de Maastricht. De plus, c'est par ce même traité qu'a été introduite l'obligation pour l'Union de respecter « l'identité nationale de ses États membres ». Aujourd'hui, l'article 4 § 2 TUE dispose que l'Union respecte « l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale » ainsi que « les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale ». Par ailleurs, dans cet article, le respect de l'identité nationale est posé après le principe d'attribution qui gouverne les compétences de l'Union et avant celui de coopération loyale qui caractérise le lien d'obligation réciproque qui unit l'Union et ses États. Ce lien est interprété par référence au principe de confiance mutuelle dans le respect des valeurs européennes communes et des droits fondamentaux qui marque l'interdépendance entre la nature de l'Union comme ordre juridique intégré et le statut d'État membre comme statut d'État intégré[13]. Enfin, c'est bien en termes de valeurs démocratiques communes et de droits fondamentaux que le droit des citoyens à des élections européennes se trouve renforcé par la CDFUE[14], ce qui

13. Voir notamment, *Le statut d'État membre de l'Union européenne, op. cit.,* p. 41 et s.
14. Article 39 CDFUE.

n'exclut pas le respect de l'identité nationale des États membres rappelé par le préambule de la Charte.

Les élections européennes se trouvent donc placées dans une liaison constitutionnelle nécessaire avec l'identité nationale des États membres. Il s'agit d'une relation de complémentarité et d'interdépendance dès lors que le système démocratique national alimente le système démocratique de l'Union et qu'il en est la condition première. Le second ne va pas sans le premier, d'où l'importance des progrès du contrôle de la Cour de justice sur le respect des valeurs démocratiques par tous les ordres juridiques des États membres et de la promotion du principe de confiance mutuelle dans ce champ[15]. Il convient dès lors d'envisager dans un premier temps dans quelle mesure les élections européennes expriment une convergence de légitimités démocratiques entre l'Union et ses États (2). Cependant la dualité nationale/européenne du régime des élections européennes liée à la nature de l'Union et de la citoyenneté européenne évolue par l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union et les avancées autonomes de son droit en faveur des progrès d'une démocratie européenne. La poursuite de cet impératif démocratique au niveau européen crée alors des tensions d'identités démocratiques entre l'Union et ses États car elle impose une européanisation du régime des élections européennes qui passe par une autonomisation voire une émancipation des droits nationaux (3).

2. La convergence de légitimités démocratiques par les élections européennes dans le respect de l'identité nationale des États

La singularité du statut de la citoyenneté européenne et des principes démocratique et représentatif dans l'Union reflète la dualité nationale/européenne de l'Union et des droits attachés à la citoyenneté européenne voire des valeurs « communes » et des droits fondamentaux[16].

15. Voir notamment la jurisprudence citée dans notre art. « La Cour de justice et la portée systémique de l'identité constitutionnelle de l'Union européenne », art. préc., not. p. 80 et s.

16. Voir notamment notre art. « Valeurs communes et citoyenneté européenne : quels progrès pour l'identité de l'Union devant la Cour de justice ? », *Les valeurs communes dans l'Union européenne,* L. Potvin-Solis (dir.), Bruylant, Coll. « Colloques Jean Monnet », 2014, p. 119. Sur la démocratie, les valeurs communes et le respect des droits fondamentaux, Voir notamment les contributions dans cet ouvrage de Ch. Maubernard, G. Grasso, R. Tinière et S. Roland. Voir aussi C. Maubernard, « La mise en œuvre des politiques de l'Union européenne répond-elle aux exigences d'une « société démocratique » au sens de la CEDH ? Ou l'Union européenne n'est pas un État comme les autres », *Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux,* L. Potvin-Solis (dir.), Bruylant, Coll. « Colloques Jean Monnet », 2017, p. 187 ; J.-M. Larralde, « Principe électif, principes

La réalisation de l'égalité entre les citoyens européens dans le bénéfice de leurs droits politiques en matière de vote et d'éligibilité entre dans le champ de l'obligation pour l'Union de respecter dans toutes ses activités « le principe de l'égalité de ses citoyens ». Elle passe cependant par la médiation des droits nationaux. Le droit de l'Union peut d'ailleurs recevoir les variations entre les conceptions nationales du principe d'égalité entre les citoyens[17]. Il importe donc de lier les volets européens et nationaux des élections européennes, du statut de citoyen européen et du statut de député européen de même qu'il faut faire la part entre les règles nationales et les règles européennes du droit électoral et du droit parlementaire applicables. Cette dualité de régime place les élections européennes dans un rapport nécessaire avec l'identité nationale des États membres. Le respect de cette identité est ancré dans la dualité nationale/européenne du régime des élections européennes (2.1). Il se manifeste par la part substantielle du renvoi au droit des États qui participe de cette identité (2.2).

2.1 *Le respect de l'identité nationale ancré dans la dualité du régime des élections européennes*

La dualité du régime des élections européennes s'apparente à celle du régime de la citoyenneté européenne dont le statut européen et supranational se combine avec sa définition par référence à la nationalité des États membres[18]. Les droits de vote et d'éligibilité aux élections européennes sont protégés par le droit de l'Union dans leur teneur transnationale liée au droit à la mobilité posé comme principe au bénéfice des seuls citoyens de l'Union. Ils leur sont garantis « dans l'État membre où ils résident, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État »[19]. Les termes de leur définition traduisent ainsi une conjonction entre la citoyenneté européenne et la citoyenneté nationale (2.1.1). Ils contribuent ce faisant aux développements d'une Communauté politique européenne de citoyens qui, par la nationalité des États membres, ne peut être désolidarisée de la Communauté politique nationale. Ils appellent à une convergence des représentativités nationales/européenne (2.1.2).

---

fondamentaux et valeurs européennes », *Le principe électif dans l'Union européenne,* Potvin-Solis (dir.), à paraître, Bruylant, Coll. « Colloques Jean Monnet », 2020.

17. C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Sayn Wittgenstein,* C-208/09, EU:C:2010:806.

18. Qu'il nous soit encore permis de renvoyer aux développements de notre art. : « La Cour de justice et la démocratie », *La démocratie dans l'Union européenne,* C. Haguenau-Moizard et C. Mestre (dir.), Bruylant, Coll. « Droit de l'Union européenne », Colloques, 2018, pp. 147-188, ainsi qu'à nos propos introductifs in *Le principe électif dans l'Union européenne*, *op. cit.*

19. Article 20 § 2 b)

2.1.1 La conjonction des citoyennetés nationales/ européenne

Les droits de vote et d'éligibilité aux élections européennes sont inhérents au statut de la citoyenneté européenne comme statut supranational. Leur effet transnational revient à écarter la condition de nationalité pour le bénéfice de ces droits et a impliqué des révisions constitutionnelles dans les États membres[20]. Mais ces droits sont garantis dans leur volet transnational aux citoyens de l'Union par assimilation aux droits des citoyens nationaux de l'État d'accueil. Il s'agit de leur garantir un droit au traitement national dont les modalités d'application dépendent par principe des législations nationales. Ce principe est clairement posé par l'Acte de 1976 et par les traités. Selon l'article 22 § 2 TFUE « tout citoyen de l'Union résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ». Les modalités d'exercice de ce droit ont été précisées par la directive 93/109/CE du Conseil, modifiée par la directive 2013/1/UE du Conseil. Ces directives déterminent ces modalités uniquement « pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants »[21]. La directive 93/109/CE rappelle que le traité sur l'Union européenne « a notamment pour mission d'organiser de façon cohérente et solidaire les relations entre les peuples des États membres et qu'il compte, au nombre de ses objectifs fondamentaux, celui de renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants de ses États membres par l'instauration d'une citoyenneté de l'Union ».

Si elle rappelle le lien entre l'institution de la citoyenneté européenne et celle de la « Communauté européenne », cette directive marque en même temps les limites du régime européen des droits de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen. Elle les présente et les régit comme « une application du principe de non-discrimination entre nationaux et non-nationaux » et comme « un corollaire du droit de libre circulation et de séjour » en insistant sur l'objectif tendant « essentiellement à supprimer la condition de nationalité (…) requise dans la plupart

20. Voir notamment J. Rideau, « L'adéquation des systèmes juridiques des États membres à l'appartenance à l'Union européenne », *Le statut d'État membre de l'Union européenne, op. cit.,* p. 73 et s.

21. Directive 93/109/CE du Conseil, du 6 décembre 1993, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants, *JO* 30 décembre 1993, L 329 ; Directive 2013/1/UE du Conseil, du 20 décembre 2012, modifiant la directive 93/109/CE en ce qui concerne certaines modalités de l'exercice du droit d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants, *JO,* 26 janvier 2013, L 26/27.

des États membres pour exercer ces droits ». La compétence de l'Union en matière de droits de vote et d'éligibilité obéit par ailleurs aux grands principes protecteurs de la compétence générale des États membres tels que le principe d'attribution placé au fondement de la compétence de l'Union et celui de proportionnalité qui régit l'exercice de celle-ci. Et, dès lors qu'une harmonisation des régimes électoraux n'est pas requise[22], le respect du principe de subsidiarité n'est a priori pas en cause.

Ainsi donc, les droits de vote et d'éligibilité au Parlement européen qui appartiennent à tout citoyen de l'Union, mobile ou sédentaire dans son État de nationalité, ont vocation à se réaliser par le droit de l'Union essentiellement au bénéfice des ressortissants de l'Union dans un État membre de résidence dont ils n'ont pas la nationalité. Ils lient l'objectif de libre circulation à celui d'intégration politique dans l'État membre de résidence. Ainsi, la directive 93/109/CE prévoit notamment que les conditions « liées à la durée et à la preuve de la résidence valant pour les non-nationaux soient identiques à celles applicables, le cas échéant, aux nationaux de l'État membre considéré ». Comme la citoyenneté européenne, ce droit supranational de participer aux élections européennes comme électeur ou candidat, ne se substitue pas au droit du citoyen national dans son État, s'y *ajoute* mais ne le *remplace* pas[23]. La conjonction entre citoyenneté nationale et citoyenneté européenne s'observe alors dans le libre choix que garantit le droit de l'Union. Comme l'acte de 1976, la directive 93/109/CE exige cette « liberté de choix des citoyens de l'Union relative à l'État membre dans lequel ils veulent participer aux élections européennes, tout en prenant soin qu'il n'y ait pas d'abus de cette liberté par un double vote ou une double candidature ». En matière d'éligibilité, la directive interdit également d'être candidat, lors d'une même élection, dans plus d'un État membre[24]. De même, la déchéance des droits peut tenir soit du droit de l'État membre de résidence, soit du droit de son État membre d'origine[25]. Il est ainsi difficile de détacher le volet européen des droits de vote et d'éligibilité au Parlement européen et le volet national de ces droits tel qu'il est régi par les États en fonction de leur identité nationale. L'idée d'une conjonction entre les citoyennetés nationale/européenne est renforcée par les progrès des consultations et de la démocratie participative dans l'Union[26] tout particulièrement avec la procédure de l'initiative citoyenne introduite par le traité de Lisbonne.

22. Directive 93/109/CE, préc.
23. Pour reprendre les mots de l'article 9 TUE relatives à la citoyenneté européenne.
24. Article 4 de la directive 93/109/CE modifiée par la directive 2013/1/UE du Conseil, préc.
25. Comme le prévoit l'article 6 de la directive 93/109/CE modifiée par la directive 2013/1/UE du Conseil, préc.
26. Voir notamment les articles 10 § 3 et 11 § 1 TUE.

2.1.2 La convergence des représentativités nationales/ européenne

Les droits de vote et d'éligibilité aux élections européennes comptent au nombre des droits réservés aux citoyens européens comme les droits de vote et d'éligibilité aux élections municipales, le droit de participer à une initiative citoyenne et le droit à une protection diplomatique et consulaire dans les États tiers. Ils ne sont pas reconnus par le droit de l'Union à toute personne résidant sur le territoire des États membres comme c'est le cas du droit de pétition devant le Parlement européen ou du droit de saisine du Médiateur européen. Ils aspirent à participer à la formation d'une représentativité proprement européenne sur la base d'une citoyenneté européenne commune et de députés européens représentant directs des citoyens. En tant que citoyenneté plurinationale, la citoyenneté européenne est donc à l'origine d'une représentation au Parlement européen à même d'incarner un intérêt démocratique commun. Le rôle du Parlement européen a d'ailleurs été très tôt mis en avant par la Cour de justice comme participant d'une légitimité proprement européenne. Dès l'arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour a en effet affirmé que « les ressortissants des États membres réunis dans la Communauté sont appelés à collaborer, par le truchement du Parlement européen et du Comité économique et social, au fonctionnement de cette Communauté »[27]. Depuis, la Cour rappelle de façon constante, y compris dans le champ de politiques marquées par l'intergouvernementalité, que « la participation du Parlement au processus législatif est le reflet, au niveau de l'Union, d'un principe démocratique fondamental selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative ». La formule vaut désormais par référence aux citoyens européens[28].

Ainsi, l'institution parlementaire au niveau européen incarne une représentation démocratique sans pour autant désolidariser le statut des citoyens européens de celui des citoyens nationaux[29]. Les élections européennes participent en même temps d'une certaine autonomisation de la représentation démocratique dans l'Union par rapport aux représentations démocratiques nationales. Cette autonomisation doit être rapprochée de la progression du rôle du Parlement européen dans le fonctionnement institutionnel de l'Union et du développement des expressions autonomes de son pouvoir politique, notamment lors du vote pour l'élection

27. C.J.C.E., 5 février 1963, 26/62, EU:C:1963:1.
28. C.J.U.E., 19 juillet 2012, *Parlement c./Conseil*, C-130/10, EU:C:2012:472, pt 81.
29. Voir les références aux « citoyens » dans les articles 10 §§ 2 et 3 TUE et 11 § 1 TUE.

du Président de la Commission et l'investiture des membres de celle-ci[30]. Elle apparaît aussi dans le régime d'incompatibilité des parlementaires qui comporte l'incompatibilité entre le mandat de député au Parlement européen et la qualité de membre du gouvernement d'un État ou de député d'un parlement national[31]. On notera que la présence de députés européens n'est pas prise en compte dans le calcul du nombre minimal de personnes exigé pour la constitution d'un « groupe d'organisations » pouvant être à l'origine d'une initiative citoyenne[32]. L'autonomisation de la représentation démocratique dans l'Union ne met pas en question la liaison entre les élections européennes et l'identité nationale. Cette liaison tient à l'appartenance de l'État à l'Union qui conditionne celle de ses ressortissants qui deviennent alors sujets directs du droit de l'Union. Le cas du Brexit met en évidence ce lien entre les droits de vote et d'éligibilité aux élections européennes et l'appartenance de l'État à l'Union en ce qui concerne tant les ressortissants nationaux de cet État résident dans un autre État membre que les ressortissants des autres États membres résident dans l'État sortant. La jurisprudence de la Cour de justice tire les enseignements du caractère unilatéral du droit de retrait et de ses conséquences sur les droits de votation attachés à la citoyenneté européenne qui ont fait l'objet d'initiatives citoyennes[33]. La sortie d'un État membre de l'Union produit par ailleurs nécessairement son effet sur le nombre de députés au Parlement européen[34].

2.2 *Le renvoi au droit des États membres dans le respect de leur identité nationale*

Le régime des élections européennes repose sur une combinaison entre des dispositions d'origine européenne définies par les traités ou

30. Voir notamment la Résolution du Parlement européen du 22 novembre 2012, priant instamment les partis politiques européens de désigner leur candidat au poste de président de la Commission afin de renforcer la légitimité politique du Parlement et de la Commission.
31. Voir l'article 7 de l'Acte électoral de 1976 (modifié par la décision 2002/772/CE, Euratom).
32. Voir le Règlement (UE) 2019/788 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relatif à l'initiative citoyenne européenne et abrogeant, avec effet au 1er janvier 2020, le Règlement (UE) 211/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011, relatif à l'initiative citoyenne, *JO,* 17 mai 2019, L 130/55.
33. Voir en ce sens : C.J.U.E., Ass. Plén. 10 décembre 2018, *Wightman,* C-621/18, EU:C:2018:999, pts 57 et s. et C.J.U.E., Ord. 19 mars 2019, *Shindler,* C-755/18 P., EU:C:2019:221, pt 30.
34. Voir notamment le vote du 7 février 2018 par lequel le Parlement s'est prononcé pour la réduction du nombre des sièges de 751 à 705 après le départ du Royaume-Uni, désormais effectif. Sur « le Parlement européen et le Brexit », Voir la contribution de S. Platon dans cet ouvrage.

le droit dérivé et des dispositions d'origine nationale contenues dans les constitutions et les législations nationales. Ainsi, alors que le traité de Maastricht prévoyait l'adoption par le Conseil à l'unanimité sur proposition du Parlement européen d'une procédure uniforme, le traité d'Amsterdam a marqué un recul en ajoutant l'option, maintenue par le traité de Lisbonne, de recourir seulement à l'adoption de « principes communs ». Le renvoi au droit des États membres peut-être exprès ou implicite et peut tenir aux limites des compétences de l'Union et du champ d'application de son droit. Les droits de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union, qu'ils soient mobiles ou sédentaires, sont donc régis avant tout par le droit électoral national (2.2.1) et par un rattachement au corps électoral national (2.2.2).

2.2.1 L'application du droit électoral national

Les droits du citoyen européen mobile s'expriment sous la forme d'une égalité de traitement devant la législation nationale de l'État d'accueil. Les États déterminent le caractère obligatoire ou non du vote. Quand il est imposé par le droit national, ce caractère s'applique à tous les titulaires du droit de vote inscrits sur les listes électorales, ressortissants de l'Union comme ressortissants nationaux. L'État détermine aussi les conditions de durée minimale et les critères de la résidence sur son territoire conditionnant l'exercice des droits de vote et d'éligibilité. Il en est de même pour la fixation des modalités et dates limites de l'inscription sur les listes électorales avant la tenue du scrutin. Comme pour l'initiative citoyenne, les conditions d'âge pour participer aux élections européennes sont définies par le droit national des États tant pour le droit de vote que pour les conditions d'éligibilité. La coexistence d'âges différents dans la détermination par les États de la majorité électorale et de l'ouverture du droit d'éligibilité atteste des variations entre les droits nationaux qui peuvent être liées à l'identité nationale des États mais qui touchent directement au principe d'égalité entre les citoyens de l'Union[35] et au principe européen de non-discrimination[36].

L'organisation des élections européennes repose également en premier lieu sur le système électoral tel qu'il est défini par l'État. Ce dernier fixe, dans la période déterminée au niveau européen, la date et les heures précises du scrutin. La définition des circonscriptions pour les élections européennes se règle aussi par renvoi aux États. Si majoritairement ils forment une circonscription unique, certains se divisent en plusieurs circonscriptions. Les modalités de présentation des candidatures relèvent

35. Article 9 TUE.
36. Articles 19 § 1 TFUE et 21 § 1 CDFUE.

également du droit national et varient selon qu'elles sont réservées ou non aux seuls partis politiques et conditionnées ou non par le versement d'une caution. Les conditions de suffrage dépendent des droits nationaux selon qu'ils prévoient des possibilités de votes préférentiels ou pratiquent au contraire le système de listes fermées. C'est également aux États qu'il revient d'assurer la proclamation officielle des résultats de l'élection et le contrôle de leur validité. Par ailleurs, il existe des variations nationales quant aux modalités de pourvoi des sièges vacants au cours d'une législature. C'est enfin sur le droit national que repose l'articulation entre le volet national et le volet transnational des droits de vote et d'éligibilité aux élections européennes. En particulier, les nationaux de l'État peuvent faire valoir leurs droits attachés à la citoyenneté européenne lorsqu'ils résident dans un autre État membre. Mais les conditions de l'exercice de ces droits sont déterminées par le droit national qui régit le vote par correspondance ou dans une ambassade ou un consulat. Elles varient aussi selon qu'une inscription préalable est imposée ou non auprès des autorités nationales et selon que ce droit est réservé aux résidents nationaux dans un autre État membre ou ouvert à tous les nationaux résidents à l'étranger. Un rapprochement peut être fait avec les modalités de mise en œuvre du droit des citoyens de l'Union à une protection diplomatique et consulaire dont la réalisation passe par la protection diplomatique et consulaire assurée par les États.

2.2.2 Le rattachement au corps électoral national

La définition de l'étendue du corps électoral national relève de la compétence exclusive de l'État et entre dans le champ de son identité nationale. Ainsi, la directive 93/109/CE réserve le cas où dans certains États membres, « les ressortissants d'autres États membres qui y résident ont le droit de vote au Parlement national » en précisant que ses dispositions « peuvent ne pas y être appliquées »[37]. De même, la question du droit de vote au Parlement européen des ressortissants des États tiers relève de l'État. Le choix d'une assimilation entre les droits de ces ressortissants et ceux des nationaux pour l'élection des députés européens est déterminé par chaque droit national. En conditionnant l'octroi du statut de la citoyenneté européenne à la détention de la nationalité d'un État membre et en renvoyant au droit national la détermination de l'étendue des bénéficiaires du droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes dans chaque État, le droit de l'Union élude ou reçoit positivement ces variations entre les États. Il préserve ce faisant les éléments essentiels de leur identité nationale, ce qui relativise d'autant l'exclusivité du lien

37. Directive 93/109/CE, modifiée, préc.

entre citoyenneté européenne et droit de participation aux élections européennes au profit d'une assimilation possible entre ressortissants d'États tiers et ressortissants de l'Union. En France, l'extension de l'électorat pour l'élection des députés européens pourrait reposer sur une loi en vertu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[38].

Le droit de l'Union reçoit ainsi la variation entre les droits nationaux quant à l'acception même que les États se font de la nature fermée ou ouverte des droits attachés à leur citoyenneté nationale et du rapport entre ces droits et la nationalité de l'État. Cette solution par renvoi au droit de chaque État membre s'applique aussi pour la détermination des bénéficiaires des droits de vote et d'éligibilité aux élections municipales qui permettent une intégration du citoyen de l'Union dans la collectivité la plus proche de la résidence dans l'État d'accueil sans intéresser le fonctionnement d'une institution politique représentative au niveau européen. Tel n'est pas le cas des élections européennes pour lesquelles la définition nationale de l'étendue de l'électorat intéresse les conditions de formation de la légitimité politique du Parlement européen, en rappelant que celui-ci ne représente plus les « peuples » des États membres mais directement les « citoyens ». Sont ici visés les citoyens nationaux sédentaires dans leur État de nationalité et les citoyens européens mobiles dans un État dont ils ne détiennent pas la nationalité mais non les ressortissants des États tiers. On peut alors tirer les enseignements pour le droit de l'Union du raisonnement mené par le Conseil constitutionnel français dans sa décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I.* Selon cette décision, « le traité sur l'Union européenne, n'a pas pour conséquence de modifier la nature juridique du Parlement européen », « ce dernier ne constitue pas une assemblée souveraine dotée d'une compétence générale et qui aurait vocation à concourir à l'exercice de la souveraineté nationale » et il « appartient à un ordre juridique propre qui, bien que se trouvant intégré au système juridique des différents États membres des Communautés, n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française »[39]. Le raisonnement du Conseil constitutionnel souligne la différence de nature entre les élections municipales et les élections européennes. On pourrait ainsi concevoir que pour les secondes, ces questions de délimitation de l'électorat selon qu'il intègre ou non les ressortissants des États tiers soient par principe encadrées par le droit de l'Union et non laissées à la libre appréciation de chaque État membre. Mais cela conduirait à une intrusion du droit de l'Union dans la définition par l'État de son corps politique électoral et toucherait à l'un des éléments essentiels de son identité nationale qui fait apparaître de fortes divergences entre les États.

38. CC, DC 9 avril 1992, *Maastricht I*, n° 92-308.
39. DC n° 92-308 préc., cons. 32 et s.

Ces divergences tiennent aux différences de conceptions nationales du lien entre la nationalité et l'exercice des droits politiques attachés à la citoyenneté nationale. La distinction même entre nationalité et citoyenneté pose question au vu de certaines traditions juridiques nationales. Ces divergences rejaillissent nécessairement sur la conception européenne de la nature du lien entre la nationalité et les droits politiques attachés à la citoyenneté européenne dans chaque État dès lors que ces droits peuvent, dans certains États, bénéficier à des non nationaux non ressortissants de l'Union.

3. L'européanisation du régime des élections européennes source de tensions d'identités démocratiques entre l'Union et ses États

Le progrès des garanties européennes des droits de vote et d'éligibilité aux élections européennes s'impose pour assurer l'effectivité de la citoyenneté européenne comme statut supranational ayant vocation à former le « statut fondamental » des ressortissants de l'Union mis en avant par l'arrêt du 20 septembre 2001, *Grzelczyk.* Selon cet arrêt, ce statut confère au « citoyen de l'Union qui réside légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil » le droit de se prévaloir du principe de non-discrimination « dans toutes les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire »[40]. Le statut de la citoyenneté européenne aspire à l'égalisation des conditions de ses titulaires y compris devant le bénéfice des droits fondamentaux garantis par l'Union. Comme ces derniers[41], il connaît un processus d'autonomisation des droits nationaux. Il apparaît toujours davantage comme un statut d'intégration sociale, civile et politique qui invite à la promotion d'une conception élargie de l'intégration européenne[42]. Les garanties européennes peuvent progresser par l'attraction des droits nationaux dans l'orbite du champ d'application du droit de l'Union (3.1) et par les progrès d'un régime européen pour les élections européennes (3.2).

40. C-184/99, préc.
41. C.J.U.E., gde ch., 21 mai 2019, *Commission c./ Hongrie,* C-235/17, EU:C:2019:432.
42. Voir notamment L. Azoulai, « Appartenir à l'Union. Liens institutionnels et liens de confiance dans les relations entre États membres », *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco,* Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 27.

3.1 *L'attraction des droits nationaux dans l'orbite du champ d'application du droit de l'Union*

La répartition entre le champ des droits nationaux et celui du droit de l'Union européenne ne correspond pas pleinement à la distinction entre le volet national et le volet transnational de l'exercice des droits de vote et d'éligibilité aux élections européennes. Car les règles qui régissent les élections européennes comportent une teneur proprement européenne et autonome des droits nationaux, y compris quand elles s'appliquent à l'identique aux nationaux de l'État et aux non nationaux ressortissants de l'Union résidents sur son territoire. Les progrès de l'europanéité de ces élections illustrent la liaison entre la citoyenneté de l'Union et les droits fondamentaux, participent de la réalisation des valeurs démocratiques communes et entrent dans le champ du principe de confiance mutuelle entre les États membres dans le respect de ces valeurs et de ces droits fondamentaux. Ils se manifestent dans la jurisprudence de la Cour de justice qui fait ressortir la relativité des limites tenant au champ d'application territorial du droit de l'Union (1) et la prise en compte des traditions nationales pour la fixation de l'étendue des bénéficiaires du droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes (2).

3.1.1 La relativité des limites tenant au champ d'application territorial du droit de l'Union

Au regard du champ d'application territorial du droit de l'Union, les obligations qui pèsent sur les États membres d'organiser les élections au Parlement européen diffèrent selon qu'il s'agit des Régions ultra-périphériques (RUP) régies par le principe d'intégration et soumises par principe au droit de l'Union ou des pays ou territoires d'outre-mer (PTOM) qui sont liés à l'Union par un régime spécial d'association. Selon l'arrêt de grande chambre, du 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger*[43], « dès lors que les dispositions du traité ne sont pas applicables aux PTOM, le Parlement européen ne saurait être considéré comme le *corps législatif* » de ces derniers au sens de l'article 3 du protocole 1 additionnel à la CEDH. La Cour s'est prononcée en ce sens à propos de la loi électorale néerlandaise qui excluait du bénéfice du droit de vote et d'éligibilité les Néerlandais domiciliés de façon effective aux Antilles néerlandaises ou à Aruba.

Ainsi, par leurs déclarations au moment de leur acceptation d'intégrer la Communauté puis l'Union, les États déterminent pour ce qui les concerne les territoires et les populations couverts par principe par le

43. C.J.U.E., 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger*, C-300/04, EU:C:2006:545.

champ territorial d'application du droit de l'Union. Il s'agit d'une expression de leur identité nationale voire de l'autonomie locale et régionale qui en fait partie. Ce faisant, les États contribuent à délimiter le champ territorial d'application des droits de vote et d'éligibilité aux élections européennes. Cependant, le changement de catégorie au sein des outre-mers implique des décisions prises en Conseil, comme en témoigne le cas du changement de statut de Mayotte[44]. De plus, le principe général de non-discrimination entre les ressortissants de l'Union doit être respecté. Ainsi, dans l'arrêt *Eman et Sevinger*, la Cour juge que « l'objectif poursuivi par le législateur néerlandais, consistant à octroyer le droit de vote et d'éligibilité aux Néerlandais ayant ou ayant eu des liens avec les Pays-Bas, relève de la marge d'appréciation dont dispose ce législateur quant à l'organisation des élections ». Elle constate que « le gouvernement néerlandais n'a pas suffisamment démontré que la différence de traitement relevée entre les Néerlandais résidant dans un pays tiers et ceux résidant aux Antilles néerlandaises ou à Aruba est objectivement justifiée et ne constitue dès lors pas une violation du principe d'égalité de traitement ». Ainsi, pour reprendre à nouveau les termes de l'arrêt, « le principe d'égalité de traitement fait (…) obstacle à ce que les critères choisis aient pour effet de traiter de manière différente des ressortissants se trouvant dans des situations comparables, sans que cette différence de traitement soit objectivement justifiée »[45].

3.1.2 La prise en compte des traditions nationales pour la fixation de l'étendue des bénéficiaires

La question de l'assimilation des ressortissants des États tiers aux ressortissants des États membres relève on l'a vu des droits nationaux. Elle pose celle de la qualification même de la situation des ressortissants des États tiers bénéficiant du droit de vote aux élections européennes en vertu du droit national de leur État de résidence. Il s'agit d'une situation déterminée en principe par le droit national alors qu'elle tient à des droits fondés sur le droit de l'Union et dont la mise en œuvre est encadrée par lui. Il s'agit donc d'une situation interne qui présente un intérêt pour l'Union au sens de la jurisprudence de la Cour de justice. Une telle situation peut aussi entrer dans le champ du droit de vote et du droit de se porter candidat aux élections protégé par l'article 3 du Protocole n° 1 additionnel à la CEDH. Elle peut faire l'objet d'un contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme par référence à l'article 1er du Protocole n° 12 à la Convention[46].

44. Voir notamment C.J.C.E., gde ch., 15 décembre 2015, *Parlement c./Conseil,* C-132/14 à C-136/14, EU:C:2015:813.
45. Pts 60 et 61 de l'arrêt préc.
46. Voir notamment Cour EDH, 9 juin 2016, *Pilav c./ Bosnie-Herzégovine,* Req. n° 41939/07.

Dans l'arrêt du 12 septembre 2006, *Espagne c./Royaume-Uni*, la Cour de justice a ainsi pris en compte la tradition britannique pour se prononcer sur les droits des résidents de Gibraltar qui n'ont pas la qualité de ressortissants de l'Union mais qui bénéficient du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen en tant que citoyen du Commonwealth. Cet arrêt s'inscrit dans les suites de celui de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 février 1999, *Matthews c./Royaume-Uni*, qui avait jugé que le Royaume-Uni, en n'organisant pas d'élections au Parlement européen à Gibraltar, avait privé une résidente de Gibraltar « de toute possibilité d'exprimer son opinion sur le choix des membres du Parlement européen ». L'arrêt de la Cour de justice se prononce dans le même sens et précise que le Royaume-Uni pouvait, pour se conformer à celui de la Cour européenne des droits de l'homme, définir les conditions de vote et d'éligibilité aux élections européennes à Gibraltar par une simple transposition de celles prévues par la législation britannique pour les élections nationales au Royaume-Uni et pour celles à la Chambre législative de Gibraltar.

3.2 *Les progrès d'un régime européen pour les élections européennes*

Les progrès des droits attachés à la citoyenneté européenne apparaissent dans la jurisprudence de la Cour de justice par l'extension du contrôle de proportionnalité et la réduction du champ des situations purement internes exclues du droit de l'Union (1). L'Agence européenne des droits fondamentaux souligne de façon récurrente les obstacles qui affectent la possibilité pour les citoyens de l'Union de se présenter et de voter aux élections européennes dans les États dont ils n'ont pas la nationalité. Dans son rapport de 2018, « Making EU citizens' rights a reality: national courts enforcing freedom of movement and related rights », l'agence relève que ces droits souffrent de restrictions par rapport aux droits des ressortissants nationaux. Elle invite les États membres à inciter les citoyens de l'Union non nationaux qui résident sur leur territoire à s'investir dans la vie politique du pays, en soulignant que cela passe par l'élimination d'obstacles administratifs tels que la preuve de la résidence[47]. L'exigence démocratique supranationale d'une européanisation du régime des élections européennes s'impose comme un enjeu de taille pour le progrès d'une identité démocratique européenne sans pour autant mettre nécessairement en cause les éléments essentiels de l'identité nationale des États membres (2).

47. Luxembourg, Office des Publications de l'Union européenne, 2018. Sur ces questions, Voir notamment E. Duval, « L'élection et le statut des députés européens. Quelles perspectives pour un droit électoral et parlementaire pour l'Union ? », *Le principe électif dans l'Union européenne, op. cit.*

3.2.1 L'extension du contrôle de proportionnalité et la réduction des situations purement internes

L'extension du contrôle européen de proportionnalité apparaît clairement dans l'arrêt de grande chambre du 6 octobre 2015, *Delvigne*[48] qui se prononce sur la législation française excluant de plein droit du droit de vote aux élections européennes les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pénale pour crime grave devenue définitive. La Cour opère son contrôle sur les modalités dans lesquelles les États respectent les obligations que leur imposent l'article 14 TUE et l'article 1er § 3 de l'Acte de 1976. Elle vérifie, sur la base de l'article 52 § 1 CDFUE, si la France a respecté les principes de légalité et de proportionnalité ainsi que le contenu essentiel du droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union. Elle examine si « les restrictions sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». Les termes d'appréciation sont européens et autonomes. Une analogie peut être menée avec le contrôle de proportionnalité de la Cour en matière de retrait de la nationalité par référence à l'article 20 TFUE, lu à la lumière des articles 7 et 24 de la CDFUE[49].

L'arrêt *Delvigne* montre les limites des situations purement internes puisque le contentieux concernait ici les droits d'un national à l'égard de son État, alors que les directives relatives aux droits de vote et d'éligibilité, tant pour les élections européennes que pour les élections locales et régionales couvrent le volet transnational du droit de vote lié à l'exercice d'une mobilité. Ainsi, la fixation des bornes à la compétence nationale réservée fait apparaître une tension entre le respect de l'identité nationale et les exigences tenant à la nature européenne des droits de vote et d'éligibilité des citoyens européens.

3.2.2 L'exigence démocratique supranationale d'une européanisation du régime des élections européennes

Les progrès de la teneur transnationale des droits de vote et d'éligibilité du citoyen européen sur le droit national se conjuguent avec le respect, encadré, de l'identité nationale des États. La directive 93/109/CE prévoit que « toute dérogation aux règles générales de la présente directive doit être justifiée, selon l'article 8 B paragraphe 2 du traité CE, par des problèmes spécifiques à un État membre et que toute disposition

48. C.J.U.E., gde ch., 6 octobre 2015, *Delvigne,* C-650/13, EU:C:2015:648.
49. C.J.U.E., gde ch., 12 mars 2019, *Tjebbes,* C-221/17, EU:C:2019:189; Voir aussi: C.J.U.E., gde ch., 2 mars 2010, *Rottman*, C-135/08, EU:C:2010:104.

dérogatoire, de par sa nature, doit être sujette à un réexamen ». Elle fixe les conditions dans lesquelles « de tels problèmes spécifiques peuvent se poser, notamment, dans un État membre où la proportion de citoyens de l'Union, qui y résident sans en avoir la nationalité et qui ont atteint l'âge de voter, dépasse très significativement la moyenne ; qu'une proportion de 20 % de ces citoyens par rapport à l'ensemble de l'électorat justifie des dispositions dérogatoires qui se fondent sur le critère de durée de résidence ». Elle reçoit l'objectif légitime des États d'éviter « toute polarisation entre listes de candidats nationaux et non nationaux » et relève que « ce risque de polarisation concerne particulièrement un État membre où la proportion de citoyens de l'Union non nationaux qui ont atteint l'âge de vote dépasse 20 % de l'ensemble des citoyens de l'Union en âge de vote et qui y résident, et que dès lors il importe que cet État membre puisse prévoir des dispositions particulières dans le respect de l'article 8 B du traité quant à la composition des listes de candidats ».

La fixation d'un cadre commun pour le déroulement des élections européennes n'affecte pas le respect de l'identité nationale des États. En vertu de l'Acte électoral de 1976, tel que modifié, les élections au Parlement européen ont lieu au cours d'une période électorale identique pour tous les États et fixée par le Conseil à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. Le champ des dispositions européennes a progressé en ce qui concerne le mode de scrutin qui doit reposer sur le principe de la représentation proportionnelle[50] et les seuils limites fixés par le droit de l'Union pour l'attribution des sièges. Ces seuils limites laissent une marge de variation entre les États qui peuvent aussi prévoir la suppression de tels seuils, comme cela a été le cas en Allemagne avant les élections de 2014[51]. La détermination de ces seuils intéresse tant les droits des candidats que

50. Voir la décision (UE) 2018/937 du Conseil européen du 28 juin 2018 fixant la composition du Parlement européen qui détermine la répartition des sièges au Parlement européen prévue à l'article 14, § 2, du traité UE, en appliquant le principe de « proportionnalité dégressive ».

51. Voir les seuils déterminés en dernier lieu par la décision (UE, Euratom) 2018/994 du 13 juillet 2018 du Conseil, dans l'article 3 de l'acte de 1976 modifié. Sur la conformité à la Constitution française du seuil de représentativité de 5 % pour les élections européennes en France et rejetant les conclusions aux fins de transmission d'une question préjudicielle à la C.J.U.E. : CC, DC 2019-811 QPC du 25 octobre 2019, *Mme Fairouz e. a.,* FR:CC:2019:811. Voir aussi : C.C., D.C. 2019-811 R Q du 28 novembre 2019, *Mme Fairouz e.a.*, FR:CC:2019:811 ; C.E. 31 janvier 2020, *Élections des représentants au Parlement européen*, Req. n° 431143 e.a. ; la Cour Constitutionnelle allemande a quant-à-elle jugé à deux reprises, le 9 novembre 2011 puis le 26 février 2014, anticonstitutionnels les seuils de représentativité exigés des partis politiques pour entrer au Parlement européen en marquant la différence entre ce-dernier et le Bundestag. Sur cette jurisprudence et « le refus des juges de Karlsruhe de reconnaître le Parlement européen comme source de légitimation démocratique » : C. Haguenau-Moizard, « Démocratie européenne et démocratie nationale selon la Cour Constitutionnelle allemande », *La démocratie dans l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc., p. 223 et s.

ceux des partis politiques[52]. La décision 2018/994 apporte des dispositions nouvelles concernant le recours aux méthodes de vote (pour les votes par anticipation, par correspondance, par voie électronique et via Internet), le délai pour le dépôt des candidatures, les seuils, la sanction du double vote par le droit des États, le vote dans les États tiers ou encore la possibilité de faire figurer les noms des partis politiques européens sur les bulletins de vote. Elle introduit également des garanties en faveur de la protection des données à caractère personnel dont on sait combien elle exprime l'identité européenne[53] et se combine aux droits attachés à la citoyenneté européenne[54].

Les rapports d'identité entre l'Union et ses États membres se mesurent à l'aune de la force des tensions de compétences. Les avancées du régime européen des élections européennes trouvent des bases juridiques dans la compétence de l'Union telle que définie par les traités. L'article 22 § 2 TFUE mentionne ainsi le droit de vote des citoyens de l'Union « sans préjudice des dispositions de l'article 223, paragraphe 1, et des dispositions prises pour son application ». Il ajoute que « ce droit sera exercé sous réserve des modalités, arrêtées par le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen » et que « ces modalités peuvent prévoir des dispositions dérogatoires lorsque des problèmes spécifiques à un État membre le justifient ». L'article 223 § 1 TFUE prévoit l'élaboration par le Parlement européen d'un projet pour l'établissement des « dispositions nécessaires pour permettre l'élection de ses membres au suffrage universel direct selon une procédure uniforme dans tous les États membres ou conformément à des principes communs à tous les États membres ». Selon cette disposition, il revient au Conseil d'adopter de telles dispositions à l'unanimité et sur la base d'une procédure législative spéciale et après approbation du Parlement européen à la majorité de ses membres. De telles dispositions n'entrent en vigueur qu'après leur approbation par les États membres « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ». Ces conditions traduisent la volonté de préserver les prérogatives des États et leur identité nationale et rendent difficiles les évolutions.

52. Voir notamment Cour EDH, 28 janvier 2016, *Partei Die Friesen c./ Allemagne*, Req. nº 65480/10.

53. Règlement (UE, Euratom) 2019/493 du 25 mars 2019 modifiant le règlement (UE, Euratom) 1141/2014 en ce qui concerne une procédure de vérification relative aux violations des règles relatives à la protection des données à caractère personnel dans le cadre des élections au Parlement européen.

54. La Cour de justice juge notamment que l'article 12 § 1, CE s'oppose à ce qu'un État établisse un fichier « de données à caractère personnel spécifique aux citoyens de l'Union non-ressortissants de cet État membre » : C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Huber,* C-524/06, EU:C:2008:724.

Malgré l'intervention de certaines propositions du Parlement européen[55], force est de constater la lenteur et la faiblesse des avancées en ce sens[56]. On peut relever en particulier l'absence d'accord au sein du Conseil pour l'établissement d'une circonscription électorale commune et pour une nomination du président de la Commission en fonction des candidats têtes de liste aux élections. Un constat du même ordre s'impose de « l'émancipation difficile des eurodéputés »[57]. Si la Cour de justice a reconnu l'autonomie réglementaire du Parlement européen[58], le statut des députés européens reste très limité[59] alors que la compétence du Parlement européen pour adopter les règlements en la matière est posée par l'article 223 § 2 TFUE. Or, l'autonomisation de la représentation démocratique assurée par le Parlement européen se mesure à l'aune des progrès d'un droit parlementaire autonome pour l'Union. En ce sens, les récentes conclusions de l'avocat général Szpunar proposent à la Cour de juger que l'acquisition de la qualité de député européen ne peut être conditionnée par l'accomplissement d'une obligation supplémentaire imposée au plan national telle que celle de prêter serment de respecter la Constitution espagnole[60]. La même faiblesse caractérise les avancées européennes du statut des partis politiques au niveau européen qui repose sur l'adoption de règlements du Parlement européen et du Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire[61] même si des progrès concernent leur système de financement[62]. Comme le note le Parle-

55. Sur les rapports et propositions du Parlement européen, Voir notamment E. Duval, « L'élection et le statut des députés européens. Quelles perspectives pour un droit électoral et parlementaire pour l'Union ? », *Le principe électif dans l'Union européenne, op. cit.*

56. Sur ces avancées et leurs défis actuels et à venir, Voir notamment les contributions dans cet ouvrage de A. Antonuzzo & N. Lupo, D. Fromage, G. Grasso et D. Blanc ainsi que l'article de E. Duval, préc. ; Voir aussi, C. Mestre, Rapport introductif, *La démocratie dans l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. p. 18 et s. ainsi que p. 31 et s. (sur les tensions avec l'identité nationale des États membres).

57. A. Pospisilova Padowska et H. Krück, « L'émancipation difficile des eurodéputés – L'histoire et le contenu du statut des députés au Parlement européen », *CDE,* 3-2010, pp. 225-271.

58. C.J.C.E., 15 septembre 1981, *Lord Bruce of Donington,* C-208/80, EU:C:1981:194.

59. Voir les résolutions du Parlement européen du 4 juin 2003, portant adoption du statut des députés au Parlement européen (JO, 18 mars 2004, C 68 E), du 17 décembre 2003 sur le statut des députés (JO, 15 avril 2004, C 91 E), du 23 juin 2005 sur la modification de la Décision du 4 juin 2003, portant adoption du statut des députés au Parlement européen (JO, 8 juin 2006, C 133 E) et la Décision du Parlement européen du 28 septembre 2005, portant adoption du statut des députés au Parlement européen (2005/684/CE, Euratom).

60. Conclusions du 12 novembre 2019, *Junqueras Vies,* C-502/19, EU:C:2019:958.

61. Article 224 TFUE.

62. Règlement (UE, Euratom) 2004/2003 abrogé et remplacé par le règlement (UE, Euratom) 1141/2014 relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes modifié par le règlement (UE, Euratom) 2018/673 du Parlement européen et du Conseil. Voir les contributions de R. Perrone, F. Pacini,G. Grasso, M. El Berhoumi et G. Delledonne, dans cet ouvrage ainsi que G. Godiveau, « Le rôle des partis politiques dans l'espace démocratique européen : quel statut européen pour les partis politiques européens ? », *Le principe électif dans l'Union européenne, op. cit.*

ment européen, « les partis politiques au niveau européen, en l'état actuel, ne sont pas en mesure de jouer pleinement ce rôle » prévu par le traité, « car ils ne sont que les organisations coordinatrices des partis nationaux et ils ne sont pas directement en prise avec l'électorat des États membres »[63]. Le Parlement relève que sa « fonction démocratique demeure peu reconnue par l'opinion publique » et que « les médias ne parlent pas régulièrement des travaux du Parlement »[64]. Mais certaines résistances peuvent provenir du Parlement lui-même, comme cela a été le cas lors du rejet de la création de listes transnationales pour les élections européennes[65].

Tels sont les enjeux démocratiques du lent processus d'européanisation du régime des élections européennes qui ne peuvent être désolidarisées de l'autonomisation du statut et du mandat des députés européens. Les progrès du droit de l'Union, facteurs de commun entre les États membres, contribuent à garantir tant l'indépendance du Parlement que la source européenne de sa légitimité politique. Chaque avancée exprime de nouvelles tensions constitutionnelles entre l'Union et ses États et un équilibre renouvelé au bénéfice du principe européen de démocratie représentative. Dans l'arrêt de grande chambre du 19 décembre 2019, *Junqueras Vies,* la Cour de justice rappelle que le fonctionnement de l'Union est fondé sur ce principe « qui concrétise la valeur démocratie mentionnée à l'article 2 TUE »[66]. Cet arrêt se prononce dans le sens des conclusions

63. Proposition de résolution du Parlement européen sur l'application du règlement CE 2004/2003 sur le statut et le financement des partis politiques au niveau européen (2010/2201(INI).

64. Proposition de résolution du Parlement européen, sur la proposition de modification de l'Acte du 20 septembre 1976 portant élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct (2009/2134(INI)). Comme le relève N. Leron, « l'espace public demeure résolument national » et « les élections européennes demeurent toujours des élections nationales secondaires » : « Penser la double démocratie européenne. Notes pour l'étude de la gouvernementalité du système juridico-politique européen », *La démocratie dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 118.

65. Sur ce sujet, Voir notamment J.-P. Jacqué, « Élections européennes : le refus des listes transnationales », Droit institutionnel de l'Union européenne, Chronique, *RTDeur* 2/2018, p. 432.

66. C-502/19, EU:C:2019:1115, pt. 63, renvoyant à l'arrêt du même jour, *Puppinck e.a. c./Commission,* C-418/18 P, EU:C:2019:1113, pt. 64. Voir aussi, l'ordonnance de la Vice-Présidente de la Cour de justice, du 20 décembre 2019, *Puigdemont i Casamajó et Comín i Oliveres c./ Parlement*, C-646/19 P(R), EU:C:2019:1149, à propos du recours en annulation introduit contre la décision du Parlement européen de prendre acte de la liste des candidats élus notifiée par les autorités espagnoles et excluant les requérants en raison du non-respect par ces derniers d'une formalité imposée par le droit espagnol. Cette ordonnance infirme la position du Président du tribunal en jugeant que « le fait qu'il ressort de la proclamation du 13 juin 2019 que les candidats proclamés élus sont tenus, conformément au droit national, de prêter le serment de se soumettre à la Constitution n'exclut pas, à première vue, que ladite proclamation puisse être considérée comme étant les « résultats proclamés officiellement », au sens de l'article 12 de l'acte électoral » (pt. 76 de l'ordonnance). Dès lors, le président du Tribunal a commis une erreur de droit « en

précitées de l'avocat général Szpunar. La Cour juge notamment que les personnes élues acquièrent leur qualité de « membre du Parlement européen » par le seul fait « de la proclamation officielle des résultats électoraux par les États membres » et qu'elles bénéficient du régime d'immunité attaché à cette qualité « avant que leur mandat ne débute »[67]. Les États ne peuvent imposer de conditions supplémentaires à l'acquisition de cette qualité, fussent-elles d'ordre constitutionnel. Le régime d'immunité implique, en l'occurrence, alors la levée par les autorités nationales d'une mesure de placement en détention provisoire appliquée à la personne élue, devenue député européen. Cet arrêt préjudiciel montre combien le régime de privilèges et d'immunités se trouve à la jonction des intérêts des députés européens, de l'Union et de ses États membres. Cette même jonction des intérêts s'exprime lors d'une demande de levée de l'immunité parlementaire adressée au Parlement européen dont la décision est susceptible de recours dans des conditions devant garantir, selon une jurisprudence concordante de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme[68], le droit d'accès à un tribunal, conditions à interpréter à l'aune de la société démocratique.

C'est bien sous le prisme des valeurs communes placées aux fondements de l'Union et qui gouvernent la liaison constitutionnelle entre citoyenneté, démocratie et justice, que s'apprécient les termes et la portée de la relation entre les élections européennes et l'identité nationale des États membres dans l'ordre constitutionnel de l'Union.

estimant que la proclamation du 13 juin 2019 ne pouvait, à première vue, être considérée comme étant les « résultats proclamés officiellement », au sens de l'article 12 de l'acte électoral » (pt. 77). Et c'est à tort que le président du Tribunal a considéré comme étant « à première vue, non fondé », le moyen des requérants tiré de la violation de l'article 12 de l'acte électoral par le Parlement (pt. 78).

67. *Ibid*., pts 77 et 80.

68. Voir notamment la jurisprudence citée dans notre article, « L'autonomie des fonctions publiques européennes et la dialectique des rapports entre systèmes juridiques », *Vers un modèle européen de fonction publique ?* L. Potvin-Solis (dir.), Bruylant, Coll. « Colloques Jean Monnet », 2011, p. 119 et s.

Bibliographie

JURISPRUDENCE

Avis 2/13, Ass. Plén. 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH,* EU:C:2014:2454.

CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn Wittgenstein,* C-208/09, EU:C:2010:806.

CJCE, 5 février 1963, 26/62, EU:C:1963:1.

CJUE, 19 juillet 2012, *Parlement c./Conseil*, C-130/10, EU:C:2012:472.

CJUE, Ass. Plén. 10 décembre 2018, *Wightman,* C-621/18, EU:C:2018:999.

CJUE, Ord. 19 mars 2019, *Shindler,* C-755/18 P., EU:C:2019:221.

CJUE, gde ch. 21 mai 2019, *Commission c./ Hongrie,* C-235/17, EU:C:2019:432.

CJUE, 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger*, C-300/04, EU:C:2006:545.

CJCE, gde ch. 15 décembre 2015, *Parlement c./Conseil,* C-132/14 à C-136/14, EU:C:2015:813.

CJUE, gde ch. 6 octobre 2015, *Delvigne,* C-650/13, EU:C:2015:648.

CJUE, gde ch. 12 mars 2019, *Tjebbes,* C-221/17, EU:C:2019:189.

CJUE, gde ch. 2 mars 2010, *Rottman*, C-135/08, EU:C:2010:104.

CJCE, 16 décembre 2008, *Huber,* C-524/06, EU:C:2008:724.

CJCE, 15 septembre 1981, *Lord Bruce of Donington,* C-208/80, EU:C:1981:194.

CJUE, 9 décembre 2019, *Junqueras Vies*, C-502/19, EU:C:2019:1115.

CJUE, 9 décembre 2019, *Puppinck e.a. c./Commission*, C-418/18 P, EU:C:2019:1113.

Cour EDH, 9 juin 2016, *Pilav c./ Bosnie-Herzégovine,* Req. n° 41939/07.

Cour EDH, 28 janvier 2016, *Partei Die Friesen c./ Allemagne*, Req. n° 65480/10.

Conseil Constitutionnel, DC 9 avril 1992, *Maastricht I,* n° 92-308, FR:CC: 1992:92.308

Conseil Constitutionnel, DC 2019-811 QPC du 28 novembre 2019, *Mme Fairouz e. a.,* FR:CC:2019:2019:811.

LÉGISLATION

Directive 93/109/CE du Conseil, du 6 décembre 1993, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants, *JO* 30 décembre 1993, L 329.

Directive 2013/1/UE du Conseil du 20 décembre 2012 modifiant la directive 93/109/CE en ce qui concerne certaines modalités de l'exercice du droit d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant

dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants, *JO,* 26 janvier 2013, L 26/27.

Règlement (UE) 2019/788 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relatif à l'initiative citoyenne européenne et abrogeant, avec effet au 1er janvier 2020, *JO*, 17 mai 2019, L 130/55.

Règlement (UE) 211/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011, relatif à l'initiative citoyenne, *JO,* 11 mars 2011, L 65/1.

Règlement (UE, Euratom) 2019/493 du 25 mars 2019 modifiant le règlement (UE, Euratom) no 1141/2014 en ce qui concerne une procédure de vérification relative aux violations des règles relatives à la protection des données à caractère personnel dans le cadre des élections au Parlement européen, JO, 27 mars 2019, LI 85 /7.

Décision (UE) 2018/937 DU CONSEIL EUROPÉEN du 28 juin 2018 fixant la composition du Parlement européen, *JO*, 2 juillet 2018, L 165 I/1.

Décision (UE, Euratom) 2018/994 du Conseil du 13 juillet 2018 modifiant l'acte portant élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct, annexé à la décision 76/787/CECA, CEE, Euratom du Conseil du 20 septembre 1976, JO, 16 juillet 2018, L 178/1.

Le Parlement européen, garant de la démocratie et des droits fondamentaux devant la Cour de justice de l'UE

Christophe Maubernard[1]

1. Le Parlement européen, requérant objectif pour la garantie effective des droits fondamentaux 50

2. Les finalités stratégiques du Parlement européen, requérant *semi-objectif* pour la garantie effective des droits fondamentaux 58

3. Conclusion 62

1. Maître de conférences HDR, Université de Montpellier, IDEDH.

L'Union européenne connaît un modèle de démocratie juridique, en ce sens que la démocratie européenne, à supposer même qu'elle n'ait jamais existée en tant que forme politique réalisée[2], repose moins sur une séparation et une légitimité fondée sur des pouvoirs que sur le respect des droits et des obligations des différents sujets au sein d'un ordre juridique autonome, et sous le contrôle de l'autorité juridictionnelle[3]. Il est ainsi remarquable de constater que les élections au suffrage universel direct des parlementaires européens[4] pas davantage que la consécration d'une citoyenneté européenne ne sont les véritables causes de l'extension des pouvoirs du Parlement européen, mais plutôt la conséquence de prérogatives revendiquées antérieurement par cette institution et d'un contexte politique incitant les États membres à les reconnaître et les codifier[5]. Si ces avancées ont eu pour effet de renforcer la légitimité de l'institution *a posteriori* elles n'ont pas pour autant, toutefois, suscité une adhésion plus forte des peuples européens au projet politique de l'Union[6].

Le Parlement européen est ainsi devenu une assemblée parlementaire qui exerce des activités traditionnellement dévolues au législateur au sein des États membres, comme l'adoption des textes de portée générale ou le contrôle et l'approbation du budget. En tant qu'enceinte démocra-

2. Trib. UE, 19 juin 2018, *Marion Le Pen c/ Parlement*, aff. T-86/17, points 175 et 176 : « (…) il doit être rappelé qu'il ressort de l'article 2 TUE que l'Union est fondée, notamment, sur la valeur de démocratie. Il découle, en outre, de l'article 10, paragraphes 1 et 2, TUE que le fonctionnement de l'Union est fondé sur la démocratie représentative, les citoyens étant directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement. À cet égard, il importe de souligner que la garantie de l'indépendance, y compris de l'indépendance financière, des députés, qui en tant que représentants du peuple sont censés servir l'intérêt général de ce dernier, constitue un principe général inhérent à tout système de représentation parlementaire démocratique (…). »

3. C.J.C.E., gde ch., 9 mars 2010, *Commission c/ RFA*, aff. C-518/07, point 41 : « (…) il y a lieu de rappeler que le principe de démocratie relève de l'ordre juridique communautaire et a été consacré expressément à l'article 6, paragraphe 1, UE comme l'un des fondements de l'Union européenne. En tant que principe commun aux États membres, il doit être pris en compte lors de l'interprétation d'un acte de droit dérivé (…). ». Voir aussi C.J.U.E., gde ch., 14 avril 2015, *Conseil c/ Commission*, aff. C-409/13 point 96. J.- P. Jacque, « Vers une reconnaissance juridictionnelle des droits politiques des citoyens européens », *RTDE*, 2017, p. 177.

4. Article 10 TUE : « 1. Le fonctionnement de l'Union est fondé sur la démocratie représentative. 2. Les citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen. »

5. M. Chauchat, *Le contrôle politique du Parlement européen sur les exécutifs communautaires*, LGDJ, Paris, 1989.

6. Même si au cours du dernier scrutin européen en juin 2019 la participation a été en hausse dans la plupart des États membres de l'Union, à l'exception de l'Italie, du Portugal, de la Grèce, de la Bulgarie, de la Belgique et de l'Irlande, pays pourtant largement acquis historiquement à la cause européenne. Voir en ligne https://www.touteleurope.eu/actualite/elections-europeennes-2019-une-participation-en-hausse-dans-l-ensemble-de-l-union.html (dernière consultation le 30/10/2019).

tique, c'est aussi un lieu de débat où s'expriment des opinions et où sont adoptés des actes, contraignants ou non, relatifs à la légitimité de l'action de l'Union[7], le respect des valeurs[8], des principes et des droits fondamentaux[9]. Or dans une démocratie juridique[10] le respect de ces normes et valeurs fondamentales passe aussi par la voie contentieuse[11]. La Cour de justice ayant consacré leur reconnaissance et leur assurant une garantie effective, elle leur a conféré une valeur et une portée spécifiques et, depuis l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, elle poursuit ce travail de sédimentation jurisprudentielle sur son fondement[12].

Dans ces conditions le Parlement européen, en tant qu'institution détentrice d'une part de la légitimité démocratique de l'Union[13], ne pouvait demeurer en retrait de la dimension contentieuse de la protection des droits fondamentaux[14]. Il faut alors s'interroger doublement, quant aux hypothèses dans lesquelles le Parlement a recours au juge au titre de la protection des droits fondamentaux (1) et en vertu de quelles finalités ou de quelle stratégie contentieuse (2).

7. Voir, par exemple, la résolution du Parlement en date du 13 mars 2014 sur le rapport d'enquête sur le rôle de la troïka (BCE, Commission et FMI) dans les pays sous-programme de la zone euro. L'institution y déplore notamment que « les programmes relatifs à la Grèce, à l'Irlande et au Portugal contiennent des prescriptions précises en ce qui concerne la réforme des systèmes de soins de santé et des réductions de dépenses ; regrette que les programmes ne soient pas soumis à la charte des droits fondamentaux ou aux dispositions des traités de l'Union européenne, notamment à l'article 168, paragraphe 7, du traité FUE » (considérant n° 32). A. Bailleux, « Les droits fondamentaux face à la crise », *Revue de l'OFCE*, 2014/3, n° 134, p. 89.

8. Par exemple, adoption le 12 septembre 2018 du Rapport de Mme J. Sargentini relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, § 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, A8-0250/2018.

9. Chaque année le Parlement européen adopte un rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne.

10. M. Rouyer, « La démocratie n'est plus ce qu'elle n'était pas. Réflexion sur la démocratie à l'aune de l'Europe », *Parlement[s], revue d'histoire politique*, 2004, n° 1, p. 91.

11. C.J.U.E., gde ch., 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18 ; voir aussi C.J.U.E., gde ch., 6 septembre 2017, *Slovaquie et Hongrie c/ Conseil de l'UE*, aff. C-643 et 647/15.

12. R. Tiniere et C. Vial (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'UE : entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

13. B. Mathieu, « Le Parlement européen face aux défis de la démocratie », *LPA*, 2009, n° 116, p. 16.

14. G. Isaac, « L'insertion du Parlement européen dans le système juridictionnel des Communautés européennes », *AFDI*, 1986, vol. 32, p. 794.

1. Le Parlement européen, requérant objectif pour la garantie effective des droits fondamentaux

Une précision s'impose au préalable. Ne seront évoquées ici que les affaires dans lesquelles le Parlement européen est requérant et invoque des moyens fondés sur la contrariété d'un acte de l'Union avec les droits fondamentaux, que ces moyens soient uniques ou s'inscrivent dans un argumentaire plus large. Tel n'est pas le cas des hypothèses – beaucoup plus nombreuses – où le juge est saisi d'un moyen tiré de la violation d'un ou de plusieurs droits fondamentaux à l'encontre des actes adoptés par le Parlement en tant que co-législateur, ou des recours formés par le Parlement pour la seule défense de ses prérogatives.

La problématique est donc celle de savoir dans quelles hypothèses le Parlement est prêt à assumer le rôle de requérant objectif en matière de garantie des droits fondamentaux ? À la lecture de la jurisprudence, ce contentieux s'avère peu fréquent et résulte le plus souvent de circonstances institutionnelles voire politiques singulières. À ce jour, moins d'une dizaine d'affaires, procédure d'avis comprise, sont susceptibles d'entrer dans cette catégorie.

Plusieurs raisons expliquent cette pusillanimité. En premier lieu, le droit d'action du Parlement a été tardivement consacré par la jurisprudence[15], et dans un premier temps de manière partielle, pour la sauvegarde de ses seules prérogatives. Il était difficile dans ces conditions de concevoir que le Parlement puisse exercer de tels recours, dès lors que la protection des droits fondamentaux ne pouvait tenir lieu d'argument pour la défense de ses prérogatives, celles-ci n'incluant pas celle-là[16]. Ce n'est qu'à compter de l'entrée en vigueur du traité de Nice que le Parlement acquiert la qualité de requérant privilégié qui le dispense de démontrer un intérêt à agir. En second lieu, cette extension progressive de la qualité pour agir du Parlement est concomitante à la reconnaissance de son statut de co-législateur. Le Parlement ne change pas alors seulement d'envergure politique, sa stratégie « historique », si l'on peut dire, de résistance à l'égard du Conseil, vacille sous les exigences nouvelles de la co-législation, qui l'obligent à trouver un consensus plus fréquent avec l'institution intergouvernementale. L'idée d'un recours objectif, au titre des droits fonda-

15. C.J.C.E., 22 mai 1990, *Parlement européen c/ Conseil des CE*, aff. C-70/88, point 27. J.-P. Jacque, « Qualité du Parlement européen pour agir en annulation d'un règlement », *RTDE*, 1990, p. 617.

16. M. Michaud, « La participation du Parlement européen au contentieux communautaire : indice de sa position institutionnelle », *Les Cahiers de droit*, 1990, n° 1, vol. 31, pp. 191-225 (téléchargeable à l'adresse : https://doi.org/10.7202/043005ar) (dernière consultation le 30/10/2019).

mentaux (ou autres), se heurte désormais aux exigences d'une *Realpolitik* nouvelle et ne se conçoit *a priori* que dans les cas où le Conseil adopte seul l'acte litigieux, le Parlement n'exprimant dans ce cas qu'un avis, ou lorsque ce dernier estime que l'atteinte à ses prérogatives emporte, dans le même temps, la violation de certaines valeurs ou principes et droits fondamentaux. En dernier lieu, en tant que co-législateur, son rôle est aussi, ontologiquement, de prévenir les risques d'atteinte à la protection des droits fondamentaux. Il faut souligner à cet égard que la Charte des droits fondamentaux constitue moins dans l'esprit de ses rédacteurs un texte à vocation judiciaire qu'un outil au service des institutions politiques que sont la Commission, le Conseil et le Parlement pour s'assurer que leurs actions respectent bien les dispositions de la Charte. Le Parlement avait lui-même anticipé cette dimension préventive, par vocation, en proposant des initiatives en faveur d'un renforcement de l'État de droit, de la démocratie et des droits de l'homme au sein des Communautés puis de l'Union européenne[17].

Le constat préalable d'une saisine exceptionnelle de la Cour de justice par le Parlement en tant que requérant objectif pourrait donc sembler banal. De surcroît, ne serait-il pas paradoxal de voir une institution participant à l'adoption d'un acte venir ensuite contester sa légalité ? Sur ce dernier point, cependant, la Cour de justice a d'abord reconnu le droit pour un État membre d'introduire un recours en annulation à l'encontre d'un acte à l'adoption duquel il a participé[18]. Par la suite, cette solution a été étendue *mutatis mutandis* au profit du Parlement[19]. Le juge de l'Union a considéré, en effet, que « [l]e fait que le Parlement a eu, conformément à l'article 5*bis*, § 4, sous e), de la seconde décision « comitologie », la possibilité de s'opposer, en statuant à la majorité des membres qui le composent, à l'adoption de la décision attaquée n'est pas susceptible, (…), d'exclure le droit de recours de cette institution. »[20]

Quelles sont donc les affaires dans lesquelles la qualité de requérant objectif du Parlement au titre de la protection des droits fondamentaux ou de la démocratie peut lui être formellement reconnue ? Nous nous attacherons aux seules affaires qui éclairent de manière décisive le contexte dans lequel le Parlement décide d'agir par la voie contentieuse.

L'acte de naissance de cette action contentieuse résulte de deux arrêts rendus par la Cour de justice au mois de juin 2006, cette proximité étant davantage le fruit d'un hasard du calendrier judiciaire que d'une volonté

17. Voir dans cet ouvrage, la contribution du professeur R. Tinière.
18. C.J.C.E., 12 juillet 1979, *Italie/Conseil*, aff. 166/78.
19. C.J.U.E., gde ch., 5 septembre 2012, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-355/10, points 37 à 40.
20. *Ibid*., point 39.

délibérée du Parlement, même si l'entrée en vigueur du traité de Nice et la proclamation de la Charte des droits fondamentaux quelques années auparavant ne sont pas étrangères à cette action. Le juge de Luxembourg se prononce en effet dans deux d'affaires fort différentes sur le fond, mais qui ont comme point commun d'opposer le Parlement au Conseil et de concerner des domaines sensibles que sont, d'une part, la lutte contre le terrorisme international et les données personnelles et, d'autre part, la politique migratoire. Dans les deux cas également, le recours est clairement fondé sur des moyens tirés de la violation des droits fondamentaux.

La première affaire est celle rendue le 27 juin 2006 à propos de l'adoption par le Conseil de la directive 2003/86 relative au regroupement familial[21]. Le Parlement soutenait qu'en autorisant les États membres à conserver une large marge d'appréciation en matière de regroupement familial, y compris à l'endroit des personnes mineures, la directive était contraire à plusieurs textes de protection des droits de l'homme au premier rang desquels figure la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « CEDH »). Mais surtout le Parlement se référait pour la première fois à la Charte des droits fondamentaux et notamment à ses articles 7 et 24 relatifs, respectivement, au respect de la vie familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'invocation de ce texte, qui n'était revêtu à l'époque des faits d'aucune valeur juridique contraignante, s'avéra pertinente et en un sens, pour l'avenir, fructueuse. Par ce recours, le Parlement apparaissait comme le promoteur de la Charte des droits fondamentaux, alors même que le traité établissant une Constitution pour l'Europe avait été abandonné l'année précédente à la suite des référendums négatifs en France et aux Pays-Bas[22]. De surcroît, l'un des droits tirés de la Charte, l'intérêt supérieur de l'enfant, n'est pas formellement consacré par la CEDH, et si d'autres textes internationaux le reconnaissent, l'Union n'y est pas partie. La Cour de justice écarta pour cette raison l'argument du Conseil selon lequel les textes invoqués par le Parlement à l'appui de son recours ne constituaient pas des normes de référence pour le contrôle de légalité de la directive, en considérant que « [s]i cette charte [des droits fondamentaux] ne constitue pas un instrument juridique contraignant, le législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance en affirmant, au deuxième considérant de la directive, que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la CEDH, mais également par

21. C.J.C.E., gde ch., 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03

22. Cela permettait aussi à la Cour de justice de répondre opportunément à la jurisprudence *Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme qui insistait sur la nécessité d'une protection « équivalente » des droits fondamentaux à celle garantie par la CEDH, au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne : Cour EDH, gde ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande*, req. n° 45036/98.

la charte. Par ailleurs, l'objectif principal de la charte, ainsi qu'il ressort de son préambule, est de réaffirmer "les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la […] [CEDH], des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour […] et de la Cour européenne des droits de l'homme" »[23]. Dès lors, même si le recours du Parlement fut au final rejeté, cette affaire donna l'occasion pour la première fois à la Cour de justice de préciser qu'il ne suffit pas en vue de prévenir les atteintes aux droits fondamentaux de viser de manière formelle la Charte, il faut encore que les dispositions de l'acte litigieux s'y conforment substantiellement, sous le contrôle éventuel du juge.

Dans la seconde affaire le Parlement demandait l'annulation d'un accord signé entre la Communauté européenne et les États-Unis dit *PNR* (*Passenger Name Record*) relatif au traitement et au transfert de données de l'Europe vers les États-Unis, pour des motifs de sécurité intérieure et de lutte contre le terrorisme international[24]. Le Parlement souleva à cette occasion plusieurs moyens tirés de la violation du droit au respect de la vie privée et du droit à la protection des données à caractère personnel. Si la Cour de justice annula la décision du Conseil autorisant la conclusion de l'accord au motif que le choix de la base juridique de l'acte était erroné, les arguments du Parlement soulignant les risques que comportent par nature de tels accords trouveront finalement une conclusion jurisprudentielle quelques années plus tard avec l'arrêt *M. Schrems c/ Data Protection Commissioner*[25].

Si ces affaires illustrent, par conséquent, la fonction de requérant objectif que peut revendiquer le Parlement, elles conservent malgré tout une portée relative d'un point de vue institutionnel, car elles avaient trait à deux domaines pour lesquels il n'exerçait à l'époque qu'une compétence limitée. Lorsque ce dernier s'est vu conférer un pouvoir législatif dans ces domaines – à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne – il a cessé de contester les actes par la voie judiciaire au profit d'un dialogue interinstitutionnel avec le Conseil, comme en témoigne par exemple la seconde décision *PNR* avec les États-Unis à laquelle il décida de se rallier

23. *Ibid*., point 38.
24. C.J.C.E., gde ch., 30 juin 2006, *Parlement c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-317 et 318/04.
25. C.J.U.E., gde ch., 6 octobre 2015, aff. C-362/14. Voir aussi C.J.U.E., gde ch., 26 juillet 2017, Avis 1/15 (Projet d'accord PNR entre le Canada et l'Union européenne).

malgré les risques inhérents qu'elle représentait pour la garantie de certains droits fondamentaux[26].

Cependant, des affaires ultérieures sont venues confirmer la volonté du Parlement d'agir parfois en justice au nom de la protection des droits fondamentaux. C'est ainsi que dans l'affaire du 5 septembre 2012 évoquée plus haut à propos de la contestation d'un acte par un requérant ayant participé à son adoption[27], le Parlement introduisit un recours en annulation à l'encontre d'une décision du Conseil relative à des mesures supplémentaires concernant le code des frontières Schengen. Le Parlement reprochait au Conseil d'avoir excédé ses compétences d'exécution dans la mesure où la décision modifiait des éléments « essentiels » et non « accessoires » du code. Si la Cour de justice rappela sans surprise que les mesures d'exécution ne doivent pas porter atteinte aux « éléments essentiels » d'une réglementation de base[28], elle ajouta surtout que si de telles mesures « permettent des ingérences dans des droits fondamentaux des personnes concernées *d'une importance telle qu'est rendue nécessaire l'intervention du législateur de l'Union* »[29], le Conseil ne pouvait passer outre les prérogatives du Parlement, justifiant ainsi l'annulation de l'acte.

Quels enseignements tirer d'une telle solution ? Tout d'abord, il faut observer que les moyens soulevés par le Parlement ne portaient pas, à proprement parler, sur l'atteinte aux droits fondamentaux mais sur la préservation de ses prérogatives. C'est donc la Cour de justice qui est venue établir un lien direct entre le respect des droits fondamentaux et l'intervention du législateur. Par ailleurs, le principe selon lequel tout acte de l'Union qui autorise des ingérences graves dans les droits fondamentaux rend nécessaire l'intervention du législateur ouvre des perspectives politiques et contentieuses potentiellement étendues pour l'assemblée. Ce principe encourage en effet à voir dans le législateur le premier garant de la protection des droits fondamentaux au cours de l'adoption des actes, lui conférant ainsi une responsabilité singulière. Enfin, la portée de ce principe peut être difficile à apprécier pour le Parlement car, d'une part, l'acte peut relever de la seule compétence du Conseil qui ne défend pas les mêmes intérêts que le Parlement et, d'autre part, si ce principe impose le recours au législateur comme exigence procédurale, la Cour de justice ne précise pas dans quelle mesure le législateur devra prendre en compte

26. S. Peyrou, « Diplomatie ou droits fondamentaux ? Questions sur la conclusion de l'accord PNR entre les États Unis et l'Union », disponible à l'adresse suivante : http://www.gdr-elsj.eu/2012/05/03/cooperation-policiere/diplomatie-ou-droits-fondamentaux-la-conclusion-de-laccord-pnr-entre-les-etats-unis-et-lunion/ (dernière consultation le 30/10/2019).
27. Voir *supra* note n° 17.
28. *Ibid*., point 66.
29. *Ibid*., point 77. C'est nous qui soulignons.

« sérieusement »[30] les droits fondamentaux. À cette dernière interrogation le juge apporta des réponses utiles dans une affaire ultérieure initiée à nouveau par le Parlement européen sur le fondement du principe dégagé en 2012[31]. Le Parlement forma un recours en annulation contre une décision d'exécution du Conseil établissant la liste des États tiers avec lesquels Europol est fondé à conclure des accords. Selon lui, l'inscription d'un État tiers sur cette liste constituait un élément essentiel parce qu'elle était susceptible d'avoir « des conséquences importantes, y compris pour les droits fondamentaux des citoyens »[32]. La Cour de justice réitéra à cette occasion le principe selon lequel tout acte susceptible de constituer une ingérence d'une certaine ampleur dans les droits fondamentaux suppose l'intervention du législateur, mais en limita aussi la portée. Le juge, en effet, rappela d'abord que pour qualifier d'essentiel un élément, celui-ci « doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel et impose de prendre en compte les caractéristiques et les particularités du domaine concerné (…) »[33]. Quant aux conséquences que l'acte est susceptible d'avoir sur les droits fondamentaux, le requérant devra démontrer que l'ingérence revêt un degré particulier de gravité, la Cour de justice se satisfaisant en l'espèce du fait que « le principe même de la transmission de données personnelles à certains États tiers et le cadre dans lequel cette transmission doit avoir lieu *ont été arrêtés par le législateur lui-même* (…) prévoyant notamment la réalisation d'une évaluation du caractère adéquat du niveau de protection des données assuré par l'État tiers concerné. »[34] L'intervention du législateur suffit alors à faire écran à un contrôle plus approfondi de la protection effective des droits fondamentaux, dès lors que, comme en l'espèce, celui-ci a pris soin de prévoir l'instauration d'une forme de *monitoring* institutionnel.

L'incidence sur la protection des droits fondamentaux des recours introduits par le Parlement européen doit être mesurée avec minutie au regard du contexte dans lequel ils naissent. Il faut ainsi relever, à la lumière de ces premiers indices jurisprudentiels, que si le Parlement s'appuie sur le principe selon lequel si l'acte litigieux constitue une ingérence grave dans les droits fondamentaux alors l'intervention du législateur est requise, celui-ci peut très bien être le Conseil seul. Si la procédure législative ordinaire constitue désormais le principe plutôt que l'exception, le recours à une procédure spéciale où n'intervient que le Conseil de l'Union a été maintenu dans des domaines sensibles comme la politique étrangère et

30. J. H. H. Weiler et N. Lockhart, « "Taking Rights Seriously" Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence », *CMLR*, 1995, vol. 51, p. 579.
31. C.J.U.E., 10 septembre 2015, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-363/14.
32. *Ibid.*, point 34.
33. *Ibid*., point 47.
34. *Ibid*., point 54.

de sécurité commune, par exemple. Or une telle situation institutionnelle vient par nature affaiblir les arguments du Parlement européen comme l'illustre la dernière affaire de 2015, dans laquelle le Conseil agissant comme législateur unique avait pris soin de poser lui-même le principe d'un transfert de données personnelles au profit des États tiers et prévu un mécanisme d'évaluation du niveau de protection garanti par ces derniers. Par conséquent, la combinaison des moyens relatifs tant aux droits fondamentaux qu'aux prérogatives du législateur est parfois peu opérante car le juge aura tendance à se concentrer en priorité sur les moyens de légalité externe. Il en résulte que l'approche contentieuse du Parlement européen pourra être jugée pertinente dès lors que le Conseil est le plus souvent enclin à concilier la protection des droits fondamentaux avec des enjeux politiques et stratégiques. Cependant, ces recours s'inscrivent dans le cadre d'une stratégie politique et contentieuse du Parlement européen dont les résultats sont pour le moins aléatoires voire ambigus car, comme l'illustre la jurisprudence citée, les moyens soulevés s'enchevêtrent et reposent tout autant sur la garantie effective des droits fondamentaux que sur des considérations tenant à l'équilibre institutionnel.

Reste enfin l'hypothèse tout à fait particulière de la procédure d'avis[35], raison pour laquelle elle doit être appréciée de manière distincte. Il s'agit peut-être de la voie de droit la plus décisive pour le Parlement qui n'est pas ici un requérant mais un demandeur objectif pour le respect des droits fondamentaux. Dans l'avis 1/15 relatif au projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne pour le traitement et l'échange de données personnelles des passagers aériens (accord *PNR*), le Parlement a demandé notamment à la Cour de justice si celui-ci était compatible avec les articles 7, 8 et 52, § 1, de la Charte des droits fondamentaux.

Il faut souligner tout d'abord l'ordre des différentes questions posées à la Cour de justice. En effet, la première question ne porte pas, fait rare, sur la base juridique retenue[36] mais sur la conformité du projet d'accord avec les droits fondamentaux[37]. En outre, le Parlement européen ne se limite pas à invoquer la jurisprudence pertinente de la Cour de justice dans le domaine de la protection des données personnelles, mais il reprend pour une large part l'argumentation de l'avis adopté peu de temps auparavant par le contrôleur européen à la protection des données[38]. Le

35. La première intervention du Parlement dans une procédure d'avis est celle de l'Avis 2/92 du 24 mars 1995 à propos de la participation de la Communauté à la troisième décision du Conseil de l'OCDE relative au traitement national.
36. Le contentieux de la base juridique relatif à la répartition des compétences entre l'organisation et ses États membres voire parfois entre les institutions est pourtant une question récurrente dans les demandes d'avis formulées à la Cour de justice.
37. *Ibid*., point 35.
38. *Ibid*., points 40 à 43.

Parlement joue donc bien en apparence un rôle de défenseur objectif des droits fondamentaux en allant jusqu'à s'interroger sur la pertinence même de l'accord *PNR*. Néanmoins, une approche plus archéologique de la procédure ayant abouti à la signature de l'accord montre aussi que la demande d'avis formulée par le Parlement est pour une large part le résultat de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la protection des données à caractère personnel, des avis récurrents et réservés à l'égard de tels accords du contrôleur européen à la protection des données et, enfin, du contexte politique et en particulier des critiques exprimées par une partie de la société civile[39]. Pour le dire autrement, et dans cette hypothèse, le Parlement européen ne peut être qualifié de requérant objectif qui interviendrait au seul motif qu'il existerait un risque de violation des droits fondamentaux ou du principe de démocratie, puisqu'au contraire il met en œuvre une stratégie contingente. En effet, cette institution avait invité dans un premier temps le Conseil de l'Union à conclure le plus rapidement possible cet accord ainsi que l'accord économique et commercial global (AECG ou selon son acronyme anglais CETA[40]). Le Parlement européen s'était contenté d'adresser au Conseil une recommandation relative à l'insertion dans l'accord *PNR* d'une clause relative aux droits de l'homme et à la démocratie, sans relever pour autant d'éléments dirimants quant aux droits fondamentaux voire, *a fortiori*, à la pertinence même d'un tel accord. En témoigne de manière non équivoque sa résolution du 10 décembre 2013 sur les négociations relatives à un accord de partenariat stratégique UE-Canada[41].

La demande d'avis trouve donc son origine en dehors de l'enceinte parlementaire. Pourquoi le Parlement n'a-t-il pas pris la peine d'évoquer ces questions avec la Commission qui négocie et le Conseil qui approuve cet accord, mais a privilégié par la suite une demande d'avis, c'est-à-dire le recours à un tiers ? Certes, la procédure d'approbation ne prévoit pas de navettes – le Parlement approuve ou rejette – mais il est étonnant malgré tout de constater que ce dernier n'a jamais cherché au cours de la procédure de négociation à peser véritablement sur la question sensible des droits fondamentaux.

39. L'affaire des écoutes de la NSA américaine a pu aussi influer sur la stratégie contentieuse du Parlement. Voir Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures, P7_TA(2014)030.

40. Comprehensive Economic Trade Agreement.

41. Disponible à l'adresse : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0532+0+DOC+XML+V0//FR (dernière consultation le 30/10/2019).

2. Les finalités stratégiques du Parlement européen, requérant *semi-objectif* pour la garantie effective des droits fondamentaux

Ces quelques exemples illustrent le rôle que le Parlement européen est prêt à assumer parfois en tant que requérant objectif pour la sauvegarde des droits fondamentaux. Néanmoins, il n'a tenu ce rôle qu'à de rares occasions, soulevant la question des fondements de sa stratégie contentieuse en dehors des contingences factuelles ou de droit pouvant justifier son action.

Pour essayer de comprendre au mieux cette stratégie, la lecture du règlement intérieur du Parlement s'avère précieuse et sans doute décisive. En effet, l'article 141 dudit règlement, qui s'intitule « Saisine de la C.J.U.E. » dispose que c'est le Président du Parlement qui introduit formellement les recours devant la Cour de justice à la suite de l'adoption d'un rapport par la commission des affaires juridiques. Or, cette commission a adopté des lignes directrices[42] qui précisent de manière détaillée quelles doivent être les priorités de l'institution lorsque celle-ci décide d'introduire un recours ou de demander un avis devant la Cour de justice.

S'il n'est évidemment pas question d'en proposer une exégèse complète qui serait de surcroît rébarbative, certaines dispositions contenues dans les lignes directrices méritent une attention particulière dans le cadre de cette étude. Ainsi, tous les 6 mois, la commission des affaires juridiques nomme un rapporteur chargé de suivre les affaires contentieuses en cours, celui-ci émettant alors des recommandations qui sont adoptées à huis clos. La discrétion semble en effet de mise puisque seules les dates auxquelles la commission siège sont indiquées sur l'agenda parlementaire. Néanmoins, les lignes directrices permettent de tracer avec une assez grande précision les contours de la stratégie de l'institution parlementaire.

C'est ainsi que dans le cadre d'un recours en annulation, priorité doit être donnée à la contestation des actes adoptés par la Commission et/ou le Conseil qui portent atteinte aux prérogatives du Parlement. Il en va de même, précisent les lignes directrices, dans l'hypothèse d'un recours en carence[43]. Cette solution n'est pas surprenante, et vient confirmer que

42. Les dernières en date sont celles adoptées le 25 février 2015 et qui sont téléchargeables à l'adresse : http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/117343/disputes-EN.pdf (dernière consultation le 30/10/2019). Probablement qu'à la suite des dernières élections de juin 2019 la commission des affaires juridiques approuvera de nouvelles lignes directrices, mais il est peu probable qu'elles diffèrent en profondeur des précédentes.

43. Ce qui s'explique par le parallélisme des voies de droit. M. Amilhat, « L'exception de recours parallèle : un outil au service de l'articulation des voies de droit », *RTDE*, 2016, n° 3, pp. 537-562.

la défense des prérogatives du Parlement constitue le premier motif de recours devant la Cour de justice, pour des raisons fondées sur l'histoire de l'institution, y compris lorsque le Parlement soulève à cette occasion des moyens tirés de la violation éventuelle de certains droits fondamentaux. Les lignes directrices insistent sur l'importance stratégique que revêt ce contentieux pour l'institution, préconisant même que ces recours soient quasi-systématiques ou à tout le moins fortement encouragés, à l'initiative et sous le contrôle de la commission des affaires juridiques. À l'inverse, toutes les autres hypothèses contentieuses ou supposant une intervention devant la Cour de justice ne font pas l'objet de recommandations aussi fermes. En effet, la saisine de la Cour de justice apparaît ici comme une simple option qui doit toujours faire l'objet d'une évaluation précise et ne peut donc prétendre à aucune systématicité. Dans certains cas les lignes directrices invitent même l'institution à s'abstenir de toute action.

La question de l'opportunité ou non d'un recours peut se poser, au sens de ces lignes directrices, dans l'hypothèse où le Parlement n'est pas partie à une procédure mais souhaite exercer son droit d'intervention dans le cadre d'un recours ou d'un renvoi préjudiciel mettant en jeu *un acte pour lequel il est co-législateur*[44]. Même si les lignes directrices ne le précisent pas, une telle intervention ne peut avoir pour objet que la défense de l'acte ou des dispositions litigieuses aux côtés du Conseil. En effet, l'intervention a pour objet d'éclairer le juge et le Parlement aura à cœur de défendre un acte dont il est le co-auteur. Il serait donc surprenant, même si l'on ne peut l'exclure totalement (voir *supra*), que le Parlement soulève à cette occasion un moyen tiré de l'absence ou des lacunes de l'acte litigieux quant à la protection des valeurs, des droits fondamentaux ou du principe de démocratie. Celui-ci pourrait néanmoins venir préciser le contenu et la portée de l'acte, voire l'interprétation retenue par le législateur dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, à l'aune de ces garanties fondamentales.

À l'inverse, les lignes directrices invitent le Parlement à s'abstenir d'intervenir dans les cas où 1) le renvoi préjudiciel ne porte que sur l'interprétation de l'acte et non sur sa validité ou 2) le recours est relatif à la défense des intérêts d'un parlementaire européen ou bien encore 3) à la défense des intérêts privés des citoyens. Que le Parlement s'abstienne dans le cadre d'une procédure mettant en jeu les intérêts de l'un de ses membres se comprend assez aisément, si l'on admet qu'une telle intervention pourrait être perçue comme étant susceptible de porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs[45], et qu'un risque de confusion

44. C'est nous qui soulignons.
45. Même si ce principe n'est pas formellement reconnu dans le système juridique de l'Union européenne.

dans l'esprit des citoyens pourrait résulter de la situation délicate voire ambiguë dans laquelle se trouverait placé en l'espèce le Parlement. Il en va de même, pour des raisons différentes, quant aux litiges mettant en jeu les intérêts privés des citoyens. Ici, l'abstention prônée par les lignes directrices est en effet compréhensible, dès lors que les citoyens disposent d'un droit de pétition[46] devant le Parlement européen sous certaines conditions mais aussi du fait que la « loi » européenne, comme nationale, s'accommode mal de l'*actio popularis*. Plus surprenante est cependant la première réserve évoquée par les lignes directrices. La distinction opérée entre le renvoi préjudiciel en interprétation et celui en appréciation de validité interroge, puisqu'une telle dichotomie semble partir du postulat que seules les voies de droit mettant en jeu la légalité d'un acte (comme aussi les recours en annulation voire en carence) seraient pertinentes au regard de la défense des intérêts du Parlement voire, dans certains cas, de la protection des droits fondamentaux elle-même. Or une telle approche du renvoi préjudiciel apparaît en décalage avec les effets dynamiques que la Cour de justice a fait produire à ce mécanisme. D'une part, en effet, la Cour de justice répète invariablement depuis ses premiers arrêts que le mécanisme de renvoi préjudiciel constitue un instrument essentiel quant à la définition de la nature et de la portée du droit de l'Union, le juge le qualifiant désormais de « clé de voûte du système juridictionnel » de l'Union[47]. Les précisions que le Parlement serait en mesure d'apporter quant au sens où à la portée des dispositions litigieuses pourraient dans certains cas revêtir un intérêt évident pour la Cour[48]. D'autre part, la jurisprudence montre que le juge de Luxembourg s'autorise, en matière préjudicielle, une marge d'appréciation étendue. C'est ainsi que saisie initialement d'un renvoi préjudiciel en interprétation, il en vient dans certains cas à contrôler la validité de l'acte et parfois même constate son invalidité[49]. Si des considérations d'économie de procédure ne sont peut-être pas étrangères à une telle approche, il n'en demeure pas moins que l'intervention du Parlement dans le cadre de certaines affaires préjudicielles pourrait revêtir un intérêt évident.

46. C. Maubernard, « Le droit fondamental de pétition ou le droit à un recours politique effectif », *RDLF* (en ligne), 2015, chron. n° 15.
47. C.J.U.E., ass. pl., 18 décembre 2014, avis 2/13 relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH, points 176 et 198.
48. Voir, par exemple, C.J.U.E., 19 septembre 2019, *EP et autres*, aff. C-467/18 relative à l'interprétation de certaines dispositions de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales à la lumière en particulier de l'article 5 de la CEDH relatif à la privation de liberté. Il est singulier de constater que le Parlement n'est pas intervenu dans la procédure alors qu'il eut été pour le moins intéressant d'avoir son avis de co-législateur sur cette question très importante dans le domaine de la coopération judiciaire et pénale.
49. Aff. *Schrems*, C-362/14, précitée, note n° 20.

Ces lignes directrices éclairent donc la stratégie contentieuse du Parlement. Celle-ci est fondée à titre principal – voire quasi exclusif – sur la défense de ses prérogatives institutionnelles et/ou la sauvegarde des actes pour lesquels il est co-législateur. Le Parlement étant une institution représentant les citoyens, ces recours constituent même indirectement une expression du principe de démocratie. Comme le rappelle de manière constante le juge de l'Union, « la participation effective du Parlement au processus législatif de la Communauté, selon les procédures prévues par le traité, représente (…) un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité. Cette compétence constitue l'expression d'un *principe démocratique fondamental*, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative (…) »[50]. Sans préjuger non plus des enjeux et des discussions politiques propres aux différentes commissions parlementaires, force est de constater que le Parlement est responsable en tant que co-législateur de la conciliation de la protection de ses prérogatives avec d'autres intérêts généraux. Cette conciliation s'opère avec le Conseil et la Commission en particulier, en amont de l'adoption des actes. L'introduction d'un recours ne peut donc que traduire l'échec d'un tel processus de concertation. En outre, et contrairement à la procédure constitutionnelle française, le droit de saisine n'est pas conféré au seul président de l'assemblée ou à un groupe de parlementaire exprimant son opposition au pouvoir exécutif, mais à l'institution tout entière. C'est la raison pour laquelle, même si c'est le président du Parlement qui introduit formellement le recours, ce dernier ne peut résulter que d'un accord exprimé par la majorité des parlementaires réunis en commission et dans des cas exceptionnels ou, à tout le moins, présentant des enjeux institutionnels majeurs. Dans ces conditions, si le Parlement européen a pris une part active dans la promotion des droits fondamentaux au niveau communautaire à travers, par exemple, la Déclaration commune avec la Commission sur les droits fondamentaux en 1977, le projet de traité instituant l'Union européenne en 1984 ou encore la Déclaration des droits et libertés fondamentaux en 1989[51], leur garantie effective et la question plus générale de l'accès à la justice ont été laissées à l'appréciation de la Cour de justice. Il est enfin difficile de relever dans les traités des dispositions qui feraient du Parlement le garant principal de ces droits. Il ne produit pas seul la « loi » et ses membres ne sont pas tous issus des mêmes traditions politiques et juridiques.

Le lien entre démocratie et droits fondamentaux, qui est souvent présenté comme naturel ou consubstantiel dans les États de droit

50. C.J.C.E., 5 juillet 1995, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-21/94, point 17.

51. S. E. Perrakis, « Contribution au débat sur la protection communautaire des Droits de l'Homme : la déclaration des droits et libertés fondamentaux du Parlement européen », *RMC*, 1990, p. 467.

contemporains, est donc plus distendu au niveau européen. La répartition des tâches entre le législateur et le juge en matière de protection des droits fondamentaux découle pour une large part de l'interprétation du droit que délivre le second. Si la démocratie tend à assurer la représentativité de la société dans son ensemble, la protection des droits fondamentaux relève de son côté d'une logique plus immédiate et individuelle, même si le juge à travers sa jurisprudence s'efforce de construire, pour reprendre une formule du professeur Brunessen Bertrand, de grands « blocs de jurisprudence »[52]. Le Parlement européen n'a donc pas vocation, primitivement, à être le garant des droits fondamentaux et du respect de la démocratie par l'entremise de recours exercés devant la Cour de justice. De tels recours peuvent néanmoins revêtir un intérêt réel, notamment lorsque l'accès des particuliers au juge de l'Union demeure étroit malgré les ouvertures prévues par le traité de Lisbonne.

3. Conclusion

Si le Parlement peut donc parfois se voir reconnaître le statut de « requérant » objectif pour la protection des droits fondamentaux, il ne peut prétendre l'être que dans des cas limités, compte tenu de sa position institutionnelle mais aussi de la stratégie retenue, telle que codifiée dans les lignes directrices de sa commission des affaires juridiques.

De surcroît, et même si nous avons écarté d'emblée cette problématique, il est sans doute nécessaire de s'interroger à plus long terme sur la jurisprudence de la Cour de justice mettant en évidence la contrariété des actes adoptés par le Parlement, en tant que co-législateur, avec les droits fondamentaux. Dans ce cas, le Parlement a–t-il failli à sa mission consistant à promouvoir les standards de protection les plus élevés dans une société démocratique ? Peut-on exiger du Parlement qu'il ait une responsabilité particulière alors que les dispositions des traités et de la Charte précisent bien qu'elle s'adresse à *toutes* les institutions de l'Union, sans que le Parlement n'ait un quelconque statut spécifique en la matière[53] ? Est-ce le résultat, plus prosaïquement, du jeu normal dans une démocratie d'un Parlement poursuivant plusieurs objectifs stratégiques, dont la protection des droits fondamentaux ne constituerait que l'une des composantes ? Il reste que le Parlement européen devrait être très attentif non seulement au contenu des propositions législatives qui lui sont soumises mais, en outre, veiller aux actes pour lesquels sont requis son avis voire son appro-

52. B. Bertrand, « Les blocs de jurisprudence », *RTDE*, 2012, p. 740.

53. Voir, par exemple, le Rapport du Parlement du 10 octobre 2016 contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux, A8-0283/2016.

bation. À cet égard, la composition de l'assemblée parlementaire et les courants politiques qui s'expriment en son sein pourraient ne pas être toujours favorables à une protection systématique des droits fondamentaux. Un tel constat relève sans doute bien davantage de la science politique ou de la sociologie, mais la garantie des droits fondamentaux ne peut se résumer au seul travail du juge sauf à admettre que de profondes inégalités puissent perdurer entre les justiciables et donc les citoyens.

Si, comme l'affirme Pasquale Pasquino, le vote démocratique est un mode de résolution des conflits[54], le Parlement européen a vocation à défendre des intérêts généraux dans un espace démocratique, c'est-à-dire ceux de la majorité, là où le juge serait davantage enclin par son office à protéger les droits de la minorité dans une perspective plus libérale[55]. C'est ainsi que l'interaction entre le juge et le Parlement de l'Union devrait survenir dans le cas d'une violation potentielle tant de la règle majoritaire que minoritaire, en vue de réaliser une soumission de l'ensemble du droit aux exigences fondamentales de l'Union.

54. P. Pasquino, « Voter et juger : la démocratie et les droits », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 775.

55. A. Barak, ancien juge à la Cour suprême israélienne, estime toutefois qu'il faut distinguer le rôle des cours suprêmes de celui des juridictions inférieures, les premières ayant moins pour objet la défense de tel ou tel intérêt particulier que la préservation du système juridique dans son ensemble. Voir A. Barak, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006/2, n° 66, pp. 227-302. Dans le même sens O. Costa, « La Cour de justice et le contrôle démocratique de l'Union européenne », *RFSP*, 2001/6, vol. 51, p. 881.

Bibliographie

ARTICLES

M. Amilhat, « L'exception de recours parallèle : un outil au service de l'articulation des voies de droit », *RTDE*, 2016, n° 3, pp. 537-562.

A. Bailleux, « Les droits fondamentaux face à la crise », *Revue de l'OFCE*, 2014/3, n° 134, p. 89.

A. Barak, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006/2, n° 66, pp. 227-302.

B. Bertrand, « Les blocs de jurisprudence », *RTDE*, 2012, p. 740.

O. Costa, « La Cour de justice et le contrôle démocratique de l'Union européenne », *RFSP*, 2001/6, vol. 51, p. 881.

G. Isaac, « L'insertion du parlement européen dans le système juridictionnel des Communautés européennes », *AFDI*, 1986, vol. 32, p. 794.

J. –P. Jacque, « Vers une reconnaissance juridictionnelle des droits politiques des citoyens européen », *RTDE*, 2017, p. 177.

B. Mathieu, « Le Parlement européen face aux défis de la démocratie », *LPA*, 2009, n° 116, p. 16.

C. Maubernard, « Le droit fondamental de pétition ou le droit à un recours politique effectif », *RDLF* (en ligne), 2015, chron. n° 15.

M. Michaud, « La participation du Parlement européen au contentieux communautaire : indice de sa position institutionnelle », *Les Cahiers de droit*, 1990, n° 1, vol. 31, pp. 191-225.

P. Pasquino, « Voter et juger : la démocratie et les droits » *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 775.

S. E. Perrakis, « Contribution au débat sur la protection communautaire des Droits de l'Homme : la déclaration des droits et libertés fondamentaux du parlement européen », *RMC*, 1990, p. 467.

M. Rouyer, « La démocratie n'est plus ce qu'elle n'était pas. Réflexion sur la démocratie à l'aune de l'Europe », *Parlement[s], revue d'histoire politique*, 2004, n° 1, p. 91.

J. H. H. Weiler and N. Lockhart, « "Taking Rights Seriously" Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence », *CMLR*, 1995, vol. 51, p. 579.

OUVRAGES

M. Chauchat, *Le contrôle politique du Parlement européen sur les exécutifs communautaires*, LGDJ, Paris, 1989.

R. Tiniere et C. Vial (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'UE : entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

JURISPRUDENCE

CJCE, 12 juillet 1979, *Italie/Conseil*, aff. 166/78.

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

CJCE, 5 juillet 1995, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-21/94.

CJCE, gde ch., 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03.

CJCE, gde ch., 30 juin 2006, *Parlement c/ Conseil et Commission*, aff. jtes C-317 et 318/04.

CJCE, gde ch., 9 mars 2010, *Commission c/ RFA*, aff. C-518/07.

CJUE, gde ch., 5 septembre 2012, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-355/10.

CJUE, ass. pl., 18 décembre 2014, avis 2/13 relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH.

CJUE, gde ch., 14 avril 2015, *Conseil c/ Commission*, aff. C-409/13.

CJUE, gde ch., 6 octobre 2015, aff. C-362/14.

CJUE, 10 septembre 2015, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-363/14.

CJUE, gde ch., 26 juillet 2017, Avis 1/15.

CJUE, gde ch., 6 septembre 2017, *Slovaquie et Hongrie c/ Conseil de l'UE*, aff. C-643 et 647/15.

CJUE, 19 septembre 2019, *EP et autres*, aff. C-467/18.

CJUE, gde ch., 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18.

Trib. UE, 19 juin 2018, *Marion Le Pen c/ Parlement*, aff. T-86/17.

Cour EDH, gde ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande*, req. n° 45036/98.

AUTRES SOURCES

S. Peyrou, « Diplomatie ou droits fondamentaux ? Questions sur la conclusion de l'accord PNR entre les Etats Unis et l'Union », disponible à l'adresse suivante : http://www.gdr-elsj.eu/2012/05/03/cooperation-policiere/diplomatie-ou-droits-fondamentaux-la-conclusion-de-laccord-pnr-entre-les-etats-unis-et-lunion/

Le Parlement européen et la protection des droits fondamentaux ou le chevalier blanc des droits de l'homme à l'épreuve de la réalité

Romain Tinière[1]

« On m'appelle le Chevalier Blanc
Je vais et vole au secours d'innocents »

Chanson tirée du film « Vous n'aurez pas l'Alsace et la Lorraine », texte de Coluche

1. L'apport mesuré du Parlement européen à la protection des droits fondamentaux 70

2. Bilan et tentatives d'explications 77

1. Professeur de droit public à l'Université Grenoble-Alpes, co-directeur du CRJ, Chaire Jean Monnet en droit de l'Union européenne.

Aborder le rôle du Parlement européen dans la protection des droits fondamentaux n'est pas une évidence, ce pour au moins deux raisons. La première est que la question de la protection des droits fondamentaux dans l'Union est souvent abordée sous le seul angle contentieux en reléguant les acteurs non-juridictionnels au second plan. La seconde tient à la fonction du Parlement européen. En effet, appartient-il vraiment à une institution participant au pouvoir normatif d'une structure dotée de prérogatives de puissance publique de protéger les droits fondamentaux ? Elle peut certes participer à la définition de leur régime juridique, mais sa légitimité à prétendre les protéger doit être par principe sujette à caution.

La réflexion relative au Parlement européen ne devrait pas, sur ce point, différer sensiblement de celle relative au rôle des parlements nationaux dans la protection des droits fondamentaux. De ce point de vue, il est possible de distinguer deux types d'apports possibles des Parlements à la protection des droits fondamentaux. L'un relatif à la définition du régime juridique de ces droits au travers de l'adoption d'actes législatifs, l'autre relatif à la sanction au sens large des atteintes aux droits fondamentaux[2]. Les parlements nationaux jouent évidemment un rôle central en matière d'aménagement des droits et libertés fondamentaux[3]. Leur apport en matière de sanction des atteintes aux droits et libertés est toutefois plus modeste[4] car, s'ils disposent certes de plusieurs leviers institutionnels comme l'engagement de la responsabilité politique de l'exécutif ou encore le déclenchement du contrôle de constitutionnalité de la loi[5], le jeu du principe majoritaire tend à priver ces pouvoirs de l'essentiel de leur intérêt[6]. Tenter d'appréhender le rôle du Parlement européen dans la protection des droits fondamentaux suppose, sinon de reprendre point

2. Pour reprendre la distinction employée par V. Barbé dans sa thèse de doctorat : V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni,* LGDJ, Paris, 2009.

3. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, PUF, Paris, 2018, §§ 184-186.

4. *Contra*, V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*

5. Voy. en ce sens et adoptant une lecture résolument optimiste la thèse préc. de V. Barbé et concernant le parlement britannique l'étude très stimulante de A. Sathanapally, *Beyond Disagreement, Open Remedies in Human Rights Adjudication*, OUP, Oxford, 2012.

6. En effet et en se concentrant sur le seul exemple français, le contrôle politique exercé sur l'exécutif se limite en pratique bien souvent à des démarches portées par l'opposition parlementaire qui ne dispose alors pas des moyens de ses ambitions au-delà de la publication d'un rapport issu d'une commission d'enquête (Voy. par ex. le Rapport n° 2794 AN du 21 mai 2015 « Enquête sur les missions et modalités du maintien de l'ordre républicain dans un contexte de respect des libertés publiques et du droit de manifestation »). Même dans le cadre du contrôle parlementaire de l'État d'urgence, le Parlement français s'est limité à produire des rapports et fournir des informations, certes utiles mais dont l'influence sur l'action du pouvoir exécutif est difficile à mesurer dans un contexte de quasi-union nationale. Cette circonstance expliquant par ailleurs que la saisine du Conseil constitutionnel par l'opposition parlementaire reste bien souvent virtuelle lorsque les

par point ces différents éléments, du moins d'explorer ces deux voies afin de vérifier si ce rôle diffère de celui de ses homologues nationaux.

Le Parlement européen, quant à lui, ne se pose visiblement pas de telles questions et se prévaut sans ambiguïté ni nuance de l'image de protecteur des droits de l'homme en Europe. « Bonne conscience de l'Europe communautaire » ou « chevalier blanc des droits de l'homme », il a adopté très tôt nombre de résolutions importantes en la matière : prônant l'adhésion des Communautés puis de l'Union à la CEDH[7], le renforcement de la protection des droits fondamentaux au sein de la Communauté[8], voire l'adoption d'une déclaration de droits propre à l'Union[9], ou pointant les carences de tel ou tel État tiers dans le respect des droits de l'homme[10]. Actuellement encore, la protection des droits de l'homme constitue l'une des 7 priorités politiques affichées par le Parlement sur son site internet, priorité qui s'exprime dans l'existence d'une commission parlementaire (LIBE[11]), d'une sous-commission dédiée (DROIT[12]), dans la remise d'un prix honorant les défenseurs des droits de l'homme (le prix Sakharov) ou encore de la production de deux rapports annuels sur la question[13]. Bref, le Parlement se voit comme un, sinon, le « champion des droits fondamentaux et de la démocratie »[14] en Europe. Une telle analyse est-elle fondée ? Selon nous, non. En effet, il nous semble que si le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux est réel, son importance doit être sérieusement nuancée (1). Il en résulte un décalage

risques d'atteintes aux droits fondamentaux sont confrontés à des impératifs de sécurité nationale. Elle a de toute façon perdu l'essentiel de son intérêt depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité.

7. Not. Résolution du Parlement européen du 22 avril 1979 sur l'adhésion de la Communauté européenne à la convention européenne des droits de l'homme, *JO* C 127 du 21 mai 1979, p. 69.

8. Par ex. Résolution du Parlement européen du 4 avril 1973 relative à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens des États membres dans l'élaboration du droit communautaire, *JO* C 26 du 30 avril 1973, p. 7.

9. Avec le rapport De Gucht (doc. A2-3/89) concrétisé par la résolution du 12 avril 1989 portant adoption de la Déclaration des droits et libertés fondamentaux, *JO* C 120 du 16 mai 1989, p. 51.

10. Exemples *infra*.

11. Commission Libertés civiles, justice et affaires intérieures qui, selon son président durant la législature 2014-2019 (C. Moraes), « garantit le plein respect au sein de l'Union européenne de la charte des droits fondamentaux et de la convention européenne des droits de l'homme ainsi que le renforcement de la citoyenneté européenne ».

12. Sous-commission dépendant de la commission AFET (affaires étrangères) dont la priorité « consiste à faire des Droits de l'Homme un élément de premier plan dans la politique extérieure de l'Union et à les intégrer à tous les domaines d'action européens ».

13. Le rapport « sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne » et le rapport « sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde ».

14. http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/fr/democracy-and-human-rights (adresse consultée le 6 novembre 2019).

important entre discours et pratique qui devra faire l'objet d'une brève tentative d'explication (2).

1. L'apport mesuré du Parlement européen à la protection des droits fondamentaux

L'action du Parlement européen en matière de protection des droits fondamentaux se déploie de façon assez différente selon la nature de la compétence dont il dispose. Au risque de caricaturer l'analyse, le discours du Parlement est d'autant plus généreux que son pouvoir normatif est faible. Il joue ainsi un rôle d'alerte et de surveillance très important (1.1), mais un rôle bien plus modeste dans l'exercice de sa compétence législative (1.2).

1.1 *Le rôle important du Parlement européen en matière de surveillance et d'alerte*

Le rôle que joue le Parlement européen en matière de surveillance et d'alerte peut être rattaché à la fonction de sanction précédemment identifiée à propos des parlements nationaux. Dans le cadre de cette fonction il dispose de plusieurs instruments. Outre la possibilité d'actionner un contrôle juridictionnel en saisissant la Cour de justice, qui est abordée dans le présent ouvrage par Christophe Maubernard et ne fera donc pas l'objet de développements ici, le Parlement peut exercer différentes formes de contrôle politique via l'adoption de rapports et de résolutions[15]. À l'examen, il apparaît que cette fonction de surveillance s'exerce de façon très diverse puisqu'elle peut viser des acteurs très variés et s'étendre également à des réflexions de prospective.

La fonction de surveillance et d'alerte du Parlement s'exerce ainsi sur les États tiers comme les États membres, mais également sur certains acteurs privés susceptibles de porter atteinte à la protection des droits fondamentaux. Adoptées à l'initiative de la sous-commission Droits de l'homme du Parlement européen, les résolutions visant les États tiers peuvent concerner des États comme la Chine[16], l'Iran[17], le Cameroun[18],

15. Même s'il faut relever également l'utilisation à cette fin des différentes questions et interpellations dont il dispose en vertu de son règlement intérieur.
16. Résolution du Parlement européen du 18 avril 2019 sur la Chine, notamment la situation des minorités religieuses et ethniques (2019/2690(RSP)).
17. Résolution du Parlement européen du 14 mars 2019 sur l'Iran, notamment le cas des défenseurs des droits de l'homme (2019/2611(RSP)).
18. Résolution du Parlement européen du 18 avril 2019 sur le Cameroun (2019/2691(RSP)).

la Tchétchénie[19] ou encore le Zimbabwe[20]. Soulignant parfois quelques rares avancées, ces résolutions visent surtout à pointer les graves carences que connaît la protection des droits de l'homme dans ces États. La *soft law* ainsi produite vise à exercer une pression sur les gouvernements de ces États en joignant la voix du Parlement européen à celle d'autres organes internationaux comme l'Assemblée générale des Nations Unies ou l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Elle peut également accompagner des mesures plus contraignantes adoptées par le Conseil telles que des sanctions ciblées[21]. Ce rôle d'alerte et de surveillance s'exerce ensuite vis-à-vis des États membres ou de l'Union-même. C'est ainsi par exemple que le Parlement a récemment rappelé l'importance du droit à manifester pacifiquement et d'un usage proportionné de la force par les autorités[22], ou de l'importance du pluralisme et de la liberté des médias appréhendée au travers des nombreuses difficultés qu'ils rencontrent actuellement dans l'Union[23]. Il joue également un rôle important dans le suivi du respect des valeurs de l'Union par les États membres comme en attestent par exemple sa résolution relative à l'État de droit en Roumanie[24] ou celle par laquelle il décide d'initier la procédure prévue par l'article 7 § 1 TUE à l'encontre de la Hongrie[25]. Sa surveillance peut d'ailleurs concerner l'action extérieure de l'Union et des États membres, comme dans sa résolution sur la contribution de l'Union à l'élaboration du traité relatif au respect des droits de l'homme par les sociétés transnationales discuté dans le cadre des Nations Unies[26], résolution dans laquelle il relève le manque évident de volonté d'aboutir de l'Union et de ses États membres et les exhorte à clarifier leur position. C'est aussi le cas de sa résolution sur l'adéquation de

19. Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur la situation en Tchétchénie et le cas d'Oyoub Titiev (2019/2562(RSP)).
20. Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur le Zimbabwe (2019/2563(RSP)).
21. Voy. par exemple la résolution 2019/2611(RSP) sur l'Iran (préc.) qui mentionne explicitement dans ses visas la décision PESC 2018/568 du Conseil concernant des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités au regard de la situation en Iran prolongeant pour 12 mois le dispositif de sanctions ciblées précédemment adopté.
22. Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur le droit à manifester pacifiquement et l'usage proportionné de la force (2019/2569(RSP)).
23. Résolution du Parlement européen du 3 mai 2018 sur le pluralisme et la liberté des médias dans l'Union européenne (2017/2209(INI)).
24. Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2018 sur l'état de droit en Roumanie (2018/2844(RSP)).
25. Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)).
26. Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur la contribution de l'Union européenne à l'élaboration d'un instrument contraignant des Nations unies pour réglementer les activités des sociétés transnationales et autres entreprises à caractéristiques transnationales au regard des droits de l'homme (2018/2763(RSP)).

la protection offerte par le bouclier de protection des données UE-États-Unis[27] dans laquelle elle critique vertement le résultat des négociations entre la Commission et les autorités américaines à la suite de l'invalidation de la décision d'adéquation de la Commission dans l'arrêt *Schrems*[28]. À l'instar d'autres acteurs du droit international des droits de l'homme, le Parlement européen commence également à prendre en considération le rôle de certains acteurs privés dans les atteintes potentielles aux droits fondamentaux. C'est ainsi qu'il s'est formellement inquiété de l'exploitation des données personnelles des utilisateurs de Facebook par l'entreprise Cambridge Analytica[29] après avoir adopté un rapport relatif aux incidences des méga-données pour les droits fondamentaux dans lequel le rôle des entreprises est clairement évoqué[30]. Le travail du Parlement sur la responsabilité sociale des entreprises relève également de cette fonction de surveillance, surtout depuis que la question est formellement appréhendée sous l'angle de la protection des droits fondamentaux au travers de références explicites à la Charte[31].

En somme, aucun acteur important dans le domaine de la protection des droits de l'homme ne semble pouvoir échapper à la surveillance du Parlement qui joue ici pleinement son rôle en la matière. Par ailleurs, si jamais un sujet devait échapper à la vigilance des parlementaires, le droit de pétition prévu à l'article 44 de la Charte permettrait d'attirer l'attention du Parlement sur celui-ci[32], la protection des droits fondamentaux

27. Résolution du Parlement européen du 6 avril 2017 sur l'adéquation de la protection offerte par le bouclier de protection des données UE-États-Unis (2016/3018(RSP)).
28. C.J.U.E., gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14.
29. Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2018 sur l'exploitation des données des utilisateurs de Facebook par Cambridge Analytica et les conséquences en matière de protection des données (2018/2855(RSP))
30. Résolution du Parlement européen du 14 mars 2017 sur les incidences des méga-données pour les droits fondamentaux : respect de la vie privée, protection des données, non-discrimination, sécurité et application de la loi (2016/2225(INI)), not. les considérants K et suivants.
31. Comparer sur ce point la Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission concernant la responsabilité sociale des entreprises: Une contribution des entreprises au développement durable (COM(2002) 347 — 2002/2261(INI)), *JO* C 67 E du 17 mars 2004, p. 73 et, par exemple, la Résolution du Parlement européen du 27 avril 2017 sur l'initiative phare de l'Union pour le secteur de la confection (2016/2140(INI)) ou encore la Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 sur la responsabilité des entreprises dans les violations graves des droits de l'homme dans les pays tiers (2015/2315(INI)).
32. Ch. Maubernard, « Le droit fondamental de pétition ou le droit à un recours politique effectif », *RDLF* 2015, chron. n° 15 (www.revuedlf.com).

étant en 2018 le second thème principal des pétitions déposées devant la Commission PETI[33].

Se déployant principalement en réaction des atteintes aux droits fondamentaux, le rôle de surveillance et d'alerte du Parlement ne se limite pas à celui de commentateur critique de l'actualité mais le conduit également sur le terrain de la prospective dans le but d'essayer de renforcer l'efficacité des dispositifs existants, voire d'en suggérer la création de nouveaux. Sa résolution du 14 mars 2019 proposant la création d'un régime de sanctions européen pour les violations des droits de l'homme[34], dans laquelle il « demande au Conseil de mettre rapidement au point un régime autonome, souple et réactif de sanctions au niveau de l'Union, qui permette de cibler les individus, les acteurs étatiques ou non étatiques et toute autre entité responsables de graves atteintes aux droits de l'homme ou impliqués dans ces atteintes » participe de ce mouvement. Il en va de même de sa résolution sur la nécessité d'un mécanisme approfondi de l'Union pour la protection de la démocratie, de l'État de droit et des droits fondamentaux[35], ou encore de celle en faveur de la création d'un « instrument pour les valeurs européennes » visant à soutenir les organisations de la société civile œuvrant pour le respect des valeurs fondamentales de l'Union[36].

En résumé, le Parlement s'efforce d'être sur tous les fronts, prêt à rappeler à chacun l'importance du respect effectif des droits de l'homme ou des droits fondamentaux. De ce point de vue, il épouse parfaitement la figure du chevalier blanc des droits de l'homme qu'il prétend être. Le Parlement européen sait donc surveiller et dénoncer. Mais qu'en est-il lorsqu'il quitte ce rôle d'observateur exigeant pour participer à l'action normative de l'Union ?

33. « Réalisations de la Commission des Pétitions durant la législature parlementaire 2014-2019 et défis pour l'avenir », PE 621.917, juillet 2019, annexe II. Durant la période de référence 186 pétitions sur 1220 avaient pour thème principal la protection des droits fondamentaux.

34. Résolution du Parlement européen du 14 mars 2019 sur un régime de sanctions européen pour les violations des droits de l'homme (2019/2580(RSP)), construit sur le modèle de la loi Magnitski aux États-Unis.

35. Résolution du Parlement européen du 14 novembre 2018 sur la nécessité d'un mécanisme approfondi de l'Union pour la protection de la démocratie, de l'état de droit et des droits fondamentaux (2018/2886(RSP)) s'appuyant sur le rapport de S. In't Veld d'octobre 2016.

36. Résolution du Parlement européen du 19 avril 2018 sur la nécessité de mettre en place un instrument pour les valeurs européennes afin de soutenir les organisations de la société civile qui favorisent les valeurs fondamentales dans l'Union européenne aux niveaux local et national (2018/2619(RSP)).

1.2 *Un rôle plus modeste dans la définition des droits fondamentaux*

Quel peut-être le rôle du Parlement en la matière ? Si la question est bien connue en droit de l'Union, il faut toutefois rappeler que l'action du Parlement européen en la matière est nécessairement bien plus limitée que celle de ses homologues nationaux en raison, d'une part d'une absence de pouvoir d'initiative législative propre[37] et, d'autre part, de l'absence de compétence normative générale de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux. Au-delà de la protection des données personnelles[38], de la lutte contre les discriminations[39], de la libre circulation des citoyens européens, de la mise en place d'un système d'asile européen[40] et de la politique sociale[41], l'Union ne dispose que d'une faible compétence en la matière. Tout au plus peut-on également ajouter l'existence de bases juridiques dans des domaines anciens qui ont été « fondamentalisés » par la Charte, tels que la politique de protection des consommateurs ou de l'environnement. Pour l'essentiel donc, le rôle du Parlement s'agissant de la définition du régime juridique des droits fondamentaux se limite à s'efforcer de faire en sorte que les actes qu'il contribue à adopter prennent en considération et respectent le standard de protection des droits fondamentaux le plus élevé possible et à enrichir les actes de droit dérivé visant à définir le régime juridique de certains droits fondamentaux pour en préciser les modalités d'application.

La réalité de l'action du Parlement dans cette fonction de définition des droits fondamentaux est relativement difficile à apprécier. En effet, il faut pour ce faire parvenir à évaluer son apport dans la rédaction des actes de droit dérivé de l'Union via la procédure législative ordinaire. Or, si cela est possible lorsque la proposition de la Commission fait l'objet de plusieurs lectures, cela devient beaucoup plus difficile lorsque le texte est adopté en première lecture à la suite d'un trilogue[42], pratique tendant à devenir la norme dans le cadre de la procédure législative ordinaire[43]. Par ailleurs, l'exercice est encore complexifié par le fait qu'actuellement

37. Même s'il faut relever l'existence du fameux pouvoir d'initiative de l'initiative conquis de haute lutte et inscrit à l'article 225 TFUE.
38. Art. 16 § 2 TFUE.
39. Art. 19 et 157 TFUE.
40. Art. 78 TFUE dont on peut douter qu'il ait été employé jusqu'à présent dans le seul but de garantir la jouissance effective du droit d'asile.
41. Titre X du TFUE.
42. O. Costa, « Que peut le Parlement européen ? », *Pouvoirs*, 2014/2, n° 149, p. 82 et s.
43. Voy. en ce sens le Rapport d'activité sur la procédure législative ordinaire de la huitième législature (juillet 2014-décembre 2016, document PE 595.931), rapport qui relève également l'engagement du Parlement en faveur d'une transparence accrue dans le prolongement de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 13 avril 2016.

aucune Institution, organe ou organisme n'oserait laisser entendre qu'il envisage de s'affranchir du respect des droits fondamentaux quelles que soient les libertés qu'il puisse prendre avec l'objectif de protection des droits fondamentaux. Il suffit à cet égard de rappeler que l'agence Frontex s'est très tôt dotée de plusieurs dispositifs visant à assurer de son engagement en faveur de la protection des droits fondamentaux[44]. Bref, il est a priori difficile d'entendre distinctement la voix de notre chevalier blanc des droits de l'homme dans ce bel ensemble et même en prenant en considération ces limites qui ne lui sont en rien imputables, son œuvre en matière de définition des droits fondamentaux est modeste.

Modeste mais pas inexistante, car la voix du Parlement européen a incontestablement porté dans certains domaines, comme celui de la protection des données personnelles[45] ou des lanceurs d'alerte[46] dans lesquels il est parvenu à imposer un certain nombre amendements en faveur d'un renforcement de la protection des droits fondamentaux. Il en va de même dans le cadre de l'adoption de certaines des directives prévues par la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou de personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales[47]. Bref, lorsque le Parlement est décidé, il semble être en mesure de remplir la fonction de « champion des droits fondamentaux et de la démocratie » qu'il s'est assigné.

Sa voix peut toutefois se faire discordante.

C'est le cas lorsqu'un acte adopté conjointement avec le Conseil fait l'objet de sévères critiques sur le terrain de la protection des droits fondamentaux à l'instar de ce qui s'est produit avec la directive 2008/115

44. T. Racho, « L'action de Frontex et le respect des droits fondamentaux : *Name droping* ou protection effective ? », *in* C. Chevallier-Govers et R. Tinière, *De Frontex à Frontex, Vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et gardes frontières*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2019, p. 163 et s.

45. Règlement 2016/679 du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE* L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

46. Directive du Parlement et du Conseil sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union en cours de finalisation. Le Parlement a notamment obtenu la suppression du parcours d'alerte contraignant initialement prévu à l'article 13. La proposition de la Commission d'avril 2018 a en outre été précédée de plusieurs résolutions du Parlement européen appelant à la création d'un tel régime juridique.

47. C'est le cas par exemple pour la directive relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales (directive 2016/801), notamment les articles 6 (présence de l'avocat) et 10 (limitation de la privation de liberté).

dite directive retour[48] qui était paradoxalement la première directive d'importance en matière migratoire relevant de la procédure législative ordinaire[49]. Les critiques portées par la FIDH, Migreurop, Statewatch et la Cimade entre autres étaient relatives au choix du recours à la détention (« rétention administrative » pour respecter les termes employés) comme mode de gestion des migrants, détention pouvant concerner également des mineurs. En partie fondées, ces critiques étaient toutefois largement excessives tant la directive retour a permis des avancées sur le plan procédural et substantiel en définissant une durée maximale de rétention absente dans certains États membres[50]. Il n'en demeure pas moins que le contraste entre le discours offensif du Parlement sur le terrain migratoire au moment de l'adoption de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial[51], notamment quant à la protection insuffisante des droits des enfants souhaitant en bénéficier[52], et le contenu de cette directive est saisissant.

La discordance est encore plus forte lorsqu'une directive adoptée suivant la procédure de codécision est sèchement invalidée par la Cour de justice pour violation des droits fondamentaux. Or, c'est ce qui s'est produit avec l'invalidation de la directive 2006/24 « sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques »[53] par la Cour de justice dans son arrêt *Digital Rights Ireland*[54] pour violation du droit à la protection de la vie privée et de celui de la protection des données à caractère personnel au terme d'un examen sévère, la Cour pointant la gravité des atteintes aux droits fondamentaux en cause[55].

48. Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOCE* L 348 du 24 décembre 2008, pp. 98-107.
49. Procédure colégislative à l'époque.
50. Voy. l'exemple éloquent offert par l'arrêt C.J.C.E., gde ch., 30 novembre 2009, *Kadzoev*, aff. C-357/09 PPU, *RMCUE* 2010, p. 237, note M.-L. Basilien-Gainche.
51. *JOCE* L 251 du 3 octobre 2003, p. 12.
52. C.J.C.E., gde ch., 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, aff. C-540/03.
53. *JOCE* L 105 du 13 avril 2006, p. 54.
54. C.J.U.E., gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e.a.*, aff. jtes C-293 et 594/12.
55. « Force est de constater que **l'ingérence que comporte la directive 2006/24 dans les droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte s'avère**, ainsi que l'a également relevé M. l'avocat général notamment aux points 77 et 80 de ses conclusions, **d'une vaste ampleur et qu'elle doit être considérée comme particulièrement grave** », *Ibid.,* pt 37 (nous soulignons), mais aussi points 38, 48, 60 et 65.

2. Bilan et tentatives d'explications

L'action du Parlement européen en matière de protection des droits fondamentaux doit donc faire l'objet d'un bilan contrasté que l'on peut avantageusement résumer par l'expression bien connue selon laquelle « la critique est aisée mais l'art est difficile ». Il est effectivement plus facile pour le Parlement de critiquer le respect des droits fondamentaux que de parvenir dans son œuvre de colégislateur à concilier impératifs d'intérêt général et protection effective de ces droits. Tirer pleinement les conséquences de cette expression suppose aussi de porter un regard compréhensif sur l'action concrète du Parlement. Car, finalement, voir certains actes normatifs critiqués par des ONG et d'autres annulés par le juge au nom de la protection des droits fondamentaux est le lot de tous les Parlements officiant dans une structure démocratique. L'action du Parlement européen en matière de protection des droits fondamentaux ne mérite ainsi ni excès d'honneurs ni indignité[56].

Le problème est que le positionnement du Parlement européen sur la question des droits fondamentaux tend logiquement à accroître le niveau d'exigence lors de l'appréciation de son action car le chevalier blanc des droits de l'homme ne saurait faillir en son propre domaine… Autrement dit, c'est essentiellement parce que le Parlement européen a choisi de jouer de son image de protecteur des droits de l'homme que l'écart entre le discours et la pratique est aussi grand, conduisant alors à s'interroger sur les raisons pour lesquelles il a choisi un tel positionnement.

Au risque d'énoncer une banalité, le Parlement européen ne s'est pas glissé dans ce rôle de protecteur des droits fondamentaux parce qu'il serait plus attaché à leur protection que les autres Institutions européennes. Au risque de caricaturer, il n'y a pas un « gentil parlement » (avec des « gentils parlementaires » tous attachés à la protection des droits fondamentaux[57]) et une « méchante commission européenne » voire un « méchant conseil de l'UE » (avec leurs « méchants membres » respectifs). Pour évidente qu'elle soit, une telle affirmation mérite toutefois d'être formulée tant elle semble guider implicitement certaines analyses du travail parlementaire européen qui semblent véritablement concevoir le

56. Pour paraphraser une citation de Jean Racine « J'ose dire pourtant que je n'ai mérité – Ni cet excès d'honneur ni cette indignité ».

57. Le Parlement a d'ailleurs récemment rejeté l'adoption d'une résolution sur les opérations de recherche et de sauvetage en Méditerranée appelant à renforcer les efforts de sauvetage ((2019/2755(RSP)) rejetée en plénière le 24 octobre 2019 à deux voix près…), s'attirant les foudres d'Oxfam qui, par un communiqué de presse, a dénoncé « le vote honteux du Parlement européen contre la recherche et le sauvetage » (https://www.oxfamfrance.org/communiques-de-presse/oxfam-denonce-le-vote-honteux-du-parlement-europeen-contre-la-recherche-et-le-sauvetage/, page consultée le 8 novembre 2019).

Parlement comme un défenseur objectif des droits de l'homme. Si cette réponse doit selon nous être écartée, reste alors l'hypothèse, plus crédible à nos yeux, d'un investissement du champ de la protection des droits fondamentaux motivé par des raisons stratégiques. En effet, un tel positionnement s'intègre parfaitement dans la stratégie d'exploitation par le Parlement européen de la légitimité démocratique qu'il tient de l'élection de ses membres au suffrage universel direct. La question est bien connue, le Parlement est l'institution dont les compétences ont le plus augmenté depuis sa création grâce à l'exploitation du « déficit démocratique » dont l'Union serait frappée[58]. L'investissement du champ de la protection des droits fondamentaux a ainsi constitué un levier permettant au Parlement de justifier une augmentation de ses pouvoirs au sein du système institutionnel de l'Union au nom de l'idée selon laquelle il constituerait la seule institution dans l'Union à représenter les peuples et, donc, à réellement s'intéresser à la protection de leurs droits.

La difficulté est qu'un tel positionnement n'est tenable que tant que le Parlement est dépourvu de pouvoir normatif réel et qu'il reste du côté des commentateurs. Ce fut le cas un certain temps lorsque sa participation à la procédure législative se limitait à l'émission d'un avis simple, voire d'une approbation et que le Conseil endossait ensuite l'essentiel de la responsabilité politique de l'adoption des actes de droit dérivé à l'issue de la procédure. Ce n'est clairement plus le cas sur le plan interne à l'Union au vu de l'importance acquise par la procédure législative ordinaire depuis le traité de Lisbonne. Pleinement associé à la procédure législative le Parlement peut difficilement continuer à jouer son rôle de commentateur critique du respect des droits fondamentaux, ce d'autant plus que son intervention couvre désormais des domaines particulièrement sensibles de ce point de vue comme la coopération pénale ou la politique d'asile et d'immigration. Nettement visible sur le plan interne, le décalage entre le positionnement du Parlement et sa pratique reste néanmoins plus mesuré sur le plan externe, car si le Parlement est de plus en plus associé via l'exigence de son approbation pour la conclusion d'accords externes[59], il demeure toutefois encore parfois un simple observateur de l'action du Conseil[60].

58. J.P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 9e édition, 2018, §§ 126 s.

59. En vertu de l'article 218 TFUE.

60. Comme dans le domaine de la politique commerciale commune (art. 207 TFUE) ou de la PESC (art 37 TUE). Encore que la distinction ne soit pas toujours aussi franche le Parlement étant déjà parvenu à s'octroyer une influence sensible sur ces sujets (voy. E. Bressanelli, N. Chelotti et W. Lehman, « Negociating Brexit: the European Parliament between Participation and Influence », *Journal of European Integration*, Vol. 41, 2019, pp. 347-363.

De plus en plus visible, ce décalage entre le discours et la pratique risque bien de nourrir des critiques à l'encontre du Parlement à la mesure des espoirs déçus. Autrement dit, se positionner en tant que champion de la protection des droits fondamentaux lorsque l'on exerce des responsabilités politiques en participant à l'adoption d'actes normatifs peut emporter un coût politique important auquel le Parlement pourrait bien être prochainement confronté. Les contraintes qui pèsent sur son action ne sont évidemment pas les mêmes lorsqu'il use de résolutions et de rapports dans le cadre de sa fonction de surveillance et d'alerte et lorsqu'il participe au processus normatif dans le cadre sa fonction de définition des droits fondamentaux. Peut-être le temps est-il venu pour le chevalier blanc des droits de l'homme en Europe de laisser la place à un Parlement moins préoccupé par son discours et davantage par son action concrète en faveur de la protection effective des droits fondamentaux en Europe.

Bibliographie

ARTICLES

O. Costa, « Que peut le parlement européen ? », *Pouvoir*, 2014/2, n° 149.

Ch. Maubernard, « Le droit fondamental de pétition ou le droit à un recours politique effectif », *RDLF* 2015, chron. n° 15 (www.revuedlf.com).

T. Racho, « L'action de Frontex et le respect des droits fondamentaux : *Name droping* ou protection effective ? » in C. Chevallier-Govers et R. Tinière, *De Frontex à Frontex, Vers l'émergence d'un service européen des gardes côtes et gardes-frontières*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2019, p. 163 et s.

OUVRAGES

V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Étude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni,* LGDJ, Paris, 2009.

X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, PUF, Paris, 2018.

J.P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 9e édition, 2018.

A. Sathanapally, *Beyond Disagreement, Open Remedies in Human Rights Adjudication*, OUP, Oxford, 2012.

LÉGISLATION

Directive 2006/24 du Parlement et du Conseil du15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques, *JOCE* L 105 du 13 avril 2006, p. 54.

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOCE* L 348 du 24 décembre 2008, pp. 98–107.

Règlement 2016/679 du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE* L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

RÉSOLUTIONS DU PARLEMENT EUROPÉEN

Résolution du Parlement européen du 4 avril 1973 relative à la sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens des États membres dans l'élaboration du droit communautaire, *JO* C 26 du 30 avril 1973, p. 7.

Résolution du Parlement européen du 22 avril 1979 sur l'adhésion de la Communauté européenne à la convention européenne des droits de l'homme, *JO* C 127 du 21 mai 1979, p. 69.

Résolution du 12 avril 1989 portant adoption de la Déclaration des droits et libertés fondamentaux, *JO* C 120 du 16 mai 1989, p. 51.

Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission concernant la responsabilité sociale des entreprises : Une contribution des entreprises au développement durable (COM(2002) 347 — 2002/2261(INI)), JO C 67 E du 17 mars 2004, p. 73.

Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 sur la responsabilité des entreprises dans les violations graves des droits de l'homme dans les pays tiers (2015/2315(INI)).

Résolution du Parlement européen du 14 mars 2017 sur les incidences des mégadonnées pour les droits fondamentaux : respect de la vie privée, protection des données, non-discrimination, sécurité et application de la loi (2016/2225(INI)).

Résolution du Parlement européen du 6 avril 2017 sur l'adéquation de la protection offerte par le bouclier de protection des données UE-États-Unis (2016/3018(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 27 avril 2017 sur l'initiative phare de l'Union pour le secteur de la confection (2016/2140(INI)).

Résolution du Parlement européen du 19 avril 2018 sur la nécessité de mettre en place un instrument pour les valeurs européennes afin de soutenir les organisations de la société civile qui favorisent les valeurs fondamentales dans l'Union européenne aux niveaux local et national (2018/2619(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 3 mai 2018 sur le pluralisme et la liberté des médias dans l'Union européenne (2017/2209(INI)).

Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)).

Résolution du Parlement européen du 4 octobre 2018 sur la contribution de l'Union européenne à l'élaboration d'un instrument contraignant des Nations unies pour réglementer les activités des sociétés transnationales et autres entreprises à caractéristiques transnationales au regard des droits de l'homme (2018/2763(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2018 sur l'exploitation des données des utilisateurs de Facebook par Cambridge Analytica et les conséquences en matière de protection des données (2018/2855(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2018 sur l'état de droit en Roumanie (2018/2844(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 14 novembre 2018 sur la nécessité d'un mécanisme approfondi de l'Union pour la protection de la démocratie, de l'état de droit et des droits fondamentaux (2018/2886(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur la situation en Tchétchénie et le cas d'Oyoub Titiev (2019/2562(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur le Zimbabwe (2019/2563(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur le droit à manifester pacifiquement et l'usage proportionné de la force (2019/2569(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 14 mars 2019 sur l'Iran, notamment le cas des défenseurs des droits de l'homme (2019/2611(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 14 mars 2019 sur un régime de sanctions européen pour les violations des droits de l'homme (2019/2580(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 18 avril 2019 sur la Chine, notamment la situation des minorités religieuses et ethniques (2019/2690(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 18 avril 2019 sur le Cameroun (2019/2691(RSP)).

JURISPRUDENCE

CJCE, gde ch., 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, aff. C-540/03.

CJCE, gde ch., 30 novembre 2009, *Kadzoev*, aff. C-357/09 PPU.

CJUE, gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e.a.*, aff. jtes C-293 et 594/12.

CJUE, gde ch., 6 oct. 2015, *Schrems*, aff. C-362/14.

Les élections européennes, entre renoncement démocratique et vacuité politique

Sébastien Roland[1]

1. Professeur de droit public à l'Université de Tours, Institut de Recherche Juridique Interdisciplinaire François-Rabelais (IRJI – EA-7496).

Depuis quelque temps, le champ des études européennes a vu se succéder des manifestations scientifiques à portée commémorative prenant prétexte de la célébration de tel ou tel anniversaire : parmi d'autres, citons l'anniversaire des cinquante ans de l'arrêt *Van Gend en Loos*[2] ou de l'arrêt *Costa c./ ENEL*[3], des soixante ans du Traité de Rome[4], ou encore des dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[5]. À l'évidence, de tels événements trouvent leur justification, autant que leur cause, dans l'épaisseur, la densité, la compacité acquises au fil des années par le droit communautaire/européen : non seulement celui-ci s'est développé autour d'un ensemble de principes structurants qu'il est possible, avec le recul du temps, d'identifier, mais il a encore ouvert un espace scientifique neuf, lequel a été investi par une doctrine qui, à mesure qu'elle s'attachait à en systématiser l'armature conceptuelle, a peu à peu permis à ce droit communautaire/européen de s'affirmer comme discipline universitaire autonome. Ces événements sont également l'occasion de mesurer le chemin parcouru par le projet d'intégration européenne dans son ensemble, d'en retracer la trajectoire et d'en mesurer les acquis. Bien entendu, ceux qui en ont été les concepteurs n'ont pas omis de placer en miroir d'une telle approche rétrospective une approche prospective, toute trajectoire historique devant être considérée aussi bien au regard de la manière dont le passé informe le présent que de la manière dont le présent, en se prolongeant, prépare aux défis à venir.

Le beau colloque qui s'est tenu à l'Université de Bordeaux en mai 2019 à l'initiative conjointe de Hanneke van Eijken, Tony Marguery et Sébastien Platon – auxquels on sait gré de nous y avoir associé – est à rattacher à cette même vague mémorielle. Précédé, dix ans plus tôt, par la commémoration, *via* le numéro spécial d'une revue, des trente années de l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct[6], il entendait dresser un bilan, évaluer les enjeux aussi bien que tracer des perspectives, cette fois « quarante ans après ». Peut-être, cependant, tranche-t-il quelque peu avec la tonalité générale des autres manifestations scienti-

2. A. Tizzano, J. Kokott et S. Prechal (dir.), *50e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos – 1963-2013*, colloque de la Cour de justice de l'Union Européenne, Luxembourg, 13 mai 2013.

3. J. Dupont-Lassalle (dir.), *Cinquante ans après Costa c/ E.N.E.L, quelle protection pour le justiciable ?* colloque de l'Université de La Réunion, 19 novembre 2014.

4. L. Potvin-Solis (dir.), *L'Union européenne et la paix, quelles avancées vers une Fédération européenne ?* colloque de l'Université de Caen, 9 et 10 novembre 2017 ou encore D. Blanc (dir.), *Soixantième anniversaire du (des) traité(s) de Rome*, colloque de l'Université Toulouse 1 – Capitole, 29 et 30 novembre 2018.

5. R. Tinière & C. Vial (dir.), *10 ans d'application de la Charte européenne des droits fondamentaux. Bilan et perspectives*, colloque de l'Université de Grenoble, 12 et 13 décembre 2019.

6. « Les trente ans de l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct », *Les Petites Affiches*, numéro spécial juin 2009.

fiques qu'on a citées en exemple précédemment. Et ce du fait de l'effet de contraste saisissant entre, d'une part, le bouleversement politique qu'était censé provoquer la désignation des parlementaires européens directement par les citoyens et, d'autre part, la crise profonde dans laquelle le projet européen est actuellement envasé.

Sur le premier point, d'abord, de simples rappels suffisent : en lien étroit avec les thèmes de « l'Europe des citoyens »[7] et de la « citoyenneté politique »[8], qui s'imposent dans l'agenda politique européen à partir du début des années 1970, le but visé est alors celui de la résorption du déficit démocratique de la Communauté au moyen de la désignation directe par les citoyens de *leurs* représentants[9]. Et en effet, on le sait, ces nouvelles modalités d'élection des eurodéputés constitueront un saut qualitatif décisif à de multiples égards : d'abord en ce qu'elles consacrent le Parlement européen comme institution véritablement communautaire, c'est-à-dire irrémédiablement autonomisée par rapport à l'échelon national, ayant rompu l'attache organique qui l'unissait jusqu'alors aux Parlements nationaux. Ensuite, dans le cadre des rapports interinstitutionnels, c'est-à-dire s'agissant en vérité des équilibres du régime politique européen, le tournant de 1979 confère au Parlement européen un capital politique colossal qu'il va dès lors mobiliser pour affirmer sa singularité organique. D'organe subalterne, il devient un pôle institutionnel *ut singuli* doté d'une identité politique propre : l'élection au suffrage universel direct fait désormais de lui le dépositaire d'une légitimité au moins formellement démocratique qui gît directement au cœur des Communautés, si bien qu'il peut désormais se targuer d'être la seule institution représentant la totalité des peuples des États et apparaître comme le forum des peuples européens. Le Parlement gagne ainsi tant vis-à-vis du Conseil que de la Commission une capacité nouvelle de négociation politique, de sorte que le jeu qui

7. C. Blumann, « L'Europe des citoyens », *RMCUE*, 1991, p. 283.
8. P. Magnette, *De l'étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, 196 p. et *La citoyenneté européenne,* Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. Études européennes, 1999, 249 p.
9. Citons ce passage du *Rapport dit « Vedel »* qui résume la pensée dominante à l'époque : « l'élection directe contribuerait à la démocratisation de l'ordre communautaire et, partant, à sa légitimation. Elle devrait promouvoir une union plus étroite entre les peuples européens », *Rapport du groupe ad hoc pour l'examen du problème de l'accroissement des compétences du Parlement européen* du 25 mars 1972, Bulletin des Communautés européennes 1972, n° Supplément 4/72, OPOCE, p. 63. Robert Schuman écrivait pour sa part dès 1963 : « il faut que l'Europe nouvelle ait un soubassement démocratique ; que les conseils, les comités et autres organes soient placés sous le contrôle de l'opinion publique. […] Il faut que la population, par des représentants spécialement élus, soit en état de suivre et d'aider le développement des institutions. Il faudra donc, ajoute-t-il, dans un avenir pas trop éloigné, prévoir l'élection, au suffrage universel direct, des membres de l'assemblée » in *Pour l'Europe,* Paris, Les Éditions Nagel, 1963, pp. 145 et 146.

s'établissait jusqu'alors entre les institutions s'en trouve considérablement modifié, ce que l'extension en continu de ses pouvoirs à l'occasion de chacune des révisions des traités qui interviendront par la suite ne fera que consolider : le jeu politique s'organise désormais en triangle entre les institutions du pôle intergouvernemental, la Commission, qui incarne quant à elle l'intérêt général de l'Union et, désormais donc, une assemblée parlementaire adossée à un principe de légitimité (euro)démocratique. Enfin, et c'est à titre principal sur ce point que la mire avait été ajustée au moment de l'adoption de l'« Acte portant élection du Parlement européen au suffrage universel direct »[10], on s'offre ainsi le moyen idoine – c'est, du moins, ce dont on est convaincu à l'époque – de rapprocher l'Europe des citoyens en les investissant de ce droit de suffrage, c'est-à-dire d'en faire des acteurs à part entière, *via* la désignation de leurs représentants, de l'intégration européenne. Comme la Cour de justice ne manquera pas d'en prendre acte dès 1980, l'intervention du Parlement européen dans les processus décisionnels européens doit désormais être comprise comme l'expression d'un « principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative »[11].

En regard, cependant, de ce premier point, le second : la crise actuelle du projet européen. Une crise dont il serait plus juste, d'ailleurs, de dire que, si ses effets s'en font bien ressentir avec force aujourd'hui, ses racines sont plus anciennes. Son origine est à dater à l'évidence à l'année 2005 : l'échec du traité constitutionnel non seulement met brutalement un terme au processus de révision en continu des traités européens depuis 1986, lequel était le marqueur d'une Europe qui, mue par une force quasi irrésistible, va de conquête en conquête en se projetant toujours davantage en avant ; mais plus encore, il brise net la grande geste constitutionnelle dans laquelle l'Europe entendait s'inscrire, l'adoption du traité-constitution apparaissant à beaucoup comme le point d'aboutissement des cinquante premières années de la construction européenne, autant que comme un point de non-retour dès lors que, par effet cliquet, elle empêcherait tout reflux.

Mais au-delà de l'origine de la crise actuelle, c'est bien entendu son fondement qui importe davantage. Ce que l'échec de 2005 révèle, et qui frappe de stupeur bien des élites européennes qui n'en avaient pas soupçonné l'ampleur, c'est le désamour profond des citoyens à l'endroit de l'intégration européenne. Un désamour qui confine même, bien davantage qu'à un désintérêt ou une indifférence, à un sentiment de défiance : ce n'est pas tant en effet un ressentiment se cristallisant autour du reproche

10. *JOCE*, n° L 278, du 8 octobre 1976.
11. C.J.C.E., 29 octobre 1980, *Roquette c./ Conseil*, Aff. 138/79, *Rec.* p. 3333.

de n'avoir pas su rapprocher les peuples d'Europe ; c'est plutôt une animosité nourrie à l'égard d'une structure de pouvoir qui, au surplus d'être regardée comme distante, coupée des préoccupations quotidiennes des individus et même quelque peu suspecte d'apatridie, organise à certains égards la mise en concurrence des peuples européens sans que ceux-ci puissent peser sur les choix qui sont faits. En d'autres termes, le fondement de la crise est tout entier politique : le projet européen, mené nominalement pour les peuples mais sans doute sans les y associer suffisamment[12], se découvre soudainement tombé dans une fondrière démocratique.

Bien qu'on tende parfois à les considérer comme distinctes les unes des autres, les nombreuses crises que l'Europe a traversées depuis une quinzaine d'années sont, on en est convaincu, à rattacher à ce même fondement : elles ne sont que les répliques, plus ou moins lointaines, du séisme de 2005. Crise financière de 2008[13], laquelle trouvera un prolongement particulièrement dramatique dans la crise grecque[14], crise du *Brexit*[15], crise des réfugiés[16], crise liée à la remise en cause de l'État de droit dans certains États membres[17], toutes ont été ou sont l'occasion de constater le divorce entre les citoyens européens et le projet d'intégration, du moins tel qu'il est conduit. Au fond, ces crises protéiformes et tous azimuts, dès lors qu'on les appréhende dans leur globalité, en prêtant attention à leur effet cumulatif, forment unité : il s'agit de la même crise, redisons-le démocratique et donc politique, qui s'étire, s'éploie et peut-être même s'amplifie depuis une décennie et demie, d'une crise de légitimité.

Au total, la juxtaposition de ces deux dates, 1979 et 2019, et à travers elles de l'état de l'Europe à quarante ans de distance, rend quelque peu triste la célébration à laquelle on est convié. La bascule vers la désignation directe par les citoyens des eurodéputés est loin d'avoir com-

12. On se permet de renvoyer à notre article : « Les potentialités démocratiques du Traité de Rome », *RUE*, n° 615, février 2018, p. 66.

13. V. par exemple A. Brender, F. Pisani et E. Gagna, *La crise des dettes souveraines*, Paris, La Découverte, Coll. Repères, 2012 ; E. Cohen, « L'euro à l'épreuve de la crise des dettes souveraines », *Politique étrangère*, n° 1, 2012, p. 23.

14. V. par exemple F. Martucci, « La France et la crise de dette souveraine en Grèce », *Annuaire français de relations internationales*, 2016, p. 347.

15. Outre la contribution de S. Platon dans ce volume, parmi une littérature particulièrement abondante, v. par exemple Y Bertoncini, « Le Brexit entre europhobie britannique et euroscepticismes continentaux », *RUE*, n° 602, décembre 2016, p. 524, A. Antoine, « Le Brexit : une affirmation des valeurs britanniques ? », *Esprit*, 2017/12, p. 100 et C. Guillard, « L'accord relatif au Brexit », *RUE*, décembre 2016, p. 573.

16. J.-Y. Carlier et F. Crépeau, « De la 'crise' migratoire européenne au pacte mondial sur les migrations : exemple d'un mouvement sans droit ? », *AFDI,* vol. 2017, n° 1, p. 461.

17. V. les actes à paraître du colloque *Quel État de droit dans une Europe en crise ?* E. Carpano et M.-L. Basilien-Gainche (dir.), colloque de l'Université Lyon III Jean-Moulin des 11 et 12 octobre 2018.

blé tous les espoirs qu'on fondait en elle. Non seulement le surcroît de légitimité conféré au Parlement européen de même que le spectaculaire renforcement de ses attributions depuis lors n'ont pas fait naître un sentiment d'appartenance à l'Europe, une conscience civique européenne et encore moins une identité commune[18], mais ils ont même été impuissants à enrayer la désaffection à l'endroit du projet européen, une désaffection qui n'a cessé de trouver de nouveaux motifs d'expression depuis 2005.

C'est précisément sur ce sentiment de défiance que la présente communication entend se pencher, en se situant, comme y invitait le thème du panel du colloque auquel elle était rattachée – « Le Parlement européen en tant qu'objet d'analyse constitutionnelle » –, dans une perspective constitutionnelle. Ou plus exactement, pour reprendre ici le cadre d'analyse proposé par Carl Friedrich parce qu'il s'ajuste avec ce qu'on a dit du fondement de la crise européenne, dans la perspective de la « démocratie constitutionnelle »[19]. Dans une telle perspective, le jeu de la démocratie, tel qu'il est donc organisé par le texte constitutionnel, suppose ou postule la conjonction de trois éléments.

En premier lieu, un consentement populaire : l'autorité qui se déploie dans le régime se prétendant démocratique n'est réputée être légitime que dès lors qu'elle s'exerce au nom du *demos*, dès lors qu'elle est nominalement démocratique. La démocratie constitutionnelle renvoie ici à un principe formel, précisément d'imputation démocratique dès lors que c'est ultimement le peuple qu'on est censé rencontrer au bout de la « chaîne de légitimité »[20].

Mais, en deuxième lieu, ce principe formel d'imputation, sauf à n'être précisément que formel, doit trouver sa concrétisation dans des mécanismes, procédures, institutions, dont la fonction est non seulement de permettre l'expression effective de ce consentement populaire, mais aussi de vérifier que la relation d'identité que suppose la démocratie entre gouvernants et gouvernés est maintenue. Les prototypes politiques de tels mécanismes sont bien entendu l'élection et le référendum, suivant qu'on raisonne en termes de démocratie représentative ou (semi)directe ;

18. V. la contribution de L. Potvin-Solis dans ce volume. Plus généralement, v. M. Kieffer, *Recherches sur l'identité de l'Union européenne*, Thèse, Université de Strasbourg, 2015.
19. C. J. Friedrich, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, Coll. Bibl. de la science politique, 1958. Dans le contexte européen, v. M. Rouyer, *Droit et démocratie dans l'Union européenne. Le constitutionnalisme comme voie d'accès à une démocratie de grande échelle*, thèse, IEP de Paris, 2002 et G. Marti, *Le pouvoir constituant européen,* Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, série Thèses n° 20, 2011.
20. Selon l'expression de la Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, notamment § 293. http://www.cvce.eu/content/publication/2013/10/15/8facbcac-b236-47c8-9db3-e2199d825cfb/publishable_fr.pdf (dernière consultation le 21 octobre 2019).

le développement de l'État de droit a quant à lui adjoint dans toutes les démocraties modernes l'étalon du contrôle de constitutionnalité.

En troisième lieu, enfin, si on se place sur un terrain qui est davantage celui de la sociologie politique, de la philosophie politique et de l'histoire des idées politiques, un régime ne pourra se prétendre authentiquement démocratique qu'à la condition supplémentaire d'être « appropriable ». Par ce terme, qu'on emprunte à Pierre Rosanvallon[21] mais en l'entendant dans un sens qui n'est pas strictement identique, on entend désigner un aspect de tout régime dit démocratique qui tient à l'exigence de lisibilité pour les citoyens : ceux-ci doivent d'abord pouvoir en comprendre les ressorts, mais, et plus encore, ce régime doit être en mesure de mettre en scène, à échéance régulière et de manière solennelle ou solennisée le moment proprement politique de la « décision », au sens schmittien du terme, c'est-à-dire à la fois le moment où le corps politique fait l'expérience ou l'épreuve de son unité, où il communie au sens fort du terme, et le moment encore où il se choisit un destin. En ce sens, la démocratie suppose donc un moment proprement, essentiellement, intrinsèquement, politique, où se réunit, pour y débattre et délibérer, la communauté des citoyens constitués ainsi en corps politique.

C'est donc cette grille de lecture, qu'on nous pardonnera d'avoir présentée de manière sans doute trop sommaire, qu'on voudrait transposer à l'Union européenne. Dans le cadre des présents actes du colloque de Bordeaux, elle conduit à se situer à un triple niveau d'analyse. Le Parlement européen est bien entendu le premier niveau, puisque c'est la désignation de ses membres au suffrage universel direct qui est couramment présentée comme étant le moment de cristallisation des choix démocratiques européens, justifiant que les citoyens se saisissent de leur bulletin de vote afin d'exprimer leur volonté. Mais ce premier niveau est en réalité un point pivot qui s'articule avec deux autres : d'une part, en amont en quelque sorte, avec le niveau d'analyse que constitue la citoyenneté de l'Union, laquelle est formellement la source de légitimation du Parlement européen ; d'autre part, cette fois en aval, avec le régime politique de l'Union pris dans sa globalité, régime politique dont le Parlement est précisément l'un des rouages.

Or, et c'est ce qu'on voudrait soutenir ici, qu'on se situe à l'un ou l'autre de ces trois niveaux, le jugement à porter ne peut être que sévère dès lors que l'Europe, telle que les traités en organisent le fonctionnement et telle que s'y pratique l'exercice du pouvoir, se montre incapable de se mettre en scène politiquement. Si on s'interroge en effet sur le point

21. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, Coll. Les livres du nouveau monde, 2008, spéc. p. 345 et s.

de savoir quel moment démocratique de la vie politique de l'Union les élections au Parlement européen fondent, on doit alors convenir qu'elles n'incarnent pas le grand rendez-vous de ce que serait une véritable *Civitas europa*, qu'elles semblent bien davantage n'être que le théâtre d'ombres d'une démocratie, qu'elles ont de celle-ci l'apparence, non la substance. C'est en ce sens qu'on a retenu, pour l'intitulé de la présente contribution, les termes de vacuité politique : au fond, moins que d'un « objet politique non identifié », selon la formule célèbre de Jacques Delors[22], l'Europe ferait plutôt figure d'« objet identifié non politique », pour reprendre le renversement de cette formule qu'a suggéré Jean Leca[23] ; pour emprunter à nouveau ce terme à Pierre Rosanvallon, c'est le vieux spectre de l'Europe « impolitique »[24], parce qu'adossée à une démocratie elle-même impolitique, qui resurgit ici. Si, ensuite, on a cru juste de parler de renoncement démocratique, c'est afin de pointer du doigt l'impéritie des responsables européens : non seulement ceux-ci s'obstinent à croire qu'on peut faire l'Europe pour les peuples, mais en les laissant à l'écart, alors que les réformes à mener pour la démocratiser sont à portée de main ; mais aussi parce que cette « crainte des masses », comme le dit Etienne Balibar[25], se retourne aujourd'hui contre le projet d'intégration avec la montée en puissance des populismes de tous crins, d'extrême droite comme d'extrême gauche.

Vacuité politique et renoncement démocratique, donc, du fait, si on se situe successivement aux trois niveaux d'analyse qu'on indiquait à l'instant, de l'inachèvement de la citoyenneté européenne (I), du déficit d'incarnation démocratique du Parlement européen (II), du caractère inappropriable du régime politique de l'Union (III).

I. En ce qui concerne en premier lieu la citoyenneté européenne, on ne saurait nier que sa consécration par le traité de Maastricht s'inscrit dans une ligne de progression qui fait politiquement sens : si le caractère relativement embryonnaire du Marché Commun initial justifiait que les individus ne soient appréhendés dans les traités qu'à travers leur seule qualité d'agents économiques, l'ampleur prise par la construction européenne au fil des années (tenant notamment à l'impact en matière sociale et en

22. J. Delors, Intervention lors de la Conférence intergouvernementale, le 9 septembre 1985 à Luxembourg, *Bulletin des Communautés européennes*, n° 9, septembre 1985, OPOCE. Disponible en ligne : https://www.cvce.eu/content/publication/2001/10/19/423d6913-b4e2-4395-9157-fe70b3ca8521/publishable_fr.pdf (dernière consultation le 21 octobre 2019).
23. J. Leca, « L'Empire contre-attaque. Une autre vision de l'Union européenne », *Les Cahiers européens de Sciences Po*, n° 4/2007, p. 2.
24. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*…, *op. cit.,* p. 353.
25. E. Balibar, *La Crainte des masses. Politique et philosophie avant et après Marx*, Paris, Ed. Galilée, 1997. Du même auteur, v. également *Nous, citoyens d'Europe ? Les frontières, l'État, le peuple*, Paris, La Découverte, Coll. Cahiers libres, 2001 et *Europe, crise et fin ?* Lormont, Éd. Le bord de l'eau, Coll. Diagnostics, 2016.

matière culturelle à la fois de la reconnaissance des libertés de circulation économiques et du développement des politiques européennes, ou tenant encore à l'extension ininterrompue de ses domaines de compétences hors du strict champ économique) rend nécessaire que ce soit désormais en leur qualité de citoyens dotés de réels droits politiques qu'ils soient associés au projet européen[26].

Il est indéniable que, adjointe à la mise en place d'abord d'une Communauté de droit puis d'une Union de droit[27], qui trouve son point d'aboutissement avec l'adoption de la Charte des droits fondamentaux en 2000 et la reconnaissance de sa pleine valeur juridique avec le traité de Lisbonne[28], la consécration de la citoyenneté européenne présente des contours qui la rendent similaire à la citoyenneté fédérative telle qu'elle s'est historiquement construite dans certains États et sans doute également telle qu'elle est définie aujourd'hui par le droit positif de ces États, comme Christoph Shönberger a pu le montrer dans ses travaux[29].

C'est donc certainement à bon droit que la doctrine européaniste souligne l'existence dans l'Union européenne actuelle d'un statut commun de citoyen européen, reposant sur un même corpus de droits, en particulier civiques et politiques, un statut défini par la Cour comme ayant « vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres »[30], et qu'à cet égard l'Union ne serait pas dans une situation fondamentalement différente de celle de ses États membres quant à sa capacité à satisfaire aux réquisits du principe démocratique. En renfort, les auteurs, convoquant au besoin les analyses de Jürgen Habermas, font valoir le « fait établi » selon lequel « la citoyenneté démocratique n'est

26. V. par exemple R. Witterwulghe, « Du concept économique de travailleur européen au concept politique de citoyen européen » in C. Philip et P. Soldatos (dir.), *La citoyenneté européenne*, Montréal, Université de Montréal, 2000, p. 115.
27. V. C. Boutayeb, J.-C. Masclet, S. Rodrigues et H. Ruiz-Fabri (dir.), *L'Union européenne : union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin,* Paris, Pedone, 2010, XVI-937 p.
28. B. Favreau (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne,* Actes du colloque de l'IDHAE tenu à la Cour de justice des Communautés européennes Luxembourg le 16 mai 2008, Bruxelles, Bruylant, 2010.
29. C. Schönberger, *Unionsburger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Heidelberg, Mohr, 2005 et « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale. Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009, p. 254.
30. C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Baumbast & R c./ Secretary of State for Home Department*, Aff. C-413/79, *Rec.*, p. I-7091 et C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Grzelcyk*, Aff. C-184/99, *Rec.*, p. 6193. Sur ces jurisprudences, v. M. Benlolo-Carabot, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'UE, série Thèses n° 4, 2006 et A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination, éléments de statut du citoyen de l'Union européenne. Étude de jurisprudence*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, série Thèses n° 9, 2008.

pas nécessairement enracinée dans l'identité nationale d'un peuple »[31], si bien que serait en voie de formation en Europe une sorte de « patriotisme constitutionnel »[32], c'est-à-dire une culture politique non pas articulée autour de la « conscience d'un nous capable de cohésion émotionnelle »[33], mais produite, au fil des décennies, par la lente accumulation de principes et droits reconnus subjectivement à chacun des citoyens européens. Quant à l'objection selon laquelle l'identité précède nécessairement le processus démocratique et qu'un certain degré d'homogénéité culturelle est indispensable pour qu'une communauté politique apparaisse[34], elle est révoquée par l'argument tenant au fait que les conditions de vie des individus tendent à se rapprocher partout sur le continent. Le dernier score relativement élevé qui a été celui du taux de participation aux dernières élections européennes[35] serait même de nature à se montrer moins pessimiste quant au désintérêt des citoyens pour la construction européenne.

Pour autant, cette même doctrine n'est pas aveugle aux insuffisances de la citoyenneté européenne, une citoyenneté qui est restée à bien des égards largement atomistique, morcelée, fragmentée. En dépit des tentatives audacieuses – perçues parfois comme des immixtions – de la Cour de justice pour faire bouger les lignes[36], la citoyenneté européenne demeure dépendante du droit de la nationalité de chacun des États membres : ce sont ces droits, qui peuvent parfois diverger considérablement d'un État à un autre, qui font office de voie d'accès, et donc également de garde-

31. J. Habermas, « Citoyenneté et identité nationale » in *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique (1996)*, Paris, Fayard, Coll. L'espace du politique, 1998, p. 77.
32. Ce concept de « *Verfassungspatriotismus* », que l'on doit à Dolf Sternberger, a été repris par Jürgen Habermas : v. notamment *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique (1998)*, Paris, Fayard, Coll. L'espace du politique, 2000, spéc. le chapitre 2 « La constellation postnationale et l'avenir de la démocratie » pp. 41-124.
33. Selon les termes utilisés par l'ancien juge à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe E.-W. Böckenförde pour récuser la validité de la notion de patriotisme constitutionnel in « Die Nation », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30 septembre 1995, cité par J. Habermas in « L'inclusion : intégration ou enfermement ? Du rapport entre nation, État de droit et démocratie », *L'intégration républicaine…, op. cit.*, p. 124.
34. V. D. Grimm, « Le moment est-il venu d'élaborer une Constitution européenne ? » in R. Dehousse (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?* Paris, Presses de Sciences Po., Coll. Références inédites, 2002, p. 69. Sur la controverse entre Grimm et Habermas, v. O. Jouanjan, « De la démocratie dans l'Union européenne et son éventuelle constitution » in T. von Danwitz & J. Rossetto (Hrsg.), *Eine Verfassung für die Europäische Union*, Berlin, Konrad-Adenauer Stiftung, 2004, p. 206, et plus généralement pp. 199-215.
35. Après avoir enregistré des reculs successifs, le taux de participation a connu un net rebond en 2019 : il a progressé dans vingt des vingt-huit États membres, passant de 42,6 % à 51 %, ce qui constitue un record depuis 1994. Résultats détaillés : https://www.election-results.eu (dernière consultation le 21 octobre 2019).
36. On songe notamment, pour donner ces deux seuls exemples, aux arrêts C.J.U.E., 2 mars 2010, *Janko Rottman c./ Freistaat Bayern*, Aff. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104 et C.J.U.E., 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c./ Office national de l'emploi (ONEm)*, Aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124.

barrière, à la qualité de citoyens. Si bien qu'un même individu européen, suivant qu'il est ressortissant de tel ou tel État, pourra ou pourra ne pas accéder au statut « fédératif » commun, contraint qu'il est de passer sous les fourches caudines du droit national. Ce caractère subsidiaire ou secondaire de la citoyenneté européenne constitue une première limite importante[37], à laquelle s'ajoute que le bénéfice effectif des droits de citoyenneté est tributaire de l'exercice du premier d'entre eux d'un point de vue historique et fonctionnel, le droit de libre circulation, lequel est réservé à une toute petite minorité[38].

Si on recentre l'analyse sur celui des droits figurant dans ce statut de citoyen qui nous intéresse plus particulièrement ici, à savoir le droit de vote pour les élections au Parlement européen, d'autres limites apparaissent. Celle, d'abord, résultant de l'absence de circonscriptions transnationales. On sait que le Président français Emmanuel Macron a, en la matière, essuyé un refus de la part des eurodéputés eux-mêmes le 7 février 2019[39]. Il résulte de ce refus que, au lieu que soit offert, pour une fraction au moins des sièges du Parlement européen, la possibilité que ceux-ci soient pourvus au moyen d'une comptabilisation plurinationale des voix, c'est bien dans un cadre strictement national que le vote de chaque citoyen est circonscrit – puisqu'on sait que la faculté de constituer, à l'occasion des élections, des listes de candidats ressortissants de plusieurs États membres de l'Union est par ailleurs demeurée quasiment lettre morte depuis 1992. On doit même considérer que l'existence de circonscriptions nationales uniques, qui se superposent donc au territoire de l'État, accentue encore cette incapacité à figurer un « au-delà du national »[40].

Il s'ensuit encore, sans qu'on puisse déterminer avec clarté si cette autre limite est une des causes de la précédente ou sa conséquence, que les campagnes électorales européennes trouvent le plus souvent leur centre de gravité dans des enjeux proprement cocardiers. Et ce pour un ensemble

37. V. T. Pullano, *La citoyenneté européenne, un espace quasi étatique*, Paris, Presses de Sciences Po, Coll. Académique, 2014.

38. V. D. Kochenov (dir.), *EU Citizenship and Federalism. The role of rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

39. https://www.euractiv.fr/section/elections/news/revers-pour-macron-sur-les-listes-transnationales (dernière consultation le 21 octobre 2019). V. également le *Rapport parlementaire du député A. Tourret relatif à l'élection des représentants au Parlement européen*, n° 609 : http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/rapports/r0609/(index)/rapports (dernière consultation le 21 octobre 2019).

40. De manière quelque peu contradictoire avec la proposition de création de circonscriptions transnationales, la France, par la loi du 25 juin 2018 relative à l'élection des représentants au Parlement européen a rétabli la circonscription électorale unique sur l'ensemble du territoire et mit ainsi fin au découpage en huit circonscriptions interrégionales (sept métropolitaines et une ultra-marine), qui avait été instauré par la loi du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen.

de raisons qui sont bien connues : les états-majors des partis nationaux verrouillent la campagne en l'arrimant aux échéances électorales nationales à venir dans une perspective qui est au surplus très tacticienne ; les programmes présentés par ces mêmes partis nationaux ne font l'objet d'une concertation au niveau européen qu'à la marge ; d'autant plus que les fédérations de partis nationaux qui existent au niveau européen[41] ne sont que la pâle doublure de ce que seraient des partis politiques transnationaux dignes de ce nom. Si on raisonne à partir du cas français – mais *mutatis mutandis* une analyse similaire pourrait être menée pour chacun des autres États membres – les élections au Parlement européen ont, une nouvelle fois, tenu le rang d'élections politiques nationales intermédiaires, dont les enjeux étaient, pour les partis dits « traditionnels », de mesurer si leurs efforts de reconstruction commençaient à porter leurs fruits, et, pour les deux partis dont les candidats ont accédé au second tour de l'élection présidentielle de 2017, de préempter dans les esprits l'idée d'un nouveau face-à-face, en 2022, Macron-Le Pen.

Dans ces conditions, les résultats des élections européennes informent bien davantage sur les rapports de force entre les mouvements politiques nationaux en présence qu'ils ne renseignent sur l'Union qui, aux yeux des citoyens européens, serait désirable : le temps politique de l'élection est bien plus un temps national qu'un temps européen. Au regard de la citoyenneté européenne, qu'on examine ici, son inachèvement résulte ainsi de ce que, au-delà même de la détention d'un droit de vote, l'exercice de ce droit a quelque chose de factice dès lors que, s'il a bien pour conséquence de déterminer la nouvelle composition du Parlement européen, ce n'est pas en priorité en vue de peser sur les équilibres politiques au sein de cette institution que les citoyens se rendent aux urnes.

Au total, la citoyenneté juridique de l'Union peine donc à trouver son prolongement dans une authentique citoyenneté politique, laquelle supposerait qu'existe un grand rendez-vous citoyen lors duquel tous les citoyens d'Europe seraient invités à se choisir un avenir. Ces conditions dans lesquelles les citoyens européens sont appelés à élire leurs représentants retentissent à leur tour sur l'institution Parlement européen, laquelle est elle-même affectée d'un certain nombre de carences qui en limitent la capacité représentative.

41. P. Delwit, C. Van de Walle et E. Külahci (dir.), *Les fédérations européennes de partis. Organisation et influence*, Bruxelles, Éd. Université libre de Bruxelles, Coll. Sociologie politique, 2001, en particulier P. Magnette, « Les contraintes institutionnelles au développement des partis politiques européens », p. 57 et P. Delwit, « Les fédérations européennes et les groupes politiques au Parlement européen : vecteurs de la représentation dans l'Union européenne ? » in S. Saurugger (dir.), *Les modes de représentation dans l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques politiques, 2003, p. 97.

II. Sur le second point, le Parlement européen[42] souffre en effet d'un déficit d'incarnation qui sape sa prétention à s'affirmer comme institution adossée à une légitimité démocratique de dimension européenne. Certes, on ne saurait minorer le fait que, parti de quasiment rien, il a fini par acquérir une position centrale dans le système politique de l'Union : initialement institution largement cosmétique inspirée par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dotée de pouvoirs réduits, et qui, au surplus, n'est organiquement que l'émanation des Parlements nationaux des États membres, le Parlement européen, du fait de la désignation de ses membres au suffrage universel direct et de l'accroissement subséquent de ses attributions, est devenu l'institution qui donne corps à l'une des grandes ambitions du projet européen, à savoir réaliser, au-delà d'une union d'États, une union de citoyens. Il est aujourd'hui le deuxième plus grand parlement au monde derrière le Parlement indien et la première assemblée transnationale de la planète si l'on considère que, et ce depuis l'origine, les eurodéputés siègent non par nationalité mais par affinités politiques.

Pour autant, c'est à nouveau sur un constat d'incomplétude que débouche l'étude de sa capacité représentative. Il faut ainsi observer, en premier lieu, que le contingentement des sièges en son sein n'est pas calculé selon une clé mathématique strictement proportionnelle en fonction de la population de chaque État membre. De sorte que, pour reprendre ces exemples extrêmes, le poids d'un suffrage à Malte ou au Luxembourg compte onze ou douze fois plus qu'il ne pèse en Allemagne ou en France, tandis que, jusqu'en 2019, des circonscriptions régionales françaises du Sud-Est et d'Île-de-France, qui ont autant d'habitants que des États comme la Belgique, le Portugal ou encore la République tchèque, élisaient respectivement 13 et 14 eurodéputés contre 24 pour les États qu'on a cités. On le sait, la Cour fédérale constitutionnelle allemande de Karlsruhe a eu beau jeu de pointer cet écart de représentativité. Dans sa décision « Lisbonne » en particulier, elle en tire la conséquence que, contrairement à la lettre des articles 10 § 2, 1er alinéa et 14 § 2 TUE, ce ne sont pas en vérité les citoyens européens qui sont représentés au sein du Parlement européen, mais les citoyens en tant qu'ils appartiennent aux peuples des États. Son argumentation mérite d'être citée un peu longuement à la fois pour la rigueur dont le juge allemand fait preuve dans le maniement du principe démocratique en prenant en quelque sorte l'Union européenne à ses propres mots, et aussi parce qu'elle tranche avec la profonde indigence argumentative dont le Conseil constitutionnel français est un habitué :

> *« Afin qu'un projet politique comme l'union économique puisse se réaliser, l'une des idées centrales du groupement d'intégration*

42. V. la contribution de D. Blanc dans ce volume.

européen a été dès le départ l'interdiction ou la limitation de discriminations fondées sur la nationalité (articles 12 et 18 TCE ; articles 18 et 21 TFUE). Le concept du Marché commun repose sur la conviction que cela ne fait aucune différence de savoir de quel État membre proviennent une marchandise ou un service, quelle est l'origine d'un travailleur ou d'un entrepreneur, ou d'où provient un investissement. Mais c'est justement ce critère de la nationalité qui, selon l'article 14 alinéa 2 sous-alinéa 1 phrase 3 TUE Lisbonne, doit être déterminant lorsqu'il s'agit de répartir les possibilités d'influence politique entre les citoyens dans l'Union européenne. Ainsi, l'Union européenne se trouve-t-elle en contradiction par rapport à l'idée qu'elle se fait d'elle-même en tant qu'Union des citoyens et cette contradiction ne peut s'expliquer que par la qualité de l'Union européenne comme regroupement d'États souverains »[43].

On le comprend, la Cour de Karlsruhe enfonce un coin entre le principe formel selon lequel le Parlement européen est censé, en vertu des traités européens, représenter directement les citoyens au niveau de l'Union, et le caractère inégalitaire des mécanismes qui traduisent ce principe. En ce sens, ne change rien à ses yeux le fait que les articles 10 § 2 et 14 § 2 TUE issus de la révision de Lisbonne aient substitué les termes « citoyens de l'Union » à ceux de « peuples des États », selon la lettre de l'ancien article 189 TCE qui disposait auparavant que le Parlement européen est « composé de représentants des peuples des États réunis dans la Communauté » : pour elle, le citoyen européen doit continuer d'être appréhendé à travers un double prisme, celui du peuple national (premier prisme), et en tant que ce peuple relève lui-même d'un État (second prisme). La tentative opérée par le traité de Lisbonne de saisir le citoyen dans sa relation directe avec l'institution parlementaire de l'UE traduit donc une simple évolution sémantique, non une mutation conceptuelle.

On sait pourtant, comme on l'a indiqué précédemment, de quelle manière une telle objection pourrait être surmontée et comment, techniquement, résorber de tels écarts de représentation : il suffirait que soient taillées des circonscriptions transnationales suivant une clé mathématique unique. Mais le prisme national reste décidément trop fort et les États rédacteurs des traités ne sont disposés ni de près ni de loin à franchir aujourd'hui ce pas, si bien que se perpétue une profonde incohérence : le

43. Cour constitutionnelle de Karlsruhe, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, § 287. V. D. Hanf, « L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle fédérale », *CDE*, 2009, p. 639 ; F. C. Mayer, « Rashomon à Karlsruhe », *RTDE*, n° 46, janv.-mars 2010, p. 77 et X. Magnon, « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur le traité de Lisbonne », *RFDC*, 2/2010 (n° 82), p. 417.

Parlement européen, censé représenter les citoyens de l'Union dans leur globalité, continue de dépendre d'une base nationale pour son élection.

À cette première difficulté, qui pourrait être résolue juridiquement au moyen d'une révision des traités, s'en ajoutent d'autres, tenant quant à elles au fonctionnement au quotidien du Parlement et qui sont de nature politique. Le déficit d'incarnation démocratique du Parlement européen se trouve en effet encore accentué par l'absence d'une véritable polarisation politique en son sein[44], ce qui fait de lui une exception au regard de la fonction remplie habituellement par les assemblées parlementaires dans les régimes démocratiques. Comme des études de politistes l'ont montré, une pratique de vote courante a fini par s'imposer dans le fonctionnement du Parlement qui tient à ce que Jean-Louis Quermonne a qualifié de « conjonction des centres »[45] : les deux grands groupes politiques de centre droit et de centre gauche ont pris l'habitude de voter ensemble, captant ainsi à leur profit le pouvoir de décision et renvoyant les partis minoritaires à un rôle principalement d'apparat[46]. Mais ce qui est sans doute plus dommageable encore, c'est que cette pratique a du même coup travesti la logique politique majorité/opposition autour de laquelle la vie d'un parlement est communément organisée. Au lieu que le Parlement européen soit la caisse de résonance démocratique de l'Union, qu'il soit le lieu de confrontation des différentes conceptions de l'Europe telles que ces conceptions reflètent les préférences exprimées par les citoyens lors de la désignation de leurs représentants, au lieu qu'il soit le forum où se confrontent des programmes politiques répondant à une sensibilité de gauche ou de droite, il a, par cette pratique, accrédité l'idée que l'Europe qui se fait transcende les clivages politiques, qu'elle est même du coup fondamentalement a-politique, et que de ce fait elle ne requiert aucune participation citoyenne puisqu'aussi bien elle continuera de se faire d'un commun accord entre démocrates-chrétiens et sociaux-démocrates. Si on définit avec Claude Lefort le régime démocratique comme étant celui de l'incertitude et de l'indétermination, et à ce titre, comme étant le régime qui se « caractérise essentiellement par la fécondité du conflit » et qui

44. Le diagnostic est ancien : v. par exemple par exemple O. Costa, « Le Parlement européen entre efficacité fonctionnelle et déficit politique » in G. Duprat (dir.), *L'Union européenne. Droit, politique, démocratie,* Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1996, p. 145 et « Les députés européens entre allégeances multiples et logique d'institution », *European integration*, 2002, n° 2, p. 91.

45. J.-L. Quermonne, *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs-politique, 6e éd., 2005, p. 76.

46. V. N. Brack, « S'opposer au sein du Parlement européen : le cas des eurosceptiques », *Revue internationale de politique comparée*, 2/2011, vol. 18, p. 131.

« assume la division »[47], alors le paradoxe en devient même cruel pour un Parlement européen devenu univoque, incapable qu'il est de produire autre chose que du consensus, et qui trahit ainsi sa fonction de représentation de la diversité politique du corps social européen.

Du fait que les lignes de fracture gauche/droite qui prévalent durant la campagne apparaissent comme des artifices, des leurres, des clivages en trompe-l'œil, ils contribuent au surplus à ouvrir un espace politique à d'autres clivages, plus radicaux, qui tendent à être perçus par les citoyens comme plus signifiants en ces temps de défiance à l'égard de l'Europe. Sans, bien entendu, que ce phénomène puisse être imputé à la seule construction européenne, puisqu'il procède d'une crise du politique qui affecte en profondeur les démocraties nationales, la multiplication des mouvements dits « souverainistes »[48] partout sur le continent doit aussi être comprise comme l'expression de la volonté des citoyens de se réapproprier le projet européen, ou en tout cas de ne plus le laisser entre les mains d'institutions dans lesquelles ils ne se reconnaissent pas.

Sur le plan institutionnel enfin, force est de constater que ce qui vaut le temps de la campagne ne vaut plus après : l'opposition entre les deux groupes politiques dominants au Parlement européen se résorbe immédiatement au lendemain de l'élection afin de permettre une répartition entre eux des postes, à commencer par la présidence du Parlement lui-même. Mais cet a-politisme déborde le seul Parlement et affecte également la composition de la Commission européenne, cette dernière observation nous invitant, pour finir, à nous pencher sur les rapports institutionnels, c'est-à-dire à considérer dans sa globalité le régime politique de l'Union.

III. On le disait, tout régime politique dit démocratique suppose l'existence d'un moment solennel, d'un temps politique fort lors duquel la communauté citoyenne se choisit une ligne politique à l'occasion de l'élection d'un leader appelé à prendre les commandes du pays. Dans l'esprit des citoyens américains, français, allemands ou encore anglais, il ne fait aucun doute que ce moment existe : pour les citoyens de ces États – mais on pourrait multiplier les exemples – la conviction est solidement ancrée que, respectivement, l'élection présidentielle et les élections générales sont le pivot de leur régime démocratique, mais aussi, et partant, de leur propre conscience citoyenne. Si ce grand rendez-vous citoyen, qui vient ponctuer à échéances régulières la vie de leur démocratie, est appropriable par eux, c'est parce qu'il est lisible : il s'agit dans toutes les

47. C. Lefort, *Philosophie magazine* n° 29, rubrique Entretiens, 30 avril 2009. Du même auteur, v. surtout *Le Travail de l'œuvre, Machiavel*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1986 et *L'Invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, Coll. L'espace du politique, 1981.
48. V. la contribution de V. Faggiani dans ce volume.

hypothèses d'élections qui visent à désigner celles et ceux qui seront les détenteurs réels du pouvoir – le fait que certaines démocraties, comme c'est le cas de manière chronique en Italie ou encore en Israël, enregistrent une forte dispersion des voix et par voie de conséquence soient exposées à l'instabilité politique ne change bien entendu rien à ce constat.

L'écart avec le régime politique de l'Union apparaît à cet égard criant. En premier lieu parce qu'il n'est guère possible de soutenir sérieusement que l'élection des membres du Parlement européen détermine non seulement le choix de celui ou celle qui sera appelé(e) à présider la Commission européenne, mais de manière plus fondamentale encore l'orientation politique future de l'Europe. S'agissant d'abord du Président de la Commission européenne, le bilan qui doit être tiré du mécanisme des *Spitzenkandidaten*[49] qui avait été expérimenté lors des élections de 2014 est qu'il a fait long feu : alors qu'il n'était pas inimaginable de penser que ce mécanisme serait repris en le perfectionnant, l'élection de 2019 a consacré son abandon pur et simple[50] et, partant, le retour à la lutte d'influence entre États. Pourtant, il est vrai qu'en 2014 le Parlement européen était parvenu à imposer au Conseil européen le choix entre deux candidats. Il reste que cette « victoire » n'a guère eu de portée autre qu'interinstitutionnelle dès lors que, sur le plan politique, c'est la règle du partage des sièges entre le centre droit et le centre gauche qui joue pour la désignation du collège des commissaires. Autrement dit, même si le centre gauche avait été majoritaire lors de ces élections de sorte que Martin Schultz aurait été désigné en lieu et place de Jean-Claude Junker, le centre de gravité de la Commission serait demeuré le même. D'autant plus que, même si le Président de la Commission dispose d'une certaine latitude, à travers notamment le (quasi) monopole de l'initiative législative que les traités attribuent à la Commission[51], il n'est en aucun cas investi afin de mettre en œuvre le programme politique que le groupe parlementaire auquel il appartient a élaboré en vue de la campagne. Car, s'agissant ensuite des orientations politiques générales de l'Union, on sait que la lettre de l'article 15 § 1er TUE[52] en confie la définition au Conseil européen. C'est dire que ce sont les traités eux-mêmes qui organisent cette disjonction, qui est même une césure radicale, avec le moment de l'expression des suffrages. D'un point de vue démocratique, on ne peut

49. V. la contribution de D. Fromage dans ce volume.
50. V. https://www.euractiv.fr/section/elections/news/macron-soppose-au-systeme-des-spitzenkandidaten (dernière consultation le 21 octobre 2019). V. également P. Motsch, « Élections européennes, la victoire des progressistes ou des nationalistes a-t-elle eu lieu ? », *Civitas Europa*, 2019/1 (n° 42), p. 239.
51. Article 17 § 2 TUE : « Un acte législatif ne peut être adopté que sur proposition de la Commission, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement ».
52. « Le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques générales ».

que juger pour le moins déloyaux ces mécanismes, puisqu'il en résulte que le citoyen européen est dans l'ignorance, au moment où il glisse son bulletin dans l'urne, de la direction dans laquelle l'Union va s'engager. À nouveau, l'élection des eurodéputés apparaît à cet égard quelque peu artificielle dès lors qu'elle n'influe qu'à la marge sur l'institution aux commandes de l'Union qu'est le Conseil européen.

Ce qui, en second lieu, rend le régime politique de l'Union inappropriable, c'est encore le déficit de leadership dont il souffre. Ou devrait-on plutôt parler d'un trop-plein de prétendants à l'incarnation d'un tel leadership : président de la Commission européenne, du Parlement européen, du Conseil européen, de la Banque centrale européenne, de l'Eurogroupe, sans compter la présidence tournante du Conseil et bien entendu les chefs d'États ou de gouvernement des États membres, France et Allemagne en tête. Comme Paul Magnette a pu en faire la démonstration il y a déjà une quinzaine d'années, en termes démocratiques le déficit ici est triple : il est celui d'un manque de responsabilité, de lisibilité et de cohérence[53]. On peut ajouter qu'il trouve son prolongement dans un sentiment de dilution du pouvoir. À bien des égards, le pouvoir dans l'Union européenne apparaît en effet insaisissable. Si l'homme de la rue peine à identifier le moment qui serait celui où il pourrait espérer peser sur lui, il peine de la même manière à identifier les lieux où il s'exprime autant que les rouages par lesquels il s'exerce[54].

On peut certainement concéder que le fait que le régime politique de l'Union soit un régime tripartite qui articule, entrecroise et met en balance – pour reprendre appui sur l'article 13 TUE – les intérêts des États, les intérêts de citoyens européens et les intérêts propres de l'Union elle-même[55], n'en rend sans doute pas aisée la lecture pour les non-spécialiste. On s'étonne cependant que l'effort ne soit pas mené avec plus de constance d'œuvrer à le rendre plus lisible pour le citoyen et appropriable par lui. En ce sens, une possible tentative pourrait consister à coupler la désignation du Président de la Commission à celle du Président du Conseil européen sur la base d'un programme qui serait débattu durant la campagne légis-

53. P. Magnette, *Contrôler l'Europe. Pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne,* Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. Études européennes, 2003.

54. Dans le même sens, v. D. Ritleng, « L'Union européenne : un système démocratique, un vide politique », Titre VII [en ligne], avril 2019, n° 2. https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/l-union-europeenne-un-systeme-democratique-un-vide-politique (consulté le 21 octobre 2019), notre article « De la démocratie en Europe ? Réflexions sur la morphologie du pouvoir dans l'Union européenne après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne », *Annuaire de droit européen* 2009 (n° 7), p. 289.

55. « L'Union dispose d'un cadre institutionnel visant à promouvoir ses valeurs, poursuivre ses objectifs, servir ses intérêts, ceux de ses citoyens, et ceux des États membres, ainsi qu'à assurer la cohérence, l'efficacité et la continuité de ses politiques et de ses actions ».

lative : on apporterait de la sorte une réponse à l'objection de dilution du pouvoir de même qu'à celle de déficit de leadership, en même temps, et surtout, qu'on donnerait un sens politique au droit de vote accordé aux citoyens européens. Mais aujourd'hui la frilosité le dispute à l'erreur de jugement dans les cercles de pouvoir européens.

En témoignent les cinq scénarios retenus par la Commission dans son *Livre blanc sur l'avenir de l'Europe* du 1er mars 2017. Il est frappant de constater que les enjeux d'ordre institutionnel, c'est-à-dire démocratique, n'y tiennent qu'une place réduite : les services de la Commission semblent s'obstiner à penser que ce n'est pas, au fond, l'Europe dans son mode de légitimation et de fonctionnement qui est en cause dans la crise actuelle, mais que celle-ci pourra être résorbée en redéfinissant le périmètre d'intervention de l'Union. Autrement dit, c'est en se situant sur le terrain du droit matériel qu'elle compte sauver le soldat Europe, sans donc apercevoir que l'adhésion des citoyens au projet européen nécessite que ceux-ci (re)trouvent un pouvoir de décision. Mais, plus encore que la Commission, ce sont surtout et avant tout les États membres qui sont à blâmer. Comme on a eu l'occasion de l'écrire plus longuement ailleurs[56], ils semblent prisonniers depuis une quinzaine d'années d'une stratégie de fuite devant le suffrage populaire, craignant que celui-ci ne vienne, si on en libérait l'expression, remettre en cause les acquis de la construction européenne. Qui ne voit, pourtant, qu'aucune relance du projet européen ne pourra prospérer si elle se fait exclusivement par le haut, si les dirigeants européens n'acceptent pas de relever le défi de la politisation de l'Europe[57], c'est-à-dire de s'interroger sur les conditions auxquelles, au moyen du vote citoyen, peut être redonné à l'Union le crédit démocratique qu'elle a perdu ?

56. « Les potentialités démocratiques du Traité de Rome », *op. cit.*

57. Luuk VAN MIDDELAAR évoque ce qu'il nomme un « retour du refoulé » qui est en vérité un « retour du politique » in « Pourquoi forger un récit européen ? La politique identitaire en Europe. Nécessités et contraintes d'un récit commun » in A. ARJAKOVSKY (dir.), *Histoire de la conscience européenne*, Paris, Éd. Salvator, 2016, p. 31.

Bibliographie

ARTICLES

D. Blanc (dir.), « Soixante ans du traité de Rome », *RUE*, n° 613 (déc. 2017) à n° 623 (déc. 2018).

J. Leca, « L'Empire contre-attaque. Une autre vision de l'Union européenne », *Les Cahiers européens de Sciences Po*, n° 4/2007.

S. Roland, « De la démocratie en Europe ? Réflexions sur la morphologie du pouvoir dans l'Union européenne après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne », *Annuaire de droit européen* 2009, n° 7, p. 289.

OUVRAGES

E. Balibar, *Nous, citoyens d'Europe ? Les frontières, l'État, le peuple*, Paris, La Découverte, coll. Cahiers libres, 2001.

J. Habermas, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique (1996)*, Paris, Fayard, coll. L'espace du politique, 1998.

J. Habermas, *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique (1998)*, Paris, Fayard, coll. L'espace du politique, 2000.

C. Haguenau-Moizard et C. Mestre (dir.), *La démocratie dans l'Union européenne*, Larcier, coll. Droit de l'Union européenne, série Colloques, 2018.

C. Lefort, *Le Travail de l'œuvre, Machiavel*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1986.

C. Lefort, *L'Invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, coll. L'espace du politique, 1981.

P. Magnette, *De l'étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, Bruxelles, De Boeck Université, 1997.

P. Magnette, *La citoyenneté européenne,* Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, coll. Études européennes, 1999.

L. van Middelaar, « Pourquoi forger un récit européen ? La politique identitaire en Europe. Nécessités et contraintes d'un récit commun » in A. Arjakovsky (dir.), *Histoire de la conscience européenne*, Paris, Ed. Salvator, 2016.

T. Pullano, *La citoyenneté européenne, un espace quasi étatique*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. Académique, 2014.

M. Rouyer, *Droit et démocratie dans l'Union européenne. Le constitutionnalisme comme voie d'accès à une démocratie de grande échelle*, thèse, IEP de Paris, 2002.

AUTRES SOURCES

D. Ritleng, « L'Union européenne : un système démocratique, un vide politique », Titre VII [en ligne], avril 2019, n° 2. https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/l-union-europeenne-un-systeme-democratique-un-vide-politique

The Greatest Challenge. How Populism erodes European Constitutional Democracies

Giuseppe Martinico[1]

1. How Populists Use EU and National Constitutional Law Instruments and Categories 104
2. Constitutionalism and Populism: Between Mimesis and Parasitism 106
3. The Concept of Majority 110
4. A Research Agenda 113

1. Giuseppe Martinico is an Associate Professor of Comparative Public Law, Sant'Anna School of Advanced Studies (Scuola Superiore Sant'Anna), Pisa.

1. How Populists Use EU and National Constitutional Law Instruments and Categories

National identity has been under siege as it were *per se* a bad concept that inevitably leads to the disintegration of the EU. Scholars have criticised Constitutional Courts for the abuse of the national (according to another terminology, constitutional[2]) identity argument. In this sense, Halmai and Pollicino[3] have also blamed the German *Bundesverfassungsgericht* for providing other constitutional courts (namely the Hungarian one) with a problematic series of techniques by provoking, in this way, a worrying (even dangerous in their mind) escalation of constitutional conflicts. Moreover, constitutional pluralists have been accused of offering arguments to autocrats and populists to justify violations of the values set out in art. 2.[4]

Also, at supranational level, Advocates General have sometimes opposed national identity to fundamental rights,[5] offering then a misleading dichotomy. How can we remedy this ?

Different proposals have been advanced. It has been suggested that we should renounce this concept in order to avoid violations of EU law in disguise while others suggested the ECJ should treat it as an autonomous concept of EU law. Are these solutions really desirable ?

In my view, treating national identity as an autonomous concept of EU law would not solve the risk of conflicts. It is necessary to recall that thanks to art. 4 (2) TEU many constitutional courts have finally accepted the preliminary ruling mechanism and opened to a fully fledge and direct

2. For this distinction: E. Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford, Hart, 2015, p. 163 and G. Di Federico, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, Editoriale Scientifica 2017, p. 15.
3. G. Halmai, "Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law", *Review of Central and East European Law*, 2018, p. 23. O. Pollicino, "Metaphors and Identity Based Narrative in Constitutional Adjudication: When Judicial Dominance Matters", 2019, https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/2/27/metaphors-and-identity-based-narrative-in-constitutional-adjudication-when-judicial-dominance-matters (last accessed November 2019).
4. D. Kelemen, L. Pech, "Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism. Lessons from Hungary and Poland", *Reconnect Working Paper,* n. 2, 2018, https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/10/RECONNECT-WorkingPaper2-Kelemen-Pech-LP-KO.pdf (last accessed November 2019).
5. Case C-89/18, *A against Udlaendinge- og Integrationsministeriet*, ECLI:EU:C:2019:580, Opinion AG Pitruzzella 14 mars 2019, par. 1. Also quoted by B. de Witte, "Protecting Identity or Protecting Diversity?" on file with author.

dialogue with the CJEU. *M.A.S*[6]. is a good example of this. Although in the final decision the national identity card was not used by the CJEU this does not imply that the reference to it made by the Italian Constitutional Court in its preliminary reference was useless. On the contrary, that reference to art. 4.2. worked as a gun on the table to force the Luxembourg Court to exchange views with the *Corte costituzionale*. *M.A.S.* is also crucial to understand that dialogue is not always a purely cooperative phenomenon, in the sense that even conflicts (or the threat of conflicts) can trigger proper dialogue.

Probably, EU law already provides for instruments to avoid forms of misuse of national identity. This clause should not be read in splendid isolation, *but in context,* since it is instead a star in a broader constellation of values guaranteed by the EU Treaties.

Moreover, art. 4.2. should not be detached from the reference to the moment of commonality which is recalled in art. 2 and 6 TEU. This was obvious also in the wording of art. 6 pre-Lisbon formula, where both national identity and common constitutional traditions were disciplined in the same provision. Perhaps, the decoupling occurred in Lisbon has been a mistake which seems to galvanise the temptations of a unilateral and decontextualised reading of the identity clause. This choice has also added a further level of ambiguity to a very problematic provision as suggested elsewhere[7].

While identity politics is at the heart of the populist agenda, these considerations do not apply to identity only, in this sense, what has been happening to national identity is very telling of a broader phenomenon. However, we would make a great mistake if we abandoned national identity, understanding it as a purely negative concept. Populists would find other concepts to be manipulated, as they always do this. Going beyond the national identity's case, in this chapter, I would like to explore how populists use and abuse categories of constitutional theory and instruments of constitutional law by creating this way a real constitutional counter-narrative. This is relevant to challenge their rhetoric even at supranational level, as they frequently tend to depict parliamentary assemblies, including the European Parliament, as the fora of the elites.

6. Case C-42/17, *Criminal proceedings against M.A.S. and M. B*, ECLI:EU:C:2017:936. See also Corte Cost., ordinanza n. 24/2017, www.cortecostituzionale.it (last accessed November 2019).
7. G. Martinico, "The 'Polemical' Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law", *German Law Journal*, 2015, p. 1343

2. Constitutionalism and Populism: Between Mimesis and Parasitism

As Corrias pointed out, "Constitutional theorists have not devoted a lot of attention to the phenomenon of populism […] There may be two interpretations of this silence. Either constitutional theory has nothing to say about populism, in which case the silence is justified, or constitutional theory does have something to say, in which case the silence is unjustified and (potentially) problematic"[8]. It will be argued that populists (especially when they are in government) tend to employ two strategies with regard to constitutions: mimesis and parasitism. Both these terms come from evolutionary biology. For the purpose of this chapter, mimesis refers to the "nature that culture uses to create second nature, the faculty to copy, imitate, make models, explore difference, yield into and become Other"[9]. Parasitism instead refers to the relationship "between two species of plants or animals in which one benefits at the expense of the other, sometimes without killing the host organism"[10]. Mimesis here refers to the way in which populist leaders try to present themselves as consistent and compatible with the language of constitutionalism[11].

An example of this is the recent speech given by the Italian premier Giuseppe Conte at the United Nations, where he said:

> *"The Italian Government has placed these same priorities at the basis of its action. Government action that does not give due consideration to assuring that all of its citizens have equitable and fully dignified living conditions is not action that I can consider morally, much less politically acceptable.*
>
> *When some accuse us of souverainism or populism, I always enjoy pointing out that Article 1 of the Italian Constitution cites sovereignty and the people, and it is precisely through that provision that I interpret the concept of sovereignty and the exercise of sovereignty by the people.*

8. L. Corrias, "Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity", *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 6, p. 7.
9. M. Taussig, *Mimesis and Alterity*, Routledge, Abingdon, 1993, XIII.
10. Entry "Parasitism: biology", https://www.britannica.com/science/parasitism (last accessed November 2019).
11. "Mimesis is an ambiguous term. It is at the same time cognition and evaluation. Its cognitive result is imitation. There is no imitation without difference. To describe an object in terms of mimesis is to acknowledge that there is no identity. It is not the thing itself. We call toy animals realistic, but not a zoo. If mimetic imitation were to be wholly at one with what it represents, it would cease to be a representation", B. Hüppauf, "Camouflage and Mimesis: The Frog between the Devil's Deceptions, Evolutionary Biology, and the Ecological Animal", *Paragrana Internationale Zeitschrift für Historische Anthropologie*, 2015, p. 132, p. 134.

> *This approach does not modify the traditional position of Italy within the international community and consequently toward the United Nations. Security, the defense of peace and the values that best preserve it, and the promotion of development and human rights are goals that we share and shall continue to pursue with courage and conviction at the national and international levels"*[12].

Here, one can see the attempt at finding a reading consistent with the text of the Italian Constitution by stretching, at the same time, some of its key concepts and – most importantly – exercising a sort of cherry-picking approach to the Constitution[13]. When referring to art. 1 of the Italian Constitution, populists often tend to mention just a part of the relevant provision (the part recognizing the principle of "popular sovereignty") in order to find a confirmation of their majoritarian approach to the fundamental charter and to reinforce their false dichotomy between themselves (the people voted by the people) and the "others". In so doing, they tactically omit that the same art. 1 of the Italian Constitution immediately clarifies how popular sovereignty should be understood as limited by the Constitution itself, as the provision reads: "Sovereignty belongs to the people and is exercised by the people in the forms and within the limits of the Constitution"[14]. This way of proceeding is very telling of how populisms try to legitimise themselves as political forces consistent with the Constitution; at the same time, when looking for such a literal link with the text of the Constitution, they also advance an alternative reading of two of the constitutional concepts mentioned in that provision, "people" and "popular sovereignty", by relying on the constitutive ambiguity of these concepts. Something similar can be found in some famous speeches given by Orbán, like that offered at the 25th Bálványos Summer Free University and Student Camp in 2014, where an alternative understanding of democracy (a non-liberal one) was advanced:

> *"Honorable Ladies and Gentlemen*
>
> *In order to be able to do this in 2010, and especially these days, we needed to courageously state a sentence, a sentence that, similar to the ones enumerated here, was considered to be a sacrilege in the liberal world order. We needed to state that a democracy is not necessarily liberal. Just because something is not liberal, it still can be a democracy. Moreover, it could be and needed to be expressed, that probably societies founded upon the principle of the liberal way to organize a state will not be able to sustain their*

12. "Remarks by Giuseppe Conte to the 73rd Session of the United Nations General Assembly", http://www.voltairenet.org/article 203153.html (last accessed November 2019).
13. This approach is not completely new in Italy. See also the examples made by M. Revelli, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017.
14. Art. 1 of the Italian Constitution.

world-competitiveness in the following years, and more likely they will suffer a setback, unless they will be able to substantially reform themselves"[15].

The concept of democracy here is stretched to advance a possible constitutional counter-narrative according to a dynamic like what we saw in the Italian case. In this sense, Blokker for instance argued that, "while populism ought to be understood as a rejection of liberal constitutionalism, it equally constitutes a competing political force regarding the definition of constitutional democracy"[16]. In light of that, Blokker identified four pillars of what he calls "populist constitutionalism":

> *"I propose to 'unpack' the populist constitutional approach by analysing four of its critical components. These components can be understood as distinctive parts of the populist critique on liberal or legal constitutionalism. First, populists emphasise the people and popular sovereignty. This reference to the people provides the main normative justification for the populist constitutional programme. Second, the populist project is based on an extreme form of majoritarianism, which is the core of the populist mode of government, or the way in which populists imagine their project politically. Third, the populists' practical approach to the law is based on instrumentalism, which mobilizes the law in the name of a collectivist project. Fourth, the populist attitude towards the law, or its main prescriptive and evaluative judgments of the law, consists of a critical, emotional stance, or what I call 'legal resentment'"*[17].

While this way of studying populism is interesting, as it looks at the content of populist movements to identify some of the flaws of the current constitutional democracies this approach risks creating conceptual confusion, since it results in neglecting the counter-majoritarian – and to certain extent also the pluralist[18] – dimension of constitutionalism as

15. Viktor Orbán's speech at the XXV. Bálványos Free Summer University and Youth Camp, 26 July 2014, Băile Tuşnad (Tusnádfürdő), https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/ (last accessed November 2019).
16. P. Blokker, "Populism as a Constitutional Project", *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 536 and 537.
17. *Ibidem*, p. 540-541.
18. Paul Blokker interestingly makes a distinction between left-wing and right-wing populisms in this respect: "A more complete, historical discussion would need to take due account of cases in Latin America, as well as left-wing populism more in general […] Both left- and right-wing populism tend to deny a strong separation of politics and law and endorse a stronger link between constitutions and the people. And while arguably left-wing manifestations of populism (as in Latin America) have shown a more direct engagement with genuinely participatory projects of constitutionalism (in the form of, e.g., constituent assemblies), both forms of populism tend to suffer from an exclusionary tendency, which results from the quest for an authentic people, and in practice risk sliding into either authoritarian or 'leaderist'-plebiscitarian

such (especially of post-WWII constitutionalism in Europe). The second approach normally followed by populists has been called "parasitism"[19].

In fact, one could say that the real aim of populist movements is to alter the axiological hierarchies that characterize constitutional democracies, for instance by presenting democracy (understood as the rule of majority) as a kind of "trump card" which should prevail over other constitutional values[20].

If the majority is "the people"[21], its will must thus prevail at all costs and immediately. Against this background, it has been correctly said:

> *"Populism understands liberal democracy and the rule of law as a historical interruption and aberration. It rejects the idea of the legal-constitutional order because, according to populists, it produces or favours inequalities (e.g., between the haves and have-nots, between cosmopolitans and locals, or between foreigners and nationals), as well as, more importantly, because it leads to the erosion of the historical nation. The hierarchy of the legal-constitutional order is not to be replaced by an inclusive, more universalistic order, but rather by a return to, or realization of, the past, that is, of a traditional order, based on 'natural' hierarchies related to ethnicity, family, and tradition"[22].*

This is again connected with the point of identity politics, which consists of presenting the majority as a monolithic entity vested with moral superiority, as opposed to the elite, which is frequently depicted as corrupted. "Populists combine anti-elitism with a conviction that they hold a superior vision of what it means to be a true citizen of their nation"[23]. Here one can see again the reductionist attitude of populism, which tends

modes, ultimately denying their democratic thrust", P. Blokker, "Populism as a Constitutional", *op. cit*., p. 537.

19. N. Urbinati, "Democracy and Populism", *Constellations*, 1998, p. 110;T. Fournier, "From Rhetoric to Action: A Constitutional Analysis of Populism", *German Law Journal*, 2019, p. 362, p. 364.

20. "The populist rhetoric manipulates the rule of law and the majoritarian pillars of constitutional democracy by convincing a fictional majority that constitutional democracy gives rise to a tyranny of minorities. Populism in action represents the second facet of the populist strategy. It corresponds to a specific constitutional strategy of legal and constitutional reforms aiming at disrupting constitutional democracy", Théo Fournier, "From Rhetoric to Action", *op. cit.,* p. 363.

21. In similar terms: "As the only subject that deserves representation is a unified people, which is equated with the majority, there is no need for a higher law that mediates between and integrates different social forces that compete for political power", P. Blokker, "Populism as a Constitutional", *op. cit*., p. 544.

22. P. Blokker, "Populism as a Constitutional", *op. cit*., p. 541.

23. M. Marchlewska, A. Cichocka, O. Panayiotou, K. Castellanos and J. Batayneh, "Populism as Identity Politics: Perceived In-Group Disadvantage, Collective Narcissism, and Support for Populism", *Social Psychological and Personality Science,* 2018, p. 151.

to depict all those who cannot be traced back to the majority as the "others". This dichotomous approach and this need for the enemy has led Müller to stress the Schmittian flavour of populism[24]. As Abromeit pointed out when commenting on Müller, populism appeals to a "mythical Volksgemeinschaft"[25] and constructs "imagined communities"[26] by searching for political enemies. This also explains the bombastic approach that frequently characterises populist rhetoric. Populists need "walls" to mark a border between what they claim to be the "real" people and the others and construct identity by excluding the political competitors from the circle of legitimacy. In other words, the kind of majority described by populists tends not to be inclusive.

3. The Concept of Majority

Why is a reductionist concept of majority dangerous? This leads me to the next point I would like to make, the one about the artificial concept of majority. As Steinbeis pointed out: "A majority is not something you will find in nature. It is an artifact of law. You need legal rules to determine who counts, and in which way"[27]. Majority is an artificial concept which can be constructed through political and legal decisions, for instance by excluding or including groups of people in the right to vote. That is why procedural caveats are important, since they contribute towards ensuring the preservation of that core of untouchable values that is up to constitutionalism to defend. It is possible to find confirmation of this in comparative law. Both the *Clarity Act* in Canada and Schedule I of the *Good Friday Agreement* give political actors an important role in detecting the existing majorities. The Clarity Act was a follow up to the secession Reference in the part in which the Canadian Supreme Court had said: "in this context, we refer to a 'clear' majority as a qualitative evaluation. The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves"[28].

24. J. W. Müller, *What is populism?,* University of Pennsylvanian Press, Philadelphia, 2016.
25. J. Abromeit, "A Critical Review of Recent Literature on Populism", *Politics and Governance*, 2017, p. 177, p. 183.
26. B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, London, 1983.
27. M. Steinbeis, "Majority is a Legal Concept", *Verfassungsblog|On Matters Constitutional*, 2017, http://verfassungsblog.de/majority-is-a-legal-concept/ (last accessed November 2019). See also Alessandro Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993, 49.
28. Canadian Supreme Court, Reference Re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R. 217, par. 87.

In light of this the *Clarity Act* listed some factors that should be taken into account by the House of Commons to verify *a posteriori* (i.e. after the holding of the referendum) the existence of a majority.

> *"Factors for House of Commons to take into account (2) In considering whether there has been a clear expression of a will by a clear majority of the population of a province that the province cease to be part of Canada, the House of Commons shall take into account (a) the size of the majority of valid votes cast in favour of the secessionist option; (b) the percentage of eligible voters voting in the referendum; and (c) any other matters or circumstances it considers to be relevant"*[29].

This has caused a harsh reaction in Quebec, which has recently led to the Henderson decision of the Superior Court of Quebec[30]. A similar role, but to be played in the phase before the holding of a referendum, is granted to the Secretary of State by Schedule I of the *Good Friday Agreement*[31].

These two examples show that the majority is not a neutral or easy concept[32], that is why political actors must have a role in either interpreting or detecting majorities. Relying on this assumption, post-totalitarian constitutions believe in democratic systems where contingent majorities are prevented from deciding over some fundamental goods, as the "eternity clause"[33] in the German Basic Law and the "republican clause"[34] in the

29. *An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference S.C. 2000*, c. 26, http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.8/page-1.html (last accessed November 2019).

30. Henderson v. Procureure générale du Québec, 2018 QCCS 1586.

31. "1. The Secretary of State may by order direct the holding of a poll for the purposes of section 1 on a date specified in the order.

2. Subject to paragraph 3, the Secretary of State shall exercise the power under paragraph 1 if at any time it appears likely to him that a majority of those voting would express a wish that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland.

3. The Secretary of State shall not make an order under paragraph 1 earlier than seven years after the holding of a previous poll under this Schedule", The Northern Ireland Peace Agreement. The Agreement reached in the multi-party negotiations 10 April 1998, http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/IE%20GB_980410_Northern%20Ireland%20Agreement.pdf (last accessed November 2019).

32. G. Martinico, "A Message of Hope': A Legal Perspective on the Reference" in G. Delledonne, G. Martinico (eds.), *The Canadian contribution to a Comparative Constitutional Law of Secession: Legacies of the Quebec Secession Reference*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2019, 249.

33. Art. 79, 3 of the German Basic Law: "Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation in principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible".

34. Art. 139 of the Italian Constitution: "The form of Republic shall not be a matter for constitutional amendment".

Italian Constitution show. In this respect, constitutions are risk-management devices, as has been suggested for instance by Vermeule, according to whom "constitutions and public law generally are best understood as devices for regulating and managing political risks"[35]. In this sense, it has been said that the "memory of evil"[36] is one of the reasons why some factors are perceived by constitutions as potentially risky. However, even in contexts that have not experienced eternity clauses, similar concerns have arisen, it is sufficient here to recall the distinction made by Calhoun between "numerical"[37] and "concurrent majority"[38] or the concept of majority tyranny in Tocqueville[39]. These debates and experiences reveal

35. A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 10.

36. T. Todorov, *Memory as a Remedy for Evil*, Seagull Books, Kolkata, 2010; S. Veca, *La priorità del male*, Feltrinelli, Milano, 2012.

37. "It results, from what has been said, that there are two different modes in which the sense of the community may be taken; one, simply by the right of suffrage, unaided; the other, by the right through a proper organism. Each collects the sense of the majority. But one regards numbers only, and considers the whole community as a unit, having but one common interest throughout; and collects the sense of the greater number of the whole, as that of the community. The other, on the contrary, regards interests as well as numbers – considering the community as made up of different and conflicting interests, as far as the action of the government is concerned; and takes the sense of each, through its majority or appropriate organ, and the united sense of all, as the sense of the entire community. The former of these I shall call the numerical, or absolute majority; and the latter, the concurrent, or constitutional majority. I call it the constitutional majority, because it is an essential element in every constitutional government – be its form what it may. So great is the difference, politically speaking, between the two majorities, that they cannot be confounded, without leading to great and fatal errors; and yet the distinction between them has been so entirely overlooked, that when the term majority is used in political discussions, it is applied exclusively to designate the numerical – as if there were no other. Until this distinction is recognized, and better understood, there will continue to be great liability to error in properly constructing constitutional governments, especially of the popular form, and of preserving them when properly constructed. Until then, the latter will have a strong tendency to slide, first, into the government of the numerical majority, and, finally, into absolute government of some other form. To show that such must be the case, and at the same time to mark more strongly the difference between the two, in order to guard against the danger of overlooking it, I propose to consider the subject more at length", J. C. Calhoun, *A Disquisition on Government*, 1849, http://praxeology.net/JCC-DG.htm.

38. "The necessary consequence of taking the sense of the community by the concurrent majority is, as has been explained, to give to each interest or portion of the community a negative on the others. It is this mutual negative among its various conflicting interests, which invests each with the power of protecting itself; - and places the rights and safety of each, where only they can be securely placed, under its own guardianship. Without this there can be no systematic, peaceful, or effective resistance to the natural tendency of each to come into conflict with the others: and without this there can be no constitution", J. C. Calhoun, *A disquisition on government*, 1849, http://praxeology.net/JCC-DG.htm.

39. A. de Tocqueville, *Democracy in America*, Harper, New York, vol. I, 2006 (1835), Chapter 7.

the need to go beyond the quantitative side of democracy, something which is on purpose neglected or even denied by populists.

4. A Research Agenda

"Constitutions belong to all but are not 'empty' (politically neutral)"[40]. With these words an eminent constitutional lawyer reacted to a series of attacks launched on the Italian constitution by some political parties at the beginning of the new millennium. Indeed, the irony in this is that the new wave of populisms has been obliging constitutional lawyers to deal with some long-standing issues, including that of the neutrality of the constitutions. Instead of offering possible solutions (that have been explored by scholars also at the EU level[41]), I tried to depict the strategies employed by populists.

This brief chapter tried to show that populists borrow categories of constitutional theory and instruments of constitutional law by creating constitutional counter-narratives. Identity is one of these concepts. I relied on two concepts, mimesis and parasitism, to show how populists build their constitutional narratives and the strategies carried out in order to empty or erode constitutional democracies. Its majoritarian approach also collides with the counter-majoritarian nature of constitutionalism as such. The concept of democracy endorsed by populists results in being manipulative since it reduces democracy to the majority rule.

40. A. Spadaro, "Costituzionalismo versus populismo: sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie", AA. VV., in G. Brunelli, Andrea Pugiotto, P. Veronesi (eds.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. V, Jovene, Napoli, 2009, p. 2007.

41. J. Morijn, "Responding to "populist" politics at EU level: Regulation 1141/2014 and beyond Responding to "populist" politics at EU level: Regulation 1141/2014 and beyond", *International Journal of Constitutional Law,* 2019, p. 617.

Bibliography

ARTICLES

J. Abromeit, "A Critical Review of Recent Literature on Populism", *Politics and Governance*, 2017, p. 177, p. 183.

P. Blokker, "Populism as a Constitutional Project", *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 536.

L. Corrias, "Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity", *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 6.

G. Di Federico, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, Editoriale Scientifica 2017.

T. Fournier, "From Rhetoric to Action: A Constitutional Analysis of Populism", *German Law Journal*, 2019, p. 362.

G. Halmai, "Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law", *Review of Central and East European Law*, 2018, p. 23.

B. Hüppauf, "Camouflage and Mimesis: The Frog between the Devil's Deceptions, Evolutionary Biology, and the Ecological Animal", *Paragrana Internationale Zeitschrift für Historische Anthropologie*, 2015, p. 132.

M. Marchlewska, A. Cichocka, O. Panayiotou, K. Castellanos, J. Batayneh, "Populism as Identity Politics: Perceived In-Group Disadvantage, Collective Narcissism, and Support for Populism", *Social Psychological and Personality Science*, 2018, p. 151.

G. Martinico, "The 'Polemical' Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law", *German Law Journal*, 2015, p. 1343.

J. Morijn, "Responding to 'populist' politics at EU level: Regulation 1141/2014 and beyond Responding to 'populist' politics at EU level: Regulation 1141/2014 and beyond", *International Journal of Constitutional Law,* 2019 p. 617.

A. Spadaro, "Costituzionalismo versus populismo: sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie", AA.VV., in Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto, Paolo Veronesi (eds.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Vol. V, Jovene, Napoli 2009, p. 2007.

N. Urbinati, "Democracy and Populism", *Constellations*, 1998, p. 110.

BOOKS

B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, London, 1983.

E. Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford, Hart, 2015.

A. de Tocqueville, *Democracy in America*, Harper, New York, Vol I, 2006 (1835).

B. de Witte, "Protecting Identity or Protecting Diversity?" on file with author.

J. W. Müller, *What is populism?,* University of Pennsylvanian Press, Philadelphia, 2016.

A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993.

M. Taussig, *Mimesis and Alterity*, Routledge, Abingdon, 1993.

T. Todorov, *Memory as a Remedy for Evil*, Seagull Books, Kolkata, 2010; Salvatore Veca, *La priorità del male*, Feltrinelli, Milano, 2012.

A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

CASE LAW

Case C-89/18, *A contre Udlaendinge- og Integrationsministeriet*, ECLI:EU:C:2019:580

Case C-42/17, *Criminal proceedings against M.A.S. and M.B*, ECLI:EU:C:2017:936

OTHER SOURCES

D. Kelemen, L. Pech, "Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism. Lessons from Hungary and Poland", Reconnect Working Paper n. 2, 2018, https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/10/RECONNECT-WorkingPaper2-Kelemen-Pech-LP-KO.pdf

O. Pollicino, "Metaphors and Identity Based Narrative in Constitutional Adjudication: When Judicial Dominance Matters", 2019, https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/2/27/metaphors-and-identity-based-narrative-in-constitutional-adjudication-when-judicial-dominance-matters

M. Steinbeis, "Majority is a Legal Concept", *Verfassungsblog|On Matters Constitutional*, 2017, http://verfassungsblog.de/majority-is-a-legal-concept/

The thresholds for the EP elections: the EU Electoral Act, national legislation and the case-law of Constitutional Courts

Andrea Antonuzzo[1]
Nicola Lupo[2]

1. The elections to the European Parliament and the regulation of electoral thresholds: a polymorphic "euro-national" procedure? 118
2. The case-law of constitutional courts on national thresholds for the EP elections and the underlying different interpretations of the nature and role of the European Parliament 122
3. "*Errare humanum est, perseverare autem diabolicum*". The 'double unconstitutionality' of the 5 % and the 3 % thresholds for the EP elections in Germany 123
4. The Czech Constitutional Court's ruling on the 5 % threshold in 2015 129
5. The case law of the Italian Constitutional Court: from procedural inadmissibility to substantive rejection of the questions of constitutionality regarding the 4 % electoral threshold..... 132
6. Towards a conclusion (on parliamentary "form of government"; the Europeanisation of the "Constitution of powers"; the lack of preliminary reference to the CJEU) 137

1. Andrea Antonuzzo is PhD student in Constitutional Law at Roma 3 University (his work has been prevalent in writing parr. 1-4).
2. Nicola Lupo is Professor of Public Law at LUISS University, Rome (his work has been prevalent in writing parr. 5-6).

1. The elections to the European Parliament and the regulation of electoral thresholds: a polymorphic "euro-national" procedure?

The regulation and the procedure for the elections to the European Parliament (EP) are the result of the layering of European and national legal provisions, giving rise to a polymorphic electoral system that can only be fully understood by taking into account the interaction between the legal choices made at the EU and national levels. From a certain point of view, European elections can be referred to as a classic example of what has been called a "euro-national" parliamentary procedure: regulated partly by EU law and partly by national law and involving both EU and national (parliamentary) institutions[3].

The debate on the possibility of a European parliamentary assembly being directly elected dates back to a time preceding the genesis of the European Economic Community. Such a possibility had already been mentioned in Article 21 of the European Coal and Steel Community Treaty and then in Article 138(3) of the European Economic Community Treaty. Nonetheless, the contrast between the political forces (and the Member States) that maintained the need for a concurrent extension of the Assembly's powers and functions and those who, conversely, argued that the latter would be a consequence of direct elections, rapidly narrowed the debate to a primarily technical and efficiency-oriented approach.

The unanimous adoption by the Council of the Direct Election Act (DEA) in 1976 represented the legislative outcome of this goal-oriented approach. Precedence was mainly given to the resolution of contingent issues related, for instance, to the practical arrangements of the elections and the allocation of seats, to the detriment of fundamental theoretical underlying questions addressing the meaning of representative democracy at the supranational level. Such an approach is evident when considering both parliamentary reports and resolutions adopted on this matter and the Act voted for by the Council on September 1976[4], which was markedly less ambitious than the previous parliamentary reports, especially since it indefinitely postponed the goal of a uniform electoral procedure.

3. In relation to the concept of "Euro-national" parliamentary procedures, see A. Manzella, N. Lupo (eds.), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014, *passim*; N. Lupo, G. Piccirilli (eds.), *The Italian Parliament in the European Union*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017, esp. Part III.

4. *Act concerning the election of the representatives of the Assembly by direct universal suffrage*, Annexed to Decision 76/787/ECSC, EEC, Euratom of the Council of 20 September 1976.

The efforts made by the EP to enhance the uniformity of electoral rules for its elections, and to overcome the second-order character of European elections, culminated in the amendment of Article 138(3) of the EC Treaty by the intergovernmental conference that drafted the Amsterdam Treaty, signed in 1997. The amendment opened the door to a softer approach than the uniform electoral procedure, entrusting the European Parliament with the possibility of drawing up (and for the Council, the possibility of establishing) some of the provisions necessary for the EP elections in accordance with "principles common to all Member States"[5]. The first significant dent in the national legislative monopoly on EP electoral system came in 2002, when the Council's decision to amend the Direct Election Act[6] marked a shift from national to EU law as to the regulation of the procedure for the EP elections. The major shift regarded the introduction at the EU level of the proportional representation formula as the basis for the EP elections: such a choice, far from being merely technical, confirmed instead that "electoral procedures are all but institutionally and politically neutral"[7].

The entry into force of the Lisbon Treaty in 2009 sewed up the current regulation of the procedure to be followed in order to enact any reform of European electoral system. The current wording of art. 223 TFEU leaves the door open to a uniform procedure in all Member States, while maintaining at the same time a softer harmonisation of the rules governing European parliamentary elections ("or in accordance with principles common to all Member States"). Indeed, it requires unanimity in the Council – which is quite hard to achieve in cases like those dealing with electoral issues – thereby testifying to the prevalent intergovernmental approach regulating the electoral matter at the EU level. Unanimity gives each Member State a substantive veto power in this field, making it quite hard to bring about any attempt of further harmonisation of the electoral rules at the EU level.

The 2002 amendment of the Direct Election Act represented a major step forward in the direction of the "Europeanisation" of EP electoral system, as the Council's choice in favour of a "soft harmonisation" technique strengthened the principle of representative democracy at the EU level.

5. Soon after the signature of the Amsterdam Treaty, the EP adopted a report dealing with some proposals of common principles for European elections. See the Anastassopoulos Report, adopted on 15 July 1998.
6. Decision 2002/772/EC, Euratom of the Council of 25 June and 23 September 2002.
7. L. Massicotte, A. Blais and A. Yoshinaka, *Establishing the rules of the game. Electoral laws in democracies*, University of Toronto Press, 2004, p. 18 ff.

However, many issues were left to the domain of national rules[8]. To a large extent, the amendment did not challenge the entrenched and widespread notion that the regulation of electoral procedures is basically a matter for national legislation. Member States were free to set a voluntary minimum threshold for the allocation of seats, provided that it did not exceed 5 per cent of the votes cast at the national level[9]. The possibility for Member States to establish an electoral threshold corresponded with a widespread legal tradition that was (and still is) common to a significant number of them, though differently translated in legal terms.

As at today, 15 of the 28 EU Member States have introduced an electoral threshold[10]. Among them, ten Member States apply a 5 % threshold (France, Belgium, Romania, Hungary, Slovenia, Latvia, Lithuania, the Czech Republic, Poland and Croatia); three Member States a 4 % threshold (Austria, Italy and Sweden); and two Member States apply lower thresholds (3 % in Greece and 1.8 % in Cyprus). The need for a stronger harmonisation of electoral systems, with particular reference to the regulation of electoral thresholds, resulted in a number of EP own-initiative reports. A report drafted in 2011 by a member of the Parliament's Committee on Constitutional Affairs, Andrew Duff (ALDE, UK), called for a Treaty revision in order to introduce a pan-European constituency to elect some of the MEPs. However, it was considered by a majority of MEPs to be too "federalist" in its approach. A second report adopted in 2013 put such an ambitious project to one side, limiting its scope to practical arrangements for the European elections in 2014[11].

Another report was published by the Committee on Constitutional Affairs at the beginning of the 8th parliamentary term, containing proposals for amending the DEA with the aim of strengthening the impact of EU law on the system of rules governing the European elections, and of

8. On this matter, see E.M. Poptcheva, *Reform of European electoral law*, European Parliamentary Research Service, PE 569.025, Brussels, European Parliament, October 2015; W. Lehmann, *The European elections: EU legislation, national provisions and civic participation*, European Parliament Policy Department C Citizens' rights and constitutional affairs, PE 493.047, Brussels, European Parliament, 2014.

9. Art. 3 Direct Elections Act, as amended in 2002.

10. See M. Nogaj and E.M. Poptcheva, *The Reform of the Electoral Law of the European Union*, European Added Value Assessment accompanying the legislative own-initiative Report, in-depth analysis, European Parliamentary Research Service, European Added Value Unit, PE 558.775, Brussels, European Parliament, September 2015.

11. *Report on improving the practical arrangements for the holding of the European elections in 2014* (2013/2102(INI)), Committee on Constitutional Affairs, Rapporteur: A. Duff, 12 June 2013, PE 508.212. This own-initiative report is particularly well-known for having outlined the framework for the *Spitzenkandidaten* procedure, that is to say, the nomination of each European political party's candidate for the Commission presidency well in advance of the election, with a view to boosting the visibility of the European political parties and candidates.

enhancing the supranational feature of European representative democracy[12]. The report proposed the introduction of an obligatory threshold (from 3 % to 5 %) for the allocation of seats in single-constituency States and in regional constituencies allocating more than 26 seats, with the aim to avoid further fragmentation of the EP and boost the construction of a transnational European political system.

The considerations expressed in this report were finally enshrined in the Council's decision of July 2018, which unanimously amended the DEA[13]. As to the regulation of thresholds, the Council Decision (art. 1(2)) replaced art. 3 DEA, introducing a requirement for those Member States using the list system to set a minimum threshold ranging from 2 % to 5 % of the valid votes cast in the constituencies which comprise more than 35 seats or in the case of single-constituency Member States[14]. Such a measure entails the obligation for the largest Member States, whose national legislation does not currently provide for any threshold for European elections (such as Germany and Spain), to comply with the new provisions no later than in time for the EP elections which will take place in 2024 (art. 3(3) DEA).

According to art. 2 of the Decision however, its entry into force is subject to approval by the Member States in accordance with their respective constitutional requirements. It is to be expected that the enactment of an ordinary legislative act will suffice for most of them, as electoral thresholds do not generally enjoy a constitutional rank in national legal orders. Nevertheless, the theoretical and practical endurance of this assumption could be questioned with reference to Germany, especially in light of the unconstitutionality of the 5 % and the 3 % thresholds declared by the Federal Constitutional Court in 2011 and 2014, respectively.

The current state of EU rules on electoral thresholds, while on the one hand testifying to a gradual shift from the predominance of national (constitutional and, more frequently, statutory) legislation to an increasing role for EU law, on the other hand continues to demonstrate some ambiguity as to its capacity to strengthen the supranational character of European representative democracy.

12. D. Hubner and J. Leinen, *Draft report on a proposal for amendment of the Act of 20 September 1976 concerning the election of the Members of the European Parliament by direct universal suffrage*, 2015/2035, November 2015.
13. Council Decision (EU, Euratom) 2018/994 of 13 July 2018, amending the Act concerning the election of the members of the European Parliament by direct universal suffrage, annexed to the Council Decision 76/787/ECSC, EEC, Euratom of 20 September 1976.
14. It must be noted that most of the Member States are arranged in single constituencies. Only five of them (Belgium, France, Ireland, Italy and the United Kingdom) have divided their territory into a number of regional constituencies.

2. The case-law of constitutional courts on national thresholds for the EP elections and the underlying different interpretations of the nature and role of the European Parliament

The German *Bundesverfassungsgericht* (Federal Constitutional Court – FCC), the Czech *Ústavní Soud* (Constitutional Court) and the Italian *Corte costituzionale* (Constitutional Court) were repeatedly asked, during the course of the last decade and via different procedural channels, to assess the constitutionality of national statutory law provisions setting out thresholds for the EP elections, especially with reference to principles of equal voting and equal opportunities among parties.

On two occasions, the German FCC declared a 5 % and a 3 % threshold to be unconstitutional, and consequently struck down the relevant national law provisions (Judgment of the Second Senate of 9 November 2011 – 2 BvC 4/10 and Judgment of the Second Senate of 26 February 2014 – 2 BvE 2/13), whereas the Czech Court upheld the constitutionality of a 5 % threshold provided for by national legislation (19 May 2015). The Italian Constitutional Court, for its part, twice declared inadmissible, on procedural grounds, previous questions of constitutionality raised by ordinary courts regarding the 4 % threshold established at the national level (judgments no. 271/2010 and 110/2015). In its latest decision, however (no. 239/2018), the Italian Court has finally ruled on the merits of the case, upholding the constitutionality of the threshold and referring expansively to the arguments developed by the Czech and, more critically, by German Constitutional Courts.

The importance of these judgments stems from the opportunity that they presented to the abovementioned constitutional courts to outline a series of legal observations regarding the European constitutional order, the main features of the EP and of the principles of representative democracy established in Title II of the Treaty on the European Union (Arts. 9 to 12). They also show, in practice, how the EU 'composite' constitution functions and the role that national constitutional courts play in interpreting the national rules that form part of the Euro-national procedure for the election of the EP.

3. "*Errare humanum est, perseverare autem diabolicum*". The 'double unconstitutionality' of the 5 % and the 3 % thresholds for the EP elections in Germany

In two decisions published in 2011 and 2014, the FCC held that law provisions containing 5 % and 3 % electoral thresholds respectively were inconsistent with the German Basic Law. The ground for declaration of their unconstitutionality was the unreasonable and unjustified violation of the principles of electoral equality and equal opportunities for political parties. In order to understand the reasoning on which these two rulings are based, they must be framed within the context of the judicial activism of the FCC on European integration matters[15].

These two rulings, indeed, can only be fully understood when examined in light of the most relevant statements enshrined in the FCC's "European case-law", that has always revolved around two main pillars. On the one hand, the existence of a constitutional mandate binds the German constitutional bodies to be engaged in the process of European integration in order to contribute to the realization of a united Europe, pursuant to the principles of openness of the national constitutional order toward European law (so-called *Europarechtsfreundlichkeit*). On the other hand, constitutional restraints to the transfer of sovereign powers to the EU by ordinary legislation must be taken into account, and it is for the FCC to review ordinary legislation providing for such transfers on the basis of three constitutional tests, namely the fundamental rights review, the *ultra vires* review and the identity review[16].

In the two decisions concerned, the FCC seized the opportunity to further develop its legal doctrine on the role of the EP in the institutional framework of the EU, even beyond the abstract examination of its powers and functions as set out in the Treaties. The two judgments represented the ideal occasion for the Court to state its view on some general, theoretical questions related to electoral law, such as the balance between

15. For a thorough analysis of the two rulings, see G. Delledonne, *Il* Bundesverfassungsgericht*, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5 %: un (altro) ritorno del Sonderweg?*, Rivista AIC, 1, 2012, and B. Michel, "Thresholds for the European Parliament Elections in Germany Declared Unconstitutional Twice", *European Constitutional Law Review*, 12: 133-147, 2016, who provide an overview of the most accurate commentary and papers on the German FCT case law regarding electoral thresholds.

16. On this topic, see R. Streinz, "The Role of the German Federal Constitutional Court. Law and Politics", *Ritsumeikan Law Review*, no. 31, 2014, p. 95-118; Id., *Das Grundgesetz: Europafreundlichkeit und Europafestigkeit. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, Zeitschrift für Politik, 2009, p. 467 ff.

the "nature of elections as an integrative process in the will-formation of the people"[17] and the nature of electoral thresholds as tools designed to avoid the "impairment of the representative body's capacity to function"[18].

The 2011 case was commenced by a complaint before the FCC against a decision of the Bundestag regarding two electoral complaints (*Wahlprüfungsbeschwerden*) raised with respect to the results of the 2009 European elections, which argued that art. 2(7) of the *Europawahlgesetz*, that had introduced the 5 % threshold, violated the principle of equality of votes. The Court, acting on the basis of its previous case law, did not limit itself to assessing the lawfulness of the election result, but also reviewed the constitutionality of the law concerned in light of the Basic Law and constitutional principles on the electoral matter[19].

The review carried out by the Court took on the contours of a proportionality test. It was aimed at verifying, firstly, whether the provision of an electoral threshold barring parties with less than 5 % of valid votes cast at the European elections to gain seats in the European Parliament was necessary to safeguard the proper functioning of the Institution and the parliamentary process and, secondly, if so, whether and to what extent the limitation of the principles of electoral equality and equal opportunities for parties would be proportionate to the goal pursued by the national legislator.

The Court held that in the context of proportional electoral systems – to which category the system for the election of the European Parliament belongs – the principle of electoral equality entails not only the constitutional requirement to respect the "equal counting value" (so-called *Zählwert*), but also the "equal success value" (so-called *Erfolgswert*), meaning that each vote must have the same influence on the final composition of the European Parliament[20]. This principle flows from the general principle of equality enshrined in art. 3(1) of the Basic Law, as does the principle of equal opportunities for political parties. The potential for introducing restrictions to electoral equality and equal opportunities for parties is scant. Hence, restricting measures like thresholds are justified from a constitutional viewpoint only provided that they are necessary for pursuing an aim capable of outweighing electoral equality. However, the proportionality test must not be carried out *in abstracto*, but rather in a strict way, paying due attention to significant changes in factual circumstances

17. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 9 November 2011 – 2 BvC 4/10, par. 88.
18. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 9 November 2011 – 2 BvC 4/10, par. 92.
19. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 9 November 2011 – 2 BvC 4/10, par. 76.
20. Such a distinction is entrenched in the previous case-law of the Federal Constitutional Court, dating back to BVerfG 1, 208, 5 April 1952, 2 BvH 1/52.

and evidence that could influence the outcome of the constitutional scrutiny of the threshold and legally justify the provision[21].

As for the "European doctrine", the judges of Karlsruhe made it clear that the constitutional requirement for the equality of votes was not hindered by the "degressive proportional" apportionment of seats provided for by art. 14(2) TEU, since the EP is a parliamentary assembly "representative of the contracting peoples"[22]. The reference to the *Lissabon Urteil* and the underlying doctrine on representative democracy, sovereignty, people and parliament was clear[23].

In light of the noted constitutional parameters, the 5 % threshold was found to be unconstitutional due to the violation of the principles of equal voting and equality among political parties. In order to understand the reasons for this decision, the latter must be read in light of the role that the provision regarding electoral thresholds has played within the history of Germany's constitutional democratic history.

The existence of a legal threshold for gaining seats in representative assemblies has been a core feature of German electoral history since the first democratic elections of the *Bundestag* held in 1949. Since its incorporation in the *Bundeswahlgesetz* of 1956, the 5 % *Sperrklausel*, which aimed to prevent smaller political parties from participating in the allocation of seats in the *Bundestag*, has gradually become a typical feature of the German *Kanzlerdemokratie*[24]. The constitutional lawfulness of the 5 % threshold has repeatedly been assessed by the FCC which has enunciated three fundamental justifications for such a limitation on voting equality and equal opportunities for parties: firstly, the threshold's contribution to the stability of the federal government; secondly, the safeguard of the nature of elections as an integrative process in the will-formation of the

21. As the Court argued, in proportional representation, "the compatibility of a threshold with the principle of equality of vote and equal opportunities for political parties cannot be assessed once and for all abstractly". BVerfG, Judgment of the Second Senate of 9 November 2011 – 2 BvC 4/10, par. 90.

22. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 9 November 2011 – 2 BvC 4/10, par. 81.

23. See BVerfG 123, 267, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 – 2 BvE 2/08. The literature addressing this milestone of the FCC's case law on the European Union and the process of European integration is huge.

24. This observation is developed by G. Delledonne, *Il* Bundesverfassungsgericht*, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5 %*, *op. cit.,* p. 4. See also S. Ortino, *Riforme elettorali in Germania*, Firenze, Valsecchi, 1970; D. Schefold, *Sistema elettorale e forma di governo in Germania*, in M. Luciani, M. Volpi (eds.), *Riforme elettorali*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 332 ff.

people; and thirdly, the integrity of the electoral system[25]. The issue at stake, then, was to verify whether and to what extent such arguments could also be useful to infer from the nature of the EP and the features of the EU institutional framework a principle or a circumstance capable of counterbalancing the constitutional parameters concerned.

On the basis of the aforementioned standards, the Court held that the factual circumstances relating to the dynamics of the EP's parliamentary procedures at that time, as well as the legal circumstances existing at the 2009 European elections, did not provide sufficient justification for the serious infringement of the principles of equal voting and equal opportunities of the political parties stemming from the 5 % electoral threshold.

According to this first judgment, then, the assumption that the functioning of the EP would be impaired in the event of abolition of such a barrier clause was not based upon an adequate analysis of the patterns of parliamentary practice within the EP. Indeed, the Court pointed out that, without the threshold, the number of political parties sitting in the EP at that time would have increased from 162 to 169, a circumstance that did not entail a significant impairment of the body's functioning. The Court also rejected the arguments that the entry of an uncertain and unpredictable number of small parties from Member States would have endangered the achievement of majorities, especially when the Treaties require qualified majorities; even though additional efforts were to take place, the development of parliamentary practice has demonstrated the capability of the political groups acting within the EP to adapt to changing circumstances[26].

25. See, among the several rulings of the FCT on the 5 % *Sperrklausel*: BVerfG 1, 208, 5 April 1952, 2 BvH 1/52; BVerfG 6, 32, 16 January 1957 – 1 BvR 253/56; BVerfG, 120, 82, 13 February 2008 – 2 BvK 1/07; BVerfG 51, 222, 22 May 1979 – 2 BvR 193, 197/79. In the last judgment mentioned, the FCT had upheld the constitutionality of the 5 % threshold provided for by the *Europawahlgesetz* 1978, relying on the relevant powers attributed to the European Parliament, the high level of political fragmentation within the supranational assembly and the need not to differentiate too much between the European electoral system and the federal one. On the FCC case law regarding electoral thresholds, see C. Schönberger, *Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament*, Juristenzeitung, 2012, p. 80 ff.; B. Michel, *Thresholds for the European Parliament Elections in Germany Declared Unconstitutional Twice*, *op. cit.,* pp. 135-136.

26. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 9 November 2011 – 2 BvC 4/10, par. 116. The Court emphasised that this tendency of the assembly to adapt its procedures and its practice to changes in political circumstances "is demonstrated, in particular, by the evolution of the European Parliament, which, due to increasing legislative competences, has progressively evolved from a debating parliament (1979) towards being a working parliament with a sophisticated committee structure and professional, ultimately coherent activity within parliamentary groups".

Lastly, the FCC observed that the need to avoid excessive political fragmentation in order to ensure the stability of the parliamentary majority supporting the government was not to be deemed applicable to the relationship between the European Parliament and the Commission, for two main reasons. First, the EP must vote the Commission into office (art. 17(7) and (8) TEU), but after that, the functioning of the Commission and the implementation of its legislative programme do not depend upon the continuous support of an unchanging majority, as the EP does not elect a Union government whose stability would depend upon the support of a stable parliamentary majority[27]. Secondly, neither the ordinary legislative procedure nor acts adopted under a special procedure require a stable majority of specific political groups facing a stable political opposition[28].

Following the declaration of unconstitutionality of the 5 % threshold, the Bundestag passed a new bill amending the *Europawahlgesetz* in 2013, introducing a 3 % electoral threshold for the EP elections[29]. Many experts and academics, whose views were considered by the Bundestag during the legislative investigation carried out by the Committee for Internal Affairs, had glimpsed in the new proposal the prelude to a new ruling of unconstitutionality. In their view, such a determination would likely be based on the fact that the Court had struck down the 5 % threshold not because it was too high, but because the provision was deemed to be an unjustified and unreasonable infringement of the principles of equal voting and equality of opportunities for parties.

The occasion for filing an issue of constitutionality regarding the new threshold arrived soon after its entry into force. This time, however, the provision was brought before the FCC without waiting for the following European election. While a group of voters filed a constitutional complaint against the Bundestag along the same lines as those who had issued the complaint that had led to the 2011 decision, smaller parties filed the subsequent *Organstreit* proceedings.

The Court rejected the Bundestag's opinion that the constitutional review of the threshold clause would be restricted by binding requirements provided for by European law: quite the opposite, it held that the DEA only provided a legal framework for the adoption of national electoral law, subject to the constitutional obligations of each Member State. Consequently, as Member States "may" – and not "shall" – set a minimum

27. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 9 November 2011 – 2 BvC 4/10, pars. 118-119.
28. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 9 November 2011 – 2 BvC 4/10, par. 120-123.
29. Art. 1 sub 2. d) Fifth Act amending the European Elections Act of 7 October 2013 (Federal Law Gazette, *Bundesgesetzblatt* – BGBl. I p. 3749).

threshold, the Court rejected the request, made by some plaintiffs, to issue a reference to the Court of Justice of the European Union under art. 267 TFEU[30].

The FCC claimed that, since the 3 % threshold clause resulted in unequal weighting of votes, and in an interference with the right to equal opportunities of political parties, it was in need of a justification. However, neither the hearing of the experts before the Committee on Internal Affairs of the *Bundestag* nor the proceedings had brought to light any aspects of, or changes to, factual or legal circumstances capable of persuading the Court to depart from its established jurisprudence. Hence, it found the 3 % threshold to be incompatible with the principles of electoral equality and equal opportunities for political parties, since no significant change in the factual and legal circumstances related to the European Parliament had occurred in the interim.

In any event, the Court argued that the clause could not be justified by the mere possibility of future political and institutional developments in the functioning of the European Parliament. Here, the Court made clear reference to the development initiated by the EP's resolution of 22 November 2012 concerning the election of the Commission President from among a group of candidates nominated by the European parties before the 2014 elections, who were expected to play a leading role in the electoral campaign (a prelude to the so-called *Spitzenkandidaten* procedure). In the German legislator's view, this represented an unforeseeable change at the time of the 2011 decision that could entail a major politicisation of the European Parliament.

In the Court's view, however, the development resulting from the introduction of the *Spitzenkandidaten* procedure was still at a very early stage. The assumption that, without the 3 % threshold, the EP's functioning would have been impaired – with the consequent infringement of the national institutions' responsibility for contributing to the European integration – was, in the Court's view, lacking either a factual or a legal basis[31].

On the basis of these arguments, then, the Court struck down an electoral threshold for the EP elections provided by the Federal legislature for the second time, arguing that the "quantitative" argument, based on the assumption that the 3 % per cent threshold interfered with the con-

30. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 26 February 2014 – 2 BvE 2/13, par. 44.
31. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 26 February 2014 – 2 BvE 2/13, par. 72.

stitutional parameters concerned less than the 5 % one, was not in itself sufficient to uphold the constitutionality of the threshold[32].

4. The Czech Constitutional Court's ruling on the 5 % threshold in 2015

Soon after the 2014 European Parliament elections in the Czech Republic, two candidates who did not manage to gain a seat in the supranational assembly, due to the 5 % electoral threshold provided by national legislation, applied to the Supreme Administrative Court[33] to annul the election of the two candidates who were elected to the EP with the fewest votes. Additionally, the two applicants challenged the provision of the Czech EP Election Act that established the 5 % threshold, alleging the violation of the principles of free competition of political parties, voting equality and equal access of citizens to elected functions.

On the basis of the results of the 2014 European elections, the Czech Supreme Administrative Court held that the 5 % threshold had resulted in almost 20 % of all votes not bearing any weight in determining the allocation of seats among Czech parties. Hence, the Court decided in June 2014 to refer the question of constitutionality of the threshold to the Czech Constitutional Court, asking the latter to annul the provision on the basis of its violation of the mentioned constitutional principles.

As in the case of the German threshold, the Czech Court had to decide on the constitutionality of the threshold taking into account its previous case law on this matter. Indeed, the Court had already ruled on this issue in the past, with specific reference to the constitutionality of thresholds for the election of the lower chamber of the Parliament and municipal elections. The Czech Court's case law shared the German Court's view regarding the existence of a twofold dimension of electoral equality: the principle of "*equal voting rights*" and that of "*equal voting power*". The first refers to the number of votes each voter has, which cannot be restricted; the second deals with the weight of each vote in relation to the number of mandates achieved, which, subject to certain conditions, allows for some restrictions insofar as these aim to pursue constitutional values.

32. As the Court noted, "a seat in the European Parliament can be won with as little as about one percent of the votes cast and, therefore, the threshold clause has practical effects". BVerfG, Judgment of the Second Senate of 26 February 2014 – 2 BvE 2/13, par. 83. See also the dissenting opinion of Justice Müller, who blamed the majority of the Second Senate for having placed overly onerous demands on establishing an impairment of the EP's ability to function, thus severely interfering with the legislature's discretion and replacing the latter's reasonable decision with its own reasonable decision.
33. The Czech judicial authority entrusted with the jurisdiction on electoral complaints.

The Czech Court diverged, however, from the German Court's patterns of reasoning as to the depth and the intensity of the assessment of the reasonableness and proportionality of the electoral threshold. While the German Court claimed that the constitutionality of a legal threshold that restricts equal voting and equality of opportunities for parties had to be assessed on an empirical and factual basis – whereby the impairment of these constitutional principles was only justified in the case of an existing or foreseeable threat to the proper functioning of the EP – the Czech Court held that the evaluation of the abstract ability of a parliamentary assembly to function properly in its decision-making process is sufficient to justify the limitation of the equal voting principle.

Such an alternative approach implied a different doctrine regarding the constitutional review of electoral thresholds: while the German Court argued that it had the competence to assess and scrutinise to a very large extent the solidity of the factual framework underpinning the legislature's decision, in the Czech Court's view the assessment must be made *in abstracto*, in the sense that neither legislature is bound to prove that there is a foreseeable risk of impairment of the Parliament's proper functioning, nor is it a task for the Court to discharge[34].

Another ground for divergence lays in the courts' choice of parameters. Unlike the German Court – according to which the question of constitutionality of the threshold had to be decided on the sole basis of federal constitutional law – the Czech Court came to a more European-friendly conclusion. On one hand, the Court agreed upon the fact that the lawfulness of the threshold is to be decided according to national constitutional law, while on the other hand it pointed out that, as the EP Election Act is aimed at implementing EU law, its constitutional review entailed a reference to the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU), since the Election Act is an "application" of EU law under art. 51(1) of the Charter. The Court notably made reference to the right of EU citizens to vote for and stand as candidates in elections to the EP (art. 39 CFREU), which directly applies, in order to distinguish it from principles, like the role of political parties in contributing at the EU level to the expression of the citizens' will (art. 12(2) CFREU and art. 10(4) TEU), that are primarily intended for legislative and executive bodies of the EU and Member States[35].

34. Nevertheless, the Czech Court also claimed in its previous case-law that the equal voting principle cannot be hindered beyond a certain extent, arguing that, for example, a 10 % legal threshold would entail an intolerable restriction of the principle in question, to the extent that it would be declared unconstitutional were it subject to judicial review.
35. Czech Constitutional Court, 19 May 2015, Pl. úS 14/14, par. 47.

The most significant point of divergence from the German Court's reasoning, however, concerns the nature and the role of the European Parliament within the EU institutional framework and the notion of European representative democracy. The Czech Court, despite recognizing the existence of differences between the EP and national parliaments in European liberal democracies, considered the EP to be a *real* parliament for the purposes of the constitutionality of the legal threshold established by national legislation[36]. Moreover, it maintained that the EP enjoys a crucial role in shaping representative democracy at the supranational level, thereby guaranteeing the EU's democratic legitimacy. Consequently, the EP elections must be taken seriously. The fact that only a small quota of all MEPs are elected from the Czech Republic does not allow the latter to act as a "free loader" of the European integration. On the contrary, the Court stressed the constitutional relevance of the principle of loyalty to the EU[37], which does not permit the State to unilaterally act in a way that would threaten stability and proper functioning of EU Institutions.

As some scholars have argued[38], although the Czech Court shared with the German FCC the same framework of analysis – acknowledging the restrictive effects of thresholds on equal voting power and the need for a proportionality test – it nevertheless challenged the German FCC by rejecting both the latter's traditional view of democracy and representation[39] and its attitude towards European integration, based on the decisive responsibility placed on the national parliament and on its diminished view of the democratic role of the EP. Conversely, it demonstrated a more Euro-friendly approach and greater openness towards the functioning of the EU institutional framework. The Czech Court made it clear that the EU ought not to be assessed from a strict national-based democratic perspective; therefore, principles related to voting rights might be interpreted in a less strict way.

36. Czech Constitutional Court, 19 May 2015, Pl. úS 14/14, par. 70-75.
37. This principle refers to the one of loyal cooperation laid down in the Treaty on the European Union, according to which MS "*shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union*" (art. 4, par. 3, TEU). On the loyalty principle in the EU, see M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, OUP, Oxford, 2014.
38. On the different attitudes emerging from the Czech and the German Courts' reasonings and rulings, see H. Smekal, L. Vyhnánek, "Equal voting power under scrutiny: Czech Constitutional Court on the 5 % threshold in the 2014 European Parliament Elections", *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, p. 148-163.
39. According to which the concept of democracy implies the existence of a *demos*, while the notion of representation requires not only the equality of voting rights, but also the equality of the weight of each vote.

Therefore, the Court held that the 5 % threshold did not threaten the democratic substance of the elections governed by the principle of proportional representation. Likewise, it violated neither the voting equality nor equal opportunities for parties; indeed, the Court affirmed that the threshold contributes to an efficient functioning of parliamentary process and to the stability of the institutional framework of the EU, thereby enhancing the development of European representative democracy.

5. The case law of the Italian Constitutional Court: from procedural inadmissibility to substantive rejection of the questions of constitutionality regarding the 4 % electoral threshold

The Italian Constitutional Court has been called upon many times, during the last decade, to determine the constitutionality of the 4 % threshold established by Law no. 18/1979, as amended by Law no. 10/2009, which regulates the election of the MEPs attributed to Italy. In the first two cases, the Court declared inadmissible both the questions of constitutionality raised by the Administrative Tribunal for the Region Lazio and the Civil Tribunal of Venice, respectively.

While in its first ruling (judgment no. 271/2010) the Court declared the question inadmissible on the grounds that it was contradictory and aimed at requesting the Court to deliver an *additive* judgment[40] on a matter (electoral thresholds) that was not constrained by any constitutional obligation, in the second judgment (no. 110/2015) the Court declared the question of constitutionality of the 4 % threshold inadmissible on procedural grounds.

The Court departed from its previous – yet very close in time – judgment on national electoral law (no. 1/2014), in which the Court had struck down some provisions of the law for the election of the two Cham-

40. An additive judgment is a particular kind of adjudication technique, not expressly provided for by either constitutional or legislative provisions, but instead developed by the Constitutional Court itself in its jurisprudence, according to which the Court, instead of a simple declaration of unconstitutionality, may declare the challenged legal provision unconstitutional on the ground that it provides for one thing instead of another. The rationale for this technique is to avoid legal vacuums in certain matters that could result in a situation of even more serious unconstitutionality. See V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia and A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, OUP, New York, 2016, p. 82 ff.; and I. Spigno, *"Additive Judgments": A Way to Make the Invisible Content of the Italian Constitution Visible*, in R. Dixon, A. Stone (eds.), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, CUP, Cambridge, 2018, pp. 457-481.

bers of Parliament. Notwithstanding the commonalities between the two cases – above all, the fact that in both cases the legislative provisions challenged dealt with alleged distortions of the right to vote and of the principles of representation and people sovereignty – the Court, following a different path of reasoning, argued that no "free zone" (*zona franca*) existed at this time for constitutional justice to fill[41]. Indeed, unlike the case of national electoral legislation, in the case of the EP elections a judge existed – namely, an administrative judge – who was competent to adjudicate on controversies, whereas the judge who had issued the question of constitutionality in the case concerned was from a civil court of first instance.

Therefore, the inadmissibility of the question derived from the circumstance that, in light of the existence of a judge competent to determine complaints regarding European elections, the decision to apply to a civil tribunal by means of a declaratory action was a procedural stratagem to circumvent the absence, in the Italian legal order, of a direct constitutional complaint to the Constitutional Court for alleged violations of fundamental rights, such as the right to vote.

In its subsequent judgment no. 239/2018[42], the Constitutional Court decided on the merits of the question of constitutionality of the 4 % threshold, raised by the Italian Council of State (*i.e.*, the supreme administrative court) in relation to Articles 1(2), 3 and 48(2) of the Italian Constitution[43]. The question was raised in the course of an appeal proceeding against the decision of the administrative tribunal for the Region Lazio that had rejected the application for the annulment of the electoral

41. A broad and thorough analysis of Decision no. 110/2015 and of the reasons that led the Court to step back from Decision no. 1/2014 is carried out by G. Piccirilli, "Maintaining a 4 % Electoral Threshold for European Elections, in order to clarify access to constitutional justice in electoral matters", *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, pp. 164-176; In relation to the decision, see also, among many Italian scholars, the critical arguments by F. Sorrentino, *La Corte e i suoi precedenti:* overruling *o continuità?*, Giurisprudenza costituzionale, 2015, p. 886 ff.; S. Lieto, P. Pasquino, *Porte che si aprono e che si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015*, Forum di Quaderni costituzionali, 2015.

42. See, on this judgments and its implications for the Court's doctrine on both electoral law and the European integration process, G. Tarli Barbieri, *Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale*, Giur. cost., 1, 2019, p. 20 ff.; M. Rubechi, *Le modalità di elezione dei membri del Parlamento europeo, tra normative nazionali e profili eurounionali*, Federalismi.it, 11, 2019; G. Delledonne, "A goal that applies to the European Parliament no differently from how it applies to national parliaments': The Italian Constitutional Court vindicates the 4 per cent threshold for European elections", *European Constitutional Law Review*, 2, 2019, pp. 376-389; L. Di Stefano, *La soglia di sbarramento della legge elettorale italiana per il Parlamento europeo all'esame della Corte costituzionale (Nota a Corte cost., sent. n. 239/2018)*, Rivista AIC, 3, 2019.

43. Concerning the principle of the sovereignty of the people, the principle of formal equality and the principle of equality of voting rights, respectively.

results filed by a number of candidates for the EP elections in 2014, who did not gain a seat due to the fact that their party list (*Fratelli d'Italia*) had not reached the threshold.

This ruling is particularly interesting, especially in light of the Court's most recent case law, for at least two reasons. The first is that the remarkable judicial activism of the Court on electoral matters had not ceased since Decision no. 110/2015, as in 2017, with its Decision no. 35, the Court had once again declared unconstitutional national legislation for parliamentary elections (law no. 52/2015) as a result of proportionality and reasonableness scrutiny, based on the same parameters as those triggered in decision no. 1/2014. The second reason relates to the fact that, within the same timeframe and prior to the judgment concerned, the Italian Constitutional Court had raised two preliminary rulings before the Court of Justice of the EU pursuant to art. 267 TFEU in the context of *incidenter* proceedings, overruling its previous jurisprudence and thereby demonstrating a greater openness to both dialogic and dialectic confrontation with the Court of Justice of the EU[44].

Two matters deserve particular attention since the Court departed from both of them. On one hand, the outcome of the proportionality and reasonableness scrutiny – based more or less on the same parameters as those of Decisions no. 1/2014 and 35/2017 – was in fact the opposite, as the Court rejected all the claims of unconstitutionality raised by the Council of State. On the other hand, the Court dismissed the request to issue a preliminary reference to the Court of Justice of the EU, thus implicitly maintaining that, at least until the adoption of binding EU provisions on electoral thresholds, the question of constitutionality of the threshold set forth by national legislation shall only be a matter of national constitutional law.

The Court's path of reasoning may be traced to reveal its double scrutiny: the first assessment was aimed at verifying the rationale for the provision of electoral thresholds in proportional or mixed systems; while the second scrutiny's scope was to assess the reasonableness and the functioning of the threshold in light of the political scenario in which it is

44. By overruling its previous case law, the Court has gradually recognised that it has the power to issue a preliminary reference before the ECJ, initially only in cases of *direct* proceedings on national or regional legislation filed by the State against a Region or vice versa (Order no. 103/2008), then also during the course of an *incidenter* proceeding (Order no. 207/2013). Another preliminary ruling was issued with Order no. 24/2017 within the framework of the well-known *Taricco* case. Lastly, the third preliminary ruling issued during an *incidenter* proceeding was referred to a case of "double preliminary question" (constitutional and EU) concerning administrative sanctions having a substantially "punitive" nature (Order no. 117/2019).

based, as well as the historical and cultural environment within which the electoral system operates[45].

As for the first, more general, scrutiny, the Court rejected the Council of State's argument that the provision of a threshold clause is constitutionally admissible only when a relationship of confidence between the legislature and the executive is provided for by the Constitution. On the contrary, the Court held that the rationale for an electoral threshold is twofold: firstly, to ensure "governability", that is to say, the necessary stability of the parliamentary majority supporting the executive; and secondly, to avoid fragmentation of political parties within the parliamentary assembly, so as to guarantee the proper functioning of parliamentary procedures. As the Court stated, "the two needs are not overlapping, relating, rather, to different aspects of the functioning of a parliament"[46]: the first one deals with the relationship between the parliament and the government; and the other is aimed at ensuring the efficiency of the decision-making mechanisms of the parliamentary assembly. The distinction drawn by the Court is also important because it makes clear that the principle of fair functioning of the parliamentary assembly can justify a reasonable restriction of the principle of equality of votes. As a matter of fact, the provision of an electoral threshold might contribute to reducing the number of political groups, thereby enhancing the appropriate discharge of parliamentary functions.

With regard to the second proportionality review, the Court maintained that the constitutionality of a threshold clause could not be carried out *in abstracto*, but it was necessary to assess which of the two aforementioned rationales the clause intended to pursue. Moreover, the threshold was also to be assessed in light of the political framework and the factual circumstances within which the clause was enacted and then challenged before the Court. From this perspective, the Court held that, in the case of the 4 % threshold for the EP elections, the Council of State was wrong to have argued that such a measure was unnecessary on the basis of the absence of a relationship of confidence between the EP and the Commission that would be comparable to that provided for by the Italian Constitution. In the Court's view, indeed, the need to ensure the good and fair functioning of the assembly represented *ex se* a value of primary importance that constituted an appropriate basis for the restrained limitation of equal voting.

45. As the Court argued, these factors condition the assessment of the electoral system and of its threshold mechanisms. As a matter of fact, "the evolution of electoral systems is closely related to the historical development in the nature of parliamentary assemblies, thereby raising the problem […] to put in place mechanisms that are capable of ensuring effective and efficient decision-making processes" (Para. 6.2 of the motivation in law).
46. Para. 6.3 of the motivation in law.

Therefore, in theory, the Court had already upheld the threshold as reasonable and proportionate in so far as the pursuit of the value of the good functioning of parliamentary procedures in the European Parliament was at stake. However, the Court went even further, arguing that, alongside the considerations as to the importance of ensuring the efficiency of the parliamentary decision-making processes, it was also necessary to take into account "the undoubted transformation of the form of government of the European Union towards parliamentary government, which has started to occur in recent years"[47]. In the Court's view, such a transformation of the constitutional framework of the EU legal order towards the paradigm of parliamentary government is tightly connected to the entry into force of the Treaty of Lisbon, which further strengthened the powers of the EP with respect to its legislative and budgetary functions, political control over the Commission and, above all, the power to elect the President of the Commission and to approve a motion of censure against the Commission as a whole (art. 17(8) TEU).

The Court qualified the enhancement of the abovementioned powers as "significant indications" of this transformation of the "form of government" of the European Union, arguing that such "enhanced dialectical relationship between the European Parliament and the Commission, which gives rise to the need to promote the formation of a political majority within the assembly"[48], would justify the provision of a reasonable threshold clause in order to avoid the excessive fragmentation of the parties represented within the parliamentary assembly. Indeed, this scenario would jeopardise the formation of a majority and the related interest – enjoying a constitutional status – of the government's stability. Thus, the Court also upheld the constitutionality of the 4 % threshold in light of its function of ensuring the formation of a stable parliamentary majority capable of supporting the European Commission.

The Court also dismissed the arguments raised by the Council of State according to which the threshold was unreasonable due to the different regulations and non-homogeneous thresholds across Member States, which would entail the risk of frustrating the rationalising effect of the threshold set by the Italian legislator. The Court responded by referring to two arguments. First, it considered that if, on one hand, the rationalisation of political parties' presence within the EP can only fully be achieved via the enactment of a uniform electoral procedure, in accordance with art. 223 TFEU, this result may nevertheless be achieved progressively, "in stages which necessarily involve the adoption by the

47. Para. 6.5 of the motivation in law.
48. Para. 6.5 of the motivation in law.

individual Member States of legislation aimed at achieving it"[49]. In this regard, the Court recognised the introduction of an electoral threshold by the Italian legislation as a "necessary (although not sufficient) condition for pursuing the objective"[50]. Second, it argued that the introduction of a threshold clause without uniform electoral procedure at the EU level does not in itself result in an unconstitutional sacrifice of the principle of representation, as national legislation aims to pursue the efficiency of parliamentary procedures and the stability of the European government.

6. Towards a conclusion (on parliamentary "form of government"; the Europeanisation of the "Constitution of powers"; the lack of preliminary reference to the CJEU)

Some tentative of systematic observations may be carried out with respect to the arguments developed by the three Constitutional Courts, with a view to underlining both the differences and the similarities that emerge from their judgments. This is the case not only with respect to the judgments on the constitutionality of the respective thresholds clauses, but also, more generally, in relation to the idea of the European integration process and of the role of the European Parliament within the EU institutional system that the three constitutional courts seem to adhere to.

1) Firstly, as it clearly emerges, the 2018 judgment of the Italian Constitutional Court represents an indirect response to the Czech and (primarily) the German Courts' decisions. Indeed, the Italian Court explicitly departed from the strict proportionality test carried out by the FCC, adopting a decision that is closer, in its final outcome, to that of the Czech Court. Still, the reasoning path followed by the Italian Court was quite peculiar.

While the Czech Court based its rejection of the question of constitutionality of the threshold primarily on the loyalty principle, which binds State action to ensure the proper fulfilment of the EU obligations, and on the qualification of the EP as a *real* parliament, the arguments developed by the Italian Court were grounded on the need to ensure

49. Para. 6.6 of the motivation in law.

50. Para. 6.6 of the motivation in law. The Court also made reference to the contents of the newly adopted Council Decision 2018/994/EU amending the Direct Elections Act, observing that the objective of a more uniform electoral procedure continues to be pursued by the European Institutions. A critical view of this argument developed by the Court has been carried out by G. Piccirilli, *Attuazione dei "principi comuni" e presunzioni di risultato nel giudizio sulla clausola di sbarramento per le elezioni europee in Italia*"Studium Iuris", 2019, n. 12, pp. 1430-1437.

the proper functioning of the parliamentary decision-making process and to guarantee a higher degree of stability to the majority supporting the Commission.

However, the elaboration of the latter argument may be deemed, at the same time, to be either the key strength or the Achilles' heel of the entire Court's reasoning, depending on the relevant viewpoint. This apparently contradictory outcome flows from the use of the expression "form of government" ("*forma di governo*") with respect to the organization of the institutional framework of the Union, and from the identification of its "undoubted transformation towards parliamentary government". Indeed, this (not only linguistic or methodological) choice made by the Constitutional Court opens the door to two main questions.

The first question deals with the fact that the expression "*forma di governo*" is intensively, although almost exclusively, used by Italian constitutional law scholars to indicate the way in which the State's functions, and particularly the function of political direction ("indirizzo politico"), are distributed and organized amongst the constitutional bodies of the State[51]. On the one hand, therefore, it is very hard for a non-Italian academic or judge to understand the theoretical framework in which this notion has developed, as well as its practical implications. The English expression *form of government*, for its part, generally does not bear the same meaning. Rather, the meaning sometimes attributed to it is closer to the Italian expression "*forma di Stato*" (which normally identifies how the traditional constitutive elements of the State, sovereignty, people and territory, are combined, also with reference to the general aims of State activity)[52]. On the other hand, it can be observed that the complex of traditional legal notions developed within the historical tangles of statehood has been going through a phase of major constitutional transformations linked, among other things, to globalisation and processes of supranational integration like the one enshrined in the European Union. In this scenario, mutual exchange and circulation of legal concepts and terms between constitutional scholars, and constitutional courts, throughout EU Member States has continuously increased with respect to a high great variety of subject matters. Hence, the exportation of the notion of "*forma di governo*" beyond the geographical and legal boundaries of the Italian constitutional order might be seen as an example of virtuous challenge to the theoretical *repertoire* of constitutional law and European Union law academics from other Member States, in order to describe and retrace the

51. See C. Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, p. 3.

52. On this debate, see, among scholars from the United Kingdom, N. MacCormick, *The Legal Framework: Institutional Normative Order*, in Id., *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 7 ff.

dynamics of the allocation and balance of powers within the EU institutional framework.

The second issue relates to the extent and the limits of the use of this concept – historically developed in the context of a theoretical and historical scenario characterised by the idea of the State as the main institutional framework of reference for constitutional studies and by the myth of State sovereignty – with respect to a legal order like the European Union. The question concerning the adaptability of this notion to the European Union has been a subject of (still unresolved) debate amongst Italian constitutional law scholars over the course of the last two decades[53]. According to some of them, the European Union embodies a peculiar process of supranational integration of States and peoples that, as things stand today, could neither be defined as an international organisation in its classical sense, nor as an example of a federal system, especially since sovereignty still remains today in the hands of Member States, even with respect to those matters as to which competence has been transferred to the European Union. Conversely, another faction of the Italian constitutional law academia deems the extension of this notion's use to the European Union to be admissible by emphasizing the nature of the Union as a constitutional order that is capable of carrying out "fragments of sovereign powers" in the fields falling within its competence[54].

In any case, the evolution of the "form of government" of the European Union still appears to be incomplete, as the ups and downs of the *Spitzenkandidaten* constitutional convention seem to suggest. It is true that the EU institutional system now much more closely resembles a parliamentary government (or in any event a "fusion of powers") system

53. On the Italian constitutional debate on the issue of the "form of government" of the European Union, see, *ex multis*, C. Pinelli, *Ipotesi sulla forma di governo dell'Unione europea*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2, 1989, p. 315 ff.; S. Mangiameli, *La forma di governo europea*, in G. Guzzetta (ed.), *Questioni costituzionali del governo europeo*, Padova, 2003, p. 67 ff.; L. Elia, *Prime osservazioni sulla forma di governo nella Costituzione per l'Europa*, Diritto pubblico, 3, 2003, p. 757 ff.; M. Patrono, *La forma di governo dell'Unione europea: una breve storia*, Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 4, 2003, p. 1763 ff.; G. De Vergottini, *Forma di governo dell'Unione europea*, Roma, 2009, p. 319 ff.; M. Luciani, *Governo (forme di)*, Enciclopedia del diritto. Annali, Milano, 2010, vol. III, p. 538 ff; R. Ibrido, G. Vosa, *"Forma" e "forme" negli assetti di organizzazione costituzionale dell'Unione europea*, Il Filangieri, Napoli, 2014, p. 187 ff.

54. See R. Ibrido, N. Lupo, *"Forma di governo" e "indirizzo politico": la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in R. Ibrido, N. Lupo (eds.), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018, p. 9 ff.

than it did, say, 15 years ago, but it is also true that some elements of a "separation of powers" system seem to persist[55].

2) The second point that can be drawn from the analysis of the relevant Courts' judgments relates to the development of the role of national judges (and, notably, constitutional courts) in coping with the asymmetry that has historically characterised the process of "Europeanisation" of the framework of national constitutional powers when compared with the "Europeanisation" process of the protection of fundamental rights. While for the latter, indeed, a widespread awareness amongst both institutional and academic actors as to the influence of European integration on the "*garantie des droits*" has been developing since the '70s. With respect to the former, conversely, the abovementioned actors have often appeared to be more reluctant to fully recognize the impact of the EU's institutional framework on the matter of the "*séparation des pouvoirs*"[56].

The reasons underlying such an asymmetrical attitude are numerous and could not be adequately explored in so few words. What can be said in light of the comparative analysis of the three Constitutional Courts considered here, regarding their attitudes towards the European Union, however, is that the abovementioned reluctance now seems to be extending to different degrees, depending on the openness of the Court concerned to the transformations that the European Union has provoked in national legal orders as well as in national constitutional law theories and concepts. On one hand, the judgments of the German FCC on the constitutionality of thresholds reiterated the underlying idea that, despite the increasing role played by EU law, EP elections remain primarily an issue of national law, to be dealt with in light of national constitutional parameters; the Czech and the Italian Constitutional Courts, for their part, showed in their rulings a greater awareness of the constitutional transformations to which European integration gives rise in relation to political

55. On the debate among the supporters of the idea that the EU is a parliamentary system, see, in an affirmative sense, A. Manzella, *L'identità costituzionale dell'Unione europea*, Studi in onore di Leopoldo Elia, Giuffrè, Milano, 1999, vol. II, p. 923 ff.; and P. Magnette, *L'Union européenne: un regime semi-parlementaire*, in P. Delwit, J.M. De Waele, P. Magnette (eds.), *A quoi sert le Parlement européen?*, Bruxelles, 1999, p. 25 et s. On the opposite side, S. Fabbrini, *Compound Democracies: Why the United States and Europe Are Becoming Similar*, OUP Oxford, 2010, and M. Goldoni, "Politicising EU Lawmaking? The Spitzenkandidaten Experiment as a Cautionary Tale: Politicising EU Lawmaking*?*", *European Law Journal*, 2016, 3, pp. 279-295.

56. Such a distinction, in fact, stems directly from art. 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen set by France's National Constituent Assembly in 1789. As to what regards Italian constitutional law scholars, it might be useful to refer to the distinction recalled, for instance, by M. Luciani, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, vol. II, p. 497 ff.

and institutional dynamics. As a consequence, the latter Courts perceived to a greater extent the need to trigger a major development of the traditional meaning of national constitutional law terms and notions, as a consequence of the number of ties that bind national constitutional systems to the supranational one and of the constitutional dimension that the latter has increasingly gained thus far.

3) The last point that must be stressed aims to highlight a common feature that emerges from the comparative analysis of the decisions and the reasoning of the three Courts, which deals with the common refusal to issue a preliminary reference to the Court of Justice of the EU. Indeed, underpinning the various reasons for the dismissal of the related request lay an implicit statement of the three Courts' shared belief that the questions concerning the lawfulness of the threshold clauses were exclusively (or, at least, prevalently) a matter for national law. The two main arguments on which the rejections of the requests were based dealt with the absence of any doubts as to the precise meaning of the DEA provisions and with the non-binding nature of the European regulation, enacted in the form of a Council Decision.

However, the *status quo* is very likely to change in the near future, as the obligation introduced by the Council Decision 2018 that amended the DEA, to provide for a threshold of no less than 2 % of votes cast (and no more than 5 %) for those States in which there are constituencies comprising more than 35 seats and for single-constituency Member States, will require Germany to reintroduce a threshold by 2024. In light of the double unconstitutionality of the 5 % and 3 % thresholds declared by the German FCC, it is anticipated that the binding nature of the European provision will likely encourage the Court, in the event that it decides to maintain its own reading of the EU institutional system, to issue a preliminary reference to the Court of Justice with respect to the interpretation and the validity of the 2018 Council Decision. Should this eventuality occur, it could be the occasion for the Court of Luxembourg to have a say (or maybe even the last word) on a matter that seems capable of triggering a potential new conflict between EU law and constitutional principles enshrined in Member States' constitutions.

Bibliography

ARTICLES

G. Delledonne, "Il Bundesverfassungsgericht, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5 %: un (altro) ritorno del Sonderweg?", *Rivista AIC*, 1, 2012.

G. Delledonne, "A goal that applies to the European Parliament no differently from how it applies to national parliaments": The Italian Constitutional Court vindicates the 4 per cent threshold for European elections, *European Constitutional Law Review*, 2, 2019, p. 376-389.

L. Di Stefano, "La soglia di sbarramento della legge elettorale italiana per il Parlamento europeo all'esame della Corte costituzionale (Nota a Corte cost., sent. n. 239/2018)", *Rivista AIC*, 3, 2019.

L. Elia, "Prime osservazioni sulla forma di governo nella Costituzione per l'Europa", *Diritto pubblico*, 3, 2003, p. 757 ff.

R. Ibrido, N. Lupo, "'Forma di governo' e 'indirizzo politico': la loro discussa applicabilità all'Unione europea", in R. Ibrido, N. Lupo (eds.), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018, p. 9 ff.

R. Ibrido, G. Vosa, "'Forma' e 'forme' negli assetti di organizzazione costituzionale dell'Unione europea", *Il Filangieri*, Napoli, 2014, p. 187 ff.

M. Luciani, La "'Costituzione dei diritti' e la 'Costituzione dei poteri'. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente", in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli, Padova*, 1985, vol. II, p. 497 ff.

N. MacCormick, "The Legal Framework: Institutional Normative Order", in Id., *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 7 ff.

P. Magnette, "L'Union européenne: un régime semi-parlementaire", in P. Delwit, J.M. De Waele, P. Magnette (eds.), *À quoi sert le Parlement européen?*, Bruxelles, 1999, p. 25 s.

S. Mangiameli, "La forma di governo europea", in G. Guzzetta (ed.), *Questioni costituzionali del governo europeo*, Padova, 2003, p. 67 ff.

A. Manzella, "L'identità costituzionale dell'Unione europea", *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, vol. II, p. 923 ff.

B. Michel, "Thresholds for the European Parliament Elections in Germany Declared Unconstitutional Twice", *European Constitutional Law Review*, 12: 133-147, 2016.

M. Patrono, "La forma di governo dell'Unione europea: una breve storia", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2003, p. 1763 ff.

G. Piccirilli, "Maintaining a 4 % Electoral Threshold for European Elections, in order to clarify access to constitutional justice in electoral matters", *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, 164-176.

G. Piccirilli, "Attuazione dei 'principi comuni' e presunzioni di risultato nel giudizio sulla clausola di sbarramento per le elezioni europee in Italia", forthcoming on *Studium Iuris*, 2019.

C. Pinelli, "Ipotesi sulla forma di governo dell'Unione europea", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 1989, p. 315 ff.

M. Rubechi, *Le modalità di elezione dei membri del Parlamento europeo, tra normative nazionali e profili eurounionali*, Federalismi.it, 11, 2019.

D. Schefold, "Sistema elettorale e forma di governo in Germania", in M. Luciani, M. Volpi (eds.), *Riforme elettorali*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 332 ff.

C. Schönberger, "Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament", *Juristenzeitung*, 2012, p. 80 ff.

H. Smekal, L. Vyhnánek, "Equal voting power under scrutiny: Czech Constitutional Court on the 5 % threshold in the 2014 European Parliament Elections", *European Constitutional Law Review*, 12: p. 148-163, 2016.

F. Sorrentino, *La Corte e i suoi precedenti:* overruling *o continuità?*, Giurisprudenza costituzionale, 2015, p. 886 ff.; S. Lieto, P. Pasquino, *Porte che si aprono e che si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015*, Forum di Quaderni costituzionali, 2015.

I. Spigno, "'Additive Judgments': A Way to Make the Invisible Content of the Italian Constitution Visible", in R. Dixon, A. Stone (eds.), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, CUP, Cambridge, 2018, pp. 457-481.

R. Streinz, "The Role of the German Federal Constitutional Court. Law and Politics", *Ritsumeikan Law Review*, no. 31, 2014, p. 95-118.

R. Streinz, "Das Grundgesetz: Europafreundlichkeit und Europafestigkeit. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts", *Zeitschrift für Politik*, p. 467 ff., 2009.

G. Tarli Barbieri, "Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale", *Giur. cost*., 1, 2019, p. 20 ff.

M. Goldoni, "Politicising EU Lawmaking? The Spitzenkandidaten Experiment as a Cautionary Tale: Politicising EU Lawmaking?", *European Law Journal*, 2016, 3, p. 279-295.

BOOKS

M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, 2014.

V. Barsotti, P.G. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, OUP, New York, 2016.

G. De Vergottini, *Forma di governo dell'Unione europea*, Roma, 2009.

S. Fabbrini, *Compound Democracies: Why the United States and Europe Are Becoming Similar*, Oxford, 2010.

M. Luciani, *Governo (forme di)*, *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milano, 2010, vol. III.

N. Lupo, G. Piccirilli (eds.), *The Italian Parliament in the European Union*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017.

A. Manzella, N. Lupo (eds.), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014.

C. Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973.

S. Ortino, *Riforme elettorali in Germania*, Firenze, Valsecchi, 1970.

L. Massicotte, A. Blais, A. Yoshinaka, *Establishing the rules of the game. Electoral laws in democracies*, University of Toronto Press, 2004.

OTHER SOURCES

D. Hubner, J. Leinen, *Draft report on a proposal for amendment of the Act of 20 September 1976 concerning the election of the Members of the European Parliament by direct universal suffrage*, 2015/2035, November 2015.

W. Lehmann, *The European elections: EU legislation, national provisions and civic participation*, European Parliament Policy Department C Citizens' rights and constitutional affairs, PE 493.047, Brussels, European Parliament, 2014.

M. Nogaj, E.M. Poptcheva, *The Reform of the Electoral Law of the European Union*, European Added Value Assessment accompanying the legislative own-initiative Report, in-depth analysis, European Parliamentary Research Service, European Added Value Unit, PE 558.775, Brussels, European Parliament, September 2015.

E.M. Poptcheva, *Reform of European electoral law*, European Parliamentary Research Service, PE 569.025, Brussels, European Parliament, October 2015.

Le Parlement européen : Chambre des peuples ou Assemblée de l'Union ? Les paradoxes de l'européanisation parlementaire

Didier Blanc[1]

« L'espoir qu'en créant par décret un Parlement européen, s'ensuivrait un peuple du même nom (…) n'a pas été exaucé »[2]

1. Le Parlement européen, assemblée de parlementaires européens : une chambre des peuples des États membres 149

2. Une assemblée parlementaire européenne : l'Assemblée de l'Union ? 157

1. Professeur des Universités, IRDEIC- Centre d'excellence Jean Monnet, Université Toulouse I Capitole.

2. R. Debray, *L'Europe fantôme*, Paris, Gallimard, Tracts, n° 1, 2019, p. 9.

40 ans après la première élection du Parlement européen au suffrage universel direct, le temps est sans doute venu de s'interroger – pour reprendre l'expression de Simone Veil prononcée lors de la première session du Parlement européen nouvellement élu – sur la rencontre entre « l'idée européenne et le principe démocratique »[3]. Si le caractère inédit d'une élection au suffrage universel direct d'une assemblée transnationale a été maintes fois souligné, elle procède d'une intention également inédite en ce sens que le processus historique est ici inversé. Traditionnellement, la démocratisation des sociétés européennes s'est opérée à la suite de faits et d'événements au terme desquels les individus souffrant d'une dépossession politique décidèrent de la création d'une instance chargée de les représenter. À cette aune, tout progrès de l'idéal démocratique réside dans le caractère le plus étroit possible entre représentants et représentés. Pour le dire autrement, la chronologie ainsi que la logique placent les représentés avant les représentants dans l'ordre de la constitution de la démocratie représentative. S'agissant de la construction européenne, un mouvement inverse se produit dans la mesure où ce sont les représentants qui précèdent les représentés. Cette inversion en dit long sur la nature même des Communautés puis de l'Union européenne puisque les membres de l'Assemblée parlementaire tenaient cette qualité d'une autre, celle de représentants des Parlements nationaux désignés en leur sein. De sorte qu'initialement, si l'Assemblée commune de la CECA est bien composée « de représentants des peuples des États réunis dans la Communauté » conformément à l'article 20 du traité CECA, il s'agit de représentants de chacun des peuples des États membres. L'Assemblée des origines demeure à cet égard une chambre des peuples voulue par leurs représentants ; cette marque est imprimée dès les débuts de l'idée d'unité européenne.

Sans remonter à William Penn plaçant au centre de son projet de paix solide et durable en Europe une assemblée aux contours flous[4],

3. *JOCE*, Débats, PE, mardi 17 juillet 1979, p. 23.

4. « Je dis présentement que si les Princes souverains de l'Europe (…) voulaient convenir (…) de s'assembler par députés dans une Diéte générale, États généraux, ou Parlement (…) Assemblée souveraine, qui sera appelée la Diéte impériale ou Souveraine, le Parlement ou États de l'Europe », *Essai d'un projet pour rendre la paix de l'Europe solide & durable*, York, The Ebor Press, 1986, pp. 25-26 (Il s'agit d'un facsimilé de la rarissime édition française probablement paru en 1693 et vraisemblablement rédigée par Penn lui-même). Pour sa désignation dans la version originale : « to be styled, the Sovereign or Imperial Diet, Parliament, or State of Europe », *The peace of Europe : the fruits of solitude / William Penn ; and other writings by William Penn*, Londres, J. M. Dent and sons, 1942, p. 8.

ou à Saint-Simon appelant de ses vœux une diète européenne[5], l'idée d'institutionnalisation européenne passe le plus souvent par la réalisation d'une assemblée de type parlementaire. Plus près de nous, la généalogie du parlementarisme européen nous apprend qu'un premier congrès réunissant à Gstaad le 9 septembre 1947 à l'initiative de Richard Coudenhove-Kalergi les parlementaires de plusieurs États européens débouche sur la formation de l'Union parlementaire européenne (UPE), qui a tout d'une assemblée de parlementaires européens. Ensuite, à l'occasion du premier congrès de l'UPE, R. Coudenhove-Kalergi présente début septembre 1947 un rapport intitulé : *Toward a constituent assembly for Europe* dans lequel il avance le projet d'une assemblée consultative chargée de présenter un texte soumis pour adoption aux parlements nationaux. L'unité de l'Europe est ainsi l'affaire de parlementaires et passe nécessairement par une institution parlementaire. Identifiés aux États, affaiblis ou anéantis au sortir de la guerre, les exécutifs sont en retrait de ces initiatives politiques. Lors du deuxième congrès d'Interlaken des 1er et 5 septembre 1948, l'UPE milite en faveur d'un parlement bicaméral sur le modèle fédéral, doté de la plénitude du pouvoir législatif.

Bien loin de cette ambition fondatrice, l'apparition d'une Assemblée parlementaire transnationale ayant pour cadre le Conseil de l'Europe donne corps pour la première fois à une représentation européenne. Enfermée dans un rôle consultatif, suivant l'article 25 du Statut du Conseil de l'Europe, l'Assemblée Consultative (appelée « Assemblée parlementaire » depuis 1974) « est composée de représentants de chaque membre, élus par son parlement en son sein ou désignés parmi les membres du parlement selon une procédure fixée par celui-ci ». Les débuts de l'Europe communautaire se caractérisent par le rejet de ce modèle d'une chambre des parlements puisque l'article 20 CECA annonce que l'Assemblée est « composée de représentants des peuples des États réunis dans la Communauté ». Présentée comme une chambre des peuples, là où l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe est une chambre des parlements, telle semble être la barrière des espèces entre les deux, fondant en partie l'irréductible spécificité de l'Europe communautaire. En réalité, les conceptions présidant à la création des deux assemblées européennes et les rapports qu'elles entretiennent sont loin d'être univoques. D'une part, le Protocole du traité de Paris sur les relations avec le Conseil de l'Europe invite les gouvernements des États membres « à recommander à leurs Parlements respectifs que les membres de l'Assemblée, qu'ils sont

5. « L'Europe aurait la meilleure organisation possible, si toutes les nations qu'elle renferme, étant gouvernées chacune par un Parlement, reconnaissaient la suprématie d'un Parlement général placé au-dessus de tous les gouvernements nationaux et investi du pouvoir de juger leurs différends ». Cité par M.F. Piguet, « L'Europe des Européens chez le comte de Saint-Simon », *Mots*, 1993, n° 34, p. 10.

appelés à désigner, soient choisis de préférence parmi les représentants à l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe ». D'autre part, le nombre (18) de représentants des parlements des trois pays les plus peuplés (Allemagne, France, Italie) est identique dans les deux assemblées. Dès lors, il est possible d'en déduire que cette Assemblée Commune[6] de la CECA est commune non seulement aux États membres, mais aussi aux deux organisations européennes, ou plus exactement qu'elle préfigure une assemblée au sein d'une autre assemblée. Cette proximité se retrouve à l'article 2 de ce même protocole prévoyant que l' « Assemblée de la Communauté présente chaque année à l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe un rapport sur son activité ».

La perspective d'une chambre des parlements abritant une chambre des peuples prend des allures de monument baroque d'autant plus qu'en contrepoint de l'article 20 CECA, l'article 21 CECA contient cette double affirmation que les membres de l'Assemblée sont désignés en leur sein par les Parlements « ou élus au suffrage universel direct » selon une procédure propre à chaque État. S'il est permis d'envisager que les membres d'une même enceinte parlementaire puissent être issus de procédés de désignation différents (des assemblées passées ou présentes accueillent uniment des membres élus, nommés ou de droit), la possibilité d'élections au suffrage universel direct rapproche l'Assemblée de la CECA, en dépit d'attributions particulièrement réduites, d'un véritable parlement. Compte ici la valeur symbolique que représente une assemblée parlementaire, à la fois en raison de son ancrage dans la vie démocratique des États et comme vecteur de la formation d'un corps politique européen. En tout état de cause, le traité de Paris porte en germe de futures évolutions, mais l'Assemblée des origines est à la fois conçue et perçue comme une chambre des peuples par leurs représentants.

Le Traité de Rome instituant la CEE reprend ce schéma puisque l'article 137 CEE prévoit d'une part, à l'égal du traité CEEA, que l'Assemblée est « composée de représentants des peuples des États réunis dans la Communauté », et d'autre part qu'elle « élaborera des projets en vue de permettre l'élection au suffrage universel direct selon une procédure uniforme dans tous les États membres ». Avant que celle-ci ne prenne imparfaitement forme il y a 40 ans – le défaut de procédure uniforme persistant – il faut considérer que l'Assemblée est une assemblée européenne de parlementaires, c'est-à-dire une institution européenne formée de membres des Parlements nationaux. Ce n'est qu'à partir de 1979 qu'elle peut être assimilée à une assemblée de parlementaires européens, qui demeure cependant une chambre des peuples des États membres (1). Une

6. Dans ses *Mémoires*, Jean Monnet révèle que son nom est arrêté dès le 21 juin 1950, Paris, Fayard, 1976, p. 468.

fois ce processus de légitimation démocratique enclenché, le Parlement européen a vocation à devenir, 40 après et depuis le traité de Lisbonne, une véritable assemblée parlementaire européenne, c'est-à-dire l'Assemblée de l'Union (2).

1. Le Parlement européen, assemblée de parlementaires européens : une chambre des peuples des États membres

La portée de l'innovation que représente la première élection au suffrage universel direct d'une assemblée transnationale est demeurée limitée : ni menace contre la souveraineté nationale, ni avènement d'une fédération européenne. Ainsi que l'observe le Conseil constitutionnel au sujet de la compatibilité avec la Constitution de la décision du Conseil du 20 septembre 1976 relative à l'élection de l'Assemblée au suffrage universel direct[7], elle n'a aucunement modifié « la nature de cette Assemblée qui demeure composée de représentants de chacun des peuples de ces États »[8]. Cette pluralité de peuples se retrouve 30 ans plus tard au cœur du raisonnement de la Cour constitutionnelle allemande forgé à l'encontre du traité de Lisbonne voyant dans le Parlement européen un « organe de représentation des peuples élu directement par les citoyens de l'Union » et qui à ce titre « constitue une source supplémentaire et autonome de légitimité démocratique »[9]. Cette appréciation portée dans le droit fil de celle valant pour le traité de Maastricht[10], conserve toute sa pertinence et sa vigueur, car elle témoigne à la fois de la persistance du fait étatique dans la composition du Parlement européen (1.1), illustrative d'une représentation des États et de leurs peuples, et de la résistance étatique dans le mode d'élection du Parlement européen (1.2).

1.1 *La persistance étatique dans la composition du Parlement européen*

Plus vaste assemblée parlementaire des systèmes démocratiques occidentaux, bien loin des 78 membres des origines, l'institution parlementaire

7. *JOCE* L 278, 8 octobre 1976, p. 1.
8. Cons. 3, décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, *JORF*, 31 décembre 1976, p. 7651.
9. Décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le traité de Lisbonne, 30 juin 2009, n° 271 (Bundesverfassungsgericht – BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 271).
10. Décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le traité sur l'Union européenne, 12 octobre 1993 (Europäische Grundrechte Zeitschrift, 18 octobre 1993, pp. 429 à 448).

s'efforce dès sa création de prendre en compte le poids démographique des États membres (les peuples) tout en n'occultant pas le critère étatique (les États). Deux grands principes guident alors les traités : assurer une égalité de représentation entre les trois États membres les plus peuplés (Allemagne, France, Italie) ; abandonner toute idée de proportionnalité au bénéfice des États membres les moins peuplés. Pour ce faire, elle dispose d'un modèle opérationnel dans l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe en reprenant le nombre de représentants initialement prévu pour les États les plus peuplés (18), tout en ajoutant un représentant au Luxembourg (4), et quatre à la Belgique et aux Pays-Bas (10). Par la suite, au gré des adhésions cette répartition sera peu ou prou conservée avec pour résultat la constitution d'une assemblée pléthorique dont la pondération ne cessera d'être en enjeu pour les États membres[11].

C'est ainsi que le traité signé à Amsterdam le 2 octobre 1997 en préparation du futur élargissement des années 2000 fixe un plafond de 700 membres, porté à 732 par le traité signé à Nice le 26 février 2001. Le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1er décembre 2009, l'a porté au niveau actuel de « sept cent cinquante plus le président » conformément à l'article 14-2 TUE[12], étant entendu selon la déclaration n° 4 annexée au traité que le siège supplémentaire au Parlement européen sera attribué à l'Italie[13]. Aussi s'est-il attaché à fixer un cadre pérenne en retenant d'une part un seuil minimal relevé à six députés par État membre, afin d'assu-

11. Au point de les livrer à de savants calculs agrémentés de coefficients multiplicateurs au moment du passage vers les élections au suffrage universel direct, par exemple les 4 pays les plus peuplés se sont vus attribuer un coefficient de 2,25 (36 sièges x 2,25 = 81) tandis que pour les « petits » (Danemark et Irlande) et moyens (Belgique et Pays-Bas) il était respectivement de 1,75 et 1,5, avec une correction pour la Belgique afin d'assurer une parité communautaire entre Flamands et Wallons. Le Luxembourg quant à lui conservait le même nombre de membres (6).

12. Deux dépassements du plafond de 751 députés sont provisoirement intervenus. Le premier à la suite de la déclaration du Conseil européen des 11 et 12 décembre 2008 relative aux mesures transitoires concernant la composition du Parlement européen, le Protocole modifiant le Protocole sur les dispositions transitoires annexé au TUE, au TFUE et au traité Euratom (JO C 263, 29 septembre 2010) porte « provisoirement le nombre total de membres du Parlement européen à 754 jusqu'à la fin de la législature 2009-2014 ». Les 3 membres supplémentaires proviennent des 99 sièges attribués à l'Allemagne par le traité de Nice au lieu des 96 retenus sous l'empire du traité de Lisbonne, seul pays à connaître une diminution de sièges. Le second à ce jour ressort de l'article 19-1 du traité d'adhésion de la Croatie dérogeant au plafond pour la période allant de la date d'adhésion à la fin de la législature 2009-2014, le Parlement européen comptant alors jusqu'à 766 membres.

13. À l'issue d'une réunion informelle des chefs d'État ou de gouvernement à Lisbonne réunis les 18 et 19 octobre 2007 il a été décidé d'attribuer un siège supplémentaire à l'Italie (72+1) pour éviter un décrochage trop important avec la France (74) et l'aligner sur le Royaume-Uni (73), sans formellement augmenter le nombre de membres du Parlement européen, son président étant artificiellement exclu du décompte final. Il va sans dire que la manœuvre est particulièrement illustrative de la persistance étatique.

rer la plus large représentation possible des forces politiques de pays faiblement peuplés et d'autre part un seuil maximal de quatre-vingt seize sièges pour un seul État. Au sein de cette fourchette ordonnée autour d'un rapport de 1 à 16, la répartition se fait « de façon dégressivement proportionnelle ». Cette formule introduite par le traité de Lisbonne est tardivement définie par une décision du Conseil européen du 28 juin 2018 « comme suit : le rapport entre la population et le nombre de sièges de chaque État membre avant l'arrondi à des nombres entiers varie en fonction de leurs populations respectives, de telle sorte que chaque député au Parlement européen d'un État membre plus peuplé représente davantage de citoyens que chaque député au Parlement européen d'un État membre moins peuplé et, à l'inverse, que plus un État membre est peuplé, plus il a droit à un nombre de sièges élevé au Parlement européen »[14]. Il s'agit en d'autres termes, d'un moindre nombre de sièges au fur et à mesure que la population de l'État augmente. Le critère retenu est ainsi démographique et non pas civique, c'est-à-dire que la population totale est comptabilisée et non le corps électoral ; il vaut pour l'ensemble des États membres. La persistance de cet arrière-plan étatique soutient le recours à la dégressivité proportionnelle et conforte l'analyse d'une chambre des peuples des États. D'autant plus que les écarts de représentation sont plus importants que dans un État, qu'il soit unitaire ou fédéral. En France, le Conseil constitutionnel considère que « l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques »[15]. Pour autant, une égalité absolue ne règne pas, par exemple la Lozère compte un député pour 75 000 habitants, la Haute-Garonne 10 pour 1,35 million d'habitants, mais le rapport n'est que du simple au double. Aux États-Unis, le Wyoming, État le moins peuplé avec 600 000 habitants compte un membre à la chambre des représentants tandis que le plus peuplé, la Californie, en compte 53 pour 40 millions d'habitants ; le ratio demeure là aussi raisonnable. En parallèle, chaque État compte un nombre identique de sénateurs, de sorte que les écarts de représentations générés ne nourrissent pas de critiques en raison de l'équilibre général trouvé entre la légitimité des deux chambres formant le Congrès. En Allemagne, si le nombre de membres du Bundestag évolue en fonction des résultats selon les particularités du système électoral, il demeure fixé au regard de considérations démographiques, à l'instar du Bundesrat, en dépit de sa qualité de « chambre des gouvernements

14. Article 1er de la décision (UE) 2018/937 du Conseil européen du 28 juin 2018 fixant la composition du Parlement européen, *JOUE* L 165 I, 2 juillet 2018, p. 1.
15. Décision n° 86-218 DC du 18 novembre 1986.

des Länder »[16]. Dès lors, la situation du Parlement européen est originale dans l'univers démocratique occidental en ce sens que la même assemblée représente à la fois la population et les États, ce qui peut troubler sa légitimité, et atteste en tout état de cause du refus du saut fédéral. Aussi milite-t-il depuis de nombreuses années pour une meilleure représentation entre les États membres afin d'améliorer sa légitimité[17].

Des aménagements à cette fin peuvent être facilités par le traité de Lisbonne, qui à la différence de ces devanciers, ne fixe pas au-delà des prescriptions précédentes le nombre de sièges par État membre, mais renvoie à une décision prise à l'unanimité par le Conseil européen à l'initiative du Parlement européen et avec son approbation[18]. Cette procédure témoigne d'un glissement vers davantage d'intégration sur un plan formel dans la mesure où il s'agit d'un acte de droit dérivé et non conventionnel. L'intention est limpide : il s'agit d'échapper à la lourdeur de la révision des traités pour chaque modification du Parlement européen tenant en particulier aux futurs élargissements et le cas échant à la dynamique démographique, tout en l'associant très étroitement à la décision, bien que le Conseil européen reste l'auteur de l'acte[19]. Dans sa décision du 28 juin 2018, ce dernier a ainsi décidé d'utiliser « pleinement les seuils minimaux et maximaux par État membre fixés par le TUE afin de refléter aussi étroitement que possible les tailles des populations respectives des États membres »[20]. Chambre des peuples des États membres, le Conseil européen formé de leurs dirigeants, décide de sa composition, tandis que le Conseil formé des représentants gouvernementaux des États membres occupe une place centrale dans son mode de désignation[21].

16. L'article 51 (2) de la Loi fondamentale prévoit : « Chaque Land a au moins trois voix, les Länder qui comptent plus de deux millions d'habitants en ont quatre, ceux qui comptent plus de six millions d'habitants en ont cinq, ceux qui comptent plus de sept millions d'habitants en ont six ».
17. V. par exemple la résolution du Parlement européen du 7 février 2018 sur la composition du Parlement européen (2017/2054(INL) : « C. considérant que le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne soulignent l'importance de l'égalité des citoyens et de leur traitement égal par les institutions de l'Union; qu'il est essentiel de parvenir à une représentation plus égale en vue d'améliorer la légitimité du Parlement européen en tant qu'organe législatif qui représente les citoyens de l'Union de manière égale ».
18. Art. 14 § 2 TUE.
19. C'est ainsi que consécutivement à l'adhésion le 1er juillet 2013 de la Croatie, la décision du Conseil européen du 28 juin 2013 fixe la composition du Parlement européen pour la législature 2014-2019, *JOUE* L 181, 29 juin 2013.
20. Décision (UE) 2018/937 précitée.
21. Art. 223 TFUE.

1.2 *La résistance étatique dans le mode d'élection du Parlement européen*

La première élection d'une assemblée transnationale au suffrage universel direct a soulevé un certain enthousiasme non seulement chez les observateurs de la construction européenne mais également dans le corps électoral. Il est toutefois rapidement retombé, ce « qui ne laisse évidemment pas de surprendre », ainsi que l'analyse J. Boulouis[22], pour qui l'abandon de la procédure électorale uniforme compte parmi les facteurs explicatifs. Ceux qui attendaient une intégration politique poussée sous la forme d'un système électoral valant pour tous les États membres doivent se résigner à quelques règles communes, dont la réalisation, même a *minima*, a pu être délicate. De sorte qu'il est hasardeux de voir de nos jours dans la désignation des membres du Parlement européen autre chose que l'agrégation d'élections nationales[23] ; trait confortant son caractère de chambre des peuples des États membre. Il procède du régime applicable aux élections européennes relevant à la fois du cadre juridique électoral interne et de l'Union, il est comme tel à l'image de la construction normative européenne mêlant droits internes et de l'Union.

Au regard de ce dernier, l'Acte de 1976 trace le cadre des premières élections européennes en reposant sur le plus petit dénominateur commun. Le nombre de membres du Parlement européen est fixé (401), la durée de leur mandat est de 5 ans, durée la plus répandue dans les assemblées élues de l'Europe des Neuf, le cumul entre mandats parlementaires européens et nationaux États membres est autorisé, tandis qu'une série d'incompatibilités est prescrite, la formule du mandat indicatif propre à la démocratie représentative est retenue, la période électorale débute le jeudi matin et s'achève le dimanche immédiatement suivant afin de tenir compte des traditions nationales. Enfin, le Parlement européen est chargé d'élaborer un projet de procédure électorale uniforme suivant les dispositions des traités. Dans cette attente, la procédure électorale est régie par les législations nationales[24].

Les obstacles rencontrés sont tels que les divers projets du Parlement européen vont se succéder (en 1982, rapport Seitlinger, en 1985, rapport

22. « Note sur le non-effet de l'élection au suffrage universel direct de l'Assemblée des Communautés européennes », *Pouvoirs*, 1981, n° 2, 2e éd., p. 114.
23. En ce sens C. Philip, « L'échec de l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct » in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 857 et s.
24. Pour la France, elles relèvent de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 qui retient la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne, sans panachage ni vote préférentiel (les listes sont bloquées), assortie d'un seuil de 5 % des suffrages exprimés pour prétendre être admis la répartition des sièges, *JORF*, 8 juillet 1977.

Bocklet, en 1993, rapport de Gucht), sans jamais aboutir, en se heurtant en particulier aux réticences britanniques face à ce qu'ils perçoivent comme une menace à l'égard du mode de scrutin uninominal majoritaire à un tour. En réaction à cette impasse, le traité d'Amsterdam assouplit les exigences électorales en retenant que le projet élaboré par le Parlement européen peut, alternativement à une procédure uniforme à tous les États membres, en déterminer une « conformément à des principes communs à tous les États membres » (ex-art. 190 § 4 CEE, 223 TFUE). Dans cette perspective, le rapport Anastassopoulos (1998) à la suite du rapport De Vries (1996) retient quelques éléments communs, à commencer par le scrutin proportionnel dans le cadre de circonscriptions territoriales pour les États de plus de 20 millions d'habitants, l'interdiction du cumul des mandats de parlementaire national et européen, et se montre souple concernant la définition facultative d'un seuil maximum de 5 % des suffrages exprimés ainsi que la parité entre hommes et femmes, objectif dont la responsabilité incombe aux partis politiques.

Cet assouplissement tarde à produire ses effets, puisque ce n'est qu'en 2002 que le Conseil adopte une décision qui n'est au surplus que le pâle reflet de ces propositions[25]. Adoptée à l'unanimité au terme de longues négociations comparables à celles ayant eu cours avant l'Acte de 1976, la décision approuvée par le Parlement européen[26] se borne à retenir quelques principes communs en lieu et place d'un système électoral uniforme dirimant : l'élection se fait au scrutin de liste ou de vote unique transférable, de type proportionnel ; le suffrage est universel, direct, libre et secret ; un seuil minimal pour l'attribution de sièges qui ne peut être supérieur à 5 % des suffrages exprimés est possible ; le cumul de mandats de parlementaire est interdit ; les élections sont prévues durant une période s'étalant du jeudi au dimanche ; un plafond pour les frais de campagne est autorisé. Toute mention de parité est absente du texte, il est vrai qu'elle prévaut dans de nombreux États membres dont la France[27]. En tout état de cause, chaque État membre garde une importante latitude pour fixer le cadre juridique des élections, comme l'atteste par exemple en France le changement du cadre du scrutin opéré par la loi n° 2018-509 du 25 juin 2018 relative à l'élection des représentants au Parlement européen[28]. Cependant, aucune conclusion radicale ne doit être tirée de cette situation quant à la représentativité et la légitimité du Parlement euro-

25. Décision du Conseil du 25 juin 2002 et du 23 septembre 2002 modifiant l'acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, *JOCE* L 283, 21 octobre 2002.
26. Résolution législative du Parlement européen du 12 juin 2002 sur le projet de décision du Conseil modifiant l'Acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct (8964/2002 - C5-0225/2002 - 2002/0807(AVC)).
27. Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000, *JORF* n° 131 du 7 juin 2000.
28. *JORF* n° 145, 26 juin 2018, texte n° 1.

péen. Ainsi dans le système fédéral états-unien, l'essentiel du droit électoral relève de la compétence des États fédérés sous réserve de quelques principes constitutionnellement garantis. Tout au plus peut-on relever que ces principes communs aux États membres viennent au renfort de l'analyse d'un parlement chambre des peuples des États membres.

Inchangés depuis les élections européennes de 2004, le Parlement européen a entrepris de modifier ces principes communs au cours de la législature 2014-2019 au nom en particulier de l'article 14 § 2 TUE tel que modifié par le traité de Lisbonne qui en fait le représentant « des citoyens de l'Union ». À cet égard, la résolution du 11 novembre 2015 sur la réforme de la loi électorale de l'Union européenne (2015/2035(INL) est guidée par trois considérations entretenant des liens étroits entre elles en vue de créer une dynamique propice à l'avènement d'une démocratie substantiellement européenne. Il s'agit tout d'abord de donner une dimension transnationale aux élections européennes, ensuite il convient de renforcer l'unité de l'expression politique des citoyens européens, et enfin, l'objectif est d'améliorer la représentativité du Parlement européen. Pour ce faire, des propositions antérieures sont reprises comme la parité qui reçoit une acception plus large en devenant « l'égalité des genres », la fixation d'un jour de scrutin commun (le 9 mai, jour de la fête de l'Europe a pu être proposé par le passé) et la création d'une circonscription électorale commune, suivie toutefois d'une innovation née de la pratique consécutive à la désignation par le Parlement européen du président de la Commission selon l'article 17 § 7 TUE. Dans cette circonscription les listes seraient conduites par une tête de liste de chaque famille politique candidate à la présidence de la Commission, la parlementarisation de l'Union en serait consolidée et avec elle la légitimité du président de la Commission. D'autres font leur apparition comme la substitution au seuil maximal de 5 % d'une fourchette comprise entre 3 et 5 % des suffrages exprimés pour les circonscriptions uniques comptant plus de 26 sièges afin d'éviter une fragmentation de la représentation, l'établissement des listes des candidats dans un délai minimal de 12 semaines avant le début de la période électorale, l'harmonisation de l'âge minimal des électeurs à 16 ans afin de garantir une plus grande égalité aux citoyens de l'Union, certains devant attendre d'avoir 18 ans révolus, comme en France, et enfin la possibilité de recourir au vote électronique et de voter en résidant dans un pays tiers à l'Union.

Surtout, l'idée d'une constitution de listes transnationales fait son apparition au Parlement européen conformément à la position adoptée dans sa résolution du 11 novembre 2015 sur la réforme de la loi électorale

de l'Union européenne (2015/2035(INL))[29]. Reprise par sa commission des affaires constitutionnelles[30], elle brille par son absence dans sa résolution du 7 février 2018[31], alors que le Parlement européen invite le Conseil à conclure rapidement la révision de l'acte portant élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct au motif que cette « réforme (…) renforcera la dimension européenne de ces élections et enverra un message positif pour l'avenir du projet européen »[32]. Ce que réalise la décision (UE, Euratom) 2018/994 du 13 juillet 2018[33] introduite en droit interne par la loi n° 2019-131 du 25 février 2019[34]. Le régime en vigueur retient en particulier que le seuil minimal pour l'attribution de sièges ne peut être supérieur à 5 % des suffrages valablement exprimés, étant précisé que lorsque les circonscriptions comptent plus de 35 sièges ce seuil est compris entre 2 et 5 % (art. 3). On peut par ailleurs relever que le logo du parti politique européen « auquel est affilié le parti politique national ou le candidat à titre individuel » peut figurer sur le bulletin de vote, il s'agit d'un indice, certes faible d'une européanisation du scrutin (art. 3*ter*). En attendant, la perspective de listes transnationales et d'une circonscription commune est repoussée au mieux à 2024[35]. Dès lors, en l'absence de base légale européenne le Conseil constitutionnel a décidé que la référence à de futures listes transnationales au sein d'une circonscription européenne « dépourvue de portée normative » avait « pour effet de nuire à l'intelligibilité » de la loi n° 2018-509 du 25 juin 2018 organisant le scrutin européen en France[36].

Au demeurant, et sur le temps long, les développements de la construction européenne empruntent des détours et chemins de traverse,

29. Pt. 1 : le Parlement européen « décide de réformer sa procédure électorale suffisamment tôt avant les élections de 2019 afin de renforcer la dimension démocratique et transnationale des élections européennes ». La résolution propose en annexe d'insérer à l'Acte de 1976 un article 2*bis* : « Le Conseil décide à l'unanimité de la création d'une circonscription électorale commune dans laquelle les listes sont emmenées par le candidat ou la candidate de chaque famille politique à la présidence de la Commission ».
30. V. Rapport sur la composition du Parlement européen (2017/2054(INL) A8-0007/2018, 26 janvier 2018, rapporteurs : D. M. Hübner et P. Silva Pereira.
31. Résolution du Parlement européen sur la composition du Parlement européen.
32. *Ibidem*, pt. 12.
33. *JOUE* L 178, 16 juillet 2018, p. 1.
34. *JORF* n° 48, 26 février 2019, texte n° 5.
35. Rapport n° 1462 fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, autorisant l'approbation de la décision (UE, EURATOM) 2018/994 du Conseil du 13 juillet 2018 modifiant l'acte portant élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct, annexé à la décision 76/787/CECA, CEE, Euratom du Conseil du 20 septembre 1976. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le mercredi 5 décembre 2018, p. 17.
36. Décision n° 2018-766 DC, 21 juin 2018 : obs. F. Brunet, « La censure de l'anticipation par la loi d'une réforme improbable », *AJDA*, 12 novembre 2018, n° 38, p. 2199.

pour autant le tandem circonscription unique et listes transnationales est de nature à dessiner les traits futurs d'une Assemblée de l'Union.

2. Une assemblée parlementaire européenne : l'Assemblée de l'Union ?

L'absence d'un peuple européen à représenter est le principal obstacle à la réalisation d'une Assemblée de l'Union, mais d'une certaine manière, l'institution représentative est pensée comme participant de l'apparition de la chose représentée. Pour autant, le Parlement européen « n'est pas (jusqu'à présent) une représentation du peuple européen »[37]. Il est possible de s'en rapprocher progressivement – *natura non falcit saltus* – à partir d'une « européanisation » de l'écosystème parlementaire (2.1) et de l'ambition déjà relevée de faire du Parlement européen une assemblée réellement représentative des citoyens de l'Union (2.2).

2.1 *L'européanisation de l'écosystème parlementaire*

Jusqu'au début des années 2000, d'importantes disparités caractérisent la situation des membres d'une même assemblée, d'où la nécessité de parvenir à un statut commun quel que soit l'État d'appartenance des députés européens. Il est fixé après de longues discussions par la décision du 28 septembre 2005 portant adoption du statut des députés au Parlement européen[38]. Alors que le terme est absent des traités, leur qualité de représentants des peuples, justifie l'emploi dans le statut de la dénomination « député » suivant cette décision. À ce titre, ils sont reconnus dans le prolongement du Règlement intérieur du Parlement européen (art. 2), « libres et indépendants » (art. 2), tandis que tout mandat impératif est nul (art. 3) et que le droit d'initiative est individuel (art. 5). Au-delà de ces droits communs aux parlementaires nationaux, une part importante du statut est consacrée aux questions financières. Les indemnités parlementaires sont égales « à 38,5 % du traitement de base d'un juge de la Cour de justice » (art. 10) soit un peu moins de 8 500 euros par mois avant impôts. À la fin de leur mandat, les députés ont droit à une indemnité transitoire équivalente à cette indemnité, elle correspond à un mois par année d'exercice du mandat, avec un minimum de six mois et un maximum de vingt-quatre mois (art. 13). Quant aux pensions d'ancienneté, à

37. T. Schmitz, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant de l'Union européenne », *RDP*, 2003, n° 6, p. 1721.
38. *JOUE* L 262, 7 octobre 2005.

63 ans révolus, les anciens députés perçoivent pour chaque année complète d'exercice d'un mandat 3,5 % de la rémunération sans dépasser 70 % (art. 14). Ce droit est ouvert indépendamment de toute autre pension. L'ensemble de ces dépenses est couvert par le budget général de l'UE. À côté de ces indemnités couplées au mandat, les députés européens ont accès à divers financements liés à l'exercice de leur fonction (art. 20) dont le détail est fixé par une décision du Bureau du Parlement européen[39]. En outre, pour la mener à bien, les députés européens font appel à des assistants parlementaires qu'ils choisissent librement (art. 21), ainsi qu'à des stagiaires. Seuls les frais directement liés à l'exercice du mandat des députés européens sont pris en charge, à l'exclusion de ceux relevant de la sphère privée. Au total, ces dépenses sont plafonnées à hauteur de 24 164 euros par mois. Ce processus d'unification des règles relatives à la désignation et au statut des députés contribue au mouvement favorable à l'apparition d'une Assemblée de l'Union, et il n'est pas anodin qu'il soit contemporain de la définition d'un statut des partis politiques européens.

« Les partis politiques au niveau européen contribuent à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression de la volonté des citoyens de l'Union ». Ainsi présentés par l'article 10 § 4 TUE, relayé par l'article 12 § 2 de la Charte des droits fondamentaux, les partis politiques sont les agents à la fois d'une communauté politique à venir et du processus électoral européen. Le juge y voit des « facteurs d'intégration au sein de l'Union, de formation d'une conscience européenne et d'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union »[40]. Comme lieux de la coordination politiques des partis implantés dans les États membres, les partis politiques européens remplissent davantage ce second office. À leur décharge, ils ne disposent d'une base légale, consécutivement à plusieurs échecs, que depuis le règlement du 4 novembre 2003, abrogé par celui n° 1141/2014 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes et dernièrement modifié par le règlement n° 2018/673 du 3 mai 2018[41]. Conformément à l'article 224 TFUE, ce statut est adopté par le Parlement européen et le Conseil suivant la procédure législative ordinaire. On aurait pu imaginer que le Parlement européen bénéficie d'une priorité législative sur le Conseil.

39. V. décision du Bureau du Parlement européen des 19 mai et 9 juillet 2008 portant mesures d'application du statut des députés au Parlement européen, *JO* C 159, 13 juillet 2009. Cette décision fait régulièrement l'objet de modifications souvent dictées par une réévaluation des montants financiers.

40. TPI, *Martinez, de Gaulle, Front national* et *Bonino e.a.*, 2 octobre 2001, aff. jtes T-222/99, T-327/99 et T-329/99, EU:T:2001:242, pt. 104.

41. Respectivement : règlement (CE) n° 2004/2003 du Parlement européen et du Conseil relatif au statut et au financement des partis politiques au niveau européen, *JOUE* L 297, 15 novembre 2003 ; *JOUE* L 317, 4 novembre 2014 ; *JOUE* L 114, 4 mai 2018.

Entre dans la catégorie de parti politique européen au sens de ce règlement une « alliance politique » remplissant cinq conditions : être enregistrée auprès du Parlement européen ; être représentée dans au moins un quart des États membres par des élus au Parlement européen ou dans les parlements nationaux ou régionaux ou ayant obtenu au moins 3 % des voix exprimées dans, au moins, un quart des États membres lors des dernières élections européennes ; respecter dans son programme et par son action, les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit (art. 2 TUE) ; participer aux élections au Parlement européen ou en ayant exprimé l'intention ; ne pas avoir de but lucratif. En vertu de quoi le parti politique européen possède la personnalité juridique européenne reconnue par le règlement de 2014. Cette notion a pour objet d'une part d'unifier le statut des europartis, elle se substitue à la personnalité juridique nationale détenue par les partis européens conformément au droit de l'État membre accueillant leur siège. D'autre part, elle assure aux partis politiques européens une reconnaissance juridique dans l'ensemble des États membres. Sans compter que la perspective de son retrait constitue une menace pesant sur les partis politiques européens les incitant à être davantage soucieux du respect non seulement de la réglementation qui leur est applicable mais également des valeurs de l'Union visées à l'article 2 TUE. L'Autorité, pour les partis politiques européens et les fondations politiques européennes, instituée par l'article 6 du règlement n° 1141/2014 est particulièrement chargée de cette mission[42].

Au-delà du statut des partis politiques européens, leur financement est un enjeu essentiel motivant plusieurs adaptations normatives et constitue un volet central du règlement de 2014. Naturellement, seuls les partis politiques européens enregistrés peuvent en bénéficier après en avoir formé la demande auprès du Parlement européen à la suite d'un appel à contributions ou à propositions. Ensuite, une répartition de l'enveloppe annuelle totale est opérée suivant un ratio en vertu duquel 15 % sont répartis à égalité entre tous les partis politiques européens bénéficiaires tandis que le reste est attribué proportionnellement en fonction du nombre de députés. À partir du 1er janvier 2018, les modalités pratiques de financement ont été revues pour en améliorer la transparence et par souci d'une meilleure gestion financière, en particulier une contribution

42. V. les contributions de R. Perrone, « L'Autorité des partis politiques européens et des fondations politiques européennes et la protection des valeurs européennes » et de M. El Berhoumi « L'application des valeurs démocratiques par les partis politiques – une analyse comparative ».

couvrant les dépenses remboursables se substitue au versement d'une subvention de fonctionnement[43].

Ces règles valent aussi pour les fondations européennes. À la suite de la révision du règlement de 2003[44], elles peuvent venir au soutien des partis politiques européens. Fréquentes en Allemagne et largement inspirées de ce modèle, elles ont un rôle comparable à un *think tank*, à cette différence près que, selon les termes du règlement, elles sont formellement affiliées à un parti politique européen et doivent comme ces derniers être enregistrées auprès de l'Autorité pour les partis politiques européens et les fondations politiques européennes. L'idée présidant à leur naissance tient dans leur capacité à nourrir le débat et à alimenter la réflexion sur des sujets participants des grands choix politiques européens et incidemment à servir de relais pour leurs homologues nationaux. Parmi les principales fondations européennes il est permis de citer la Fondation européenne d'études progressistes (S&D) comptant parmi ses membres en France la Fondation Jean Jaurès, la Fondation libérale européenne (ALDE) ou encore le *Wilfried Mertens Center for European Studies* (PPE), ayant parmi ses partenaires en France la Fondation Robert Schuman. La plupart font l'objet d'un regroupement au sein d'un réseau regroupant 69 fondations politiques issues de 25 États membres et couvrant l'ensemble des tendances politiques représentées au Parlement européen à l'exception de l'extrême droite (*European network of political foundations*, ENoP). L'essentiel de leurs activités tient dans des publications portant le plus souvent sur des thèmes d'actualités en s'efforçant de nourrir l'analyse par diverses manifestations, séminaires, conférences, journées d'études, etc. Le fort taux de diplômés de haut niveau dans les études européennes parmi leur personnel leur assure une proximité avec le monde académique. Leur existence est peu connue hors du cénacle des spécialistes de la chose européenne, si bien que leur rôle demeure marginal dans l'espace public européen, elles peinent à atteindre le citoyen de l'Union. Plus largement, et en dépit de ces avancées juridiques, sur un plan pratique il est difficile de voir dans les partis politiques européens autre chose « que des conglomérats de forces politiques nationales, sans organisation politique intégrée »[45].

43. Décision du Bureau du 12 juin 2017, *JOUE* C 205, 29 juin 2017. En 2018, le PPE a ainsi perçu une enveloppe financière de près de 10 millions d'euros suivi par le Parti socialiste européen (6,9 millions d'euros).

44. Règlement (CE) n° 1524/2007 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2007, *JOUE* L 343, 27 décembre 2007.

45. L. Grard, « La distance entre Bruxelles et ses citoyens. Retour sur le déficit démocratique de l'Union européenne », *Revue québécoise de droit international*, hors série, novembre 2018, p. 197.

2.2 *Une assemblée représentative des citoyens de l'Union*

Au gré des diverses révisions des traités, la qualité d'organe représentatif du Parlement européen a reposé sur des expressions changeantes. Composé initialement « de représentants des peuples des États réunis dans la Communauté » (articles 20 CECA, 107 CEEA, 137 CECA), le traité de Lisbonne réalise un saut sémantique en précisant qu'il est « composé de représentants des citoyens de l'Union » (art. 14-2 TUE). Au vrai, cette affirmation peut sembler tardive dans la mesure où l'invention de la citoyenneté européenne remonte au traité de Maastricht en 1992, mais elle atteste, dans le prolongement du « traité constitutionnel », de la volonté des rédacteurs du traité d'extraire l'Union de son origine interétatique, de la dissimuler formellement derrière l'unité plurielle des sujets représentés (les citoyens) dont la connotation fédérative est plus marquée que la diversité plurielle précédente (les peuples des États).

Toutefois, il serait abusif d'y voir autre chose qu'une facilité terminologique sans effets sur la représentation au sein de l'Union. Plusieurs raisons à cela : tout d'abord, la construction européenne est toujours cette « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »[46]. Cette pluralité persiste, le peuple européen n'a pas d'existence légale, ce qui au fond correspond à une réalité politique, historique, sociologique et culturelle. Ensuite, et de manière déterminante, l'article 9 TUE affirmant : « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas », combiné avec l'article 20 TFUE retenant qu'est « citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre », soulignent le caractère apparent de l'unité d'une citoyenneté de l'Union en ce qu'elle ne repose pas sur elle-même, mais dérive de la pluralité étatique, siège ultime de la souveraineté. Les réserves apportées par la Cour de justice quant aux prérogatives étatiques s'agissant du droit de la nationalité n'affaiblissent pas en l'occurrence l'analyse en restant extérieures à la qualité de la représentation parlementaire[47]. Enfin, l'élection au suffrage universel direct en vigueur à partir de 1979 fait du Parlement

46. Article 1er TUE.

47. C.J.C.E., 2 mars 2010, *Rottman*, aff. C-135/08, pt. 48 : « La réserve selon laquelle il y a lieu de respecter le droit de l'Union ne porte pas atteinte au principe de droit international déjà reconnu par la Cour (…) selon lequel les États membres sont compétents pour définir les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, mais consacre le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit de citoyens de l'Union, l'exercice de cette compétence, dans la mesure où il affecte les droits conférés et protégés par l'ordre juridique de l'Union (…) est susceptible d'un contrôle juridictionnel opéré au regard du droit de l'Union ». V. A. Rigaux, « Retrait de la nationalité d'un État membre : recherche d'un équilibre entre les prérogatives des États membres et les exigences du droit de l'Union. À propos de l'affaire C-221/17, *M. G. Tjebbes e. a.* », *Europe*, mai 2019, pp. 7-10.

européen une assemblée représentative de citoyens européens ayant la qualité de national d'un État membre avant la double innovation des traités de Maastricht et de Lisbonne. Au fond, la décision du Conseil du 13 juillet 2018 ne dit rien d'autre lorsqu'elle prévoit : « Dans chaque État membre, les membres du Parlement européen sont élus représentants des citoyens de l'Union »[48]. En sorte que la modification apportée par le traité de Lisbonne a une portée symbolique, le Parlement européen demeure une chambre des peuples des États, mais elle conforte l'intention originelle présente dans l'existence d'une assemblée parlementaire à l'ambition représentative : contribuer à la formation d'un corps politique européen. D'autant plus qu'elle doit être lue en relation avec l'ouverture aux résidents non nationaux européens du droit de vote et d'éligibilité par le traité de Maastricht.

Cette reconnaissance a entrainé à la suite de son entrée en vigueur une « européanisation » de la législation électorale ayant pour véhicule une directive du Conseil du 6 décembre 1993, transposée par la loi n° 94-104 du 5 février 1994 modifiant celle du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen[49]. Ses modalités visent à rapprocher autant que faire se peut les conditions de celles pesant sur les nationaux de l'État de résidence tout en évitant que le vote aux élections européennes ne serve à contourner l'égalité de suffrage et d'éventuelles privations de droits électoraux. Toutefois, une différence de traitement demeure, certes difficile à résorber, entre citoyens européens français et non français. Les premiers n'ont pas s'inscrire sur des listes complémentaires pour les élections européennes (comme d'ailleurs pour les élections municipales) et bénéficient d'une inscription d'office à l'âge de dix-huit ans basée sur le recensement citoyen effectué en vue de l'organisation de la journée défense et citoyenneté[50]. De plus, ils ne sont pas soumis à une condition de résidence dans la mesure où ils peuvent exercer leur droit de vote tout en résidant dans un État membre ou non de l'Union. Ces contraintes n'expliquent pas à elles seules la faiblesse de l'inscription pour les élections européennes : en 2019, environ 280 000 citoyens, soit un taux d'environ 25 % selon l'INSEE rapporté au 1,3 million de citoyens européens remplissant les conditions pour être électeur[51]. Ces données sont du même ordre que celles relevées dans d'autres États membres. En

48. Article 1er 1, de la décision précitée.
49. Respectivement : directive 93/109/CE, *JO* L 329, 30 décembre 1993 ; *JORF* n° 32, 8 février 1994.
50. Loi n° 97-1027 du 10 novembre 1997 relative à l'inscription d'office des personnes âgées de dix-huit ans sur les listes électorales.
51. Insee Focus, n° 154, 7 mai 2019. Avec plus de 78 000 inscrits, les citoyens portugais sont les européens les plus représentés loin devant les Britanniques (38 000).

2009 ce taux est supérieur à 17 % au Danemark, 15 % en Espagne, 11 % en Belgique, mais seulement de 6,6 % en Allemagne[52].

Cette ouverture du droit de vote aux citoyens européens se duplique naturellement en matière d'éligibilité. Dans tout État membre, les nationaux et les citoyens européens y accèdent suivant des conditions identiques à celles valant pour l'obtention du droit de vote, sous réserve de dispositions particulières ayant fait l'objet d'un allègement consécutif à la directive du 20 décembre 2012 modifiant celle du 6 décembre 1993, et transposée par la loi n° 2013-1159 du 16 décembre 2013[53]. Cet assouplissement réalisé à la veille des élections européennes de 2014 a eu pour but d'accroitre la présence de citoyens européens d'autres États membres parmi les candidats nationaux, mais elle demeure extrêmement faible. En 2009, quinze candidats seulement sur les 3056 issus des 160 listes présentées étaient ressortissants d'un État membre autre que la France, soit un total de 0,005 %[54] ! Bien qu'en légère progression, les données disponibles relèvent de l'infinitésimal, aussi bien en France que dans l'ensemble de l'Union. En 1994, 53 candidats (5 en France) pour une élue, en 1999, 62 candidats pour 4 élus (dont en France D. Cohn-Bendit, à nouveau élu en 2009), en 2004, 57 candidats dont 3 élus (dont en France le pilote de rallye Ari Vatanen), en 2009, 95 candidats dont 4 élus, en 2014, 5 élus et en 2019 deux listes en France ont mis en avant la présence de plusieurs candidats « transnationaux »[55]. Au final, le nombre de députés européens dont le pays du mandat est différent de celui de leur nationalité pour cette législature reste inchangé : 5.

À cette faible « européanisation » des listes pour les élections européennes témoignant de la prégnance du national, s'ajoute le relatif intérêt

52. V. DG des politiques internes du Parlement européen, Département thématique C : droits des citoyens et affaires constitutionnelles, *Les élections européennes : législation de l'Union, dispositions nationales et participation civique*, Bruxelles, 2014.

53. Directive 2013/1/UE du Conseil, *JOUE* L 26, 26 janvier 2013 ; *JORF* n° 292, 17 décembre 2013. Tout candidat n'ayant pas la nationalité française joint à la déclaration de candidature une déclaration écrite précisant : « 1° Ses nom, prénom, sexe, date et lieu de naissance ; « 2° Sa nationalité, son adresse sur le territoire français et sa dernière adresse dans l'État membre dont il est ressortissant ; « 3° Qu'il n'est pas simultanément candidat aux élections au Parlement européen dans un autre État membre de l'Union européenne ; « 4° Qu'il n'est pas déchu du droit d'éligibilité dans l'État membre dont il est ressortissant ; « 5° Le cas échéant, la collectivité locale ou la circonscription sur la liste électorale de laquelle il est ou a été inscrit en dernier lieu dans l'État dont il est ressortissant ». Cette déclaration est ensuite notifiée à l'État membre d'origine qui vérifiera les conditions d'éligibilité du candidat. S'il s'avère après l'élection qu'elles ne sont pas réunies, le candidat est déclaré inéligible.

54. V. S. Strudel, « L'Europe, un nouvel espace de citoyenneté ? Le vote des non-nationaux », *Revue internationale de politique comparée*, 2009, n° 4, p. 566.

55. Dont des bi-nationaux, 7 sur la liste Génération.s dirigée par M. Hamon et 7 sur la liste Renaissance conduite par Mme Loiseau.

qu'elle suscite chez les électeurs. Depuis 1979, le taux de participation aux élections européennes n'a cessé de baisser. Passés la découverte et l'enthousiasme des moments inauguraux, ce mouvement semble inéluctable, il décline régulièrement, de 61,8 % (60,7 % pour la France), il passe en 1984 à 59 % (56,7 %), puis suivant ce rythme presque régulier, il est en 1989 de 58,3 % (48,7 %), en 1994 de 56,7 % (52,8 %), en 1999 de 49,5 % (46,8 %), en 2004 de 45,6 % (42,8 %), en 2009 de 43 % (40,6 %), et atteint son plus bas niveau en 2014 avec 42,6 % (42,4 %). Si un net regain de participation est observé et salué en 2019 avec 50,9 % (50,1 %), la tendance demeure au désengagement civique, notamment pour la France, dont le taux est toujours inférieur à la moyenne européenne, tandis que depuis 25 ans, moins d'un citoyen européen sur deux, toutes nationalités confondues, participe aux élections européennes. Cette faible implication des citoyens européens souligne les limites d'un statut juridique tardant à faire émerger une communauté politique transnationale.

L'ensemble de ces données additionnées au cadre juridique et politique des élections européennes repousse l'avènement d'un Parlement européen, assemblée des citoyens de l'Union, pour ancrer la figure d'une chambre des peuples. Au-delà se trouve l'enjeu de la réussite de la greffe de la démocratie représentative, davantage voulue par le haut que par le bas, sur le système institutionnel de l'Union. Il est possible de rapprocher le temps présent des débuts de la Troisième République et de paraphraser Gambetta qui voulait faire descendre la République dans les villages pour voir dans un mouvement comparable entre l'Europe et ses multiples villages la marque d'une adhésion populaire et démocratique à la *Res publica* européenne.

Bibliographie

ARTICLES

J. Boulouis, « Note sur le non-effet de l'élection au suffrage universel direct de l'Assemblée des Communautés européennes », *Pouvoirs*, 1981, no. 2, p. 111-115.

L. Grard, « La distance entre Bruxelles et ses citoyens. Retour sur le déficit démocratique de l'Union européenne », *Revue québécoise de droit international*, 2018, no. Hors-série, p. 181-203.

T. Schmitz, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant de l'Union européenne », *RDP*, 2003, no. 6, p. 1, p. 1709 à 1742.

V. S. Strudel, « L'Europe, un nouvel espace de citoyenneté ? Le vote des non-nationaux », *Revue internationale de politique comparée*, 2009, vol. 16, no. 4, p. 559-568.

OUVRAGES

D. Blanc (2004), *Les Parlements européen et français face à la fonction législative communautaire. Aspects du déficit démocratique*, Paris, L'Harmattan.

D. Blanc (2019), « L'Europe démocratique : le récit des récits ou matrice d'ilots narratifs ? », dans Bailleux, A. and Bernard, E. (eds.) ; *Les récits judiciaires de l'Europe (I), Cadre conceptuel et identification des récits judiciaires*, Bruxelles, Bruylant.

C. Philip (2013), « L'échec de l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct », dans *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne.

The *Spitzenkandidaten* procedure for the election of the European Commission President: a critical view

Diane Fromage[1]

1. Introduction 168

2. The 2014 and 2019 experiences: what happened and why the experience failed the second time around 170

3. Critical assessment of the legal framework and the political rationale or why this procedure should (urgently) be abandoned 173

4. Conclusion: a few proposals for the future..... 177

1. Diane Fromage is Assistant Professor of European Law at Maastricht University, The Netherlands.

1. Introduction

2019 marked the 40th anniversary of the direct elections to the European Parliament (EP). This institution has undoubtedly undergone dramatic changes in that period of time. Firstly, the European Parliamentary Assembly created in the Treaty establishing the European Coal and Steel Community[2] and later on used also by the European Economic Community and Euratom,[3] only officially became known as the EP in 1986 with the adoption of the Single European Act; however, it designated itself as the EP already as of 1962.[4] Secondly, the EP was originally only a consultative organ whereas it has now become, together with the Council of the European Union (EU) a co-legislator in most occasions: in fact, the former co-decision procedure is known as the Ordinary Legislative Procedure since the entry into force of the Lisbon Treaty (2009).[5] Thirdly, its power of control vis-à-vis the European Commission has also been reinforced over time: ever since the beginning of the European integration process, it always had the possibility to adopt a motion of censure but it is only as of the 1980s that it became involved in the designation procedure of the commissioners.[6] The role it is called to play in this framework is now defined in article 17 of the Treaty on the European Union (TEU) which foresees, *inter alia*, that "[t]aking into account the elections to the European Parliament and after having held the appropriate consultations, the European Council, acting by a qualified majority, *shall propose to the European Parliament a candidate for President of the Commission*. This candidate *shall be elected by the European Parliament* by a majority of its component members" (emphasis added). On this basis, the European Commission and the EP advocated for the introduction of the so-called *Spitzenkandidaten* or lead candidate procedure in the framework of the 2014 elections, and this experience was reproduced in 2019 again. Accordingly, the European political groups should nominate lead candidates before the elections and the lead candidate of the group gaining the largest number of seats, or the one capable of securing sufficient support by members of the EP (MEPs) should become the President of the Commis-

2. Chapter II, Treaty establishing the European Coal and Steel Community.
3. Section I The Assembly, Convention on certain institutions common to the European Communities, 1957.
4. Resolution of the European Parliamentary Assembly on the denomination of the Assembly, 30 March 1962.
5. Art. 294 Treaty on the Functioning of the EU (TFEU).
6. O. Costa and F. Saint Martin, *Le Parlement européen*, Paris, La documentation française, 2011, p. 139. On the historical development and the progressive reinforcement of the EP in this procedure see also: L. Tilindyte, "Election of the President of the European Commission Understanding the Spitzenkandidaten process", European Parliament Briefing PE 630.264, 2019.

sion. This procedure was meant to bring the EU closer to its citizens and to make it appear more attractive to them,[7] as it differed largely from the one that had been used until then, i.e. Member States designated the Commission President and the EP 'only' had to approve this nomination.[8]

Whereas Jean-Claude Juncker, the lead candidate of the political group that won the highest number of seats in 2014, the European Peoples' Party (EPP), did become President of the European Commission in 2014, Manfred Weber – also from the EPP – failed to do in 2019. Instead, Ursula von der Leyen became Commission President. She is indeed from the EPP, but was not its lead candidate. This second experience resorting to the *Spitzenkandidaten* procedure has led some to claim that this procedure is dead and cannot be expected to be repeated, whereas others have called for its reform.[9] In any case, it is expected to be part of the reflection led by the Conference on the Future of Europe which will be launched as of 2020 with a view to articulating a deeper reflection on the EU's future.[10]

Therefore, this procedure may continue to be repeated in the future. However, I argue here that for it to make sense, it should happen in a deeply reformed institutional framework. Put differently: the procedure's justification is currently weak, both legally and politically, and in fact it may do more harm than good in terms of citizens' feelings towards the EU.

This chapter is structured as follows. Firstly, an analysis of the 2014 and the 2019 *Spitzenkandidaten* experiences is presented, and reasons why the last one failed are given (2). A critical assessment of the procedure in itself is then presented (3), before the conclusion enumerates a few reform proposals going forward (4).

7. L. Hamřík and P. Kaniok, "Is it all about European Democracy? The Motives behind the Institutionalisation of the Spitzenkandidaten", *Journal of Contemporary European Research*, 2019, 15, Issue 4, p. 355.
8. Indeed, art. 214-2 Treaty on the European Community provided that "The Council, meeting in the composition of Heads of State or Government and acting by a qualified majority, shall nominate the person it intends to appoint as President of the Commission; the nomination shall be approved by the European Parliament."
9. MEP C. Ghinea proposed for instance that the lead candidate be composed of a team instead of being a single candidate. C. Ghinea, "Is the Spitzenkandidat system really dead? Not if we act now", Euractiv, 13 November 2019.
10. More on this initiative: S. Kotanidis, "Preparing the Conference on the Future of Europe", EPRS Briefing, PE 644.202, 2019.

2. The 2014 and 2019 experiences: what happened and why the experience failed the second time around

As stated in the introduction, the *Spitzenkandidaten* process has been resorted to in two occasions so far: in 2014 and in 2019; both of them will be examined in turn in the following paragraphs.

2.1 *The 2014 experience*

The idea of the designation of lead candidates materialised in the framework of the 2014 EP elections after it had already been debated since the 1990s, i.e. way before the adoption of the Lisbon Treaty.[11] It was first brought forward by the European Commission,[12] and soon supported by the EP as well.[13] The Council did not explicitly support it, but it also did not oppose it.[14] In their large majority, national governments did not say much about the election procedure that would be followed in 2014;[15] some have deemed this unsurprising as the lead candidate procedure would strengthen the EP to the detriment of the European Council, and more generally, upset the prevailing institutional balance.[16]

Based on the wording of article 17 TEU as it now stands post-Lisbon, the Commission saw an opportunity to strengthen the link between the EP elections and the designation procedure of the Commission President. It urged political parties to designate candidates, and most of them in fact embraced this proposal: five out of the seven Euro-parties representing the major political groups in the EP did present candidates. These

11. On the emergence of this procedure: L. Hamřík and P. Kaniok, "Is it all about European Democracy? The Motives behind the Institutionalisation of the Spitzenkandidaten", *Journal of Contemporary European Research*, 2019, 15, Issue 4, A. Kocharov, "Constitutional complexities of European democracy in light of the 2014 European Parliament election", *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2014, Issue 4, and N. Peñalver García and J. Priestley, *The making of a European President*, Basingstoke, Palgrave, 2015.
12. *Inter alia* J. M. Barroso, "Speech on the State of the Union", 2012.
13. European Parliament, "Resolution of 4 July 2013 on improving the practical arrangements for the holding of the European elections in 2014 (2013/2102(INI))", 2013.
14. L. Hamřík and P. Kaniok, "Is it all about European Democracy? The Motives behind the Institutionalisation of the Spitzenkandidaten", *Journal of Contemporary European Research*, 2019, 15, Issue 4, p. 363.
15. S.B. Hobolt, "A vote for the President? The role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament elections", *Journal of European Public Policy*, 2014, 21, issue 10, p. 1529.
16. S.B. Hobolt, "A vote for the President? The role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament elections", *Journal of European Public Policy*, 2014, 21, issue 10, p. 1533f.

included: the EPP (Jean-Claude Juncker), the Party of European Socialists (Martin Schulz), the Alliance of Liberals and Democrats for Europe (Guy Verhofstadt), the Party of the European Left (Alexis Tsipras) and the European Green Party nominated two candidates (José Bové and Ska Keller).

This first *Spitzenkandidaten* experience did not, however, bring as many positive developments as some may have hoped. Firstly, on the whole the turnout to the elections did not increase; in fact, it decreased like it had been doing in the course of the previous elections already, and citizens' awareness of the lead candidates remained limited.[17] Additionally, although Jean-Claude Juncker was eventually accepted by all Member States as the President of the Commission, this was far from automatic and, in fact, some doubt has been cast as to how much his experience as former prime minister of Luxembourg also helped in gaining governments' support.[18] Also, this procedure did not contribute to make pre-electoral debates more focused on European matters: where they became more EU-focused, it was mostly due to the crisis, not to the *Spitzenkandidaten.*[19] Numerous criticisms related to the fact that the debates among the lead candidates, such as the one organised in Maastricht, were in fact not made equally accessible to Eastern and Western European citizens.

2.2 *The 2019 experience*

Despite the partial success of the procedure in 2014, it was reiterated in 2019. The context in which the *Spitzenkandidaten* procedure was resorted to in 2014 and in 2019 was, however, arguably radically different. In 2014, the EU was facing a profound economic and financial crisis which required intrusive actions in Member States' economies by the Commission. By contrast, in 2019 the Commission arguably was less in need to reinforce its legitimacy in citizens' eyes, also because the Brexit negotiations conundrum was already pushing citizens to vote.[20] At the same time, the EU can be said to have been facing a series of crises at the time of the 2019 elections with Brexit, but also the rule of law crisis in Hungary and Poland, the migration crisis etc. The crisis-mode had, therefore, become the norm by 2019, while the consequences of EU's actions

17. N. Peñalver García and J. Priestley, *The making of a European President*, Basingstoke, Palgrave, 2015, p. 149.
18. C. Ghinea, "Is the Spitzenkandidat system really dead? Not if we act now", *Euractiv*, 13 November 2019.
19. S.B. Hobolt, "A vote for the President? The role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament elections", *Journal of European Public Policy*, 2014, 21, issue 10, p. 1534.
20. A survey conducted by the EP shortly after the 2019 revealed that Brexit had prompted 22 % of the respondents to vote. European Parliament, "2019 European elections: Record turnout driven by young people", Press release 24 September 2019, 2019.

were less directly felt by a majority of citizens. Additionally, the context of those elections was peculiar because, as highlighted by E. Letta, they can be said to have been the 'first time elections' for at least five reasons.[21] Those were the first elections to take place in the context of one Member State leaving the EU.[22] They were also more Europeanised – in some Member States at least – as the campaigns did not solely focus on national issues. It could be expected already prior to the elections that the majority that had been in place over the previous twenty-five year would not be re-instituted after the elections, and indeed this is exactly what happened: the EPP and the Socialists and Democrats no longer have a full majority alone.[23] This election was also characterised by high levels of uncertainty as fears were high that extreme parties, especially from the far-right, would gain numerous seats.[24] It was the first time that five of the EU presidents (i.e. Commission President, EP President, European Central Bank President, European Council President and High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy) had to be nominated at the same time. This furthermore intervened in a unique context in which for the first time in a very long time German candidates were being seriously contemplated for two of these positions: Jens Weidmann, the governor of the Bundesbank for the European Central Bank presidency, and Manfred Weber for the Commission presidency, as already mentioned. Both of them were serious candidates because Germany had not held the Commission presidency since Walter Hallstein had been Commission President in the 1960s, and since Manfred Weber had been designated as lead candidate. Jens Weidmann could be perceived as a strong personality capable of leading the euro area's central bank after Mario Draghi's monetary policy decisions had started to be increasingly questioned.

Despite the importance of these elections, not all political parties decided to nominate a lead candidate, and ALDE (the Alliance of Liberal Democrats in Europe) designated a team of five candidates. This partial support by the European political families can be assumed to have contributed to the lead candidate procedure's blatant failure, but it was certainly not the only cause for it. Some heads of State and Government – who compose the European Council and therefore decide on the candidate

21. E. Letta, Presentation on the occasion of the workshop "Les élections européennes : quatre enjeux en perspective" held at Sciences Po Paris on 5 February 2019.
22. E. Letta referred to the first elections having taken place after a Member State had left. Brexit did not happen before the elections as originally planned, yet they were still the first elections ever happening while a Member State was negotiating its exit.
23. European Parliament, 2019 Election results available at : https://europarl.europa.eu/election-results-2019/en (8.12.2019).
24. Politico.eu forecasted 16 % of votes for extreme/antisystem parties on 16 February 2019 for example. Politico.eu, European Parliament elections forecast of 12 February 2019.

to the Commission Presidency – never supported it either, and Manfred Weber was unable to receive sufficient support to be chosen as a candidate.[25] Instead, this time around the Commission President was not one of the lead candidates: it was a figure of German politics, largely unknown outside of Germany, who was designated as part of a 'package deal' among the Member States who bargained for several of the top positions together.[26] This, together with other political games arguably cost French President Macron his first commissioner-designate, Sylvie Goulard.[27] Most importantly it resulted in Member States having appointed a weak figure i.e. U. von der Leyen, which can be expected to strengthen their role in the current legislature, and in the whole *Spitzenkandidaten* system having been discredited. As mentioned before, some are already calling for its reform in view of the 2024 elections; however, there are strong arguments in favour of its abandonment.

3. Critical assessment of the legal framework and the political rationale or why this procedure should (urgently) be abandoned

Even if some may argue that the malfunctioning of a procedure should not automatically lead to its being abandoned, the blatant failure of the lead candidate procedure in 2019 already speaks against it being resorted to again during the next elections. There are nevertheless more profound reasons calling for the abandonment of this procedure and they are both of an EU legal (3.1) and of a political nature (3.2).

3.1 *The legal framework in place under the Lisbon Treaty*

The changes that were introduced in the reference to the designation procedure of the Commission President by the Lisbon Treaty are arguably rather of a symbolic and semantic nature.[28] In other words, in my view, the procedure in itself has not been significantly altered to the

25. See, *inter alia*, for a critical account of the 2019 procedure: S. Stolton with A. Brzozowski "Weber forced to stand aside as EU leaders bypass Spitzenkandidaten", *Euractiv*, 2 July 2019; K. Deboeuf, "What did we learn from the von der Leyen vote?", *EUObserver*, 17 July 2019.
26. G. Gotev with A. Brzozowski, "Beyond Spitzenkandidaten", *Euractiv*, 19 June 2019.
27. C. Ghinea, "Is the Spitzenkandidat system really dead? Not if we act now", *Euractiv*, 13 November 2019.
28. F.X. Priollaud and D. Siritzky, *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, Paris, La documentation française, 2008, p. 94.

benefit of the EP, and the justification of the introduction of the *Spitzenkandidaten* procedure is more the outcome of the Commission's political will than it is the result of a change of the Treaties. Indeed, article 17-7 TEU, like article 214 Treaty on the European Community (TEC) before it,[29] still leaves the decision on the choice of the Commission President to the Heads of State and Government. Admittedly, in doing so they now have to "[t]ak[e] into account the elections to the European Parliament."[30] However, as also pre-Lisbon the EP had to consent to the choice made by the Heads of State and Government, it can be argued that also then they had to take the results of the election into account. In other words, article 17-7 TEU merely states explicitly what was previously an implicit principle. Additionally, the change in the exact wording of the procedure before Parliament as a justification for the introduction of the *Spitzenkandidaten* procedure is also not fully convincing. Admittedly, it is merely the EP's approval that was required prior to the entry into force of the Lisbon Treaty, whereas it is not called upon to *elect* the candidate put forward by the European Council.[31] But it would be far-fetched to read too much into this change considering that the procedure in itself remains identical, *i.e.* one whereby the EP has to give its consent to the candidate put forward by the Member States and can only accept or reject it.

Declaration no. 11 annexed to the Treaties[32] – which would, in any case, not be legally binding as all declarations are not – provides more details as to how the nomination procedure has to be organised. It states that:

> *"[t]he [intergovernmental] Conference [which adopted the Treaty of Lisbon] considers that […] the European Parliament and the European Council are jointly responsible for the smooth running of the process leading to the election of the President of the European Commission. Prior to the decision of the European Council, representatives of the European Parliament and of the European Council will thus conduct the necessary consultations in the framework deemed the most appropriate. These consultations will focus on the backgrounds of the candidates for President of the Commission, taking account of the elections to the European Parliament, in accordance with the first subparagraph of Article 17(7). The arrangements for such consultations may be determined, in due course, by*

29. Art. 214 TEC: "The Council, meeting in the composition of Heads of State or Government and acting by a qualified majority, shall nominate the person it intends to appoint as President of the Commission; the nomination shall be approved by the European Parliament".
30. Art. 17-7 TEU, 1st paragraph.
31. Art. 17-7: "This candidate shall be elected by the European Parliament by a majority of its component members".
32. Declaration no. 11 on Article 17(6) and (7) of the Treaty on European Union.

common accord between the European Parliament and the European Council."

This Declaration recalls the need to take due account of the results of the elections, but in doing so it merely repeats what article 17-7 TEU already entails.

Hence, the legal framework in place does not call for a bigger role of the EP in the designation of the Commission President than the one it had previously. While the *Spitzenkandiaten* procedure is, however, not illegal,[33] it poses certain threats of political nature which could eventually even defeat its very purpose to bring the EU closer to citizens and make it more democratic. Some of those (political) consequences are named in section 3.2. below; in the analysis of the legal framework presented here, it suffices to underline the fact that essentially the resort to lead candidates empowers the EP vis-à-vis the European Council, thereby affecting the institutional balance to the EP's benefit, i.e. to the benefit of a supranational institutional. This would amount to 'the Commission […] hav[ing] returned to the centre of the institutional triangle'.[34] The result of the 2019 procedure clearly contradicts this conclusion, as the Commission is now closer than ever to the Member States (and arguably further away from the EP). But most importantly it should be noted that even in 2014 when the lead candidate of the largest political group was indeed chosen by the Member States, those same Member States continued to exercise a strong role: they defined the Commission's agenda at the same time as they nominated Jean-Claude Juncker,[35] the European Council remained prominent as is visible *inter alia* by the number of meetings it held while Commission President Juncker was in office.[36]

Next to the issue of the institutional balance within the EU, the *Spitzenkandidaten* procedure raises questions as to the Commission's

33. For a critical view on the fit between art. 17-7 TEU and the *Spitzenkandidaten* procedure see A. Kocharov, "Constitutional complexities of European democracy in light of the 2014 European Parliament election", *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2014, Issue 4.

34. N. Peñalver García and J. Priestley, *The making of a European President*, Basingstoke, Palgrave, 2015, p. 188.

35. European Council, "Conclusions of the European Council meeting 26-27 June 2014", 2014.

36. They have met in 37 occasions during that time. This count includes informal and EU-27 meetings, but even if those were excluded, the number of European Council meetings would still largely exceed the two-yearly meetings foreseen by art. 15 TEU. Admittedly, the Brexit negotiations, like the economic and financial crisis before it, called for a strong role for the Heads of States and Governments so that the strengthening of the European Council may not only be linked back to a comparatively weak Juncker Commission. But this can be presumed to have been one of the elements that favoured the strengthening of the European Council.

capacity to (continue to) fulfil the role assigned to it by the Treaties. The Commission is the guardian of the Treaties:

It "shall promote the general interest of the Union[,…] take appropriate initiatives to that end […and] ensure the application of the Treaties, and of measures adopted by the institutions pursuant to them. It shall oversee the application of Union law under the control of the Court of Justice of the European Union. It shall execute the budget and manage programmes. It shall exercise coordinating, executive and management functions, as laid down in the Treaties."[37]

These functions require that the Commission acts in the interest of the Union, and does not pursue political goals. The Commission has arguably never been the neutral broker between Member States' interest that some would like it to be. It has always been (more or less) political as is, for instance, evidenced by Hallstein's and Delors' activism. At the same time there appears to be some limits to the Commission's politicisation if it wants to remain credible in the (judicial) actions it pursues against the Member States. In fact, in view of the current threat to the rule of law in some of its Member States, the Union probably needs a neutral arbiter more than ever before.

3.2 *The political risks induced by the procedure*

The political risks that this procedure poses for the Union are manifold, and its somewhat counter-intuitive nature is also evident.

The most obvious risk relates to the expectations it creates: after such an intense campaign in comparison to previous elections, in 2019 none of the lead candidates was eventually chosen. Member States (or better said, some of them following the EP and the Commission) have thus deliberately bound themselves to a result they may not like and decide not to follow in the end. If one of the lead candidates had been chosen however, the question remains as to whether he or she would have really benefitted from stronger democratic credentials: since the EU's political landscape is increasingly split, the difference between one party and the next in the election results is not very significant so it can be doubted whether one candidate really is more legitimate than the other ones from which they are not separated by a large number of votes. In other words, even the lead candidate from the main party will only be supported by a minority of votes, and his/her strength relies mostly and his/her capacity to gain political support by a majority of MEPs.

37. Art. 17-1 TEU.

Whereas in 2014 participation to the elections had continued to decrease, in 2019 it increased indeed. But as mentioned before, other factors such as Brexit may have played a bigger role in encouraging citizens to vote, as evidenced from the rising support in favour of the EU in the EU27.[38]

Beyond these questions related to the practical implementation of the procedure, deeper questions exist that relate to the Commission as an EU institution and to its standing within the EU institutional framework. Firstly, the choice to only politicise the President of the Commission and not the whole Commission as is the case at national level renders this procedure devoid of sense. It should either be a fully political Commission whose members mirror the composition of the EP, or a Commission whose members are designated by Member States based (largely) on their national election results. Both systems are not compatible. This logic arguably governed the choice of the Commission vice-presidents in 2019 – which the main EP political groups divided amongst themselves – but this is not sufficient.

As shown also by the 2019 experience, the designation procedure cannot be disentangled from political negotiations on other key positions. As explained above, the Commission President was designated as part of a 'package deal' with other positions and not in isolation on the basis of the outcome of the elections.

Therefore, the procedure as it has existed so far does not live up to the expectations in terms of increased democratic legitimacy which is the reason that had triggered its introduction in the first place. It is also the most visible expression of a clumsy and uneven mix between supranationalism and intergovernmentalism evidenced by the divergent actions of the (supranational) Commission and EP on the one hand, and of the (intergovernmental) European Council, on the other hand. Consequently, as long as the EU's institutional system as a whole is not thought through and deeply reformed again, the *Spitzenkandidaten* procedure cannot be but remains only an unsuitable partial fix of the EU's democratic problem.

4. Conclusion: a few proposals for the future

If the *Spitzenkandidaten* is not a good idea to improve the EU's democratic legitimacy, then what is? This concluding part will serve to discuss some of the proposals that have been brought forward to this end.

38. Trust in the EU reached its highest level since 2008 in Spring 2019. Eurobarometer, 'Standard Eurobarometer 91: Public Opinion in the European Union', 2019, p. 5.

One of the recurring question is that of the transnational lists to the European elections.[39] I however do not see much potential in this proposal at this stage, first and foremost because the way it should be put in place would presumably amount to partial implementation only. Because only a fraction of the total number of MEPs would be elected on that basis, we would have second or third-class MEPs. It would also make the EP stand from EU citizens as only few MEPs can campaign all across Europe, for reasons of time but also of language skills for example, and as they would not have a local base in the form of a constituency. MEPs themselves have rejected this idea,[40] and they were right to do so.

The idea of a second (or third) parliamentary chamber composed of delegated MPs probably has more potential in the long run as it would allow to bridge again the distance between national parliamentarians and the EU level, and as it would give them a possibility to be heard in budgetary matters for instance, thereby restoring some of the "power of the purse" they have lost following the adoption of Eurocrisis law. A chamber composed of MPs would also be well-suited to hold the Council and the European Council to account collectively, whereas under the current treaty framework they are only under the piecemeal scrutiny some national parliaments exercise over their national representatives. Nevertheless, the creation of such a chamber would require changes to the treaties and a well-crafted system without which the institutional framework would only be unnecessarily further complicated.

Against this background, what is probably most needed at this stage is the following:

- Increased interparliamentary cooperation among national parliaments, and between them and the EP. Interparliamentary cooperation has blossomed over the past decade,[41] but numerous challenges and indeed shortcomings remain. Furthermore, regular interparliamentary cooperation is still limited to certain policy areas for now.
- Communication on EU matters by EU institutions and national institutions, primarily governments, should also urgently be improved. Some initiatives have already been taken to this end, but they are far from sufficient.

39. For a recent account of the debate on this question, see for instance Euractiv's dedicated section "Transnational list" https://www.euractiv.com/topics/transnational-list/ (18.1.2019).
40. European Parliament, "Resolution of 7 February 2018 on the composition of the European Parliament", (2017/2054(INL) – 2017/0900(NLE), 2018.
41. D. Fromage, "A comparison of existing forums for interparliamentary cooperation in the EU and some lessons for the future", *Perspectives on federalism*, 2018, 10, issue 3.

– Another goal should finally be that of achieving higher levels of education on the EU and its functioning across the EU as without this, interest in democratic processes is bound to remain low in any event.

Bibliography

ARTICLES

D. Fromage, "A comparison of existing forums for interparliamentary cooperation in the EU and some lessons for the future", *Perspectives on federalism*, 2018, 10, issue 3.

S.B. Hobolt, "A vote for the President? The role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament elections", *Journal of European Public Policy*, 2014, 21, issue 10.

L. Hamřík and P. Kaniok, "Is it all about European Democracy? The Motives behind the Institutionalisation of the Spitzenkandidaten", *Journal of Contemporary European Research*, 2019, 15, Issue 4.

A. Kocharov, "Constitutional complexities of European democracy in light of the 2014 European Parliament election", *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2014, Issue 4.

BOOKS

O. Costa and F. Saint Martin, *Le Parlement européen*, Paris, La documentation française, 2011.

N. Peñalver García and J. Priestley, *The making of a European President*, Basingstoke, Palgrave, 2015.

F.-X. Priollaud and D. Siritzky, *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, Paris, La documentation française, 2008.

LEGISLATION

Convention on certain institutions common to the European Communities, 1957.

Single European Act, 1986.

Treaty establishing the European Coal and Steel Community, 1951.

OTHER SOURCES

J. M. Barroso, "Speech on the State of the Union", 2012.

K. Deboeuf, "What did we learn from the von der Leyen vote?", EUObserver, 17 July 2019.

Euractiv, "Transnational list", https://www.euractiv.com/topics/transnational-list/ (18.1.2019).

Eurobarometer, "Standard Eurobarometer 91: Public Opinion in the European Union", 2019.

European Council, "Conclusions of the European Council meeting 26-27 June 2014", 2014.

European Parliament, "Resolution of 4 July 2013 on improving the practical arrangements for the holding of the European elections in 2014 (2013/2102(INI))", 2013.

European Parliament, "Resolution of 7 February 2018 on the composition of the European Parliament (2017/2054(INL) – 2017/0900(NLE)", 2018.

European Parliament, 2019 Election results available at : https://europarl.europa.eu/election-results-2019/en (8.12.2019).

European Parliament, "2019 European elections: Record turnout driven by young people", Press release 24 September 2019, 2019.

C. Ghinea, "Is the Spitzenkandidat system really dead? Not if we act now", Euractiv, 13 November 2019.

G. Gotev with A. Brzozowski, "Beyond Spitzenkandidaten", Euractiv, 19 June 2019.

S. Kotanidis, "Preparing the Conference on the Future of Europe", EPRS Briefing, PE 644.202, 2019.

E. Letta, Presentation on the occasion of the workshop "Les élections européennes: quatre enjeux en perspective" held at Sciences Po Paris on 5 February 2019.

Politico.eu, European Parliament elections forecast of 12 February 2019.

Resolution of the European Parliamentary Assembly on the denomination of the Assembly, 30 March 1962.

S. Stolton with A. Brzozowski "Weber forced to stand aside as EU leaders bypass Spitzenkandidaten", Euractiv, 2 July 2019.

L. Tilindyte, "Election of the President of the European Commission Understanding the Spitzenkandidaten process", European Parliament Briefing PE 630.264, 2019.

Part II

The European Parliament and the crises of Europe

Le rétablissement des contrôles aux frontières en Europe. L'espace Schengen et le rôle du Parlement européen

Davide Petrillo[1]

1. Introduction 186
2. Le cadre légal du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures 189
3. La position du Parlement européen sur les reformes du code des frontières Schengen et du règlement Dublin 194
4. Conclusion 199

1. Centre d'Études Internationales et Européennes – Strasbourg.

1. Introduction

La présente contribution a comme objet le rôle institutionnel du Parlement européen dans le cadre des politiques migratoires et de la gestion des frontières intérieures de l'espace Schengen. L'analyse de l'évolution des pouvoirs du Parlement en matière d'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice montre clairement que malgré le processus d'européanisation des politiques en matière de frontière et immigration (commencé avec le Traité d'Amsterdam, jusqu'à l'aboutissement définitif du Traité de Lisbonne), dans ces domaines le poids des décisions des États membres demeure incontournable, les reformes « manquées » du Code des Frontières Schengen (CFS) et du règlement Dublin des deux dernières années constituant un point d'observation privilégié en ce qui concerne la dialectique institutionnelle dans ces matières.

À 40 ans des premières élections du Parlement européen, l'Union européenne, mise à l'épreuve par l'augmentation des flux migratoires, ainsi que par des sentiments croissants de méfiance envers l'idée même d'une gouvernance européenne, semble vivre une crise politique sans précédent. La gestion des flux migratoires est sans doute l'un des éléments déclencheurs de cette crise, car elle met en évidence la faiblesse des règles régissant l'espace de libre circulation, la fragilité de l'équilibre institutionnel et du partage des compétences entre les États et les institutions de l'Union, ainsi que le manque de solidarité des État envers les demandeurs d'asile ainsi qu'entre eux. Il est évident que la liberté de circulation des personnes, affirmée dans les traités, est remise en question par l'entrée dans cet espace sans frontières intérieures d'un nombre inédit de ressortissants des pays tiers qui cherchent en Europe des meilleures perspectives de vie. En effet le discours politique prédominant a voulu lier les questions sociales aggravées par les politiques d'austérité ainsi que par la crise économique globale qui a affecté l'Europe au cours des dernières années, avec la présence toujours plus « massive » d'étrangers, accusés de niveler par le bas les conditions salariales et du travail en général. À l'optimisme économique et politique des années 90, un sentiment général de méfiance, s'est substitué dans le temps, et une certaine rhétorique de l'ouverture des frontières a dû faire face aux besoins de protection et de proximité de la population européenne, qui semble préférer l'idée d'une Europe qui s'enferme. La crise de l'Union européenne est avant tout une crise de l'espace Schengen, ainsi que de l'idée de la libre circulation comme élément fondateur d'un espace commun sans frontières intérieures[2].

2. P. Keraudren, *Réticences et obstacles français face à Schengen : la logique de la politique de sécurité*, pp. 123-145, dans A. Pauly (sous la direction de) *Schengen en Panne*, Institut européen d'administration publique, Maastricht, 1994 ; M. Foucher, *Dynamiques et*

Si d'un côté les efforts de la Commission et des États membres ont visé à « sécuriser » les frontières extérieures, c'est-à-dire à les rendre imperméables aux étrangers qui essaient de les franchir illégalement (parmi lesquels de potentiels réfugiés), de l'autre les gouvernements nationaux ont rétabli des contrôles systématiques de leurs tronçons de frontière intérieure, allant souvent à l'encontre des règles communes en la matière[3]. Le considérant n° 3 des deux versions du CFS[4] affirme que l'augmentation de la pression migratoire aux frontières intérieures ne peut pas constituer une motivation légitime pour réintroduire les contrôles frontaliers. Néanmoins cela a été précisément pour cette raison que six États européens ont fermé leurs frontières à partir de 2015, même au-delà des limites temporelles imposées par le règlement[5].

Les divers acteurs institutionnels européens n'ont pas réagi de la même manière devant cette crise qui est à la fois une crise politique, juridique et démocratique. Politique, car elle est le résultat d'un jeu de forces juxtaposées, qui reflètent les différentes positions des États et des institutions communautaires ; juridique, car les règles communes ne sont pas respectées de la même manière par tous les acteurs, alors qu'aucune procédure d'infraction a été déclenchée contre les États qui ne les respectent pas ; démocratique, car dans l'Espace Schengen les positions du Conseil des ministres de l'UE, dans lequel les intérêts nationaux (mais aussi des gouvernements 'tout court') ont toujours primé sur la volonté du Parlement européen, organe démocratiquement élu par les citoyens européens.

Le Parlement européen, concernant les moyens de contrôle de l'Agence FRONTEX, ou la réintroduction des contrôles frontaliers internes, ou encore la réforme du règlement Dublin, a été toujours porteur de positions attentives aux droits des personnes migrantes, ainsi qu'au principe de solidarité, de coopération loyale et de partage équitable de

blocage de la construction européenne, dans *L'Avenir de l'Europe, Questions internationales*, n° 31 mai-juin 2008 ; J. Kunz, M. Leinonen, *Une Europe sans frontières : pure rhétorique, réalité ou utopie ?*, pp. 191-220 dans A. Pecoud, P. de Guchtenerie, (sous la direction de) *Migrations sans frontières, essais sur la libre circulation des personnes,* éditions Unesco, Paris, 2009 ; L. Leboeuf *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle,* Anthemis, Limal, 2016 ; Y. Lacoste, *Géopolitique des frontières de l'Europe*, dans *L'Europe, quel avenir ?,* CAP, Paris, 2015 ; A. Heller, *Europa: paradox of the European Nation State and the Stranger*, Lit Edizioni, Roma, 2017.

3. A. Adinolfi, *La circolazione tra gli Stati membri dell'Unione degli stranieri in condizione regolare*, dans G. Caggiano (sous la direction de) *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale*, Giappichelli, Torino, 2014 ; M. Foucher, *Le retour des frontières,* CNRS Éditions, Paris, 2016.

4. Règlements CE/562/2006 et UE/399/2016.

5. L'Allemagne le 13 septembre 2015, la République tchèque le 13 septembre 2015, la Slovaquie le 14 septembre 2015, la Belgique le 23 février 2016, la Pologne le 4 juillet 2016, Malte du 29 janvier au 9 février 2017.

responsabilité énoncés à l'article 80 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[6].

La « crise migratoire » des dernières années montre que deux types d'intérêts s'opposent : d'un côté il y a un véritable « intérêt communautaire » allant dans la direction du respect des règles communes, de la défense de la liberté de circulation et des droits des personnes ainsi que d'une idée générale de partage, au niveau communautaire, des efforts et des responsabilités en la matière ; de l'autre, certains gouvernements nationaux, prétendent montrer aux populations (aux électeurs !) qu'ils conservent la maitrise des frontières et la gestion de l'immigration, et par là même la souveraineté.

C'est dans ce contexte qu'une réforme du code des frontières Schengen a été envisagée par la Commission européenne. Le Parlement européen, en tant que co-législateur a marqué sa position lors du vote du 18 novembre 2018.

Le Conseil des ministres devant encore s'exprimer, il y a raison de croire que cette réforme n'arrivera pas à se concrétiser : comme dans d'autres domaines liés à l'espace Schengen les réticences étatiques sont difficiles à vaincre et les règles communes européennes peinent à s'imposer[7].

D'ailleurs, le 16 novembre 2017 le Parlement européen avait aussi amandé de manière radicale la proposition de réforme du règlement Dublin présentée par la Commission, mais le Conseil n'a pas accepté ces propositions, car les gouvernements des plusieurs États membres ont voulu bloquer toute initiative visant à renforcer la solidarité dans ce domaine.

La contribution examinera donc d'abord les règles sur le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures et le comportement des États membres qui les ont suspendus, en suite il sera nécessaire d'analyser plus particulièrement la position du Parlement européen lors des deux réformes envisagées en la matière, la réforme du CFS et du règlement Dublin.

6. G. Campesi, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Derive e approdi, Roma, 2015 ; C. Guilleux, *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile face aux enjeux de la crise des réfugiés en Méditerrané*, Calenda, 2017 ; V. Moreno, *Accessing asylum Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

7. Il s'agit d'une constatation personnelle, le Conseil n'ayant pas délibéré la question au moment de la rédaction de l'article.

2. Le cadre légal du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures

L'analyse de l'évolution des règles sur la réintroduction des contrôles frontaliers montrera que l'équilibre institutionnel mis en œuvre pour l'espace Schengen est très fragile et que malgré l'européanisation des règles qui le régissent, les États gardent un poids déterminant. Les institutions européennes, comme on verra par la suite, jouent un rôle marginal, notamment le Parlement européen, qui semble être véritablement exclu de toute décision en la matière. L'article 67 du traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) affirme que l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice fondée sur l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures. L'article 22 du CFS de 2016 interdit toute vérification aux frontières intérieures, quelle que soit la nationalité des personnes qui les franchissent. L'article 23 élargit la portée de cette interdiction : l'exercice des compétences policières des États ne doit pas avoir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières. Sur ce que signifie « mesure d'effet équivalent », la jurisprudence européenne est intervenue en 2010, clarifiant la portée des articles 20 et 21 du CFS de 2006.

La Cour de justice de l'Union européenne a affirmé que des contrôles portant sur l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci, et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, effectués uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière intérieure doivent être considérés comme équivalents à un contrôle frontalier, et donc contraires au droit européen[8]. Selon le droit primaire de l'Union européenne, ainsi que la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, toute forme de contrôle équivalent aux vérifications à la frontière est donc interdite. Néanmoins, les États membres de l'Union européens ont voulu créer des exceptions à la règle de l'absence des contrôles. Ils ont gardé la possibilité de suspendre *de facto* arbitrairement et unilatéralement ce régime en présence de plusieurs éléments. Dès l'entrée en vigueur des accords de Schengen, l'article 2.2 de la Convention d'application des accords de Schengen (CAAS de 1990) affirmait que l'une des Parties contractantes aurait pu décider de réintroduire des contrôles frontaliers adaptés à la situation, si des questions d'ordre public et de sécurité nationale l'exigeaient. Les États devaient préalablement consulter les autres Parties Contractantes. Or, avec la Convention d'application des accords de Schengen nous ne sommes évidemment pas encore dans le Droit de l'Union Européenne, mais dans une dialectique éminemment interétatique, les accords de Schengen n'étant que des accords internationaux.

8. Aziz Melki C-188/10 et Sélim Abdeli C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

C'est pourquoi la Convention parle de Parties Contractantes et non pas d'États membres, et pourquoi l'on retrouve la référence à une consultation des autres Parties[9]. Une fois l'acquis de Schengen intégré dans le droit de l'UE, le contenu de l'article 2.2 de la CAAS de 1990 a été réaffirmé avec le CFS de 2006, dont le contenu a été modifié par le règlement UE/2016/399.

L'actuel article 25 du CFS de 2016 reformule cette clause de suspension des obligations dérivantes des accords de Schengen : la référence à une consultation des autres États de l'Espace Schengen est effacée alors que des conditions et des procédures ayant le but de garantir le caractère exceptionnel du rétablissement des contrôles frontaliers sont expressément prévues. Selon le texte du règlement, l'État membre concerné par la menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, peut « exceptionnellement réintroduire le contrôle aux frontières intérieures [….] pendant une période limitée d'une durée maximale de trente jours ou pour la durée prévisible de la menace grave si elle est supérieure à trente jours. La portée et la durée de la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour répondre à la menace grave ». L'article suit en affirmant que « la durée totale de la réintroduction du contrôle aux frontières intérieures […] ne peut excéder six mois ». L'article 25 précise une limite maximale de 2 ans en cas de « circonstances exceptionnelles » telles que décrites à l'article 29.

Si d'un côté, nous retrouvons une référence explicite à plusieurs limitations temporelles (trente jours, six mois et deux ans dans des cas de « circonstances exceptionnelles »), d'un autre côté, nous nous rendons compte tout de suite que ces limitations sont véritablement relatives, puisque l'on admet aussi la possibilité de lier la durée de la réintroduction des contrôles à la durée prévisible de la menace grave, qui peut donc dépasser théoriquement les deux ans. C'est en effet sur la base de cet article 25 que la France contrôle systématiquement ses frontières avec l'Italie depuis le 13 novembre 2015, c'est-à-dire depuis 4 ans. Dans un premier temps la réintroduction des contrôles frontaliers avait été décidée pour une période de trente jours à cause de la COP 21 de Paris. Les attentats du 13 novembre ont amené le gouvernement français à décider de maintenir ces contrôles jusqu'au 26 février 2016, puis jusqu'au 27 mars, en suite jusqu'au 26 avril, puis encore au 26 mai. Des nouvelles notifications sont intervenues pour prolonger les contrôles encore jusqu'au 26 juillet 2016, après jusqu'au 26 janvier 2017, au 15 juillet 2017, au 31 octobre 2017, au 30 avril 2018, au 31 octobre 2018, au 30 avril 2019, du 1er mai 2019 jusqu'à

9. V. Hreblay, *Les accords de Schengen*, Bruylant, Bruxelles, 1998 ; E. Balibar, *Europe, Constitution, Frontière,* Éditions du passant, Paris, 2005.

octobre 2019[10]. La question de la durée du rétablissement des contrôles des frontières intérieures prévue à l'article 25 du CFS a été à la base d'un recours administratif en annulation présenté par des associations françaises (GISTI, CIMADE et ADDE) contre la dixième notification de maintien des contrôles présentée par le gouvernement français le 3 octobre 2017 : à ce jour, les limites des six mois prévues à l'article 25 du CFS allaient s'écouler pour la quatrième fois, comme d'ailleurs la limite des deux ans pour des « circonstances exceptionnelles » (novembre 2015 – octobre 2017).

Le Conseil d'État, saisi de l'affaire, s'est prononcé par l'ordonnance n° 415291 du 28 décembre 2017[11]. Il affirme que « si l'article 25 précité limite la durée maximale de la réintroduction d'un contrôle aux frontières intérieures à six mois, il ne fait pas obstacle, en cas de nouvelle menace ou de menace renouvelée pour l'ordre public ou la sécurité intérieure, à la mise en place à nouveau d'un contrôle aux frontières pour une autre période d'une durée maximale de 6 mois, ainsi d'ailleurs que le relève expressément la Commission dans sa recommandation du 3 octobre 2017 sur la mise en œuvre des dispositions du code frontières Schengen relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen ».

Le Conseil d'État cite une recommandation de la Commission du 3 octobre 2017[12], qui, émise dans le but d'équilibrer le recours aux rétablissements aux frontières, légitime, de facto, la pratique française. En particulier : « les dispositions en vigueur du CFS prévoient la possibilité de réintroduire rapidement un contrôle aux frontières intérieures temporaire lorsqu'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure exige une action immédiate dans un État membre, pendant une durée ne pouvant excéder deux mois (article 28). Le code prévoit également la réintroduction d'un contrôle aux frontières pour répondre à une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure en cas d'événements prévisibles, pendant une durée ne pouvant excéder six mois (article 25). L'application combinée des articles 28 et 25 du CFS permet de maintenir un tel contrôle pendant une durée pouvant aller jusqu'à huit mois au total. En outre, une nouvelle menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure entraîne une nouvelle application des règles (et, partant, un nouveau calcul de la durée de réintroduction du contrôle) ».

10. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf consulté le 16 octobre 2019.
11. Conseil d'État, n° 415291, ECLI:FR:CECHR:2017:415291.20171228.
12. Recommandation (UE) 2017/1804 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la mise en œuvre des dispositions du code frontières Schengen relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen.

En somme, plusieurs limites temporelles cumulables entre elles sont prévues pour des cas de figure différents, alors même qu'une clause générale discrétionnaire est prévue pour la circonstance dans laquelle il n'est pas possible de prévoir la durée de la menace grave à l'ordre public ou à la sécurité intérieure. La Commission européenne ne s'est jamais opposée aux différentes décisions de maintien des contrôles. D'ailleurs, le texte du règlement ne prévoit pas non plus des effets particuliers à l'avis éventuellement négatif de la Commission, ni il y a trace, dans les documents officiaux des institutions européennes, de réponses particulières de la Commission aux États membres.

Les articles 26 et 27 du CFS de 2016 créent des critères particuliers ainsi qu'une procédure qui rappelle l'obligation de consulter les autres États membres de l'Union. En particulier, l'article 26 prévoit que l'État qui décide de la réintroduction des contrôles frontaliers doit d'un côté évaluer « la mesure dans laquelle cette réintroduction est susceptible de remédier correctement à la menace pour l'ordre public ou la sécurité intérieure », de l'autre, cette mesure doit être proportionnée à cette menace. Il s'agit, comme l'article 27 du code des frontières Schengen, d'une évaluation véritablement unilatérale de l'État qui a l'intention de réintroduire les contrôles, puisque malgré le devoir d'informer dans un certain délai les autres États, la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil, ces derniers n'ont dans la réalité aucun pouvoir pour s'y opposer. Si la Commission dispose d'un pouvoir générique de donner un avis, les autres institutions de l'Union, notamment le Parlement européen, n'ont aucun rôle à jouer.

Une procédure similaire est prévue ainsi à l'article 28, concernant les « cas nécessitant une action immédiate ». Ainsi les articles 29 et 30 du CFS de 2016 créent un cas de figure nouveau, lié à des circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen. Ces circonstances, dues à des manquements graves persistants dans le cadre des frontières extérieures, doivent entrainer une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure. La nouveauté principale de cet article est le fait que la Commission européenne et le Conseil peuvent jouer un rôle majeur dans le mécanisme décisionnel : lorsqu'aucune mesure est prise par les États pour atténuer la menace grave constatée, « le Conseil peut, en dernier recours et à titre de mesure de protection des intérêts communs au sein de l'espace sans contrôle aux frontières intérieures, recommander à un ou plusieurs États membres de décider de réintroduire le contrôle à toutes leurs frontières intérieures ou sur des tronçons spécifiques de celles-ci. » Cette recommandation doit se fonder sur une proposition de la Commission, qui peut être aussi destinataire d'une demande expresse en tel sens de la part des États. La durée de la réintroduction des contrôles frontaliers sur la base de l'article 29 du

règlement est fixée à 6 mois, prolongeable au maximum trois fois (allant jusqu'aux deux ans). Il faut tout de même préciser que les États demeurent libres de réintroduire les contrôles, au titre de l'article 29, en dehors de la procédure qui voit la participation de la Commission et du Conseil. Le fait que les institutions européennes puissent jouer un rôle de décideur n'est qu'une éventualité subsidiaire qui n'efface pas l'initiative des États en ce sens. C'est là que le Parlement européen devrait pouvoir jouer un rôle plus important. La carence des pouvoirs du Parlement européen dans ce type de décisions montre clairement qu'il s'agit d'une matière totalement remise à l'appréciation unilatérale des États membres.

Sur la base de l'article 29 du CFS, cinq États ont décidé de rétablir les contrôles aux frontières intérieures : Autriche, Allemagne, Danemark, Suède et Norvège. Comme pour le cas français les délais prévus par le règlement (deux ans dans le cas de l'article 29) se sont écoulés.

D'après les textes, les États européens demeurent en principe les titulaires principaux du pouvoir politique de suspendre les obligations découlant du droit de l'espace Schengen, au moins pour les cas « classiques » du rétablissement des contrôles prévus par les articles 25, 26, 27 et 28. Dans ces cas la Commission n'a qu'un rôle consultatif, elle peut seulement rendre un avis. L'espace Schengen et la question des contrôles frontaliers sont toujours régis par une logique intergouvernementale. Le fait que le Parlement européen, c'est-à-dire l'organe démocratiquement le plus légitime parmi les institutions européennes, soit véritablement exclu de tout processus décisionnel, confirme cette dialectique entre États qui est le véritable trait essentiel de la gouvernance de l'espace Schengen. Ainsi, le premier acte politique associé à l'européanisation du droit de l'espace Schengen qui a eu lieu avec le traité d'Amsterdam en 1997 a été le choix d'intégrer les accords intergouvernementaux précédents dans le droit de l'Union, sans que le contenu de ces accords soit rediscuté au sein du Parlement européen. En autres termes, tout en devenant titulaire du rôle de co-législateur dans les domaines régis par le Titre V du TFUE sur l'espace Schengen, le Parlement européen n'a pas pu exprimer sa voie sur tout ce qui avait été décidé par les États avant 1997, dans un cadre purement intergouvernemental.

Cette démarche, cohérente avec l'histoire de l'intégration européenne, montre néanmoins très clairement que le contrôle des frontières constitue l'un des axes principaux d'une souveraineté que les états n'ont pas voulu déléguer au niveau européen. Ce constat semble en contradiction avec la solennité de l'interdiction des contrôles aux frontières intérieures dans l'espace Schengen prévue à l'article 67 du TFUE. Comment l'Union européenne peut-elle assurer l'absence de contrôle des personnes aux frontières intérieures si les États européens peuvent décider

de manière unilatérale de rétablir ces contrôles sans qu'aucun véritable pouvoir ne soit attribué aux institutions européennes pour l'empêcher ? Il est vrai que la Commission européenne rédige tous les six mois un rapport sur l'état de l'espace Schengen, dans lequel figurent aussi les décisions des États membres de rétablir les contrôles frontaliers, mais elle le fait sous la forme de communication et sans donner un véritable avis, le Parlement n'ayant aucune voix en la matière.

3. La position du Parlement européen sur les reformes du code des frontières Schengen et du règlement Dublin

Dans le rapport annuel sur le fonctionnement de l'espace Schengen du 3 mai 2018, le Parlement européen assume une position très nette, condamnant « la réintroduction continuelle de contrôles aux frontières intérieures, qui va à l'encontre des principes fondateurs de l'espace Schengen. » Selon l'assemblée de Strasbourg « un grand nombre de prolongations ne sont pas conformes aux règles en vigueur en ce qui concerne leur durée, leur nécessité ou leur proportionnalité, et sont par conséquent illégales ». Ainsi, le Parlement « prie la Commission d'organiser des visites sur place aux frontières intérieures qui soient véritablement inopinées et d'évaluer la nature et l'incidence des mesures sur place. »[13]

Dans le cadre de la réforme de l'espace Schengen proposée par la Commission en 2017, le Parlement européen a pourtant eu l'occasion de s'exprimer et d'amender des éléments importants du code des frontières Schengen de 2016, notamment en ce qui concerne la durée de la réintroduction des contrôles frontaliers prévue à l'article 29. Les députés européens souhaitent que la durée de ces mesures soit de 2 mois au lieu de 6, sur un maximum d'un an au lieu de deux[14]. Selon le texte adopté par le Parlement européen, les pays de l'espace Schengen devraient fournir une évaluation des risques détaillée si les contrôles temporaires aux frontières sont prolongés au-delà de la période initiale de deux mois. De plus, toute prolongation additionnelle au-delà de six mois nécessitera que la Commission établisse si cette prolongation est conforme aux exigences légales et devra obtenir l'autorisation du Conseil des ministres de l'UE. Les eurodéputés souhaitent également que le Parlement soit davantage tenu

13. Parlement européen, rapport annuel sur le fonctionnement de l'espace Schengen, (2017/2256(INI)).

14. Amendements du Parlement européen, adoptés le 29 novembre 2018, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne les règles applicables à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures (COM(2017)0571 – C8-0326/2017 – 2017/0245(COD)).

informé et impliqué dans la procédure, mais sans aller jusqu'à prétendre un véritable droit de véto en la matière, ce qui serait peut-être nécessaire pour rééquilibrer la dialectique institutionnelle européenne, mais d'impossible réalisation.

Ainsi, dans les considérants du règlement tels qu'amendés par le Parlement, il est fait explicitement référence à la nécessité que la mesure de rétablissement des contrôles soit effectivement une mesure exceptionnelle, à l'obligation pour les états de privilégier d'autres instruments du contrôle du territoire autres que les contrôles frontaliers, ainsi qu'au constat que la pression dérivante de l'augmentation des flux migratoires ne devrait pas être considérée comme menace grave à l'ordre public ou à la sécurité intérieure. En autres termes les députés ont souligné que ces contrôles temporaires aux frontières ont un impact sur la liberté de circulation des personnes, et qu'ils ne devaient être utilisés que dans des circonstances exceptionnelles et en dernier ressort.

Dans un contexte où cinq États européens ont déclenché la procédure prévue à l'article 29 du CFS (Autriche, Allemagne, Danemark, Suède et Norvège) pour une durée excèdent les deux ans désormais, la France faisant la même chose mais en vertu de l'article 25, les députés européens ont estimé nécessaire de proposer des règles plus strictes. Selon le Parlement européen, un usage arbitraire de la possibilité de suspendre les obligations dérivantes du CFS porterait atteinte au maintien de l'espace européen sans frontières. Tanja Fajon, rapporteuse du projet de résolution du Parlement européen, a d'ailleurs déclaré, lors du vote dans l'hémicycle le 29 novembre 2018 : « Schengen est l'une des plus grandes réussites de l'UE. Toutefois, il est gravement menacé par six États qui procèdent actuellement à des contrôles illégaux aux frontières intérieures depuis plus de trois ans, au-delà de la limite maximale de deux ans. Cela démontre que les règles actuelles sont ambiguës et que les États en font un mauvais usage ou une mauvaise interprétation. Si nous voulons sauver Schengen, nous devons mettre fin à cela et fixer des règles claires. » Le texte, adopté par 319 voix pour, 241 contre et 78 abstentions, est aujourd'hui dans les mains du Conseil des ministres de l'Union européenne, mais il paraît peu probable que cet organe approuve les modifications proposées par le Parlement. Le Conseil représente en effet le lieu où les intérêts nationaux, et donc les positions des gouvernements, jouent leur rôle dans une dialectique presque purement intergouvernementale.

Nous sommes dans une situation où les États pris isolément et dans le cadre du Conseil, et les autres institutions de l'Union européenne ont des positions opposées. D'un côté le Parlement européen et la Commission, même si elle le fait plus timidement que le PE, défendent la nécessité de créer des règles plus strictes sur la suspension des obligations du

CFS, dans l'idée que la liberté de circulation devrait être garantie contre les tendances étatiques du renfermement des frontières. De l'autre, les États membres qui ont rétabli les contrôles frontaliers (et qui l'ont fait à l'encontre du cadre légal européen) ne peuvent que défendre leurs positions, alors que même les autres états n'ont aucun intérêt à renoncer à la grande liberté dont ils jouissent grâce aux formulations ouvertes du texte du règlement de 2016.

Cette opposition entre intérêts étatiques et européens, incarnés respectivement par le Parlement et le Conseil, n'est pas nouvelle dans l'histoire récente de l'intégration européenne, et surtout dans le cadre des mesures qui relèvent de l'espace Schengen. La position adoptée par le Parlement dans les négociations de 2016-2017 sur la réforme du règlement Dublin est un exemple. En l'espèce, le 4 mai 2016 la Commission européenne a proposé au Parlement européen et au Conseil une réforme du système de l'asile[15]. La Commission affirmait vouloir « reprendre le contrôle de la situation, en appliquant les règles actuellement en vigueur en matière de gestion des frontières Schengen et en matière d'asile, ainsi qu'au moyen d'une coopération accrue avec les pays tiers clés, en particulier la Turquie. » Selon la Commission, « la situation a mis en évidence des faiblesses plus fondamentales dans la conception de nos règles d'asile, qui nuisent à leur efficacité et ne permettent pas de garantir un partage des responsabilités durable, ce à quoi il convient désormais de remédier. » La réforme envisagée portait sur trois axes principaux : d'abord la nécessité de renforcer la capacité du système à déterminer de manière « efficiente et efficace » l'État membre de l'UE responsable pour chaque demande d'asile, ensuite la création d'un « mécanisme d'attribution correcteur » intégré dans ce système de détermination des responsabilités étatiques. Enfin la Commission envisageait qu'une obligation de demeure dans l'État responsable pour les demandeurs d'asile soit prévue explicitement[16].

Les normes relatives à la détermination des États membres compétents pour analyser les demandes d'asile ne se voient pourtant pas remises en cause par cette proposition : le critère de première entrée demeurerait le critère principal. Mais un mécanisme correctif était prévu à l'article 34 de la proposition, qui s'appliquerait au « profit d'un État membre lorsque ce dernier est confronté à un nombre disproportionné de demandes de protection internationale de l'examen desquelles il est responsable en vertu du règlement »[17].

La position du Parlement européen sur la réforme du règlement Dublin (ou « rapport « Wikström », du nom de son rapporteur, membre

15. COM (2016) 270 final.
16. *Ibidem*, p. 4.
17. COM(2016) 270 final, p. 71.

de la commission LIBE du Parlement européen) est allée, quant à elle, beaucoup plus loin que le contenu de la proposition de la Commission, comme le démontre le mandat de négociation pour la révision du règlement, approuvé durant la session plénière du Parlement le 16 novembre 2017. Le texte voté en plénière était ainsi proposé par la Commission LIBE du Parlement, qui a dédié à la réforme du « système Dublin » des dizaines de réunion courant 2016-2017 et qui a commissionné une étude d'impact très pertinente[18]. Le Parlement s'est véritablement placé en faveur d'une plus grande équité du système d'asile européen, qui devrait être gouverné selon lui par un mécanisme de partage réel, entre États membres de la responsabilité du traitement des demandes d'asiles et de l'accueil des demandeurs.

Cette proposition a eu donc le mérite de remodeler et refonder la hiérarchie des critères en matière de demandes d'asile en les canalisant autour des « liens réels » entre les demandeurs d'asile et certains États : la famille, la résidence antérieure dans un État, la possession d'un visa, le fait d'avoir suivi des études dans un État membre. À défaut de liens, le Parlement proposait la création d'un mécanisme permanent de relocalisation. Il s'agissait d'une règle primaire et non seulement d'un mécanisme opérant en cas de crise, comme prévu à l'origine dans la proposition de la Commission. Cette relocalisation se fondait sur un principe de « juste part de responsabilité », qui déterminait les responsabilités de chaque État membre sur la base d'un calcul prenant en compte le PIB et la population de chaque État. Il s'agissait d'une avancée très importante si l'on considère que dans ce système de relocalisation proposé par le Parlement, les demandeurs d'asile auraient pu choisir entre 4 États membres – à savoir les 4 pays ayant reçu le moins de demandeurs par rapport à « leur juste part ».

Selon Constantin Hruschka cette « idée de donner un choix aux demandeurs concernant leur destination (et leurs accompagnants) est tout simplement révolutionnaire, et brise finalement le tabou qui a jusqu'à présent régné de manière incontestée dans le 'discours Dublin' »[19].

Pour l'Union européenne, adopter le point de vue défendu par le Parlement dans le rapport « Wikström » reviendrait à réformer en profondeur le règlement Dublin afin de faire face à des défaillances que le Parlement définit comme ayant « nature structurelle et fondamentale ». L'assemblée de Strasbourg considère sa propre proposition comme un instrument qui pourrait se révéler efficace sur le terrain et refuse de concevoir les débats relatifs à la réforme du Règlement de Dublin dans une

18. http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf consulté le 13 octobre 2019.
19. *Ibidem*, p. 521.

optique de recherche de consensus institutionnel. Elle refuse en effet que sa proposition ne soit qu'un simple « système qui puisse recueillir l'unanimité au sein du Conseil. »[20]

Dans ce contexte c'est sans surprise que le Conseil annonça le 5 juin 2018 son refus de prendre en considération la proposition du Parlement européen. Des pays comme l'Allemagne, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie et les Pays de Višegrad (Hongrie, Pologne, Slovaquie et République tchèque) se sont en effet opposés au texte en dénonçant toute imposition de quotas « depuis Bruxelles ». Le motif de ce refus est cependant propre à chaque situation étatique. La décision de l'Allemagne s'explique, par exemple, par le fait qu'elle a déjà accueilli volontairement un nombre très important de demandeurs d'asile en 2015 (ce qui a d'ailleurs couté beaucoup à la Chancelière Merkel en termes de soutien populaire). Quant aux États de Višegrad, ils n'ont jamais caché leur refus de faire partie d'un mécanisme de quotas d'accueil européen. L'échec de la relocalisation des demandeurs d'asile menée à partir de 2015 en témoigne[21].

L'Italie s'est également opposée à la proposition du Parlement européen. Cette décision a été largement commentée et analysée par les observateurs politiques italiens. Les mécanismes proposés par le Parlement européen auraient pu soulager l'Italie dans certaines mesures concernant le poids de l'accueil car ils auraient institué un régime de partage de responsabilité entre États européens. Mais la réforme n'aurait concerné que les nouveaux arrivés, alors que les flux d'arrivée sur le territoire italien ont baissé de 80 % ces deux dernières années. En outre, le gouvernement italien de l'époque avait tout à gagner d'une relation conflictuelle avec l'Union européenne. L'inaptitude de l'Union à résoudre la question migratoire constitue en effet l'arme rhétorique principale des deux forces politiques formant le premier gouvernement de Giuseppe Conte : la Ligue et le Mouvement Cinq Étoiles.

Comme l'a affirmé le Secrétaire d'État belge à l'Asile et la Migration Theo Francken en sortant de la réunion du 5 juin 2018, « la réforme de la procédure de Dublin est morte car il n'y a pas de base suffisante pour poursuivre la discussion, plusieurs gouvernements ayant exprimé des réticences importantes lors du Conseil ». Face à cet échec, l'Autriche a d'ailleurs fait part dès sa prise de fonction à la présidence du Conseil de l'Union européenne en juillet 2018 de son intention de ne pas poursuivre les travaux sur le sujet.

20. Rapport (COM(2016)0270 – C8-0173/2016 – 2016/0133(COD)), Exposé des motifs, p. 119.
21. Seuls 33.702 demandeurs d'asile ont été répartis en Europe depuis la Grèce et l'Italie, alors que l'objectif était de 120 000.

4. Conclusion

La « réforme manquée » du règlement Dublin et la stagnation de la réforme du Code des Frontières Schengen sont des symptômes très importants d'une Europe dans l'impasse. Comme pour la crise économique et financière, la « crise de l'accueil » et le renfermement des frontières ont montré très clairement que sur des enjeux vitaux de la vie politique du continent, les États se refusent encore à participer à la construction de politiques communes fondées sur la solidarité. L'avancée des forces populistes anti-européennes préoccupe les gouvernements de l'Europe nord-occidentale, qui ont renoncé à trouver une solution commune à la question de l'accueil. L'évolution institutionnelle de l'UE n'est donc toujours pas parvenue à un système véritablement démocratique puisque le Parlement européen, organe le plus légitime sur le plan de la représentativité du *demos,* reste véritablement désarmé face aux intérêts politiques des gouvernements portés par le Conseil des ministres. Ce déficit démocratique s'illustre notamment dans le domaine des politiques migratoires[22]. Une partie fondamentale de la législation en matière d'immigration ne fait toujours pas partie du droit de l'Union européenne, mais des ordres juridiques nationaux (notamment les règles sur la délivrance des titres de séjour). Quant aux politiques de gestion des frontières et de l'asile (qui constituent le noyau dur de Schengen), elles sont aujourd'hui régies par des normes européennes qui restent cependant substantiellement identiques au contenu des accords intergouvernementaux conclus avant le Traité d'Amsterdam. La faiblesse des obligations découlant de ces normes révèle que les gouvernements des États membres n'ont jamais entendu se défaire du rôle prépondérant qu'ils ont en matière de définition des règles communes sur l'immigration. Les positions adoptées par le Conseil des ministres s'en ressentent. Ces trois années de négociations entre institutions de l'Union européenne en la matière migratoire et « frontalière » montrent que malgré les avancées réalisées par le Traité de Lisbonne, qui a fait du Parlement européen un co-législateur, ce dernier voit son rôle

22. T. M. Wilson, *Sovereignty, Identity and Borders: Political Anthropology and European Integration*, dans L. O'dowd, T. M. Wilson (sous la direction de*) Borders, Nations and States: Frontiers of Sovereignty in the New Europe,* Aldershot: Avebury, pp 199-219 ; G. Morgese, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea* in G. Caggiano (sous la direction de), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014 ; M. Deleixhe, *Aux bords de la démocratie, contrôle des frontières et politique de l'hospitalité,* Classiques Garnier, Paris, 2016 ; S. Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?,* Il mulino, Bologna, 2016 ; P. Bonetti, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea* in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (sous la direction de) *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

de Parlement et de représentant de l'intérêt des citoyens européens nié. Il ne reste qu'à attendre en souhaitant que la crise politique s'achève, qu'un nouvel esprit communautaire s'élève et que les États membres fassent le choix d'une réelle intégration européenne. Une intégration qui devra se traduire avant tout par la redéfinition et le renforcement du poids du Parlement européen qui, quarante ans après sa première élection directe, n'est toujours pas considéré comme le véritable protagoniste de la démocratie européenne. Reste que la concrétisation de tels souhaits se heurte aujourd'hui à un climat politique teinté de souverainisme, ce qui la rend plus qu'hypothétique.

Bibliographie

ARTICLES

A. Adinolfi, « La circolazione tra gli Stati membri dell'Unione degli stranieri in condizione regolare » in G. Caggiano (sous la direction de) *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale*, Giappichelli, Torino, 2014.

P. Bonetti, « I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea » in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (sous la direction de) *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

M. Foucher, « Dynamiques et blocage de la construction européenne » in *L'Avenir de l'Europe, Questions internationales*, n° 31 mai-juin 2008.

P. Keraudren, « Réticences et obstacles français face à Schengen : la logique de la politique de sécurité » in A. Pauly (sous la direction de) *Schengen en Panne*, Institut européen d'administration publique, Maastricht, 1994.

J. Kunz, M. Leinonen, « Une Europe sans frontières : pure rhétorique, réalité ou utopie ? » in A. Pecoud, P. de Guchtenerie, (sous la direction de) *Migrations sans frontières, essais sur la libre circulation des personnes,* éditions Unesco, Paris, 2009.

G. Morgese, « Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea » in G. Caggiano (sous la direction de), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014.

T. M. Wilson,« Sovereignty, Identity and Borders: Political Anthropology and European Integration », in L. O'dowd, T. M. Wilson (sous la direction de*) Borders, Nations and States: Frontiers of Sovereignty in the New Europe,* Aldershot: Avebury.

OUVRAGES

E. Balibar, *Europe, Constitution, Frontière,* Éditions du passant, Paris, 2005.

G. Campesi, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Derive e approdi, Roma, 2015.

S. Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?* Il mulino, Bologna, 2016.

M. Deleixhe, *Aux bords de la démocratie, contrôle des frontières et politique de l'hospitalité,* Classiques Garnier, Paris, 2016.

M. Foucher, *Le retour des frontières,* CNRS Éditions, Paris, 2016.

C. Guilleux, *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile face aux enjeux de la crise des réfugiés en Méditerrané*, Calenda, 2017.

A. Heller, *Europa: paradox of the European Nation State and the Stranger*, Lit Edizioni, Roma, 2017.

V. Hreblay, *Les accords de Schengen*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

Y. Lacoste, *Géopolitique des frontières de l'Europe*, dans *L'Europe, quel avenir ?* CAP, Paris, 2015.

L. Leboeuf *Le droit européen de l'asile au défi de la confiance mutuelle,* Anthemis, Limal, 2016.

V. Moreno, *Accessing asylum Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

LÉGISLATION

Règlements CE/562/2006 et UE/399/2016.

JURISPRUDENCE

Affaires Jointes C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363.

Conseil d'État, n° 415291, ECLI:FR:CECHR:2017:415291.20171228.

AUTRES SOURCES

Recommandation (UE) 2017/1804 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la mise en œuvre des dispositions du code frontières Schengen relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen.

Parlement européen, rapport annuel sur le fonctionnement de l'espace Schengen, (2017/2256(INI)).

Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), COM (2016) 270 final.

Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) (COM(2016)0270 – C8-0173/2016 – 2016/0133(COD)).

Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf.

European Parliament Study, The Reform of the Dublin III Regulation, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf.

L'(im)puissance du Parlement européen face aux contestations de l'État de droit

Beata Jurik[1]

1. Introduction 204
2. L'(im)puissance institutionnalisée du Parlement européen face aux contestations de l'État de droit 208
3. L'(in)capacité du Parlement européen de dépasser les clivages internes 215
4. Conclusion 221

1. Doctorante contractuelle à l'Université de Strasbourg, chargée d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université de Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes (CEIE).

1. Introduction

Cela fait plus d'une décennie que l'Union européenne (UE) traverse une tourmente inédite caractérisée par des différentes crises se succédant l'une après l'autre, au point qu'on peut désormais parler, à l'instar du Président de la Commission Jean-Claude Juncker[2] d'une véritable « polycrise[3] ».

Les référendums néerlandais et français qui avaient enterré le projet constitutionnel commun ont apporté un premier coup dur à la construction européenne. L'adoption du Traité de Lisbonne en 2007 en *catimini* a constitué selon ses rétracteurs une véritable trahison à la démocratie. Un an plus tard l'Union encaisse un nouveau coup dur : elle a du mal à trouver une réponse adéquate à une crise économique et financière, qui touchera surtout, mais pas seulement, la zone euro. En 2010, alors que le marché commence à s'en remettre, l'Union doit faire face à une augmentation exponentielle du nombre des migrants souhaitant rejoindre son territoire. Une fois de plus, les fractures réapparaissent au sein de la communauté affaiblie des États membres, qui ne semblent plus être capables de parler d'une seule voix. Le sentiment de défiance chez les citoyens s'accroît, l'argument du déficit démocratique gagne en force et la désillusion se fait ressentir partout en Europe. Dans les pays de l'ex bloc-soviétique[4], qui ont fraichement accédé à l'Union après une transition démocratique inachevée, la polycrise va se traduire par l'arrivée au pouvoir des partis populistes voire extrémistes. Depuis, une nouvelle crise, celle de l'État de droit[5], menace la construction européenne.

Leurs projets, présentés ouvertement comme illibéraux[6] et usant de la rhétorique populiste, ne consistent pas, contrairement à ce qu'on

2. Discours du Président J-C. Juncker, EP Session plénière, Conclusions sur le Conseil européen des 17 et 18 décembre 2015, prononcé le 19 janvir 2016, Bruxelles, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-16-112_en.htm.

3. « *L'Europe … est confrontée à une conjonction de crises multiples, complexes, multistratificationnelles, venant de l'extérieur ou de l'intérieur de l'Union européenne, et qui surviennent toutes en même temps.* », Jean-Claude Juncker, discours précité.

4. Notamment les cas de la Hongrie où le parti Fidesz de Viktor Orbán a accédé au pouvoir en 2010 ou encore de la Pologne, où depuis 2015 le gouvernement du parti Droit et Justice (PiS) de Jaroslaw Kaczynski a entrepris de nombreuses réformes, menacent l'État de droit. Mais on peut également citer le cas de l'Autriche, de la Roumanie, de la Slovaquie et d'autres.

5. V. Reding, *The EU and the Rule of Law - What next?*, 4 septembre 2013, discours/13/677.

6. Terme introduit dans les débats juridiques par F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy, Foreign Affairs,* Nov./Dec. 1997, 76, 6 ; ABI/INFORM Global, p. 22, repris par V. Orbán dans le discours « *L'ère de l'État basé sur le travail* » — prononcé à l'occasion de la 25e Université d'été de Bálványos », archive du 02 août 2014, sur Site du Premier ministre, 28 juin 2014.

pourrait croire, à revendiquer le départ de l'Union. Au contraire, tout en se proclamant « pro-européens » ils tentent de paralyser l'organisation de l'intérieur en bloquant le processus décisionnel[7]. L'Union sert d'un bouc émissaire lors des campagnes politiques, elle est présentée comme une entité supranationale théocrate voulant imposer la volonté des pays riches au détriment des pays pauvres[8]. Ces mouvements, élus démocratiquement[9], restreignent les droits individuels en mettant en avant l'intérêt de la nation. Ainsi, les changements politiques qu'ils mettent en place portent atteinte aux valeurs de l'Union, auxquelles ils ont librement consenti lors de leur adhésion.

Les États membres les plus emblématiques de cette crise de l'État de droit sont bien évidemment la Hongrie et la Pologne. C'est pourquoi on parle souvent de l'« orbanisation de l'Europe[10] », faisant référence au Premier ministre hongrois Viktor Orbán, qui s'autoproclame « le chantre de la démocratie illibérale[11] ». En effet, depuis 2011 le gouvernement hongrois a adopté une série ahurissante de mesures constitutionnelles et législatives depuis 2011, débouchant sur une véritable capture constitutionnelle[12]. Quelques années plus tard la Pologne a suivi l'exemple de son allié de V4 en adoptant des mesures relatives au Tribunal constitutionnel, au secteur des médias, aux droits des femmes et autres[13]. Aujourd'hui la

7. E. Dubout, *Les droits de l'Homme dans l'Europe en crise*, Cours et travaux n° 21, Université Panthéon-Assas Paris II, Institut des hautes études internationales de Paris, 2018.
8. Ou des pays de l'Est.
9. Élus démocratiquement au moins en début de leur mandat : en 2010 le parti Fidesz accède au pouvoir de manière régulière en Hongrie, mais les élections de 2014 et 2018 peuvent avoir été manipulées selon certains. Voir en ce sens. R. Bazsofy et E. Goat, *Fresh evidence of Hungary vote-rigging raises concerns of fraud in European elections*, 17.05.2019, en ligne : https://www.opendemocracy.net/en/breaking-fresh-evidence-hungary-vote-rigging-raises-concerns-fraud-european-elections/ (consulté le 10.08.2019).
10. Selon le Professeur Kahn, « *l'orbanisation comporte trois volets : l'illibéralisme, le nationalisme européen et le souverainisme communautaire* », S. Kahn, *Vers l'orbanisation de l'Europe,* 16.04.2018, article en ligne sur https://theconversation.com/vers-lorbanisation-de-leurope-94993.
11. *Ibid.*
12. Voir notamment la transformation volontaire du système démocratique hongrois en un système autocrate : L. Pech, D. Kochenov, B. Grabowska-Moroz and J. Grogan, *The Commission's Rule of Law Blueprint for Action: A Missed Opportunity to Fully Confront Legal Hooliganism*, 04.09.2019.
13. K. Blay-Grabarczyk, « Les mécanismes de suivi à l'épreuve de la pratique : l'exemple de la Pologne », *RTD* eur., 2019, p. 321.

crise de l'État de droit se répand dans d'autres pays, tels que la Roumanie, la Slovaquie et Malte[14].

L'État de droit joue un rôle fondamental dans la construction européenne : les atteintes à celui-ci peuvent avoir des incidences sur la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires[15], sur l'économie[16] mais surtout sur les droits des citoyens de l'UE. Il s'agit également de l'une des valeurs que l'Union impose à ses adhérents, il serait donc inadmissible de tolérer qu'un État membre y porte atteinte. Le Professeur Platon[17] rappelle également les conséquences du non-respect du principe de l'État de droit dans les relations entre les institutions de l'Union et les États membres. Le respect des valeurs de l'Union constitue selon lui « une nécessité fonctionnelle de l'Union d'un point de vue vertical[18] ».

L'Union a souvent été critiquée par rapport à son inaction vis-à-vis des pays malmenant l'État de droit. Pourtant, elle dispose d'un certain nombre de mécanismes censés protéger effectivement cette pierre angulaire de la construction européenne.

D'abord, de manière classique, la protection de l'État de droit revient au juge[19]. La Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) assure cette protection dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation[20] ou du recours en manquement. L'initiative du recours en manquement est dans les mains de la Commission, qui en tant que gardienne des traités, assure le respect des valeurs de l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE)

14. Dans ces pays les atteintes à l'État de droit ne sont pas tout à fait de la même nature qu'en Hongrie ou en Pologne. Il s'agit plutôt des soupçons de corruption, mettant en cause les plus hauts responsables politiques des pays mais également l'appareil judiciaire. La Slovaquie et le Malte ont attiré l'attention de l'UE après les meurtres des journalistes d'investigation Jan Kuciak et Daphne Caruana Galizia qui ont enquêté sur les affaires de corruption dans leurs pays respectifs.

15. Voir en ce sens : C.J.U.E. 28.02.2018, aff. C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117 concernant le mandat d'arrêt européen.

16. On peut citer notamment l'exemple de la fraude aux fonds européens qui est devenue une pratique courante dans certains États. La corruption et l'appareil judiciaire dans les mains des politiques favorisent la création d'un environnement propice à la fraude.

17. S. Platon, Colloque « *L'Europe, le grand défi de notre temps* », n° 2, 9 février 2019, p. 59-60.

18. *Ibid*. Exemple du fonctionnement de la procédure préjudicielle impliquant la C.J.U.E. et les juges nationaux.

19. S. Platon, « La justice européenne au secours de l'État de droit ? la Cour de justice de l'Union européenne, gardienne de l'indépendance des juges nationaux », *JADE*, n° 10, 24 mai 2018, ou encore du même auteur « Le respect de l'État de droit dans l'Union européenne : la Cour de justice à la rescousse ? », « Quel État de droit dans une Europe en crise ? », *RDLF*, 2019 chron. n° 36, ou encore F. Ippolito, « Quel contrôle du respect de l'État de droit ? It takes two to tango! », *RTD* eur., 2019, 273.

20. C.J.U.E., *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas*, préc. p. 2.

et peut saisir la Cour dès lors qu'une législation nationale lui semble porter atteinte à celles-ci. Toutefois ce recours s'avère pour le moment relativement inefficace en la matière[21].

Mais la procédure d'infraction n'est pas le seul moyen dont dispose la Commission. En 2014, elle s'est dotée d'un mécanisme supplémentaire, intitulé « Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit »[22]. Ce cadre, dont l'efficacité laisse une fois de plus à désirer[23] a été adopté pour pallier l'impossibilité d'actionner le mécanisme politique : l'article 7 TUE. Très rapidement, le dialogue espéré par la Commission s'est révélé presque aussi difficile à envisager[24] que l'utilisation du « bouton rouge » de la fameuse « arme nucléaire » par le Conseil.

La C.J.U.E. joue alors un rôle important dans la protection de l'État de droit, tout comme la Commission qui se veut omniprésente en la matière. Le Conseil, de manière classique, intervient en dernier. Mais quel est le rôle du Parlement européen ?

Le Parlement européen, le seul organe de l'UE élu au suffrage universel direct depuis 1979, profite de sa légitimité pour se présenter comme un véritable défenseur des droits des citoyens européens, le surveillant et le garant de la démocratie et, par conséquent, de l'État de droit. En quête continue de pouvoirs depuis 1970, ses attributs se sont renforcés à chaque nouveau traité[25].

Pourtant, le Parlement semble, une fois de plus, être victime du déséquilibre institutionnel : les mécanismes prévus pour la sauvegarde de l'État de droit ne lui accordent pas un rôle important. Malgré ce rôle très limité dont il est doté, le Parlement ne compte pas rester à l'écart (Chapitre 2).

Cependant l'impuissance apparente du Parlement ne vient pas seulement de l'extérieur : sa propre incapacité de dépasser les clivages politiques classiques de l'hémicycle nuit encore davantage à son action. Récemment le Parlement a pourtant su trouver une voix commune (Chapitre 3). Mais est-ce suffisant ?

---

21. V. L. Gormley, Infringment Proceedings in A. Jakab, D. Kochenov, (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States'Compliance*, Oxford : Oxford University Press, 2017, p. 65-78, spéc. p. 76-77.
22. COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit /COM/2014/0158 final 11 mars 2014.
23. L. Pech, D. Kochenov, "Better late than never: On the European Commission's Rule of Law Framework and its first activation" (2016) 54(5), *Journal of Common Market Studies*, 1062.
24. Refus catégorique de la Pologne de répondre aux sollicitations de la Commission.
25. O. Costa, 60 ans du Parlement européen, *Revue du droit de l'UE*, 1/2018, p. 35-54.

2. L'(im)puissance institutionnalisée du Parlement européen face aux contestations de l'État de droit

Dans les mécanismes existants de protection de l'État de droit, le Parlement hérite d'un rôle très limité (2.1). Toutefois, le Parlement est parti à la conquête du pouvoir via la pratique des résolutions, qui aujourd'hui jouent un rôle crucial dans le domaine (2.2).

2.1 *Le rôle limité du Parlement européen dans les mécanismes existants de protection de l'État de droit*

En reprenant le rôle accordé au Parlement européen dans chaque mécanisme de protection existant, on se rend compte que le Parlement est, une fois de plus, mis de côté au détriment de la Commission et du Conseil qui restent les principaux acteurs sur scène.

Concernant d'abord le mécanisme prévu à l'article 7 TUE, celui-ci a été qualifié, de manière inappropriée[26], d' « option nucléaire » par Emmanuel Barroso[27]. En effet, l'image utilisée par l'ancien président de la Commission fait référence à la guerre, à l'utilisation d'une arme hyperpuissante, à la destruction totale d'un pays. Il s'agit, comme le fait remarquer à juste titre le Professeur Kochenov, d'un outil présenté comme étant « too strong too toxic to be used »[28]. Or l'article 7, qui rappelons-le, a été inséré dans le Traité d'Amsterdam en 1997, avant l'adhésion des États de l'ex bloc soviétique, a justement été conçu comme un moyen de prévention de recul de démocratie[29]. Il est, par conséquent, censé venir au secours des valeurs essentielles dans le pays où le pouvoir en place dévie de manière a priori involontaire de sa trajectoire.

L'assimiler à une arme nucléaire signifie également oublier que le mécanisme comporte trois procédures distinctes : d'abord, le § 1[30] permet de constater qu'il existe « un risque clair de violation grave par un État membre des valeurs de l'article 2 ». Contrairement à ce qui est souvent

26. D. Kochenov, *Busting the Myths Nuclear: A Commentary on Article 7 TEU*, EUI Working Paper No. Law 2017/10, University of Groningen Faculty of Law Research Paper, 08.05.2018.
A. von Bogdandy, C. Antpohler, M. Ioannidis, *Protecting EU Values – reverse Solange and the Rule of law framework*, MPIL Research Paper Series n° 2016-04.
27. Discours sur l'état de l'Union, 12 septembre 2012, en ligne : https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_fr.htm?locale=fr (consulté le 11.08.2019).
28. « Trop puissant et trop toxique pour être utilisé » : D. Kochenov, préc. p. 10.
29. D. Kochenov, préc.
30. Cette phase « préventive » a été ajoutée par le Traité de Nice de 2000.

évoqué, son déclenchement ne requiert point l'unanimité au Conseil et il n'est pas automatiquement assorti de sanctions. Il est donc tout à fait envisageable d'y avoir recours pour mettre en garde un État susceptible de porter atteinte aux valeurs essentielles de l'Union.

À ce stade-là, le Parlement européen dispose d'un pouvoir de proposition. La proposition doit être motivée et votée à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, représentant la majorité des membres qui le composent[31]. Ensuite, elle est transmise au Conseil qui statue à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres. Là encore, le Parlement a son mot à dire, mais son pouvoir d'approbation s'avère assez limité car on imagine mal comment le Parlement pourrait aller à l'encontre de la décision du Conseil, si celui-ci décide de conclure à l'existence d'un risque clair de violation.

Une question d'interprétation s'impose ici : le Parlement peut effectivement déclencher la procédure[32] ? Le Conseil est-il par la suite tenu de statuer sur la question ? Le texte de l'article 7§1 est flou sur ce point : « le Conseil statuant à la majorité… peut constater qu'il existe un risque clair de violation ». En effet le Parlement ne dispose pas de pouvoir de contraindre le Conseil à procéder au vote. La preuve en est que dans ses résolutions postérieures[33] le Parlement fait appel au Conseil, qui reste muet[34]. Néanmoins, on peut se demander si le Conseil, compte tenu de la légitimité dont dispose le Parlement, ne devrait pas être politiquement obligé de poursuivre la procédure lancée par les représentants des citoyens de l'Union lorsque ceux-ci défendent l'État de droit.

En revanche le § 2 permet de constater « une violation grave et persistante par un État membre des valeurs essentielles ». On ne se contente plus d'un simple risque, c'est pourquoi une telle condamnation politique nécessite l'unanimité du Conseil. Elle peut déboucher sur des sanctions prévues au paragraphe suivant. En effet, la procédure de sanctions[35] ne peut pas être déclenchée suite à l'utilisation de l'article 7§1, mais seulement une fois que la condamnation politique prévue à l'article 7§2 a eu lieu. Les sanctions ne sont pas non plus automatiques et échappent complètement au Parlement.

31. Article 354 alinéa 4 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
32. Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)).
33. Une nouvelle résolution du Parlement européen du 14 novembre 2018 sur la nécessité d'un mécanisme approfondi de l'Union pour la protection de la démocratie, de l'état de droit et des droits fondamentaux (2018/2886(RSP)).
34. Deux réunions du Conseil des affaires générales, 19 février 2019 et du 19 avril 2019 en ligne : https://www.consilium.europa.eu/fr/meetings/gac/2019/04/09/ (consulté le 10.08.2019).
35. Suspension du vote au Conseil, sanctions financières.

Il s'agit d'un véritable signal politique fort aux autorités de l'État membre concerné. Le Parlement ne dispose plus de droit d'initiative : il doit se contenter d'une simple approbation une fois que le Conseil a statué. Cependant, puisque le Conseil doit statuer à l'unanimité, il semble irréel que le Parlement puisse ne pas approuver la décision du Conseil. Il serait politiquement lié par l'unanimité.

Le nouveau cadre pour l'État de droit, cette invention de la Commission faite sur mesure pour garder la mainmise sur le domaine, est censé remédier aux inconvénients de l'article 7. Le mécanisme comporte une simple information du Parlement et du Conseil des discussions poursuivies par la Commission avec l'État membre. Dans le point 3 de la Communication, la Commission se dit « disposée à poursuivre les discussions avec les États membres, le Conseil et le Parlement européen sur ces questions ». Le Parlement et le Conseil seraient donc informés régulièrement et en détail des progrès accomplis à chacune des trois étapes. Bizarrement dans les conclusions, la Commission évoque « le rôle essentiel » du Parlement européen[36], sans toutefois préciser de quel rôle il doit s'agir.

Dans sa Résolution du 25 octobre 2016[37] le Parlement a demandé à la Commission d'établir un mécanisme contraignant pour surveiller le respect de l'État de droit dans les États membres. Sous le nom de « Pacte de l'Union en faveur de la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux », le Parlement proposait l'instauration d'un rapport annuel, incluant des recommandations spécifiques par pays, suivie d'un débat interparlementaire annuel incluant les parlements nationaux, qui indiquerait les modalités de traitement des risques potentiels et violations, des conditions d'activation du mécanisme préventif ou correctif de l'article 7. Dans l'article 9 de cette résolution, le Parlement « met l'accent sur le rôle clé que le Parlement et les parlements nationaux devraient jouer pour analyser dans quelle mesure les valeurs communes à l'Union progressent et pour contrôler le respect de ces valeurs (…) ; souligne le rôle clé du Parlement dans le maintien du débat continu nécessaire dans un consensus commun de l'Union sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux en tenant compte des changements de notre société (…) ». Le Parlement a donc tenté de renforcer ses pouvoirs, mais en vain. La Commission qui est normalement tenue de fournir une réponse motivée au Parlement, a simplement rejeté cette proposition en estimant que les mécanismes existants étaient suffisants.

36. Communication préc. p. 3 « *Outre l'action de la Commission, le rôle du Parlement européen et du Conseil sera essentiel pour renforcer la détermination de l'Union à défendre l'état de droit* ».

37. Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux (2015/2254(INL)).

Suite à cet épisode malheureux, le Parlement décide de hausser le ton dans sa Résolution du 14 novembre 2018[38]. Face à l'inaction des gardiens privilégiés de l'État de droit, le Parlement va les mettre en garde : « si la Commission et le Conseil continuent de refuser l'établissement d'un pacte pour la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux, le Parlement pourrait prendre l'initiative d'élaborer un rapport pilote (…)[39] ». Le dernier rappel à l'ordre du Parlement est destiné au Conseil qui doit « assumer comme il se doit son rôle institutionnel dans les procédures en cours au titre de l'article 7, paragraphe 1, du traité UE, de tenir le Parlement pleinement et immédiatement informé à toutes les étapes de la procédure ainsi que d'inviter le Parlement à lui présenter sa proposition motivée[40] ». Les élus des citoyens de l'Union vont donc au-delà du texte de traité, qui ne prévoit pas un droit d'information.

En avril 2019 a vu le jour une proposition d'un nouveau mécanisme[41] qui une fois de plus réserve une place assez limitée au Parlement. En cas de défaillance généralisée de l'État de droit dans un État membre, l'Union européenne devrait pouvoir agir contre cet État sur le plan budgétaire. Il serait en effet possible de suspendre le versement d'une partie des fonds structurels accordés à l'État en question. Cependant ce mécanisme n'est pas tout à fait nouveau. En effet, le règlement du 17 décembre 2013 permet déjà à la Commission de suspendre tout ou partie des paiements intermédiaires lorsqu'il existe « une insuffisance grave dans le bon fonctionnement du système de gestion et de contrôle [d'un] programme opérationnel (…)[42] ». Or, ce dispositif semble effectivement utilisable en matière de corruption ou dans l'hypothèse où les juridictions ne peuvent plus assurer un contrôle de l'utilisation des fonds.

Le caractère inédit du mécanisme reste donc sujet aux critiques. Une autre source de critique réside dans le rôle minime joué par le Parlement. En effet, depuis que la Communauté est financée par des ressources propres[43] le Parlement partage avec le Conseil le pouvoir d'amender, d'adopter et de rejeter le projet de budget élaboré par la Commission. Il serait donc tout à fait logique que le nouveau mécanisme associe le Parlement au contrôle du respect de l'État de droit. Alors que dans les

38. Résolution du Parlement européen du 14 novembre 2018 sur la nécessité d'un mécanisme approfondi de l'Union pour la protection de la démocratie, de l'état de droit et des droits fondamentaux (2018/2886(RSP)).
39. Résolution préc., point 7.
40. Résolution préc., point 8.
41. Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relatif à la protection du budget de l'Union en cas de défaillance généralisée de l'état de droit dans un État membre, Bruxelles, le 2 mai 2018, COM(2018) 324 final, 2018/0136(COD).
42. Article 142§1, a).
43. Décision 70/243/CECA, CEE, Euratom du Conseil relative au remplacement des contributions financières par des ressources propres du 21 avril 1970.

justifications et objectifs de la proposition de la Commission on retrouve un clin d'œil au Parlement, qui devrait « lui aussi, être pleinement associé à tous les stades », la proposition ne prévoit par la suite que la simple information de celui-ci de « toute mesure proposée ou adoptée en application des articles 4 et 5[44] ».

Malgré le rôle très limité que les textes accordent au Parlement en matière de protection de l'État de droit, les députés ont su profiter d'un pouvoir quelque peu « oublié » afin d'influencer le jeu au sein du triangle institutionnel (2.2).

2.2 *Le rôle crucial du pouvoir tribunitien du Parlement européen dans la conquête de l'influence au sein du triangle institutionnel*

C'est grâce au « pouvoir tribunitien[45] », lequel consiste en l'adoption de résolutions non législatives que le Parlement a pu monter sur scène. Certes ces résolutions ont une portée juridique limitée mais elles en font « le principal animateur d'un espace public européen en voie d'émergence[46] ».

À l'origine, faute d'autres compétences, les résolutions constituaient le seul véritable pouvoir du Parlement. Leur importance a considérablement baissé avec le développement de ses compétences formelles. C'est pourquoi, pendant longtemps on a considéré qu'elles étaient limitées dans leur portée, en raison de manque d'écho chez les citoyens. En effet, les résolutions souvent assez techniques ne sont que très rarement relayées par les médias.

Pourtant, en matière d'État de droit, ce n'est pas vrai : les résolutions bénéficient d'une grande attention du public car elles touchent aux questions d'intérêt général. Il suffit de rappeler la portée de la résolution récente du Parlement sur la situation de l'État de droit en Slovaquie et en Malte[47]. En effet, celle-ci a fait l'état de la situation de corruption et d'autres atteintes à l'État de droit dans les deux pays après les assassinats des journalistes d'investigation Kuciak et Caruana Galizia et a été très attendue par l'opinion publique.

44. Proposition préc., point 7.
45. O. Costa, *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.
46. *Ibid.*
47. Résolution du Parlement européen du 28 mars 2019 sur la situation en matière d'état de droit et de lutte contre la corruption dans l'Union, notamment à Malte et en Slovaquie (2018/2965(RSP)).

L'avantage de ces résolutions réside dans la liberté d'expression dont bénéficient les députés du Parlement. En effet, contrairement à la Commission qui doit plus faire attention à son expression, le Parlement peut adopter une véritable position politique.

Si on analyse de près les résolutions adoptées par le Parlement en la matière, le Parlement s'adresse non seulement aux États, mais encore à ses partenaires institutionnels. Si les députés se permettent de lancer de tels appels politiques résonants, c'est parce qu'ils peuvent s'appuyer sur la légitimité démocratique de leur organe.

Depuis le début de la crise de l'État de droit, le Parlement n'a cessé d'alerter sur la situation en Hongrie[48]. En 2015, le Parlement a par exemple condamné[49] le discours d'Orbán sur la réintroduction de la peine de mort en Hongrie. Suite à cela, et malgré l'appel à action du Parlement, la Commission a refusé d'actionner son mécanisme de dialogue, en estimant que même si la situation en Hongrie était préoccupante, il n'y avait pas de menace systémique de violation de l'État de droit. Aujourd'hui ce choix de la Commission est très critiqué[50].

En 2016 le Parlement a condamné à nouveau une série des lois anti-européennes et anti-immigration adoptées en décembre 2015. La Commission, elle, a refusé une fois de plus d'actionner le mécanisme et a préféré utiliser la méthode de recours en manquement.

Un an plus tard, le Parlement hausse donc davantage le ton. Il rappelle à la Hongrie ses obligations en matière d'État de droit mais il s'adresse une fois de plus à ses partenaires institutionnels. Le Parlement « déplore que la Commission n'ait pas réagi à la demande d'activation du cadre de l'UE formulée dans ses résolutions de 2015 et 2016 », il critique ouvertement la Commission sur son utilisation régulière de la procédure d'infraction qui s'avère inefficace. Face à l'inaction d'autres institutions les députés décident d'engager la procédure, en chargeant la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures[51] d'élaborer un

48. Résolution du Parlement européen du 16 février 2012 sur les récents événements politiques en Hongrie (2012/2511(RSP)), Résolution du Parlement européen du 3 juillet 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux: normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012) (2012/2130(INI)), Résolution du Parlement européen du 10 juin 2015 sur la situation en Hongrie (2015/2700(RSP)), Résolution du Parlement européen du 16 décembre 2015 sur la situation en Hongrie (2015/2935(RSP)) : suivi des résolutions de 2015, Résolution du Parlement européen du 17 mai 2017 sur la situation en Hongrie (2017/2656(RSP)).

49. Certes de justesse, *Infra,* p. 11.

50. En effet, la Commission a refusé d'activer le mécanisme de dialogue contre la Hongrie or elle l'a fait contre la Pologne. Son principal argument (politique) tenait au fait que Viktor Orbán n'a jamais refusé le dialogue avec les institutions européennes.

51. Article 83 du Règlement du Parlement européen.

rapport spécifique invitant le Conseil à agir conformément à l'article 7 TUE. Cet appel va déboucher sur le désormais fameux rapport Sargentini de 2018[52].

Concernant la Pologne la situation est semblable. Le Parlement a voté plusieurs résolutions[53] en tirant la sonnette d'alarme pour faire agir la Commission dont la seule action entreprise s'est heurtée à un véritable mur de silence polonais. Les autorités polonaises ont en effet refusé le dialogue avec la Commission[54]. C'est pourquoi, dans sa Résolution du 15 novembre 2017[55] le Parlement a non seulement réaffirmé son inquiétude face aux évolutions législatives actuelles en Pologne mais il a également demandé, comme cela a été le cas concernant le cas hongrois, à sa Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures d'élaborer un rapport spécifique en vue de mettre aux voix une proposition motivée invitant le Conseil à agir conformément à l'article 7§1 TUE. Un mois plus tard la Commission déclenche elle-même la procédure.

À l'heure actuelle, ce déclenchement a donné lieu à trois auditions du gouvernement polonais devant le CAG[56], sur la base des quatre recommandations correctives[57] qui avaient été émises par la Commission européenne entre juillet 2016 et décembre 2017, ainsi que sur l'application des décisions de la C.J.U.E. concernant la Pologne. L'organisation du vote dépend de la bonne volonté de la présidence du Conseil, qui a été assurée, jusqu'au 30 juin 2019 par la Roumanie, un autre État susceptible d'être visé pour les menaces à l'État de droit. Une récente résolution du Parlement[58] met justement en garde l'État roumain, qui fait preuve d'un véri-

52. Rapport du 4 juillet 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)).
53. Résolution du Parlement européen du 13 avril 2016 sur la situation en Pologne (2015/3031(RSP)), Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur les récentes évolutions en Pologne et leurs conséquences sur les droits fondamentaux inscrits dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2016/2774(RSP)).
54. Recommandation (UE) 2016/1374 de la Commission du 27 juillet 2016 concernant l'État de droit en Pologne JO L 217 du 12 août 2016, p. 53, Recommandation (UE) 2017/146 de la Commission du 21 décembre 2016 concernant l'État de droit en Pologne complétant la recommandation (UE) 2016/1374 (JO L 22 du 27 janvier 2017, p. 65) et recommandation (UE) 2017/1520 de la Commission du 26 juillet 2017 concernant l'État de droit en Pologne complétant les recommandations (UE) 2016/1374 et (UE) 2017/146 (JO L 228 du 2 septembre 2017, p. 19.
55. Résolution du 15 novembre 2017 du Parlement européen sur la situation de l'état de droit et de la démocratie en Pologne (2017/2931(RSP)).
56. Conseil des ministres, Affaires générales.
57. Recommandation préc. Point 51.
58. Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2018 sur l'état de droit en Roumanie (2018/2844(RSP)).

table désintérêt pour ces questions. Il faudrait donc attendre la présidence finlandaise.

Le Parlement européen semble donc chercher des remèdes à son impuissance institutionnalisée et il y parvient relativement bien via les résolutions. Mais ces résolutions ne sont pas non plus le reflet d'un véritable accord au sein de l'hémicycle. Au contraire, leur adoption ne se passe pas des querelles politiques assez virulentes qui affaiblissent, voire parfois paralysent l'action du Parlement européen. Ainsi, l'incapacité du Parlement de dépasser les clivages politiques internes diminue encore davantage son poids en la matière (Chapitre 3).

3. L'(in)capacité du Parlement européen de dépasser les clivages internes

L'hémicycle européen est comme tout parlement un lieu propice au développement des querelles internes qui freinent son action. Il en est de même lorsqu'il s'agit d'agir contre les menaces à l'État de droit. (3.1). Avant la fin de la huitième législature, les députés ont pourtant su trouver une voix commune afin de déclencher la procédure de l'article 7§1 TUE. Ce dépassement de la logique bipartite sera-t-il suffisant pour préserver le rôle dont le Parlement s'est doté ? (3.2).

3.1 *La logique partisane freinant l'action du Parlement contre les menaces à l'État de droit*

Le slogan de l'entrée en fonction de la précédente[59] législature a été « cette fois-ci c'est différent », faisant référence aux pouvoirs accrus du Parlement depuis le Traité de Lisbonne. Pourtant, les députés n'ont pas pu renverser le courant pour protéger l'Union et ses citoyens face aux nombreuses crises. Une des principales raisons de cette inaction a été sans doute l'incapacité de l'hémicycle d'oublier les clivages nationaux classiques voire le bipartisme gauche/droite et de parler d'une voix commune du peuple européen.

Pendant plus de vingt ans, le jeu politique au sein de l'hémicycle a en effet été dominé par une logique de bipartisme. Les deux grands groupes, le Parti Populaire Européen (PPE) et les Socialistes-Démocrates (S&D) pouvaient à eux seuls former une majorité. Cela ne veut pas dire que le clivage droite-gauche n'était pas présent mais plutôt que ce clivage pouvait être soit rapidement oublié, s'il fallait trouver un consensus pour adopter

59. Huitième législature 2014-2019.

un texte législatif, soit rapidement remis sur la table, par exemple lorsqu'il s'agissait d'agir contre un grand parti national du groupe concurrent.

La volonté de certains députés (notamment du PPE) de fermer un œil lorsqu'il s'agit de pointer du doigt leurs collègues du parti explique en grande partie la différence de traitement réservé aux deux plus mauvais élèves de l'Union.

Le parti PiS Droit et Justice, qui détient la majorité à la Diète en Pologne fait partie du groupe des conservateurs et réformistes européens. Il s'agit d'un groupe relativement petit, au sein duquel le parti de Kaczynski est certes majoritaire, mais au sein de l'hémicycle ils n'ont pratiquement aucun poids. C'est pourquoi les résolutions du Parlement adoptées contre la Pologne l'ont été plus facilement, avec un ton sévère. Le Parlement n'a pas hésité à exprimer à la Commission « son soutien sans faille » pour le déclenchement de la procédure de l'article 7 TUE.

En revanche, concernant la Hongrie, les députés ont été plus prudents. Pour cause, les douze députés du parti Fidesz de Viktor Orbán sont membres du groupe PPE, l'un des piliers de l'hémicycle. Selon Maia de la Baume[60] ils « votent à 98 % avec le PPE, plus que les députés allemands du groupe ». Par conséquent, les autres députés du groupe ont toujours fait preuve d'une certaine retenue lorsqu'il s'agissait de monter le ton contre les orbanistes. Ceci explique par exemple pourquoi le vote du rapport Tavares le 2 juillet 2013[61] s'est déroulé dans un climat extrêmement conflictuel. Le texte a été adopté à 370 voix pour, 249 contre, et 82 abstentions. Les députés du PPE ont voté, dans leur grande majorité, contre le rapport. Manfred Weber, le spitzenkandidat du groupe PPE n'a pas hésité à le qualifier d'« attaque politiquement motivée des partis de gauche »[62]. De la même manière, la Résolution de 2015 sur la réinstauration de la peine de mort en Hongrie[63] a été adoptée de justesse car selon les députés du PPE ils ne pouvaient pas « réprimer des dires, il ne se passe rien de grave ».

Ce n'est donc pas tant le Parlement entier qu'on doit blâmer, c'est avant tout le groupe auquel « l'enfant terrible », comme l'on surnomme souvent Orbán, et son parti appartiennent. Les Professeurs Kelemen et Pech ont par ailleurs estimé que le groupe s'est avéré « incapable de tracer des lignes rouges en son sein, les dirigeants du PPE ont non seulement

60. PPE oficial, Politico EU, propos récoltés par Ryan Health, 4 juin 2017.
61. Rapport du 25 juin 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012) (2012/2130(INI)), Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapporteur: Rui Tavares.
62. PPE, Communiqué de presse du 10 juin 2015.
63. Résolution préc. P. 8.

encouragé Orbán dans ses dérives, mais ils sont devenus complices de la descente de la Hongrie vers l'autoritarisme[64] ». En 2015, dans une interview accordée à EUROACTIV le président du PPE Joseph Daul a, de façon quelque peu hypocrite, mis en avant la volonté d'Orbán de dialoguer avec ses collègues européens : « Il est en fait le seul chef de gouvernement qui vient toujours s'expliquer devant le Parlement européen. Nous avons eu des problèmes avec le premier ministre socialiste de Roumanie, Victor Ponta. Je lui ai demandé de venir expliquer quelque chose au Parlement et nous attendons toujours ! C'est l'enfant terrible de la famille PPE, mais je l'aime bien et nous trouvons toujours des solutions[65] ».

Ce bipartisme a sans doute constitué un frein à la volonté de monter en puissance du Parlement. Sa compatibilité avec l'auto-désignation du Parlement en tant qu'avocat des droits fondamentaux et de la démocratie est à débattre. Le jeu de bipartisme supranational rendait selon certains, le Parlement « blind eye » face aux contestations de l'État de droit. Le Professeur Kelemen propose également une explication intéressante de la tolérance de deux grands groupes des dérives de certains États. Il désigne ce phénomène par un terme de « subnational authoritarianism[66] ». En bref, un tel fonctionnement est normal dans les régimes démocratiques fédéraux. Tant que le niveau bas reste relativement modéré, pas trop répressif, tout va bien. Il s'agit donc d'un régime hybride. En revanche dès que ce niveau bas bascule vers une démocratie illibérale, ou « electoral authoritarianism » cela commence à poser des soucis. C'est ce qui s'est passé avec la Hongrie qui est récemment devenue le premier État membre de l'UE à être déclassé au statut de « partiellement libre[67] ».

Transposé au PPE, celui-ci avait des raisons politiques pour protéger les partis membres autocratiques tant qu'il n'en subissait aucun coût. Aucun coût notamment auprès de ses électeurs, car ceux-ci étaient désintéressés par les jeux de l'hémicycle. « Le problème » c'est que l'intérêt des citoyens pour l'UE ne cesse de s'accroître. Les questions liées à l'État de droit intéressent les citoyens, ils se sentent directement touchés par les

64. D. Kelemen et L. Pech, *Ejecting the autocrat: the EPP must ditch Orbán to salvage what remains of its credibility*, 08.03.19, en ligne https://www.euronews.com/2019/03/08/ejecting-the-autocrat-the-epp-must-ditch-orban-to-salvage-what-remains-of-its-credibility.
65. C. Barbière, "*Daul: 'Orbán is the 'enfant terrible' of the EPP family, but I like him'*", 03.07.2015, en ligne : https://www.euractiv.com/section/uk-europe/interview/daul-orban-is-the-enfant-terrible-of-the-epp-family-but-i-like-him/.
66. D. Kelemen, Europe's Other Democratic Deficit: National Authoritarianism in Europe's Democratic Union, Volume 52, *Special Issue 2: Democracy without Solidarity : Political Dysfunction in Hard Times*, 04.2017, p. 211-238.
67. Rapport Freedom House, « *Freedom in the World 2019* », Democracy in Reatreat, en ligne : https://freedomhouse.org/sites/default/files/Feb2019_FH_FITW_2019_Report_ForWeb-compressed.pdf (consulté le 10.08.2019).

résolutions adoptées par le Parlement européen. La pression de l'opinion publique européenne s'est accentuée ces dernières années.

Après des innombrables dérives tolérées, les députés ont pourtant su franchir le pas dans le contexte des élections de 2019. Le dépassement apparent de la logique partisane suffira-t-il à garantir une meilleure protection de l'État de droit ? Rien n'est moins sûr.

3.2 *Le dépassement de la logique partisane insuffisant ?*

Le Rapport de Judith Sargentini du 4 juillet 2018, permettant d'activer le mécanisme de l'article 7§1 TUE, a été voté le 12 septembre 2018 par 448 voix pour, 197 contre et 48 abstentions. La majorité a donc été atteinte et même permise grâce aux voix d'une partie du groupe PPE. Cette fois-ci, contrairement à 2015[68] le groupe n'avait pas fixé les consignes de vote. 116 élus du PPE sur 218 ont décidé de suivre la direction préconisée par le président du groupe Joseph Daul[69], qui cette fois-ci n'a pas proposé la main de secours à Viktor Orbán.

Le rapport énumère les atteintes systémiques contre les valeurs de l'Union par le gouvernement d'Orbán. Il est question du fonctionnement du système constitutionnel et électoral, de l'indépendance de la justice et droits des juges, de la corruption et conflits d'intérêts, de la protection des données et de la vie privée, de la liberté d'expression, de la liberté académique, de la liberté de religion, de la liberté d'association, des droits des minorités, y compris les Roms et les Juifs, des droits fondamentaux des migrants et des réfugiés, des droits économiques et sociaux… Les députés ont décidé d'activer le § 1 de l'article 7, c'est-à-dire un mécanisme de prévention contre « un risque clair de violation des valeurs de l'article 2 TUE[70] » alors que les éléments énumérés plus haut ne sont plus des simples menaces à l'État de droit. Cependant, il faut le rappeler, l'activation du § 2 échappe au Parlement et reste dans les mains de la Commission ou d'un tiers des États membres.

À l'approche des élections, le gouvernement d'Orbán a décidé de faire jouer la carte de l'opinion publique contre les institutions européennes. Cette fois-ci (alors qu'il faudrait plutôt dire « une fois de plus ») Orbán a dépassé la ligne rouge. Il n'a pas forcé des nouveaux juges à

68. Lors du vote de la résolution sur la réinstauration de la peine de mort.
69. Le tweet du 11 septembre 2018 de Joseph Daul : « *L'Union européenne est fondée sur la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit, le respect des droits de l'homme et une société civile libre. Le PPE ne fera pas de compromis là-dessus, quelle que soit l'affiliation politique* ».
70. *Supra*, p. 4.

démissionner de la Cour constitutionnelle. Il n'a pas porté encore plus atteinte aux droits des demandeurs d'asile privés de repas et enfermés dans les camps de rétention. Le gouvernement Orbán a fait un tour de roulette hongroise à ses collègues du PPE : en menant une campagne de propagande qui affichait le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, son allié depuis toujours, en train de comploter avec George Soros, son ennemi n° 1 depuis toujours, pour inonder la Hongrie d'immigrants, Orbán a trahi le parti qui le défend depuis des années au prix de gagner les élections nationales. Et là, contrairement au postulat de 2015 selon lequel on ne pouvait pas réprimer des dires[71], le PPE décide d'agir.

Le 20 mars 2019 le PPE décide de la suspension provisoire du Fidesz du parti[72]. S'agit-il d'un véritable divorce avec le PPE ? Non pas vraiment. D'abord, le parti PPE et le groupe PPE sont légalement distincts. Certes les députés de Fidesz se sont vus retirer leurs droits de vote aux réunions du PPE, mais ils n'ont pas été privés de leurs droits au sein de l'hémicycle. En effet l'article 2 de la proposition de la présidence à l'assemblée politique, énonce que « la suspension implique de ne participer à aucune réunion de parti, de ne plus avoir de droit de vote, de ne plus avoir le droit de proposer des candidats pour des postes ». Les délégués du groupe, dont certains membres de Fidesz, n'ont donc pas eu de mal à voter pour la suspension apparente (190 pour, 3 contre) du parti du Premier ministre hongrois. Un coup de théâtre ou le dernier compromis ? « S'il n'y avait pas eu de compromis, j'aurais quitté le PPE », a déclaré Viktor Orbán lors d'une conférence de presse qui a suivi le vote. Les députés de l'Alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe (ADLE) ont tout de suite réagi en accusant le PPE d'un coup de théâtre pré-élections.

Suite à la suspension, Viktor Orbán a refusé de soutenir le Spitzenkandidat du PPE Manfred Weber dans la course à la présidence de la Commission. Il a, par ailleurs, participé à des réunions avec les ténors de l'extrême droite européenne[73], il a aussi laissé planer un doute sur l'avenir de son parti post-élection et sa possible participation au groupe des conservateurs pour rejoindre ses alliés polonais de PiS[74]. Tout ce climat

71. *Supra*, p. 11.
72. Décision de l'Assemblée politique de PPE du 20 mars 2019, en ligne : https://www.epp.eu/papers/proposal-of-the-epp-presidency-to-the-political-assembly-regarding-the-epp-membership-of-fidesz/ (consulté le 11.08.2019).
73. Notamment avec Matteo Salvini – conférence de presse commune le 2 mai 2019 près du Château de Buda.
74. A. Tidey, *Orban says Fidesz may leave EPP and seek alliance with Poland's ruling party*, 8 mars 2019, en ligne : https://www.euronews.com/2019/03/08/orban-says-fidesz-may-leave-epp-and-seek-alliance-with-poland-s-ruling-party (consulté le 11.08.2019).

haineux de « je (ne) t'aime (plus), moi non plus » a perduré jusqu'aux élections.

Ou juste un peu avant les élections : c'est Manfred Weber, qui tend, une fois de plus, la main à Orbán en lui proposant de se soumettre à une évaluation par un comité de trois sages du PPE, à savoir l'ancien président du Conseil, Herman Van Rompuy, l'ancien président du Parlement, Hans-Gert Poettering, et l'ancien chancelier autrichien, Wolfgang Schuessel. Ce comité sera chargé de surveiller que les conditions proposées par Weber[75] à Fidesz, seront bel et bien mises en place pour les élections européennes. Orbán adresse au Comité une lettre d'explication, dans laquelle il réitère ses positions sur l'immigration et sur la nécessité de protéger les valeurs chrétiennes du peuple européen. Il insiste sur le caractère pro-européen de son parti.

Après les élections, le ton change. Viktor Orbán a au moins partiellement rempli les conditions posées par le conservateur allemand pour garder Fidesz au PPE, notamment en s'excusant auprès de ses collègues du groupe pour les avoir qualifiés d'« idiots utiles[76] ». Après les élections Orbán appelle « à préserver l'unité des forces conservatrices », ajoutant que le groupe devait « organiser une campagne solide et continuer à soutenir le Spitzenkandidat Manfred Weber[77] ». Weber constitue pour Orbán un candidat bien moins dangereux que le candidat des S&D, Frans Timmermans.

Aux élections, le PPE et le S&D perdent la majorité à eux seuls. Il s'agit d'une première depuis 20 ans, qui met fin au bipartisme historique et à la grande coalition qui leur a permis de bâtir des compromis sur des textes législatifs et de se partager des postes. Après les élections de 2019 « les deux grands » ne sont plus « les plus grands » et doivent trouver des alliances avec les Verts et les libéraux de Renew Europe. Les partis souverainistes, eurosceptiques voire europhobes obtiennent ainsi 177 élus sur 751, soit 23,6 % de l'hémicycle.

Dans cette nouvelle configuration des forces, le PPE va avoir encore plus de mal à se passer de désormais 13 députés de Fidesz. Les sociaux-

75. Ces conditions sont au nombre de 3 : la suppression immédiate « des affiches et autres dispositifs utilisés pour la fausse campagne contre le président Jean-Claude Juncker, la reconnaissance du préjudice politique causé par sa campagne et la clarification de questions juridiques en suspens au sujet de l'Université d'Europe centrale.

76. D. Marton, Hungary's Orban asks European conservatives not to expel his party, 14 mars 2019, en ligne : https://www.reuters.com/article/us-hungary-eu-orban-apology/hungary-pm-orban-asks-european-conservatives-not-to-expel-his-fidesz-party-idUSKCN-1QV17Q (consulté le 11.08.2019).

77. A. Brzozowski, B. Rios et G. Fortuna, *Le PPE opte pour une suspension à l'amiable du Fidesz*, 21 mars 2019, en ligne : https://www.euractiv.fr/section/avenir-de-l-ue/news/epp-votes-to-suspend-hungarys-fidesz-party-membership/.

démocrates (S&D) se gardent de trop critiquer la droite sur le cas Orbán, car ils comptent aussi en leur sein un membre qui pose actuellement souci du point de vue de respect de l'État de droit : les socialistes roumains du PSD. La Commission avait en effet envisagé, après quelques mises en garde, de déclencher la procédure contre l'État roumain pour violation de l'État de droit.

Au centre aussi (Renew Europe), on s'interroge sur le mouvement ANO du Premier ministre tchèque, Andrej Babis. Le milliardaire qui est par ailleurs le premier employeur privé du pays, a pris le contrôle des deux journaux les plus importants du pays en 2013 alors que ceux-ci publiaient des articles critiques à son encontre lors de son entrée en politique. Aujourd'hui, il est poursuivi pour détournement des fonds publics et pour la fraude aux fonds européens. Actuellement, six députés tchèques siègent au groupe ALDE. Un autre parti roumain, PSD ALDE a préféré quitter le groupe ALDE avant d'être officiellement exclu (Save Romania Union et Freedom Unity and Solidarity). Les libéraux ont déjà annoncé qu'ils ne collaboreront pas avec le PPE si Fidesz en fait toujours partie.

Les Verts, les grands gagnants des élections de 2019 sont plus prudents dans leurs propos, mais disent exclure également la collaboration avec les groupes anti-européens.

Ainsi, la recherche d'une majorité au sein de l'hémicycle s'annonce assez compliquée pour la 9e législature : trouver 376 voix pour voter une résolution contre la Hongrie ou la Pologne sera extrêmement difficile, d'autant plus que les partis conservateurs pourront compter non seulement sur leurs soutiens classiques du V4 mais aussi probablement sur les partis euro-sceptiques voire europhobes. Et un éventuel Brexit va encore changer la donne.

Le nouveau Parlement parviendra-t-il à dépasser non pas le clivage bipartite comme c'était le cas lors de la huitième législature, mais l'éclatement de l'hémicycle auquel doit faire face la neuvième ? Ou s'agira-t-il d'un frein supplémentaire dans sa quête de pouvoir ?

4. Conclusion

En matière de protection de l'État de droit, le Parlement européen semble pour le moment pagayer dans les eaux tourbillonnantes. Les textes mettant en place les mécanismes de protection de l'État de droit ne lui accordent pas un rôle qu'il mériterait en raison de sa légitimité démocratique. Et lorsqu'il parvient tout de même à se soustraire à cette impuissance institutionnalisée, il se heurte à sa propre incapacité de parler non seulement à voix haute mais encore à voix unique.

Bibliographie

ARTICLES

K. Blay-Grabarczyk, « Les mécanismes de suivi à l'épreuve de la pratique : l'exemple de la Pologne », *RTD eur*., 2019, p. 321.

O. Costa, « 60 ans du Parlement européen », *Revue du droit de l'UE*, 1/2018, p. 35-54.

E. Dubout, « Les droits de l'Homme dans l'Europe en crise », *Cours et travaux*, n° 21, Université Panthéon-Assas Paris II, Institut des hautes études internationales de Paris, 2018.

F. Ippolito, « Quel contrôle du respect de l'État de droit ? It takes two to tango! », *RTD eur.*, 2019, 273.

D. Kelemen, Europe's Other Democratic Deficit: National Authoritarianism in Europe's Democratic Union, Volume 52, Special Issue 2: Democracy without Solidarity: Political Dysfunction in Hard Times, 04.2017, p. 211-238.

D. Kochenov, Busting the Myths Nuclear: A Commentary on Article 7 TEU, EUI Working Paper No. Law 2017/10, University of Groningen Faculty of Law Research Paper, 08.05.2018.

L. Pech, D. Kochenov, B. Grabowska-Moroz And J. Grogan, The Commission's Rule of Law Blueprint for Action: A Missed Opportunity to Fully Confront Legal Hooliganism, 04.09.2019.

L. Pech, D. Kochenov, « Better late than never: On the European Commission's Rule of Law Framework and its first activation (2016) 54(5) », *Journal of Common Market Studies*, 1062.

S. Platon, Colloque « L'Europe, le grand défi de notre temps », n° 2, 09.02.2019, p. 59-60.

S. Platon, « La justice européenne au secours de l'Etat de droit ? la Cour de justice de l'Union européenne, gardienne de l'indépendance des juges nationaux », *JADE*, n° 10, 24.05.2018.

S. Platon, « Le respect de l'Etat de droit dans l'Union européenne : la Cour de justice à la rescousse ? « Quel État de droit dans une Europe en crise ? » », *RDLF,* 2019, chron. n° 36.

A. Von Bogdandy, C. Antpohler, M. Ioannidis, « Protecting EU Values – reverse Solange and the Rule of law framework », *MPIL Research Paper Series,* n° 2016-04.

F. Zakaria, The Rise of Illiberal Democracy, Foreign Affairs, Nov./Dec 1997, 76, 6; ABI/INFORM Global, p. 22.

OUVRAGES

O. Costa, *Le Parlement européen, assemblée délibérante*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.

V. L. Gormley, « Infringment Proceedings », in A. Jakab, D. Kochenov, (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States'Compliance*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 65-78, spéc. p. 76-77.

AUTRES SOURCES

D. Kelemen et L.Pech, Ejecting the autocrat: the EPP must ditch Orbán to salvage what remains of its credibility, 08.03.19, en ligne https://www.euronews.com/2019/03/08/ejecting-the-autocrat-the-epp-must-ditch-orban-to-salvage-what-remains-of-its-credibility.

COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit /COM/2014/0158 final 11 mars 2014.

Décision 70/243/CECA, CEE, Euratom du Conseil relative au remplacement des contributions financières par des ressources propres du 21.04.1970.

Recommandation (UE) 2016/1374 de la Commission du 27 juillet 2016 concernant l'État de droit en Pologne JO L 217 du 12.8.2016.

Recommandation (UE) 2017/146 de la Commission du 21 décembre 2016 concernant l'État de droit en Pologne Recommandation (UE) 2016/1374 de la Commission (JO L 22 du 27.1.2017).

Recommandation (UE) 2017/1520 de la Commission du 26 juillet 2017 concernant l'État de droit en Pologne Recommandation (UE) 2016/1374 et (UE) 2017/146 (JO L 228 du 2.9.2017).

Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relatif à la protection du budget de l'Union en cas de défaillance généralisée de l'état de droit dans un État membre, Bruxelles, le2.5.2018, COM(2018) 324 final, 2018/0136(COD).

Résolution du Parlement européen du 16 février 2012 sur les récents événements politiques en Hongrie (2012/2511(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 3 juillet 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012) (2012/2130(INI)).

Résolution du Parlement européen du 10 juin 2015 sur la situation en Hongrie (2015/2700(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 16 décembre 2015 sur la situation en Hongrie (2015/2935(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 13 avril 2016 sur la situation en Pologne (2015/3031(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 17 mai 2017 sur la situation en Hongrie (2017/2656(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur les récentes évolutions en Pologne et leurs conséquences sur les droits fondamentaux inscrits dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2016/2774(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux (2015/2254(INL)).

Résolution du 15 novembre 2017 du Parlement européen sur la situation de l'état de droit et de la démocratie en Pologne (2017/2931(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)).

Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2018 sur l'état de droit en Roumanie (2018/2844(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 14 novembre 2018 sur la nécessité d'un mécanisme approfondi de l'Union pour la protection de la démocratie, de l'état de droit et des droits fondamentaux (2018/2886(RSP)).

Résolution du Parlement européen du 28 mars 2019 sur la situation en matière d'état de droit et de lutte contre la corruption dans l'Union, notamment à Malte et en Slovaquie (2018/2965(RSP)).

Rapport du 25 juin 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012) (2012/2130(INI)), Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapporteur : Rui Tavares.

Rapport du 4 juillet 2018 relatif à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)).

The rise of populist parties and its effects on the European elections

Valentina Faggiani[1]

1. The increase of populist parties in the EU 226
2. The rule of law backsliding 226
3. The left and right-wing parties in the Western Europe 229
4. The dangerous escalation of the right wing populist parties in Central-Eastern EU 234
5. A first reading of the elections to the European Parliament and the new European Commission: lights and shadows of Ursula von der Leyen's Presidency 237
6. Some considerations on the 'populist moment' in the EU 240

1. Assistant Professor in Constitutional law, Faculty of Law, Granada University. This paper was presented at the conference "The European Elections, 40 years after. Assessment, Issues and Prospects", that was held at the University of Bordeaux, 9 and 10 May 2019, during the stay of the author as Visiting Professor. This study was made in the framework of the research project on "The response of the EU to the crisis of the rule of law", under the supervision of Sébastian Platon, Professor of Public Law at the University of Bordeaux.

1. The increase of populist parties in the EU

This contribution aims at analysing whether populist parties truly represent a 'threat' to the EU and to the rule of law in the EU Member States or if the presence of indices of populism is structural, inherent in the constant transformation of society. The results of the last European elections, the consequent articulations of alliances between parties and political groups and the distribution of key parliamentary seats show us some trends in this sense.

To answer this question, this paper is composed of three sections. Firstly, the paper contends that the rule of law has suffered a progressive decline in recent years. The doctrine speaks about the 'rule of law backsliding'[2]. Secondly, using comparison, the paper tries to pin down the notion of populist parties, their characteristics and their constitutional impact on the domestic constitutional systems in the EU at this moment. A distinction is made between Western and Central-Eastern Populism, between right and left populism, and between the techniques implemented by these parties to gain and maintain power.

Finally, the paper discusses whether and how national populist trends have affected the European level. The following points will be considered: the new composition of the European Parliament after the election of 26 May 2019, the groups to which the populist parties belong and the new alliances, strengths and weaknesses of these parties, the differences between the new and the previous composition and the distribution of offices.

2. The rule of law backsliding

Müller defines the rule of law backsliding 'as the process through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints, which aim to systematically weaken, annihilate or capture

2. Regarding the "rule of law backsliding", see J.-M. Müller, "Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?", *European Law Journal*, vol. 21, n. 2, 2015, pp. 141-160; K.L. Scheppele and L. Pech, "What is Rule of Law Backsliding?", *Verfassungsblog*, 2nd March 2018; L. Pech and K.L. Scheppele, "Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU", *CYELS*, vol. 19, 2017, pp. 3-47; D. Waldner and E. Lust, "Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding Annual", *Review of Political Science*, vol. 21, n. 1, 2018, pp. 93-113. According to the authors "the most generic definition that we can imagine captures the idea of incremental within-regime change: Backsliding entails a deterioration of qualities associated with democratic governance, within any regime. In democratic regimes, it is a decline in the quality of democracy; in autocracies, it is a decline in democratic qualities of governance" (p. 95).

internal checks on power with a view of dismantling the liberal democratic State and entrenching the long-term rule of the dominant party'[3].

The causes of this regression are many and varied. They are both exogenous, such as the crises of the EU (economic crisis, refugees' crisis, the threat of terrorism, Brexit and now the sanitary emergency of Covid-19), and endogenous, such as the intrinsic internal weakness of EU States.[4] These regressions have highlighted the contradictions within the European integration process and the internal problems of the EU Member States. This crisis, that in the past affected the 'more vulnerable States', such as Hungary and Poland, is now expanding, although to a different extent, to the other Member States. It is becoming a general trend.

The rule of law backsliding is dangerous from several points of view.

From an internal perspective, the backsliding is dangerous because it formally appears within legality. It seems that in countries, where this involution is stronger, welfare, stability and security through the adoption of demagogic measures are ensured. By doing this, the uneasiness of society is aleviated. The Hungarian and Polish Governments, for example, use the typical democractic mechanisms to undermine the autonomy of the institutions of control, such as the judiciary, the Constitutional court, the security forces and the media. These institutions have become policy instruments.

From an external point of view, for the EU, the rule of law backsliding is dangerous because it affects not only the citizens of the country in which controversial measures have been adopted but also the citizens of the Union who reside there, although they have the nationality of another, and indirectly all EU citizens. Despite this, these countries continue to be part of the Union and, therefore, to participate in its decision-making processes, determining its decisions, and adopting binding rules. The backsliding in one Member State can affect the EU and its architecture as a whole. In this sense, a deficient constitutional State automatically becomes a deficient EU 'State of Law'[5].

3. J.-M. Müller, *op. cit.*, p. 141.

4. V. Faggiani, "La 'rule of law backsliding' como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE", *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 71, 2019, pp. 57-99.

5. A. von Bogdandy and M. Ioannidis, "La deficiencia sistémica en el Estado de derecho: qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer", *Revista de Estudios Políticos*, n. 165, 2014, p. 27.

Therefore, a State, which assumes 'illiberal'[6] characters, does not seek to respect fundamental European values, it has no interest in achieving a correct application of Union law and it does not want to cooperate. It is not willing to adopt all the political, administrative and judicial measures (both in civil and criminal matters) to ensure the effectiveness of EU law. It is putting at risk the entire European construction. One of the consequences in this situation is that the mutual trust that constitutes the basis for the application of the principle of mutual recognition disappears[7].

The EU should not permit a State to infringe fundamental European values. Therefore, when the tolerance threshold is exceeded, it must intervene to restore legal certainty and trust in institutions not only of citizens but also of the other Member States. However, the EU's response has been late and insufficient. The crisis has so far been underestimated. The EU did not see or did not want to see its intensity and effects on the integration project and it ignored a possible domino effect.

One of the main characteristics of this difficult situation has been the instability of traditional parties and the rise in certain countries of right-

6. The concept of "illiberal democracy", "constitutional populism", "constitutional authoritarianism" or "authoritarian constitutionalism" seems like an oxymoron and contradicts the essence of "constitutionalism", which is based on the principle of the separation of powers, its guarantees through the imposition of checks and balances and the presence of a system of fundamental rights that seeks to protect not only the rights of the majority but especially of minorities. In this regard, see you, W. Sadurski, "How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding", *Sydney Law School Legal Studies, Research Paper*, n. 18/01, 2018, 71 p.; G. Halmai, "The Making of 'Illiberal Constitutionalism' with or without a New Constitution. The Case of Hungary and Poland", *https://me.eui.eu*, pp. 1-28. The author criticizes the concept of "illiberal constitutionalism" or "illiberal democracy" or "authoritarian" or "illiberal constitutionalism", although he considers that he can speak of Constitutions in authoritarian regimes (p. 2). In this sense, according to J. - W. Müller, "The Problem With Illiberal Democracy", *www. socialeurope.eu*, 27th January 2016, it would be incorrect to affirm that in Poland or Hungary "illiberal democracies" have been established. It should speak of "autocratic regimes". On the concept of "illiberal democracy", see you F. Zakaria, "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs,* November/December 1997, pp. 22-43; and regarding the concept of "constitutional authoritarism" see you: M. Tushnet, "Authoritarian Constitutionalism", *Cornell Law Review*, 100, 2015, pp. 391-462, specially pp. 409-410.

7. V. Faggiani, "Le crisi sistemiche dello stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'UE", *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, 2019, pp. 195-228; and V. Faggiani, *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

and left-wing populist parties and new reactionary movements[8]. These parties are characterised by the presence of charismatic personalities, the construction of a common identity, the appeal to the people, the hostility to the establishment and the current legal framework, the need for radical changes and the personalisation of politics.

3. The left and right-wing parties in the Western Europe

The so-called 'post-democratic context'[9], in which we live, is characterised by the 'populist moment'[10], the 'populist challenge to the Constitutional State', the 'spectrum of populism'[11]. It is very difficult, almost impossible, to define what populism is and to identify the common denominator of populist parties and reactionary movements[12]. Populism is characterised by the 'Cinderella Complex'[13], looking for the perfect foot to fit the shoe. This paper identifies a 'populistic technique' or 'strategy' and with it reveals some general trends. To simplify the analysis and to

8. M. Manetti, "Costituzione, partecipazione democratica, populismo", *Rivista AIC*, n. 3, 2018, p. 376. The author consideres that in political science current European populisms are described as "*la variegata manifestazione di un nuovo cleavage, insorto con la globalizzazione e con l'integrazione europea, destinato ad opporre i 'vincenti', coloro che vedono con favore l'apertura economica e culturale, ai 'perdenti', coloro che se ne sentono minacciati. Il doppio versante di questo cleavage favorirebbe l'insorgere di populismi di sinistra*" ... "*accanto ai già conosciuti populismi di destra, che resistono soprattutto all'immigrazione e all'ingresso di altre culture, rivendicando la salvaguardia dei valori religiosi e nazionali*".

9. C. Crouch, "Post-Democracy and Populism", *The Political Quarterly*, vol. 90, n. 1, 2019, pp. 124-137.

10. C. Mouffe, *Per un populismo di sinistra*, Laterza, 2018. According to the author, "left populism is the most adequate strategy to recover and extend the ideals of equality and popular sovereignty, which are constitutive of democratic politics. In this sense, it should adopt a strategy of 'radical reformism' alternative to 'pure reformism' and 'revolutionary politics' ".

11. C. Pinelli, "La sfida populistica allo Stato costituzionale", *Parole chiave*, n. 1, 2010, pp. 143-154. The author designates "*populismo quell"ideologia che, contestando la classe politica per aver perso ogni legame con la "reale volontà del popolo", promette di darle voce attraverso nuovi leader, movimenti o partiti*" (p. 143). "*Dietro lo spettro del populismo*" there would be a trust deficit (p. 154). In this regard, see also E. Pavolini, "Il populismo fra offerta politica e radici socio-economiche", *Stato e mercato*, n. 112, 1, 2018, pp. 127-140. The author defines it as a "*fenomeno polimorfo, ma con alcuni tratti ben chiari*" (p. 129).

12. In this regard, see P. Segatti, "Sul populismo, alcune considerazioni", *Stato e mercato*, n. 1, 2018, pp. 37-60. The author considers the populism as "an unresolved problem, an elusive concept, declined in the plural" (p. 37, 56).

13. Regarding the "Cinderella complex", see: "To Define Populism", The Isaiah Berlin Virtual Library, Isaiah Berlin 1968. http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib-111bLSE.pdf

make a more complete framework, we propose, from a comparative point of view[14], a rapid and non-exhaustive set, distinguishing between Western and Central Eastern Populism, and between right and left populism[15].

This technique is generally based on the idea of community (us) against an enemy to fight (them). The difference between the various populisms could be in the identification of 'them'. In left-populism, the enemy is the oligarchy. By contrast, for right populism, the enemy is, for example, the foreigner. The populist strategy opposes 'the pure people' to 'the corrupt elites'[16]. The right-wing populists, according to a conception of virtuous people, tend to exclude, for example, migrants[17] or ethnic minorities, while left populism is more inclusive and it conceives 'the people' as a 'collective will'.

These parties are also headed by a leader, a charismatic person, who seems to interpret the needs of the people, the '*demos*'. In both cases, however, populism would be opposed to constitutionalism, constituting a historically recurrent pathology, such as an instrument 'of internal corruption of the democratic process', based on the 'manipulation of consent',

14. For an analysis of populism from a comparative point of view, see you: T.S. Pappas, *Populism and liberal democracy: a comparative and theoretical analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2019; and H. Kriesi and T.S. Pappas (eds.), *European populism in the shadow of the great recession*, ECPR Press, Colchester, 2015.

15. S. Vassallo and M. Valbruzzi, "I partiti della Grande Recessione contro i partiti della Grande Depressione. Un nuovo cleavage o un'altra bolla?", *Stato e mercato*, 1, 2018, pp. 87-116, afirm that the classic line of division, left and right, is substituted by the so-called "emerging" or "challenger" and "mainstream parties". The latter would be the group of traditional parties, the "parties of the Great Depression", that have inspired European parties for almost a century. The emerging or '"Great Recession" parties, instead, would be more recent. They have a destructuring potential, that could radically change the dimensions of the competition between parties and their dynamics of collaboration or coalition. Within this group, in turn, we have to distinguishe those with populist characteristics (most of them) from the few cases of simply 'new' parties like *En Marche*! o *Ciudadanos*, which despite harsh criticisms of traditional parties, do not share with the populist parties neither the conspiracy narrative nor the misunderstanding of political and social pluralism (p. 97). Within this group, in turn, it can distinguish those with populist characteristics (most of them) from the few cases of simply "new" parties like *En Marche!* or *Ciudadanos*, which, despite the strong criticisms of traditional parties, doesn't share with those populist the conspiracy narrative nor the misunderstanding of political and social pluralism (p. 97).

16. C. Mudde, "The Populist Zeitgeist", *Government and Opposition*, vol. 39, n. 4, pp. 541-563.

17. G. U. Rescigno, "Populismo (presunto, asserito, proclamato) e diritto costituzionale in Italia", *Ragion pratica*, n. 1, 2019, pp. 273-288. The author considers that: "*Non so se la parola populismo è appropriata per nominare questa linea politica: mi paiono più appropriate le parole razzismo, xenofobia, nazionalismo, egoismo. In ogni caso non si tratta di parole ma di linee politiche e di lotta politica"* (p. 286).

destined to become a mere assent, as in totalitarian regimes, through the new forms of 'polling' or 'telematic" democracy[18].

The modern populism does not formally eliminate the fundamental structures of the constitutional state, the guarantees and the checks and balances mechanisms, but it takes care to 'capture' them. It modifies their substance, through the constant appeal to popular legitimacy. This is probably its most problematic aspect. The situation in Poland offers us a clear example of how these governments, without modifying the Constitution in a formal sense, have affected the substance, through a series of legislative measures with which they have tried to undermine autonomy and neutralise judicial independence.

In western countries, the left- and right-wing populist movements have generally emerged or in any case gained more support after the economic crisis.[19] The economic crisis has caused the fragmentation of historical parties and has been the detonator of 'in and outside' problems that have produced the crisis of EU States and their constitutional structure. From the internal point of view, EU States had to overcome the crisis of representative democracy and of extremely corrupt mainstream political parties. In Spain, for example, this context broke the traditional bicameralism and has produced a strong fragmentation (it has had four general elections in 4 years). From an external point of view, it has to consider the globalisation that has eroded national sovereignty, the traditional democratic deficit in EU governance[20] and immigration.

18. In this sense, A. Spadaro, "Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee", *www.forumcostituzionale.it,* 2009, pp. 16 and 17 ss. The author considers that populism would be a kind of inevitable and childish disease of constitutional democracy, a kind of measles, dangerous but curable. On the other hand, G. Ferraiulo, "Rappresentanza e populismo", *Rivista AIC*, n. 3, 2017, p. 6, considers that "*Il populismo – in conclusione – non definisce (esclusivamente) una patologia del sistema democratico ma ne rappresenta, in qualche misura, un elemento necessario e costitutivo*".

19. Before the economic crisis, we find the FPÖ of Jörg Haider and the Front National. According to A. Martinelli, "Populism and the Crisis of Representative Democracy" in A. Martinelli (ed.), *Populism on the Rise: Democracies under Challenge?,* ISPI, Milano, 2016, p. 14, "*linkage of the political crisis to the economic crisis populism is a controversial and slippery concept. It has become a 'catch-all word', as a century ago Joseph Schumpeter defined a similarly widely used word: 'imperialism'*".

20. According to P. Magri, "Introduction" in A. Martinelli (ed.), *Populism on the Rise: Democracies under Challenge?* cit.: "In turn, citizens are increasingly tempted to perceive the EU as a giant eating up nations' sovereignty and people's rights and savings. But the EU is just a giant with feet of clay whose fragility will be further tested" (pp. 8 and 9). The test case is, on the one hand, the national elections and, on the other hand, the elections to the European Parliament.

On the one hand, concerning the left wing populist parties, one can see, for example, that in Spain *Podemos*[21] *(now Unidas Podemos)* was created by the movement of *indignados* of 15-M[22] and from the deep crisis of the two traditional parties: the PSOE (socialist) and the PP (conservative). Similarly, in Italy, after a long period of economic recession and two years of technical government of Letta, the 5-Star Movement became the first force in the 2013 elections. Then in the 2016 local elections it won several municipalities and, in particular, the two big cities of Turin and Rome[23]. Similarly, in Greece, the rise of Syriza is related to the devastating economic crisis.

However, in recent times these three parties are undergoing a turnaround. *Unidas Podemos* in the election of April 2019 obtained 14.31 % (42 seats), less than in the elections of 2016, in which it won 10 % (71 seats) and in 2015 69 %. In Italy, the Five Stars Movements (M5S) with 32.7 % in the Chamber of Deputy was the most voted party in 2018, improving on its good results of 2012 (25.55 %). Despite this, the last European elections were characterised by the fall of the M5S (17 %) and the triumph of the League. Syriza, the outgoing Greek government party led by Prime Minister Alexis Tsipras, was defeated in the 7 July 2019 election, with 31.5 %.

21. A. Barrio López, "El populismo y la excepcionalidad española", *Quaderni di diritto e política ecclesiastica*, vol. 25, n. 2, 2017, pp. 263-276. According to the author Spain constitutes an exception to populist contagion. *Podemos* is in her opinión "*un partido de izquierda radical de acuerdo con los criterios establecidos por March y Mudde (2004). Radical porque rechaza la estructura socioeconómica subyacente del capitalismo contemporáneo y sus valores y prácticas y porque propugna estructuras económicas y de poder alternativas que implican una redistribución importante de los recursos de las élites políticas existentes. Y de izquierdas por su adhesión de los derechos económicos y sociales colectivos. Aunque su radicalidad se ido matizando*" (p. 269).

22. In this regard, see you E. Guillén López, "Las enseñanzas del 15-M (El léxico constitucional frente a la crisis de legitimidad)" in I. Gutiérrez Gutiérrez (coord.), *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*, Comares, Granada, 2014, pp. 1-37. See also: ID. "Constitucionalismo crítico y nuevos movimientos sociales" in M.A. García Herrera, J. Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón, *Constitucionalismo crítico*, *op. cit*., pp. 271-294.

23. Regarding the M5S, see G. Grasso, "Le 'Mouvement 5 étoiles' et les défis de la démocratie représentative: à la recherche d'une notion constitutionnelle de populisme?", *Percorsi costituzionali*, n. 1, 2017, pp. 205-226. The author affirms that it is "*un Mouvement politique qui, très clairement (voir l'article 4 du "non statut" du Mouvement 5 étoiles de 2009), n'est pas un parti politique et il ne veut pas devenir un parti politique dans l'avenir*". *Un parti-non parti, donc, qui vit une grave contradiction entre l'idée de procla-mer l'égalité de tous ceux qui, en bas 'démocratiquement', via Internet, décident, votent et sont consultés sur les différents choix politiques du Mouvement (selon le principe « Un est égal à un »), et le rôle de son leader, Beppe Grillo, chef politique et garant du Mouvement, propriétaire du blog et homme qui exerce une sorte de protection de haut sur tout le Mouvement. Une sérieuse contradiction qui a porté, dans les années 2016-2017, à un intéressant groupe de jugements du juge civil, ayant par objet certaines expulsions du Mouvement ou la sélection des candidats pour les élections municipales*".

The new premier is Kyriakos Mitsotakis, leader of the centre-right New Democracy Party, which obtained 39.8 % of the votes. Indeed, thanks to a bonus of 50 seats that the Greek electoral law assigns to the winner, it can govern alone.

In similar terms, the rise of right-wing populist parties is linked to the economic crisis. It is sufficient to think that the National Front in France was the first French party in the European elections in 2014, quadrupling its votes with respect to the European elections in 2009. We can also consider the role of Northern League in Italy or UKIP in the United Kingdom, among others. The only difference is that these parties are constantly growing, although the situation is characterised by a strong volatility.

In contrast, the evolution and actual position of the far right populist parties is different, such as Alternative for Germany (German) and *Vox* (Spain), and far left populism, such as the Catalan secessionist parties in Spain (*Esquerra Republicana* and *Junts per Catalunya)*[24]. The growth of these parties is more recent. The economic situation, that now is more favourable than a few years ago, has not been a decisive factor. The rise of these parties is not only related to the inability of traditional parties to govern and to the need for alternatives. In Spain, for example, these parties developed after the explosion of the territorial crisis with Cataluña as the epicentre. *Vox*, that now has 52 seats in the Congress of Deputies, with its reference to the unity and re-centralisation of the system, presents itself as the answer to the territorial question and to the independence pushes.

Finally, it can be observed that these right- and left-wing populist parties, although sometimes very different, have joined forces to govern. The so-called 'government contract' between the Northern League and the Five Stars Movement in Italy, that allowed the formation of the Conte I Cabinet[25], constitutes a good exemple: a right-wing populist party that

24. According to Barrio López, *op. cit.*, p. 263-264, "*España, aún sin ser inmune a un cierto contagio, el populismo no se ha instalado en el marco de la política nacional. El único espacio donde el populismo se ha desarrollado ha sido en Cataluña donde el movimiento nacionalista parece haber sucumbido a la tentación populista en los últimos años*".

25. G. U. Rescigno, "Populismo (presunto, asserito, proclamato) e diritto costituzionale in Italia", *Ragion pratica*, n. 1, 2019, pp. 273-288, describes very well the institution of the I° Conte Government: "*La cosa che maggiormente sconvolge la logica della forma del governo parlamentare sta nella constatazione che, dato il comportamento dei due capi di partito (e dei due partiti che non mostrano alcun segno di opposizione verso questo modo di fare), il futuro Presidente del Consiglio apparirà e verosimilmente sarà inevitabilmente non il capo riconosciuto di un Governo (con tutta l'autorità necessaria verso l'interno e verso l'estero che tale carica comporta) ma il mandatario dei due capi di partito, l'esecutore fedele di un programma che egli deve soltanto eseguire secondo la volontà dei due capi*".

joined with a left-wing populist party. A contradiction in terms but the opportunity for these two parties to govern. This experience has shown that such different forces can form an alliance but they cannot survive. The short experience of the Conte I Cabinet and the institution of the Conte II Cabinet offers a confirmation of the difficulties for these two parties to work together and it gives us another datum. At this moment, it is very difficult to govern without the support of populist parties. Political fragmentation is very strong and parties are not able (or do not want) to agree.

4. The dangerous escalation of the right wing populist parties in Central-Eastern EU

The Central and Eastern Europe is characterised by the Visegrad Group consisting of the former Soviet satellite countries: Hungary, Poland, Czech Republic and Slovakia since 1991[26]. The situation contrasts with western countries and is much more complex. In this regard, two aspects must be discussed. Firstly, it is important to identify why illiberal trends have resurfaced with such intensity in these States, in which the third period of constitutional transition towards democracy seemed to have been more successful. Secondly, it would be interesting to see if these regimes have really instituted democracy or whether they are precarious, fragile systems, unable to free themselves from a history of authoritarianism and oppression that is too complex.

In this regard, we should remember that these States did not have much time to establish themselves after the end of the Communist era. Strong inequalities have played an important role in the psychology of the people, especially older and less educated people without elaborated knowledge of a constitutional culture, who now are supporting the new populist leaders in their appeal to traditional values, nationalist emphasis and xenophobic approaches.

To understand the scope of this phenomenon it is necessary to ask how and why this process developed and why this regression is affecting States, such as Hungary or Poland, where the constitutional transition after the fall of the Berlin Wall was more successful. This process of progressive erosion usually begins when citizens lost the trust in national and

26. The Visegrad Group (also known as the 'Visegrad Four' or simply 'V4') reflects the efforts of the countries of the Central European region to work together in a number of fields of common interest within all-European integration. In this sense, it has to consider that Czech Republic, Hungary, Poland and Slovakia shares cultural and intellectual values and common roots in diverse religious traditions, which they want to preserve and further strengthen.

EU governmental systems to address the increase of inequality, persistent unemployment and the social gap in a polarised society.

The regression is not only related to the political-economic variables but also to the intrinsic weakness, that characterises certain democracies, particularly those of the third period of constitutional transition. These countries, despite the expectations and the image given, have to overcome their difficult history, characterised by continuous invasions and oppression. They are more vulnerable, with weaker systems, and have not been able to free themselves from a complex past of authoritarianism.

After the constitutional transition, there was the economic crisis and the old power elites had to be replaced. The post-communist period consolidated itself only during the first decade of the new millennium. However, shortly afterwards, the manifold EU crises, without considering the new influence of Russia, have brought out the structural weaknesses of these States accentuated by the psychological factors mentioned above.

Hungary and Poland in recent years have become two populist, illiberal and autocratic States that are not constitutional democracies in the strict sense. In these countries, we can observe the rise of two right wing populist parties: Fidesz (since 2010) and Pis (2015). In Hungary, the so-called 'counter-revolution'[27] or 'revolution of the ballot boxes'[28] began in 2010 when the centre-right Fidesz Hungarian Civic Union Party and the Christian Democratic People's Party won the elections. Viktor Orbán who renewed his third consecutive term as Prime Minister leads this coalition. These parties obtained 53 % of the votes in 2010, achieving more than two thirds of the seats in the Hungarian unicameral Parliament. This large majority allowed them to carry out the major revision of the Constitution through a unilateral governmental process. The amendments, which affected the checks and balances mechanisms (to the Constitutional Court, the judiciary and the Electoral Commission), favouring the ruling party, have harmed the fundamental principle of the Rule of Law.

In similar terms, Poland in the last 25 years has been able to overcome a difficult past. The efforts made have allowed it to resist more than the other EU States to the crisis and the economic recession, and Poland became an example[29]. However, the economic growth of these

27. G. Halmai, "The Making of Illiberal Constitutionalism with or without a New Constitution. The Case of Hungary and Poland", *https://me.eui.eu*, p. 4.
28. R. Hodonyi and H. Trüpel, "Together against Orbán: Hungary's new opposition", *www.eurozine.com*, 22.3.2013.
29. V. Faggiani, "Polonia: ¿a green island in the EU economic crisis?" in F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López and J.F. Sánchez Barrilao (eds.), *El impacto de la crisis económica en los UE y en los Estados miembros*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 389-414.

recent years has probably fed the nationalistic pushes and the feeling of revenge, removing the country's inferiority complex. For this reason, since 2015, after the victory in the elections of the Conservative Law and Justice Party (*PrawoiSprawiedliwość, PiS*), democracy has taken a turn. From that moment, this country has undergone a very serious deviation from liberal democratic principles[30]. In this case, there are no changes at the constitutional level, as in Hungary[31] – in Poland the Constitution in the formal sense is the same, but the new regime has been established through legislative reforms. Although the rule of law backsliding is a trend common in all EU Member States, it is particularly affecting the new democracies developed in the third period of constitutional transition. In the EU, Poland and Hungary are the prototypes of this phenomenon.

These 'illiberal' parties, that have a large majority in the national Parliament, have concentrated executive power, have eliminated or disabled the checks and balances mechanisms and increased grip on public institutions. Political actors play with the vulnerability of these States, showing themselves as the only possible response to certain global challenges such as the migration or the economic crisis, although, we must admit that neither Hungary nor Poland have been the most affected by these problems.

States governed by populist parties (in these cases they are right wing populist parties) have a common pattern. Bárd and Kochenov highlight four key techniques[32] implemented by the new autocratic regimes to consolidate the constitutional capture and assault on European values:

a. The constant calls to national sovereignty;

b. The 'fetichization of constitutional identity', with the consequent abuse of constitutional pluralism;

c. National security with harassment of the media, NGOs and independent educational institutions;

d. and international disinformation campaigns.

30. D. Kochenov and P. Bard, "Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement", *Reconnect Working Papers*, n. 1, 27.7.2018, p. 9.

31. W. Sadurski, *op. cit.*; G. Halmai, "Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism'? The Case of Hungary", *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, vol. 11, n. 3, 2018, pp. 323-339; and ID, "How the EU can and should cope with illiberal Member States", *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018, pp. 313-340.

32. D. Kochenov and P. Bard, "Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement", *op. cit*., p. 9. About these techniques see also V. Faggiani, "La 'rule of law backsliding' como categoría interpretativa del declive del constitucionalismoen la UE", *op. cit.*

On the contrary, in the Czech Republic and in Romania[33] there is a left wing populism. In the Czech Republic, these parties are the Alliance of the Unhappy Citizens (Ano), a liberal populist party, and the Socialist Party (CSSD)[34]. The populists and the social democrats are governing through a 'tolerance pact'. For the first time after almost 30 years, the communist forces have come back to power. Anyway, it is a different populism in comparison with the Hungarian or Polish Governments.

In Romania, the PSD (Social Democratic Party), led by Liviu Dragnea, the most influential man in the political life of that country is the worrying party. This party received a setback after the criticism of the European Commission and the civil societies for its corruption and the 3 years and 6 months prison sentence of Dragnea by the Supreme Court for corruption.

Finally, there is a counter-trend in Slovakia. Zuzana Caputova won the last presidential elections. She is the first female President. She defeated the right-wing populist candidate Maros Sefcovic[35]. From a geopolitical point of view, this is a defeat for the Visegrad group and it shows a change in this country.

5. A first reading of the elections to the European Parliament and the new European Commission: lights and shadows of Ursula von der Leyen's Presidency

The last elections to the EU Parliament[36] have confirmed some trends. First, there was generally greater participation by citizens and fear of the rise of populist parties especially of the far right. In some countries, such as Spain, for example, the European elections coincided with municipal and autonomous ones. This facilitated the attendance of voters.

33. The Social-Democratic Party (PSD) belongs to the European Socialist Party.
34. P. Bonini, "La Repubblica ceca e le elezioni europee: dalla ricerca della stabilità alla prova del populismo", *Federalismi.it*, n. 11, 2019, pp. 2-19. Unsatisfied Citizens' Action, founded in 2011 (and formally instituted as a party in 2012) by Andrej Babiš, a Czech businessman of Slovak origin, the second richest man in the Czech Republic, owner of an important investment group. This party advocates the reform of the State and the fight against corruption of the ruling class. It defines itself as Europeanist but criticises the 'bureaucracy' of the EU and it rejects the single currency. In the European Parliament it is affiliated with the ALDE Group.
35. P. Bonini, "La Slovacchia e le elezioni europee. La "riscossa" contro la corruzione guardando all'Unione", *Federalismi.it*, n. 1, 2019, pp. 2-17. These trends were confirmed in the European Parliamentary elections.
36. N. Lupo, "The 2019 European Parliament Elections: Politically Crucial, But Without Clear Institutional Effects", *Perspectives on Federalism*, vol. 11, 1, 2019, pp. 103-110.

Secondly, populist parties have increased in those States where they were already a consolidated reality. However, for the moment the situation is under control. In Poland PSI obtained 45.38 %, in Hungary Fidez 55.33 %, in Italy the League 34.33 %, in France *Rassemblement national* 23.31 %, in the United Kingdom the Brexit Party 30.75 %. In Spain, for example, *Unidas Podemos* won 10.05 %, *Vox* 6.2 %, *Ahora Repúblicas* 5.61 % and *Junts* 4.58 %[37].

If we compare the present composition of the EU Parliament with the former and analyse the groups[38] in which populist parties are, we can observe that the most important group continues to be the PPE (182), followed by the S&D (154)[39]. There will be only a reduction with respect to the previous elections[40].

This new situation determines the end of the 'duopoly' PP-PSOE and the advance of Renew Europe, the new group, driven by Macron, which has replaced ALDE with 108 MEPs. Then, other parties gained power such as the Greens with 74, the new group Identity and Democracy (before the ENF) with 73 MEPs, ECR with 62 MEPs, European United Left-Nordic Green Left with 41 and the non-inscribed Members with 54 seats.

Regarding the position of populist parties, Fidez continues to be in the PPE, despite its temporary suspension. It is possible that this group may accept certain requests and whims of this party. The new group Identity and Democracy, the first sovereign force in the European Parliament, is the fifth with 73 deputies. It gathers together Matteo Salvini and Marine Le Pen and has MEPs from nine countries. The majority comes from Italy's League party, the National Rally in France, Germany's AfD and the nationalists from Austria, Finland and Denmark. The Polish PiS and the Spanish *VOX* remain in ECR, the conservative, Eurosceptic and antifederalist party that is the sixth group in the European Parliament.

It is logical to ask oneself how this situation can affect the decision-making process. Without doubt, the fact that populists are in different EU groups mitigates the impact of these parties, mobilising the debate

37. S. P. Isaza Querini, "Europee 2019 in Ungheria a 15 anni dall'adesione: plebiscito per Orbàn e nuovi equilibri nell'opposizione di governo", *Federalismi.it*, n. 1, 2019, pp. 2-14.
38. A political group consists of at least 25 MEPs elected in at least one one-quarter of the member States (i.e. at least 7). A group must have a political affinity.
39. In the last EU Parliament there were 8 groups, with a group of unrelated members. The largest was the centre-right European Popular Party (PPE), with 29 % of the seats, followed by the Progressive Alliance of Socialists and Democrats (S & D) centre-left, with 25 % of the seats. Historically, PPE and S & D have controlled most of the seats and have the specific support of the Greens.
40. Regarding the populism in the 2014 European Parliament election, see you: P. Poirier, "Cittadini europei e populismo europeo: quali democrazie dopo le elezioni europee del 2014?", *Lessico di etica pubblica*, *2*, n. 2015, June 15, 2016, pp. 38-50.

and the opposition of moderate forces. These parties are characterised by the absence of unity, due to their heterogeneity. Another important aspect is that the key decision-making process in the EU is intergovernmental.

The last European elections have shown that the *Spitzenkandidat*[41] process to decide the Presidency of Commission is only a custom. It is not binding and, ultimately, nominations of key EU positions remain in the hands of the Council. The lead candidates to the Commission presidency elected by the different political parties such as Manfred Weber for the EPP group, Frans Timmermans for the PES and Jan Zahradil for ECR group[42] are replaced by Ursula von der Leyen, a Green and a woman close to Angela Merkel, and ex Minister of Defence in Germany. She will be the first female President of the European Commission.

The European Parliament by only 383 favourable votes out of 733 ratified the European Council's appointment. Ursula von der Leyen won with a small margin of nine votes. The votes against her were 327. This nomination is the result of a compromise between Germany, France with the support of the Italian Government and the Visegrad bloc. The vote of the Five Stars Movement was decisive (14 votes). The Italian League and the Identity and Democracy group rejected Von der Leyen[43] and Salvini's objection has sharpened internal tensions within the Conte I Cabinet, accelerating the crisis and the formation of a new executive, which has left the leader of European Sovereigns out of the game for the moment.

It is important to highlight that the victory of Von der Leyen also depended on the support of populist parties: the Italian M5S and the Polish Law and Justice. She did not want to comment on the fact that the favourable vote of the M5S and the PiS was decisive for her election. Anyway, one thing is sure: the weak victory of Von der Leyen indicates some fundamental points of the EU's present situation and the perspectives for

41. Regarding the *Spitzenkandidat,* see you: M. Cartabia, "Elezioni europee 2014: questa volta è diverso", *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2014, pp. 715-719; B. Guastaferro, "La prima volta del Presidente della Commissione « eletto » dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale", *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2014, pp. 527-538.

42. For further information on the lead candidates, see: www.europarl.europa.eu.

43. In this regard, see D. Gros and S. Blockmans, "Von der Leyen's Commission: more balanced, less impartial?", *www.ceps.eu*, 11.9.2019; S. Blockmans and D. Gros, "From a political to a politicised Commission?", *www.ceps.eu*, 12.9.2019; F. Furlan, "La formazione della Commissione Von der Leyen, tra tradizione e innovazione", *Quaderni costituzionali*, Il Mulino, n. 1, 2020, pp. 161-165; A. Lucarelli, "La nomina von Der Leyen. Contenuti, orizzonti e questioni di metodo", *Diritto pubblico europeo – rassegna on line*, n. 2, 2019, pp. 1-7; G. E. Vigevani, "Dalle elezioni europee alla scelta del presidente della Commissione: brevissime note sull'evoluzione della forma di governo europea", *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, pp. 917-920.

the future. The European Parliament is fragmented and Von der Leyen did not completely convince the MEPs. Despite this, the strong French-German axis continues to determine not only the future of the EU as whole but also of the internal policies of the Member States. The rapid fall of the Conte I Cabinet and the even more rapid formation of the Conte II Cabinet according to the European indications give us a clear confirmation in this sense. It is not the best moment for the EU and for the European process of integration. The European Union institutions have to resolve very complicated challenges for the EU.

6. Some considerations on the 'populist moment' in the EU

After this picture on the rise of populist parties and its effects in the European Parliament elections, it is clear that we live in complex times, in which democracy needs to regenerate. The populist trends are a reaction to this difficult situation. It is a common phenomenon that we find in both Western and Eastern EU countries although in Eastern States, such as Poland and Hungary, it has reached dangerous levels. These are weak and vulnerable States that have not overcome a difficult past and the constitutional transition.

These left and right populist trends are affecting the European dimension. In the distinct groups of the European Parliament there are members of populist parties: Fidez is in the PPE, Law and Justice in the ECR. The new group Identity and Democracy is the first sovereigntist force in the European Parliament and now it is the fifth group. This group formed by Matteo Salvini and Marine Le Pen has MEPs from nine countries. The majority comes from Italy's League party, the National Rally in France and Germany's AfD, the nationalists from Austria, Finland and Denmark. The Polish PiS and the Spanish *VOX* remain in the ECR, the conservative, Eurosceptic and antifederalist party that is the sixth group in the European Parliament.

At the same time, the Commissioners' negotiation process, that was longer and more complex than one might have expected, raises more than one question. In this sense, it has to reflect on the EU form of government and its persistent democratic deficit, that blocks the consolidation of a 'parliamentary democracy'. The EP approved the new executive in the session of 27 November 2019 (461 votes in favor, 157 against and 89 abstentions). However, it is interesting to note that for the first time three candidates were rejected: Rovana Plumb (Romania) for the Transport portfolio, Laszlo Trocsanyi (Hungary) for the Enlargement and Sylvie Goulard (France) for the internal market, defense and space.

Leaving the problems of 'opaque incomes' and the suspicions of corruption of these candidates, it seems a contradiction in terms to have proposed as a Commissioner for the Enlargement, whose principal function is to check the compliance with the rule of law by the candidate countries, the former Minister of Justice of Viktor Orbán's government, the architect of those reforms, against which the EU has request the application of art. 7, par. 1, TEU.

In addition, the appointment of a Commissioner for the 'promotion of the European lifestyle', a portfolio that would also include immigration policy, whose management instead requires an intercultural approach, is quite criticisable. Finally, it cannot be overlooked that the new Commission will probably have to pay back the support received from populist countries. The attitude shown until now suggests that the new European executive will be much more tolerant of the illiberal governments established in Hungary and Poland.[44] This attitude risks to jeopardise the EU's mandat.

Populist parties are found both at national and European level, therefore, in my opinion, it seems more correct to talk about populist trends rather than about a threat of populist parties. These trends are dangerous to the rule of law but they contribute to the stimulation of the political debate and the participation of citizens. For the moment, the EU can contain them through a good opposition of moderate parties. In this regard, we have to consider that populist parties are heterogeneous and that there is no unity. However, it is evident that the EU Member States and the EU institutions have to control the rise of these parties and the negative effects on the rule of law.

44. B. De Miguel, "La tolerancia de Von der Leyen facilita la deriva autoritaria de Orbán y Kaczynski", *El País,* 13.1.2020.

Bibliography

ARTICLES

A. Barrio López, "El populismo y la excepcionalidad española", *Quaderni di diritto e política ecclesiastica*, vol. 25, n. 2, 2017, pp. 263-276.

S. Blockmans and D. Gros, "From a political to a politicised Commission?", *www.ceps.eu*, 12.9.2019.

P. Bonini, "La Repubblica ceca e le elezioni europee: dalla ricerca della stabilità alla prova del populismo", *Federalismi.it*, n. 11, 2019, pp. 2-19.

P. Bonini, "La Slovacchia e le elezioni europee. La 'riscossa' contro la corruzione guardando all'Unione", *Federalismi.it*, n. 1/2019, pp. 2-17.

M. Cartabia, "Elezioni europee 2014: questa volta è diverso", *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2014, pp. 715-719.

C. Crouch, "Pos-Democracy and Populism", *The Political Quarterly*, vol. 90, n. 1, 2019, pp. 124-137.

B. De Miguel, "La tolerancia de Von der Leyen facilita la deriva autoritaria de Orbán y Kaczynski", *El País,* 13.1.2020.

V. Faggiani, "Le crisi sistemiche dello stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'UE", *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, 2019, pp. 195-228.

V. Faggiani, "Polonia: ¿a green island of stability in the EU economic crisis?", in F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López & J.F. Sánchez Barrilao (eds.), *El impacto de la crisis económica en los UE y en los Estados miembros*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 389-414.

V. Faggiani, *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

V. Faggiani., "La 'rule of law backsliding'" como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE, *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 71, 2019, pp. 57-99.

G. Ferraiulo, G., "Rappresentanza e populismo", *Rivista AIC*, n. 3, 2017, pp. 1-16.

F. Furlan, "La formazione della Commissione Von der Leyen, tra tradizione e innovazione", *Quaderni costituzionali*, Il Mulino, n. 1, 2020, pp. 161-165.

G. Grasso, "Le 'Mouvement 5 étoiles' et les défis de la démocratie représentative: à la recherche d'une notion constitutionnelle de populisme?", *Percorsi costituzionali*, n. 1, 2017, pp. 205-226.

D. Gros and S. Blockmans, "Von der Leyen's Commission: more balanced, less impartial?", *www.ceps.eu*, 11.9.2019.

B. Guastaferro, "La prima volta del Presidente della Commissione « eletto » dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale", *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2014, pp. 527-538.

E. Guillén López, "Constitucionalismo crítico y nuevos movimientos sociales", in M. A. García Herrera, J. Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón, *Constitucionalismo Crítico. Liber Amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 271-294.

E. Guillén López, "Las enseñanzas del 15-M (El léxico constitucional frente a la crisis de legitimidad)", in I. Gutiérrez Gutiérrez (coord.), *La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*, Comares, Granada, 2014, pp. 1-37.

G. Halmai, "How the EU can and should cope with illiberal Member States", *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018, pp. 313-340.

G. Halmai, "Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism'? The Case of Hungary", *Fudan Journal of the Humanities and Social Sciences*, vol. 11, n. 3, 2018, pp. 323-339.

G. Halmai, "The Making of Illiberal Constitutionalism with or without a New Constitution. The Case of Hungary and Poland", *https://me.eui.eu*, p. 4.

R. Hodonyi and H. Trüpel, "Together against Orbán: Hungary's new opposition", *www.eurozine.com*, 22.3.2013.

S. P. Isaza Querini, "Europee 2019 in Ungheria a 15 anni dall'adesione: plebiscito per Orbàn e nuovi equilibri nell'opposizione di governo", *Federalismi.it*, n. 1, 2019, pp. 2-14.

H. Kriesi and T.S. Pappas (eds.), *European populism in the shadow of the great recession*, ECPR Press, Colchester, 2015.

D. Kochenov and P. Bard, "Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement", *Reconnect Working Papers*, n. 1, 27.7.2018, p. 9.

A. Lucarelli, "La nomina von Der Leyen. Contenuti, orizzonti e questioni di metodo", *Diritto pubblico europeo – rassegna on line*, n. 2, 2019, pp. 1-7.

N. Lupo, "The 2019 European Parliament Elections: Politically Crucial, But Without Clear Institutional Effects", *Perspectives on Federalism*, vol. 11, 1, 2019, pp. 103-110.

P. Magri, "Introduction", in A. Martinelli (ed.), *Populism on the Rise: Democracies under Challenge?,* ISPI, Milano, 2016, pp. 7-11.

M. Manetti, "Costituzione, partecipazione democratica, populismo", *Rivista AIC*, n. 3, 2018, p. 376.

A. Martinelli, "Populism and the Crisis of Representative Democracy", in A. Martinelli (ed.), *Populism on the Rise: Democracies under Challenge?,* ISPI, Milano, 2016, pp. 13-31.

C. Mouffe, *Per un populismo di sinistra*, Laterza, 2018.

C. Mudde, "The Populist Zeitgeist", *Government and Opposition*, vol. 39, n. 4, pp. 541-563.

J.W. Müller, "The Problem With Illiberal Democracy", *www. socialeurope.eu*, 27.01.2016.

J.-M. Müller, "Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?", *European Law Journal*, vol. 21, n. 2, 2015, pp. 141-160.

E. Pavolini, "Il populismo fra offerta politica e radici socio-economiche", *Stato e mercato*, n. 112, 1, 2018, pp. 127-140.

T.S. Pappas, *Populism and liberal democracy: a comparative and theoretical analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

L. Pech and K.L. Scheppele, "Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU", *CYELS*, vol. 19, 2017, pp. 3-47.

C. Pinelli, "La sfida populistica allo Stato costituzionale", *Parole chiave*, n. 1, 2010, pp. 143-154.

P. Poirier, "Cittadini europei e populismo europeo: quali democrazie dopo le elezioni europee del 2014?", *Lessico di etica pubblica 2*, n. 2015, June 15, 2016, pp. 38-50.

G. U. Rescigno, "Populismo (presunto, asserito, proclamato) e diritto costituzionale in Italia", *Ragion pratica*, n. 1, 2019, pp. 273-288.

W. Sadurski, "How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding", *Sydney Law School Legal Studies, Research Paper*, n. 18/01, 2018, 71 pp.

K.L. Scheppele and L. Pech, "What is Rule of Law Backsliding?", *Verfassungsblog*, 2.3.2018.

P. Segatti, "Sul populismo, alcune considerazioni", *Stato e mercato*, n. 1, 2018, pp. 37-60.

A. Spadaro, "Costituzionalismo versus populismo. Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee", *www.forumcostituzionale.it,* 2009, pp. 1-20.

M. Tushnet, "Authoritarian Constitutionalism", *Cornell Law Review*, 100, 2015, pp. 391-462, specially pp. 409-410.

The Isaiah Berlin Virtual Library, "To Define Populism", Isaiah Berlin, 1968. http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf

A. Von Bogdandy and M. Ioannidis, "La deficiencia sistémica en el Estado de derecho: qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer", *Revista de Estudios Políticos*, n. 165, 2014, p. 27.

D. Waldner and E. Lust, "Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding Annual", *Review of Political Science*, vol. 21, n. 1, 2018, pp. 93-113.

G. E. Vigevani, "Dalle elezioni europee alla scelta del presidente della Commissione: brevissime note sull'evoluzione della forma di governo europea", *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, pp. 917-920.

F. Zakaria, "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs,* November/December 1997, pp. 22-43.

Le Brexit et les élections européennes : la citoyenneté politique européenne à l'épreuve du feu

Sébastien Platon[1]

1. La participation du Royaume-Uni aux élections européennes de 2019 247

2. L'impact du Brexit sur le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections européennes postérieures 256

3. Conclusion 263

1. Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux, membre du CRDEI. L'auteur tient à remercier A. Antoine, M. Fichera et E. Saulnier-Cassia pour leurs commentaires sur une version antérieure de ce texte. L'auteur reste naturellement seul responsable des propos tenus et des éventuelles erreurs.

Le 29 mars 2017, le Royaume-Uni a notifié au Conseil européen son intention de se retirer de l'Union européenne, conformément à l'article 50 du traité sur l'Union européenne (TUE). Selon cette disposition, l'issue logique de ce processus est la cessation de l'application des traités au Royaume-Uni, sauf à ce que ce dernier décide unilatéralement, avant que ladite cessation prenne effet, de révoquer sa notification[2]. Le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, s'il advient un jour[3], entraînera nécessairement son retrait du champ personnel et spatial de la citoyenneté de l'Union : personnel parce que les nationaux britanniques perdront leur statut de citoyens de l'Union (sauf à jouir également de la nationalité d'un autre État membre) ; spatial parce que les citoyens de l'Union ne pourront plus y faire valoir leurs droits. La problématique de la citoyenneté n'a pas été ignorée dans les négociations, et le Conseil européen a même érigé la question des droits des citoyens britanniques et européens post-Brexit en priorité de négociation dès avril 2017[4]. Cependant, la question de la citoyenneté a essentiellement été appréhendée sous l'angle de la liberté de circulation et de séjour : le principal enjeu de négociation était le droit de séjour, d'exercer une activité professionnelle et de bénéficier des prestations de sécurité sociale, post-Brexit, des citoyens de l'Union résidant au Royaume-Uni et des citoyens britanniques résidant dans un État membre de l'Union européenne. Cette importance est reflétée par le projet d'accord de retrait tel qu'arrêté par les chefs d'États et de gouvernements des 28 États membres de l'Union lors d'un sommet spécial du Conseil européen le 25 novembre 2018[5], qui consacre toute sa Partie II à ces questions et garantit le maintien à vie des droits en question pour ceux des citoyens de l'Union et des membres de leur famille qui ont exercé leur droit de circulation en direction ou en provenance du Royaume-Uni avant la fin de la période transitoire prévue par l'accord.

Par contraste, la question de la citoyenneté politique n'a guère été un enjeu, comme l'atteste là encore le projet d'accord de retrait qui n'y consacre aucune disposition spécifique. Pourtant, cette citoyenneté politique, bien qu'embryonnaire, existe, sous la forme, d'une part, du droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections des membres du Parlement européen et, d'autre part, du droit de vote et d'éligibilité des mêmes citoyens aux élections municipales dans l'État membre où ils résident. Or, le Brexit met redoutablement à l'épreuve cette citoyenneté

2. C.J.U.E., assemblée plénière, 10 décembre 2018, *Andy Wightman e.a. c. Secretary of State for Exiting the European Union*, Aff. C-621/18.
3. Ce n'est toujours pas le cas à l'heure où ces lignes sont écrites (le 4 octobre 2019).
4. Orientations à la suite de la notification faite par le Royaume-Uni au titre de l'article 50 du TUE, 29 avril 2017, points 4 et 8.
5. https://www.gov.uk/government/publications/withdrawal-agreement-and-political-declaration (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).

politique embryonnaire. Elle pose la question, d'importance constitutionnelle, de la pérennité et de la robustesse des droits des individus à être représentés au sein de cette *polity* singulière qu'est l'Union européenne.

Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité considérant la situation particulière qu'a été celle du Royaume-Uni durant les élections européennes de 2019. En effet, le retrait du Royaume-Uni aurait dû prendre effet, en vertu de l'art. 50 TUE, deux ans après la notification de l'intention de retrait, soit le 29 mars 2019 à minuit (heure de Bruxelles), et donc bien avant les élections européennes. Toutefois, après avoir prolongé ce délai une première fois, le 22 mars 2019[6], le Conseil européen l'a à nouveau prorogé le 11 avril 2019[7] jusqu'au 31 octobre 2019. Or, cette même décision de prorogation précise par ailleurs qu'elle aurait cessé de s'appliquer le 31 mai 2019 si le Royaume-Uni n'avait pas organisé d'élections au Parlement européen conformément au droit de l'Union en vigueur, ce qui a « forcé » le Royaume-Uni à participer auxdites élections. Cette situation a soulevé non seulement des problèmes de technique juridique mais plus fondamentalement politiques et constitutionnels : dans quelle mesure fait-il sens qu'un État membre ayant énoncé son intention de ne pas participer à l'avenir de l'Union participe à une élection qui a précisément pour but de forger cet avenir ? (1.)

Au-delà de cette circonstance, le Brexit aura évidemment une incidence notable sur le droit de vote et d'éligibilité des citoyens aux élections européennes qui auront lieu après que le Brexit soit devenu effectif – pour autant, bien entendu, que cela arrive un jour. Se pose alors une autre question, tout aussi importante du point de vue là encore politique et constitutionnel, celle de la rémanence, de la résistance de la citoyenneté politique lors de la « sécession » d'un État membre d'une entité fédérative telle que l'Union européenne, en particulier dans l'hypothèse où des citoyens ont exercé leur droit de circulation. (2.)

1. La participation du Royaume-Uni aux élections européennes de 2019

Participer ou ne pas participer ? Telle était la question. Considérant la situation particulière du Royaume-Uni, l'hypothèse d'une non-participation aux élections européennes a été envisagée. Elle n'a pas été retenue. Toutefois, rétrospectivement, on peut se demander s'il aurait été

6. Décision (UE) 2019/476 du Conseil européen, prise en accord avec le Royaume-Uni, du 22 mars 2019 prorogeant le délai au titre de l'article 50, paragraphe 3, du TUE.
7. Décision (UE) 2019/584 du Conseil européen prise en accord avec le Royaume-Uni du 11 avril 2019 prorogeant le délai au titre de l'article 50, paragraphe 3, du TUE.

juridiquement envisageable que le Royaume-Uni n'organise pas d'élections européennes (1.1.). Il convient de noter par ailleurs que l'option choisie, celle d'une participation, n'a pas non plus été sans soulever certaines difficultés liées à la composition du Parlement européen. Il faut toutefois reconnaître que, d'un point de vue strictement juridique, les difficultés soulevées par cette option étaient nettement moindres (1.2.).

1.1 *L'éventualité rejetée d'une non-participation du Royaume-Uni aux élections européennes*

Le Conseil européen, dans sa seconde décision d'extension, a décidé que l'absence d'organisation des élections européennes par le Royaume-Uni entraînerait *ipso jure* la prise d'effet du retrait du Royaume-Uni au 31 mai. Cependant, et sans insister sur le fait qu'on peut se demander si l'article 50 permet vraiment d'accorder des extensions conditionnées[8], cela signifie-t-il qu'il aurait été juridiquement impossible que le Royaume-Uni n'organise pas d'élections européennes ? Le Conseil européen n'est en toute hypothèse pas l'interprète authentique du droit de l'UE. Or, cette question est plus complexe qu'il n'y paraît. Pour y répondre efficacement, il est en réalité nécessaire de la subdiviser en deux sous-questions : d'une part, une décision unilatérale de ne pas organiser les élections européennes aurait-elle constitué un manquement au droit de l'Union européenne (1.1.1.) ? D'autre part, l'Union européenne aurait-elle pu autoriser le Royaume-Uni à ne pas organiser des élections européennes (1.1.2.) ?

1.1.1 Une décision unilatérale de ne pas organiser les élections européennes aurait-elle constitué un manquement au droit de l'Union européenne ?

La réponse à cette question dépend fondamentalement du point de savoir si un État membre qui se retire doit être considéré comme un État membre « normal » ou bien si le fait de se retirer affecte substantiellement son statut.

L'idée que la notification par un État membre de son intention de se retirer de l'Union est une circonstance affectant profondément l'apprécia-

8. V. soulevant cette question et répondant par l'affirmative : C. Barnard et S. Weatherill, "Extension and elections: We need to talk about Article 50", *EU Law Analysis*, 14 mars 2019, https://eulawanalysis.blogspot.com/2019/03/extension-and-elections-we-need-to-talk.html (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019) ; T. Lock, "After the Second Brexit Extension: What Now?", *VerfassungsBlog*, 16 avril 2019, https://verfassungsblog.de/after-the-second-brexit-extension-what-now/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).

tion de la légalité de son comportement a pu être défendue par le Pr. Piet Eeckhout et plusieurs avocats britanniques dans un avis juridique en date du 28 mars 2019[9], ou encore, de façon moins claire, par Armin Cuyvers[10]. D'une part, ces auteurs estiment qu'il n'y a pas de violation du principe de démocratie lorsqu'un État membre qui a manifesté son intention de ne pas participer au futur de l'Union décide de ne pas y envoyer de représentants au Parlement européen. D'autre part, comme l'a énoncé la Cour de justice dans l'arrêt *Delvigne* de 2015[11], le droit des citoyens de participer à l'élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct n'est pas absolu, mais peut être restreint pour des motifs légitimes d'intérêt général, sous condition de proportionnalité. Dans ce contexte, l'objectif de ne pas perturber le fonctionnement du Parlement européen en y ajoutant les eurodéputés d'un État membre qui se retire aurait pu constituer une justification à la limitation de l'exercice de ce droit, qui aurait par ailleurs été proportionnée dans la mesure où les citoyens britanniques ne seraient privés de représentants que pour une durée limitée, à savoir jusqu'à la date du retrait effectif du Royaume-Uni. En effet, après cette date, les citoyens britanniques ne seront plus des citoyens de l'Union, et ne bénéficieront donc plus d'un droit à représentation. Ce droit ne serait donc plus enfreint, faute d'exister.

Ces arguments peinent à convaincre.

Tout d'abord, l'approche en termes de restriction aux droits subjectifs semble négliger que l'obligation de tenir des élections est, aussi, une obligation objective découlant, si les mots ont un sens, de l'Acte de 1976. Si la jurisprudence a admis une possible restriction au droit individuel de participer à ces élections, elle ne s'est jamais prononcée sur la possibilité de ne pas organiser *du tout* de telles élections.

Ensuite, même si l'on raisonne en termes de droits individuels, il est loin d'être certain que l'objectif de ne pas « perturber » le fonctionnement du Parlement européen soit un motif légitime au sens de la jurisprudence *Delvigne*. Et quand bien même, le fait que *l'ensemble* des citoyens britanniques et européens résidant sur le territoire du Royaume-Uni soient

9. Lord Anderson of Ipswich K.B.E. Q.C., J. Coppel Q.C., Ph. Moser Q.C., Professor P. Eeckhout, M. Demetriou Q.C. et E. Mockford, *Timing of Brexit. European Parliamentary Elections*, https://www.daqc.co.uk/wp-content/uploads/sites/22/2019/03/here-4.pdf (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).

10. A. Cuyvers, "Protecting the EU from a Kill Switch: Why EU Law Does Not Require EP Elections in the UK", *VerfassungsBlog*, 29 mars 2019, https://verfassungsblog.de/protecting-the-eufrom-a-kill-switch-why-eu-law-does-not-require-ep-elections-in-the-uk/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).

11. C.J.U.E., gde ch., 6 octobre 2015, *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre Médoc et Préfet de la Gironde*, aff. C-650/13.

automatiquement privés de ce droit semble peu compatible, en raison de son étendue, avec une limitation « proportionnée ».

Enfin, on peut ajouter un argument tiré du principe d'égalité, en ce que les Britanniques et citoyens de l'UE résidant dans un autre État membre auraient pu participer aux élections européennes, cependant que les Britanniques et citoyens de l'Union résidant au Royaume-Uni ne l'auraient pas pu. Auraient également pu y participer les citoyens de l'UE résidant au Royaume-Uni, mais seulement à condition que leur État de nationalité accepte le vote des expatriés[12]. Il en va de même pour les citoyens britanniques disposant par ailleurs de la nationalité d'un autre État membre de l'UE, sous réserve toutefois que l'État membre dont ils ont la nationalité autorise la participation des non-résidents aux élections européennes – ce qui n'est pas le cas, par exemple de l'Irlande[13], dont de nombreux britanniques ont ou peuvent prétendre à la nationalité.

En tout état de cause, l'hypothèse selon laquelle la notification de son intention de se retirer de l'Union serait de nature à influer sur le statut juridique d'un État membre semble assez clairement contredite par la jurisprudence de la Cour de justice, dont il résulte que la notification par un État membre de son intention de se retirer de l'Union européenne est sans incidence juridique sur ses droits et obligations, notamment du point de vue du mandat d'arrêt européen[14] ou du système Dublin[15]. Certes, la Cour de justice accepte dans l'arrêt *RO* de considérer la perspective de retrait du Royaume-Uni au titre de la prise en compte du « risque » de violation des droits fondamentaux de la personne visée ou des droits qu'elle tire de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. Cette prise en considération n'est toutefois pas significative : conformément à la jurisprudence de la Cour en matière de mandat d'arrêt européen[16], l'appréciation de ce risque est une appréciation *factuelle*, et n'a pas d'impact général sur les droits et obligations de l'État membre concerné. La Cour conclut d'ailleurs *in casu* que ce risque était inexistant, compte tenu de ce que le Royaume-Uni restera(it) *a priori*, après le Brexit, partie à la Convention européenne des droits de l'homme et à la convention européenne d'extradition, qui accordent des garanties équivalentes au droit de l'UE. Cette absence d'incidence juridique de la perspective du retrait sur le statut de l'État membre « sortant » s'explique aisément à la lumière de la jurisprudence *Wightman*[17] : dès lors qu'un État membre peut retirer

12. Sur cette question, v. *infra* 2.2.
13. Article 9 of the Electoral Act, 1992.
14. C.J.U.E., 19 septembre 2018, *RO*, aff. C-327/18 PPU.
15. C.J.U.E., 23 janvier 2019, *M.A. e. a.*, aff. C-661/17.
16. V. not. C.J.U.E., gde ch., 5 avril 2016, *Pál Aranyosi et Robert Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU.
17. Arrêt précité.

sa notification unilatéralement à n'importe quel moment, la perspective de retrait est nécessairement précaire, et donc ne saurait influer sur son statut.

Dès lors, l'absence de tenue des élections européennes aurait ouvert la possibilité non seulement d'un recours en manquement mais également de recours intentés par des citoyens britanniques et des citoyens de l'UE contre le Royaume-Uni.

1.1.2 L'Union européenne aurait-elle pu autoriser le Royaume-Uni à ne pas organiser des élections européennes ?

Pour résumer, il apparaît à l'analyse que l'Union n'aurait pas pu accorder une *dispense totale* sans réviser le droit primaire mais aurait éventuellement pu *décaler dans le temps* la tenue des élections européennes au Royaume-Uni, moyennant toutefois des conditions procédurales tellement lourdes qu'une telle voie pouvait être considérée comme essentiellement impraticable.

La voie la plus évidente pour permettre à un État membre de ne pas organiser les élections européennes aurait été une révision des traités, par exemple par l'ajout d'un protocole qui aurait exonéré le Royaume-Uni de son obligation d'organiser des élections européennes en 2019. Mais même dans l'hypothèse où, conformément à l'article 48 TUE, une Convention n'aurait pas été convoquée, la lourdeur inhérente à une telle révision, qui ne rentre dans le champ d'application d'aucune des révisions simplifiées prévues par cette disposition, aurait rendu cette voie inadéquate en pratique.

D'autres possibilités de dérogation ont été envisagées. Le Pr. Eeckhout et ses co-auteurs, dans l'avis juridique déjà évoqué[18], a par exemple suggéré de déroger à l'obligation pour le Royaume-Uni d'organiser des élections européennes sur la base d'un « pré-accord » fondé sur l'article 50§2 TUE. Cette solution est basée sur plusieurs hypothèses très discutables.

D'une part, elle présume qu'il est possible d'adopter *plusieurs* accords sur la base de l'art. 50§2, et qu'un « pré-accord » n'aurait pas eu pour effet de transformer *ipso jure* le Royaume-Uni en État tiers. Cela est difficilement compatible avec la lettre de l'art. 50§2, qui dispose que l'entrée en vigueur d'un accord sur son fondement entraîne la cessation de l'application des traités à l'État qui se retire. C'est également difficilement compatible avec l'esprit de l'art. 50 qui, en fixant un délai court et en

18. *Op. cit.*

soumettant l'extension de ce délai à des conditions exigeantes, semble conçu pour forcer l'État membre qui se retire et l'Union européenne à s'accorder en un seul texte sur toutes les circonstances du retrait.

D'autre part, et corrélativement, cette solution présume que l'accord de retrait permettrait de déroger au droit primaire de l'Union européenne, de la même façon que les accords d'adhésion le permettent. On retrouve cette assimilation entre État « entrant » et État « sortant » chez d'autres auteurs, comme Armin Cuyvers[19] ou Eleanor Sharpston[20]. Toutefois, s'il est tentant de considérer l'accord de retrait comme un accord d'adhésion « à l'envers », l'observation des bases juridiques respectives de ces accords limite la pertinence de cette comparaison. En effet, les accords d'adhésion sont fondés sur l'art. 49 TUE. Or, cette disposition permet explicitement des « adaptations » aux traités. L'art. 50 ne contient pas une telle disposition. Dans la mesure où l'art. 48 TUE est en principe la seule base juridique possible pour réviser les traités, on doit admettre que ce silence exclut la possibilité d'une révision, même limitée.

Il a aussi été suggéré[21] que l'UE prolonge le mandat des eurodéputés élus au titre du Royaume-Uni, de façon à éviter à la fois des élections européennes et des sièges britanniques vides. Cette extension de mandat se serait faite sur le fondement de l'art. 50§3, c'est-à-dire dans une décision d'extension. Quand bien même l'art. 50§3 serait une base juridique opportune pour opérer un tel rallongement, ce qui est loin d'être évident, une telle proposition semble difficilement compatible avec l'art. 14§3 TUE, qui fixe le mandat des eurodéputés à 5 ans, sauf à y voir une durée *minimum*, ce qu'absolument rien n'atteste. Eleanor Spaventa y voit par ailleurs un manquement aux principes démocratiques fondamentaux, notant que « ce sont les dictateurs qui d'habitude recourent à ces méthodes »[22].

On peut en revanche s'interroger sur la légalité d'une éventuelle modification du droit dérivé autorisant le Royaume-Uni non pas à *ne pas* organiser des élections européennes mais à en *suspendre et repousser* l'or-

19. A. Cuyvers, "Protecting the EU from a Kill Switch: Why EU Law Does Not Require EP Elections in the UK", article précité.

20. https://twitter.com/akulith/status/1105978993491263488 (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

21. C. Barnard et S. Weatherill, "Extension and elections: We need to talk about Article 50", article précité ; A. Cuyvers, "Protecting the EU from a Kill Switch: Why EU Law Does Not Require EP Elections in the UK", article précité. Voir également E. Sharpston, https://twitter.com/akulith/status/1105978998054629380 (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).

22. E. Spaventa, "Of extension of UK membership and basic democratic principles: why the UK will need to hold EP elections if its membership of the EU is prolonged beyond the 22nd of May", *EU Law Analysis*, 17 mars 2019, https://eulawanalysis.blogspot.com/2019/03/of-extension-of-uk-membership-and-basic.html (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).

ganisation. C'est là encore l'une des pistes envisagées par le Pr. Eeckhout et ses co-auteurs dans l'avis juridique déjà mentionné. S'il semble difficile de considérer que le droit primaire puisse autoriser un État membre à ne pas organiser les élections européennes *du tout*, aucun texte de droit primaire n'implique que les élections européennes soient simultanées dans tous les États membres. Il aurait donc pu être envisagé de modifier l'acte de 1976 et la décision du 22 mai 2018 portant fixation de la période pour les élections européennes[23] de façon à désynchroniser les élections européennes au Royaume-Uni, par exemple en les reportant après le 31 octobre, au cas où le Royaume-Uni aurait d'ici là retiré sa notification ou demandé un nouveau retrait. Après tout, *les élections européennes sont déjà désynchronisées*, dans la mesure où elles n'ont pas lieu le même jour dans toute l'Union européenne. Y aurait-il eu un empêchement juridique à les désynchroniser encore davantage ?

Il y a quelques arguments possibles.

On pourrait affirmer que de telles élections auraient été faussées et que les électeurs n'auraient pas été égaux, car les électeurs du Royaume-Uni auraient éventuellement voté en ayant déjà connaissance de la répartition des sièges entre forces politiques au Parlement européen, ce qui n'était pas le cas, du moins en principe, des électeurs « normaux »[24].

On pourrait aussi arguer que, dans la mesure où le Parlement européen élit le président de la Commission et approuve le collège des commissaires, le droit de participer indirectement à la nomination de la Commission est un élément du droit qui est accordé aux citoyens de participer aux élections européennes, dont ils auraient été privés s'ils avaient élu leurs eurodéputés après la nomination de la Commission. La seule alternative aurait alors été de repousser le moment de la nomination de la Commission en prorogeant le terme du mandat de l'actuelle Commission.

Enfin, une telle désynchronisation des élections européennes au Royaume-Uni aurait soulevé la question de la synchronicité du mandat des eurodéputés du Royaume-Uni avec les autres eurodéputés, alors même que l'art. 14§3 leur garantit un mandat de cinq ans. Il aurait cependant peut-être été possible ici de raisonner par analogie avec une prise de siège par un eurodéputé en cours de mandat pour cause de vacance.

23. Décision (UE, Euratom) 2018/767 du Conseil du 22 mai 2018 portant fixation de la période pour la neuvième élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct.

24. Art. 10§2 de l'Acte de 1976 tel que modifié par la Décision du Conseil du 25 juin 2002 et du 23 septembre 2002 : « Un État membre ne peut rendre public d'une manière officielle le résultat de son scrutin qu'après la clôture du scrutin dans l'État membre où les électeurs voteront les derniers au cours de la période visée au paragraphe 1 ».

En tout état de cause, force est de constater que les arguments juridiques contre une suspension sont moins lourds que ceux militant contre une exemption pure et simple. Qui plus est, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a relevé dans l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni*, « l'Acte de 1976 ne peut être attaqué devant la Cour de justice des Communautés européennes, car il ne s'agit pas d'un acte « ordinaire » de la Communauté, mais d'un traité conclu au sein de l'ordre juridique communautaire »[25].

Cela ne signifie pas pour autant qu'une telle suspension aurait été aisée sur le plan procédural. En effet, selon l'art. 223 TFUE, une modification de l'Acte de 1976 nécessite l'unanimité au Conseil, l'approbation du Parlement européen et l'approbation par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. Autant dire qu'une telle modification aurait été presque aussi difficile qu'une révision des traités.

Au vu de toutes ces incertitudes juridiques, on peut comprendre que le Conseil européen ait choisi de soumettre la prorogation du délai prévu à l'article 50 TUE à la condition que le Royaume-Uni organise les élections européennes sur son territoire. Cependant, cette option-là, quoiqu'infiniment plus simple juridiquement, n'était non plus pas exempte de certaines complexités.

1.2 *L'incidence de la participation du Royaume-Uni sur la composition du Parlement européen*

En vertu de la décision du Conseil européen du 28 juin 2018[26], le nombre de sièges au Parlement européen pour la législature 2019-2024 doit passer de 751 à 705 eurodéputés. Sur les 73 sièges britanniques, 46 sièges doivent être supprimés et bloqués en prévision de prochains élargissements, cependant que 27 doivent être redistribués pour permettre une meilleure représentativité démographique. Quatorze États membres sont ainsi appelés à bénéficier d'une augmentation de leur contingent national, la France et l'Espagne étant les deux principaux gagnants avec un gain de cinq sièges. La participation du Royaume-Uni aux élections a cependant eu pour conséquence nécessaire de remettre en cause, au moins provisoirement, cette réaffectation des sièges britanniques. Heureusement, cette éventualité avait été anticipée par les auteurs de la décision de juin 2018, dont l'article 3§2 al. 1 dispose que « dans le cas où le Royaume-Uni serait toujours un État membre de l'Union *au début de la législature 2019-2024*,

25. Cour EDH, gde ch., 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, § 33.
26. Décision (UE) 2018/937 du Conseil européen du 28 juin 2018 fixant la composition du Parlement européen.

le nombre de représentants au Parlement européen par État membre qui prennent leurs fonctions est celui prévu à l'article 3 [c'est-à-dire la répartition pré-Brexit] de la décision 2013/312/UE du Conseil européen *jusqu'à ce que le retrait du Royaume-Uni de l'Union produise ses effets juridiques* »[27].

L'existence de cette disposition permit de déminer juridiquement une situation déjà complexe politiquement. Toutefois, dans la mesure où la majeure partie du régime électoral des élections européennes relève de la compétence des États membres, c'était à chacun d'eux de déterminer les règles applicables à cette situation. Deux possibilités s'offraient à chaque État membre concerné.

La première consistait à élire un nombre d'eurodéputés correspondant au contingent « post-Brexit » mais à n'envoyer au Parlement européen, en attendant le Brexit, que le nombre correspondant au contingent pré-Brexit. C'est la solution retenue par la France[28]. La méthode retenue a consisté, comme le résume le Conseil d'État dans son avis[29], « à répartir dans un premier temps les 79 sièges selon la règle de la plus forte moyenne énoncée à l'article 3 de la loi du 7 juillet 1977, avant de procéder de même pour 74 sièges et de déduire de l'écart entre les deux résultats les noms des candidats appelés à occuper les cinq sièges supplémentaires ». Le contingent français inclut donc cinq eurodéputés « virtuels » qui ne prendront leur fonction que lorsque le Royaume-Uni sortira effectivement de l'Union européenne – c'est-à-dire peut-être jamais. En attendant, ils ne jouissent d'aucune immunité, ne sont astreints à aucune des incompatibilités avec le statut d'eurodéputés et peuvent être appelés, en leur qualité de suivant de liste, à siéger au Parlement européen pour remplacer un siège devenu vacant pour quelque motif que ce soit avant une éventuelle sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. Post-Brexit, il serait alors pourvu à leur propre remplacement également par appel du suivant de liste.

Cette solution était probablement la plus simple, mais elle soulevait le problème de la constitution des listes. En vertu de la loi française, par exemple, les listes, pour être recevables, doivent avoir « un nombre de candidats égal au nombre de sièges à pourvoir »[30]. Est-il alors juste que des partis ou mouvements se soient vus empêchés de présenter une liste

27. Accent rajouté.
28. Loi n° 2019-487 du 22 mai 2019 relative à l'entrée en fonction des représentants au Parlement européen élus en France aux élections de 2019.
29. CE, Assemblée générale, Section de l'intérieur, 18 avril 2019, *Avis sur un projet de loi relatif à l'application de la décision du Conseil européen du 28 juin 2018 relative à l'entrée en fonction des représentants élus au Parlement européen aux élections de 2019*, n° 397648, point 9, al. 2.
30. Art. 9 de la Loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen.

parce qu'ils ne pouvaient pas, à la date limite du 3 mai, aligner 79 candidats alors qu'ils auraient pu en aligner 74, lequel nombre pourrait en définitive être le nombre définitif d'eurodéputés élus au titre de la France pour toute la législature, si par exemple le Royaume-Uni venait à révoquer sa notification ou encore si (l'on n'ose l'envisager) la date du retrait était étendue de loin en loin jusqu'en 2024 ?

L'autre solution, inverse, consistait à élire un nombre de députés correspondant au contingent pré-Brexit et à déterminer une méthode permettant, post-Brexit, de désigner les eurodéputés supplémentaires. La méthode la plus simple consistait ici à appliquer rétrospectivement, au moment du Brexit, les résultats des élections de mai 2019 et de recalculer la distribution des sièges entre listes en reprenant le nombre de voix obtenues par chaque liste mais en prenant en compte pour ce second calcul les sièges supplémentaires à attribuer. C'est l'option choisie par l'Espagne[31].

Cette méthode est techniquement relativement simple et ne se serait trouvée en défaut que dans l'hypothèse extrêmement improbable où tous les membres d'une liste ou presque auraient été élus pré-Brexit : dans un tel cas, la liste en question ne pourrait pas offrir de représentants supplémentaires. La question qui se pose cependant avec cette méthode est celle de savoir dans quelle mesure elle fausse à la fois les prévisions des électeurs et celles des candidats, en appliquant un nouveau calcul sur les mêmes résultats mais avec un nombre de postes différents non prévu à la base, et donc avec des listes plus courtes. On peut admettre, sur le principe, que le choix des électeurs n'aurait pas été drastiquement différent si telle ou telle liste avait été composée dès l'origine de plusieurs membres supplémentaires. Mais ce postulat est invérifiable. Il l'est d'autant moins qu'une liste plus longue n'est pas forcément rallongée en fin de liste : elle peut être recomposée en tenant compte du fait que des membres de la liste en situation non éligible le deviendraient alors. Pour le dire autrement, une liste espagnole avec 59 membres n'aurait pas forcément été la liste de 54 + 5 autres personnes en fin de liste.

2. L'impact du Brexit sur le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections européennes postérieures

Il s'agit ici de s'intéresser, au-delà de la problématique « transitoire » des élections européennes de 2019, à l'impact du Brexit sur le droit des citoyens de l'Union de participer aux élections européennes suivantes. La

31. *Real Decreto 206/2019, de 1 de abril, por el que se convocan elecciones de Diputados al Parlamento Europeo*, *Artículo 2* et *Disposición adicional única*.

question se pose probablement avec le plus d'acuité pour les citoyens britanniques (2.1.). Mais elle se pose aussi pour les citoyens de l'Union résidant au Royaume-Uni (2.2.).

2.1 *La question du droit des britanniques de participer aux élections européennes*

Aucune jurisprudence n'éclaire le point de savoir si le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne entraînera(it) *ipso jure* la perte, par tous les ressortissants britanniques ne disposant de la nationalité d'aucun État membre de l'Union, de la citoyenneté de l'Union européenne. Un juge de la Cour de district d'Amsterdam a certes, le 7 février 2018, adopté une décision de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne tendant précisément à déterminer les conséquences du retrait du Royaume-Uni sur le statut de citoyens de l'Union des nationaux britanniques. Cependant, le 20 février, le juge qui avait adopté cette décision a accordé à l'État et à la municipalité, parties au litige au principal, la permission de former appel contre la décision de renvoi et décida, dans l'attente de la décision d'appel, de surseoir au renvoi[32]. Or, le 19 juin 2018, la cour d'appel a estimé que la question n'était pas suffisamment concrète pour justifier un renvoi préjudiciel[33].

Malgré l'absence de certitude, il semble plus que raisonnable de présumer que le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, quand il adviendra et s'il advient, aura(it) pour conséquence la perte, par les ressortissants britanniques ne disposant pas de la nationalité d'un État membre de l'Union, de leur statut de citoyens de l'Union. Il ressort en effet clairement de l'art. 20§1 TFUE, deuxième phrase, qu'« est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre ». Par ailleurs, tant le Royaume-Uni que l'Union européenne ont négocié sur la base de ce postulat, comme en témoigne le projet d'accord de retrait du 25 novembre 2018 qui préserve un certain nombre de droits de citoyenneté européenne pour les ressortissants britanniques résidant régulièrement sur le territoire d'un État membre à la fin de la période transitoire. Une telle prorogation de droits serait naturellement inutile si lesdits ressortissants conservaient leur citoyenneté après le retrait du Royaume-Uni.

32. A. Arnull, "UK nationals and EU citizenship: References to the European Court of Justice and the February 2018 decisions of the District Court, Amsterdam", *EU Law Analysis*, 28 mars 2018, https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/uk-nationals-and-eu-citizenship.html (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).
33. Gerechtshof Amsterdam, 19-06-2018, 200.235.073/01, ECLI:NL:GHAMS:2018:2009. Voir "Appeal judges reject British EU citizenship claim, won't refer to EU court", *Dutch News*, https://www.dutchnews.nl/news/2018/06/appeal-judges-reject-british-eu-citizenship-claim-wont-refer-to-eu-court/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).

Faute de pouvoir conserver le statut de citoyens de l'Union, les ressortissants britanniques peuvent-ils conserver le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen ? En théorie, l'accord de retrait prévu par l'article 50§2 TUE devrait pouvoir contenir une telle prorogation. Comme on vient de le dire, le projet d'accord de retrait du 25 novembre 2018, dans sa partie II, cristallise, à vie, un certain nombre de droits de citoyenneté pour les ressortissants britanniques résidant régulièrement sur le territoire d'un État membre à la fin de la période transitoire. Certes, rien ne garantit que cet aspect de l'accord, en ce qu'il consiste à attribuer des droits de quasi-citoyenneté à des ressortissants d'États tiers, soit compatible avec le droit primaire. On ne saurait d'ailleurs exclure complètement que la Cour de justice soit appelée à se prononcer sur ce point, soit *a priori*, au titre de la procédure pseudo[34]-consultative de l'article 218§11 TFUE[35] (si tant est que celle-ci soit applicable aux accords de retrait fondés sur l'art. 50§2 TUE, ce que rien ne garantit[36]), soit *a posteriori*, une fois l'accord entré en vigueur et donc une fois le Royaume-Uni sorti de l'Union européenne (ouvrant donc la menace d'un « *no deal* » judiciaire post-Brexit). Cependant, si l'on part de l'hypothèse que cette cristallisation est légale, il ne semble pas y avoir, *a priori*, d'obstacle juridique à ce que le droit de vote et d'éligibilité soit lui aussi cristallisé, sauf à considérer une différence de nature entre les droits « civils » (séjour, activité professionnelle, etc.) et « politiques » du citoyen de l'Union. Il serait même envisageable d'inscrire dans l'accord de retrait que les sièges actuellement dévolus au Royaume-Uni continuent post-Brexit d'être alloués pour représenter les citoyens britanniques, comme l'ont envisagé certains auteurs[37].

Ce n'est cependant pas le choix opéré par les négociateurs du projet d'accord de retrait du 25 novembre 2018. La partie II du projet d'accord, qui cristallise certains droits de citoyenneté européenne des ressortissants britanniques, ne mentionne pas les droits politiques. Il ne s'agit pas là

34. Le préfixe « pseudo » est justifié par le fait que les « avis » de la Cour rendus au terme de cette procédure sont juridiquement contraignants, contrairement à ce que le vocable « avis » laisse supposer.

35. « Un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités. En cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités ».

36. V. not. relevant cette incertitude : Ch. Hillion, "Leaving the European Union, the Union way. A legal analysis of Article 50 TEU", Swedish Institute for European Policy studies, *European Policy Analysis*, août 2016, http://www.sieps.se/en/publications/2016/leaving-the-european-union-the-union-way-a-legal-analysis-of-article-50-teu-20168epa/Sieps_2016_8epa?, p. 7, note 38 (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).

37. V. not. P. Niesen et M. Patberg, "After Brexit, the UK should have a democratic right of return", LSE Brexit Blog, 30 octobre 2018, https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2018/10/30/after-brexit-the-uk-should-be-able-to-re-enter-the-eu-if-it-wishes-to-do-so/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).

d'un oubli mais d'un refus intentionnel de laisser des non-citoyens de l'Union participer à la citoyenneté « verticale » de l'Union. En atteste l'article 121§1, b) du projet d'accord. Cette disposition est contenue dans la Partie IV de l'accord relatif à la « période transitoire », c'est-à-dire la période pendant laquelle, en principe, le droit de l'Union européenne continuera(it) de s'appliquer au Royaume-Uni et à ses ressortissants. Or, précisément par exception à ce principe, l'article 121§1, b) exclut de cette applicabilité transitoire tous les droits de citoyenneté « verticale », à savoir les dispositions relatives à l'initiative citoyenne européenne, au droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et au droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes. Certes, il pourrait être soutenu que cette exclusion résulte non pas d'une exclusion de principe mais de l'impossible attribution de droits réciproques par le Royaume-Uni. En effet, on voit mal ce que pourrait être l'équivalent, au Royaume-Uni, de l'initiative citoyenne européenne ou du droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes. Cet argument ne tient cependant pas pour le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, pour lesquelles le Royaume-Uni pourrait offrir une réciprocité aux citoyens de l'Union. Il faut donc y voir une position de principe, tant du Royaume-Uni que de l'Union européenne, d'un refus de toute prorogation des droits de citoyenneté « verticale ».

Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne serait pas possible de maintenir, de façon unilatérale, les droits politiques des citoyens britanniques résidant sur le territoire de l'Union européenne. Le précédent en la matière vient précisément du Royaume-Uni, qui a étendu en 2002 le droit de participation aux élections européennes aux citoyens des pays du Commonwealth résidant sur son territoire. Or, saisie de la question de la compatibilité d'une telle extension avec le droit de l'Union européenne, la Cour de justice a estimé en 2006, dans son arrêt *Espagne c. Royaume-Uni*, qu'« en l'état actuel du droit communautaire, la détermination des titulaires du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen *ressortit à la compétence de chaque État membre dans le respect du droit communautaire*, et que les articles 189 CE, 190 CE, 17 CE et 19 CE *ne s'opposent pas à ce que les États membres octroient ce droit de vote et d'éligibilité à des personnes déterminées ayant des liens étroits avec eux*, autres que leurs propres ressortissants ou que les citoyens de l'Union résidant sur leur territoire »[38]. Dès lors, ne peut-on pas considérer des ex-citoyens de l'Union comme des « personnes ayant des liens étroits » avec chacun des États membres de l'UE ?

Il n'en reste pas moins qu'une telle extension devrait être consentie au niveau national, et donc avec le risque d'un droit de vote et d'éligibilité

38. C.J.C.E., gde ch., 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, § 78 (accents rajoutés).

des ressortissants britanniques à géométrie variable, en fonction de l'État membre sur le territoire duquel ils résident. Peut-on alors envisager une telle extension par l'Union européenne elle-même ?

La question centrale ici serait celle de la base juridique d'une telle extension. Or, l'existence de celle-ci est douteuse. Oliver Garner[39] suggère d'amender en ce sens la Directive 93/109/CE du Conseil, du 6 décembre 1993, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants. Mais cette directive est fondée sur l'ex-art. 8B§2 TCEE, actuel art. 22§2 TFUE, qui permet à l'UE d'arrêter les modalités selon lesquelles est exercé le droit de tout *citoyen de l'Union* résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant de participer aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État. Dès lors que l'on admet que les citoyens britanniques ne seront plus, post-Brexit, des citoyens de l'Union, cette base juridique semble peu appropriée. Sauf à faire preuve d'une fertile imagination juridique, il semble donc que les ressortissants britanniques soient condamnés, post-Brexit, à dépendre de leur État membre de résidence pour l'octroi éventuel d'un droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes.

2.2 *La question du droit des citoyens de l'UE résidant au Royaume-Uni de participer aux élections européennes*

Si le Brexit a lieu, les citoyens de l'Union résidant sur le territoire du Royaume-Uni se retrouveront dans la situation de citoyens de l'Union résidant sur le territoire d'un État tiers. Leur droit de participer aux élections européennes dépendra donc de la législation de leur État de nationalité. Or, d'après une communication de la Commission en date de 2014[40], quatre États membres de l'UE autres que le Royaume-Uni (le Danemark, Chypre, Malte et la République d'Irlande) privent leurs citoyens, selon diverses conditions, du droit de voter aux élections européennes lorsqu'ils résident en dehors de l'Union. Un rapport du Parlement européen de

39. O. Garner, "The Right of UK nationals to vote in European Parliament elections in the EU-27", *European Law Blog*, 19 décembre 2018, https://europeanlawblog.eu/2018/12/19/part-iii-mini-symposium-on-eu-citizenship-in-the-shadow-of-brexit-the-right-of-uk-nationals-to-vote-in-european-parliament-elections-in-the-eu-27/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).

40. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions relative aux conséquences de la privation du droit de vote pour les citoyens de l'Union exerçant leur droit de libre circulation, 29 janvier 2014, COM(2014) 33 final.

2015[41] y ajoutait l'Allemagne. En effet, les citoyens allemands résidant dans un pays tiers hors de l'UE sont privés de leur droit de vote lors des élections au Parlement européen organisées en Allemagne, à moins d'avoir résidé de manière permanente en Allemagne, après avoir atteint l'âge de 14 ans, pendant une période ininterrompue de trois mois au cours des 25 dernières années, sauf s'ils connaissent la situation politique allemande et en sont affectés.

Le projet d'accord de retrait du 25 novembre 2018 ne contient aucune disposition en la matière, ni pendant la période transitoire, ni au-delà.

La privation du droit de vote pour les nationaux expatriés dans un pays tiers est déjà quelque peu problématique en soi. Elle l'est encore plus dans les cas des citoyens de l'Union résidant au Royaume-Uni dans la mesure où, à l'époque où ils s'y sont installés, ils avaient vraisemblablement une espérance raisonnable de pouvoir participer aux élections européennes[42]. Elle serait encore plus problématique pour les Irlandais dans l'hypothèse d'une entrée en vigueur de l'accord de retrait. En effet, en vertu du préambule du « Protocole sur l'Irlande / l'Irlande du Nord », qui fait partie du projet d'accord de retrait du 25 novembre 2018, « les citoyens irlandais d'Irlande du Nord, en vertu de leur citoyenneté de l'Union, continueront de jouir, d'exercer et d'avoir accès à leurs droits, opportunités et avantages, et (…) le présent Protocole doit respecter et être sans préjudice des droits, des opportunités et de l'identité qui résultent de la citoyenneté de l'Union pour les personnes qui, en Irlande du Nord, choisissent de faire valoir leur droit à la citoyenneté irlandaise ». La référence au libre exercice des droits tirés de la citoyenneté de l'Union renvoie-t-elle au droit de participer aux élections européennes ? Si oui, le fait que la législation irlandaise impose aux citoyens irlandais de résider habituellement en Irlande pour pouvoir participer aux élections européennes[43] semble aller à l'encontre de cette affirmation. L'Irlande sera(it)-elle tenue de modifier sa législation en cas d'entrée en vigueur de l'accord, dans sa rédaction actuelle ? Le préambule du protocole est-il susceptible d'avoir un effet direct qui rendrait automatiquement inapplicable la condition de résidence prévue par législation irlandaise aux Irlandais résidant en Irlande du Nord ? Il est à relever sur ce point que, en vertu de l'article 4 du projet d'accord de retrait, l'accord est susceptible d'effet direct sous les mêmes

41. *Disenfranchisement of EU citizens resident abroad. Situation in national and European elections in EU Member States*, June 2015 — PE 564.379.
42. R. Ziegler, "The Brexit effect – European Parliamentary Elections in the UK", *European Law Blog*, 19 décembre 2018, https://europeanlawblog.eu/2018/12/19/part-i-mini-symposium-on-eu-citizenship-in-the-shadow-of-brexit-the-brexit-effect-european-parliamentary-elections-in-the-uk/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).
43. Article 9, the Electoral Act, 1992.

conditions que le droit de l'UE. Il est cependant loin d'être certain que le passage précité du préambule présente les caractéristiques (clarté, précision, inconditionnalité) conditionnant l'effet direct dans la jurisprudence de la Cour de justice. Certains auteurs ont suggéré, en parallèle, de réaffecter à la République d'Irlande les trois eurodéputés d'Irlande du Nord[44]. Cela reviendrait certes à déroger à la règle de répartition des sièges au Parlement européen, qui prend normalement en compte la population d'un pays, sans inclure ceux de ses citoyens qui vivent à l'étranger. Toutefois, la répartition des sièges entre États membres au Parlement européen résulte d'une décision politique du Conseil européen, impliquant une certaine marge d'appréciation et donc rendant une telle affectation envisageable.

Quid, par ailleurs, de la Cour de justice de l'Union européenne ? Peut-elle imposer aux États membre de permettre aux citoyens de l'Union résidant sur le territoire d'un État tiers de participer aux élections européennes ? Ruvi Ziegler[45] a suggéré en la matière une possible combinaison de l'arrêt *Ruiz Zambrano* de 2011[46] et de l'arrêt *Delvigne* de 2015[47]. Dans l'arrêt *Ruiz Zambrano*, la Cour de justice a affirmé que « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »[48]. Or, dans l'arrêt *Delvigne*, la Cour de justice a affirmé que « l'article 39, paragraphe 2, de la Charte (…) constitue (…) l'expression dans la Charte du droit de vote des citoyens de l'Union aux élections au Parlement européen »[49]. Dès lors, ne peut-on pas considérer que le droit de l'Union s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de leur droit de participer aux élections au Parlement européen ?

Il n'est pas du tout certain que la combinaison de ces deux solutions rende illégale, de manière générale, les restrictions au droit de vote que certains États membres imposent à leurs citoyens résidant dans un pays tiers. Cependant, moyennant éventuellement le renfort du principe de confiance légitime et peut-être de la qualification du statut de citoyen de

44. R. Ziegler, "The Brexit effect – European Parliamentary Elections in the UK", article précité.
45. R. Ziegler, "UK Citizens as Former EU Citizens: Predicament and Remedies", in F. de Witte, R. Bauböck et J. Shaw (dir.), *Freedom of movement under attack: Is it worth defending as the core of EU citizenship?*, EUI Working Paper RSCAS 2016/69, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/44567/RSCAS_2016_69.pdf?sequence=1&isAllowed=y, p. 35, spéc. p. 35-36 (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019).
46. C.J.U.E., gde ch., 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09.
47. Précité.
48. §42.
49. §44.

l'Union comme « statut fondamental » dans l'arrêt *Grzelczyk*[50], il ne serait pas irréaliste de considérer que le contexte spécifique du Brexit puisse imposer aux États membres de donner le droit de participer aux élections européennes à ceux de leurs nationaux qui ont émigré au Royaume-Uni à une époque où le Brexit n'était pas prévisible, voire avant la date du Brexit effectif si on tient compte de la précarité de la notification de retrait au titre de l'art. 50 TUE, telle qu'affirmée par la Cour de justice dans l'arrêt *Wightman*.

3. Conclusion

Les interrogations juridiques tenant à l'impact du Brexit sur les élections européennes manifestent à mon sens deux grandes tensions, qui sont toutes les deux d'importance constitutionnelle.

La première tension tient au statut d'État membre « sortant ». Selon la Cour de justice, le fait pour un État membre d'avoir notifié son intention de se retirer est sans incidence sur ses droits et obligations. Formellement, c'est indiscutable. Mais jusqu'à quel point peut-on ignorer la donnée qu'un tel État a clairement énoncé son intention de ne plus participer au projet européen ?

La deuxième tension résulte de ce que les règles applicables aux élections européennes dépendent, pour une part, du droit de l'UE et, pour la majeure partie, du droit national. On a vu à quel point cette répartition des compétences était source de complications et d'incertitudes. Le Brexit pourrait donner une bonne raison de mettre enfin à profit la possibilité prévue par les traités d'adopter une législation électorale uniforme[51].

Au-delà de ces tensions, c'est finalement le statut de citoyen de l'Union qui est mis à l'épreuve par le Brexit. S'il apparaît globalement que le retrait d'un État membre a pour effet nécessaire de réduire le champ personnel et territorial de la citoyenneté de l'Union, le degré d'intégration qu'un tel statut suggère ouvre aussi certaines possibilités pour organiser une certaine rémanence des droits politiques qui s'y attachent. Reste, cependant, à concrétiser ces possibilités.

50. C.J.U.E., 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk et Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, point 31.
51. Art. 223§1 TFUE.

Bibliographie

AUTRES SOURCES

Lord Anderson of Ipswich K.B.E. Q.C., J. Coppel Q.C., Ph. Moser Q.C., Professor P. Eeckhout, M. Demetriou Q.C. et E. Mockford, *Timing of Brexit. European Parliamentary Elections*, https://www.daqc.co.uk/wp-content/uploads/sites/22/2019/03/here-4.pdf (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

A. Arnull, "UK nationals and EU citizenship: References to the European Court of Justice and the February 2018 decisions of the District Court, Amsterdam", *EU Law Analysis*, 28 mars 2018, https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/uk-nationals-and-eu-citizenship.html (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

C. Barnard et S. Weatherill, "Extension and elections: We need to talk about Article 50", *EU Law Analysis*, 14 mars 2019, https://eulawanalysis.blogspot.com/2019/03/extension-and-elections-we-need-to-talk.html (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

A. Cuyvers, "Protecting the EU from a Kill Switch: Why EU Law Does Not Require EP Elections in the UK", *VerfassungsBlog*, 29 mars 2019, https://verfassungsblog.de/protecting-the-eufrom-a-kill-switch-why-eu-law-does-not-require-ep-elections-in-the-uk/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

O. Garner, "The Right of UK nationals to vote in European Parliament elections in the EU-27", *European Law Blog*, 19 déc. 2018, https://europeanlawblog.eu/2018/12/19/part-iii-mini-symposium-on-eu-citizenship-in-the-shadow-of-brexit-the-right-of-uk-nationals-to-vote-in-european-parliament-elections-in-the-eu-27/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

Ch. Hillion, "Leaving the European Union, the Union way. A legal analysis of Article 50 TEU", Swedish Institute for European Policy studies, *European Policy Analysis*, août 2016, http://www.sieps.se/en/publications/2016/leaving-the-european-union-the-union-way-a-legal-analysis-of-article-50-teu-20168epa/Sieps_2016_8epa? (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

T. Lock, "After the Second Brexit Extension: What Now?", *VerfassungsBlog*, 16 avril 2019, https://verfassungsblog.de/after-the-second-brexit-extension-what-now/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

M. Patberg et P. Niesen, "After Brexit, the UK should have a democratic right of return", *LSE Brexit Blog*, 30 octobre 2018, https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2018/10/30/after-brexit-the-uk-should-be-able-to-re-enter-the-eu-if-it-wishes-to-do-so/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

E. Spaventa, "Of extension of UK membership and basic democratic principles: why the UK will need to hold EP elections if its membership of the EU is prolonged beyond the 22nd of May", *EU Law Analysis*, 17 mars 2019, https://eulawanalysis.blogspot.com/2019/03/of-extension-of-uk-membership-and-basic.html (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

R. Ziegler, "UK Citizens as Former EU Citizens: Predicament and Remedies", in F. de Witte, R. Bauböck et J. Shaw (dir.), *Freedom of movement under attack: Is it worth defending as the core of EU citizenship?*, EUI Working Paper RSCAS 2016/69, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/44567/RSCAS_2016_69.pdf?sequence=1&isAllowed=y, p. 35 (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

R. Ziegler, "The Brexit effect – European Parliamentary Elections in the UK", *European Law Blog*, 19 décembre 2018, https://europeanlawblog.eu/2018/12/19/part-i-mini-symposium-on-eu-citizenship-in-the-shadow-of-brexit-the-brexit-effect-european-parliamentary-elections-in-the-uk/ (date de dernière consultation : le 4 octobre 2019)

The Authority for European political parties and European political foundations and the protection of European fundamental values

Roberto Perrone[1]

1. Introduction 268

2. A glimpse to the past: Regulation no. 2004/2003 and the control of the European Parliament 269

3. Regulation no. 1141/2014: enter the Authority for European political parties and European political foundations .. 271

4. Conclusion 279

1. Università degli Studi dell'Insubria | UNINSUBRIA · Department of Law, Economy and Cultures (DEC).

1. Introduction

The importance of European political parties (and European political foundations) in the perspective of a strengthening of democratic participation is made evident by the European Treaties[2]. Article 10 of the TEU, after stressing the importance of representative democracy (par. 1), and of participation of citizens to the democratic life of the Union (par. 3), solemnly announces that "Political parties at European level contribute to forming European political awareness and to expressing the will of citizens of the Union" (par. 4), a provision which is found also in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (art. 12(2), with an almost identical formulation[3]. However, it is equally important to make sure that the parties and foundations which want to operate within the European political arena all agree on some basic principles, which represent the 'common core' on which the EU requires an "overlapping consensus" between all political forces[4]. These principles are the "values on which the Union is founded" mentioned in Article 2 TEU and Article 3 of Regulation no. 1141/2014, and that are "namely [the] respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities". It is meet, therefore, that there is some form of control on the respect of those principles by those organizations which are welcomed within that arena, and are admitted to public financing by the EU. A control that should be as objective as possible, to avoid extremes in either direction: that of an exaggerated lenience towards parties or foundations which profess values in stark contrast to the ones EU adheres to, or that of an excessive strictness towards parties or foundations that criticize EU and its institutions and seek to change it democratically.

After a first phase, during which such control was bestowed upon the European Parliament, and was therefore openly political in its essence, Regulation no. 1141/2014 established the Authority for European political parties and European political foundations (henceforth: the Authority), a

2. On this matter, and on the relationship between European political parties and democracy within the EU, *see* more extensively R. Perrone, "Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia nell'Unione: quali strumenti", *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2017, p. 929.

3. On the difference of formulation between Article 10(4) of TEU and Article 12(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union *see* G. Grasso, *Partiti politici europei* [*European political parties*], in Adolfo Angeletti et al. (eds.), *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento III*, Torino, UTET, 2008, p. 627, who considers the latter "less pregnant".

4. The expression "overlapping consensus" is obviously borrowed from John Rawls's writings, in particular J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1978, and J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

body whose mission is to supervise organizations which seek acknowledgement as European political parties and European political foundations in order to act as such in the European political arena and to be granted the benefits of such status, including public financing by the EU[5]. To qualify as European political parties and European political foundations, and be included in the register of such organizations, the parties and foundations must satisfy the conditions set out in Regulation no. 1141/2014. In case of non-compliance, the Authority may deny registration or, if the organization is already registered, impose sanctions or order the de-registration.

This contribution will evaluate whether the control of the Authority is an effective one and whether the mechanism enacted by Regulation no. 1141/2014 may provide a satisfactory solution to the issue of "constitutional loyalty" of European political parties and European political foundations, having regard to the respect of EU fundamental values by these organizations[6].

2. A glimpse to the past: Regulation no. 2004/2003 and the control of the European Parliament

It is well-known that, before Regulation no. 1141/2014, there was no body created *ad hoc* with the task of controlling that the requirements set out by European legislation were met by European political parties and European political foundations. The matter was disciplined by Regulation no. 2004/2003, which entrusted the European Parliament with such a task, in order to admit these organizations to public financing[7].

5. On the Authority *see* F. Saitto, "European Political Parties and European Public Space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014", *Rivista di diritti comparati*, n. 2, 2017, p. 42 ff.; G. Grasso, "Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale", *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 1, 2017, p. 8 ff.; G. Grasso, "Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale: le cas des partis politiques européens et du respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'Union européenne", *Constitutions*, n. 4, 2018, p. 479-492; G. Grasso and R. Perrone, "European Political Parties and the Respect for the Values on Which the European Union Is Founded Between the European Legislation and the National Laws", *European Public Law Review*, n. 4, 2019, p. 665-688

6. The phrase "constitutional loyalty" of European political parties is borrowed from G. López de la Fuente, *Pluralismo politico y partídos políticos europeos*, Granada, Comares, 2014, p. 201.

7. On the matter of party financing in a European dimension *see* e.g. G. López de la Fuente, *supra* note 6, p. 205 ff. and G. Grasso and G. Tiberi, "Il finanziamento dei partiti politici europei", in G. Tarli Barbieri and F. Biondi (eds.), *Il finanziamento della politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 434 ff.

Regulation no. 2004/2003 established a series of conditions a political party or foundation should satisfy in order to qualify for funding: those specified under Article 3(1), point (a) and (b) concerned legal personality or European representativeness[8], while those specified under Article 3(1), point (c) concerned "the principles on which the European Union is founded, namely the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law". According to Article 5 of Regulation no. 2004/2003, the procedure for controlling the compliance with said conditions was different depending on the nature of the violation by the European party or foundation: if there was a failure to meet conditions set out in Article 3(1), point (a) or (b)[9], the Parliament could immediately exclude the party or the foundation from funding; if, on the contrary, there was a failure to meet conditions set by Article 3(1) point (c), the process required more steps. Indeed, the European Parliament could verify the respect of these conditions only if one quarter of its members, representing at least three political groups in the Parliament itself, filed a request to do so. If such a request was made, before carrying out the verification, the Parliament would hear the representatives of the political party or foundation under scrutiny, and would also need the opinion of a "Committee of independent eminent persons", consisting of three members, each appointed by one Institution (the Parliament, with its president, the Council and the Commission). The European Parliament decided by a majority of its members (Article 5(2) of Regulation no. 2004/2003). It is evident that this mechanism of control was eminently political in its essence[10].

The practices developed under Regulation no. 2004/2003 seem to prove that this mechanism was also substantially ineffective at verifying the respect of the principles on which the EU is founded by European political parties and European political foundations. By examining the acts of the Bureau of European Parliament, regarding the applications for funding, for example, it appears that the Bureau never refused an application for funding due to non-compliance with the requirement of respect of EU fundamental values. Between 2007 and 2017, four applications for

8. Art. 3.1 point (a) and (b) of Regulation no. 2003/2004 recites: "A political party at European level shall satisfy the following conditions: (a) it must have legal personality in the Member State in which its seat is located; (b) it must be represented, in at least one quarter of Member States, by Members of the European Parliament or in the national Parliaments or regional Parliaments or in the regional assemblies, or it must have received, in at least one quarter of the Member States, at least three per cent of the votes cast in each of those Member States at the most recent European Parliament elections".

9. According to Article 5(1), the European Parliament should regularly verify whether these conditions continued to be met by European political parties and foundations.

10. *See* G. Grasso and G. Tiberi, *supra* note 7, p. 438; F. Saitto, *supra* note 5, p. 49.

financing from European political parties and five from European political foundations were rejected, but all of them because of non-compliance with different conditions set out by Regulation no. 2004/2003. Moreover, in its minutes which record the decisions concerning the provisional funding and the closure of accounts of European political parties and European political foundations, the Bureau rarely refers to the requirement, established by Regulation no. 2004/2003, that a European political party or foundation must observe, in its program or in its activities, the values on which the EU is founded, proving the extreme caution of the Bureau in addressing such a delicate matter[11].

Under Regulation no. 2004/2003 a verification of respect of the fundamental values of EU by a European political party was indeed started in May 2016, and concerned the extreme right party "Alliance for Peace and Freedom"; though the representatives of this party were heard by the Committee on Constitutional Affairs of the European Parliament, the Committee of independent eminent person, which must give its opinion on the matter within a reasonable period according to Article 5(2) of Regulation no. 2004/2003, failed to comply, thus *de facto* halting the verification process[12].

3. Regulation no. 1141/2014: enter the Authority for European political parties and European political foundations

By introducing a new regulation on European political parties, the European legislator, in 2014, decided to go through a different path.

11. *See* G. Grasso, *Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale*, *supra* note 5, p. 482 ff., who mentions the opinions of the Secretary General during the evaluation of applications for several years (2013, 2015 and 2016), noticing that, in every case, the Secretary General wasn't able (or willing) to identify violations of the principles on which the EU is founded, though, in more recent times, during the evaluation for financial year 2016, the evaluation committee, after having examined the political programs of the applicants and having undertaken "a limited analysis of their activities in the framework" of the principles on which the EU is founded, said that "it is outside the scope of this evaluation if members of the European organizations (national parties or natural persons: members of European Parliament, members of Parliaments, etc.) respect the above-mentioned principles". As a consequence, "the evaluation committee could not identify non-respect of the principles on which the EU is founded by the European applicant organizations", even though it "would like to draw attention of the Bureau to the political program of the applicants".

12. W. Wolfs, "EU Party Funding: A Pro-European Instrument to Support Euroscepticism", OECD Global, Anti corruption & Integrity Forum, 2017, 7, n. 3, holds that it is difficult "to establish facts and confirm that the Party has indeed seriously breached the condition".

According to the recital (8) of Regulation no. 1141/2016, "An Authority for European political parties and foundations ('the Authority') should be established for the purpose of registering, controlling and imposing sanctions on European political parties and European political foundations. Registration should be necessary in order to obtain European legal status, which entails a series of rights and obligations. To avoid any possible conflict of interests, the Authority should be independent. It appears that the goal was to establish a new body with legal personality, entrusted with the task of supervising the registration process of European political parties and foundations, and to verify the respect of such "rights and obligations" by those entities, which should entail effective powers to carry out the duties specified in the disposition ("registering, controlling and imposing sanctions"). The Authority "should be independent", which seems to implicate that the nature of this body should not be (or not be entirely) political in its essence, or at least that it should be completely out of the reach of political power. Moreover, to make sure these requirements are met, the procedures for the appointment of the Authority should be as transparent as possible.

But is this really the case? Are these procedures really transparent? There are several reasons to doubt so.

Starting with the independence of the Authority, Regulation 1141/2014 provides that the Authority is represented by its Director, who is appointed jointly by the European Parliament, the Council and the Commission "on the basis of proposals made by a selection committee composed of the Secretaries-General of those institutions following an open call for candidates" (Article 6(3), first paragraph). The Director is appointed for a five-year non-renewable term, and he or she is chosen "on the basis of his or her personal qualities" (Article 6(3), second paragraph). It is provided that the Director of the Authority "shall neither seek nor take instructions from any institution or government or from any other body, office or agency" and that he or she "shall refrain from any act which is incompatible with the nature of his or her duties" (Article 6(3), sixth paragraph of Regulation no. 1141/2014), but it needs to be reminded that the Director may be dismissed from office if he or she "no longer fulfils the conditions required for the performance of his or her duties": in that case he may be removed from office by common accord by at least two of the three institutions which appointed him, on the basis of a report drawn up by the selection committee entrusted with the task of proposing his appointment, acting on its own initiative or following a request from any of the three institutions (Article 6(3), fifth paragraph of Regulation no. 1141/2014). It is evident, therefore, that the ties of the Director to the appointing institutions are not entirely severed, and, given the vagueness of the reasons which could justify his or her dismissal, the

decision to remove the Director from office may still be a political one. Perhaps charging a different body with the power to dismiss the Director of the Authority (for example: The Court of Justice), and being more precise about the reasons which could give grounds for a dismissal would have been better guarantees of independence of this body.

Another mechanism aimed at establishing the independence of the Director from political institutions is the series of incompatibilities set out by Regulation no. 1141/2014 and the provision that the Director shall have no conflict of interests between his or her duty and his or her other activities. Unfortunately, the system of incompatibilities is far from exhaustive[13]: according to Article 6(3), second paragraph, the Director "shall not be a member of the European Parliament, hold any electoral mandate or be a current or former employee of a European political party or a European political foundation"; however, nothing is said about the Director being a member or an employee of other institutions, even such as the Council, which, as we shall see, has a role in the procedure of de-registration of European political parties and European political foundations.

As for the transparency, it should be pointed out that the procedures to appoint the first Director of the Authority have been quite opaque.

The identity of the Director was revealed on the Authority's website, though no cv or background of the Director appeared alongside his name, making it impossible to check whether the requirements of competence were met. No materials about the appointment procedures were published either: it was not possible to know whether there had been other candidates and what criteria did the European Parliament adopt in order to choose him. Moreover, his professional status was not revealed, making it impossible to verify the absence of those incompatibilities or conflicts of interest mentioned in Regulation no. 1141/2014. So far, therefore, there has been little transparency with regard to the appointment of the Director of the Authority.

As for the powers of this Authority, they vary according to the different conditions established by Regulation no. 1141/2014 for European political parties and European political foundations, and also according to the stage in which the non-compliance is ascertained.

In the first stage, when an organization applies for registration as a European political party or foundation, the Authority must verify whether the applicant complies with the conditions set out in Articles 3(1) and 3(2) (for European political parties and European political foundations

13. G. Grasso, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, *supra* note 5, p. 8, agrees by holding that the incompatibilities are "not very strict".

respectively), and that the statute of the applicant contains the provisions required in Articles 4 and 5 (again for European political parties and European political foundations respectively). If the Authority ascertains non-compliance, it can deny registration, regardless of the nature of the condition that is not met (Article 9(2)).

Now, on 'formal' conditions (that is: conditions that do not concern the principles and goals of the applicant organizations), the control proved indeed effective: taking account of the information published on the official website of the Authority, it appears that the application materials have been subject to a careful scrutiny[14]. There has been only one application which was rejected for formal reasons: it was submitted by an organization ("Identity and Tradition of Europe") which seeked recognition as a European political foundation. Regulation no. 1141/2014, however, mandates that requests of registration as a European political foundation are filed through a European political party to which the foundation is affiliated (see Article 8), and this condition was not satisfied: "Identity and Tradition of Europe" was affiliated to the party "Alliance of European National Movements", which was not, at the time, registered as European political party. The request for registration was thus rejected[15].

On 'substantive' conditions, required by Article 3(1) point (c) and in Article 3(2) point (c), and pertaining to the respect of the values on which the EU is founded, the control appears far weaker. While on the one hand the Authority decides on its own and other institutions, such as the European Parliament and the Council, are not involved in the process, on the other hand it has no real discretion, as Article 9(3) provides that the respect of such values must be certified by the party or foundation with the application. In order to comply with 'substantive' conditions, therefore, is sufficient that the applicant fills out the standard declaration form set out in the Annex to the Regulation and attaches it to the application: at this stage the Authority cannot deny registration claiming a breach of

14. *See*: http://www.appf.europa.eu/appf/en/parties-and-foundations/registered-parties.html (last accessed July 2020).

15. In January 2018 the "Alliance of European National Movements" was registered as a European political party. However, Regulation no. 673/2018 amended the conditions for registration, especially with regard to the representativeness requirements set out in Article 3(1), point (b), and mandated the Authority with the task of removing from the register the parties which did not prove the compliance with the amended conditions within a certain period of time. Since the "Alliance of European National Movements" failed to prove compliance within the deadline, it was de-registered as a European political party. Consequently, its affiliated political foundation could not be registered as a European political foundation either.

the fundamental values of EU[16]. It is evident that this provision prevents a real check on the respect of 'substantive' conditions by applicant parties and foundations, which appears to hinder the effectiveness of the powers of the Authority at this stage.

After registration, the Authority is entrusted with the task of controlling the continuous compliance with the requirements set out in Regulation no. 1141/2014 by European political parties and foundations and, if non-compliance is ascertained, it has several powers, the most relevant of which is the power to de-register the organization which is at fault. This is a delicate passage and once again the procedure depends on the kind of non-compliance verified by the Authority.

Just like the first stage, if the violation concerns 'formal' conditions, such as those set out in Article 4(1) points (a), (b), (d), (e) and (f) or Article 5(1) points (a), (b), (c), (d) (e), and (g), of Regulation no. 1141/2014, the Authority "shall notify the European political party or European political foundation concerned" (Article 10(2)), giving the party or foundation the chance to comply with its recommendation. In case of persistent non-compliance, a recent amendment to Regulation no. 1141/2014 has given more solid grounds to the powers of the Authority. Indeed, Article 27(1) point (b), of Regulation no. 1141/2014, in its first version, provided that the Authority had the power to de-register a party or foundation "by way of sanction" in case of failure to fulfil one of the conditions set out in Article 3(1) point (a), (c) and (e) or in Article 3(2), but didn't expressly mention the violation of conditions set out in Article 3(1) points (b) and (d), which concern conditions of European representativeness of the parties, and about the conditions set out in Article 4(1) points (a), (b), (d), (e) and (f), and in Article 5(1) points (a), (b), (c), (d) (e), and (g), which concern the formal requirements of party and foundation statutes[17]. It was not clear, therefore, if the Authority had the power to remove the non-compliant organization from the Register in these latter cases. In more recent times, however, Regulation no. 673/2018 amended the original provision. Article 27(1), point (b), in its new version, expressly grants the Authority the power to de-register a party or foundation by way of sanction "where it is established, in accordance with the procedures set out in Article 10(2) to (5), that it no longer fulfils one or more of the conditions

16. *See* F. Saitto, *supra* note 5, p. 43. For J. Morijn, "Responding to 'populist' politics at EU level: Regulation 1141/2014 and beyond", *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2019, p. 629, "this initial step is essentially one of self-certification".

17. According to art. 27(2), point (ii), the Authority has, on the contrary, the power to impose sanctions other than de-registration upon a party or foundation whose statute complies with formal requirements set out in art. 4(1), points (a), (b), (d), (e) and (f), and in art. 5(1), points (a), (b), (d), (e), if the provisions of the statute are not actually respected by the concerned party or foundation.

set out in Article 3(1) or (2)"[18]: it is therefore now clear that all conditions required by Article 3, including those concerning the European representativeness of the organizations, may justify a de-registration. Following the amendment of Regulation no. 1141/2014 by Regulation no. 673/2018, the Authority was mandated to verify whether European political parties and foundations that had already been registered were still eligible for registration under the new regime (see art. 40a of Regulation 1141/2014, introduced by Regulation no. 673/2018). Consequently, the Authority de-registered two parties, "Alliance of European National Movements" and "Alliance for Peace and Freedom", and a foundation, "Europa Terra Nostra", i.e., the European political foundation affiliated with "Alliance for Peace and Freedom". As of today, this is the first decision of de-registration of European political parties and foundations adopted by the Authority[19]. The case seems to prove that, with regard to 'formal' conditions, the supervision of the Authority is an effective one even at this stage, and the analysis of the legislation suggests that the Authority acts independently, without interference from political institutions.

The situation is a little different when it comes to 'substantive' conditions established by Regulation no. 1141/2014 and pertaining to a breach of fundamental values on which the EU is founded by a registered party or foundation. In this case there is a more complex procedure, which involves not only the Authority, but other bodies as well[20], and even a brief analysis of the law reveals that the Authority is not the ultimate decision-maker, neither in the *input* stage, neither in the *output* one.

First of all, the Authority is not given the power to commence the verification process: the request for a verification needs to be lodged either by the European Parliament, by the Council or by the Commission.

18. Conditions set out in Articles 4 and 5, however, are still not mentioned in Article 27(1), point (b).

19. It is to be noted that, while the list of de-registered parties and foundations is published on the Authority's website (at www.appf.europa.eu/appf/en/parties-and-foundations/removed-from-the-register.html last accessed July 2020), the full text of the decision is nowhere to be found, and the only reference to its motivations is contained in a press release of the Authority concerning the implementation of the reform of Regulation no. 1141/2014 (press release of 27 September 2018, available at: http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/fc24ff5d-b483-4455-a57c-3ecf44819d3b/2018_09_27_PRESS_RELEASE_IMPLEMENTATION_OF_REFORM.pdf last visited July 2020). This certainly does not add to the transparency of the procedures of the Authority.

20. The same procedure applies when a Member State files the Authority a request of de-registration of a European party or foundation grounded on the serious failure to fulfil relevant obligations under national law, concerning exclusively or predominantly elements affecting respect for the values on which the EU is founded (Article 16(3), point (a)).

If the Authority itself suspects a party or foundation no longer complies with said 'substantive' requirements, all it can do is to inform the three institutions with a view to allowing them to lodge a request for verification, but the decision to actually lodge a request is up to the institutions.

The political nature of this mechanism is quite evident. To partially temper the disadvantages of this provision, the European legislator, passing Regulation no. 673/2018, amended Article 10(3), allowing the request for verification to be lodged by the Parliament also upon request of a "group of citizens". For its part, the European Parliament specified this concept by introducing Rule 223a of the European Parliament's rules, approved in March 2019, which refers to "a group of at least 50 citizens" that may submit a "reasoned request" for verification. However, up to this day, the only attempt to persuade the European Parliament to lodge a request for verification, made by initiative of Professors Alberto Alemanno and Laurent Pech, by means of a letter addressed to both the Authority for European Political Parties and Political Foundations and the Secretary General of the European Parliament by professors Alberto Alemanno and Laurent Pech on September 11, 2018, containing a "Reasoned request to the European Parliament for verification of EPP's continuing compliance with Article 2 TEU under Article 10(3) of Regulation (EU, EURATOM) No 1141/2014 on the Statute and Funding of European Political Parties and European Political Foundations as amended by Regulation 2018/673", was rejected by the European Parliament on purely formal grounds[21]. Though

21. Professors Alemanno and Pech prompted the European Parliament to lodge with the Authority a request for verification of compliance by the European's People Party with the conditions laid down in point (c) of Article 3(1) of Regulation No. 1141/2014. According to the Authors, the EPP failed to take any actions against Hungarian ruling party, Fidesz, which repeatedly infringed upon the values on which EU is founded according to art. 2 TEU; therefore, the Authors considered necessary for the Authority to open an investigation, which could lead to the clamorous consequence of de-registration the EPP as a European political party. A further letter of the two professors concerned the compliance with Article 2 TEU of the European Conservatives & Reformists (ECR), in relation to its Polish member, Law & Justice (PiS). However, the initiative has been ultimately unsuccessful. The Authority, unsurprisingly, pointed out that only the European Parliament can lodge a request for verification, as the Authority itself cannot act ex officio; the European Parliament, for its part, held that the request did (and still does) not comply with the Rules of procedure that allow citizens to prompt the Parliament to lodge a request for formal reasons, as the request was not accompanied by the certified signatures of the 50 applicants. The positions of both the Authority and the European Parliament have been criticized by professors Alemanno and Pech: see A. Alemanno and L. Pech, "Holding European Political Parties Accountable – Testing the Horizontal EU Values Compliance Mechanism", Verfassungsblog.de, May 15, 2019, p. 8-9, https://verfassungsblog.de/holding-european-political-parties-accountable-testing-the-horizontal-eu-values-compliance-mechanism/ (July 2020). Professors Alemanno and Pech subsequently filed a complaint to the European Ombudsman in order for her to review the

it is true that the formalistic attitude displayed by the European Parliament in the Alemanno-Pech affair hints at a certain suspicion towards the mechanism of the "reasoned request" by a group of citizens, as it often happens with instruments direct democracy, it must also be noticed that the requirements established by the European Parliament's Rules are not strict and make the request far from being too burdensome for the citizens. Time will tell, therefore, whether this mechanism will be an effective counterweight to the 'monopoly' of the European institutions in starting a verification process.

After a request for verification is somehow lodged, the procedure closely resembles the one established by Regulation no. 2004/2003: the Authority will ask a Committee of independent eminent persons, consisting of six members, with the European Parliament, the Council and the Commission each appointing two members, an opinion on the matter. The Committee will give its opinion within two months. Having regard to the opinion of the Committee, the Authority will decide whether to remove the party or foundation at fault from the register. Article 10(3), fourth paragraph, of Regulation 1141/2014 specifies that the decision of the Authority must be "duly reasoned".

The power of the Authority to de-register European political parties or foundations which do not respect fundamental values of EU, however, meets two relevant obstacles.

First of all, according to Article 10(3), last paragraph, the decision to remove an organization from the register may be adopted only in case of "manifest and serious breach" of conditions set out in Article 3(1) point (c) or 3.2 point (c). This provision greatly reduces the discretion of the Authority, as only the gravest cases may be sanctioned by means of de-registration, although it is coherent with the principle that "In its decisions, the Authority shall give full consideration to the fundamental right of freedom of association and to the need to ensure pluralism of political parties in Europe" (Article 6(2), third paragraph, of Regulation 1141/2014). This seems to dictate a certain self-restraint of the Authority in adopting decisions, such as the de-registration of a party or a foundation, which certainly can curtail freedom of association or political pluralism.

---

case, but the Ombudsman rejected the complainants' claim and held that there was no maladministration by the European Parliament, though the Ombudsman also encouraged the European Parliament to make available adequate information about how to make a request to verify the compliance of European political parties with core EU values; the text of the decision of the Ombudsman can be found on the Ombudsman's official website at https://www.ombudsman.europa.eu/it/decision/en/119191; on the decision of the Ombudsman *see* also G. Grasso, "The European Ombudsman as an Insurmountable Roadblock?", Verfassungsblog.de, October 15, 2019, https://verfassungsblog.de/the-european-ombudsman-as-an-insurmountable-roadblock/ (last accessed July 2020).

Secondly, the decision of the Authority is not final, as, according to Article 10(4) of Regulation no. 1141/2014, it must be communicated to the European Parliament and the Council, and it will enter into force only if no objection is expressed by either institution within a period of three months of the communication or if, before the expiry of that period, the European Parliament and the Council have both informed the Authority that they will not object. If one of them objects, on the other hand, the party or foundation remains registered as a European political party or foundation.

It is evident, therefore, that, when it comes to 'substantive' conditions, even the outcome of the procedure rests on political considerations, rather than on strictly legal ones, and that the ultimate power doesn't belong to the Authority, but to European political institutions[22].

With regard to respect for fundamental values on which the EU is founded, therefore, the situation appears quite contradictory. Regulation no. 1141/2014 established a technical body, the Authority for European political parties and European political foundations, which should be independent from political entities, and which should have effective power over the supervision of said organizations[23]. Yet, as we have seen, the independence of the Authority is hindered by its ties with the institutions that appoint it, and by the scarce transparency of its appointment procedures. As for its powers, they are strong and effective when 'formal' requirements are in discussion, but become inadequate when the Authority must assess the "constitutional loyalty" of European political parties and foundations: in that case, political institutions retain the last word.

Despite good intentions, therefore, the distance from the system envisaged by Regulation no. 2004/2003 is far less pronounced than it appears.

4. Conclusion

The brief analysis of the Authority of European political parties and European political foundations sketched in this paper should have high-

22. *See* F. Saitto, *supra* note 5, p. 47.

23. *See* F. Saitto, *supra* note 5, p. 49: "The new Regulation, on the contrary, tries to balance a political aim, still evident by the provision of the veto power, with a technical one, personified by the Authority and tempered by the Committee of eminent persons". The procedure to de-register a party or foundation has been turned into an administrative one: it must follow a strict procedure, the decision to de-register an organization must be "duly reasoned" (Article 10(3), paragraph 4) and must be grounded on the law; the Court of Justice has the power to review the decisions of the Authority (Article 6(11)).

lighted some critical aspects of this body, as it has been devised by the European legislator in 2014.

It appears that the Authority is far from the perfect solution to the issues that prompted to establish it: as we have seen, the Authority is not completely independent from political power, and, when it comes to supervise the respect of fundamental values of EU, its powers are weak and once again dependent on political consent.

Being the Authority a relatively 'young' body, it hasn't developed a clear array of 'good practices' yet, and it is still early to draw conclusions about the effectiveness of its control over European political parties and foundations with regard to 'substantive' requirements of Regulation no. 1141/2014 (while, as we have seen, the first decisions of the Authority seem to prove that, with regard to 'formal' requirements of Regulation no. 1141/2014, the control is quite satisfactory)[24].

It seems, however, that, given the weak spots of the Authority outlined in this paper, its efficiency as an instrument to guarantee the common core of EU values will rest, rather than on its formal independence from political bodies and on its powers, on how it will manage to present itself to other institutions.

First of all, the Director of the Authority is selected due to his "personal qualities", and shouldn't have any conflict of interest: it is therefore important to stress the need for competence and objectivity in the person of the Director. Moreover, the Authority may be considered a respected and influential body to deal with, only if he or she is publicly acknowledged as such, thus transparency and openness should mark both the composition of the Authority and its operations. The selection process of the Director should be as transparent as possible, and the Authority should publish on its website all the materials concerning the appointment and the Director's background.

As for the decisions of the Authority, they should be made public in their entirety as well, especially in case of de-registration of parties and foundations. In case of 'substantive' violations, we have seen that they are not final, as political institutions govern the outcome: the Authority must manage to make sure its decisions are taken into proper account, and not

24. J. Morijn, *supra* note 16, p. 639, holds that "EU legislator has opted to leave the final decision at the political level". However (*see* J. Morijn, *supra* note 16, at 638), "The fact that the Parliament and the Council would *both* need to agree to overturn a decision by the Authority to deregister a Europarty or a European political foundation would make this step in the procedure at once more political but less likely to be politicized between the two EU institutions", with the possibility of strengthening the independence of the Authority.

just be considered as mere advices. It is therefore crucial that the Authority shows proper carefulness of judgment by adopting truly "reasoned" decisions, making reference to the opinion of the Committee of eminent persons, and putting aside strictly political considerations to focus on legal ones. This way, the position of the Authority would be much harder to ignore by the European Parliament and the Council, whose objection must be "made public" and "duly reasoned" as well.

If the European legislator will not intervene on the most critical aspects of the current discipline, the effectiveness of the Authority's action will depend heavily on the way in which the Authority itself will interpret its role. It is not a matter of mere prestige: the protection of fundamental values of EU, with a view to strengthening the process of European integration and of building a political arena which revolves around some unchallenged and truly shared principles, requires an impartial referee who supervises the game, with the power to punish undisciplined players. Time will tell whether the Authority will prove up to this task.

Bibliography

ARTICLES

G. Grasso, *Partiti politici europei* [*European political parties*], in Adolfo Angeletti et al. (eds.), *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento III* (Torino: UTET 2008).

G. Grasso, "Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale", *Nomos-Le attualità nel diritto*, (2017); no. 1, p. 1-15.

G. Grasso, "Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale : le cas des partis politiques européens et du respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'Union européenne", *Constitutions*, (2018); no. 4, p. 479-492.

G. Grasso and R. Perrone, "European Political Parties and the Respect for the Values on Which the European Union Is Founded Between the European Legislation and the National Laws", forthcoming in *European Public Law Review*, n. 4, 2019.

G. Grasso and G. Tiberi (2016), "Il finanziamento dei partiti politici europei", in Giovanni Tarli Barbieri and Francesca Biondi (eds.), *Il finanziamento della politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

J. Morijn, "Responding to 'populist' politics at EU level: Regulation 1141/2014 and beyond", *International Journal of Constitutional Law*, 2019, no. 2, p. 617-640.

R. Perrone, "Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia nell'Unione: quali strumenti", Giurisprudenza costituzionale, 2017, no. 2, p. 929-959.

F. Saitto, "European Political Parties and European Public Space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014", Rivista di diritti comparati, 2017, no. 2, p. 23-65.

BOOKS

G. López de la Fuente, *Pluralismo politico y partídos políticos europeos*, Granada, Comares, 2014.

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

OTHER SOURCES

A. Alemanno and L. Pech, "Holding European Political Parties Accountable – Testing the Horizontal EU Values Compliance Mechanism", Verfassungsblog.de (May 15, 2019) https://verfassungsblog.de/holding-european-political-parties-accountabletesting-the-horizontal-eu-values-compliance-mechanism/.

G. Grasso, "The European Ombudsman as an Insurmountable Roadblock?", Verfassungsblog.de (October 15, 2019); https://verfassungsblog.de/the-european-ombudsman-as-an-insurmountable-roadblock/.

W. Wolfs, "EU Party Funding: A Pro-European Instrument to Support Euroscepticism", OECD Global, Anti corruption & Integrity Forum, (2017); https://www.oecd.org/cleangovbiz/Integrity-Forum-2017-Wolfs-EU-Party-Funding.pdf, 7, n. 3.

Les décisions du Parlement européen en relation avec l'article 2 TUE : brèves remarques à partir de l'analyse du travail parlementaire au cours de la VIIIe législature

Fabio Pacini[1]

1. Introduction 286
2. La question hongroise 286
3. Une brève remarque conclusive 291

1. Chercheur postdoctoral en droit constitutionnel, Institut de droit, politique et développement – Dirpolis, Scuola Superiore Sant'Anna de Pise. Chargé d'enseignement à l'Université de Pise et à l'Université de la Tuscia (Viterbe).

1. Introduction

Ma contribution essayera d'examiner les travaux parlementaires et les différentes procédures utilisées par le Parlement européen quand il a adopté certaines décisions concernant le respect des valeurs énoncées à l'article 2 du TUE au cours de la VIII législature[2], pour découvrir leurs implications sur les partis politiques européens. L'examen des travaux parlementaires sera utilisé en cette contribution comme un révélateur pour faire émerger, dans le 'moment de vérité' du vote et plus généralement de la décision parlementaire, des lignes de fracture entre et surtout au sein des partis politiques européens. C'est une chose dont la science politique est bien consciente[3], mais qui a évidemment aussi des conséquences institutionnelles et – dans la mesure où ce terme peut être utilisé ici – constitutionnelles[4].

2. La question hongroise

Le Parlement européen avait déjà prêté attention à la situation en Hongrie entre 2012 et 2015[5]. Cependant, un saut qualitatif a eu lieu avec la résolution du 17 mai 2017 sur la situation en Hongrie (2017/2656), qui chargeait la Commission LIBE « d'élaborer un rapport spécifique en vue de mettre aux voix en plénière une proposition motivée invitant le Conseil à agir conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité UE » (point 10). Cette résolution a été approuvée avec 393 voix pour, 221 contre et 64 abstentions[6].

Il est intéressant d'observer qui a voté contre, dans les différents groupes : tous les sociaux-démocrates présents (174, quinze absents) ont

2. Récemment, voir l'analyse approfondie de A. Circolo, Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria, DPCE online, www.dpceonline.it, 1/2019, p. 19 ss. [date de dernière consultation: 20/11/19].
3. L. Hooghe, G. Marks, "Cleavage theory meets Europe's crises: Lipset, Rokkan, and the transnational cleavage", *Journal of European Public Policy,* 1/2017, p. 109 et s.
4. O. Rozenberg, E. Thiers, *Traité d'études parlementaires*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 410 et s. Pour certains aspects méthodologiques généraux et même en relation avec des régimes non démocratiques, voir l'intéressante analyse « praxéologique » de la délibération parlementaire de B. Dupret, J-N. Ferrié, *Délibérer sous la coupole. L'activité parlementaire dans les régimes autoritaires*, Beyrouth, Presses de l'Ifpo, Institut français du Proche-Orient, 2014.
5. Pour la liste complète voir M. Aranci, *Il Parlamento europeo ha votato: attivato l'art. 7, par. 1, TUE nei confronti dell'Ungheria* (17 septembre 2018), disponible sur *www.rivista.eurojus.it*, § 2 [date de dernière consultation : 20/11/19.
6. Voir *https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/sda.do?id=29779&l=en* [date de dernière consultation : 20/11/19].

voté *pour*, alors que la majorité des parlementaires du Parti populaire européen (PPE, centre-droit) présents ont voté *contre* (94), les 67 autres *pour* et 40 abstentions. Parmi les opposants figure le président du groupe PPE Manfred Weber, qui avait présenté une proposition de résolution alternative – extrêmement légère en ce qui concerne la Hongrie – au nom de son groupe, proposition qui a ensuite été déclarée caduque après l'approbation de celle susmentionnée.

Bien que la très grande majorité des forces politiques de l'UE a critiqué la politique d'Orbán pendant les débats qui ont suivi en Commission LIBE, des désaccords subsistaient quant à l'ampleur et au moment choisi pour l'intervention de l'UE. Si, d'une part, les forces politiques européennes libérales et de gauche ont poussé de manière cohérente à l'activation de la procédure de l'article 7, moins de la moitié des parlementaires de la famille politique européenne dont fait partie la FIDESZ (le PPE) ont soutenu à ce moment la décision de l'activation. Les politiciens du PPE ont évidemment estimé que les revendications de la coalition de gauche et de gauche allaient trop loin et trop vite. En particulier, la plupart des parlementaires de l'Union démocrate-chrétienne de Merkel, du Parti populaire espagnol, de *Forza Italia* et de l'Union démocratique croate de Plenkovic ont rejeté le texte final. Les eurodéputés du parti populaire autrichien de Kurz et le GERB de Borissov se sont abstenus. Quant aux républicains français, la plupart d'entre eux ont voté contre ou se sont abstenus. Parmi les partis du PPE, les délégations belge, grecque, irlandaise, luxembourgeoise, maltaise, néerlandaise, polonaise, portugaise et suédoise ont approuvé la position très critique à l'encontre de la politique de leurs collègues du FIDESZ, et cela a permis d'obtenir la majorité nécessaire pour faire passer le texte. Enfin les conservateurs britanniques et polonais se sont opposés à la résolution.

La commission LIBE a ensuite approuvé cette motion, rapportée par l'eurodéputée Judith Sargentini, le 4 juillet 2018, avec 37 voix pour, 19 voix contre et aucune abstention. 9 des votes contre viennent du PPE. En outre, d'autres commissions ont également exprimé leur opinion sur la question : toutes ont approuvé les conclusions du rapport Sargentini, mais il est intéressant de voir comment les parlementaires se sont exprimés, toujours à la recherche des véritables lignes de fracture. La commission du contrôle budgétaire (12 voix pour, aucune voix contre, deux abstentions, un eurodéputé hongrois du PPE et un autre italien de l'EFDD, élu avec le Mouvement des cinq étoiles), la Commission Culture et éducation (13 voix pour, 4 contre, 8 abstentions, aucun des membres du PPE n'a voté pour !), La Commission des Affaires constitutionnelles (15 voix pour, 4 contre, mais avec 5 abstentions, toutes appartenant au PPE) et la Commission Droits de la femme et égalité des genres (18 voix pour, 5 contre avec 3 abstentions, toutes issues du PPE, une élue du parti populaire espagnol qui s'abstiendra

également à la plénière, une élue polonaise qui votera ensuite pour à la plénière, et une grecque qui sera ensuite absente)[7].

Le vote en plénière s'est tenu sur le rapport Sargentini, le 12 septembre 2018. Le débat qui a eu lieu au Parlement européen la veille du vote a été très animé. La déclaration du rapporteur Sargentini a été suivie de nombreuses déclarations, parmi lesquels très peu en soutien du Premier ministre hongrois (par exemple, Nigel Farage, qui a exhorté la Hongrie à quitter l'UE). D'autres, toutefois, étaient favorables à l'ouverture de la procédure selon l'art. 7, par. 1, TUE à l'égard de l'État membre[8].

L'observation du scrutin est riche d'enseignements. Le texte a été adopté avec 448 voix pour, 197 contre sur 693 votants, et 48 abstentions. Il consacre la défaite (momentanée…) d'un leader hongrois payant une attitude agressive envers un Parlement accusé d'insulter les citoyens de son pays. « Longtemps protégé par son alliance avec le PPE qui explique l'indifférence de la Commission à son égard, il a commis dans ce débat l'erreur de s'adresser à ses propres troupes et de ne pas tenter un compromis avec des alliés de longue date qui n'attendaient que cela »[9].

Pourtant, ce succès de la résolution n'est peut-être qu'un trompe-l'œil. Parmi les 693 députés présents le 12 septembre, la majorité requise était de 430 voix dès lors que les 48 abstentions n'étaient pas prises en considération, ce que la Hongrie conteste d'ailleurs[10]. Cette majorité n'a été finalement dépassée que de 18 voix, preuve du trouble du parti majoritaire, ce qui inspire toute une série de réflexions quant à l'impact de cette procédure sur le PPE lui-même. Selon Henry Labayle encore, « le positionnement vis-à-vis de Viktor Orbán a produit strictement les mêmes effets de fissuration et d'implosion politiques que ceux auxquels on assiste actuellement au plan interne dans les partis de droite et les coalitions gouvernementales, en Allemagne, en Italie ou en France »[11].

115 membres du parti populaire européen ont voté *pour* le rapport et seulement 57 ont voté *contre* (avec 28 abstentions). Cela indique un

7. Pour les informations détaillées à propos de ces votes, *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250_FR.html* [date de dernière consultation : 20/11/19].
8. Voir *https://www.lemonde.fr/europe/article/2018/09/11/viktor-orban-sur-le-banc-des-accuses-au-parlement-europeen_5353638_3214.html* [date de dernière consultation : 20/11/19].
9. H. Labayle, *Winter is coming: la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'État de droit* (26 septembre 2018), disponible sur www.gdr-elsj.eu [date de dernière consultation : 20/11/19].
10. Voir la reconstruction de C. Curti Gialdino, Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo "Stato di diritto", si viola la regola di diritto, in www.federalismi.it, n. 18/2018 [date de dernière consultation: 20/11/19].
11. H. Labayle, Winter is coming, *op. cit.*

changement net par rapport au vote de mai 2017, quand la majorité relative des membres du PPE soutenait toujours Orbán. 58 % des membres du PPE ont voté pour le rapport Sargentini, 29 % ont voté contre et 14 % se sont abstenus. En 2017, lors du vote sur l'État de droit en Hongrie, ces proportions étaient respectivement de 34 %, 47 % et 20 %. Orbán a perdu certains de ses anciens partisans et alliés importants. Le chancelier autrichien Sebastian Kurz a décidé de soutenir la résolution (l'ÖVP s'était abstenu lors du vote précédent en mai 2017), de même que les dirigeants influents du PPE allemands et français, tels que Manfred Weber et Joseph Daul. Au cours du débat, Manfred Weber a tenté de réduire l'importance de la procédure de l'article 7 en la décrivant comme un dialogue, laissant ainsi la place à une solution future. En dehors du PPE, nous ne voyons pas de grands changements dans le comportement électoral d'autres groupes, si ce n'est le Mouvement des cinq étoiles italien, membre de l'EFDD, qui s'était abstenu en 2017 et a voté pour la résolution cette fois-ci.

Orbán a été soutenu sans surprise par les groupes eurosceptiques de l'ECR (les conservateurs britanniques, le PiS polonais), l'ETDD (Ukip) et l'ENF (autour du Rassemblement national). Outre les 12 eurodéputés de son propre parti, le Fidesz, les députés croates, slovènes, slovaques et bulgares ont très majoritairement voté pour lui, y compris au sein du PPE. La CDU d'Angela Merkel a été favorable à la résolution et s'est séparée de son allié, la CSU bavaroise, rangé aux côtés du Parti populaire espagnol et de Forza Italia. S'agissant précisément des élus italiens au sein du PPE, ils ont voté contre tous les élus italiens qui ont participé au vote, à l'exception d'Herbert Dorfmann du Südtiroler Volkspartei (parti autonome de la vieille tradition démocratique chrétienne, qui a presque toujours une position de centre-gauche). S'agissant encore du PPE, le président Antonio Tajani et le député sicilien Giovanni La Via n'ont pas voté. Les abstentions de 6 élus français des Républicains, dont Brice Hortefeux et Rachida Dati, étaient également significatives, et Hortefeux avait déjà voté contre le rapport Sargentini devant la commission LIBE.

De manière générale, il est frappant de constater la grande compacité des socialistes et des démocrates, qui n'ont eu que 7 rebelles à divers titres, avec seulement 2 oppositions explicites.

Il est également intéressant de regarder la délégation hongroise : les alignements se sont révélés compacts, la délégation (réduite) des socialistes et démocrates étant en faveur et celle du Fidesz contre. Il convient de noter que l'un des deux parlementaires Verts a voté en faveur de la résolution et que l'autre n'a pas pris part au vote. Les élus de Jobbik ont presque tous voté contre et un s'est abstenu.

Mais il est encore plus intéressant de voir comment les députés roumains et polonais se sont orientés, les deux pays faisant l'objet de

l'attention, actuelle ou potentielle, des institutions de l'Union européenne en ce qui concerne leur respect de l'art. 2[12]. Parmi les députés roumains, ont non seulement voté contre trois députés du PPE, mais également deux membres de l'ADLE, appartenant à un parti appelé précisément ADLE Roumanie et allié dans son pays du parti social-démocrate au pouvoir. À cet égard, il est intéressant de relever l'abstention d'un député du parti social-démocrate roumain. Cependant, il faut constater que la grande majorité des membres élus dans le cadre du parti social-démocrate roumain a voté pour la résolution. Au sein des députés polonais, si le vote contre de ceux appartenant au parti Droit et Justice du président Duda et du premier ministre Morawiecki était prévisible, celui de trois députés du parti populaire polonais (de droite mais dans l'opposition) et même d'un membre du parti Plateforme civique (tous membres du PPE) sont plus surprenants.

Encore plus récemment, il est intéressant d'observer les discussions relatives à la proposition de règlement relatif à la protection du budget de l'Union en cas de défaillance généralisée de l'État de droit dans un État membre[13]. Elle peut être interprétée – en quelques mots – comme une tentative d'utilisation du budget de l'Union comme une "arme" pour pouvoir contrer les violations de l'État de droit plus efficacement et plus rapidement que ne le permet le mécanisme complexe visé à l'article 7[14]. Même s'il s'agit évidemment d'une disposition générale, certains parallèles avec les votes sur la Hongrie peuvent être relevés.

Tout d'abord parce que, bien qu'il ait été approuvé avec 397 voix pour, 158 contre et 69 abstentions, il y avait 23 voix contre parmi les parlementaires du parti populaire (presque tous de Hongrie ou de l'Est, auxquels il faut ajouter Hortefeux) et 15 abstentions toujours parmi le populaire, y compris plusieurs membres de Forza Italia.

Il y a eu aussi, et c'est un fait important, moins de compacité parmi les socialistes et démocrates, qui ont eu entre eux 18 voix contre (tous membres d'Europe de l'Est) et 7 abstentions, émanant presque toutes d'eurodéputés d'Europe de l'Est à l'exception de l'italien Sergio Cofferati.

12. Voir T.T. Koncewicz, M. Zubik, M. Konopacka et K. Staśkiewicz, *Poland*, et S.E. Tănăsescu et B. Selejan-Guțan, *Romania*, *in* R. Albert, D. Landau, P. Faraguna et S. Drugda (dir.), *I·CONnect-Clough Center 2016 Global Review of Constitutional Law*, 2018, p. 165 ; A. Circolo, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione*, *op. cit.*, en part. p. 26.

13. *https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2018/0136(COD)* [date de dernière consultation : 20/11/19].

14. C. Rizcallah, « Le partage et le respect de valeurs communes : une question clé pour l'Union européenne » in D. Reynié (dir.), *L'opinion européenne en 2018*, Paris, 2019, § IV. III.

3. Une brève remarque conclusive

Pour conclure, on peut penser qu'une grande partie du parti populaire européen, y compris au niveau le plus élevé, module son attitude de condamnation dans ce domaine proportionnellement à l'attention des médias. Ce qui émerge est une dangereuse indécision fondamentale de la part de nombreux de ses principaux représentants, séduits – par conviction ou par opportunité – par les sirènes souverainistes.

Dans ce contexte, rappelons l'interrogation suscitée par un courrier de deux universitaires, le Pr. Alberto Alemanno et le Pr. Laurent Pech, adressé au secrétaire général du Parlement européen, dans le but de vérifier que le PPE satisfait bien aux conditions posées par le règlement 1141/2014 relatif au statut et au financement des partis politiques européens, tel que modifié en 2018[15]. Pour anecdotique qu'elle soit, la provocation est très intéressante, précisément à cause des événements qui viennent d'être exposés.

En d'autres termes, les lignes de fracture actuelles qui ont remplacé celles de la guerre froide semblent avoir particulièrement affecté le PPE. L'analyse, rapide et sommaire, des votes confirme l'apparition accablante de nouvelles lignes de fracture extrêmement dangereuses pour l'avenir de l'Europe, non seulement celle évoquée à l'intérieur du parti populaire, mais aussi ce que j'appellerais une « solidarité orientale » qui contourne les familles politiques classiques et peut facilement être exploitée par des personnalités comme Orbán, surtout si le niveau de publicité des actions est faible.

Considérons, par exemple, l'attitude ambiguë, au moins initialement, de Weber, mais aussi la sévérité croissante de ses déclarations contre le Premier ministre hongrois à mesure que la pression des médias augmentait, pour être finalement écrasé entre les deux factions opposées de Macron et d'Orbán lors de la nomination du président de la Commission européenne[16].

En ce contexte instable, reprenant ce qui a été dit au début de cette contribution, il devient de jour en jour plus important de prendre les décisions les plus importantes et les plus délicates au Parlement[17], car – au moins – les citoyens européens peuvent surveiller les orientations actuelles des partis européens à travers leurs groupes, et en tirer les conséquences nécessaires en tant que citoyens[18].

15. Voir dans ce Volume la contribution de G. Grasso, en part. § 4.
16. Voir *https://www.politico.eu/article/manfred-weber-disappointed-blames-emmanuel-macron-and-viktor-orban* [date de dernière consultation : 20/11/19].
17. Voir récemment R. Ibrido et N. Lupo, *Dinamiche della forma di governo, tra Unione europea e Stati membri*, Bologne, il Mulino, 2019, en part. sa deuxième Partie.
18. Voir N. Lupo et A. Manzella, *Il Parlamento europeo*, Rome, LUISS University Press, 2019, en part. ses chapitres 1 et 2.

Bibliographie

ARTICLES

A. Circolo, "Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria", *DPCE online*, 2019, 10, Issue 1, available at *www.dpceonline.it*.

L. Hooghe and G. Marks, "Cleavage theory meets Europe's crises: Lipset, Rokkan, and the transnational cleavage", *Journal of European Public Policy*, 2017, 25, Issue 1.

C. Curti Gialdino, "Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo 'Stato di diritto', si viola la regola di diritto", *Federalismi.it*, 2018, 16, Issue 18, available at *www.federalismi.it*.

T.T. Koncewicz, M. Zubik, M. Konopacka and K. Staśkiewicz, "Poland" in R. Albert, D. Landau, P. Faraguna and S. Drugda (eds.), *I·CONnect-Clough Center 2016 Global Review of Constitutional Law*, 2018, available at www.iconnectblog.com/2017/08/now-available-the-i·connect-clough-center-2016-global-review-of-constitutional-law/

S.E. Tănăsescu, B. Selejan-Guțan, "Romania" in R. Albert, D. Landau, P. Faraguna and S. Drugda (eds.), *I·CONnect-Clough Center 2016 Global Review of Constitutional Law*, 2018, available at www.iconnectblog.com/2017/08/now-available-the-i·connect-clough-center-2016-global-review-of-constitutional-law/

C. Rizcallah, "Le partage et le respect de valeurs communes : une question clé pour l'Union européenne" in D. Reynié (ed.), *L'opinion européenne en 2018*, Paris, Ed. Marie B., 2019.

OUVRAGES

O. Rozenberg et E. Thiers, *Traité d'études parlementaires*, Bruxelles, Larcier, 2018.

B. Dupret et J-N. Ferrié, *Délibérer sous la coupole. L'activité parlementaire dans les régimes autoritaires*, Beirut, Presses de l'Ifpo, Institut français du Proche-Orient, 2014.

R. Ibrido et N. Lupo, *Dinamiche della forma di governo, tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, il Mulino, 2019.

N. Lupo et A. Manzella, *Il Parlamento europeo*, Roma, LUISS University Press, 2019.

AUTRES SOURCES

M. Aranci, "Il Parlamento europeo ha votato: attivato l'art. 7, par. 1, TUE nei confronti dell'Ungheria", available at *www.rivista.eurojus.it*

H. Labayle, "Winter is coming: la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'Etat de droit", available at www.gdr-elsj.eu

La crise des valeurs fondatrices de l'Union européenne et les partis politiques européens après les élections européennes de 2019 : quelques réflexions

Giorgio Grasso[1]

1. Introduction 294

2. Le cadre normatif : l'article 3, paragraphe 1, point c), du Règlement n° 1141/2014 et les mécanismes prévus pour vérifier le respect par les partis politiques européens des valeurs fondatrices de l'UE 295

3. La présence à l'intérieur de certains partis européens de partis nationaux qui pourraient ne pas respecter les valeurs fondatrices de l'UE 298

4. L'utilisation de la (nouvelle) disposition de l'article 10, paragraphe 3, du Règlement n° 1141/2014 : l'initiative du Parlement européen sur demande motivée d'un groupe de citoyens. Le cas de l'ONG The Good Lobby 303

5. Le respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'UE et le rôle des partis européens dans l'élection de la présidente de la Commission européenne Ursula Van der Leyen et dans la formation de la Commission pour la législature 2019-2024 : quelques remarques 309

6. Remarque conclusive sur la politisation des instruments prévus pour contrôler le respect par les partis européens des valeurs fondatrices de l'UE 311

1. Professeur associé de Droit constitutionnel dans l'Université de l'Insubria, Como, Italie. Directeur de la Collection Sovranità Federalismo Diritti, Editoriale scientifica, Napoli. E-mail : giorgio.grasso@uninsubria.it

1. Introduction

Le sujet de la crise des valeurs fondatrices de l'UE au sein des partis politiques européens a marqué la fin de la huitième législature (2014-2019) du Parlement européen. Une législature dans laquelle, pour la première fois, la procédure de l'article 7 du TUE, destinée à sanctionner la violation des valeurs de l'Union telles qu'énoncées à l'article 2 du Traité (techniquement « le risque clair de violation grave »), a été déclenchée contre deux États membres : la Pologne, en décembre 2017 par la Commission européenne, et la Hongrie, en septembre 2018 par le Parlement européen.

La double référence au respect du *noyau dur* des valeurs de l'article 2[2] du Traité, à la fois pour un État membre et pour un parti politique au niveau européen, semble donc démontrer l'existence d'un *modèle commun*[3] avec lequel l'UE essaye de contrer certains éléments non libéraux qui cherchent à entrer dans son système de gouvernement et dans la vie de ses institutions en vue de nier les racines mêmes du constitutionnalisme comme limite à l'exercice du pouvoir politique.

Dans ce contexte, cette contribution, élaborée à la suite d'un Colloque ayant pour objet le bilan, les enjeux et les perspectives des élections européennes, 40 ans après les premières élections du Parlement européen au suffrage universel direct de 1979, veut réfléchir sur les conséquences que les élections du mai 2019 ont commencé à produire sur les partis politiques européens, en raison en particulier des problèmes qui naissent lorsque certains partis politiques nationaux, membres de partis européens, ne respectent pas les valeurs fondatrices de l'UE ; problèmes qui donnent la possibilité de vérifier si les modalités prévues en droit européen pour contester la violation par un parti politique européen des valeurs sur lesquelles se fonde l'UE, y compris la nouvelle initiative du Parlement européen sur demande motivée d'un groupe de citoyens, sont vraiment efficaces.

2. Voir par exemple G. Delledonne, « Homogénéité constitutionnelle et protection des droits fondamentaux et de l'état de droit dans l'ordre juridique européen », *Politique européenne*, 2016, 3, p. 101, qui assigne au principe d'homogénéité la fonction de définir ce noyau dur de valeurs partagées à travers les articles 2 et 7 du Traité.

3. Voir aussi G. Grasso, « Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale : le cas des partis politiques européens et du respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'Union européenne », *Constitution. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2018, p. 481 et pp. 479-492, où on trouve déjà développée une partie des réflexions contenues dans cette contribution, et J. Morijn, "Responding to 'populist' politics at EU level: Regulation 1141/2014 and beyond", *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 618, qui souligne que, entre les deux mécanismes prévus pour assurer le respect de l'article 2 du Traité, celui concernant les partis politiques européens à travers le Règlement n° 1141/2014 est moins connu et il a reçu moins d'attention.

2. Le cadre normatif : l'article 3, paragraphe 1, point c), du Règlement n° 1141/2014 et les mécanismes prévus pour vérifier le respect par les partis politiques européens des valeurs fondatrices de l'UE

Sans faire ici l'histoire des partis politiques européens, prévus déjà par le Traité de Maastricht de 1992 – avec l'introduction de l'article sur les partis politiques au niveau européen, l'article 138A selon l'ancienne numération du Traité –, et aujourd'hui reconnus par l'article 10, paragraphe 4, du TUE (et par l'article 12, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE) et réglés par le Règlement n° 1141 de 2014 du Parlement européen et du Conseil, relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes, enfin modifié par le Règlement n° 673 de 2018[4], c'est à l'article 3 du Règlement n° 1141/2014, déjà mentionné, que l'on peut trouver l'affirmation du *lien décisif* entre les partis politiques européens et le respect des valeurs fondatrices de l'UE.

Cet article, en énumérant les conditions qu'une alliance politique doit satisfaire pour se faire enregistrer en tant que parti politique européen, établit en fait que cette alliance « doit respecter, notamment dans son programme et ses activités, les valeurs sur lesquelles se fonde l'Union, énoncées à l'article 2 du TUE », c'est-à-dire « le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit ainsi que le respect des droits de l'homme, notamment les droits des personnes appartenant à des minorités »[5].

Le respect par les partis européens des principes sur lesquels l'UE est fondée était déjà prévu, en réalité, par l'article 3 de l'ancien Règlement n° 2004/2003, relatif au statut et au financement des partis politiques au niveau européen, ensuite abrogé par le Règlement n° 1141/2014. Dans

4. Sur la naissance des partis politiques européens et sur leur évolution ultérieure voir par exemple G. Grasso, « Partiti politici europei », *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume 3e de mise à jour, tome II, Turin, UTET, 2008, en particulier pp. 613 et s., et G. López de la Fuente, *Pluralismo político y partidos políticos europeos*, Granada, Comares, 2014, en particulier pp. 193 et s.

5. L'article 3, paragraphe 1, point c), du Règlement n° 1141 se réfère de manière explicite seulement au premier paragraphe de l'article 2 du Traité, mais comme souligné par J. Morijn, "Responding to 'populist' politics", *op. cit.*, p. 634, "Yet there are strong arguments to consider *all* principles listed in Article 2 TEU, which is referred to in Article 7 TEU, in general terms, as a package (…) because (…) illiberal politics action in Europe can be equally in tension with EU values listed in the second sentence: pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men".

le texte du Règlement de 2003, la demande de financement par le budget général de l'UE d'un parti politique devait être accompagnée d'un ensemble de documents attestant que le parti demandeur remplissait certaines conditions prévues par le Règlement de 2003 et, en particulier, qu'il respectait, « notamment dans son programme et par son action, les principes sur lesquels l'UE est fondée, à savoir les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit » (article 3, point c).

Le Règlement n° 1141/2014 a donc réalisé un *saut qualitatif important* dans la définition des relations entre partis politiques européens et valeurs fondatrices de l'UE, puisque désormais une alliance politique qui ne démontre pas son respect de ces valeurs ne peut même pas être enregistrée comme un parti politique européen par l'Autorité pour les partis politiques européens et les fondations politiques européennes, prévue par le Règlement n° 1141. Toutefois, si le Règlement n° 1141 a certainement renforcé cette condition, il est aussi vrai qu'il se contente de demander une déclaration formelle standard sur la base d'un modèle figurant en annexe au Règlement. Cette déclaration, selon le Règlement n° 1141 (article 9, paragraphe 3), « est considérée par l'Autorité comme suffisante pour garantir que le demandeur satisfait aux conditions établies à l'article 3, paragraphe 1, point c), ou à l'article 3, paragraphe 2, point c), selon le cas ». Comme exactement souligné par John Morijn, « this initial step is essentially one of self-certification »[6], qui démontre une grande faiblesse du Règlement sur ce point, l'Autorité n'ayant aucune possibilité concrète de réaliser un contrôle substantiel et matériel sur la « loyauté constitutionnelle »[7] de ces formations politiques, partis ou fondations[8], envers les valeurs et les principes de l'Union, en particulier l'attachement à une démocratie authentiquement libérale dénuée de l'ambiguïté des régimes politiques hybrides que Fareed Zakaria a, le premier, qualifiés de « illiberal democracies »[9].

Dans deux précédents articles dédiés à ce thème, l'auteur de ces lignes a déjà étudié les pratiques, très rares, existant dans ce domaine, entre les années 2007 et 2017, sous l'empire du Règlement n° 2004/2003. Il apparaît qu'aucun parti ni aucune fondation politique n'ont été exclus *ab initio* du financement européen pour des raisons en lien avec le non-respect des principes et des valeurs qui sont à la base de l'UE. Par ailleurs, à ce jour, la nouvelle Autorité n'a jamais rendu, depuis son établissement

6. J. Morijn, "Responding to 'populist' politics", *op. cit.*, p. 629.
7. Voir G. López de la Fuente, *Pluralismo político*, *op. cit.*, p. 201.
8. Le Règlement n° 1141/2014 s'applique en fait aussi aux fondations politiques européennes affiliées aux partis politiques européens (voir article 3, paragraphe 2).
9. Voir F. Zakaria, "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs*, Nov/Dec 1997, 76, 6, p. 24.

en 2016, de décisions de non-enregistrement d'un parti européen au terme d'un contrôle substantiel et matériel du respect par ce parti des valeurs sur lesquelles l'UE se fonde[10].

Les hypothèses de vérification *a posteriori* de la subsistance dans le temps des différentes conditions prévues pour demander le financement, sous le régime du Règlement n° 2004/2003, ont été encore moins fréquentes[11]. Pour ce qui concerne le nouveau Règlement n° 1141/2014, aucun parti politique (ou fondation politique) inclus en 2017 dans le registre prévu par le Règlement n'a été radié en raison du non-respect des principes sur lesquels l'UE est fondée. Tout au plus relèvera-t-on que, entre 2016 et 2017, le parti Alliance européenne pour la paix et la liberté, parti politique européen d'extrême droite et qui est composé de partis nationaux nazi-fascistes comme le parti italien Forza Nuova ou le parti grec Aube Dorée, a été placé sous le contrôle du Parlement européen, lorsqu'une procédure de vérification du respect des valeurs de l'UE a été lancée, selon les modalités anciennement prévues par le droit européen[12]. La Commission des affaires constitutionnelles du Parlement a procédé en février 2017 à l'audition des dirigeants du parti politique, mais la procédure est restée inachevée : le Comité des personnalités indépendantes n'a jamais donné son avis et, en février 2018, sous l'empire des nouvelles règles du Règlement n° 1141/2014, l'Autorité a enregistré l'Alliance européenne pour la liberté et la paix comme un parti politique européen, en estimant donc son programme politique et ses activités compatibles avec les valeurs fondatrices de l'UE.

Au mois de septembre 2018, l'Autorité a vérifié si tous les partis politiques et toutes les fondations politiques enregistrés entre 2017 et 2018 remplissaient encore les conditions d'enregistrement suite à l'adoption du

10. Voir G. Grasso, « Démocratie (libérale) », *op. cit.*, pp. 484 et s. et G. Grasso, R. Perrone, "European Political Parties and the Respect for the Values on Which the European Union is founded Between the European Legislation and The National Laws", *European Public Law*, 2019, p. 677 et s. Voir aussi la contribution de R. Perrone, dans ce même volume.
11. Voir toujours G. Grasso, « Démocratie (libérale) », *op. cit.*, pp. 482 et s.
12. Le Règlement n° 2004/2003 prévoyait que, à la suite de la demande d'un quart des membres du Parlement européen, représentant au moins trois groupes politiques au sein de l'Assemblée, le Parlement vérifiait, « à la majorité de ses membres, que ladite condition continue d'être respectée par un parti politique au niveau européen. Avant de procéder à cette vérification, le Parlement [devait entendre] les représentants du parti politique au niveau européen concerné et demande[r] à un comité composé de personnalités indépendantes de rendre un avis sur la question dans un délai raisonnable ». Le comité de personnalités indépendantes était composé de trois membres, désignés un par le Parlement européen (son Président), un par le Conseil et un par la Commission. En cas de constatation que l'une des conditions visées à l'article 3 du Règlement n° 2004/2003, y compris celle concernant le respect des principes fondants de l'UE, ne serait plus remplie, le parti politique en cause, ayant perdu de ce fait cette qualité, serait exclu du financement.

Règlement n° 2018/673, modifiant le Règlement n° 1141, selon lequel seuls les partis politiques, et non plus les personnes physiques, peuvent être pris en compte aux fins d'assurer la représentation territoriale du parti européen « dans au moins un quart des États membres, [par] des députés au Parlement européen, des membres de parlements nationaux ou régionaux ou d'assemblées régionales »[13]. C'est en conséquence de ce contrôle que l'Autorité a radié du registre des partis politiques l'Alliance européenne pour la liberté et la paix, sur-mentionnée, et un autre parti européen d'extrême droite, l'Alliance pour les mouvements nationaux européens. Elle a, pour les mêmes raisons, radié du registre des fondations politiques la fondation Europa Terra Nostra, affiliée au premier parti politique. Ces radiations sont donc indépendantes de la question du respect, par ces formations politiques, des valeurs sur lesquelles l'UE se fonde.

3. La présence à l'intérieur de certains partis européens de partis nationaux qui pourraient ne pas respecter les valeurs fondatrices de l'UE

Le texte de l'article 3 du Règlement n° 1141/2014, plusieurs fois mentionné, identifie le programme et les activités du parti politique européen comme les deux éléments fondamentaux à travers lesquels vérifier le respect par ce parti politique des valeurs fondatrices de l'UE. Toutefois pendant les travaux préparatoires du Règlement, en septembre 2012, la Commission européenne avait proposé un texte différent, en vertu duquel l'activité et le programme des (partis) membres d'une alliance politique aspirant à être enregistrée comme un parti européen auraient également dû respecter les valeurs sur lesquelles l'UE se fonde[14].

L'histoire du changement de la version de ce texte, avec tous les différents passages entre la Commission et le Conseil, pour arriver enfin au Parlement, a été rappelée récemment, pour souligner en particulier que certains grands partis politiques européens (les « mainstream European political parties ») « have illiberal members with a track record of undermining Article 2 TEU. Therefore, limiting the assessment to a Europarty *as a whole* would function as a major restriction, *de facto* rendering many of the most problematic actors in the European Parliament outside the Regulation's reach »[15].

13. Le nouveau texte de l'article 3, paragraphe 1, du Règlement n° 1141/2014 prévoit aussi un point b *bis*), qui empêche que le même parti national puisse être membre de deux ou plus partis européens.
14. Voir Proposition de Règlement, COM (2012) 499 final, 12 septembre 2012.
15. J. Morijn, "Responding to 'populist' politics", *op. cit.*, p. 635.

Or, cette question du respect des valeurs par les partis nationaux membres a été au cœur de l'actualité dans les mois qui ont précédé les élections de mai 2019, en raison, en particulier, du fait que certains partis européens, qui ont été enregistrés sans problème en 2017 par l'Autorité et dont personne ne doute de l'attachement aux valeurs de la démocratie, de l'État de droit ou de la défense des droits fondamentaux en Europe, accueillent dans leurs rangs des partis nationaux qui soutiennent dans des pays comme la Pologne, la Hongrie ou la Romanie des gouvernements qui rejettent tout ce qui contraint ou limite le pouvoir politique, en énonçant une conception absolutiste et totalitaire de la souveraineté nationale.

C'est le cas en premier lieu du parti politique hongrois Fidesz, qui soutient le premier ministre Viktor Orbán, dont le gouvernement a été mis en cause par le Parlement européen au titre de l'art. 7 TUE, et qui appartient à l'un des partis politiques européens les plus anciens et les plus importants, notamment en termes de nombre d'eurodéputés : le Parti populaire européen. C'est aussi le cas du parti politique polonais Droit et Justice (PiS), dirigé par Jarosław Kaczyński, qui soutient le gouvernement de Mateusz Morawiecki, accusé par la Commission européenne de mettre en péril les valeurs de l'Union, et qui fait partie de l'Alliance des conservateurs et réformistes européens. Enfin, c'est le cas des deux partis politiques roumains Alde Roumanie, membre dans la législature 2014-2019 de l'Alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe, et du PSD (Partidul Social Democrat), membre du Parti socialiste européen, qui soutiennent en Roumanie le gouvernement dirigé par Viorica Dăncilă, qui, entre autres, a approuvé de récentes réformes en matière pénale mises en cause par la Commission de Venise[16].

Concernant ces partis politiques nationaux et leurs rapports avec les partis européens auxquels ils appartiennent, il est utile d'apporter quelques précisions supplémentaires.

Fidesz en Hongrie et Droit et Justice en Pologne ont été protagonistes dans les dernières années d'une sorte de « régression démocratique » au cœur de l'Europe[17], en soutenant des gouvernements qui ont eu pour but de construire un État de type nouveau, considéré orgueilleusement comme non libéral, « en écartant … les instruments libéraux du modèle initial et en reconstruisant leur identité nationale, à partir notamment d'une fierté nationale et d'un certain nombre de valeurs,

16. Voir en particulier l'Avis sur les amendements au Code pénal et au Code de procédure pénale, adopté par la Commission de Venise à sa 116e session plénière (Venise, 19-20 octobre 2018), https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)021-f (dernière consultation le 12 novembre 2019).

17. Voir J. Rupnik, « La démocratie illibérale en Europe Centrale », *Esprit*, 2017/6, p. 71, 74 et *passim*.

qu'ils jugent bafouées par les démocraties libérales »[18]. Dans un contexte similaire, Alde Roumanie et le PDS ont promu, en soutenant le gouvernement actuellement au pouvoir en Roumanie, une conception qui exprime une claire dérive autoritaire contre l'État de droit.

La « rupture avec l'État de droit comme fondement de la démocratie libérale »[19], prônée en Hongrie par Fidesz, en Pologne par PiS et en Roumanie par la coalition de gouvernement à laquelle participent Alde Roumanie et le PDS, a conduit les gouvernements et les parlements de ces pays à adopter un ensemble de lois (voire des amendements constitutionnels en Hongrie) qui ont démantelé les contre-pouvoirs existants et les normes de protection des droits fondamentaux, au risque de compromettre le principe de la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la magistrature et des Cours constitutionnelles, l'indépendance des médias, et mettant en danger, au nom d'un nationalisme exacerbé et d'un très insidieux « campanilisme constitutionnel »[20], la jouissance de certains droits fondamentaux, notamment pour les minorités politiques ou religieuses, les étrangers résidant dans le pays et les demandeurs d'asile.

Orbán en particulier a été certainement le précurseur de cette conception non libérale de la démocratie, si on rappelle seulement son célèbre discours public de juillet 2014 : « jusqu'à présent, nous connaissons trois formes d'organisation étatique : l'État-nation, l'État libéral et l'État-providence. Maintenant, la question est : qu'est-ce qui va venir ensuite ? La réponse hongroise, c'est que l'ère d'un État fondé sur la valeur travail doit leur succéder. (…) Le nouvel État que nous construisons en Hongrie n'est pas un État libéral, c'est un État non libéral »[21].

Ceci étant posé, il est intéressant, dans le cadre de cette contribution, d'analyser le rôle que ces partis nationaux jouent au niveau européen, du fait de leur appartenance à des partis européens.

Pour ce qui concerne Fidesz, ce parti appartient, comme on l'a déjà souligné, à un des trois plus anciens partis européens, le Parti populaire européen, fondé dès 1976 et qui est aussi la formation politique qui, avec son groupe parlementaire, a toujours eu le nombre le plus élevé de députés au Parlement européen. Ce parti est lié originairement à l'une des grandes traditions politiques européennes, celle démocrate-chrétienne, mais il a été marqué, dans les années suivantes, par « l'absorption de

18. Voir B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?* Paris, LGDJ, 2017, p. 256.
19. Voir encore J. Rupnik, « La démocratie illibérale », *op. cit*., p. 71.
20. Constitutional parochialism, dans le texte anglais: R. Uitz, "Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary", *International Journal of Constitutional Law*, 2015, p. 296.
21. Sur ce point voir l'article « Hongrie : Viktor Orban, architecte de la démocratie non libérale en Europe », http://www.lemonde.fr, 6 mai 2016.

différents partis conservateurs au fil des différents élargissements de l'Union européenne »[22]. Parmi les objectifs statutaires du parti figure celui « d'œuvrer en faveur d'une démocratie libre et pluraliste et du respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de l'État de droit, sur la base d'un programme commun ».

Le Parti populaire européen a toujours été nettement européiste et forme, avec le Parti socialiste européen et le Parti de l'Alliance des libéraux et des démocrates pour l'Europe, l'axe central des rapports politiques entre le Parlement et la Commission et de la "forme de gouvernement" de l'UE. Ce parti, riche d'une tradition de défense des valeurs fondatrices de l'UE, a pourtant longtemps protégé Fidesz et sa conception non libérale de la démocratie, en raison notamment des liens très forts existant entre Fidesz et le monde politique allemand lié à l'Union chrétienne-démocrate d'Allemagne[23].

Finalement, au mois de mars 2019, Fidesz a été suspendu du Parti populaire européen, avec une décision prise à majorité et qui contient certainement plusieurs éléments ambigus, notamment la composition de la commission de sages chargée de surveiller le parti hongrois et de donner un avis aux organes du Parti populaire européen avant de prendre une décision définitive sur Fidesz[24].

De son côté, PiS est un membre fondateur (avec, notamment, le Parti conservateur britannique) de l'Alliance des conservateurs et réformistes européens, parti politique né en 2009 avec une dénomination un peu différente, et refondé en juillet 2017.

Le statut de ce parti évoque en préambule un parti « qui rassemble des partis euro-réalistes qui croient dans la liberté personnelle, la libéralisation des marchés, le principe de subsidiarité, une intervention gouvernementale limitée, la démocratie parlementaire et la souveraineté

22. Voir T. Coosemans, « Les partis politiques européens », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2013/36, p. 13.

23. Voir L. Pech, K.L. Scheppele, "Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* 2017, 19, p. 46, S. Platon, « Les élections européennes et l'érosion de la démocratie libérale en Europe », https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-les-elections-europeennes-et-lerosion-de-la-democratie-liberale-en-europe-1006299 (dernière consultation le 12 novembre 2019), 3 avril 2019 et la contribution de G. Delledonne, dans ce volume.

24. Les trois sages sont le belge Herman Van Rompuy, l'allemand Hans-Gert Pöttering et l'autrichien Wolfang Schüssel. En raison des liens soulignés dans le texte entre Fidesz et les démocrates-chrétiens allemands, Pöttering pourrait ne pas donner un avis entièrement impartial, comme d'ailleurs Schüssel, qui fut le chancelier du gouvernement de coalition avec Jörg Haider, qui en 2000 fut sanctionné par l'Europe. Voir aussi G. Delledonne, dans ce volume, et l'article « Ortodossia di destra. I nomi, le storie e i volti dei tre saggi del PPE che hanno già fatto ridere Orbàn », https://www.ilfoglio.it/esteri/2019/03/22/news/ortodossia-di-destra-244528/ (dernière consultation le 12 novembre 2019).

nationale », et affirme ensuite son respect, dans son programme et dans son action, des valeurs sur lesquelles se fonde l'UE.

Si la présence de Fidesz dans le Parti populaire européen répond à la nécessité très forte, à un certain moment de la vie de ce parti, d'intégrer en son sein certains partis conservateurs européens, idéologiquement distants de l'esprit démocrate-chrétien originaire, l'alliance entre Conservateurs britanniques et PiS résulte quant à elle de la volonté des premiers de constituer au sein du Parlement européen un groupe politique autonome. Dans cette perspective, il est facile de mesurer combien les 18 députés européens de PiS, dans la législature 2014-2019, devenus 24 dans la législature 2019-2024, étaient précieux pour atteindre cet objectif. Il est très difficile de penser donc que ce parti européen, surtout après les élections de mai 2019, qui – au-delà des conséquences du Brexit – ont réduit la représentation du Parti conservateur britannique à 4 députés seulement, peut renoncer à son parti politique national pivot et à sa force idéologique, surtout dans un milieu institutionnel dans lequel la longue procédure déclenchée contre la Pologne, sur la base de l'article 7 du TUE, reste encore inachevée.

Pour ce qui concerne, enfin, les deux partis roumains, Alde Roumanie, d'une part, avec ses 3 députés dans la législature 2014-2019, faisait partie du groupe politique de l'Alliance des démocrates et des libéraux et du parti politique correspondant, expression historiquement de la grande famille libérale européenne et qui dans son statut prévoit comme son premier objectif le respect des valeurs de l'article 2 du TEU. Au mois de mars 2019, le président du parti Guy Verhofstadt avait demandé d'adopter une mesure d'expulsion du parti roumain de l'Alliance des démocrates et des libéraux et de son groupe parlementaire au Parlement, pour son appartenance à un gouvernement qui, en approuvant une réforme du Code pénal et du Code de procédure pénal, a affaibli gravement la capacité du système pénal roumain à lutter efficacement contre les infractions de corruption, les crimes violents et la criminalité organisée. Aux élections européennes de mai 2019, Alde Roumanie n'a pas réussi à obtenir une représentation au Parlement européen ; toutefois trois autres partis roumains (Uniunea Salvați România, Partidul Libertate, Unitate și Solidaritate et USR-PLUS) font partie du nouveau groupe parlementaire Renew Europe Group, qui rassemble les membres de l'Alliance des démocratiques et des libéraux et ceux du Parti démocratique européen, et un député roumain Dacian Cioloș est devenu président de ce groupe parlementaire.

D'autre part le PSD, avec 14 députés dans la législature 2014-2019 et 7 députés dans l'actuelle législature, fait partie du Parti socialiste européen et du groupe parlementaire des Socialistes & Démocrates, le troisième grand parti politique de la tradition européenne, qui comme les

autres partis que nous avons examinés dans ce paragraphe affirme dans son statut que le but du parti est de poursuivre ses objectifs dans le respect des valeurs sur lesquelles l'UE est fondée. Le Parti socialiste européen a longtemps toléré la situation de ce parti, même si dans les derniers mois les relations avec lui ont été « gelées »[25]. Le gouvernement roumain, comme on verra plus avant, a désigné Rovana Plumb du PSD comme commissaire aux transports, mais la commission des affaires juridiques du Parlement européen a rejeté cette désignation, de même que celle du commissaire hongrois László Trócsányi de Fidesz.

4. L'utilisation de la (nouvelle) disposition de l'article 10, paragraphe 3, du Règlement n° 1141/2014 : l'initiative du Parlement européen sur demande motivée d'un groupe de citoyens. Le cas de l'ONG The Good Lobby

Le rejet que certains des partis nationaux ici examinés, en qualité de membres en particulier du Parti populaire européen et de l'Alliance des conservateurs et des réformistes, semblent manifester envers le respect des valeurs fondatrices de l'UE a conduit récemment à essayer de déclencher la nouvelle procédure de l'article 10 paragraphe 3 du Règlement n° 1141/20014, modifié par le Règlement n° 2018/673, qui donne aujourd'hui la possibilité à un groupe de citoyens, par une demande motivée transmise conformément aux dispositions applicables du règlement intérieur du Parlement européen, de requérir le Parlement de demander à l'Autorité de vérifier le respect par un parti européen ou une fondation des conditions concernant le respect des valeurs de l'UE. La première mise en œuvre de ce nouveau mécanisme, qualifié en doctrine de conformité horizontale aux valeurs de l'UE[26], a eu lieu avec l'initiative de deux professeurs de droit européen, Alberto Alemanno et Laurent Pech, à travers l'ONG The Good Lobby.

Avant d'analyser cette tentative, qui n'a pas eu le résultat attendu, il faut rappeler que, sous le régime du Règlement n° 1141/2014, il peut être vérifié qu'un parti régulièrement inscrit dans le registre par l'Autorité continue à remplir les conditions prévues par le Règlement et en

25. Pour des récents renseignements voir: https://www.lepoint.fr/elections-europeennes/divorce-entre-la-gauche-europeenne-et-les-socialistes-roumains-11-04-2019-2307192_2095.php (dernière consultation le 12 novembre 2019).

26. Voir A. Alemanno, L. Pech, "Holding European Political Parties Accountable - Testing the Horizontal EU Values Compliance Mechanism", *Verfassungsblog.de*, 15 mai 2019, p. 1 et s.

particulier les conditions liées au respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'UE. On a déjà souligné certaines graves limites des dispositions du Règlement n° 1141/2014, selon lesquelles une déclaration formelle standard est suffisante pour permettre l'enregistrement d'une alliance politique ou d'une fondation politique comme un parti européen ou une fondation européenne. La grande faiblesse de ce contrôle semble seulement en partie compensée par un examen, certainement plus approfondi, réalisé par l'Autorité, à propos du respect des autres conditions exigées pour l'enregistrement. Cet examen est parfois de nature formelle, comme la vérification du fait qu'un parti a effectivement son siège dans un État membre tel qu'indiqué dans le statut, parfois de nature plus substantielle, comme l'évaluation du contenu des statuts des partis et des fondations concernant leur gouvernance intérieure.

La procédure destinée à vérifier que les partis et les fondations politiques continuent, après la décision favorable d'enregistrement, de remplir les conditions demandées peut conduire, on l'a dit, à la radiation du parti ou de la fondation du registre prévu par le Règlement (voir l'article 10 du Règlement n° 1141/2014). L'Autorité plusieurs fois citée joue un rôle central dans cette procédure de vérification régulière. Cependant, lorsque l'Autorité constate qu'un parti ou une fondation risque de ne plus satisfaire la condition relative au respect des valeurs de l'UE, l'Autorité ne peut pas décider seule.

D'un côté, le Parlement (de sa propre initiative ou, comme on l'a vu, sur demande motivée d'un groupe de citoyens depuis 2018), le Conseil ou la Commission peuvent demander à l'Autorité de vérifier le respect, par un parti ou une fondation politique spécifiques, des conditions établies dans le Règlement n° 1141. Cette demande peut être lancée aussi lorsque l'Autorité prend directement connaissance de faits de nature à créer des doutes relativement au respect de ces conditions, avec l'obligation pour l'Autorité d'informer le Parlement, le Conseil et la Commission en vue de leur permettre d'introduire la demande de vérification mentionnée ci-dessous. Ces trois organes font part de leur intention dans un délai de deux mois après réception desdites informations (voir article 10 du Règlement).

De l'autre côté, l'État membre où le parti européen ou la fondation a son siège peut lui aussi adresser à l'Autorité une demande, dûment motivée, de radiation, précisant exactement et exhaustivement les actions illégales perpétrées et les exigences nationales spécifiques qui n'ont pas été respectées, constitutives d'une grave violation des obligations pertinentes du droit national applicable, pour toutes les questions non régies par le Règlement de 2014. Cette violation grave alléguée peut concerner le respect des valeurs sur lesquelles l'UE est fondée (voir l'article 16 du Règlement n° 1141/2014).

Dans ces deux différentes hypothèses, qui ne peuvent pas être mises en œuvre dans les deux mois précédant les élections au Parlement, l'Autorité doit demander un avis à un comité de personnalités éminentes indépendantes, composé de six membres, le Parlement, le Conseil et la Commission en choisissant chacun deux membres en fonction de leurs qualités personnelles et professionnelles et sous réserve de certaines incompatibilités (voir l'article 11 du Règlement de 2014). Le comité de personnalités indépendantes a deux mois pour rendre son avis à l'Autorité (et non plus, comme dans l'ancien Règlement, un temps indéfini, limité seulement par le « délai raisonnable » prévu pour que le Parlement rende son avis).

L'Autorité, compte tenu de cet avis, décide de radier ou non le parti ou la fondation concernés, par une décision qui doit être dûment motivée et qui ne peut être prise, dans le cas de radiation pour non-respect de la condition relative aux valeurs fondamentales de l'UE, que s'il y a eu une *violation manifeste et grave* de cette condition.

Le pouvoir de sanctionner exclusivement les violations manifestes et graves, avec une terminologie qui évoque, sans être parfaitement identique[27], les dispositions de l'article 7 du TUE (où l'on parle d'un « risque clair de violation grave par un État membre des valeurs visées à l'article 2 » et de l'existence « d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2 ») semble exprimer la volonté des auteurs du Règlement de pardonner les transgressions plus petites, sans toutefois indiquer un critère interprétatif satisfaisant pour évaluer la gravité et l'évidence d'une violation pouvant justifier la radiation.

Par ailleurs, le dernier mot, dans cette délicate procédure, appartient aux organes politiques de l'UE, le Parlement et le Conseil, auxquels l'Autorité doit communiquer sa décision de radiation. En effet, cette décision n'entre en vigueur que si elle n'a donné lieu à aucune objection du Parlement et du Conseil dans les trois mois suivant sa notification à ces deux institutions ou si, avant l'expiration de ce délai, le Parlement et le Conseil ont tous les deux informé l'Autorité de leur intention de ne pas formuler d'objections. En cas d'objection, dûment motivée et rendue publique, le parti ou la fondation demeurent enregistrés. Les deux organes cités ne peuvent s'opposer à la décision de l'Autorité que pour des motifs liés à l'évaluation du respect des conditions d'enregistrement visées à l'article 3, paragraphe 1, point c), et à l'article 3, paragraphe 2, point c), plusieurs fois mentionnées, en adoptant une position conformément à leurs règles respectives de décision.

27. Sur ce point voir aussi F. Saitto, "European political parties and European public space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014", *Rivista di diritti comparati*, 2/2017, p. 27 et J. Morijn, "Responding to 'populist' politics", *op. cit.*, p. 634.

Le poids des intérêts politiques devient donc dominant sur la décision finale, avec pour conséquence d'affaiblir gravement l'indépendance d'une Autorité que le Règlement n° 1141/2014 a pourtant qualifiée d'indépendante.

La prédominance de la "Realpolitik européenne" sur ce point a été bien soulignée dans une récente contribution, où il a été démontré que le Règlement n° 1141/2014, modifié par le Règlement n° 2018/673, « offers a limited and limiting framework to act against illiberal forces within the European Parliament, because it is unlikely to work in disciplining mainstream political groups and parties that harbor illiberal elements associated with Article 2 TEU-related problems in various member states »[28].

Au niveau du Parlement européen, le fait que la décision de demander à l'Autorité de procéder à la vérification du respect des valeurs, ainsi que celle de faire objection à une éventuelle décision de l'Autorité de radier un parti ou une fondation politique, doit avoir le soutien d'un quart des députés qui composent le Parlement représentant au moins trois groupes parlementaires, comme prévu par le règlement intérieur du Parlement dans sa version en vigueur (article 235), empêche que les groupes parlementaires correspondants aux grands partis européens, qui ont parmi eux des partis nationaux éventuellement concernés, puissent voter concrètement une décision qui frappe un groupe parlementaire avec une composition "suspecte", pour ce qui concerne le respect des valeurs fondatrices de l'UE.

La protection réciproque entre ces forces politiques majoritaires au Parlement[29] ne bénéficierait cependant pas à un petit groupe parlementaire, correspondant à un petit parti européen, qui manifesterait dans son programme politique ou ses activités politiques un éventuel danger au respect des valeurs de l'UE. C'est ce qui explique la procédure initiée contre l'Alliance européenne pour la paix et la liberté[30].

La décision qui peut être prise par le Conseil et donc par les 28 États membres de l'UE est par conséquent entièrement politique. À cela s'ajoute que, comme on verra dans le paragraphe suivant, le choix de la Commission d'activer ou non, envers un parti européen suspecté de menacer les valeurs fondatrices de l'UE, les mesures défensives prévues par le Règlement n° 1141/2014 peut être influencé aussi par le fait que ce parti politique a contribué à élire le président de la Commission européenne ou à définir la composition de la Commission[31].

28. J. Morijn, "Responding to 'populist' politics", *op. cit.*, p. 617.
29. *Ibidem*, p. 636.
30. *Ibidem*, p. 636, note n° 102.
31. J. Morijn, "Responding to 'populist' politics", *op. cit.*, p. 636.

C'est dans ce cadre très compliqué, dans lequel se croisent de manière inévitable raisons politiques et normes juridiques, que l'on peut reconstruire brièvement la tentative des Pr. Alemanno et Pech de forcer, en partant "du bas", le Parlement européen à demander à l'Autorité de vérifier si le Parti populaire européen et l'Alliance des conservateurs et des réformistes continuent à respecter les valeurs sur lesquelles est fondée l'UE.

En septembre 2018, les Pr. Alemanno et Pech, au nom de The Good Lobby[32], ont écrit deux lettres à l'Autorité et deux lettres au Parlement, pour leur demander de vérifier si le Parti populaire européen et l'Alliance des Conservateurs et des réformistes en Europe continuent de respecter les valeurs fondatrices de l'UE.

L'Autorité a répondu rapidement, mais un peu hâtivement, n'avoir pas une obligation d'intervenir, même après avoir pris « connaissance de faits de nature à créer des doutes relativement au respect, par un parti politique (…) spécifique, des conditions » concernant le respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'UE (article 10, paragraphe 3 du Règlement n° 1141/2014, cité), dès lors que les informations sur ces faits étaient dans le domaine public, en cours de discussion au niveau international, européen et national.

La réponse du Parlement a été un peu moins rapide. Elle fut constituée d'une abondante correspondance entre les deux parties. Au début, les bureaux de la Présidence ont répondu que le Parlement était en train de modifier son règlement intérieur pour mettre en œuvre le nouvel article 10, paragraphe 3, du Règlement n° 1141/2014, et notamment pour définir le « groupe de citoyens » qui peut prendre l'initiative auprès du Parlement. Dans l'attente, le Parlement ne pouvait pas prendre en considération la demande présentée par Alemanno et Pech.

Cette interprétation toutefois a été fortement critiquée par les deux professeurs agissant au nom de The Good Lobby[33] : pour eux le Parlement, en l'absence de dispositions transitoires dans le Règlement n° 1141/2014, comme modifié par le Règlement n° 2018/673, était obligé d'examiner leurs demandes afin de permettre l'exercice d'un nouveau droit démocratique reconnu par le Règlement.

32. ONG qui a pour but de donner une voix à des intérêts publics qui peuvent être sous-représentés et d'apporter plus de participation citoyenne aux processus politiques européens. Voir http://thegoodlobby.eu/about-us/ (dernière consultation le 12 novembre 2019).

33. Voir A. Alemanno, L. Pech, "Holding European Political Parties Accountable - Testing the Horizontal EU Values Compliance Mechanism", *op. cit.*, p. 4 et s.

Finalement, au mois de mars 2019, le Parlement a adopté un article spécifique de son règlement intérieur dédié à la mise en œuvre du Règlement n° 1141. Le groupe de citoyens qui peut déposer une demande motivée invitant le Parlement à demander la vérification de la conformité d'un parti européen aux valeurs fondatrices de l'UE doit être composé d'au moins 50 personnes, qui ne peuvent être des membres du Parlement européen. La demande doit contenir « des éléments factuels substantiels montrant que le parti (…) en question ne respecte pas les conditions » relatives au respect des valeurs de l'Union. Le Président du Parlement a le pouvoir de transmettre « les demandes recevables déposées par des groupes de citoyens à la commission compétente pour examen ». À la suite de cet examen, « la commission compétente peut décider, à la majorité des députés qui la composent, représentant au moins trois groupes politiques, d'adopter une résolution pour donner suite à la demande ». Enfin à la suite de cette résolution c'est au Parlement européen de décider, « par un vote à la majorité des suffrages exprimés, de déposer ou non une demande auprès de l'Autorité »[34].

Malgré cette modification du règlement intérieur du Parlement européen, la demande de The Good Lobby a continué d'achopper, cette fois sur la question des signatures demandées aux citoyens soutenant la demande. Selon l'ONG, dans le silence du règlement et en l'absence de clarification par le président du Parlement européen quant aux modalités de signature valide, la demande de signature n'avait aucun fondement juridique. Selon le Président du Parlement au contraire, les signatures étaient nécessaires pour identifier ceux qui, en donnant leurs nom, adresse, e-mail, nationalité et pays de résidence, supportaient la demande. Par conséquent, les bureaux de la Présidence ont requis à plusieurs reprises l'ajout de ces signatures dans les formulaires préparés par The Good Lobby. Après avoir fixé un délai pour consigner les signatures au 16 mai 2019, le Président Antonio Tajani a déclaré irrecevable la demande parce que les demandeurs n'avaient pas donné la preuve que leur demande motivée était supportée par le nombre minimum de 50 citoyens prévu par le règlement intérieur.

Un « mur contre un mur » qui a amené The Good Lobby à déposer une plainte devant le Médiateur européen, lequel a toutefois rejeté cette plainte le 17 septembre 2019 en déclarant qu'il n'y a pas eu de mauvaise administration (*maladministration* dans le texte en anglais de la décision)

34. Voir l'article 223*bis* du règlement intérieur du Parlement européen, 8e législature, mars 2019, aujourd'hui article 335 du règlement intérieur du Parlement européen, 9e législature, juillet 2019. Cette disposition, déjà très détaillée, donne aussi à la Commission le pouvoir d'adopter « des lignes directrices concernant le traitement de ces demandes présentées par des groupes de citoyens ».

de la part du Parlement. Cette décision[35], qui ne peut être commentée ici en détail[36] et dans laquelle le Médiateur a interprété de manière excessivement formelle l'article 223bis du règlement intérieur, contient cependant dans son dernier point une affirmation pertinente au regard de l'objet de la présente contribution : « le droit des citoyens européens de demander la vérification de la conformité d'un parti politique européen avec les valeurs fondatrices de l'Union est un droit démocratique très important ». Un droit que le Parlement doit encourager et renforcer, y compris en prévoyant une information adéquate sur les modalités avec lesquelles un citoyen européen peut promouvoir les conditions pour demander, avec au moins autres 49 citoyens européens, la vérification de la conformité d'un certain parti européen aux valeurs qui sont au cœur de l'UE.

5. Le respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'UE et le rôle des partis européens dans l'élection de la présidente de la Commission européenne Ursula Van der Leyen et dans la formation de la Commission pour la législature 2019-2024 : quelques remarques

Un des grands thèmes qui ont accompagné la campagne électorale européenne de 2019 a été l'opposition entre forces politiques pro-européennes, concevant le processus politique et institutionnel d'intégration européenne comme irréversible, et forces politiques anti-européennes ou au moins eurosceptiques, expression d'une conception souverainiste des rapports entre les États membre et les institutions européennes.

Les résultats électoraux qui, dans certains États membres, ont certainement récompensé les partis politiques nationaux fortement critiques de l'UE et de ses règles, comme la Lega en Italie, le Front National en France, Fidesz en Hongrie, ont pourtant dessiné un nouveau Parlement européen où les groupes parlementaires (et les partis européens correspondants) qui manifestent une potentielle rupture avec l'Europe et ses institutions bénéficient d'un poids numérique tout à fait secondaire. Cependant, comme nous l'avons souligné dans les pages qui précédent, le risque de violation des valeurs sur lesquelles se fonde l'UE vient également

35. Pour le texte de la décision voir *https://www.ombudsman.europa.eu/it/decision/en/119191* (dernière consultation le 12 novembre 2019).

36. Mais pour un commentaire de cette décision voir G. Grasso, "The European Ombudsman as an Insurmountable Roadblock? The New Right to Request the European Parliament to de-Register European Political Parties", *Verfassungsblog.de*, 15 octobre 2019, p. 1 et s.

des partis européens majoritaires au Parlement, soit que les partis nationaux menaçant les valeurs soient numériquement forts, soit qu'ils soient numériquement décisifs pour composer la majorité qui élit le président de la Commission européenne ainsi que les membres de la Commission elle-même. Les deux partis politiques européens les plus concernés par cette remarque sont, encore une fois, le Parti populaire européen, en raison de la présence de Fidesz dans ses rangs (12 députés au Parlement européen, plus 1 député d'un autre petit parti politique hongrois proche du Fidesz, dans un groupe qui a 182 députés), et l'Alliance des conservateurs et des réformistes pour l'Europe, dominé par le parti polonais PiS (24 députés au Parlement européen, plus 2 députés d'un parti mineur polonais allié du PiS, sur le 62 qui composent le groupe).

Ursula von der Leyen n'a été élue que de justesse à la présidence de la Commission européenne au mois de juillet 2019, avec 383 votes favorables, 327 votes contraires et 22 abstentions. Fidesz et PiS se sont tous les deux considérés comme les « faiseurs de roi » pour cette nouvelle présidence, par le rôle crucial qu'ils ont joué dans le choix final de von der Leyen[37]. Certains commentateurs se sont demandé, en particulier, si Orban ne risquait pas de chercher à utiliser le soutien offert pour l'élection afin d'adoucir la position des institutions européennes, après le vote du 12 septembre 2018 du Parlement qui a approuvé l'activation de l'article 7§1 TUE contre la Hongrie, et du Parti populaire européen, qui a voté en mars 2019 une suspension ambiguë de Fidesz de ses rangs, évoquée précédemment[38].

À l'heure où ces lignes sont écrites (début novembre 2019), cette hypothèse pourrait être mise à l'épreuve suite à la décision de la commission des affaires juridiques du Parlement européen qui, avant même l'audition des commissaires européens désignés, a suspendu la procédure concernant deux commissaires, la roumaine Rovana Plumb et le hongrois László Trócsányi, en raison de l'existence d'un possible conflit d'intérêts relativement à leur candidature[39]. Or, Trócsányi a été ministre de la justice en Hongrie de 2014 à 2019 et, en plus d'être considéré politiquement très proche de Viktor Orbán, a participé activement à l'adoption de certaines lois et mesures attentatoires à l'État de droit qui ont causé la mise sous surveillance de la Hongrie par les institutions européennes. À la suite de

37. Voir E. Zalan, "PiS & Fidesz claim credit for von der Leyen victory", https://euobserver.com/political/145489 (dernière consultation le 12 novembre 2019).
38. Voir par exemple J. Le Pavous, « Ursula von der Leyen, l'atout de Viktor Orbàn à la Commission européenne », http://www.slate.fr/story/180252/von-der-leyen-commission-europeenne-viktor-orban (dernière consultation le 12 novembre 2019).
39. Voir G. Gotev, "Commissioner-nominees Trocsanyi and Plumb face grilling over personal finances", https://www.euractiv.com/section/future-eu/news/commissioner-nominees-trocsanyi-and-plumb-face-grilling-over-personal-finances/ (dernière consultation le 12 novembre 2019).

ce double rejet, la Présidente a demandé à la Roumanie et à la Hongrie de proposer deux nouveaux candidats. Mais la composition finale de la nouvelle Commission reste à ce jour incertaine, à la suite du vote contraire du Parlement européen le 10 octobre 2019 sur la candidate française Sylvie Goulard, après deux différentes auditions, et du retard du Brexit, qui soulève la question de l'éventuelle désignation du commissaire britannique[40].

6. Remarque conclusive sur la politisation des instruments prévus pour contrôler le respect par les partis européens des valeurs fondatrices de l'UE

L'existence d'un contrôle effectif et substantiel du respect des valeurs européennes par les partis européens est dépendante de raisons de nature politique qui touchent aux rapports de force entre les groupes politiques au Parlement, plutôt que de l'équilibre des sièges dans la Commission ou des rapports entre les États membres au moment de la décision au sein du Conseil. Ces raisons ont conditionné l'écriture du Règlement n° 1141/2014 et les pouvoirs reconnus en particulier à l'Autorité qui, même si elle devrait être indépendante, comme nous l'avons déjà souligné, ne pourra que très difficilement jouer un rôle décisif en face d'un parti politique qui viole de manière manifeste et grave, par son programme ou ses activités, les principes fondamentaux sur lesquels l'UE a été fondée.

Dans cette perspective, donc, il est facile à comprendre qu'une réflexion sur les rapports entre les partis politiques européens et le respect effectif des valeurs sur lesquelles l'UE se fonde permet en réalité de s'engager brièvement sur un discours plus général sur la démocratie non libérale en Europe.

Le processus d'intégration européenne et l'élargissement à des États, comme la Hongrie, la Pologne, la Roumanie et un peu tous les pays de l'Europe centrale et orientale, éloignés des traditions culturelles de l'État de droit qui s'étaient affirmés dans l'Europe occidentale durant le XIXe siècle, se sont traduits, après une adhésion trop souvent seulement formelle aux principes de la démocratie constitutionnelle, par une sorte de *renversement démocratique*, que les États avec des fortes racines dans

40. Voir pour des renseignements dans la presse : https://www.lemonde.fr/international/article/2019/11/01/a-bruxelles-la-course-d-obstacles-de-la-commission-von-der-leyen_6017707_3210.html (dernière consultation le 12 novembre 2019) et http://www.ansa.it/europa/notizie/europarlamento/news/2019/11/06/fonti-possibili-audizioni-al-peper-i-3-commissari-dal-1411-_c1c39968-a7a4-427d-80b7-35b10f230976.html (dernière consultation le 12 novembre 2019).

l'État de droit et dans les valeurs du constitutionnalisme libéral ont du mal à contrer.

Sur ce point l'UE a révélé toute sa faiblesse, même si assurément quelque chose vient de changer, comme les initiatives prises contre la Pologne et la Hongrie semblent le prouver. Si les mesures envers les États sont fragiles, celles concernant les partis risquent de l'être encore plus, comme cet article a cherché de démontrer. C'est pour cela que toute initiative qui peut renforcer le contrôle des partis européens quant au respect de l'État de droit, comme l'initiative susmentionnée de The Good Lobby, doit être facilitée.

Si les normes du TUE, à propos des États membres, et celles du Règlement n° 1141/2014, à propos des partis, risquent d'être rendues ineffectives par des vetos politiques, en raison en particulier des majorités qualifiées et des quorums exigés au niveau européen, chaque fois qu'il faudrait adopter plutôt une sanction envers un État ou un parti européen, alors il est du devoir des constitutionnalistes d'affirmer sans aucune ambiguïté que les valeurs du constitutionnalisme libéral, fondées sur l'État de droit, la protection des droits fondamentaux, l'affirmation du pluralisme politique, l'indépendance du pouvoir judiciaire et des cours constitutionnelles, ne doivent être jamais mélangées ou confondues avec les valeurs bien différentes de la soumission de la *rule of law* au pouvoir politique, de la négation du pluralisme dans toutes ces manifestations et de la défense obsessionnelle de l'identité du peuple national construite autour de principes qui nient la laïcisation de la vie publique. Ces conceptions, sur lesquelles sont fondées les politiques des gouvernements de certains pays d'Europe centrale et orientale, n'ont en effet plus rien à voir avec le constitutionnalisme[41].

41. Cette idée est largement soutenue par la doctrine européenne : voir pour tous L. Pech, K.L. Scheppele, "Illiberalism Within", *op. cit.*, pp. 3 et s., qui adressent entièrement leurs efforts à contester les caractères de cette régression délibérée de la *rule of law*, qui veut démanteler la structure même du constitutionnalisme libérale- démocratique, et M. Avbelj, "There is No Such Thing As a Particular 'Center and Eastern European Constitutionalism"', *Verfassungsblog.de*, 18 mai 2018, qui parle d'une notion holistique de constitutionalisme, qui joint *rule of law* et démocratie et qui est mise aujourd'hui sous attaque par un soi-disant nouveau "constitutionnalisme" des Pays du Centre et de l'Europe de l'Est.

BIBLIOGRAPHIE

ARTICLES

T. Coosemans, « Les partis politiques européens », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2013, 36, p. 7.

G. Delledonne, « Homogénéité constitutionnelle et protection des droits fondamentaux et de l'état de droit dans l'ordre juridique européen », *Politique européenne*, 2016, 3, p. 86.

G. Grasso, « Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale : le cas des partis politiques européens et du respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'Union européenne », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2018, 4, p. 479.

G. Grasso, R. Perrone, "European Political Parties and the Respect for the Values on Which the European Union Is Founded Between the European Legislation and the National Laws", *European Public Law Review*, 2019, p. 665.

J. Morijn, "Responding to 'populist' politics at EU level: Regulation 1141/2014 and beyond", *International Journal of Constitutional Law*, 2019, 2, p. 617.

L. Pech, K.L. Scheppele, "Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* 2017, p. 3.

J. Rupnik, « La démocratie illibérale en Europe Centrale », *Esprit*, 2017, 6, p. 69.

F. Saitto, "European Political Parties and European Public Space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014", *Rivista di diritti comparati*, 2017, 2, p. 23.

R. Uitz, "Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary", *International Journal of Constitutional Law*, 2015, 1, p. 279.

F. Zakaria, "The Rise of Illiberal Democracy", *Foreign Affairs*, Nov/Dec 1997, 6, p. 22.

OUVRAGES

G. Grasso, « Partiti politici europei », *Digesto delle discipline pubblicistiche*, volume 3e de mise à jour, tome II, Turin, UTET, 2008, p. 609.

G. López de la Fuente, *Pluralismo politico y partídos políticos europeos*, Granada, Comares, 2014.

B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?* Paris, LGDJ, 2017.

AUTRES SOURCES

A. Alemanno, L. Pech, "Holding European Political Parties Accountable - Testing the Horizontal EU Values Compliance Mechanism", *Verfassungsblog.de*, 15 mai 2019, p. 1.

M. Avbelj, "There is No Such Thing As a Particular 'Center and Eastern European Constitutionalism'", *Verfassungsblog.de*, 18 mai 2018, p. 1.

G. Grasso, "The European Ombudsman as an Insurmountable Roadblock? The New Right to Request the European Parliament to de-Register European Political Parties", *Verfassungsblog.de*, 15 octobre 2019, p. 1.

S. Platon, « Les élections européennes et l'érosion de la démocratie libérale en Europe », *https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-les-elections-europeennes-et-lerosion-de-la-democratie-liberale-en-europe-1006299*, 3 avril 2019 (dernière consultation le 12 novembre 2019).

Les valeurs démocratiques et les partis politiques – une analyse comparative

Mathias El Berhoumi[1]

1. La formulation des valeurs et le problème de la définition de la démocratie 319
2. Les lacunes du contrôle du respect des valeurs 322
3. Un embryon de réglementation interne des partis 324

1. Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel et administratif (CIRC).

« La démocratie moderne repose entièrement sur les partis politiques, dont l'importance est d'autant plus grande que le principe démocratique reçoit une plus large acceptation »[2].

L'affirmation est de Hans Kelsen. Elle n'est pas inconnue de ceux qui s'intéressent de près ou de loin au phénomène partisan. La démocratie, précise le juriste autrichien, ne peut « sérieusement exister que si les individus se groupent d'après leurs fins et affinités politiques, c'est-à-dire que si, entre l'individu et l'État viennent s'insérer ces formations collectives dont chacune représente une certaine orientation commune à ses membres, un parti politique »[3].

Depuis le Traité de Maastricht, cette idée que démocratie et partis sont indissociables a été transposée dans le droit primaire de l'Union européenne. L'article 10 du Traité sur l'Union européenne affirme que le fonctionnement de cette dernière est fondé sur la démocratie représentative. Son paragraphe 4 proclame : « Les partis politiques au niveau européen contribuent à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression de la volonté des citoyens de l'Union »[4]. La formalisation des partis européens est l'aboutissement d'un processus dont on peut situer le déclencheur aux premières élections du Parlement européen, et l'accélérateur à la fin des années 1980[5]. En faisant le bilan de quarante ans d'élections directes du Parlement européen, il est dès lors pertinent de faire celui du droit des partis politiques européens. Leur consécration juridique s'est accompagnée de constantes critiques sur la transposition de la notion de « parti politique » au niveau européen. Pour faire bref, il leur est reproché un caractère embryonnaire, un manque d'emprise sur les groupes politiques correspondants, un faible rôle de sélection des élus, une absence de lien direct avec les citoyens qui se combine à un déficit de notoriété et un projet global relativement flou[6].

2. H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature – sa valeur*, rééd., Paris, Dalloz, 2004, p. 19.
3. H. Kelsen, *ibidem*, p. 20.
4. L'article 12, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend partiellement cet article : « Les partis politiques au niveau de l'Union contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union ». L'article 224 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – dont l'origine remonte au Traité de Nice – établit pour sa part : « Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, fixent par voie de règlements le statut des partis politiques au niveau européen visés à l'article 10, paragraphe 4, du traité sur l'Union européenne, et notamment les règles relatives à leur financement ».
5. S. Hix et C. Lord, *Political Parties in the European Union*, New York, MacMillan Press, 1997, p. 11 à 16.
6. Voy. not. A. Bailleux et H. Dumont, *Le pacte constitutionnel européen*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 458 à 462 ; O. Costa, « Les acteurs politiques », R. Dehousse (dir.), *Politiques européennes,* Paris, Presses SciencesPo., 2009, p. 77 à 80 ; P. Magnette, *Le régime politique de l'Union européenne*, Paris, Presses SciencesPo., 3e éd., 2009, p. 226 à 235 ; N. Clinchamps, *Parlement européen et droit parlementaire. Essai sur la naissance du droit parlementaire de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2006, p. 94 à 123.

Près de trois décennies après le Traité de Maastricht, ces critiques ne sont pas près de se tarir, tant l'influence réelle des partis politiques européens sur la scène politique européenne demeure marginale, nonobstant la procédure de « Spitzenkandidat »[7].

Le droit de l'Union européenne prête le flanc à ces critiques en empruntant sciemment au lexique des démocraties nationales une notion aussi chargée historiquement. C'est le risque, que l'on retrouve dans d'autres textes, en particulier le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, inhérent à toute entreprise cherchant à légitimer l'Union en appliquant à ses institutions des notions liées aux démocratiques nationales. Comme l'a sévèrement affirmé Daniel-Louis Seiler en commentant les règles reconnaissant les partis politiques européens, « d'ordinaire le fait précède le droit, ici le droit précède le fait ou, plus exactement, tente d'influencer le fait »[8]. Ces critiques appellent à pratiquer avec la plus grande prudence toute comparaison entre les partis au niveau national et les partis au niveau européen, ces derniers devant être appréhendés comme champ d'études autonome dans le contexte spécifique du régime politique de l'Union[9].

Il n'en demeure pas moins qu'au-delà de la similarité nominale et malgré les différences observées, le phénomène partisan au niveau européen a agi par mimétisme par rapport aux partis nationaux notamment en ce qui concerne les structures des partis politiques européens[10]. À l'évidence, les partis européens entretiennent, en outre, un lien particulièrement fort

7. Cette procédure s'est inscrite dans une série de propositions visant à renforcer le lien entre les électeurs et les partis européens. Voy. la recommandation 2013/142/UE de la Commission du 12 mars 2013 sur le renforcement de la conduite démocratique et efficace des élections au Parlement européen ; et la résolution 2013/2102 du Parlement du 4 juillet 2013 sur l'amélioration des modalités pratiques des élections européennes de 2014. Sur cette procédure et le sort qui lui a été réservé lors de la désignation de la Commission présidée par Ursula von der Leyen, nous renvoyons à la contribution de D. Fromage dans le présent ouvrage.

8. D.-L. Seiler, *Clivages et familles politiques en Europe*, Bruxelles, éd. ULB, 2011, p. 282. Au niveau national, en effet, historiquement, la relation entre le droit étatique et les partis politiques « est susceptible d'évoluer en quatre étapes : au premier stade, les partis sont combattus, avant d'être ignorés au second, la troisième étape est caractérisée par la reconnaissance et la légitimation, tandis que la quatrième consiste en l'incorporation constitutionnelle des partis, laquelle n'est pas encore réalisée dans tous les États » (F. Bouhon, *Droit électoral et principe d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 66 qui synthétise Heinrich Triepel dans son classique *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*).

9. P. Delwit, J.-M. De Waele, E. Külahci et C. Van de Walle, « Les fédérations européennes de partis : des partis dans le processus décisionnel européen ? », P. Magnette et E. Remacle (ed.), *Le nouveau modèle européen*, vol. 1, Bruxelles, éd. ULB, 2000, p. 125 à 138.

10. P. Delwit, E. Külahci et C. Van de Walle, « Les fédérations européennes de partis. Un acteur politique en devenir ? », P. Delwit, E. Külahci et C. Van de Walle (dir.), *Les fédérations européennes de partis. Organisation et influence*, Bruxelles, éd. ULB, 2001, p. 13.

avec les partis nationaux dans les faits et dans le statut qu'établit le règlement n° 1141/2014 du 22 octobre 2014[11]. Les partis politiques européens sont en conséquence loin d'être étrangers ou insensibles aux évolutions qui affectent les partis politiques nationaux et leurs régimes juridiques. À cet égard, l'encadrement juridique des partis européens soulève des questions intéressantes qui concernent aussi le niveau national. On peut se demander, d'une part, de quel modèle de réglementation nationale des partis le droit européen se rapproche le plus et, d'autre part, si le statut européen peut être de nature à influencer les règlementations nationales[12]. Dans cette dernière perspective, il pourrait être un laboratoire inspirant l'émergence et la convergence de règles encadrant les partis politiques nationaux.

Nous prendrons en charge cette question à travers les dispositions du statut des partis politiques européens concernant le respect des valeurs de l'Union. L'article 3, § 1er, c), du règlement n° 1141/2014 énonce à l'égard d'une alliance politique qui demande à se faire enregistrer en tant que parti européen la condition suivante : « elle doit respecter, notamment dans son programme et ses activités, les valeurs sur lesquelles se fonde l'Union, telles qu'énoncées à l'article 2 du traité sur l'Union européenne, à savoir le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit ainsi que le respect des droits de l'homme, notamment les droits des personnes appartenant à des minorités ».

Dans la présente contribution, nous proposerons trois observations comparatives sur l'identification des valeurs que les partis doivent respecter (1), le contrôle du respect de cette condition (2) ; et sur l'articulation entre l'exigence démocratique dans le programme et les activités des partis, d'une part, et dans leur organisation interne, d'autre part (3).

11. Règlement n° 1141/2014 du 22 octobre 2014 relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes (modifié par le Règlement n° 2018/673 du 3 mai 2018 et par le Règlement n° 2019/493 du 25 mars 2019).
12. Cette influence peut être dans un sens jugée souhaitable ou non par les législateurs nationaux selon qu'ils comblent des lacunes perçues comme problématiques dans la législation ou qu'ils contredisent des normes considérées comme souhaitables dans le droit étatique. Si nous nous concentrons sur la première hypothèse, la seconde n'est pas totalement absente des débats (voy. par exemple, en France, le rapport d'information du 29 avril 2003 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur le statut de financement des partis politiques européens qui craignait que la possibilité pour des personnes morales de financer les partis politiques européens influence le droit français qui interdit pareil financement).

1. La formulation des valeurs et le problème de la définition de la démocratie

Pour identifier les valeurs auxquelles doivent se soumettre les partis politiques européens, le règlement n° 1141/2014 fait référence à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne et reprend sa première phrase[13]. Au niveau national, c'est la Loi fondamentale allemande qui offre l'exemple classique d'un dispositif de « démocratie militante »[14]. On sait que le § 1er de son article 21 a fortement influencé la rédaction de l'article 10, § 4, du Traité sur l'Union européenne[15]. Deux différences essentielles, parmi d'autres, peuvent néanmoins être épinglées.

D'une part, la loi fondamentale allemande prévoit que l'inconstitutionnalité d'un parti s'évalue en fonction de ses buts ou du comportement de ses adhérents, alors que le règlement n° 1141/2014 évoque le programme et les activités du parti politique européen, établissant ainsi une déconnexion entre les partis européens et leurs membres (partis nationaux ou membres individuels). En raison de cette déconnexion, une procédure déclenchée sur la base de l'article 7 du Traité sur l'Union européenne – risque clair de violation grave des valeurs de l'article 2 du TUE – peut n'avoir aucune conséquence sur le ou les partis responsables de cette situation dans l'État membre incriminé, ce qui n'est pas sans soulever de sérieuses critiques[16]. Alors qu'il s'agit d'apprécier le respect des mêmes valeurs et que les mêmes protagonistes sont concernés, il semble suffire qu'un parti politique européen impliqué dans une procédure de l'article 7 du TUE affiche son attachement aux valeurs européennes pour ne pas être inquiété par la procédure du règlement n° 1141/2014. Une nuance doit cependant être apportée. Le Comité de personnalités éminentes indépendantes qui, à la demande de l'Autorité, donne un avis sur toute éventuelle violation grave et manifeste des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée « peut demander tout document utile et élément de preuve à l'Autorité, au Parlement européen, au parti politique européen concerné ou à la fondation politique européenne concernée, à d'autres partis politiques,

13. Sur l'interprétation de cet article de la part des institutions européennes, nous renvoyons à la contribution de F. Pacini.

14. Voy. J.-W. Müller, « Militant democracy », M. Rosenfeld et A. Sajò (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 1253 à 1269 ; D.P. Kommers et R.A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham et Londres, Duke University Press, 3e éd., 2012, p. 285 et s., et les références citées à la note 130.

15. J. Shaw et L. Khadar, « Article 12(2) », S. Peers *e.a.* (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 372.

16. Voy. G. Grasso, « Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale : le cas des partis politiques européens et du respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'Union européenne », *Constitutions*, octobre-décembre 2018, p. 479 à 492.

fondations politiques ou autres parties prenantes et il peut demander à entendre leurs représentant » (article 11, 3, du règlement n° 1141/2004). Ainsi, le Comité dispose d'instruments lui permettant de pousser ses investigations afin de mettre à l'épreuve, le cas échéant, la réalité de l'affirmation du respect des valeurs par un parti politique européen. Dans cette perspective, cette disposition largement formulée ne paraît pas lui interdire de faire le lien avec le comportement des partis membres.

D'autre part, la seconde différence essentielle tient dans le fait que le droit constitutionnel allemand n'hésite pas à retenir une définition particulière de la démocratie. Dans son arrêt du 23 octobre 1952 sur le cas du *Sozialistische Reichspartei*, la Cour constitutionnelle allemande a estimé qu'il faut placer « parmi les principes de base » de l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la République fédérale d'Allemagne « pour le moins le respect des droits de l'homme concrétisés dans la loi fondamentale, avant tout le droit de la personne à vivre et à se développer librement, la souveraineté populaire, la séparation des pouvoirs, la responsabilité gouvernementale, l'administration dans la légalité, l'indépendance des tribunaux, le principe de la pluralité des partis et l'égalité des chances pour tous les partis politiques, liée au droit de constituer et d'exercer constitutionnellement une opposition »[17].

On peut se demander si pareille définition n'est pas trop restrictive. La règle de la responsabilité des ministres devant le parlement, par exemple, est propre au régime parlementaire. Elle n'existe pas dans les régimes présidentiels. On sait aussi que cette règle de responsabilité ne fonctionne qu'imparfaitement au sein du triangle institutionnel européen. On sait aussi que l'Union européenne demeure rétive à toute forme d'analyse fondée sur la séparation des pouvoirs telle qu'elle se déploie au niveau national[18]. Autrement dit, il y a place pour *des* interprétations très différentes de ces principes. La version que la Loi fondamentale de l'Allemagne leur a donnée n'en est qu'une parmi d'autres, sans doute adaptée au régime politique allemand, mais qui ne saurait être essentialisée et prise pour une définition intemporelle de la démocratie. Mais le risque est de tomber dans une définition trop large de la démocratie, cherchant à épouser y compris ses formes dégénérées de « démocratie illibérale ». On peut répondre à cette critique en s'inspirant, comme le fait le législateur belge, de la voie par laquelle la Cour européenne des droits de l'homme cherche à résoudre cette équation.

17. BverGE 2, 1, 12-13.

18. H. Dumont, « Présentation générale des changements induits par le Traité de Lisbonne », N. de Sadeleer *e.a.* (dir.), *Les innovations pour le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2011 p. 31 à 36.

Le dispositif anti-parti liberticide du droit belge permet de priver de financement public le parti qui « montre, de manière manifeste et à travers plusieurs indices concordants, son hostilité envers les droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales […] et les protocoles additionnels à cette Convention »[19]. Cette disposition ne signifie pas qu'aux yeux du législateur belge, la démocratie se réduit aux droits fondamentaux. Elle traduit plutôt la volonté d'emprunter au système de la Convention Européenne des Droits de l'Homme la conception de la démocratie applicable en Belgique. Contrairement aux juges de Karlsruhe, ceux de Strasbourg doivent tenir compte de la pluralité des régimes politiques des États du Conseil de l'Europe. Ils ne peuvent donc définir la démocratie par une liste d'éléments constitutifs trop limités ou trop précis. Dans les arrêts où elle invoque cette notion, la Cour européenne des droits de l'homme insiste surtout sur le noyau dur de la démocratie. Lorsqu'on cherche en effet à éviter l'écueil d'une définition particulière de la démocratie, on doit privilégier les approches qui appréhendent cette dernière en référence à quelques principes essentiels en l'absence desquels la démocratie est impossible. C'est notamment la démarche de Philippe Gérard qui retient, d'une part, le principe de l'égalité des membres de la communauté politique et, d'autre part, celui de l'autonomie collective qui s'exprime en particulier dans la souveraineté du peuple[20]. Les libertés et les droits fondamentaux sont dans cette optique considérés comme des « conditions de possibilité de l'autonomie collective »[21]. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans cette démarche dont la motivation de l'arrêt *Refah Partisi c. Turquie* du 30 juillet 2001 constitue l'application paradigmatique[22]. La remise en cause d'un ordre constitutionnel quelconque

19. Article 15*ter* du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour l'élection de la Chambre des représentants, ainsi qu'au financement et à la comptabilité des partis politiques.

20. Ph. Gerard, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique,* Bruxelles, Pub. Facultés universitaires Saint-Louis, 1995, p. 112 et s.

21. Ph. Gerard, *ibidem*, p. 128.

22. « Les droits de l'homme constituent un système intégré visant à protéger la dignité de l'être humain ; la démocratie et la prééminence du droit (*rule of law*) tiennent à cet égard un rôle clé. La démocratie suppose de donner un rôle au peuple. Seules peuvent être investies des pouvoirs et de l'autorité de l'État des institutions créées par et pour le peuple ; les lois doivent être interprétées et appliquées par un pouvoir judiciaire indépendant. Il n'y a pas de démocratie lorsque la population d'un État, même majoritairement, renonce à ses pouvoirs législatif et judiciaire au profit d'une entité qui n'est pas responsable devant le peuple qu'elle gouverne, que cette entité soit laïque ou religieuse. (…) Il existe un lien très étroit entre la prééminence du droit et la démocratie. La loi ayant pour fonction d'établir des distinctions sur la base de différences pertinentes, il ne saurait y avoir de réelle prééminence du droit sur une longue période si les personnes soumises aux mêmes lois n'ont pas le dernier mot au sujet de leur contenu et de leur mise en œuvre » § 43.

– y compris la promotion d'un projet sécessionniste[23] – par des moyens pacifiques n'est pas jugée contraire à la démocratie dans sa jurisprudence. Ainsi, résume-t-elle dans son arrêt *Batasuna c. Espagne* du 30 juin 2009 qu'« un parti politique peut mener campagne en faveur d'un changement de la législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'État à deux conditions : 1) les moyens utilisés à cet effet doivent être en tous points légaux et démocratiques ; 2) le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux »[24]. Seule la contestation de ces postulats justifie des mesures limitant la liberté de s'associer au sein d'un parti politique. Sans doute ce mode de raisonnement serait-il plus adapté au niveau de l'Union européenne que celui de la Cour constitutionnelle allemande vu le respect dû à l'identité nationale des États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles (article 4, § 2, du TUE). Cependant, il manque une jurisprudence comparable du côté de la Cour de justice permettant d'éclaircir la conception de la démocratie sous-jacente au règlement n° 1141/2014. Et pour cause : les décisions relatives à la violation des valeurs de l'Europe par un parti politique européen ne sont pas de sa compétence.

2. Les lacunes du contrôle du respect des valeurs

La problématique des mécanismes visant à garantir le respect des valeurs par les partis politiques européens a été un point de désaccord entre les États membres lors de l'élaboration du règlement. On se souviendra en particulier de la position des Pays-Bas qui se déclarèrent « fondamentalement hostiles à l'évaluation du respect des valeurs de l'UE dans le cadre du processus d'enregistrement et de vérification des partis politiques européens. Les Pays-Bas attachent une grande importance

23. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Stankov et Organisation macédonienne Unie Ilinden c. Bulgarie* du 2 octobre 2001, § 97. Voy. ég. Cour eur. D.H., arrêt *Parti socialiste de Turquie (STP) et autres c. Turquie* du 12 novembre 2003, not. § 43 : « Aux yeux de la Cour, le fait qu'un tel projet politique passe pour incompatible avec les principes et structures actuels de l'État turc ne le rend pas contraire aux règles démocratiques. Il est de l'essence de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un État, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même » ; et § 46 : « De l'avis de la Cour, l'une des principales caractéristiques de la démocratie réside dans la possibilité qu'elle offre de résoudre par le dialogue et sans recours à la violence les problèmes que rencontre un pays, et cela même quand ils dérangent. La démocratie se nourrit en effet de la liberté d'expression. Sous ce rapport, une formation politique ne peut se voir inquiétée pour le seul fait de vouloir débattre publiquement du sort d'une partie de la population d'un État et se mêler à la vie politique de celui-ci afin de trouver, dans le respect des règles démocratiques, des solutions qui puissent satisfaire tous les acteurs concernés ».

24. § 79.

à l'indépendance des partis politiques. Les Pays-Bas sont d'avis que c'est principalement aux électeurs et, éventuellement, au pouvoir judiciaire d'évaluer le programme et les activités des partis politiques. Cette évaluation ne devrait pas faire partie du processus d'enregistrement et de vérification »[25]. Le système retenu dans le règlement fait intervenir des organes politiques ce qui, *de facto*, amène à protéger l'indépendance des partis politiques, car il aboutit à un déficit du contrôle de respect des valeurs par ces derniers.

En effet, la distribution des rôles entre l'Autorité et les organes politiques de l'Union qu'organise le règlement n° 1141/2014 lorsqu'il s'agit de sanctionner les partis politiques en cas de violation des valeurs de l'Union n'est pas sans poser question[26]. L'Autorité dont l'indépendance est reconnue par le règlement et dont le directeur est choisi « en fonction de ses qualités personnelles et professionnelles » décide de l'enregistrement et de la radiation des partis politiques européens[27]. Toutefois, seuls la Commission, le Parlement européen et le Conseil peuvent introduire une demande de vérification du respect des valeurs[28]. Notons cependant que le règlement modificatif n° 2018/673 du 3 mai 2018 a apporté la précision que, dans l'exercice de cette fonction, le Parlement européen agit « de sa propre initiative ou sur demande motivée d'un groupe de citoyens, transmise conformément aux dispositions applicables de son règlement intérieur ». La place laissée à l'initiative citoyenne[29] donne un moyen de pression sur les députés pouvant permettre de dépasser les obstacles politiques à la mise en mouvement de la procédure de sanction.

Néanmoins, le Parlement européen et le Conseil ont de surcroît le pouvoir de faire obstacle à une décision de radiation prise par l'Autorité[30]. Avec ces dispositions, on se situe en deçà des exigences « de bonne gouvernance » que l'on retrouve notamment dans les recommandations du Groupe d'État contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe[31] et de la Commission de Venise[32]. Ces institutions insistent sur la nécessaire

25. Déclaration sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes, 13274/14, 24 septembre 2014.
26. Voy. ég. la contribution de R. Perrone dans le présent ouvrage.
27. Article 6 du Règlement.
28. Article 10, § 3, du Règlement.
29. Voy. les modalités prescrites par l'article 235, § 3, du Règlement d'ordre intérieur du Parlement européen.
30. Article 10, § 4, du Règlement.
31. « Synthèse thématique du Troisième cycle d'évaluation du GRECO », 2011, § 92 et suiv.
32. « Lignes directrices sur la réglementation des partis politiques », 2010, § 218 et suiv. ; « Lignes directrices sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et les mesures analogues », 1999, *cf.* la ligne directrice n° 7.

indépendance à l'égard des partis des organes chargés de les contrôler. On peut faire à cet égard un parallèle avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de contrôle de l'éligibilité. Les décisions en la matière doivent être prises par un organe « présentant un minimum de garanties d'impartialité. De même, le pouvoir autonome d'appréciation de cet organe ne doit pas être exorbitant ; il doit être, à un niveau suffisant de précision, circonscrit par les dispositions du droit interne. Enfin, la procédure du constat d'inéligibilité doit être de nature à garantir une décision équitable et objective, ainsi qu'à éviter tout abus de pouvoir de la part de l'autorité compétente »[33]. La législation de plusieurs États tend à progresser dans ce sens[34]. Sur ce plan, le règlement n° 1141/2014 retient une conception dépassée des rapports entre les partis et les institutions. Si des institutions impartiales font partie de la boucle de décision, l'Autorité et le Comité de personnalités éminentes indépendantes[35], des organes politiques disposent d'un pouvoir de blocage. Alors que la tendance est de sortir du schéma où les partis produisent et contrôlent le respect des règles dont ils sont les destinataires, le droit de l'Union reste dans ce schéma. Ceci vaut aussi pour les règles relatives à l'organisation interne des partis.

3. Un embryon de réglementation interne des partis

La Commission de Venise et les juridictions constitutionnelles nationales ont tendance à retenir comme critères d'appréciation de la compatibilité d'un parti politique avec les principes démocratiques des dimensions qu'avec Yigal Mersel on qualifiera de « démocratie externe »[36]. Cette expression renvoie aux relations du parti avec la société et l'État. En se focalisant sur les aspects qui en relèvent, les éléments pertinents pour juger du caractère liberticide d'un parti politique se limitent aux objectifs, au programme et à l'attitude du parti, de ses dirigeants et ses membres dans l'espace public. L'auteur invite à envisager le rapport parti - démocratie également sous l'angle de l'organisation interne des partis. Cette « démocratie interne » porte notamment sur le pouvoir des membres à élire ou révoquer les dirigeants du parti, ainsi qu'à désigner les candidats

33. Cour eur. D.H., arrêt *Grosaru c. Roumanie* du 2 mars 2010, § 47 qui se réfère sur ce point à son arrêt *Podkolzina c. Lettonie*.
34. Pour un état de la question récent du droit comparé des partis politiques, voy. J.-Ph. Derosier (dir.), « Les partis politiques », *Les Cahiers du ForInCIP*, n° 4, Paris, LexisNexis, 2019.
35. Voy. à son égard, l'article 11 du Règlement.
36. Y. Mersel, « The dissolution of political parties: The problem of internal democracy », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2006, p. 86.

ou les mandataires du parti, sur la représentation des minorités, sur l'élaboration du programme et des priorités politiques et sur la protection des « droits fondamentaux » des membres (application des principes du droit au procès équitable dans les procédures disciplinaires, liberté d'expression, accès à l'information, etc.)[37].

Cette approche trouve un écho dans le droit constitutionnel allemand. La Loi fondamentale allemande, non seulement, envisage l'interdiction des partis qui portent atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, mais exige aussi que l'organisation interne des partis soit « conforme aux principes démocratiques ». Ainsi, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale a tenu compte du caractère dictatorial de l'organisation du *Sozialistische Reichspartei* pour conclure à son inconstitutionnalité dans le célèbre arrêt précité[38].

Au niveau européen, il est requis que les statuts du parti politique européen contiennent une série d'objets que le règlement identifie (art. 4). Certes, il n'est pas indiqué dans quel sens ces questions doivent être réglées, mais le simple fait d'exiger qu'elles soient prévues dans les statuts va bien plus loin que de nombreuses législations nationales qui, comme en France ou en Belgique, sont parfaitement muettes sur l'organisation interne des partis. Disposer que les statuts soient la source des règles[39] prescrivant les aspects les plus importants de la vie d'un parti n'a rien d'anodin. Il peut, en effet, y avoir plusieurs conceptions parfaitement légitimes de la manière d'associer les membres d'un parti à la prise de décision. En revanche, une fois les procédures arrêtées, elles doivent être rendues publiques aux membres du parti et, bien évidemment, respectées. Les exigences de l'État de droit ne devraient pas s'arrêter aux portes des partis politiques. Le règlement n° 1141/2014 pourrait être une source d'inspiration des législateurs nationaux qui cherchent à progresser sur ce point. Ce serait un premier pas. Il serait insuffisant en soi. Les institutions européennes en sont conscientes comme en témoigne la résolution du Parlement européen précitée du 4 juillet 2013 dans laquelle on trouve des recommandations sur la démocratie au sein des partis politiques, nationaux et européens, notamment en ce qui concerne la sélection de leurs candidats aux élections et à la présidence de la Commission. Il y a dans cette résolution des voies d'amélioration du régime juridique des partis politiques européens. On observera en particulier que la résolution lie

37. Y. Mersel, *ibidem*, p. 95.
38. D.P. Kommers et R.A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, *op. cit.*, pp. 288-289.
39. Il s'agit bien de règles de droit, bien qu'elles n'émanent pas d'un organe de l'État, comme nous l'enseignent depuis maintenant plusieurs décennies les théories du pluralisme juridique. Voy. not. F. Rigaux, « Le droit au singulier et au pluriel », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1982, n° 9, p. 1 à 61.

la question de la démocratie interne des partis politiques européens à celle des liens de ces derniers avec les partis politiques nationaux et les citoyens. On y retrouve successivement des considérants selon lesquels « la démocratie à l'intérieur des partis et le respect de normes élevées en matière d'ouverture et d'intégrité par les partis politiques sont essentiels pour renforcer la confiance des citoyens dans le système politique » ; et « la résolution de la crise de gouvernance que traverse actuellement l'Union requiert une plus grande légitimation démocratique du processus d'intégration européenne ». Ainsi le Parlement prie-t-il « instamment les États membres et les partis politiques de veiller à ce que les noms et, le cas échéant, les emblèmes des partis politiques européens figurent sur le bulletin de vote » ; et invite-t-il « les partis politiques nationaux à informer les citoyens, avant et pendant la campagne électorale, de leur affiliation à un parti politique européen et de leur soutien au candidat de ce parti à la présidence de la Commission et à son programme politique ». Des recommandations similaires ont également été exprimées par la Commission à l'approche des élections de 2019[40].

Que ces enjeux soient appréhendés dans un même cadre est somme toute logique : comme élément constitutif de la démocratie représentative à l'échelle de l'Union, les partis politiques européens non seulement sont appelés à appliquer les principes démocratiques dans leur fonctionnement, mais doivent, en outre, être connus des citoyens à l'expression de la volonté desquels ils sont censés contribuer. Pour l'exprimer autrement, la conscience de l'existence des partis politiques européens par les citoyens est la première condition pour que ceux-ci puissent fonctionner démocratiquement.

*

* *

En étudiant au respect des valeurs démocratiques par les partis politiques européens, cet essai comparatif s'est intéressé à trois problématiques : la formulation de ces valeurs, leur contrôle et l'application de celles-ci dans l'organisation interne des partis. Sur le premier volet, l'on peut observer, par rapport au droit constitutionnel allemand qui a servi de matrice à la reconnaissance des partis politiques européens dans le Traité,

40. Voy. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil intitulée « Une Europe qui tient ses engagements : options institutionnelles pour renforcer l'efficience de l'action de l'Union européenne », COM(2018) Final, 14 février 2018, qui encourage aussi à rendre plus visibles les liens entre partis nationaux et partis européens (*cf.* en particulier p. 5). Pour d'autres propositions stimulantes pour améliorer l'ancrage des partis politiques européens, voy. not. S. VAN HECKE *e.a.*, *Reconnecting European Political Parties with European Union Citizens*, International IDEA Discussion Paper 6/2018.

d'une part, une disjonction artificielle entre les partis et leurs composantes lorsqu'il s'agit d'apprécier le respect des valeurs et, d'autre part, une définition plus large des valeurs à respecter. Il nous semblerait à cet égard que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait servir d'étalon pour préciser ce qu'impliquent ces valeurs en ce que la Cour, confrontée à une diversité de traditions constitutionnelles plus importante encore que celle que connaissent les institutions de l'Union européenne, a pu apporter des éléments substantiels évitant la dilution de ces valeurs dans des formulations trop générales. Sur le deuxième volet, l'on a mis en lumière les déficiences du contrôle du respect de ces valeurs en particulier lorsqu'on apprécie la procédure en place à l'aune des standards actuels de « bonne gouvernance » qui inspire de plus en plus les États. Sur le troisième et dernier volet, l'on s'est demandé si le niveau européen péchait, comme la plupart des ordres juridiques nationaux, par une attention exclusive sur la « démocratie externe ». À cet égard, le jugement est nuancé : si le droit européen des partis politiques n'impose pas véritablement que les partis politiques européens soient démocratiquement gouvernés, il exige à tout le moins qu'une série d'aspects liés à leur organisation interne soient réglés. Éviter l'arbitraire du non droit est le premier pas vers la démocratisation des partis. Ce premier pas est prolongé dans des recommandations qui, si elles étaient suivies, ne transformeraient pas les partis politiques européens en « véritables » partis au sens où on les entend au niveau national, mais dont l'adoption aurait au moins le mérite de renforcer le lien entre partis européens et partis nationaux. Et si les règles allant dans le sens d'un approfondissement de l'exigence démocratique pouvaient influencer le droit national des partis politiques, le droit européen des partis politiques aura démontré qu'il n'est pas dénué de toute utilité.

Bibliographie

ARTICLES

O. Costa, « Les acteurs politiques » in R. Dehousse (dir.), *Politiques européennes,* Paris, Presses SciencesPo., 2009, p. 53 à 82.

P. Delwit, J.-M. De Waele, E. Külahci et C. Van de Walle, « Les fédérations européennes de partis : des partis dans le processus décisionnel européen ? » in P. Magnette et E. Remacle (ed.), *Le nouveau modèle européen*, vol. 1, Bruxelles, éd. ULB, 2000, p. 125 à 138.

P. Delwit, E. Külahci et C. Van de Walle, « Les fédérations européennes de partis. Un acteur politique en devenir ? » in P. Delwit, E. Külahci et C. Van de Walle (dir.), *Les fédérations européennes de partis. Organisation et influence*, Bruxelles, éd. ULB, 2001, p. 9 à 17.

H. Dumont, « Présentation générale des changements induits par le Traité de Lisbonne » in N. de Sadeleer *e.a.* (dir.), *Les innovations pour le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2011 p. 1 à 43.

G. Grasso, « Démocratie (libérale) contre démocratie non libéral : le cas des partis politiques européens et du respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'Union européenne », *Constitutions*, octobre-décembre 2018, p. 479 à 492.

Y. Mersel, « The dissolution of political parties: The problem of internal democracy », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2006, p. 84 à 113.

J.-W. Müller, « Militant democracy » in M. Rosenfeld et A. Sajò (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 1253 à 1269.

J. Shaw et L. Khadar, « Article 12(2) » in S. Peers *e.a.* (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 367 à 378.

OUVRAGES

A. Bailleux et H. Dumont, *Le pacte constitutionnel européen*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 2015.

F. Bouhon, *Droit électoral et principe d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

N. Clinchamps, *Parlement européen et droit parlementaire. Essai sur la naissance du droit parlementaire de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2006,

J.-Ph. Derosier (dir.), *Les partis politiques*, Les Cahiers du ForInCIP, n° 4, Paris, LexisNexis, 2019.

Ph. Gerard, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique,* Bruxelles, Pub. Facultés universitaires Saint-Louis, 1995.

S. Hix et C. Lord, *Political Parties in the European Union*, New York, MacMillan Press, 1997.

H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature – sa valeur*, rééd., Paris, Dalloz, 2004.

D.P. Kommers et R.A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham et Londres, Duke University Press, 3e éd., 2012.

P. Magnette, *Le régime politique de l'Union européenne*, Paris, Presses SciencesPo., 3e éd., 2009.

D.-L. Seiler, *Clivages et familles politiques en Europe*, Bruxelles, éd. ULB, 2011.

LÉGISLATION

Recommandation 2013/142/UE de la Commission du 12 mars 2013 sur le renforcement de la conduite démocratique et efficace des élections au Parlement européen.

Résolution 2013/2102 du Parlement du 4 juillet 2013 sur l'amélioration des modalités pratiques des élections européennes de 2014.

Règlement n° 1141/2014 du 22 octobre 2014 relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil intitulée « Une Europe qui tient ses engagements : options institutionnelles pour renforcer l'efficience de l'action de l'Union européenne », COM(2018) Final, 14 février 2018.

Règlement d'ordre intérieur du Parlement européen.

JURISPRUDENCE

Cour eur. D.H., arrêt *Refah Partisi c. Turquie* du 30 juillet 2001.

Cour eur. D.H., arrêt *Stankov et Organisation macédonienne Unie Ilinden c. Bulgarie* du 2 octobre 2001.

Cour eur. D.H., arrêt *Podkolzina c. Lettonie* du 9 avril 2002.

Cour eur. D.H., arrêt *Parti socialiste de Turquie (STP) et autres c. Turquie* du 12 novembre 2003.

Cour eur. D.H., arrêt *Grosaru c. Roumanie* du 2 mars 2010.

AUTRES SOURCES

Groupe d'États contre la corruption du Conseil de l'Europe, « Synthèse thématique du Troisième cycle d'évaluation du GRECO », 2011.

Commission de Venise, « Lignes directrices sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et les mesures analogues », 1999,

Commission de Venise, « Lignes directrices sur la règlementation des partis politiques », 2010.

Les partis politiques européens face à l'élargissement de l'Union et de la sphère publique européennes

Giacomo Delledonne[1]

1. Présentation : objectifs, état des lieux et repères méthodologiques 332
2. L'« élargissement » des partis politiques européens : tendances et stratégies 337
3. Remarques conclusives 346

1. Chercheur postdoctoral en droit public comparé, Institut de droit, politique et développement (Dirpolis), Scuola superiore Sant'Anna de Pise ; chercheur associé, Institut d'études européennes, Université Saint-Louis – Bruxelles. Adresse de courrier électronique : giacomo.delledonne@santannapisa.it. Je tiens à exprimer ma profonde gratitude aux organisateurs du colloque « Les élections européennes 40 ans après. Bilans, enjeux et perspectives », qui s'est tenu à l'Université de Bordeaux les 9 et 10 mai 2019. Je tiens également à remercier mon collègue Edoardo Bressanelli ainsi que Carlotta Redi, directrice de l'International Department du Parti conservateur britannique.

1. Présentation : objectifs, état des lieux et repères méthodologiques

Parmi les multiples « crises » que l'Union européenne a connues depuis 2004[2], l'une des plus singulières – de par la nature des problèmes qu'elle soulève et le caractère foncièrement décevant des réactions institutionnelles – est la crise des valeurs fondatrices de l'Union.

Cette crise peut être interprétée comme un défi lancé à ce noyau dur axiologique – comprenant la dignité humaine, la liberté, la démocratie l'État de droit et le respect des droits fondamentaux – autour duquel a progressivement pris forme un *consensus constitutionnel européen* (ou bien, en termes plus exigeants, le *patrimoine constitutionnel européen*[3]). L'émergence progressive de ce consensus avait abouti, après la fin de la guerre froide et en coïncidence avec l'élargissement à l'Est, à l'inscription des principes puis des valeurs fondatrices de l'Union au sein des traités. Pourtant, bien des événements récents font douter de la solidité de cette construction juridique : les bases de la démocratie libérale étant de plus en plus ouvertement remises en question en Europe comme ailleurs, l'enjeu est la place des valeurs fondamentales dans l'ordre constitutionnel supranational et leur protection face à des défis existentiels. Durant la dernière décennie, la crise de ces valeurs – désormais consacrées à l'art. 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) – a été le plus souvent associée à l'effritement relatif des garanties du constitutionnalisme et de la démocratie libérale dans certains États membres en Europe centrale et orientale : c'est notamment le cas de la Hongrie, de la Roumanie et de la Pologne[4], mais les évolutions institutionnelles en Bulgarie, en Slovénie ou en Slovaquie ont également été suivies avec inquiétude. D'où la réflexion sur la nécessité d'une compatibilité voire d'une homogénéité constitutionnelle entre les États membres de l'Union.

L'objectif de ce chapitre est de contribuer au débat sur la crise des valeurs de l'art. 2 TUE en adoptant une perspective partiellement différente. Ce faisant, nous chercherons à répondre aux questions suivantes : les partis politiques européens contribuent-ils à l'élargissement de l'Union européenne en tant que « communauté de valeurs », pourvue d'une

2. A.J. Menéndez, « The Existential Crisis of the European Union », *German Law Journal*, 2013, pp. 453-526 ; S. Cassese, « "L'Europa vive di crisi" », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, pp. 779-790.

3. Voy. p. ex. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino, 2002.

4. A. von Bogdandy et P. Sonnevend (dir.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

dimension axiologique pleinement assumée ? Si oui, comment le font-ils ? Il s'agit, on le voit bien, d'un questionnement qui est intimement lié à la discussion sur les valeurs « fondatrices » de l'art. 2 et sur les mécanismes assurant la protection de ces valeurs face à des défis existentiels. En même temps, ce questionnement suppose un changement de perspective par rapport aux études consacrées à l'application de l'art. 7 TUE face aux crises constitutionnelles en Pologne ou en Hongrie, les acteurs impliqués et les termes de la discussion étant évidemment différents[5]. Comme l'a constaté John Morijn, il est question de faire respecter les valeurs de l'art. 2 non seulement dans les États membres, mais aussi au niveau de l'Union[6]. Il est question des partis politiques européens, de leur rôle dans la sphère publique européenne et de leur contribution possible à l'affirmation et à la propagation des valeurs de l'art. 2. Afin de démontrer l'utilité de cette démarche, il convient de s'arrêter brièvement sur les multiples fonctions que ces valeurs peuvent remplir et sur le rôle des partis politiques dans l'élargissement de l'Union à de nouveaux membres.

En premier lieu, si l'on se tient au droit positif, les valeurs sur lesquelles « est fondée » l'Union « sont communes aux États membres » : l'interaction entre les ordres constitutionnels de l'Union et des États membres est donc au cœur de toute réflexion sur la place qu'y tiennent ces valeurs. Le respect des valeurs de l'art. 2 figure parmi les conditions que les pays candidats à l'adhésion sont appelés à remplir avant de rejoindre l'Union, les critères de Copenhague et les mécanismes de conditionnalité étant liés de très près à cette « clause d'homogénéité » des traités[7]. Ce lien caractérise, par ailleurs, le fonctionnement de nombreux systèmes fédéraux ou quasi-fédéraux[8]. À ce sujet, il convient de souligner que la doctrine de droit constitutionnel, notamment en Allemagne, a explicitement affirmé que les valeurs inscrites dans les clauses d'homogénéité des constitutions

5. G. Grasso, « Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale : le cas des partis politiques européens », *Constitutions*, 2018, pp. 479-492 ; G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 297-298.

6. J. Morijn, « Responding to "populist" politics at EU level: Regulation 1141/2014 and beyond », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 618.

7. Quant à l'idée que l'homogénéité constitutionnelle serait une « fonction flux », voy. G. Martinico, « Populismo e democrazia sovranazionale : l'attualità della lezione canadese », *Ordines*, n° 1/2018, pp. 74-75.

8. G. Delledonne, « Homogénéité constitutionnelle et protection des droits fondamentaux et de l'État de droit dans l'ordre juridique européen », *Politique européenne*, n° 53, 2016, pp. 86-109. L'idée que l'art. 2 TUE ferait fonction de clause d'homogénéité d'une façon similaire à ce qui arrive dans les systèmes fédéraux est contestée par le constitutionnaliste belge Hugues Dumont dans sa théorie de la fédération plurinationale : voy. H. Dumont, « Le pacte constitutionnel européen et les Nations sans État », *Civitas Europa*, n° 38, 2017, p. 379 ; id., « La question du démos dans un État fédéral plurinational et dans une Fédération plurinationale : une comparaison entre l'État belge et l'Union européenne » in C. Denizeau-Lahaye (dir.), *L'idée fédérale européenne à la lumière du droit comparé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2019, pp. 73-101.

fédérale se superposent largement aux contenus des « clauses d'éternité » limitant le pouvoir de révision constitutionnelle[9], aux « clauses européennes » encadrant la participation d'un État à l'Union[10] ainsi qu'aux conditions pour le déclenchement de la procédure de dissolution d'un parti politique antisystème[11].

En second lieu, l'idée qui est à la base de cette contribution est que les élargissements successifs de l'Union ne sauraient se réduire à l'adhésion de nouveaux États à l'Union : en effet, ils sont aussi susceptibles de se traduire en l'élargissement du périmètre de la sphère publique européenne. Bien évidemment, cette sphère publique supranationale n'est pas une évidence en soi : elle se construit et se définit au fur et à mesure que l'Union s'élargit et que son cadre institutionnel se transforme. Il s'agit, on peut bien le dire, d'une dimension qui échappe, du moins au départ, aux mécanismes de conditionnalité, interpellant en premier lieu les États et les appareils étatiques[12]. En même temps, il est possible de développer une argumentation ultérieure : alors que la reconnaissance du droit de constituer un parti ou une organisation politique est l'une des compo-

9. H. Hofmann, « Bundesstaatliche Spaltung des Demokratiebegriffs? », *in Verfassungsrechtliche Perspektiven. Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995, p. 157 ; P.M. Huber, « Die Vorgaben des Grundgesetzes für kommunale Bürgerbegehren und Bürgerentscheide », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2001, p. 173.

10. I. Pernice, « Artikel 23 » in H. Dreier (dir.), *Grundgesetz. Kommentar*, 2e éd., vol. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 431.

11. E. Denninger, « "Streitbare Demokratie" und Schutz der Verfassung » in E. Benda, W. Maihofer et H.J. Vogel (dir.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2e éd., Berlin, de Gruyter, 1994, pp. 686-687. Il est quand même opportun de rappeler que la Cour constitutionnelle allemande, dans son arrêt sur le parti néonazi NPD du 17 janvier 2017 (BVerfGE 144, 20), a mis au point une interprétation de l'art. 21, al. 2, de la Loi fondamentale plus restrictive que celle de la « clause d'éternité » de l'art. 79, al. 3 (*cf.* G. Delledonne, « Applicare la clausola sui partiti antisistema, oggi : il *Bundesverfassungsgericht* non scioglie (per ora) il partito neonazista NPD », *Quaderni costituzionali*, 2017, pp. 408-411 ; L. Schuldt, « Mixed Signals of Europeanization: Revisiting the NPD Decision in Light of the European Court of Human Rights' Jurisprudence », *German Law Journal*, 2018, pp. 825-828.).

12. Il s'agit, par ailleurs, d'un possible maillon faible des mécanismes de conditionnalité mis en œuvre par les instances supranationales, notamment par la Commission européenne : « The EU's political conditions have evolved pragmatically without involving any comprehensive view of liberal democracy. This is shown by some important gaps in the European Commission's attention to democratic actors: political parties are omitted (although their activity is catered for by the European trans-national parties), while civil society is narrowly defined as the development of NGOs … The commission's reluctance to engage with political parties is an admission of its bureaucratic rather than political approach, preferring the European Parliament to take up certain more controversial political issues that the commission might find difficult to handle publicly » (G. Pridham, « The Effects of the European Union's Democratic Conditionality: The Case of Romania during Accession », *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, 2007, p. 237).

santes incontournables de la valeur « démocratie »[13], la mise en place de systèmes de partis relativement stables à l'échelon national est évidemment une condition fondamentale pour que les conditions d'un régime démocratique soient vraiment réunies[14].

En termes de méthode, cela se traduit par une prise en compte du droit interne des partis politiques : alors que la place de celui-ci dans l'ordre juridique peut varier[15], le règlement UE n° 1141/2014 du 22 octobre 2014[16] attribue désormais une place significative, parmi les conditions que les partis européens doivent remplir pour se faire enregistrer, à la compatibilité de leur programme et de leurs activités avec « les valeurs sur lesquelles se fonde l'Union, telles qu'énoncées à l'article 2 du traité sur l'Union européenne » (art. 3 du règlement). L'obligation de respecter ces conditions a été ultérieurement confirmée par les règlements UE n° 2018/673 du 3 mai 2018 et n° 2019/493 du 25 mars 2019, qui ont modifié le règlement du 22 octobre 2014[17]. En droit, les partis politiques

13. À cet égard, on peut faire mention du document de la réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE, daté du 29 juin 1990, où le rôle des partis dans un ordre constitutionnel qui se définit comme démocratique est évoqué à plusieurs reprises. Au tout début de la transition politique en Europe centrale et orientale, de nombreux principes significatifs y sont affirmés : « une séparation claire entre l'État et les partis politiques ; en particulier les partis politiques ne pourront se confondre avec l'État » ; « le droit des citoyens de solliciter des fonctions politiques ou publiques, à titre individuel ou en tant que représentants de partis politiques ou d'organisations, sans discrimination » ; « le droit des individus ainsi que des groupes ou groupements de créer, en toute liberté, leurs propres partis ou autres organisations politiques, et fourniront à ces partis et organisations les garanties légales nécessaires pour leur permettre de se mesurer sur la base d'une égalité de traitement devant la loi et les autorités ». Le document de Copenhague est disponible à l'adresse www.osce.org (consulté le 26 avril 2020).
14. P.G. Lewis, « The EU and Party Politics in Central and Eastern Europe : Questions and Issues » in P.G. Lewis et Z. Mansfeldová (dir.), *The European Union and Party Politics in Central and Eastern Europe*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007, p. 1.
15. Voy., parmi d'autres, J. Benetti, A. Levade et D. Rousseau (dir.), *Le droit interne des partis politiques*, Paris, Mare & Martin, 2017. Il est incontestable, par ailleurs, que le droit interne des partis politiques « n'est, à tort, que rarement envisagé dans une perspective juridique » ; ce sont alors « les politistes qui ont le plus abondamment observé et analysé le phénomène » (A. Levade, « Le droit des primaires, règles, contrôle, finances, sanctions », *Pouvoirs*, n° 154, 2015, p. 100).
16. Règlement (UE, Euratom), n° 1141/2014 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes, OJ L 317, 4 novembre 2014, pp. 1-27.
17. Règlement (UE, Euratom) 2018/673 du Parlement européen et du Conseil du 3 mai 2018 modifiant le règlement (UE, Euratom) n° 1141/2014 relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes, OJ L 114I, 4 mai 2018, pp. 1-6 ; règlement (UE, Euratom) 2019/493 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 2019, modifiant le règlement (UE, Euratom) n° 1141/2014 en ce qui concerne une procédure de vérification relative aux infractions aux règles en matière de protection des données à caractère personnel dans le contexte des élections au Parlement européen, OJ L 85I, 27 mars 2019, pp. 7-10.

européens sont définis comme des « alliances politiques », c'est-à-dire « une coopération structurée entre partis politiques et/ou citoyens » (art. 2 du règlement UE n° 1141/2014 du 22 octobre 2014) : chaque vague d'élargissement de l'Union a donc vocation à amener de nouveaux partis nationaux à rejoindre les partis politiques européens déjà existants. Ceux-ci, par ailleurs, sont en même temps le sujet et l'objet de ce processus : les valeurs fondatrices de l'art. 2 TUE y sont évidemment pour beaucoup.

L'intérêt d'une telle démarche est particulièrement évident à la suite des élections européennes de mai 2019. D'après les souhaits de certaines forces politiques, dont les deux partis de la majorité « jaune-verte » qui soutenait le premier gouvernement Conte en Italie, ce scrutin aurait dû être marqué par le déclin des deux familles politiques traditionnelles, les populaires et les socialistes, et le déferlement d'une vague populiste ou souverainiste (avec un certain flou conceptuel là-dessus)[18]. Bref, les élections de mai 2019 auraient dû se solder par l'avènement d'un nouvel équilibre européen. Le résultat électoral a contredit, du moins en partie, ces espoirs : tout en confirmant l'affaiblissement des populaires et des socialistes et l'ascension du courant souverainiste ainsi que de la famille libérale, elles n'ont pas provoqué de brusque basculement du cadre politique européen, loin de là[19]. Comme l'a montré l'élection d'Ursula von der Leyen au poste de présidente de la Commission, c'est plutôt la « grande coalition » traditionnelle qui est forcée, afin de se maintenir de pouvoir, de composer avec de nouveaux partenaires. En dépit de l'affaiblissement des groupes populaire et socialiste – qui ne réunissent plus, à eux seuls, la majorité absolue des sièges – et de la plus grande instabilité des coalitions qui se forment entre les différentes familles politiques au sein du

18. J. Morijn, « Responding to "populist" politics at EU level » *op. cit.*, pp. 621-622.

19. Telle était la composition du Parlement européen à la date du 1er octobre 2019. Le groupe du Parti populaire européen comptait 182 députés ; le groupe de l'Alliance progressiste des socialistes et démocrates, 154 ; Renew Europe, qui a succédé au groupe de l'Alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe des législatures précédentes, 108 ; le groupe des Verts/Alliance libre européenne, 74 ; le groupe Identité et démocratie, successeur du groupe Europe des nations et des libertés, 73 ; le groupe des Conservateurs et réformistes européens, 62 ; le groupe confédéral de la Gauche unitaire européenne/Gauche verte nordique, 41. Enfin, 54 députés ne sont inscrits à aucun groupe. Le groupe Europe de la liberté et de la démocratie directe, ayant existé entre 2009 et 2019, a perdu son statut officiel. Ces groupes ne correspondent que dans une certaine mesure aux dix partis enregistrés auprès de l'Autorité pour les partis politiques européens et les fondations politiques européennes : l'Alliance des libéraux et des démocrates pour l'Europe, le Parti populaire européen, le Parti des socialistes européens, le Parti démocrate européen, l'Alliance libre européenne, le Parti vert européen, le Parti de la gauche européenne, l'Alliance des conservateurs et réformistes européens, le Mouvement politique chrétien européen, et le Parti Identité et démocratie.

Parlement, ce sont des « long-standing trends » qui ont été confirmés par le résultat global des élections européennes de 2019[20].

En même temps, il faut aussi tenir compte de la tendance, visible dans l'action de certains gouvernements nationaux, à tirer pleinement profit de la possibilité de jouer, pour ainsi dire, sur plusieurs tableaux : l'exemple le plus significatif que l'on puisse donner est l'activisme du Premier ministre hongrois Viktor Orbán à l'intérieur du PPE, auquel son parti Fidesz fut invité à adhérer grâce aux bons offices de l'ancien chancelier allemand Helmut Kohl[21]. La leçon qu'on peut en tirer est que l'évolution constitutionnelle interne de certains États membres et la dialectique entre les forces politiques dans le cadre d'une *Öffentlichkeit* européenne en devenir sont très étroitement enchevêtrées.

Dans ce chapitre, l'analyse se concentrera sur trois partis politiques européens : le Parti populaire européen (PPE), le Parti socialiste européen (PSE) et l'Alliance des conservateurs et réformistes européens (ACRE). Il s'agit, on le voit bien, des deux grands partis continentaux jouant les premiers rôles dans la machinerie institutionnelle de l'Union et d'une formation plus petite, tenante d'une ligne eurosceptique non radicale. Une dernière remarque méthodologique s'impose. Alors que les analyses des politistes signalent souvent la position dominante des groupes politiques du Parlement européen par rapport aux partis politiques européens correspondants[22], nous concentrerons notre attention sur ces derniers : c'est un choix obligé, s'agissant de partis politiques enracinés dans des États qui étaient encore candidats à l'adhésion à l'Union. Dans le paragraphe 3, nous évoquerons des situations de crise qui ont fait surface récemment : dans ce cadre, la distinction entre partis supranationaux et groupe politique du Parlement européen retrouvera toute sa pertinence.

2. L'« élargissement » des partis politiques européens : tendances et stratégies

De quoi l'« élargissement » des partis politiques européens est-il le nom ? En termes quantitatifs, il s'agit d'un phénomène imposant : à la suite

20. B. Crum, « Party groups and ideological cleavages in the European Parliament after the 2019 elections » in S. Kritzinger, C. Plescia, K. Raube, J. Wouters et J. Wilhelm (dir.), *Assessing the 2019 European Parliament Elections*, Abingdon, Routledge, 2020.

21. P. Krekó et Z. Enyedi, « Orbán's Laboratory of Illiberalism », *Journal of Democracy*, 2018, p. 43 ; M.F. Plattner, « Illiberal Democracy and the Struggle on the Right », *Journal of Democracy*, 2019, p. 12.

22. Voy. p. ex. E. Calossi et L. Cicchi, « European Parliament Political Groups and European Political Parties: Development and relationship between two faces of the EU political system », *Quaderni del Circolo Rosselli*, n° 2/2019, pp. 15-31.

de la vague d'élargissement de l'Union européenne vers l'Est, pas moins de 29 partis politiques d'États de l'Europe centrale et orientale ont adhéré au Parti populaire européen (PPE) ou au Parti socialiste européen (PSE), les deux principales familles politiques à l'échelle continentale[23]. Selon l'avis de deux politologues, « [t]his is undoubtedly a unique case in the history of supranational party politics »[24]. De plus, il a aussi été mis en exergue que les systèmes de partis en Europe centrale et orientale ont été influencés et façonnés par le processus d'intégration beaucoup plus profondément que leurs homologues en Europe occidentale : c'est l'une des conséquences de la fin des régimes à parti unique et de l'avènement soudain du multipartisme[25]. Ces données éclairent aussi la nature à deux faces de ce processus d'élargissement des partis européens, affectant aussi bien les partis politiques des « nouveaux » États membres que les partis politiques européens eux-mêmes[26]. Entre-temps, un droit des partis politiques européens était, lui aussi, en train de se construire[27]. La conscience de l'existence de défis multiples émerge clairement du texte du rapport Tsatsos du 30 octobre 1996 : dans la résolution attachée au rapport, le considérant B rappelait que « dans la perspective de l'élargissement, les partis politiques européens offrent une chance unique d'intégration de la culture politique »[28]. En même temps, le considérant D de la résolution mettait en valeur la complexité intrinsèque de toute discussion sur le statut juridique des partis politiques européens, dont « la participation… à la formation de la volonté politique au niveau européen est un phénomène complémentaire de la formation de la volonté politique des partis actifs au niveau des États membres de l'Union dans le domaine de la politique européenne ». Dans le même ordre d'idée, l'art. 138A du traité CE, dans sa formulation résultant du traité de Maastricht, qualifiait les partis poli-

23. B. von dem Berge et T. Poguntke, « The Influence of Europarties on Central and Eastern European partner parties: a theoretical and analytical model », *European Political Science Review*, 2013, p. 2. Pour des repères généraux, voy. E. Bressanelli, *Europarties after Enlargement: Organization, Ideology and Competition*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014.

24. B. von dem Berge et T. Poguntke, « The Influence of Europarties on Central and Eastern European partner parties », *op. cit.*, p. 2.

25. D. Mikucka-Wójtowicz, « Resilient or resistant? The impact of transnational party cooperation on Croatian political parties », *East European Politics*, 2016, p. 236.

26. D. Dakowska, « Beyond Conditionality: EU Enlargement, European Party federations and the Transnational Activity of German Political Foundations », *Perspectives on European Politics and Society*, 2002, p. 275.

27. G. Grasso, « Partiti politici europei » in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento III, Torino, Utet, 2008, pp. 609-637; F. Saitto, « European political parties and European public space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014 », *Rivista di Diritti comparati*, n° 2/2017, pp. 23-65.

28. Les textes de la résolution et du rapport peuvent être consultés à cette adresse : www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1996-0342+0+DOC+XML+V0//FR (consulté le 26 avril 2020).

tiques européens de « facteur d'intégration au sein de l'Union », contribuant « à la formation d'une conscience européenne et à l'expression de la volonté politiques des citoyens de l'Union ». De par leur rôle constitutionnel, donc, les partis politiques européens sont susceptibles de devenir « d'importants vecteurs de normes et de règles européennes »[29].

Notre objectif n'est pas de refaire l'histoire de l'activisme des partis politiques européens en Europe centrale et orientale dans les États candidats à l'adhésion à l'Union, ce que des études de science politique ont déjà fait. Il s'agit plutôt d'isoler, parmi les multiples contacts que les acteurs impliqués ont noués au fil des décennies, ces activités qui sont en lien direct avec la question de l'apprentissage des « valeurs européennes ». Compte tenu du choix d'accorder une place privilégiée dans cette analyse au PPE et au PSE ainsi que des caractères singuliers de l'Europe centrale et orientale après la chute du mur de Berlin, ce défi se traduit foncièrement en deux problèmes. Il s'agissait, en premier lieu, de favoriser l'intégration de partis de la droite voire du centre droit au PPE, dont les racines démocrates-chrétiennes étaient bien plus évidentes aux années 1990 qu'elles ne le sont aujourd'hui : l'adhésion de Forza Italia et de nombreux partis conservateurs scandinaves ou encore des deux grandes familles de la droite républicaine française[30] date justement de cette époque, dont le coup d'envoi fut donné par le congrès du PPE à Athènes, en 1992[31]. Les difficultés sous-jacentes devaient évidemment se présenter avec une plus grande intensité à l'heure de l'élargissement à l'Est. De l'autre côté de l'échiquier politique, le PSE a poursuivi l'objectif de la « social-démocratisation » de plusieurs partis postcommunistes ou bien du renforcement de certains partis sociaux-démocrates historiques. Dans les deux cas, ces opérations peuvent se résumer à la recherche et à l'identification de partenaires possibles, suivies par la tentative de rapprocher leurs programmes de ceux des grandes familles politiques continentales.

Pour le juriste, il s'agit d'identifier ces conditionnements qui sont susceptibles d'influencer les partis politiques souhaitant faire partie du PPE ou du PSE en mettant en avant la question du respect des valeurs européennes. Il y a d'abord les contacts informels, dont on ne saurait sous-estimer l'importance : c'est surtout le cas des échanges de visites entre les dirigeants de partis postcommunistes de l'Est et de partis sociaux-démocrates de l'Ouest, juste après 1990. Les forums structurés, tels que les groupes politiques au sein du Parlement européen ou de l'Assemblée

29. D. Dakowska, « Beyond Conditionality », *op. cit.*, p. 272.
30. L. de Boissieu, « L'intégration des partis politiques français dans le système partisan européen », *Revue internationale de politique comparée*, 2009, pp. 722-728.
31. B. Kosowska-Gąstoł, « A truly "European" Christian Democracy? The European People's Party » in P.H. Kosicki et S. Łukasiewicz (dir.), *Christian Democracy Across the Iron Curtain: Europe Redefined*, Cham, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 133-140.

parlementaire du Conseil de l'Europe, offrent un cadre plus solide à ces échanges. Finalement, des sujets institutionnellement proches des partis politiques européens mais ayant un rayon d'action plus vaste que l'Union européenne étaient déjà à l'œuvre : c'est le cas des internationales (socialiste, libérale, démocrate-chrétienne) ou encore de l'Union européenne des démocrates-chrétiens (UEDC/EUCD). Le cas de l'Internationale socialiste est particulièrement important, comme nous l'expliquerons d'ici peu : dès 1991, celle-ci mit en place un Forum pour la démocratie et la solidarité, dont le but était de prêter assistance aux partis postcommunistes en Europe centrale et orientale[32]. Finalement, il faut faire mention des groupes politiques constitués au sein des assemblées parlementaires d'organisations internationales telles que le Conseil de l'Europe ou l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe.

Il est toutefois utile d'opérer une distinction entre ces activités et des initiatives structurées, où la question des valeurs est plus clairement en jeu.

C'est à partir du congrès de Madrid, en 1995, que le PPE présenta une feuille de route pour l'adhésion de nouveaux partis nationaux, qui obtiendraient le statut de membre associé puis de membre à part entière. Les différences entre les conséquences découlant de ces deux statuts sont désormais énoncées à l'art. 5 des statuts du PPE[33] : alors que les partis membres ordinaires sont établis « au sein de l'Union européenne », les membres associés sont établis dans ces États qui ont fait acte de candidature à l'adhésion à l'Union ou qui font partie de l'Association européenne de libre-échange (AELE/EFTA). Les membres associés ne participent pas aux décisions concernant la politique et la structure de l'Union européenne ou son système institutionnel ; pourtant, à partir du moment où l'État où ils œuvrent aura adhéré à l'Union, ils obtiendront automatiquement le statut de membre ordinaire.

En 1996, le bureau politique du PPE spécifia les critères qu'un parti candidat au statut du membre associé était censé respecter. Y figuraient bien sûr des critères de nature plutôt organisationnelle ou structurelle, mais aussi la nécessité d'un ralliement à l'intégration européenne sur le mode fédéral, aux droits fondamentaux, à l'économie sociale de marché et au principe de subsidiarité[34]. On constate aisément l'existence d'un chevauchement de ces critères et des critères de Copenhague. Par ailleurs, force est de souligner que les critères pour l'adhésion au PPE prêtent une attention particulière à des principes, notamment l'économie sociale de

32. G. Delsoldato, « Eastward Enlargement by the European Union and Transnational Parties », *International Political Science Review*, 2002, pp. 276-277 et 287.
33. Ceux-ci sont disponibles à l'adresse www.epp.eu (consulté le 26 avril 2020).
34. D. Dakowska, « Beyond Conditionality », *op. cit.*, p. 281.

marché et la subsidiarité, qui, tout en étant explicitement consacrés en droit primaire de l'Union (articles 3 et 5 TUE)[35], n'en occupent pas moins une place privilégiée dans la plateforme du PPE ainsi que dans l'imaginaire de la démocratie chrétienne au sens classique ; mais le but était de rassembler plutôt que d'exclure[36]. Ces critères sont désormais énoncés à l'art. 3 des statuts du parti, auquel l'art. 5 susmentionné fait renvoi : la formulation de cette disposition est bien plus proche de l'art. 2 TUE, en ce qu'elle évoque une démocratie libre et pluraliste, le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de l'État de droit et le processus d'unification et d'intégration fédérale, conçu comme élément constitutif de l'Union européenne. Par contre, il n'y a plus aucune mention du principe de subsidiarité ni de l'économie sociale de marché.

Afin de vérifier le niveau d'adéquation des partis candidats aux statuts de membre observateur ou de membre associé, les instances dirigeantes du PPE ont pu s'appuyer sur les résultats des activités que des organisations collatérales – c'est notamment le cas des fondations politiques allemandes – étaient déjà en train de mener sur le terrain. Pour ce qui est des fondations politiques, dont il a été écrit qu'elles jouaient un rôle d'intermédiaire entre les partis européens et les partis en Europe centrale et orientale, on peut citer l'exemple de la Konrad-Adenauer-Stiftung, proche de l'Union chrétienne-démocrate allemande (CDU) : celle-ci a organisé plusieurs « Forums sur l'élargissement » (*Erweiterungsforen*) auxquels de nombreux dirigeants de partis politiques de cette région ont pu participer. Ces initiatives avaient évidemment l'objectif de favoriser la socialisation politique de ces dirigeants ; en même temps, elles étaient intimement liées au processus d'émergence de partis compatibles avec le bagage axiologique du PPE et étaient censées le favoriser. C'est ainsi qu'on peut interpréter la marginalisation progressive de responsables politiques perçus comme les défenseurs d'une ligne d'action incompatible avec la démocratie libérale et les droits des minorités nationales. Un bon exemple de cette attitude vient d'un pays, la Slovaquie des années 1990, où les principes du constitutionnalisme paraissaient assez faiblement implantés[37]. En outre, à la différence de ce qui était arrivé en Hongrie ou en Pologne, les partis politiques européens n'y avaient pas développé de

35. F. Schorkopf, *Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch art. 6 Abs. 1 und art. 7 EUV*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp. 204-205; D. Ferri et F. Cortese (dir.), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Abingdon, Routledge, 2018.

36. D. Hanley et C. Ysmal, « The European People's Party and the Restructuring of Right-Wing Parties in Europe » in P. Perrineau, G. Grunberg et C. Ysmal (dir.), *Europe at the Polls: The European Elections of 1999*, Basingstoke, Palgrave, 2002, pp. 150-151.

37. M.S. Fish, « The End of Meciarism », *East European Constitutional Review*, 1999, pp. 47-55.

réseaux spécialement solides avant 1989[38]. Dès le début de la transition postcommuniste en Tchécoslovaquie, le Mouvement chrétien-démocrate slovaque (KDH), dont le chef de file était Ján Čarnogurský, avait adhéré à l'UEDC[39]. Toutefois, la ligne franchement nationaliste du KDH et son hostilité envers la minorité hongroise de Slovaquie décidèrent la famille politique populaire, notamment ses émanations allemandes, à encourager l'émergence d'autres courants et d'autres personnalités au sein de l'opposition démocrate-chrétienne et conservatrice en Slovaquie : le but de ces initiatives, datant de la fin des années 1990, était de favoriser la stabilisation des programmes des partis du centre-droit autour d'une ligne pro-européenne, démocrate-chrétienne et respectueuse des droits de la minorité hongroise[40]. Grâce à cela, Mikuláš Dzurinda et sa Coalition démocratique slovaque (SDK) purent compter sur des soutiens internationaux cruciaux dans les années décisives précédant l'adhésion à l'Union[41].

Parmi les instruments de « conditionnalité » mis en œuvre par le PPE, on retrouve à la fois des injonctions ponctuelles et des pressions plutôt indirectes. Parmi les premières, un cas assez éloquent est la menace d'interrompre tout contact avec le parti letton Pour la patrie et la liberté (TB/LNNK) au cas où celui-ci voterait contre le projet de loi concernant la protection des droits de la minorité russe de Lettonie. En 1999, le TB/LNNK venait d'être exclu de l'Union démocrate européenne (EDU) à cause de son nationalisme radical ; après quoi, ce parti demanda d'être admis au sein du PPE en tant que membre associé. Le bureau politique du PPE et le groupe de travail sur l'Europe centrale et orientale subordonnèrent la poursuite des contacts avec le TB/LNNK à une vérification de la conduite de celui-ci dans le débat parlementaire sur le projet de loi concernant les droits de la minorité russe, ce qui aboutit au rejet de sa demande d'adhésion[42]. Un exemple hongrois peut également être cité : en 1997, le Parti

38. G. Pridham, « Complying with the European Union's Democratic Conditionality: Transnational Party Linkages and Regime Change in Slovakia, 1993-1998 », *Europe-Asia Studies*, 1999, p. 1229.

39. Dans la première moitié des années 1990, l'UEDC joua un rôle de « salle d'attente » en vue de l'adhésion au PPE de nombreux partis politiques de l'Europe centrale et orientale : plus ou moins dans cette même période, le groupe politique du PPE au Parlement européen remplit une fonction pareille pour les partis politiques conservateurs d'États qui étaient déjà membres de l'Union (*cf.* B. Kosowska-Gąstoł, « A truly "European" Christian Democracy? », *op. cit.*, p. 138.

40. D. Dakowska, « German Political Foundations: Transnational party go-betweens in the process of EU enlargement » in W. Kaiser et P. Starie (dir.), *Transnational European Union*, Abingdon, Routledge, 2005, p. 161 (faisant l'exemple des activités des bureaux de Prague et de Bratislava de la Konrad-Adenauer-Stiftung).

41. *Ibid.*

42. L. Bennich-Björkman et K.M. Johansson, « Explaining moderation in nationalism: Divergent trajectories of national conservative parties in Estonia and Latvia », *Comparative European Politics*, 2012, p. 12.

populaire démocrate-chrétien hongrois (KDNP) fut exclu du PPE parce que ses dirigeants avaient pris part à des initiatives du Parti de la justice et de la vie (MIEP), une formation d'extrême-droite ultranationaliste[43]. Un instrument de pression de type différent est de miser sur l'écoulement du temps : faire en sorte qu'un délai assez long écoule entre la présentation de la candidature et son acceptation finale équivaille à une « quarantaine » démocratique[44].

En revanche, le PPE a fait preuve d'une attitude manifestement moins exigeante à l'égard de partis qui étaient au gouvernement dans leurs pays : c'est notamment le cas de l'Alliance des jeunes démocrates (Fidesz), en Hongrie. Arrivé à la tête du gouvernement hongrois en 1998, le parti dirigé par Viktor Orbán faisait partie de l'Internationale libérale et était membre associé de la Fédération des partis libéraux et démocrates en Europe. Après avoir décidé de quitter ces deux organisations internationales, Fidesz fut rapidement admis au sein du PPE[45].

Le Parti socialiste européen, quant à lui, s'est donné des règles assez différentes. Le PPE, lui, est au cœur d'un « archipel » où l'on retrouve également l'Internationale démocrate centriste, l'Union démocrate internationale[46], l'UEDC[47] et d'autres regroupements, dont le rayonnement ne coïncide pas avec l'Union européenne. Le PSE, par contre, s'en remet pour beaucoup aux décisions des instances dirigeantes de l'Internationale socialiste, ses statuts révélant qu'une sorte de priorité est accordée aux décisions de celle-ci[48]. Du moins du point de vue de l'adhésion de nouveaux membres, le PSE paraît se concevoir comme une sorte de branche régionale de l'Internationale socialiste. Aux termes des statuts du PSE[49], les partis membres de l'Internationale socialiste ou de l'Alliance progressiste, établis dans les États membres de l'Union ou dans ces États qui ont signé un traité d'adhésion, peuvent aspirer à devenir membres à part entière du PSE (art. 9.1). Par ailleurs, le statut de membre associé vise les partis membres de ces deux Internationales établis dans les pays candidats ou candidats potentiels à l'adhésion ainsi que dans les pays membres de l'AELE/EFTA (art. 9.3). Une procédure distincte est prévue pour les partis

43. R. Ibenskas, « Forging enmities and friendships: Europarties, electoral coalitions and mergers in Central and Eastern Europe », *Party Politics*, 2020, p. 77.
44. D. Dakowska, « Beyond Conditionality », *op. cit.*, p. 283.
45. Z. Enyedi, « Playing with Europe: The Impact of European Integration on the Hungarian Party System » in P.G. Lewis et Z. Mansfeldová (dir.), *The European Union and Party Politics in Central and Eastern Europe*, *op. cit.*, pp. 64-85.
46. Alors que l'IDC regroupe bien des partis démocrates-chrétiens, l'UDI rassemble aussi des partis conservateurs, y compris dans l'anglosphère.
47. Celle-ci a finalement fusionné avec le PPE en 1996.
48. T. Coosemans, « Les partis politiques européens », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 2201-2202, 2013, p. 25-37.
49. Ceux-ci sont disponibles sur www.pes.eu (consulté le 26 avril 2020).

politiques qui ne feraient déjà partie de l'Internationale socialiste ou de l'Alliance progressiste : leurs demandes d'adhésion sont prises en compte « au cas par cas » par le présidium du PSE et approuvées par le congrès, où une majorité des trois quarts est requise. Les statuts du PSE sont beaucoup plus laconiques sur la question du respect des valeurs, celle-ci étant dans une certaine mesure absorbée par le statut de membre de l'Internationale socialiste ou de l'Alliance progressiste. Cela ne signifie, par ailleurs, que des problèmes relevant de la question des valeurs n'aient pas été abordés tout au long du processus d'élargissement et même immédiatement après l'adhésion des pays de l'Europe centrale et orientale. Juste après le tournant de 1989, l'Internationale socialiste lança de nombreuses initiatives tendant à renforcer les partis sociaux-démocrates « historiques » de l'Est ou à favoriser la « social-démocratisation » des partis postcommunistes qui venaient d'être mis en place[50]. Comme nous l'avons déjà souligné à propos du PPE, les fondations politiques nationales, comme la Friedrich-Ebert-Stiftung allemande, ont également joué un rôle de charnière. Maintenant, l'art. 3 des statuts du PSE fait référence aux valeurs et aux principes inspirant son action, inscrits dans une déclaration adoptée le 24 novembre 2011.

Par-delà ces références générales, les instances dirigeantes du PSE ont bien été appelées à trancher des situations particulières. Une fois encore, on peut se tourner vers la Slovaquie. Dans ce pays, le parti social-démocrate « officiel », déjà admis au sein du PSE, était le Parti de la gauche démocratique (SDĽ) : pourtant, les fortunes électorales de cette formation étaient plutôt mitigées. Finalement, le SDĽ fut absorbé par le parti SMER – Social-démocratie de Robert Fico, issu d'une scission du SDĽ lui-même. Tenant d'une ligne qui pourrait être qualifiée de nationaliste et populiste de gauche, SMER est devenu le principal parti de la gauche slovaque ; en revanche, ses relations avec le PSE ont souvent été compliquées voire tendues. Par une résolution du 12 octobre 2006, SMER, qui venait de former un gouvernement de coalition avec le parti d'extrême droite SNS, fut suspendu du statut de membre provisoire du PSE. Cette résolution s'appuyait sur la déclaration « Pour une Europe moderne, pluraliste et tolérante », adoptée lors du Congrès du PSE de 2001 : celle-ci affirmait un principe selon lequel toute forme d'alliance ou de coopération avec des partis xénophobes devait être exclue. Cependant, cette décision de suspension fut suivie par la réadmission de SMER au sein du PSE, en février 2008 : en précédence, les dirigeants du SMER comme du SNS avaient été invités à rédiger une lettre dans laquelle ils condamnaient résolument toute forme de discrimination et prenaient l'engagement de respecter les

50. G. Delsoldato, « Eastward Enlargement by the European Union and Transnational Parties », *op. cit.*

droits des minorités[51]. Par ailleurs, la possibilité d'une adhésion au PSE, joua un rôle majeur dans l'évolution d'un parti postcommuniste, le PDSR roumain, qui avait gardé une position hégémonique à la suite de la transition et n'avait pas encore été admis dans l'Internationale socialiste. Rebaptisée Parti social-démocrate (PSD), cette formation fut invitée, de façon plus ou moins explicite, à rénover ses groupes dirigeants et à orienter son agenda dans le sens d'un ralliement plus évident à la démocratie libérale, y compris la lutte contre la corruption[52].

Parmi les partis « mineurs », nous avons choisi de faire mention de l'Alliance des conservateurs et réformistes européens (ACRE). Il s'agit d'un parti à la genèse singulière, sa fondation venant contrebalancer cette logique centripète qui a caractérisé l'évolution des deux grands partis politiques continentaux durant ces trois dernières décennies. Après avoir rejoint le PPE en 1992, les conservateurs britanniques, qui sont à l'origine de la création de l'ACRE, ont finalement quitté la grande famille du centre droit en 2006 sous la houlette de David Cameron. Successivement, ils ont lancé l'ACRE, auquel le parti polonais Droit et justice (PiS) ainsi que le Parti démocrate civique tchèque (ODS) ont été associés dès le début[53]. La collocation de l'ACRE est assez originale, car ce parti se situe en dehors de la « grande coalition » européenne traditionnelle, tout en prenant ses distances avec le souverainisme radical. Par-delà le souhait des conservateurs britanniques de se démarquer du PPE pour mieux faire entendre leur voix à l'échelle continentale, c'est un désaccord fondamental sur une poursuite de l'intégration européenne dans le sens du fédéralisme qui est à la base de l'identité de cette formation. Dans les déclarations de Prague et de Reykjavik, les instances dirigeantes de l'ACRE ont mis à plat les principes fondamentaux de leur agenda, dont la subsidiarité, la foi en une Europe de nations indépendantes et l'économie de marché (plutôt que l'économie sociale de marché). Ce qu'il faut retenir est que les partis accordent un rôle crucial à la valeur fondamentale des relations transatlantiques à l'intérieur de l'OTAN. Il y a là un élément identitaire très important qui fait la spécificité de l'ACRE dans le camp eurosceptique, l'importance accordée aux liens transatlantiques se doublant d'une attitude très méfiante

51. T. Haughton et M. Rybář, « A Tool in the Toolbox: Assessing the Impact of EU Membership on Party Politics in Slovakia », *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, 2009, p. 546; M. Holmes et S. Lightfoot, « Limited Influence? The Role of the Party of European Socialists in Shaping Social Democracy in Central and Eastern Europe », *Government and Opposition*, 2011, pp. 42-44.

52. G. Pridham, « The Effects of the European Union's Democratic Conditionality », *op. cit.*; Voy. aussi A.C. Loy, « The Europeanization of Political Parties in CEE: The Influence of the Party of European Socialists upon the Social Democratic Party in Romania 1990-2005 », *Analele Universităţii din Oradea*, *Seria Relaţii Internaţionale şi Studii Europene*, 2015, pp. 121-135.

53. T. Coosemans, « Les partis politiques européens », *op. cit.,* pp. 48-50.

à l'égard de la Russie. La proximité de certains partis avec la Russie, en Europe centrale et orientale comme ailleurs, est l'une des raisons pour lesquelles la coopération de l'ACRE et de son groupe politique[54] avec certaines formations de la droite européenne, y compris sa disponibilité à les inclure en son sein, a toujours été limitée[55].

3. Remarques conclusives

Le processus que nous venons de décrire est marqué par le caractère hybride des initiatives des partis politiques européens et des autres organisations impliquées. Depuis le point de vue du constitutionnaliste, il est raisonnable d'affirmer que leur action – relevant évidemment de l'auto-organisation – est conditionnée par plusieurs facteurs[56]. En premier lieu, des considérations pragmatiques ne sont pas sans influencer les décisions des partis politiques européens : à cet égard, on peut bien mettre en avant l'influence des résultats électoraux sur l'attribution des postes à l'intérieur du Parlement européen, sans oublier que la logique du *Spitzenkandidatenprozess*, par ailleurs contestée[57], paraît encourager la formation de regroupements partisans assez vastes voire hétéroclites. Les instances dirigeantes des partis politiques européens sont donc amenées à prendre des décisions dont les implications probables s'étendent jusqu'aux groupes politiques du Parlement européen. De surcroît, l'une des conditions préalables à l'enregistrement en tant que parti politique européen est l'enracinement dans au moins un quart des États membres (art. 3, par. 1, du règlement n° 1141/2014). Dans les statuts du PPE comme du

54. Auquel, par ailleurs, adhèrent des partis qui ne font pas partis de l'ACRE : c'est le cas, par exemple, de la Nouvelle alliance flamande (N-VA). Celle-ci fait partie de l'Alliance libre européenne, une formation rassemblant de nombreux partis régionalistes voire indépendantistes : la plupart des députés européens issus de l'ALE sont inscrits au groupe des Verts/Alliance libre européenne. Ont également rejoint le groupe des Conservateurs et réformistes européens les députés européens issus de partis affiliés au Mouvement politique chrétien européen (ECPM). En ce qui concerne les chevauchements entre la composition des partis politiques européens et la composition des groupes du Parlement européen, *cf.* E. Calossi et L. Cicchi, « European Parliament Political Groups and European Political Parties », *op. cit.* Ces chevauchements sont plus forts pour les partis politiques « historiques », notamment le PPE et le PES, et leurs groupes parlementaires.

55. M. Steven, « The future of 'Eurorealism': Prospects for the European Conservatives and Reformists after the May 2019 elections », *EUROPP: European Politics and Policy*, 15 avril 2019 (disponible sur blogs.lse.ac.uk/europpblog), faisant exemple de la Ligue italienne.

56. Pour ce qui est du point de vue de la science politique, *cf.* M. Spirova, « Europarties and party development in EU-candidate states: The case of Bulgaria », *Europe-Asia Studies*, 2008, pp. 791-808.

57. D. Fromage, « The 2019 European Parliament elections: looking back and ahead », *Perspectives on Federalism*, n° 1/2019, pp. 94-101, disponible sur www.on-federalism.eu (consulté le 26 avril 2020).

PSE, par ailleurs, on lit que l'une des conditions auxquelles leurs membres doivent satisfaire pour en faire partie est de disposer d'un poids électoral appréciable. À partir de ces données, on comprend bien que les raisons inspirant l'action des partis politiques européens à l'égard des formations politiques qui souhaitent y adhérer ne sauraient être les mêmes que celles des institutions impliquées dans les négociations menant à l'accession de nouveaux États membres, notamment de la Commission européenne. Bien sûr l'intérêt des partis politiques européens est de ne pas perdre leur raison d'être du fait de l'adhésion de formations trop hétérogènes, mais aussi d'accroître leur influence et de s'enraciner dans le plus grand nombre d'États membres[58]. De façon assez prévisible, cette attitude réaliste a donné lieu à des critiques parfois sévères. Par exemple, une étude consacrée au rayonnement du PSE en Europe centrale et orientale a relevé que celui-ci « was willing to choose and subsequently drop parties, not on the basis of their ideology, but rather on how powerful they were »[59]. Une confirmation éloquente nous est offerte par l'affaire SMER, mentionnée ci-dessus : dans un souci de ne pas provoquer une rupture complète, les instances dirigeantes du PSE prirent la décision de suspendre ce parti slovaque de son statut de membre provisoire du PSE, mais non pas de son appartenance au groupe politique socialiste du Parlement européen. Ce choix, qui jouait sur la distinction entre partis et groupes, permettait également au groupe socialiste de ne pas descendre au-dessous du seuil – numérique mais aussi psychologique – des 200 députés européens[60].

Pourtant, l'élargissement à l'Est et ce phénomène largement complémentaire qu'est l'« élargissement » des partis politiques européens ont coïncidé, du moins en partie, avec la longue discussion sur la constitutionnalisation de l'Union[61], en entendant par-là « ce processus graduel de sensibilisation de droit de l'Union (comme il avait été le cas du droit des

58. E. Bressanelli, *Europarties after Enlargement*, *op. cit.*, pp. 103-110; M. Öhlén et M. Karlsson, « East-West convergence or divergence? The (possible) influence of the European People's Party on affiliated parties in Central and Eastern Europe 1990-2014 », article présenté lors de la Spring Conference du Swedish Network for European Studies in Political Science, Göteborg, 19 au 20 avril 2018, p. 3.

59. M. Holmes et S. Lightfoot, « Limited Influence? », *op. cit.*, p. 42.

60. J. Quatremer, « Ligne rouge », *Libération*, 4 juillet 2006.

61. L'élargissement de l'Union vers les Balkans occidentaux prouve que ce processus est loin d'être terminé : *cf.* D. Mikucka-Wójtowicz, « Resilient or resistant? », *op. cit.*, p. 248 ; M. Stojić, *Party Responses to the EU in the Western Balkans: Transformation, Opposition or Defiance?*, Cham, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 185-227.

Communautés) au sujet de la protection des droits fondamentaux »[62]. Il y a donc plusieurs raisons pour expliquer que l'approche des partis politiques européens ait été empreinte de préoccupations inspirées de la question des valeurs « fondatrices » de l'UE. Les partis supranationaux essaient d'entraîner l'adhésion de nouveaux membres tout en ne renonçant pas à leurs traits identitaires. L'admission de nouveaux membres se fait par étapes successives, ce qui permet de vérifier le sérieux de leur engagement ainsi que de revenir sur des décisions trop hâtives. Selon une démarche qui est typique du processus de constitutionnalisation de l'Union – pour lequel la question de l'émergence d'une véritable *Öffentlichkeit* revêt évidemment un intérêt majeur –, des acteurs ultérieurs y sont fortement impliqués, notamment les internationales et les fondations politiques nationales. À partir de 2010, les politistes ont commencé à dresser des bilans de ce processus : ce qui émerge est que l'élargissement des partis politiques européens, dont le PPE, a donné lieu à un rapprochement graduel mais incontestable entre les programmes des partis politiques des « vieux » et des « nouveaux » États membres[63]. Cependant, tous les partis impliqués en Europe centrale et orientale ne se sont pas adaptés à cette exigence de la même manière : « Europarty influence was stronger on rather weak partners and weaker on rather strong partners, this explains to a large extent why strong parties like SMER … or Fidesz … do often go their own (nationalist) ways without really caring about the concerns of their Europarties »[64].

Finalement, il y a un autre élément décisif qui relie les crises constitutionnelles à l'intérieur de certains États membres à l'hypothèse de l'éloignement d'un parti politique européen vis-à-vis des valeurs de l'art. 2. Alors que les pays candidats à l'adhésion ont dû passer par les mécanismes de conditionnalité afin de satisfaire aux conditions posées par les critères de Copenhague, la discussion sur l'application de l'art. 7 TUE – et même, plus récemment, sur les alternatives possibles à l'art. 7 – a abordé la question d'un recul successif du constitutionnalisme dans ces pays (ou bien, évidemment, dans d'autres États membres). De même, un parti national

62. G. Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, Aracne, 2011, p. 18. Par ailleurs, certains politologues ont affirmé que dans ce processus de constitutionnalisation la gestion des problèmes relevant de l'élargissement au Sud et à l'Est n'a pas été moins importante que les « grandes décisions » de la Cour de justice (*cf*. D.C. Thomas, « Constitutionalization through enlargement: the contested origins of the EU's democratic identity », *Journal of European Public Policy*, 2006, pp. 1190-1191).

63. M. Öhlén et M. Karlsson, « East-West convergence or divergence? », *op. cit.*, pp. 17-19 ; M. Holmes et S. Lightfoot, « Limited Influence? », *op. cit.*, pp. 53-55.

64. B. von dem Berge, « Europearty Eastern enlargement: an empirical analysis of Europarty influence on Central and Eastern European parties and party systems », *East European Politics*, 2017, p. 488.

ayant obtenu le statut de membre à part entière[65] d'un parti politique européen pourrait bien changer de ligne et même s'éloigner de façon nette des valeurs de l'art. 2, véritable pierre angulaire du système d'enregistrement du règlement n° 1141/2014. Les conséquences de ce basculement s'étendraient bien au-delà des frontières nationales, touchant même à la possibilité que le parti européen concerné serait déprivé du financement public. Par ailleurs, des observateurs critiques ont mis en avant que ce sont justement la faiblesse et l'institutionnalisation insuffisante de la sphère publique européenne qui contribuent à renforcer et à stabiliser les processus de régression constitutionnelle dans certains États membres : la clef de voûte de cet « équilibre autoritaire » serait alors que « in the EU's incomplete system of politicisation, EU level partisan politics and Europarty brand identities have not developed to the point where Europearties are likely to pay a political price for supporting autocrats »[66].

À l'approche des élections européennes de mai 2019, la conscience de ces risques a inspiré l'élaboration de solutions innovatrices. C'est le PPE qui a été visé de plein fouet par les contestations, à cause surtout de son attitude à tout le moins ambiguë envers le chef de file de Fidesz et Premier ministre hongrois[67] ; mais des critiques et des demandes d'éclaircissement n'en ont pas moins été adressées au PSE ainsi qu'aux libéraux rassemblés dans l'ALDE. Comme le démontrent les résolutions approuvées lors du dernier congrès du PPE, organisé en novembre 2018 à Helsinki, la question est maintenant de faire en sorte que « tous les membres et les associations du PPE respectent, protègent et promeuvent ces principes et valeurs ». C'est pourquoi le PPE a décidé de suspendre Fidesz tout en reportant une décision définitive, qui sera prise sur la base des recommandations des trois sages Hans-Gert Pöttering, Wolfgang Schüssel et Herman Van Rompuy[68]. Par ailleurs, cette suspension ne remet pas en cause l'appartenance de Fidesz au groupe parlementaire du PPE. Entre-temps, l'ALDE a suspendu le parti roumain homonyme, qui s'en est finalement retiré, et le PSE a « gelé » ses relations avec le PSD roumain. Ursula von der Leyen ayant été élue à la tête de la Commission européenne d'extrême justesse, le PPE et le PSE feront vraisemblablement preuve de très grande prudence au moment d'aborder, respectivement, les dossiers Fidesz et PSD. En février 2020, une première confirmation de cette hypothèse a été offerte par la décision de l'Assemblée politique du PPE de prolonger la suspension de

65. Ce qui n'était pas le cas de SMER en 2006.
66. R.D. Kelemen, « The European Union's authoritarian equilibrium », *Journal of European Public Policy*, 2020, p. 484.
67. G. Grasso, « Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale », *op. cit.* ; Voy. également la contribution de Fabio Pacini.
68. Y. Citino, « Sospensione di un partito membro del PPE per mancato rispetto dello stato di diritto : il caso Fidesz, compromesso tattico o soluzione intempestiva ? », *Diritti comparati*, 4 avril 2019, disponible sur www.diritticomparati.it (consulté le 26 avril 2020).

Fidesz, peut-être indéfiniment. Pourtant, au moment où nous bouclons cet article, l'Union européenne et ses États membres sont confrontés à la crise sanitaire déclenchée par la pandémie de Covid-19. Le 30 mars 2020, le Parlement hongrois a approuvé une loi instaurant un « ordre juridique spécial » aux termes de l'art. 54 de la Loi fondamentale. Les contenus de cette loi ont suscité de vives critiques et ont donné lieu à des comparaisons avec les lois de pleins pouvoirs de l'entre-deux-guerres[69]. Pour les fins de cette contribution, il est opportun de souligner que le choix d'une solution dilatoire par l'Assemblée politique du PPE s'est finalement révélé très précaire : la question de l'appartenance de Fidesz au plus important parti politique continental a donc été réinscrite à l'ordre du jour.

Il n'empêche que ces discussions témoignent de la centralité de la question des valeurs fondamentales au stade actuel du développement d'un droit constitutionnel européen, de l'enchevêtrement permanent de problèmes nationaux et supranationaux dans ce droit des partis politiques en devenir, de la coexistence de dispositifs et procédures proprement juridiques et de préoccupations éminemment politiques ainsi que de l'indéniable émergence d'une forme embryonnaire, si imparfaite soit-elle, d'*Öffentlichkeit* européenne.

69. K. Kovács, « Hungary's Orbánistan : A Complete Arsenal of Emergency Powers », *Verfassungsblog*, 6 avril 2002, disponible sur www.verfassungsblog.de (consulté le 26 avril 2020).

Bibliographie

ARTICLES

L. Bennich-Björkman et K.M. Johansson, « Explaining moderation in nationalism: Divergent trajectories of national conservative parties in Estonia and Latvia », *Comparative European Politics*, 2012, 10, n° 5.

B. von dem Berge, « Europearty Eastern enlargement: an empirical analysis of Europarty influence on Central and Eastern European parties and party systems », *East European Politics*, 2017, 33, n° 4.

B. von dem Berge et T. Poguntke, « The Influence of Europarties on Central and Eastern European partner parties: a theoretical and analytical model », *European Political Science Review*, 2013, 5, n° 2.

L. de Boissieu, « L'intégration des partis politiques français dans le système partisan européen », *Revue internationale de politique comparée*, 2009, 16, n° 4.

E. Calossi et L. Cicchi, « European Parliament Political Groups and European Political Parties: Development and relationship between two faces of the EU political system », *Quaderni del Circolo Rosselli*, 2019, 39, n° 2.

S. Cassese, « "L'Europa vive di crisi" », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, 66, n° 4.

T. Coosemans, « Les partis politiques européens », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2013, n° 2201-2202.

B. Crum, « Party groups and ideological cleavages in the European Parliament after the 2019 elections », *in* S. Kritzinger, C. Plescia, K. Raube, J. Wouters et J. Wilhelm (dir.), *Assessing the 2019 European Parliament Elections*, Abingdon, Routledge, 2020.

D. Dakowska, « Beyond Conditionality: EU Enlargement, European Party federations and the Transnational Activity of German Political Foundations », *Perspectives on European Politics and Society*, 2002, 3, n° 2.

D. Dakowska, « German Political Foundations: Transnational party go-betweens in the process of EU enlargement », *in* W. Kaiser et P. Starie (dir.), *Transnational European Union*, Abingdon, Routledge, 2005.

G. Delledonne, « Homogénéité constitutionnelle et protection des droits fondamentaux et de l'État de droit dans l'ordre juridique européen », *Politique européenne*, 2016, n° 53.

G. Delledonne, « Applicare la clausola sui partiti antisistema, oggi : il *Bundesverfassungsgericht* non scioglie (per ora) il partito neonazista NPD », *Quaderni costituzionali*, 2017, 37, n° 2.

G. Delsoldato, « Eastward Enlargement by the European Union and Transnational Parties », *International Political Science Review*, 2002, 23, n° 3.

E. Denninger, « "Streitbare Demokratie" und Schutz der Verfassung », *in* E. Benda, W. Maihofer et H.J. Vogel (dir.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2e édition, Berlin, de Gruyter, 1994.

H. Dumont, « Le pacte constitutionnel européen et les Nations sans État », *Civitas Europa*, 2017, n° 38.

H. Dumont, « La question du *démos* dans un État fédéral plurinational et dans une Fédération plurinationale : une comparaison entre l'État belge et l'Union européenne », *in* C. Denizeau-Lahaye (dir.), *L'idée fédérale européenne à la lumière du droit comparé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2019.

Z. Enyedi, « Playing with Europe: The Impact of European Integration on the Hungarian Party System », *in* P.G. Lewis et Z. Mansfeldová (dir.), *The European Union and Party Politics in Central and Eastern Europe*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007.

M.S. Fish, « The End of Meciarism », *East European Constitutional Review*, 1999, 8, n° 1-2.

D. Fromage, « The 2019 European Parliament elections: looking back and ahead », *Perspectives on Federalism*, 2019, 11, n° 1, disponible sur www.on-federalism.eu.

G. Grasso, « Partiti politici europei », *in Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento III, Torino, Utet, 2008.

G. Grasso, « Démocratie (libérale) contre démocratie non libérale : le cas des partis politiques européens », *Constitutions*, 2018, 9, n° 4.

D. Hanley et C. Ysmal, « The European People's Party and the Restructuring of Right-Wing Parties in Europe », *in* P. Perrineau, G. Grunberg et C. Ysmal (dir.), *Europe at the Polls: The European Elections of 1999*, Basingstoke, Palgrave, 2002.

T. Haughton et M. Rybář, « A Tool in the Toolbox: Assessing the Impact of EU Membership on Party Politics in Slovakia », *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, 2009, 25, n° 4.

H. Hofmann, « Bundesstaatliche Spaltung des Demokratiebegriffs? », *in* H. Hofmann, *Verfassungsrechtliche Perspektiven. Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995.

M. Holmes et S. Lightfoot, « Limited Influence? The Role of the Party of European Socialists in Shaping Social Democracy in Central and Eastern Europe », *Government and Opposition*, 2011, 46, n° 1.

P.M. Huber, « Die Vorgaben des Grundgesetzes für kommunale Bürgerbegehren und Bürgerentscheide », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2001, 126, n° 2.

R. Ibenskas, « Forging enmities and friendships: Europarties, electoral coalitions and mergers in Central and Eastern Europe », *Party Politics*, 2020, 26, n° 1.

R.D. Kelemen, « The European Union's authoritarian equilibrium », *Journal of European Public Policy*, 2020, 27, n° 3.

B. Kosowska-Gąstoł, « A truly "European" Christian Democracy? The European People's Party », *in* P.H. Kosicki et S. Łukasiewicz (dir.), *Christian Democracy Across the Iron Curtain: Europe Redefined*, Cham, Palgrave Macmillan, 2018.

P. Krekó et Z. Enyedi, « Orbán's Laboratory of Illiberalism », *Journal of Democracy*, 2018, 29, n° 3.

A. Levade, « Le droit des primaires, règles, contrôle, finances, sanctions », *Pouvoirs*, 2015, n° 154.

P.G. Lewis, « The EU and Party Politics in Central and Eastern Europe: Questions and Issues », *in* P.G. Lewis et Z. Mansfeldová (dir.), *The European Union and Party Politics in Central and Eastern Europe*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007.

A.C. Loy, « The Europeanization of Political Parties in CEE: The Influence of the Party of European Socialists upon the Social Democratic Party in Romania 1990-2005 », *Analele Universităţii din Oradea*, *Seria Relaţii Internaţionale şi Studii Europene*, 2015, 7.

A.J. Menéndez, « The Existential Crisis of the European Union », *German Law Journal*, 2013, 14, n° 5.

D. Mikucka-Wójtowicz, « Resilient or resistant? The impact of transnational party cooperation on Croatian political parties », *East European Politics*, 2016, 32, n° 2.

J. Morijn, « Responding to "populist" politics at EU level: Regulation 1141/2014 and beyond », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, 17, n° 2.

M. Öhlén et M. Karlsson, « East-West convergence or divergence? The (possible) influence of the European People's Party on affiliated parties in Central and Eastern Europe 1990-2014 », article présenté lors de la Spring Conference du Swedish Network for European Studies in Political Science, Göteborg, 19-20 avril 2018.

I. Pernice, « Artikel 23 », *in* H. Dreier (dir.), *Grundgesetz. Kommentar*, 2e édition, vol. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

M.F. Plattner, « Illiberal Democracy and the Struggle on the Right », *Journal of Democracy*, 2019, 30, n° 1.

G. Pridham, « Complying with the European Union's Democratic Conditionality: Transnational Party Linkages and Regime Change in Slovakia, 1993-1998 », *Europe-Asia Studies*, 1999, 51, n° 7.

G. Pridham, « The Effects of the European Union's Democratic Conditionality: The Case of Romania during Accession », *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, 2007, 23, n° 2.

F. Saitto, « European political parties and European public space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014 », *Rivista di Diritti comparati*, 2017, 1, n° 2, disponible sur www.diritticomparati.it.

L. Schuldt, « Mixed Signals of Europeanization: Revisiting the NPD Decision in Light of the European Court of Human Rights' Jurisprudence », *German Law Journal*, 2018, 19, n° 4.

M. Spirova, « Europarties and party development in EU-candidate states: The case of Bulgaria », *Europe-Asia Studies*, 2008, 60, n° 5.

D.C. Thomas, « Constitutionalization through enlargement: the contested origins of the EU's democratic identity », *Journal of European Public Policy*, 2006, 13, n° 8.

OUVRAGES

J. Benetti, A. Levade et D. Rousseau (dir.), *Le droit interne des partis politiques*, Paris, Mare & Martin, 2017.

A. von Bogdandy et P. Sonnevend (dir.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

E. Bressanelli, *Europarties after Enlargement: Organization, Ideology and Competition*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014.

G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

D. Ferri et F. Cortese (dir.), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Abingdon, Routledge, 2018.

G. Martinico, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, Aracne, 2011.

A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, il Mulino, 2002.

F. Schorkopf, *Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.

M. Stojić, *Party Responses to the EU in the Western Balkans: Transformation, Opposition or Defiance?*, Cham, Palgrave Macmillan, 2018.

LÉGISLATION

Règlement (UE) n° 1141/2014 relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes, 2014, OJ L 317/1

Règlement (UE) n° 2018/673 modifiant le règlement (UE, Euratom) n° 1141/2014 relatif au statut et au financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes, 2018, OJ L 114I/1.

Règlement (UE, Euratom) 2019/493 du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 2019, modifiant le règlement (UE, Euratom) n° 1141/2014 en ce qui concerne une procédure de vérification relative aux infractions aux règles en matière de protection des données à caractère personnel dans le contexte des élections au Parlement européen, OJ L 85I.

JURISPRUDENCE

Bundesverfassungsgericht (Allemagne), arrêt du 17 janvier 2017, ECLI:DE:BVerfG:2017:bs20170117.2bvb000113 (BVerfGE 144, 20).

AUTRES SOURCES

Y. Citino, « Sospensione di un partito membro del PPE per mancato rispetto dello stato di diritto : il caso Fidesz, compromesso tattico o soluzione intempestiva ? », *Diritti comparati*, 4 avril 2019, disponible sur www.dirittocomparati.it.

K. Kovács, « Hungary's Orbánistan : A Complete Arsenal of Emergency Powers », *Verfassungsblog*, 6 avril 2002, disponible sur www.verfassungsblog.de.

J. Quatremer, « Ligne rouge », *Libération*, 4 juillet 2006.

M. Steven, « The future of 'Eurorealism': Prospects for the European Conservatives and Reformists after the May 2019 elections », *EUROPP: European Politics and Policy*, 15 avril 2019 (disponible sur blogs.lse.ac.uk/europpblog).

Parlement européen, Rapport sur le statut constitutionnel des partis politiques européens et résolution attachée, 30 octobre 1996, document n° A4-0342/96.

Part III

The European Parliament and EU policies

Direct democracy and the EU citizens' initiative: a paper tiger that never bites?

Hanneke van Eijken[1]

1. Introduction: European citizenship and democratic rights 360
2. Political rights of European citizens 361
3. Criticism of the Citizens' Initiative 363
4. A new dawn? Reform of the Citizens' initiative 367
5. Direct or participatory democracy reinforcing democracy in the EU? 369
6. Concluding remarks 370

1. Dr. Hanneke van Eijken, Assistant Professor EU law, Utrecht University. The author is grateful to Simona de Heer for her research assistance. This contribution inspired a blogpost at RENFORCE website of Utrecht University. See, http://blog.renforce.eu/index.php/nl/2019/08/26/the-european-citizens-initiative-direct-democracy-as-a-parallel-to-parliamentary-democracy-2/. Last accessed 23 October 2019.

1. Introduction: European citizenship and democratic rights

Democracy in the European Union and EU citizenship go a long way back, sometimes in conflict, but mostly strengthening each other. Already back in 1974, before the formal establishment of EU citizenship in the Treaty, the European Parliament adopted a resolution to grant special rights to EU citizens, in which it pleaded to grant civil and political rights, such as electoral and residency rights, to nationals of the Member States.[2] In 1991 the Spanish delegation proposed in the Intergovernmental Conference to create a formal concept of EU citizenship in the Treaty. The delegation also emphasised the need of mechanisms to protect the special citizens' rights in Europe. The link between political rights and EU citizenship was also made by the Council, when it stated: "Although the elections to the European Parliament by direct universal suffrage certainly represent the most obvious evidence of the Europe of the citizen, further efforts have been made to make the reality of the construction of Europe felt in the daily life of individuals."[3]

In the Treaty of Maastricht, in 1993, EU citizenship was introduced formally as a legal concept of EU law. Connected to that EU citizenship, specific political rights were granted, such as the right to vote and stand as a candidate in another Member State at European and municipal elections. Much more recently, with the Treaty of Lisbon, in 2009, a new political right for EU citizens was created, the European citizens' initiative, enshrined in Article 11 TEU.

Since its introduction the Citizens' initiative has been subject to criticism. At the moment only 4 EU citizens' initiatives were successfully registered, meaning they were registered at the website of the European Commission and they reached the threshold of 1 million signatures within one year. That does not mean that those 4 initiatives also led to EU legislation, as will discussed below. That low success rate led to criticism from several angles. The European Parliament in March 2015 adopted a Resolution in which it called on the Commission 'to revise the wording of Article 10(c) of Regulation 211/2011 to allow proper follow-up to a successful ECI, including a parliamentary debate in plenary followed by a vote on the ECI'.[4] It also called on the Commission to involve the European Parliament in the hearing of the initiatives.

2. Resolution on the Granting of Special Rights to the Citizens of the European Community in Implementation of the Decision of the Paris Summit of December 1974.
3. Report by the Ministers of Foreign Affairs to the European Council on European Union, 1978 Bull. 1/79.
4. 2014/2257(INI).

After serious criticism, the European citizens' initiative is being reformed. This raises questions both about the effectiveness of the new citizens' initiative and its relation to parliamentary democracy.

In light of this edited volume, this contribution will ask the question on alternative forms of democracy and how effective these forms are. Does the EU citizens' initiative add to the existing framework of electoral rights for the citizens? And what is actually the role of the European Parliament in such European Citizenship Initiative? Reflecting on forty years of direct elections for the Members of the European Parliament and ten years of the European Citizens Initiative, what did the past decade reveal on direct democracy as an added tool in the European Union?

2. Political rights of European citizens

As observed, to EU citizens' specific political rights were granted in the Treaties (and the Charter). Although the right to free movement (Article 21 TFEU) proved to be one of the most important rights for EU citizens, there are also important political rights. First and foremost, EU citizens have the right to vote and stand as a candidate for the elections of the European Parliament and in municipal elections on the same conditions as the nationals of the host Member State (Article 22 TFEU). In the case *Delvigne* the Court of Justice of the European Union (Court of Justice) qualified the right to vote for European elections as a fundamental right for European citizens, based on the Charter of Fundamental Rights (Article 39 Charter).[5] Another important case on the electoral rights of EU citizens is the case of *Eman and Sevinger*[6], where the Court of Justice ruled on the access to European elections in oversee territories, in case the Kingdom of the Netherlands. In another case, *Spain versus UK*, the electoral rights for non-nationals was ruled upon by the Court of Justice.[7] These cases will not be discussed in detail, because the focus of this contribution is on another important political right: the European citizens' initiative.

In the European Union two concepts of democracy are included, both representative democracy and participatory democracy. The Constitutional

5. H. Van Eijken and J. W. Van Rossem, « Prisoner disenfranchement and the right to vote in elections to the European Parliament: Universal suffrage key to unlocking political citizenship? », 2016, *European Constitutional Law Review*, p. 114; S. Platon, « The Right to Participate in the European Elections and the Vertical Division of Competences in the European Union », *European Papers*, vol. 3, 2018, No 3, Special Section – EU Citizenship, Federalism and Rights edited by D. Kochenov, p. 1245.
6. Joined Cases C-300/04 *Eman and Sevinger v College van Burgemeester en Wethouders van Den Haag* EU:C:2006:545, [2006] ECR I-8055.
7. Case C-145/04 *Spain v UK* EU:C:2006:543, [2004] ECR I-7902.

Treaty of the European Union, which was never adopted in that form, actually referred to the term participatory democracy, but the Treaty of Lisbon does not have that explicit reference.[8] Nevertheless, participatory democracy is implicitly present, of which the EU citizens' initiative is an example. Other forms of participatory or direct democracy can be mentioned as well, although it is a bit 'softer' in nature than the other political rights of European citizens. Since the Treaty of Lisbon entered into force in 2009, the Treaty refers to consultation of civil society as part of the democratic principles of the EU in Article 11 (1) TEU. That provision expresses that the EU institutions, by appropriate means, shall give citizens and representative associations the opportunity to make their views known in all areas of Union law. Article 11(2) TEU provides that the institutions of the EU maintain an open, transparent and regular dialogue between the institutions and civil society in the Treaty provisions.[9] Article 11 (3) lays down an obligation for the European Commission to hold consultations with involved parties.

Finally, Article 11 (4) TEU introduced the EU citizens' initiative. According to that provision, 1 million signatures of EU citizens can put a legislative proposal on the European Commissions' agenda. This form of direct, participatory democracy could be seen as a tool to foster citizen participation and to bring the EU closer to its citizens. It was introduced in the Lisbon Treaty as a response to continuous criticism regarding the EU's democratic deficit. Article 11(4) TEU refers to Article 24(1) TFEU, which provides that the EU legislature is competent to adopt measures on the procedures and conditions required for a citizens' initiative. The provision also grants the legal basis to establish the number of Member States the citizens' initiative has to come from. Article 24(1) TFEU therefore delegated the way the EU citizens' imitative was regulated and formed into the hands of the European legislature. After Lisbon, in March 2010, the Commission proposed on the basis of Article 24(1) TFEU a Regulation. At the end of 2010 Regulation No 211/2011[10] was adopted by the European Parliament and the Council. Some amendments were made, for instance with regard to minimum number of Member States: whereas the European Commission proposed a one-third threshold, the adopted Regulation stated that at least one-quarter of the Member States should be involved.

According to the Regulation a minimum number of signatures is provided for each Member State, based on its Members in the European Parliament (Article 7 and Annex 1). The Commission has three months,

8. See Article 1-47 of the Treaty establishing a Constitution for Europe.
9. According to Article 11(2) TEU: "The institutions shall maintain an open, transparent and regular dialogue with representative associations and civil society".
10. Regulation (EU) No 211/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on the citizens' initiative, *OJ* L 65, 11.3.2011, pp. 1-22

after the initiative is registered, to examine the request, and has an obligation to state the reasons for its decision. According to Article 10 (3) of the Regulation, the European Commission set out in a communication its legal and political conclusions on the citizens' initiative, the action it intends to take, if any, and its reasons for taking or not taking that action. EU citizens involved have to be given the opportunity to present their proposal in a public hearing, when the initiative complies with the procedural rules (Article 11).

3. Criticism of the Citizens' Initiative

Although the EU citizens' initiative was seen as an important instrument to enhance the democratic legitimation of the EU, in addition to the other existing tools for representative democracy, it was criticised a lot as being window dressing rather than an effective tool for citizens to get their voice heard.[11] Two features of the citizens' initiative compromise the effectiveness of the instrument: the legal admissibility test' and the non-binding nature of the citizens' initiative.

To submit a successful citizens' initiative, an initiative needs one million signatures of at least seven Member States. Prior to starting the collection of signatures, the organisers need to register their proposal on the Commission's website and satisfy different criteria. After the registration the organisers have one year to gather all the needed signatures. At the stage of registration, the 'legal admissibility test' comes in, meaning that the European Commission decides whether or not the initiative can be registered, which has been controversial and problematic. To make it more concrete, in 2018, 22 of the 48 European citizens' initiatives were rejected because they were found legally inadmissible.

The legal admissibility test follows from Article 4 (2) of the Regulation, in which the conditions to register an initiative are being established. According to that provision an initiative will only be registered if: (1) the citizens' committee has been formed and the contact persons have been designated, (2) the proposed citizens' initiative does not manifestly fall outside the framework of the Commission's powers to submit a proposal for a legal act of the Union for the purpose of implementing the Treaties, (3) the proposed citizens' initiative is not manifestly abusive, frivolous or vexatious; and (4) the proposed citizens' initiative is not manifestly contrary to the values of the Union as set out in Article 2 TEU. The second

11. A. Karatzia, "The European Citizens' Initiative and the EU institutional balance: On realism and the possibilities of affecting EU lawmaking" (2017) 54 *Common Market Law Review*, Issue 1, pp. 177-208. M. Dougan, "What are we to make of the citizens' initiative?", *Common Market Law Review* (2011) 48, pp. 1807-1848.

condition has been a main obstacle to organisers of an EU citizens' initiative to be registered.[12]

Regulation 211/2011 has set this threshold of legal admissibility, in line with the division of powers. It is logical that the European Commission is not able to react positively on proposals that fall manifestly outside the scope of EU law - which poses also the question if there are subjects that fall outside the scope of EU competences, but not manifestly. However, the Commission should state its reason for refusing to register. But when the Commission does so, it must act in line with the regulation and use adequate reasoning, which is safeguarded by the Court.

Two important cases on the legal admissibility test show that the Court might annul a decision of the Commission because of insufficient or wrong argumentation.

Minority Safepack[13] is the first case, ruled in February 2017, in which a decision of the European Commission was annulled by the General Court, because of a lack of reasoning by the European Commission. In that case an EU citizens' initiative was submitted to urge 'the EU to improve the protection of persons belonging to national and linguistic minorities and strengthen cultural and linguistic diversity in the Union'.[14] The European Commission refused to register the initiative, which contained 11 specific proposals, because it would fall manifestly outside the scope of the competences of the EU. The General Court ruled in February 2017 that this decision not to register should be annulled, because the Commission did not state which of the eleven subproposals would fall manifestly outside the scope of EU competences, especially since the organisers did explicitly refer in their proposal to the relevant legal basis of each subproposal. The Commission held in its decision to refuse to register that it could not partially register an EU citizens' initiative, which was actually not rejected in the judgement of the General Court. Moreover, the General Court ruled that it should be possible for the organisers to have clear information on the dismissal, in light of future new EU citizens' initiatives. Failing to provide good reasoning constitutes an obstacle for organisers to resubmit parts of their proposal. After the judgement, the *Minority Safepack*

12. A. Karatzia, "Revisiting the Registration of European Citizens' Initiatives: The Evolution of the Legal Admissibility Test" (2018), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* pp. 147-178.

13. See also: A. Karatzia, "European Citizens' Initiative: General Court rules on the Commission's obligation to give reasons for refusing to register proposals" on: http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/02/european-citizens-initiative-general.html, last accessed: 23 October 2019.

14. Case T-646/13, *Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe v European Commission*.

initiative was actually partially registered by the Commission, on 9 of the 11 proposed actions.

In May 2017, the General Court annulled for the second time a decision of the Commission not to register ab initiative in the case of *Stop TTIP.* In that case the General Court decided not only on procedural grounds, but it also went into the substantive reasoning of what would fall within or outside the scope of competences of the European Commission. The General Court also referred in that case to the EU citizens' initiative as 'an expression of the effective participation of citizens of the European Union in the democratic life thereof.'[15] With the EU citizens initiative the organisers had two main goals: they wanted the European Commission to recommend the Council to cancel the negotiation mandate for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) with the United States of America and not conclude the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) with Canada. The proposal furthermore stressed that the organisers wanted to prevent 'the TTIP and the CETA because they contain[ed] several critical issues such as procedures for the resolution of disputes between investors and States and provisions on regulatory cooperation which threaten[ed] democracy and the rule of law …, avoiding opaque negotiations leading to a weakening of the rules on employment protection, social protection, environmental protection, protection of private life and of consumers and preventing public services (for example, water supplies) and culture from being deregulated' and supporting 'a different trade and investment policy in [the European Union]'.[16] The European Commission refused to register the proposal because it would fall manifestly outside the scope of its competences. This refusal was subject to the General Court assessment, which held that 'nothing justifies excluding from democratic debate legal acts seeking the withdrawal of a decision authorising the opening of negotiations with a view to concluding an international agreement, as well as acts whose object is to prevent the signing and conclusion of such an agreement, which, contrary to the Commission's contention, clearly produce independent legal effects by preventing, as the case may be, an announced modification of European Union law.'[17] Therefore the General Court annulled the decision of the European Commission not to register the initiative.

Hence, even though the European Commission still enjoys some discretion to assess the legal admissibility, the General Court will not take the reasoning of the Commission lightly. The Commission should seriously

15. Case T-754/14, *Stop TTIP*, ECLI:EU:T:2017:323, par. 47.
16. As cited in the judgement of the General Court: Case T-754/14, *Stop TTIP*, ECLI:EU:T:2017:323.
17. Case T-754/14, *Stop TTIP*, ECLI:EU:T:2017:323, par. 43.

explain a refusal to register and in some situations its reasoning might not be accepted.

A second point of criticism is the non-binding nature of the instrument. To date, there has only been one successful citizens' initiative, the proposal the 'Right2water', that has been followed up with legislation for increased water access and water quality.[18] As a follow-up the European Commission proposed a Directive on the quality of water intended for human consumption[19], but it also reformed an existing Directive on the quality of drinking water in Europe. The European Commission also mentioned 'quality of water' as an aim in its work program in 2017.[20] Other 'successful' initiatives have had cooler responses, such as the ban glyphosate initiative, that did in fact not lead to a ban of glyphosate, but did lead to legislation on more transparency in the scientific assessments of pesticides.[21]

The lack of follow-up of citizens' initiatives by the Commission has been widely criticised. In that context, the General Court decided in the *One of Us* case that in any case, under Regulation 211/2011, the ultimate power to decide on citizens' initiatives lies with the Commission. In *One of Us*, the Commission's decided not to follow up the successful 'One of Us' citizens' initiative to end financing of activities involving the destruction of human embryos, even though the initiative had met all requirements. However, the General Court explained that the Commission has ultimate discretion on whether to execute a successful citizens' initiative or not. According to the General Court in *One of Us* the fact that the European Commission has a 'near-monopoly of legislative initiative'[22] is grounded in Article 17(1) and Article 17 (3) TEU, and therefore Article 11(4) TEU needs to be interpreted in line with that competence of the European Commission. As Article 11(4) TEU literally provides that the European Commission can be 'invited' to submit a legislative proposal after a successful EU citizens' initiative, the General Court reasoned, the European Commission can not be obliged to initate legislation.[23] The Commission's

18. See for an overview: https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful/details/follow-up/2012/000003/nl?lg=nl, last accessed 19 October 2019.
19. COM (2017) 753: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the quality of water intended for human consumption (recast). At the moment of writing the Directive is under discussion at the Council in first reading.
20. On page 5 of the Working Program of the European Commission "We will also come forward with a legislative proposal on minimum quality requirements for reused water and a revision of the Directive on drinking water following up on the REFIT evaluation and the European Citizens' Initiative 'Right2Water'".
21. Communication from the Commission on the European Citizens' Initiative "Ban glyphosate and protect people and the environment from toxic pesticides."
22. Case T-561/14, *One of Us*, ECLI:EU:T:2018:210, par. 110.
23. Case T-561/14, *One of Us*, ECLI:EU:T:2018:210, par. 111.

ultimate discretion had already been implied in the *'Stop TTIP'* case, but in *One of Us* the General Court insists very explicitly on this. As observed, it seems very logical to upheld the discretion for the European Commission to propose a legislative act, especially because the wording of Treaty provisions is very clear on the matter. In light of the institutional balance, it seems sound to indeed grant the Commission this power, which should, however, be taken very serious by the European Commission if it wants not to follow up a successful initiative. The *One of Us* case is now pending before the Court of Justice for appeal.[24] According to Advocate-General Bobek the appeal should be dismissed on the five specific grounds the applicants brought forward in their appeal before the Court of Justice. He underlines that '…the power of initiative, encompassing the choice to present a proposal, its objective and its content, are fundamental elements of the EU decision-making system. They form the bedrock of the independence of the Commission and its mandate to pursue the general interest of the European Union.'[25] He underlines the competence of the European Commission as a hard principle of the legislative procedure. That power cannot be restricted by 1 million signatures, because that is still a small percentage of the whole population. Moreover, he stresses that the Council and the European Parliament both have the competence to request the European Commission to propose legislation, according to Article 225 and Article 241 TFEU. In case of such request, the European Commission is obliged to state reasons if it does not propose legislation on request of the Council and the European Parliament. In that sense, the EU citizens' initiative and the possibility of such request by the Council and the European Parliament are on equal footing, according to the Advocate-General. At the moment of writing it is unclear what the Court of Justice will decide in appeal, but the current line of reasoning of both the General Court and the Advocate-General points in the direction of upholding the non-binding character of an EU citizens' initiative.

As the case law currently stands, it seems that even after passing the legal admissibility test, the Commission still has full discretion on whether to follow up initiatives, but again the Commission must adequately state reasons for its decisions.

4. A new dawn? Reform of the Citizens' initiative

In September 2017, the European Commission adopted a proposal for the reform of the EU citizens' initiative[26], also based on the mentioned

24. C-418/18 P, *Puppnick*, ECLI:EU:C:2019:640.
25. C-418/18 P, *Puppnick*, ECLI:EU:C:2019:640, par. 49.
26. COM (2017) 482 Proposal for a Regulation on the European Citizens' Initiative

case law and criticism on the instrument, which was adopted by the European legislature. Hence, Regulation 211/2011 has been reformed due to aforementioned shortcomings of the European citizens' initiative and obstacles encountered by citizens willing to organise an initiative. The reformed regulation will enter into force on 1 January 2020 and is both more elaborate and clearer regarding the procedures. The reform aims to create awareness and to enable organisers of an initiative to register it and organise the collection of signatures more easily. The question arises whether this reform makes the citizens' initiative an effective form of direct democracy if it remains a mere window dressing. Some new elements will be discussed.

The reformed Regulation entails obligations for the Commission to make European citizens' initiatives easily and freely accessible for all citizens in all languages and for national contact points in Member States to be established. Also, it now provides that the Commission shall in general raise public awareness on the European citizens' initiative and that the European Parliament shall contribute to these activities. However, the controversial legal admissibility test remains. New, however, is that the Commission will now be able to "partially" register an initiative, instead of entirely rejecting it in cases where the Commission only has the power to propose legislation on some, but not all, of its objectives.

After the initiative has gathered the required support of 1 million citizens in a maximum 12 months, the Commission's examination of the initiative will be extended from 3 to 6 months before the Commission sets out its legal and political conclusions. It is said this will give more time for organisers to promote their initiative. Furthermore, the Commission must, if it decides to act, set out the action it intends to take in response to the initiative and set out a timeline for these actions. The reformed regulation does not lower the minimum age to support a citizens' initiative to 16 years, as the European Parliament had proposed[27], but maintains the standard of those able to vote for the European Parliament. However, EU Member States are explicitly allowed to set such age at 16 years if they wish. Moreover, the reformed regulation contains an article on transparency, where funding and support of a group of organisers must be clearly registered, regularly updated and made publicly available by the Commission.

Some changes have been made to the role of the European Parliament in the process. Regulation now expressly states that the Council, national parliaments and civil society must be able to attend the public

27. Report by the European Parliament on the European Citizens' Initiative, (2014/2257(INI)).

hearing, and that "the European Parliament shall ensure a balanced representation of relevant public and private interests" and "shall assess the political support for the initiative" after the public hearing. This seems to provide organisers with a broader stage to spread idea's and raise awareness of certain issues. In order to strengthen the political impact of successful initiatives, recent changes to Parliament's Rules of Procedure also provide that the European Parliament "shall hold a debate" on such initiatives. Moreover, Article 16 provides that the "European Parliament shall assess the measures taken by the Commission as a result of its communication referred to in Article 15(2)." This was originally not included in the proposal but was added by the European Parliament in its amendments. This new element could prove important for the much-criticised follow-up stage, however it is unclear what such assessment would entail and would concretely mean. It is a pity that the 'assessment' is not concretised more in the new Regulation.

5. Direct or participatory democracy reinforcing democracy in the EU?

Even though EU citizens' initiatives are non-binding, they allow citizens to place issues on the agenda of the European Commission. In a wider context, direct democracy can lead to empowerment and feeling heard on the one hand, but direct democracy has on the other hand also brought risks of destabilising societies. For example, referenda as Brexit in the UK, the Ukraine Trade Agreement Referendum in the Netherlands, or on the European Constitution throughout the EU have proven a potential to polarize societies and oversimplify policy choices. As opposed to the referendum, the citizens' initiative provides an elaborate and more nuanced way for citizens to make their voice heard, as initiatives can be very comprehensive.

Direct and participatory democracy can be seen as giving a voice directly to the people, just like in Athenian democracy. But in the modern day and age, instead of Athenian men meeting at the local square, European citizens – both men and women – gather in a digital space to make their voices heard. Authors have warned that using direct democracy such as referenda "as a full alternative to the instruments and institutions representative of democracy risks creating parallel channels of legitimation which could destabilize and delegitimize parliaments."[28] The European citizens' initiative strikes a middle ground in this, by allowing the people

28. G. Martinico, "Preserving Constitutional Democracy from Populism – The Case of Secession Referendums", *National Journal of Constitutional Law*; Scarborough, vol. 39, Iss. 2, (Apr 2019): 139.

to enter into dialogue with the Commission, where after the Commission has the discretion to initiate legislative procedures, in which the European Parliament often has a role. This way the citizens' initiative as direct democracy does not necessarily create a separate parallel accountability or legitimacy to parliamentary accountability. The citizens' initiative is not a circumvention of parliamentary democracy, but merely another way to trigger legislative processes.

In the EU, citizens can have their voices heard in two ways. First, by voting for the European Parliament and secondly by a European citizens' initiative. With the reforms, the European citizens' initiative has not necessarily been further intertwined with Parliamentary democracy. The role for European Parliament in the process has not largely increased with the reform of the Regulation and it is unclear what the new addition of the European Parliament's assessment of the Commission's decisions will entail. Although it is rather vague, it offers potential new roads for the much-criticised follow-up stage dependent on how the European Parliament fulfils this role. Case law confirms that the European Commission remains in the drivers' seat. At the same time, the General Court, imposed a clear obligation to adequately state reasons for its decisions. New cases will arrive at the General Court as well as to the Court of Justice in appeal. Although the instrument as such remains somewhat 'soft', it does serve an agenda-setting purpose and it is also an instrument for citizens to get attention to the topics they feel should be better regulated or regulated at all by the European Union. Therefore, it creates bonds between European citizens who are engaged in, for instance, environmental issues, and the European citizens' initiative has also a PR function, creating more awareness of a specific problem. It is therefore more than just a paper tiger, but it would benefit from larger teeth.

6. Concluding remarks

Looking at the EU citizens' initiative as an alternative form of democratic legitimation and as parallel to representative democracy, as is guaranteed by the European elections, the following remarks can be made. First and foremost, it is clear that the EU citizens' initiative is an agenda-setting tool, and it will remain so, based on the Treaty provision, the reformed Regulation and the case law of the Court. Second, there is an improvement in the partial registration of initiatives, so that more initiatives can be registered and could lead to successful initiatives. However, the fact is that the European Commission will remain in the drivers' seat. That is logical in the context of the Treaties and the separation of powers within the EU. Nevertheless, while sitting in the drivers' seat, the Com-

mission could be much more transparent, and in the sense of throughput legitimatisation, explain its decisions and reasoning clearer.[29]

The European citizens' initiative did, so far, not proof to be equally strong as representative democracy in the European Union. That does not mean that it has no added value for EU citizens at all. It does, nevertheless, justify the question how direct democracy could be strengthened in the European Union, next to representative democracy. As Dougan stated, already in 2001, the European citizens' initiative 'emerges as a relatively weak instrument of direct democracy – more in the character of a popular petition than a robust public initiative – which is heavily dependent upon (potentially multiple layers of) institutional mediation in order to have any tangible impact upon the Union's decision-making processes.'[30] To take direct democracy at a next level, perhaps citizens assemblies could be a possibility. Especially in a time where citizens all over Europe demonstrate for sustainability and climate protection, it would be an adequate way to give EU citizens voice, also in another way.

29. F. Mendez, R. Zwicky and D. Kübler, *Taking stock of the European citizens' initiative: democratic potential and possible institutional trajectories* in D. Levi-Faur and F. van Waarden: "Democratic empowerment in the European Union", Edward Elgar (2018), pp. 63-83.
30. M. Dougan, "What are we to make of the citizens' initiative?", *Common Market Law Review* (2011) 48, pp. 1807-1848, p. 1844.

Bibliography

ARTICLES

M. Dougan, "What are we to make of the citizens' initiative?", *Common Market Law Review* (2011) 48, pp. 1807–1848, p. 1844.

H. Van Eijken and J. W. Van Rossem, "Prisoner disenfranchement and the right to vote in elections to the European Parliament: Universal suffrage key to unlocking political citizenship?", 2016, *European Constitutional Law Review*, p. 114.

A. Karatzia, "The European Citizens' Initiative and the EU institutional balance: On realism and the possibilities of affecting EU lawmaking", 2017, 54, *Common Market Law Review*, Issue 1, pp. 177–208.

A. Karatzia, "Revisiting the Registration of European Citizens' Initiatives: The Evolution of the Legal Admissibility Test" (2018), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* pp. 147-178.

G. Martinico, "Preserving Constitutional Democracy from Populism – The Case of Secession Referendums", *National Journal of Constitutional Law*, Scarborough Vol. 39, Iss. 2, Apr. 2019, 139.

F. Mendez, R. Zwicky, D. KÜbler, "Taking stock of the European citizens' initiative: democratic potential and possible institutional trajectories", in D. Levi-Faur and F. van Waarden, *Democratic empowerment in the European Union*, Edward Elgar, 2018, pp. 63-83.

E. Monaghan, "Assessing participation and democracy in the EU: the case of the European citizens' initiative", *Perspectives on European Politics and Society*, *13*(3), 2012, pp. 285-298.

S. Platon, "The Right to Participate in the European Elections and the Vertical Division of Competences in the European Union", *European Papers*, Vol. 3, 2018, No 3, Special Section – EU Citizenship, Federalism and Rights edited by D. Kochenov, p. 1245.

H. De Waele, H. and E. Mastenbroek, "Fulfilling High Hopes? The Legitimacy Potential of the European Citizens'Initiative", *Open Political Science 1.1*, 2018, 75-92.

Mutual trust and mutual recognition in criminal matters: does the contribution of the EP matter?

Tony Marguery[1]

1. Introduction 374
2. Negotiations of the European Arrest Warrant: missed opportunities to enhance mutual trust? 377
3. Does enhanced democratic accountability make a difference? 385
4. Conclusion 390

1. Tony Marguery is assistant professor at Utrecht University and is a member of the RENFORCE research group. The author would like to express his gratitude to dr. Diane Fromage from Maastricht University and dr. Stanislaw Tosza from Utrecht University for their precious comments on a previous version of this chapter.

1. Introduction

This paper discusses the growing impact of the European Parliament (EP) in the European Union (EU) area of criminal justice, in particular on mutual recognition and mutual trust. The Treaty of Lisbon has considerably modified the role of the EP in this area. In order to assess this, a comparison of the EP's contribution to Council Framework Decision on the European Arrest Warrant (EAW) adopted before Lisbon with the contribution made to Directive on the European Investigation Order (EIO) adopted in 2014 will be made. The study will focus on an issue that strongly relates to mutual trust: the possibility to refuse the execution of a foreign request based on mutual recognition in case of a fundamental right violation.

The principle of mutual recognition applies to specific instruments established by EU legislation. It is based on mutual trust that – as a principle of EU constitutional law[2] – requires each Member State, save in exceptional circumstances, to consider all the other Member States to be complying with EU law and particularly with the fundamental rights recognised by EU law.[3] As a consequence, unless a particular non-execution ground applies or exceptional circumstances occur, mutual recognition demands that domestic competent authorities accept and enforce each other's decisions quasi-automatically notwithstanding differences between criminal justice systems.[4]

It is submitted that any criminal justice system based on the rule of law should serve citizens and their status and expectations as constitutional rights holders.[5] For this reason, it must be designed by a governance with sufficient democratic accountability requiring the informed consent of the governed, i.e. the citizens.[6] If the EU is, indeed, based on the rule of law as article 2 TEU proclaims, EU criminal justice should not constitute an exception to that rule. The adequate participation of the EP

2. S. Prechal, "Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union", *European Papers*, 2017, 2, Issue 1, p. 75.
3. Court of Justice, Opinion 2/13 of 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2454; K. Lenaerts, "La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust", *Common Market Law Review*, 2017, 54, Issue 3, p. 805; Case C-216/18 PPU, *LM*, para. 36, ECLI:EU:C:2018:586.
4. Joined Cases C-187/01 and C-385/01, *Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, ECLI:EU:C:2003:87.
5. M.L. Wade, *Developing a Criminal Justice Area in the European Union*, Brussels, European Parliament Study, DG Internal Policies, 2014 available http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493043/IPOL-LIBE_ET(2014)493043_EN.pdf (last accessed July 2019).
6. M.L. Wade, *Developing a Criminal Justice Area in the European Union*, *op. cit.;* J. P. Olsen, "Democratic Accountability and the Terms of Political Order", *European Political Science Review*, 2017, 9, Issue 4, p. 519.

in the legislative process should be guaranteed as the organ representing EU citizens in application of article 10 TEU. Failure to ensure this would put the EU rule of law at risk.

However, within the pre-Lisbon institutional framework,[7] EU criminal law measures have been criticized as, above all, being designed by the executive to further the efficiency of domestic criminal justice authorities at the EU level,[8] thus, paradoxically, by a governance with little democratic accountability. This democratic deficit was identified as one of the reasons explaining certain gaps affecting this legislation.[9] Spearhead of the pre-Lisbon EU criminal law implementing mutual recognition, the EAW is a good example of such ill-defined legislation.[10] The EAW allows fast track surrenders between EU Member States and replaces the extradition system based on international conventions. The flaws of the EAW uncovered in Court of Justice of the European Union (CJEU) proceedings mostly concern the search for the difficult balance between the safeguards of individual's fundamental rights and citizens' security against crime. Given the constitutional place of these rights in the Member States legal order and the differences between criminal procedures,[11] it is not surprising that the phenomenon threatens judicial cooperation and contributes to the mutual trust and rule of law crises the EU is currently facing.[12] Brexit,[13] domestic breaches of the rule of law[14] or the Puigdemont

7. In this paper, the pre-Lisbon period is limited to the 'Amsterdam era' from the entry into force of the Treaty of Amsterdam until the entry in force of the Treaty of Lisbon.
8. For example, K. Ligeti and A. Marletta "EU criminal justice actors, Accountability and Judicial Review vis-à-vis the EU citizen", *New Journal of European Criminal Law*, 2016, 7, Issue 2, p. 175; E. de Capitani "The Democratic accountability of the EU's Area of Freedom, Security and Justice ten years on" available https://www.academia.edu/15052190/the_area_of_freedom_security_and_justice_ten_years_on (last accessed July 2019).
9. For example, S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2011, p. 9 and following and 25; V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 1st ed., 2009, p. 59; T. Bunyan, "Trilogues and the democratic deficit Under a new agreement between the Council and the European Parliament the efficiency of decision-making is enhanced at the expense of transparency, openness and accountability" available at https://www.statewatch.org/analyses/no-64-secret-trilogues.pdf (last accessed July 2019) or V. Mitsilegas, "The Constitutional Implications of mutual recognition in criminal matters in the EU", *Common Market Law Review*, 2006, 43, Issue 5, p. 1277.
10. Framework Decision 2002/584/JHA on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States, 2002, OJ L190/1.
11. Criminal Procedural Laws across the Union available at https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/70e80c5d-b64e-11e8-99ee-01aa75ed71a1 (last accessed July 2019).
12. Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, ECLI:EU:C:2016:198, Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.*
13. Case C-327/18 PPU, *R.O.*, ECLI:EU:C:2018:733.
14. Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.*

case[15] have put mutual trust between Member States, and with it the EAW, to the test.

Following the Lisbon institutional reform of the EU, significant aspects of the democratic deficit affecting EU decision-making have been addressed.[16] The role of the European and national parliaments in the Europeanisation of criminal law has significantly been increased as will be briefly recalled in this paper. It can, therefore, be argued that the enhancement of democratic accountability standards in the adoption of EU criminal law better serves citizens and the protection of their fundamental rights. The question then arises whether this improves the regulation of EU criminal law and enhances mutual trust in the EU, thereby safeguarding the EU rule of law.

It is acknowledged that mutual trust and mutual recognition can be promoted by the adoption of 'procedural directives' harmonising specific procedural safeguards in criminal proceedings,[17] but this research uses an alternative route and focuses on the EP contributions to mutual recognition in the legislation *implementing* mutual recognition before and after Lisbon and puts them into perspective with the case law of the CJEU. Due to the limited scope of this paper, the research is confined to the analysis of the EAW and of the Directive on the EIO, the latter instrument simplifying and accelerating cross-border criminal investigations within the EU.[18]

The argument unfolds as follows: Section 2 outlines how in the pre-Lisbon negotiations of the EAW the Council has disregarded the fundamental rights safeguards proposed by the EP and resulted in ill-defined legislation. As will be shown, this flaw has impaired judicial cooperation. Section 3 turns to the Directive on the EIO that was negotiated according to the co-decision procedure where both the Council and the EP enjoy equivalent powers. The research reveals that, in contrast to the EAW, the amendments tabled by the EP concerning fundamental rights safeguards have been accepted in the final text; it is, therefore, submitted that the Lisbon reform has improved citizens' participation in the creation of EU

15. For example https://verfassungsblog.de/the-strange-german-case-of-mr-puigdemonts-european-arrest-warrant/ (last accessed August 2019).
16. E. de Capitani "The Democratic accountability of the EU's Area of Freedom, Security and Justice ten years on", *op. cit.*; K. Ligeti and A. Marletta, "EU criminal justice actors, Accountability and Judicial Review vis-à-vis the EU citizen", *op. cit.*
17. Article 82(2) TFEU; Criminal Procedural Laws across the Union *op. cit.*; V. Mitsilegas, "The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual", *Yearbook of European Law*, 2012, 31, Issue 1, p. 319; A. Weyembergh, "Approximation of criminal laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme", *Common Market Law Review*, 2005, 42, Issue 6, p. 1567.
18. Directive 2014/41/EU regarding the European Investigation Order in criminal matters, 2014, OJ L 130/1.

criminal law. However, this assertion must be tempered. The balance between mutual trust and fundamental rights' protection is difficult to strike. If the EP contributes to the adoption of better-defined provisions that sharpen the concerns of citizens in criminal law, the interpretations of these provisions by the CJEU may well remain essential to provide enough flexibility to answer current societal challenges.

2. Negotiations of the European Arrest Warrant: missed opportunities to enhance mutual trust?

2.1 *The adoption of the Framework Decision on the EAW: an undemocratic negotiation?*

Under the legislative process framed by the Maastricht and Amsterdam Treaties in criminal matters, the so-called 'EU third pillar' measures, such as the EAW, were adopted unanimously by the Council after the EP's consultation.[19] However, the Council was not bound by the EP's opinion and it could act if the EP did not deliver its opinion within three months.[20] In addition, essentially resting on the means available in each system for MPs to exert ministerial responsibility, the national parliaments' influence on the EU decision making process was indirect, fragmented and totally uncertain.[21]

It is in this context that the negotiations on the abolishment of the cumbersome and lengthy extradition procedure between EU Member States took place.[22] Before discussing these negotiations, it seems essential to shortly recall how the EAW functions and differs from extradition. The EAW can be issued for the purposes of conducting a criminal prosecution or executing a custodial sentence.[23] Unlike in extradition cases, national governments have no role in either issuing or executing the EAW. The procedure is exclusively *judicial*. The Member States' judicial authorities are obliged to give effect to an EAW within a timeframe

19. S. Peers, *EU Justice and Home Affairs, op. cit.,* pp. 2-135.
20. Article K 11 Treaty of Amsterdam.
21. For example, COSAC 8th bi-annual report.
22. The extradition of a suspect or convict essentially depends on international agreement and the decision made by the executive of the requested country. Therefore, such extradition could be easily refused or take many years before taking place.
23. Article 1 EAW.

of 10 to 90 days (art. 17 EAW). Because of – the supposedly existing[24] – mutual trust, a judicial authority is prevented from checking whether the Member State that issued the EAW ensures fundamental rights protection. It is also prevented from checking for double criminality with regard to a list of 32 crimes.[25] Consequently, and contrary to what happens in extradition cases, executing judicial authorities have an obligation to surrender a requested person even if the act in question is not a crime in the executing State. Moreover, if the issuing country is responsible for a breach of the requested person's fundamental right then that person should challenge this breach before the courts of that State rather than those of the executing State. Except in very exceptional circumstances, the execution cannot be refused unless one of the exhaustively listed grounds for non-execution applies.[26]

Although, the creation of a fast track extradition was already considered in the 1999 Tampere European Council Conclusions,[27] the September 2001 terrorist attacks boosted the process.[28] An agreement on the Commission's proposal on the EAW,[29] was soon reached and the Framework Decision adopted on 13th June 2002. It was preceded by a Resolution of the EP on 29th November 2001 tabling 44 amendments, which reflected the report of the Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs (now LIBE).[30] The EP was consulted a second time on request of the Council. Since none of the amendments tabled in its previous Resolution had been seriously considered, the EP approved the Council's draft without new amendment on 8th January 2002.[31] In the end, only one

24. In its early case law on mutual trust, the CJEU even decided that the EAW was based "on the high degree of confidence which *should* exist between the Member States" (italics added) see for example Case C-192/12 PPU *West*, para. 53, ECLI:EU:C:2012:404 and C-396/11 *Radu*, para. 34, ECLI:EU:C:2013:39 and Joined Cases C-187/01 and C-385/01 *Gözütok and Brügge*, para. 33, *op. cit.*

25. Article 2(2).

26. The grounds for non-execution can either be compulsory or optional and are mentioned in articles 3, 4, 4a EAW. In addition, the execution of the EAW may be made subject only to one of the conditions exhaustively laid down in art. 5; see for ex. Case C-477/16 *Kovalkovas*, para. 28, ECLI:EU:C:2016:861.

27. Tampere European Council of 15th and 16th October 1999, Presidency Conclusions, para 35.

28. For a detailed account of the negotiations M. Plachta and W. van Ballegooij, "The Framework Decision on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures Between Member States of the European Union" in R. Blekxtoon and W. van Ballegooij, *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, TMC Asser, 2005, p. 13.

29. Proposal for a Council Framework Decision on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures Between the Member States, COM (2001) 522 final, 2001, OJ C 332/E, 305-19.

30. Report of 14th November 2001 doc. number A5-0397/2001.

31. The report was tabled on 9th January 2002, see doc. number A5-0003/2002.

minor amendment tabled by the EP can be traced in the adopted text.[32] One of the MEPs regarded this undemocratic process only requiring the consultation of the EP as a "threat to the principles of democracy and constitutional government."[33]

While it is considered by many, including the EP, as a 'success story,'[34] many gaps with regards to individuals' fundamental rights safeguards have been identified in the EAW.[35] This was to be expected since in practice, equivalent fundamental rights protection within the EU cannot always be guaranteed. As the foregoing criticism had foreseen, these gaps were felt as a threat to constitutional government, and more generally to the rule of law, in certain Member States. On the one hand, Member States are under the EU obligation to accept mutual recognition, but on the other no safety valve is guaranteed in case mutual recognition implies a serious violation of constitutional standards such as a breach of a fundamental right.

2.2 *The noted absence of a fundamental rights-based ground for non-execution in the EAW*

As said, the EAW only contains specific and exhaustively listed grounds allowing the executing judicial authorities to refuse its execution. The EAW has no 'public policy exception', as happens in civil matters,[36] which allows to refuse execution if it would be at variance to an unacceptable degree with the legal order of the executing State because it

32. Amendment 46 suggested that article 1 EAW should mention that the EAW is based on the principle of mutual recognition.

33. Maurizio Turco was a Member of the Technical Group of Independent Members, see his minority opinion in A5-0003/2002.

34. European Parliament, Resolution of 27th February 2014 with recommendations to the Commission on the review of the European Arrest Warrant (2013/2109(INL)); Report from the Commission on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States COM(2011) 175 final; from Eurojust, see http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/newsletter/Eurojust%20News%20Issue%2012 %20(September%202014)%20on%20the%20 European%20Arrest%20Warrant/EurojustNews_Issue12_2014-09-EN.pdf

35. A.P. van der Mei, "The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, 24, Issue 6, p. 882.

36. For example, article 45(1)(a) of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 2012, OJ L 351/1.

infringes a fundamental principle, *e.g.* a fundamental right.[37] However, in its report, the EP stressed the need to ensure throughout all proceedings the respect for fundamental rights.[38] Consequently, it proposed to add specific grounds for non-execution of the EAW in case of infringement of the principles of fair trials in the issuing State.[39] In application of these provisions, the executing authority should have been able to refuse the EAW if in the light of, for example, consistent rulings against it by the European Court of Human Rights (ECtHR), the issuing Member State does not offer sufficient guarantees as regards a fair hearing, the rights of the defence, the proper operation of the judicial system, or reasonable duration of the proceedings.

The Council nonetheless did not accept to amend the final text accordingly. Also, no *general* fundamental rights-based ground for non-execution was adopted, which was deplored by the EP.[40] Instead, in the chapter concerning the general principles, article 1(3) of the EAW provides that the Framework Decision should not have the effect of amending the obligation to respect fundamental rights enshrined in article 6 TEU Treaty (Amsterdam).[41] Since certain Member States explicitly implemented this provision as a ground for non-execution, the question arose whether the latter could be construed as a safeguard against disproportionate interferences with fundamental rights for which the issuing State would be responsible. Should article 1(3) be considered as a simple remainder of the general obligation that Member States must respect fundamental rights when acting in the scope of EU law, or should it be considered as an *implicit* refusal ground if the executing State is satisfied that the issuing State is not respecting or will not respect the requested person's fundamental rights?[42] In other words, can this provision be considered as a public-policy exception?

37. K. Lenearts, "The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice", *The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture*, All Souls College, University of Oxford, 30 January 2015 available https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/the_principle_of_mutual_recognition_in_the_area_of_freedom_judge_lenaerts.pdf (last accessed June 2019).
38. See amendment 45 of recital 20 and amendment 55 of article 11, paragraph 2a (new) in Report of 14th November 2001, *op. cit.*
39. See amendment 74 article 30b (new) and 76 of article 32a (new) in Report of 14th November 2001, *op. cit.*
40. Doc. number A5-0397/2001 p. 54
41. Article 1(3), recitals 12 and 13 EAW.
42. Opinion of Advocate General Sharpston in Case C-396/11 *Radu*, para. 70, ECLI:EU:C:2012:648.

There is more if one analyses the report made by the UK House of Lords.[43] The Select Committee strongly put forward the necessity to add to article 1(3) an explicit ground for non-execution based on fundamental rights violation pointing out that in this case "a court in the executing State could refuse execution of a warrant where, for example, it believed the individual concerned would not receive a fair trial in the issuing State (Article 6 ECHR) or the request came from a 'judicial authority' not possessing the degree of independence needed to satisfy Article 5 ECHR."

These voices remained unheard and what was bound to happen did happen. The EAW is continuously subject to references to the CJEU for preliminary rulings from national courts.[44] Many of these challenges concerned issues already identified by in the abovementioned parliamentarian contributions. This is, in particular, the case of the meaning of article 1(3) EAW.[45]

2.3 *Didn't I warn you?*

In two exceptional circumstances, the CJEU gave an interpretation of article 1(3) allowing for a possible rebuttal of mutual trust and, consequently, a *de facto* non-execution of the EAW. Firstly, certain EU Member States are subject to consistent rulings by the ECtHR because of their terrible prison conditions infringing articles 3 ECHR and 4 CFR[46] on the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment.[47] Authorising the transfer of a requested person to such a State would also expose the executing State to a violation of these provisions. Indeed, in *Aranyosi* and *Caldararu*,[48] the CJEU found that article 1(3) EAW should be interpreted

43. In its Sixteenth report 26th February 2002 the House of Lords questioned, inter alia, the absence of explicit reference to articles 5 and 6 ECHR and of a draft that does not expressly confer a right to a retrial where a EAW is issued in respect of a person who has been sentenced *in absentia*.

44. For a list of cases relating to the EAW see http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/caselawanalysis/Case%20Law%20by%20the%20Court%20of%20Justice%20of%20the%20 European%20Union%20on%20the%20 European%20Arrest%20Warrant%20(October%202018)/2018-10_EAW-case-law_EN.pdf (last accessed July 2019).

45. A similar research could also be conducted with respect to the notion of judicial authority as predicted by the House of Lords, see in particular Joined Cases C-508/18 and C-82/19 PPU, *OG and PI*, ECLI:EU:C:2019:337.

46. According to the Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, 2007 OJ C 303/17, the right in article 4 CFR is the right guaranteed by article 3 ECHR, therefore in application of article 52(3) CFR it has the same meaning and scope as the ECHR article.

47. See in particular cases cited on p. 89 in T. Marguery (Ed.), *Mutual Trust under Pressure, the Transferring of Sentenced Person in the EU*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2018.

48. Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, *op. cit.*

in such a way that if it has sufficient evidence that the surrender of the requested person would lead to a violation of articles 3 ECHR/4 CFR, the judicial authority of the executing Member States should postpone the surrender until the risk has been cleared and if this is not possible it should put the surrender to an end. If the violation of articles 3 ECHR/4 CFR was not specifically foreseen in the EP's 2001 Resolution,[49] this is different for the second types of exceptional circumstances where mutual trust can be rebutted.

Secondly, in the *LM* case,[50] the CJEU decided that a possible violation of the essence of the right to a fair trial can cause the end of surrender proceedings.[51] The case concerned recent Polish reforms of the judicial system that are considered by many scholars and institutions, as seriously undermining the independence of the judiciary and, consequently, the rule of law, which is one of the EU values (article 2 TEU).[52] Not only the Commission triggered for the first time the article 7 TEU procedure against Poland because of the existence of a clear risk of breach of EU values,[53] but it also launched several infringement proceedings against that country.[54] Considering the crucial role played by judicial independence in criminal justice, it did not take long before a national court wondered whether the Polish reforms would not disproportionality affect mutual trust and imply an exception to mutual recognition. It is the Irish High Court that questioned the CJEU on the possibility to consider such an exception in the context of the execution of three Polish EAWs against LM issued for prosecution of drug trafficking.[55]

The CJEU decided that the requirement of judicial independence forms the essence of the right to a fair trial as guaranteed by article 47(2) CFR which corresponds to article 6(1) ECHR.[56] Surrender proceedings may be put to an end if the requested person runs a real risk of breach of

49. One may also contend that bad prison conditions show that the issuing State does not offer sufficient guarantee as regards the proper operation of the judicial system.
50. Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.*
51. By contrast, see the findings of the CJEU in Case C-396/11, *Radu*, *op. cit.*
52. Opinion No. 904/2017 of the Venice Commission, the following blogs K. Lane Scheppele and L. Pech, "Is the Rule of Law Too Vague a Notion?" available at https://verfassungsblog.de/the-eus-responsibility-to-defend-the-rule-of-law-in-10-questions-answers/ ; M. Luining, "The EU's Anxieties of Guaranteeing the Rule of Law" (Clingendael Spectator, 11 June 2018) https://spectator.clingendael.org/nl/publicatie/eus-anxieties-guaranteeing-rule-law (last accessed July 2019).
53. European Commission, Reasoned Proposal In Accordance With Article 7(1) Of The Treaty On European Union Regarding The Rule Of Law In Poland, Com(2017) 835 final.
54. See Cases C-192/18, *Commission v Poland* (pending at the time of writing), C-619/18, *Commission v Poland*, ECLI:EU:C:2019:531.
55. High Court of Ireland, The Minister for Justice and Equality -v- Celmer, 2018, IEHC 119, paras. 135-137.
56. Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.,* paras 33 and 59.

the essence of the right to a fair trial due to a lack of independence of the courts in the issuing State on account of systemic or generalised deficiencies.[57] The CJEU applied the two steps-test designed in the joined Cases *Aranyosi* and *Caldararu* to the right to a fair trial. Firstly, the judicial authority must assess "on the basis of material that is objective, reliable, specific and properly updated concerning the operation of the system of justice in the issuing Member State, whether there is a real risk, connected with a lack of independence of the court of that Member State on account of systemic or generalised deficiencies there, of the fundamental right to a fair trial being breached."[58] Secondly, the authority must "assess specifically and precisely whether, in the particular circumstances of the case, there are substantial grounds for believing that, following his surrender to the issuing Member State, the requested person will run that risk."[59] Hence, the mere existence of systemic deficiencies affecting the judicial system of the issuing country is not enough to come to a conclusion. The executing authorities must be satisfied that the court or tribunal in the issuing State is independent having regard to the personal situation of the requested person, the nature of the offence this person is being prosecuted for and the factual context that forms the basis of the EAW.[60]

If one compares the test provided by the CJEU in *LM* with the amendment proposed in 2001 by the EP and the UK House of Lords, interesting similarities emerge. In particular, both tests concern the right to a fair trial and, more generally, the operation of the judicial system in the issuing State. However, the EP proposal left more discretion to the Member States to apply their own national threshold and to assess a breach of fair trial. Instead the CJEU imposes a European threshold, which implies that the executing Member State is precluded from making the execution of the EAW conditional upon provision of a higher *national* level of protection.[61] Mutual trust must be read in conjunction with the obligation to respect *EU* values upon which the Union is founded. Rebuttal of mutual trust and a possible exception to mutual recognition receive a strict interpretation from the CJEU. The rebuttal is only allowed if the *essence* of the right to a fair trial is undermined because it poses a threat to these values and in particular to effective judicial review.[62]

57. Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.,* paras 48 and 63.
58. Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit*., para 61.
59. Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.,* para 68.
60. Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.,* para 75.
61. Case C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107 concerning the protection of the procedural rights of a person who has not appeared in person at his trial; K. Lenearts, "The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice", *op. cit.*
62. Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.,* para 51.

On the one hand, it should be welcome that rebuttal of mutual trust is strictly limited because this guarantees efficient and rapid surrender, but on the other hand one may wonder whether the judicial interpretation offered by the CJEU meets the will of the people reflected in the EP Resolution. The assessment imposes a difficult, and somewhat Kafkaesque, burden on judicial authorities, which have to examine the extent to which foreign legal reforms affect the independence of their counterparts. Executing authorities should, if necessary, rely on information received from the issuing judicial authorities to perform their assessment.[63] To use a trivial comparison, this sounds a bit like asking a butcher whether the meat that he sells is still fresh. If a court or a judge is working in an environment that takes away his/her independence or impartiality, one may find difficult to believe that this judge will simply acknowledge and give that information through the official channel of judicial cooperation. How can one be sure that having regard to the nature of the offence or the personal situation of the person requested will guarantee that his/her trial will not be biased for other reasons? Indeed, until now questions posed by executing authorities in application of the *LM* judgment have been answered in a *satisfactory* and *reassuring* manner and have not prevented surrender to Poland.[64] Moreover, article 1(3) becomes a *European* public policy exception, whereas the EP was in favour of a *national* public policy exception. One may contend that this is acceptable as long as the former provides a high level of protection,[65] but one may also regret that the Treaty does not allow for a stronger role of the CJEU in adjudicating constitutional challenges in criminal matters. The question may be posed whether it is for the national courts rather than the European court to be the final arbiter in respect of this European standard.[66]

It is regrettable that although the EP warned the Council against general deficiencies in the operation of the judicial system of the issuing State, the warning came to naught. The EAW is still in force and will not be reformed on this point contrary to what the EP proposed in 2014.[67] The situation contrasts with the Directive on the EIO. The outcome of the EIO negotiations shows clearly that the opinion of the EP on the necessity to provide safeguards against breach of fundamental rights has been heard loud and clear as evidenced in the following sub-part.

63. Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.,* para 76.
64. For example, High Court of Ireland The Minister for Justice and Equality -v- Celmer, 2018, IEHC 639 and Court of Amsterdam, 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3834.
65. I. Armada, "The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence", *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, Issue 1, p. 8.
66. H. Satzger, "Mutual Recognition in Times of Crisis – Mutual Recognition in Crisis? Ana Analysis of the New Jurisprudence on the European Arrest Warrant", *European Constitutional Law Review*, 2018, 8, Issue 3, p. 317.
67. Doc. number A7-0039/2014.

3. Does enhanced democratic accountability make a difference?

3.1 *Try not to make the same mistake twice*

Until the adoption of the EIO, judicial authorities had to use several instruments combining mutual legal assistance and mutual recognition for obtaining evidence located in another Member State in the context of criminal proceedings.[68] The system was considered inefficient and too fragmented. The possibility to create a single and efficient mechanism based on the principle of mutual recognition[69] was therefore proposed in the 2009 Stockholm Programme.[70] However, it is a group of 7 Member States,[71] and not the Commission, that drafted a proposal for a Directive regarding the European Investigation Order in criminal matters based on article 82(1)(a) TFEU in June 2010. In contrast to other policy areas, in the field of EU criminal law, the Commission shares the right of initiative with a quarter of the Member States (article 76 TFEU). The Directive was adopted on 3 April 2014.[72]

The negotiations took place within the context of the new institutional framework on EU criminal law entered in force with the Treaty of Lisbon. The abolishment of the EU pillar structure has secured the participation of the EP in the decision-making process, thereby setting it on an equal footing with the Council, because the ordinary legislative procedure

68. Two regimes coexisted: mutual legal assistance and mutual recognition; the former was in particular the letter rogatory based on the 1959 Council of Europe Convention on mutual assistance in criminal matters and its Protocols completed and modernized by the 2000 EU Convention on mutual assistance, the Schengen Convention; the latter consisting of the Framework Decision on the European Evidence Warrant and the Framework Decision on Freezing Order.

69. Point 3.1.1 in The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens of 2 December 2009 Council doc. N. 17024/09. See also Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility COM(2009) 624 final.

70. According to article 68 TFEU the European Council defines the strategic guidelines for legislative and operational planning within the area of freedom, security and justice.

71. The Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Republic of Estonia, the Kingdom of Spain, the Republic of Austria, the Republic of Slovenia and the Kingdom of Sweden.

72. It should be noted that the 2000 EU Convention remains useful for Ireland that opted out the Directive and for Denmark that did not take part in it.

now applies by default to most EU criminal law.[73] Furthermore, national parliaments are given a direct role in the EU legislative process especially through the establishment of a formal and independent subsidiarity scrutiny of all legislative proposals (the Early Warning Mechanism).[74] One should however mention the absence of impact assessments (IAs) and of the Political dialogue which normally exists between the Commission and national parliaments[75] when a draft Directive is proposed by a group of Member States instead of the Commission because only the Commission produces IAs. The new powers granted to the EP together with the sensitive nature of the issue for national sovereignty certainly explain that the negotiations on the EIO have been particularly long and took four years from 2010 to 2014 and no less than twelve trilogues.

Like the EAW, the EIO is based on mutual recognition, but it aims at facilitating the collect of any kind of evidence (with the exception of evidence gathered within Joint Investigation Teams) by a judge, a prosecutor or an authority that is competent to carry out investigations according to national law (in this latter case then the order should be validated by a judicial body). The EIO can have very serious implications for a number of fundamental rights.[76] Infringements may happen both in the issuing or executing State. One may, for example, imagine that the evidence lawfully collected in the executing State will be used in the issuing State in violation of the right to a fair trial or that the execution of a house search is incompatible with the right to privacy as protected in the executing State. The EIO should, therefore, be fully complying with individual's fundamental rights.

However, neither the draft EIO proposal nor the text of the Council submitted for general approach prior to the first trilogue mentioned the

73. K. Ligeti and A. Marletta, "EU criminal justice actors, Accountability and Judicial Review vis-à-vis the EU citizen", *op. cit.;* see also E. de Capitani, "The democratic accountability of the EU's Area of Freedom, Security and Justice ten Years on in The area of freedom, security and justice ten years on successes and future challenges under the stockholm programme," and M. van Keulen and F. Mittendorff, "Justice and Home Affairs 'At home': Shaping the AFSJ at the National Level", *op. cit.*

74. Article 5 TEU and Protocol 2 article 7(2).

75. European Commission, "The Political Dialogue" available at http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npo/political_dialogue_en.htm#politicaldialogue (last accessed July 2019) and D. Jancic, "The Barroso Initiative: Window Dressing or Democracy Boost?", *Utrecht Law Review*, 2012, 8, Issue 1, p. 78; D. Fromage, "Regional Parliaments and the Early Warning System: An Assessment Six Years after the Entry into Force of the Lisbon Treaty", Luiss School of Government, Working Paper Series, SOG-WP33/2016 available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2771143 (last accessed July 2019).

76. FRA report issued https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1490-FRA-Opinion-EIO-Directive-15022011.pdf (last accessed July 2019) and the Opinion of the European Data Protection Supervisor OJ C 355, 29.12.2010, pp. 1-9.

possibility to refuse the execution of the EIO in case of a fundamental right violation.[77] A general provision (article 1(4)) quasi-identical to the litigious article 1(3) EAW was merely provided.[78] By contrast, the EP was in favour of stronger fundamental rights safeguards. Supported by the analysis of the Fundamental Rights Agency,[79] it proposed to insert the following ground for non-execution of the EIO:

> *"An EIO may be refused in the executing State where: […] there is clear and objective evidence of an infringement of a fundamental right as laid down in the Charter of Fundamental Rights or in the European Convention on Human Rights or where executing a measure would clearly contradict the fundamental national constitutional principles of the executing State as regards criminal proceedings."*[80]

In view of the trilogue, that took place on14 May 2013, the Council tried however to limit the scope of a possible non-execution to violations that would happen in the executing State only.[81] The EP opposed to this and finally managed to have article 11(1)(f) EIO drafted as follows:

> *"Without prejudice to Article 1(4), recognition or execution of an EIO may be refused in the executing State where: […] there are substantial grounds to believe that the execution of the investigative measure indicated in the EIO would be incompatible with the executing State's obligations in accordance with Article 6 TEU and the Charter."*[82]

In support of that, the EP obtained the insertion in article 1(4) of a reference to the obligation to respect the right of defence of persons

77. 9 December 2011 Council doc 18225/1/11 http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2018225 %202011 %20REV%201, see also the Council Orientation debate on 17 June 2011 Council doc 11569/11 page 5 http://www.statewatch.org/news/2011/sep/eu-council-eio-11569-11.pdf and proposal of Presidency on 29 April 2011 Council doc 9500/11 http://www.statewatch.org/news/2011/may/eu-council-eio-9500-11.pdf (last accessed July 2019).

78. For a critical analysis S. Peers, "The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty", available at http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf and http://www.statewatch.org/analyses/no-112-eu-eio-update.pdf (last accessed July 2019).

79. FRA, *op. cit.*

80. European Parliament, 8 May 2012, orientation vote result, 2010/0817(COD) http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201205/20120523ATT45657/20120523ATT45657EN.pdf (last accessed July 2019).

81. Council doc. 8754/13 of 24th April 2013 p. 10: "there is clear evidence that the execution of the investigative measure would result in the real risk of an infringement of a fundamental right as set out in the Charter of Fundamental Rights or in the European Convention on Human Rights in the executing state".

82. This provision is also supported by recital 19 proposed by the EP.

subject to criminal proceedings that the Directive should not affect.[83] It is clear that when one does the math the EP influenced the content of the proposal by adding fundamental rights' safeguards. One may now wonder whether the result achieved indeed has the potential to better serve the citizens and protect their fundamental rights without impairing effective judicial cooperation.

3.2 *Is the balance adequately struck?*

First of all, the possibility to refuse the execution of the EIO *also* when the violation happens in the issuing State is welcome. Although one may contend that the issuing and executing State could be held jointly liable for a possible violation of the ECHR,[84] as recalled by Armada,[85] limiting the ground for non-execution to violations in the executing State as submitted by the Council would not have been especially protective in particular of the suspect's right to a fair trial. A violation of this right will most likely occur in the issuing State where the trial in fact takes place rather than in the executing State. Moreover, the *forum regit actum* principle applies to the EIO. According to that principle, evidence should be collected according to the rules of the *issuing* State mentioned in the EIO unless such rules are contrary to the fundamental principles of law of the executing State (for example, fundamental rights).[86] Limiting non-execution to violations in the executing State would have all the same required from executing authorities an assessment of foreign rules.

This said, the real difficulty lies in the interpretation of the provision itself. Should article 11(1)(f) be assimilated to, or better said 'complemented by', the current case law on article 1(3) EAW?[87] In other words, should the ground for non-execution be interpreted in the same way as

83. Council doc. 8754/13, *op. cit.*; see also recitals 11, 12, 15, 17 and 40 proposed by the EP in the draft report of 23 January 2011, 2010/0817(COD) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-478.493 %2B02 %2BDOC%2BPDF%2BV0 %2F%2FEN (last accessed August 2019).
84. As the ECtHR suggested in Case *Stojkovic v. France and Belgium*, 2011, application n. 25303/07, paras 37-43. It should be noted however that this case concerned the application of the 1959 Council of Europe Convention on mutual assistance which applies the *locus regit actum* principle according to which the law of the requested country applies to the evidence.
85. I. Armada, "The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence", *op. cit.*
86. Article 9(2) EIO provides that evidences are gathered according to the *forum regit actum* principle. See Criminal Procedural Laws across the Union, *op. cit.*, p. 52 and following and I. Armada, "The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence", *op. cit.*
87. See *contra* I. Armada, "The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence", *op. cit.*

article 1(3) EAW and only be limited to very exceptional circumstances such as a real risk of breaching the essence of the right to a fair trial if the investigative measure is executed? Or should it be possible for the executing authority to extend the refusal to more 'minor' fundamental rights violations?

According to the Directive the mere existence of 'substantial grounds' to believe that the execution of the investigative measure indicated in the EIO would be 'incompatible' with fundamental rights would be sufficient to justify a refusal to execute the EIO. At first glance this provision does not impose a threshold with regard to the nature or gravity of the violation that can give rise to refusal. Giving a narrower interpretation to article 11(1)(f) EIO seems contrary to the text of the Directive. The application of a two-step test similar to the EAW in *LM* is not mentioned in this article. Moreover, article 1(4) EIO reproduces article 1(3) EAW, thus the interpretation of article 11(1)(f) would seem at odd with article 1(4).

On the other hand, accepting a broad interpretation of article 11(1 (f) would simply undermine the whole objective of the EIO and of the AFSJ which is to ensure quick, effective and consistent cooperation between Member States based on mutual trust.[88] That objective is also clearly materialised in recital 19 EIO that links a refusal to execute the EIO with the rebuttal of mutual trust. Article 11(1)(f) clearly indicates that, in accordance with the *Melloni* doctrine,[89] only *EU* fundamental rights, in particular the CFR, thus not national standards of protection, can be relied upon in order to decide on the existence of a breach. According to the established case law of the CJEU, mutual trust can be rebutted in 'exceptional circumstances' if a Member State does not comply with the fundamental rights recognised by EU law.[90] As we saw, the CJEU confines such circumstances to the real risk of violation of an absolute right or of the essence of the right to fair trial as provided by the CFR.[91]

A narrow interpretation of article 11(1)(f) seems the most logical option, even if it does not solve the difficult work that the executing authority may have in evaluating possible future violation of fundamental rights.[92] This authority will thus remain bound to obtain information

88. See the wordings used in recitals 1, 2 or 21 EIO for example.
89. Case C-399/11, *Melloni*, *op. cit.*
90. Opinion 2/13 *op. cit.*; Case C-327/18 PPU, *RO*, *op. cit.*, para 35.
91. In the context of the Dublin Regulation see for example NS at 86, in the context of the EAW see Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, *op. cit.,* para 92, *op. cit.* and Case C-216/18 PPU, *LM*, *op. cit.,* para 68.
92. I. Armada, "The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence", *op. cit.*

from the issuing authorities in order to finalise this evaluation.[93] One may wonder whether a more explicit provision as advocated by the FRA agency in its Opinion[94] or as suggested by Austrian Parliament in the context of the proposal' scrutiny[95] would have been preferable. Article 11(1)(f) tends to seriously bend mutual trust, and it seems, therefore, inevitable that further guidance will be needed from the CJEU on this provision.[96]

4. Conclusion

Although limited to two instruments, this analysis provides strong indications that the role of the EP within the field of EU criminal law has increased during the last twenty years. Further research concerning more recent instruments in particular based on mutual recognition may well confirmed this trend.[97] There is little doubt that the voice of the citizens is better heard in the decision-making process that leads to the adoption of legislation with a great impact on their fundamental rights. The EP now enjoys a strong stance on the adoption of better-defined provisions relating to fundamental rights' protection in instruments that are aimed at facilitating judicial cooperation in the fight against crime. It would also be interesting to explore the extent to which new powers granted by the Treaty of Lisbon to national parliaments, such as the Early Warning Mechanism, contribute to this finding.[98]

93. See article 11 (4).
94. See the FRA Opinion, *op. cit*., p. 11.
95. See statements of the Austrian Bundesrat and Nationalrat available at http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/dossier.do?code=COD&year=2010&number=0817&appLng=EN (last accessed July 2019).
96. See Eurojust meeting on the European investigation order on 19-20 September 2018 on page 9, according to the participants to the meeting (practitioners from all over the European Union, as well as Eurojust College Members and staff, representatives from the Council, Commission and academia,) there is no experience yet on the application of the grounds for non-recognition because the EIO is too recent. It is however acknowledged that given the case law of the CJEU on the EAW and the novelty of the fundamental rights ground explicitly mentioned in the EIO, questions may be raised in the future about this ground, available https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties/EN/2126 (last accessed July 2019).
97. See for example the ongoing negotiations concerning the proposal for a Regulation on an European production and preservation orders for electronic evidence in criminal matters COM(2018) 225 final, see on this S. Tosza, "The European Commission's Proposal on Cross-Border Access to E-Evidence", *Eucrim*, 2018, Issue 4, p. 212 available at https://eucrim.eu/articles/european-commissions-proposal-cross-border-access-e-evidence/ (last accessed July 2019).
98. See for example the role of the national parliaments in the adoption of the European Public Prosecutor's Office, D. Fromage, "The Second Yellow Card on the EPPO Proposal: An Encouraging Development for Member State Parliaments?" *Yearbook of European Law*, 2015, 35, Issue 1, p. 5.

Several observations can be made. Firstly, it is regrettable that the legislative process in criminal law may deprive the EP from an IA when a proposal for legislation is made by Member States. Even if IAs are not exempt from criticism,[99] further research may show that IAs contribute to a better regulation also in consideration to fundamental rights and national diversity, thereby avoiding infelicities in the drafting of proposals.[100] One may object that the area of criminal law is traditionally closely linked to national sovereignty and, therefore, should be exempt from IAs conducted by the Commission. In this case, one may investigate the extent to which Member States could provide their own IAs in support of proposals in the field of cooperation in criminal matters. Secondly, the diversity existing between criminal justice systems renders the legislative process concerning EU criminal law difficult and long. This often leads to compromises and results in unprecise provisions. If the Member States want to improve their cooperation in criminal matters based on mutual recognition, then they must not only accept to further approximate their criminal procedures but also make sure that well-defined and precise fundamental rights safeguards are adopted in EU legislation. In this respect, not only specific procedural directives are essential, but also adequate safeguards in the EU instruments implementing mutual recognition themselves. Such safeguards are all the more important given the close relationship between fundamental rights and the values upon which the EU is founded, in particular the rule of law, without the respect of which neither mutual trust nor mutual recognition can prosper. In this regard, the greater and crucial role played by the EP in addition to the Council and the CJEU must be welcome and promoted.

99. A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008.
100. A. Alemano, "A Meeting of Minds on Impact Assessment when Ex Ante Evaluation meets Ex Post Judicial Control", *European Public Law*, 2011, 17, Issue 3, p. 485.

Bibliography

ARTICLES

A. Alemano, "A Meeting of Minds on Impact Assessment when Ex Ante Evaluation meets Ex Post Judicial Control", *European Public Law*, 2011, 17, Issue 3.

T. Bunyan, "Trilogues and the democratic deficit Under a new agreement between the Council and the European Parliament the efficiency of decision-making is enhanced at the expense of transparency, openness and accountability" available at https://www.statewatch.org/analyses/no-64-secret-trilogues.pdf.

E. de Capitani, "The Democratic accountability of the EU's Area of Freedom, Security and Justice ten years on" available https://www.academia.edu/15052190/the_area_of_freedom_security_and_justice_ten_years_on

D. Fromage, "The Second Yellow Card on the EPPO Proposal: An Encouraging Development for Member State Parliaments?" *Yearbook of European Law*, 2015, 35, Issue 1.

D. Fromage, "Regional Parliaments and the Early Warning System: An Assessment Six Years after the Entry into Force of the Lisbon Treaty", Luiss School of Government, Working Paper Series, SOG-WP33/2016 available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2771143

D. Jancic, "The Barroso Initiative: Window Dressing or Democracy Boost?", *Utrecht Law Review*, 2012, 8, Issue 1.

K. Lenearts, "The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice", The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture, All Souls College, University of Oxford, 30 January 2015 available https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/the_principle_of_mutual_recognition_in_the_area_of_freedom_judge_lenaerts.pdf

K. Lenaerts, "La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust", *Common Market Law Review*, 2017, 54, Issue 3.

K. Ligeti and A. Marletta, "EU criminal justice actors, Accountability and Judicial Review vis-à-vis the EU citizen", *New Journal of European Criminal Law*, 2016, 7, Issue 2.

A.P. van der Mei, "The European Arrest Warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, 24, Issue 6.

V. Mitsilegas, "The Constitutional Implications of mutual recognition in criminal matters in the EU", *Common Market Law Review*, 2006, 43, Issue 5.

V. Mitsilegas, "The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual", *Yearbook of European Law*, 2012, 31, Issue 1.

J. P. Olsen, "Democratic Accountability and the Terms of Political Order", *European Political Science Review*, 2017, 9, Issue 4.

M. Plachta and W. van Ballegooij, "The Framework Decision on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures Between Member States of the European Union" in R. Blekxtoon and W. van Ballegooij, *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hagues, TMC Asser, 2005.

S. Prechal, "Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union", *European Papers*, 2017, 2, Issue 1.

H. Satzger, "Mutual Recognition in Times of Crisis – Mutual Recognition in Crisis? Ana Analysis of the New Jurisprudence on the European Arrest Warrant", *European Constitutional Law Review*, 2018, 8, Issue 3.

A. Weyembergh, "Approximation of criminal laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme", *Common Market Law Review*, 2005, 42, Issue 6.

S. Tosza, "The European Commission's Proposal on Cross-Border Access to E-Evidence", *Eucrim*, 2018, Issue 4, p. 212 available at https://eucrim.eu/articles/european-commissions-proposal-cross-border-access-e-evidence/

BOOKS

T. Marguery (Ed.), *Mutual Trust under Pressure, the Transferring of Sentenced Person in the EU*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2018.

A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008.

V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 1st ed., 2009.

S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2011.

LEGISLATION

Framework Decision 2002/584/JHA on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States, 2002, OJ L190/1.

Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 2012, OJ L 351/1.

Directive 2014/41/EU regarding the European Investigation Order in criminal matters, 2014, OJ L 130/1.

Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, 2007 OJ C 303/17.

Tampere European Council of 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions.

The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens of 2 December 2009 Council doc. N. 17024/09.

CASE LAW

Joined Cases C-187/01 and C-385/01, *Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, ECLI:EU:C:2003:87.

C-396/11 *Radu*, ECLI:EU:C:2013:39.

Case C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

Case C-192/12 PPU *West*, ECLI:EU:C:2012:404.

Court of Justice, Opinion 2/13 of 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru v. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, ECLI:EU:C:2016:198.

Case C-477/16 *Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861.

Cases C-192/18, *Commission v Poland* (pending at the time of writing).

Case C-216/18 PPU, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586.

Case C-327/18 PPU, *R.O.*, ECLI:EU:C:2018:733.

Joined Cases C-508/18 and C-82/19 PPU, *OG and PI*, ECLI:EU:C:2019:337.

C-619/18, *Commission v Poland*, ECLI:EU:C:2019:531.

Opinion of Advocate General Sharpston in Case C-396/11 *Radu*, para. 70, ECLI:EU:C:2012:648.

ECtHR, Case *Stojkovic v. France and Belgium*, 2011, application n. 25303/07.

High Court of Ireland, The Minister for Justice and Equality -v- Celmer, 2018, IEHC 119

High Court of Ireland The Minister for Justice and Equality -v- Celmer, 2018, IEHC 639

Court of Amsterdam, 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3834

OTHER SOURCES

K. Lane Scheppele and L. Pech "Is the Rule of Law Too Vague a Notion?" available at https://verfassungsblog.de/the-eus-responsibility-to-defend-the-rule-of-law-in-10-questions-answers/

M. Luining, "The EU's Anxieties of Guaranteeing the Rule of Law" (Clingendael Spectator, 11 June 2018)

https://spectator.clingendael.org/nl/publicatie/eus-anxieties-guaranteeing-rule-law

S. Peers, "The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty", available at http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf and http://www.statewatch.org/analyses/no-112-eu-eio-update.pdf

M.L. Wade, *Developing a Criminal Justice Area in the European Union*, Brussels, European Parliament Study, DG Internal Policies, 2014 available http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493043/IPOL-LIBE_ET(2014)493043_EN.pdf

Criminal Procedural Laws across the Union available at https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/70e80c5d-b64e-11e8-99ee-01aa75ed71a1

https://verfassungsblog.de/the-strange-german-case-of-mr-puigdemonts-european-arrest-warrant/

COSAC 8th bi-annual report.

Proposal for a Council Framework Decision on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures Between the Member States, COM (2001) 522 final, 2001, OJ C 332/E.

European Parliament, Report of 14 November 2001 doc. number A5-0397/200.

European Parliament, Report of 9 January 2002, see doc. number A5-0003/2002.

European Parliament, Resolution of 27 February 2014 with recommendations to the Commission on the review of the European Arrest Warrant (2013/2109(INL).

European Parliament draft report of 23 January 2011, 2010/0817(COD) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-478.493%2B02%2BDOC%2BPDF%2BV0 %2F%2FEN

European Parliament, 8 May 2012, orientation vote result, 2010/0817(COD) http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201205/20120523ATT45657/20120523ATT45657EN.pdf

Council 9 December 2011 Council doc 18225/1/11 http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2018225%202011%20REV%201

Council Orientation debate on 17 June 2011 Council doc 11569/11 http://www.statewatch.org/news/2011/sep/eu-council-eio-11569-11.pdf

Council doc. 8754/13 of 24th April 2013.

European Commission, Reasoned Proposal In Accordance With Article 7(1) Of The Treaty On European Union Regarding The Rule Of Law In Poland, Com(2017) 835 final.

Report from the Commission on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States COM(2011) 175 final.

Report from Eurojust, http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/newsletter/Eurojust%20News%20Issue%2012 %20(September%202014)%20on%20the%20European%20Arrest%20Warrant/EurojustNews_Issue12_2014-09-EN.pdf

Eurojust meeting on the European investigation order on 19-20 September 2018 available https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties/EN/2126

Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility COM(2009) 624 final.

FRA report issued https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1490-FRA-Opinion-EIO-Directive-15022011.pdf

Opinion of the European Data Protection Supervisor OJ C 355, 29.12.2010.

Proposal of Presidency on 29 April 2011 Council doc 9500/11 http://www.statewatch.org/news/2011/may/eu-council-eio-9500-11.pdf

Proposal for a Regulation on an European production and preservation orders for electronic evidence in criminal matters COM(2018) 225 final.

Opinion No. 904/2017 of the Venice Commission.

Sixteenth report 26 February 2002 the House of Lords.

Statements of the Austrian Bundesrat and Nationalrat available at http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/dossier.do?code=COD&year=2010&number=0817&appLng=EN

Parliaments as Architects of EU Economic Governance: Signs of an emerging shared democracy?

Ton van den Brink[1]

1. Introduction 398
2. A Challenge of a special kind? 399
3. The legislative Six-pack and Two-pack 403
4. The Five Presidents' Report 407
5. Integrating the European Stability Mechanism (ESM) and the Fiscal Compact into EU law 412
6. Conclusion 417

1. Ton van den Brink is full professor and Jean Monnet Chair of EU Legislative studies at the Utrecht Centre for Shared Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE) at Utrecht University.

1. Introduction

In the past ten years, the European Parliament has struggled to increase its grip on EU economic governance. However, the area is still characterized by 'executive dominance' and it continues to prove difficult to improve democratic accountability and input legitimacy.[2] Addressing executive dominance also questions the role of national parliaments, especially in light of the peculiarities of the area.[3] It is not all gloom however. Indeed, various studies have indicated a substantial rise in parliamentary activities.[4] Most of these studies, however, have zoomed in on the *functioning* of economic governance, rather than on the *design* thereof. The role of parliaments in the European Semester, the role of the European Parliament in the Monetary Dialogue and the effectiveness of interparliamentary cooperation in the field have received quite some academic attention by now. This is, however, different for the design of economic governance. Despite the involvement of the EP president in the adoption of the Five Presidents' Report, the general picture here is equally defined by executive dominance.

This chapter aims to explore the role of the EP and of national parliaments in shaping EU economic governance and in particular in ensuring their respective position therein. It takes a comparative rather than a normative approach, meaning that the analysis is based on the actual positions taken and the comparison thereof: the EP positions compared to national parliaments' positions and the national parliaments' positions among each other. If possible, the effectiveness is assessed as well on the basis of a comparison between parliaments' input and the eventual outcome of the decision-making. Thus, this contribution is not grounded in a normative position on what would be desired in terms of division of responsibility between the European Parliament or national parliaments, but rather accepts their involvement as an empirical reality. However, it does support the more general observation that the democratic credentials of EU economic governance are fragile and assesses the positions of parliaments in light of how these may be fortifying the former.

After a general overview of the state of play with regard to parliamentary involvement in EU economic governance (section 2), three parts

2. B. Crum and D. Curtin, "The challenge of making European Union executive power accountable" in *The European Union: democratic principles and institutional architectures in times of crisis,* Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 83.
3. T. Van Den Brink, "National parliaments and EU economic performance policies. Impact defines involvement?", *Journal of European Integration*, April 2018, p. 313.
4. For example, the contributions to the special issue of the Journal of European Integration on parliaments and EU economic governance, April 2018.

of EU economic governance are analysed. The first part (section 3) regards the combination of the legislative six-pack (2011) and two-pack (2013). The Five Presidents' Report (2015) is assessed as the second major policy act, followed by an analysis of two ongoing legislative initiatives, the proposal for the incorporation of the European Stability Mechanism into EU law and the proposal for the integration of the content of the Fiscal Compact (formally the Treaty on Stability, Coordination and Growth – TSCG).

The chapter seeks to contribute to existing research on the role of parliaments in EU economic governance by contrasting the positions of the EP and national parliaments; by focussing on the design of economic governance and the role of parliaments therein rather than on the implementation of institutional mechanisms of economic governance; by including recent legislative initiatives that have hitherto received little or no scholarly attention and comparing the role of parliaments regarding three defining steps in the architecture of EU economic governance.

This study is based for the larger part on parliamentary documents, such as reports from the European Parliament (accessed via the EP website) and letters (e.g. in the framework of the Early Warning Mechanism), reports etc. from national parliaments, largely accessed through the digital platform for EU Interparliamentary exchange (IPEX). In addition, and in particular in section 2, the analysis is based on existing academic works.

2. A Challenge of a special kind?

Concerns about the democratic credentials of the EU and the explorations of ways to address these have been a constant theme in European Union studies and politics since decades. The democratic quality of EU decision-making has undeniably improved over the years. The Treaty of Lisbon is of crucial importance in this regard. It has codified and improved existing democratic mechanisms and introduced new elements. Its principal significance, however, lies in the establishment of an explicit democratic model for the EU. The representative democracy forms the core of this model, but this is supplemented with elements from other democratic traditions, such as the citizens' initiative and the participatory democracy. The representative democracy is embodied by the European Parliament's and the Council's co-legislative roles, on the basis of what is now aptly qualified as the ordinary legislative procedure. National parliaments have been awarded a supplementary role, e.g. in scrutinizing EU legislative proposals on subsidiarity compliance conform the Subsidiarity and Proportionality Protocol.

This democratic model may be imperfect and it may not necessarily work optimally, but its foundations are solid and it matches the European Union's complex constitutional foundation of a community of states and people. Aligning EU economic governance with the democratic mechanisms and instruments that have become, at least to a certain extent, tried and trusted would thus be an obvious choice. Quite some issues stand in the way, however.

First, EU economic governance is faced with diversity, both external and internal. External diversity indicates that the nature of economic governance differs fundamentally from other areas of EU law and policy. Whereas the 'default' in the EU has been that substantive policies are implemented through legislation, EU economic governance (monetary policy excluded) is largely shaped through an intricate hybrid system of 'rules-based and coordination-based governance techniques (that) form 'hybrid' normative grids and accountability frameworks'.[5] Relying on mechanisms of parliamentary involvement that have been sophisticated with regard to legislative procedures is therefore unhelpful and may even create a false sense of adequacy of the democratic controls in place.[6] Another distinguishing feature of EU economic governance is its rules-based design and implementation. Monetary policy and fiscal policies are built on constitutionalized or otherwise deeply entrenched substantive norms (e.g. the Stability and Growth Pact - SGP). Also the Commission's perspective[7] on economic governance is based thereon and this has indeed permeated all aspects of its approach.[8] Although other areas of EU law and policy are definitely not immune to technocratic and rules-based approaches either, the way these norms have been entrenched (and are thus only limitedly open for political debate), sets EU economic governance definitely apart.

EU economic governance is in itself however not a homogenous area either. Monetary decision-making differs fundamentally from economic decision-making (in terms of the main actors involved, but also in terms of the substantive norms that apply and are developed). A further division can be made between economic performance policies and fiscal policies (aimed at stimulating sound public finances). The latter are more focused

5. K. A. Armstrong, "The New Governance of EU Fiscal Discipline", *European law review,* 2013, p. 603.
6. T. Van Den Brink and D. Fromage, "Democratic Legitimation of EU Economic governance. Challenges and Opportunities for European Legislatures", *Journal of European integration*, April 2018, p. 241.
7. E.g. EUROPEAN COMMISSION, *Making the best use of the flexibility within the existing rules of the stability and growth pact*, COM(2015) 12, of 13 January 2015.
8. V. Schmidt, "The Eurozone's Crisis of Democratic Legitimacy. Can the EU Rebuild Public Trust and Support for European Economic Integration?" *European Economy Discussion Papers* 2015: 15.

on enforcement as the substantive norms have been highly constitutionalized.[9] By contrast, economic performance policies have a more open character. Extra-EU parts of economic governance (such as the ESM Treaty) create their own decision-making structures and peculiarities. Thus, economic governance in the EU must be qualified in terms of internal diversity as well.

Another factor regards the specific EU/Member States relations. The above-mentioned 'hybrid decision-making grid' involves Member States institutions as well. Indeed, they adopt National Reform Plans (NRPs) and National Stability Plans (NSPs), which have a marked impact on economic policy making. This is enhanced further by the policy dialogue the Commission (together with the Council) maintains with individual Member States (rather than with the Member States as a collective). This is manifested most in the instrument of the Country-specific Recommendations (CSRs). The resulting interplay between national and European Union institutions creates an unclear 'chain of responsibility': who decides what at which moment.[10] By consequence, it becomes particularly challenging for parliaments to hold the executive institutions to account and impact the decision-making. For the European Parliament, an additional problem is the asymmetric application of economic policies on and in the Member States.[11] This has been the reason for the entry of a separate eurozone parliament into the debate on the future of economic governance in Europe.[12]

By contrast, for national parliaments a main consideration has been that economic policy making constitutes one of the major ways to shape society. Indeed, economic policy making has been the domain where parliaments have challenged their executives for power and succeeded in doing so. Especially parliamentary budget rights have already been constitutionally acknowledged in many EU Member States in the 19th century. Thus, any transfer of power to the EU in this domain not only affects the power balance between the EU and the Member States (the sovereignty issue) but equally affects the powers of national parliaments directly.

Obviously, national parliaments have sought ways to respond to the challenges of the emerging EU system of economic governance. Progress has indeed been made, but the results are to date still disappointing in

9. This is particularly so with regard to the budget deficit ceiling (3 % of the BBP) and the public debt ceiling (60 % of the BBP). Admittedly, the increased relevance of the Medium Term Objective (MTO) allows for a more flexible approach.
10. C. Fasone, "European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?", *European Law Journal*, March 2014, p. 185.
11. Mainly eurozone v non-eurozone countries; reference to literature which addresses this particular issue.
12. See e.g. T. Piketty, *Treaty on the Democratisation of the Eurozone*, 2017.

light of the ambitions pursued.[13] It has been demonstrated that with regard to formal powers national parliaments are mostly involved in the lower ranges of accountability (information, consultation and debate) and when it comes to substance, they tend to accept their limited position in the overall system om EU economic governance.[14] Interparliamentary cooperation could address this limited scope of involvement of individual parliaments, but this avenue has equally provided limited success thus far.[15]

This all brings additional urgency to the European Parliament's mission to get a better grip on EU economic governance. Thus, I adopt Crum's approach here to view the democratic deficit in the area of EU economic governance as the shortfall of the EP to compensate for reduced powers of national parliaments.[16] Indeed, this approach flows logically from the Treaty of Lisbon's double representative model and allows to view the overlapping, supplementary and also missing elements in parliamentary involvement.

This 'composite' approach is particularly suited to study the role of parliaments in the design of EU economic governance. The rationale thereof is threefold. First, given the composite nature of EU economic decision-making as explained by *inter alia* Fasone and Armstrong, it makes much sense to equally view national parliaments and the European Parliament as a composite system of democratic control and impact on decision-making. Second, a composite perspective uncovers the substantive input and impact of national parliaments and the EP on the decision-making on the architecture of economic governance. In this regard, the assessment departs from a similar starting point as earlier studies into the role of parliaments in the day to day practice of economic governance, such as the European Semester.[17] These studies have sought to identify the formal powers of parliaments and how these are employed to impact economic

13. Among the most outspoken in this regard: D. Jančić. "National parliaments and EU fiscal Integration", *European Law Journal*, 2016, 22(2), 225–249.
14. B. Crum, "Parliamentary accountability in multilevel governance: what role for parliaments in post-crisis EU economic governance?", *Journal of European Public Policy*, 2017, 25 (2), p. 8.
15. D. Fromage, "The European Parliament in the post-crisis era: an institution empowered on paper only?", *Journal of European Integration* (2018), p. 281.; C. Fasone, "European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?", *op. cit.*, p. 178. Fasone states that disagreement on how to design their relationship may negatively impact their potential to enhance their position in EU decision making.
16. B. Crum, "Parliamentary accountability in multilevel governance: what role for parliaments in post-crisis EU economic governance?", *op. cit.*, p. 272.
17. T. Van Den Brink, "National parliaments and EU economic performance policies. Impact defines involvement?", *op. cit.*, p. 311.

decision-making. The ambition of this chapter pursues the same ambition, but now on the architecture of economic governance. This brings along a third rationale for a composite approach. Addressing the architecture of economic governance allows to assess how the position of parliaments therein has been secured and the ways and extent to which national parliaments and European Parliament have sought to ensure their respective roles therein. On this point in particular, divergent approaches may be expected. Indeed, as was demonstrated above, the interests of and ways in which parliaments in the EU are embedded within their respective systems do not necessarily align. Especially the starting position of the EP, on a mission to gain power over economic governance, contrasts sharply with that of national parliaments that witness how their traditionally strong powers over economic policy making have lost much of their potency in the emerging system of economic governance.

3. The legislative Six-pack and Two-pack

Short overview of the two packages

One of the first major responses to the economic crisis that emerged in 2008, was the adoption of a set of 5 regulations and 1 directive which fortified the Stability and Growth Pact (SGP) and introduced the macroeconomic imbalance procedure (MEIP).[18] This set of legislative acts embedded and expanded the European Semester which had just been introduced before (in 2010) and which establishes an integrated structure for European and national decision-making on public finances, economic and social policies.[19] The system of economic governance based on this legislative framework was further expanded and elaborated in 2013 with another set of two regulations.[20] This so-called legislative "two-pack" added provisions on a common budgetary timeline, on common budgetary rules and it has introduced a system of enhanced surveillance for Member States experiencing economic difficulties.

Given that the adopted measures are legislative in nature, parliamentary involvement is a likely characteristic of the decision-making (in contrast to the adoption of policy documents such as the Five Presidents' Report as will be discussed below). In fact, the formal position of the European Parliament in the adoption of the legislative measures at hand

18. Regulation 1175/2011 amending Regulation 1466/97; Regulation 1177/2011 amending Regulation 1467/97; Regulation 1173/2011; Directive 2011/85/EU; Regulation 1176/2011; Regulation 1174/2011.
19. See more elaborately on the origins of the European Semester: K. A. Armstrong, "The New Governance of EU Fiscal Discipline", *op. cit.*
20. Regulation 473/2013 and Regulation 472/2013.

benefited much from the Treaty of Lisbon reforms to economic and fiscal legal bases.[21] Six out of the eight measures have been based on the ordinary legislative procedure, which the articles 121 (6) and 136 TFEU provide for. Moreover, by treating the legislative measures as legislative packages, the EP was able to ensure a *de facto* legislative role with regard to the two remaining legislative measures as well.

The European Parliament

The European Parliament has voiced a clear and explicit view on EU economic governance in a Resolution from July 2011.[22] It called for a stronger role for EU institutions in both the design and the implementation of common policies[23]; for economic governance, with converging policies across the Member States, to be based on the Community method; and for the European Parliament to be designated as a central actor therein as representing '*the main voice of the citizens, especially when it comes to providing a forum for public cross-border debates, taking into account the spill-over effect of national decisions in fields such as economic and social governance*'.[24]

In this light, it is not surprising that the EP acted as an 'active reformist' in the adoption of both sets of legislation. Fasone carried out an extensive analysis which justifies this conclusion.[25] Not only did the Parliament ensure its influence on the legislative acts on which it had no formal co-legislative powers,[26] it also succeeded in changing the initial proposals from the Commission substantially by having new elements included that significantly changed the design of EU economic governance.

Four elements in particular should be noted here. First, the application of Reverse qualified majority voting (RQMV) in the Council for different steps in the decision-making has contributed to the efficacy of economic decision-making and changed the interinstitutional relations between the Council and the Commission. Second, the European Parliament has impacted the *substance* of economic governance. It has had a

21. C. Fasone, "European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?", *op. cit*., p. 171.
22. EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 6 July 2011 on the Financial, Economic and Social Crisis: Recommendations concerning the measures and initiatives to be taken (2010/2242(INI)).
23. European Parliament, Resolution (2010/2242(INI)), *op. cit*., point 91.
24. European Parliament, Resolution (2010/2242(INI)), *op. cit*., point 93.
25. C. Fasone, "European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?", *op. cit.*
26. Although she nuanced this observation for one of the directives for which the role of the European Parliament has been marginal: C. Fasone, "European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?", *op. cit*., p. 171.

big influence on defining the scoreboard and in improving it more generally.[27] The indicators which are now part of the scoreboard to a great extent reflect EP preferences and thereby define the focus of economic policies.

This impact on the substance of economic policies continued with the two-pack. The two-pack was debated in June 2012.[28] The dominating view in the debate seemed that the two-pack was a necessary step forward for correcting different elements that seemed problematic with the Six-Pack. A major element adopted upon the initiative of the EP concerned a stronger inclusion of social aspects (e.g. in macroeconomic adjustment programs).

The fourth element included in economic governance upon the EP's initiative is the so-called economic dialogue. This allows the European Parliament to invite the president of the Council, the Commission, the president of the European Council and the president of the Eurogroup to discuss several aspects of economic policies.[29] The Economic dialogue establishes the EP's position as a part of the EU's system of economic policy coordination. As such, the inclusion of the EP is to be appreciated as a matter of principle. In practice, however, the net result for the EP remains limited.[30] Indeed, the EP lacks real decision-making powers within the economic dialogue and its rights are limited to being informed and 'dialoguing'. Despite such nuancing observations, the role of the EP in the adoption of the legislative packages may still be legitimately qualified as that of an active reformist.

After the adoption of the six-pack and two-pack, the EP maintained a high level of involvement. Especially the lack of democratic accountability

27. : C. Fasone, "European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?", *op. cit*., p. 171.

28. EP, Debates – Economic and budgetary surveillance of MS with serious difficulties with respect to their financial stability in the euro area – monitoring and assessing draft budgetary plans and ensuring the correction of excessive deficit of the MS in the euro area (12 June 2012 – Strasbourg), available at http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20120612+ITEM-005+DOC+XML+V0//EN&language=EN. (last accessed 8 April 2019).

29. Art. 2-ab of Regulation 1466/97/EU, inserted by article 1(4) of Regulation 1175/2011/EU.

30. See D. Fromage, "The European Parliament in the post-crisis era: an institution empowered on paper only?", Journal of European Integration, April 2018, p. 286; C. FASONE, "European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?" *op. cit*., p. 170.

and transfer of sovereignty remained high on the EP's agenda.[31] Strikingly, the European Parliament stresses the need for a proper role for national parliaments as well, 'especially whenever any transfer of sovereignty is envisaged'.[32] It also identifies concrete and practical steps that would improve and strengthen the European Semester, such as the need for sufficient time and resources to be allocated to the design and follow-up of the recommendations, therefore making the recommendations as relevant as possible and the necessity for the EP to be involved at an early stage in the process.[33]

National parliaments

This all contrasts sharply with the role of national parliaments. According to the information submitted to the IPEX-information platform, parliaments have only limitedly scrutinized the six-pack proposals. Only a limited number of parliaments have completed scrutiny of all of the proposals. Others selected only one or more of the proposals, did not complete scrutiny or did not even select the proposals for scrutiny.[34] Interestingly, non-eurozone member states' parliaments are equally represented. Of the parliaments that completed scrutiny, none of these scrutiny processes resulted in reasoned opinions under the Early Warning Mechanism. A number of parliaments have been engaged in a Political Dialogue with the Commission however. Generally, national parliaments have been quite positive on the proposals. The Italian Chamber of Deputies was perhaps most critical. It suggested alternatives to instruments of budgetary discipline, and more generally considered budgetary discipline should be balanced better against growth and employment objectives. Others have pointed at practical difficulties, e.g. in applying the same scoreboards to very different economies (the Czech and UK parliaments). In the same vein, the Italian Senate called for flexibility to be included in the system. The Luxemburg parliament on the other end of the spectrum called for more automaticity in applying sanctions. It also stood out form other parliaments in raising the pivotal role of national parliaments in economic governance more generally.

31. EUROPEAN PARLIAMENT, Evaluating EU Economic Governance – Elements for the debate on the Six Pack and Two Pack (January 2015), available at http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/536374/EPRS_BRI(2015)536374_REV1_EN.pdf (last accessed 8 April 2019).
32. EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 23 May 2013 on future legislative proposals on EMU: response to the Commission communications (2013/2609(RSP)), available at http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0222+0+DOC+XML+V0//EN (last accessed 8 April 2019).
33. *Supra* n 1, EP evaluating EU economic governance.
34. The Netherlands is of the Member States in the latter group.

The legislative two-pack has equally received limited attention from national parliaments. The exceptions here are the Belgian, French and Swedish parliaments. The Belgian parliament sent a Reasoned opinion arguing that the first proposal restrained the role of national parliaments in the budgetary process and therefore interfered with democratic legitimacy demands.[35] Regarding the second proposal it mentioned that a few members considered that budgetary commitments should also be 'social' and 'environmental'. The Swedish parliament and the French Senate equally sent Reasoned opinions but limited themselves to the proposal on the monitoring and assessing of draft budgetary plans. Whereas the French complaints related to the broad definition of key concepts, the Swedish parliament contended that the draft regulation did not offer sufficient guarantees to safeguard national competence on fiscal policies.[36]

4. The Five Presidents' Report

Short substance of the Report

The Five Presidents' Report is not a formal document subject to a particular decision-making procedure.[37] Its relevance for the design of economic governance is, however, beyond doubt and the extensive scholarly attention the report has attracted is evidence thereof. Institutionally, the document is a product of the five main institutions and actors; substantively the authors suggested directions for reform of the then-existing system of economic governance and included concrete plans in that regard. By suggesting a three-stage roadmap, the report offered structure to the process of reform. With regard to Economic and Financial Union, the Report contained a number of concrete plans, with regard to Fiscal and Political Union less so (in the latter case despite the EP's involvement). Economic convergence and concrete proposals to serve that objective were a key element of the Report. Controversial elements have been the plan to create a Fiscal stabilisation function, a full-time president of the Eurogroup and an euro area treasury. Given the status of the document as an agenda-setting instrument, many of the proposals were to be fleshed out in further detail, including by an expert group to be set up.

35. S. Piedrafita, "National Parliaments' Say on the New EU Budgetary Constraints: The Case of Spain and Ireland" in M. Adams, F. Fabbrini and P. Lauroche, *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Bloomsbury Publishing Plc, 2016, p. 339.
36. S. Piedrafita, "National Parliaments' Say on the New EU Budgetary Constraints: The Case of Spain and Ireland", *op. cit.*, p. 339.
37. J.J. Juncker, D. Tusk, J. Dijsselbloem, M. Draghi and M. Schulz, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, 2015, http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_en.pdf. (last accessed 8 April 2019).

The EP and the Five Presidents' Report

The first aspect of the European Parliament's role obviously relates to its 'co-authorship' of the Report. By contrast to the earlier Four Presidents' Report, the president of the European Parliament this time managed to secure a seat at the table. This is a noteworthy aspect, in particular in the context of this contribution, as it ensured the position of the EP as one of the 'architects' of EU economic governance. This is thus not a symbolic change, but one that impacts the future.

It is difficult to assess what substantive impact the involvement of the EP president has had on the content of the Report. Indeed, the adoption of the Report has not been subject to the legislative procedure, which would have made the EP's position and impact public. It would, however, be safe to assume that the part on the Political Union would have received the most attention from the Parliament. The Presidents essentially put forward 5 proposals under this heading. First, they propose to strengthen the role of parliaments, for example by enhancing forms of interparliamentary cooperation (such as elaborating the European Parliamentary Week) and suggest practical changes to the existing framework. By contrast, the proposal to consolidate the external representation of the euro had a less direct impact on parliamentary positions and powers. This is also true, albeit to a lesser extent, for the proposal for 'a central steer' by the Eurogroup. More directly related to the position of the European Parliament at least, is the proposed euro area treasury. As the suggested place for collective decision-making on eurozone matters, the Report puts forward that democratic accountability and legitimacy could (and should) be ensured in such a context. The proposal to integrate the intergovernmental agreements into EU law would arguably impact the European Parliament's position even more, as such integration would bring the European Parliament in the decision-making, a status it does not (or only very limitedly) enjoy under the intergovernmental agreements. Arguably, this last proposal is thereby the most fundamental one in terms of strengthening parliamentary control over economic decision-making. For the rest, the proposals are indeed rather modest and largely not worked out with a sufficient level of specificity.

Nevertheless, the European Parliament has assessed the Five Presidents' Report largely in positive terms. Two days after the Report came out, the EP adopted a resolution: 'Review of the Economic Governance Framework: Stocktaking and Challenges'.[38] It endorsed the proposals to

38. EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 24 June 2015 on the review of the economic governance framework: stocktaking and challenges, (2014/2145(INI)), available at http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0238_EN.html?redirect (last accessed 8 April 2019).

create a fiscal capacity for the euro area and to integrate the ESM and the Fiscal Compact, also to make these frameworks formally accountable to Parliament. In subsequent years, the EP continued its strong support for the Five Presidents' Report. By way of a Resolution from July 2016, the EP called upon the Commission to put forth proposals that 'are consistent with the purpose of completing the EMU, in line with the goals laid down in the Five Presidents Report'.[39] Another year later, the EP called for closer economic policy coordination and for strengthening of reform efforts; for completion of the banking union and for considering developing a fiscal capacity.[40] More recently, in a study commissioned by the ECON committee, the slow progress in the implementation of the Five Presidents blueprint was noted.[41] The 'intellectual and political disagreement' on the direction in which the EMU reform should go and the resulting lack of consensus with respect to several proposals were, according to this Report, responsible for this. While this demonstrated that the EP depends on other actors to create the reforms it deems necessary, at the same time it does show the EP's persistent involvement in the architecture of economic governance based on the format offered by the Five Presidents' Report. Substantively, it focused on strengthening its own position, but equally on strengthening national parliaments roles, bearing in mind that crucial aspects of economic decision-making would remain national. Also, it actively promoted proposals to improve economic governance beyond those aspects to seek to fortify democratic accountability.

National parliaments and the Five Presidents' Report

As the Five Presidents' Report has not been subject to the formal scrutiny mechanisms, it is more difficult to unearth national parliaments' positions. In addition, the Report is to a large extent a roadmap that needs to be further fleshed out by concrete proposals. National parliaments may have made the choice, in light of the level of generality, not to scrutinize the Report but rather await the concrete proposals. Despite these qualifications, there are still a number of relevant observations to be made. First, we witness significant differences between national parliaments involvement with the Report. The UK House of Lords is an example of a national parliament that has been very active. In May 2016, its

39. EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 6 July 2016 on the strategic priorities for the Commission Work Programme 2017, (2016/2773(RSP)), available at http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0312_EN.html?redirect.

40. European Parliament, Briefing – Deepening EMU and fiscal union, Risk sharing vs risk reduction (July 2017), available at http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/608646/EPRS_BRI(2017)608646_EN.pdf (last accessed 8 April 2019).

41. European Parliament, The EMU: Past, Present, and Future (Monetary Dialogue January 2019) available at http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/631040/IPOL_STU(2019)631040_EN.pdf (last accessed 8 April 2019).

EU Select Committee published a report which was based on a rich variety of sources, including evidence put forward by UK and EU witnesses, and Commission Vice-president Dombrovskis.[42] Thus, the House of Lords was able to take a position with a high degree of independence from the UK government.[43] Substantively, the Lords in particular called for national parliaments to have a 'clear mandate' in EU economic governance and to more systematically make use of the dialogue between the Commission and national parliaments. On many of the proposals and proposed directions of the Five Presidents' Report, the Lords adopted positions, such as on the effectiveness of the proposed National Competiveness Boards and the strengthening of the Macroeconomic Imbalances Procedure. Interestingly, the Lords equally reviewed the proposals which would only apply to the eurozone on their full merits.

The German Bundestag has adopted a similar active approach to scrutinizing the Report. Its EU committee also held a public hearing with external witnesses to allow for independent position-taking.[44] In other national parliaments, the Five Presidents' Report has attracted much less attention. A good example of that group is the Dutch *Tweede Kamer*. In contrast to the independent positioning of the House of Lords, the position of the Tweede Kamer has been government-oriented. This position was demonstrated by the motion tabled at a plenary session held[45] which called upon the government to consider the Report, especially in light of how the proposal would impact 'national policy discretion and sovereignty'.[46] However, the motion lacked support and was thereby rejected. The Government had, however, sent its appreciation of the report in the meantime, although the focus thereof was not so much on the implications of the proposals in terms of national policy discretion and sovereignty.[47] It displayed a rather cautious approach, underlining the potential of existing structures and mechanisms. Thus, it supported many of the proposals for the short term, aimed at structural reforms to modernize eurozone econ-

42. HOUSE OF LORDS, *'Whatever it takes': the Five Presidents' Report on completing Economic and Monetary Union*, 13th Report of Session 2015-16, 12 May 2016 – HL Paper 143, available from: https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldeucom/143/14302.htm (last accessed 8 April 2019).
43. As such, this positioning on the Five Presidents' Report was in line with a strong tradition of the House of Lords in this regard. See for instance also an earlier report from 2011, Report on *The future of economic governance in the EU: European Union Committee, The future of economic governance in the EU*, 12th Report, Session 2010–12, HL Paper 124.
44. https://www.bundestag.de/resource/blob/392044/0f508718c3f26e-077b5074f555094b11/Tabesordnung-46_sitzung-data.pdf (last accessed 8 April 2019).
45. TWEEDE KAMER, *Handelingen 2014-2015,* 23 June 2015, 99 item 1.
46. TWEEDE KAMER, Motion of 23 June 2015 (Omtzigt), 2014–2015, 21 501-20, nr. 994.
47. Letter from the Minister of Foreign Affairs of 23 June 2015, 2014-2015, 21 501-20, nr. 996.

omies, good governance and deepening of the internal market, but took a more reserved stance towards the longer term solutions proposed. A couple of other motions tabled equally displayed a desire to hit the brakes rather than to speed up the reform of EU economic governance, such as on the need for Member States' discretion in implementing SGP obligations[48] and on avoiding further transfers of power to the EU.[49] Another request by Member Omtzigt to call upon the government not to take any position on the proposal before consultation of the *Tweede Kamer* did not get approved either.[50]

After a request from the EU committee to consider the 'political-institutional effects' of the report, the government issued another letter in August 2015.[51] In this letter, the government underlined the need to strengthen democratic legitimacy and the role of national parliaments, but also stated that the exact ways to achieve this would depend on the direction in which EU economic governance would develop. Apart from the suggestion to make more of the Parliamentary week, the letter contained no further proposals in this regard. The letter was discussed in a so-called 'technical briefing' in November 2015 (to which only four Members of parliament participated). This marked the formal closure of the discussion. All in all, the approach of the Dutch parliament must be qualified as government-oriented rather than independent, and marked by limited substantive scrutiny and debate. Especially the fact that a plenary debate took place directly after the Report had been adopted with no substantial debates or position-taking later on, greatly reduced the potential for a more in-depth assessment. Especially in light of the critique on the lack of concrete plans to enhance the democratic quality of EU economic governance and the concerns expressed about the effects on the Dutch constitution, this has been a missed opportunity.

In other parliaments, the experiences have been equally limited. The Romanian parliament generally supported the proposals and directions of the Five Presidents' Report, but qualified this support by calling for a level of freedom and sovereignty to design and implement the structural reforms proposed.[52] Additionally, it urged the institutions to consider that 'the discussions that take place within the European Semester should not look at the eurozone Member States only, but also at the challenges that

48. TWEEDE KAMER, Motion of 23 June 2015 (Segers), 2014-2015, 21 501-20, nr. 988.
49. TWEEDE KAMER, Motion of 23 June 2015 (Bontes), 2014-2015, 21 501-20, nr. 991.
50. TWEEDE KAMER, Motion of 30 June 2015 (Omtzigt), 2014-2015, 21 501-20, nr. 1002.
51. Letter from the Minister of Foreign Affairs of 28 August 2015, 2014-2015, 21 501-20, nr. 1003.
52. Opinion of Chamber of Deputies http://www.cdep.ro/eu/docs/F1910838123/PO%20600%20pol%20ec.PDF. (last accessed 8 April 2019).

non-eurozone MS are facing when it comes to reducing the economic and social inequalities'.[53]

5. Integrating the European Stability Mechanism (ESM) and the Fiscal Compact into EU law

Content of the proposals

The two more recent proposals to integrate the ESM and the Fiscal Compact are first and foremost important as they incorporate the two treaties into EU law. As we have seen above, in particular the European Parliament has been a strong proponent thereof.[54] The proposal for the integration of the ESM[55] (or rather: its transformation into a European Monetary Fund) involves not only an incorporation into EU law, however, but also brings along substantive changes to the design and functioning of the stability mechanism.[56] Most importantly, the Commission's proposal contains mechanisms and instruments to allow for more preventive action. Another key element of the proposal regards democratic control. The Commission considers that it is founded on a 'robust accountability framework' composed of two parts: a continuation and enhancement of the existing prerogatives of national parliaments (in view of the large contributions of the Member States)[57] and involvement of the European Parliament. The EMF should be required to submit an annual report to the European Parliament including annual accounts and financial statements. The Managing Director can be invited by the Parliament or request to be invited. The EMF should also respond to oral and written questions from the Parliament. Moreover, the Regulation also provides for a more explicit scrutiny right of national Parliaments in comparison to the current state of play under the ESM Treaty. National parliaments will also receive the annual reports, will be able to ask questions and may invite the Manag-

53. Decision of Chamber of Deputies http://www.cdep.ro/eu/docs/F1384947368/HCD%20COM(2015)600.PDF. (last accessed 8 April 2019).
54. E.g. Resolution of 10 June 2013 on strengthening democracy in the future EMU, Resolution (2013/2672(RSP)).
55. Proposal of the European Commission for a Council Regulation on the establishment of the European Monetary Fund, 2017/0333 (APP) http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:050797ec-db5b-11e7-a506-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (last accessed 8 April 2019).
56. For a more elaborate and detailed comparison between the ESM Treaty and the Proposal: European Parliament, *The ESM and the proposed EMF: a tabular comparison,* Study carried out by the D-G for Internal Policies of the Union Economic Governance Support Unit, 2018/614.499, available from: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/614499/IPOL_STU(2018)614499_EN.pdf (last accessed 8 April 2019).
57. Proposal 2017/0333 (APP), *op. cit.*, p. 3.

ing Director.[58] Such a role is warranted in view of the impact of the EMF's decisions on the political constituencies of its Members.[59] The legal basis of the proposal would be article 352 TFEU which involves a consent procedure, meaning that the European Parliament may only accept or reject the Council's position.

The proposal to integrate the Fiscal compact into EU law remains materially closer to the International Agreement. The Commission argued that the substance of the Fiscal Compact is concentrated in the Balanced budget rule and additional rules to ensure sound and sustainable public finances, most notably the obligation to create an 'automatic' correction mechanism'.[60] The Commission argued that the proposal would bring that substance into EU law. However, as amongst others the European Central Bank has argued, there are notable differences between the Fiscal Compact and the Commission's proposal.[61] The ECB was particularly concerned about the weakening of the fiscal rules as the strict rules from the Fiscal Compact (most notably the balanced budget rule and the upper limit for the structural deficit of 0.5 % of GDP) have been replaced by more flexible obligations (to set up a framework of binding and permanent numerical fiscal rules which are specific to the Member State at issue). The automatic correction mechanism mirrors the Fiscal compact, however, and also the involvement of independent fiscal institutions was in itself not a new element of EU economic governance. The legal basis proposed for the regulation is article 126 (14) TFEU which equally involves a special legislative procedure, in this case the consultation procedure.

Although the Commission had already adopted both proposals in 2017, neither of them was adopted by the previous legislature. Especially the prospects for integrating the ESM and transforming it into an EMF look gloomy now. Following interventions from the German and French government, as well as from the Hanseatic league, the Euro Summit of 14 December 2018 concluded that the necessary amendments to the functioning of the ESM (in particular the common backstop to the SRF) should be achieved through an amendment of the ESM treaty. The prospects for the adoption of the proposal to integrate the Fiscal Compact into EU law are different. The Council concluded on 23 January 2018 that it was 'not yet at a stage where it can be taken up in Council'.[62]

58. Proposal 2017/0333 (APP), *op. cit.*, Article 6.
59. Proposal 2017/0333 (APP), *op. cit.*, p. 14.
60. Fiscal compact, Art. 3.
61. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Opinion of 11 May 2018 on a proposal for a Council Directive laying down provisions for strengthening fiscal responsibility and the medium-term budgetary orientation in the Member States*, CON/2018/25.
62. Council of the European Union on Economic and Financial Affairs, 23 January 2018, 5475/18.

The EP and the proposal to establish an EMF

Although the legal basis for the EMF proposal only allows the European Parliament to accept or reject the Council's position, it still reviewed the proposal integrally. An interim report was adopted by its Economic and Monetary Affairs Committee (ECON) and the Committee on Budgets (BUDG).[63] The plenary adopted the report soon after and in the resulting Resolution the EP expressed the following substantive points:[64]

- The EP expressed its general positive assessment of the substantive reforms of the ESM into EMF (especially the elements to allow for more preventive action and the link to the SRF) and in particular supported the possibilities these would offer to act more pro-actively.
- It called for the protection of the EU law framework (e.g. in the management of financial assistance programs).
- Elaborate attention was given to the roles of national parliaments and the EP to ensure democratic oversight and the EP called for "scrutiny over the reformed ESM by national parliaments and by the European Parliament to be further improved". National parliaments should have the right to obtain information about the activities of the reformed ESM as well as the right to engage in a dialogue with the reformed ESM's Managing Director. On its own powers, the EP added that if in the future EU budget resources would be involved in the operation of the ESM, the EP would need to be able to exercise full budgetary control rights.
- The EP argued that future adjustment programs should take the social impact of the proposed measure into account.

The EP and the Proposal to integrate the Fiscal compact

The European Parliament has not moved far into the process of scrutinizing the proposal to integrate the Fiscal compact into EU law. For one part this may be attributed to the Council's conclusion, adopted early in the process, that the Commission's proposal was not sufficiently matured to be taken further. For another part, this limited progress had to do with internal disagreement on the content of the proposal. Interestingly, the lack of formal legislative powers seem to have had little impact on the

63. EUROPEAN PARLIAMENT, *Interim Report on the proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Monetary Fund* (COM(2017) 0827), 20 February 2019, C8-0000/2018 –2017/0333R(APP).

64. European Parliament, Resolution of 14 March 2019 on the Proposal for a Council Regulation on the Establishment of the European Monetary Fund (Com (2017) 827), 2017/0333R (APP).

course of action. In any case, the decision-making in the European Parliament got stuck in the Economic and Monetary Affairs Committee (ECON). Rapporteur Hübner prepared a draft report on the proposal.[65] She generally supported the proposal (especially its more flexible approach compared to the Fiscal compact) but suggested a number of amendments.[66] First, she proposed an alternative legal basis. The Commission had based its proposal on article 126 (14) second subparagraph TFEU, which requires unanimity in the Council and which is the legal basis that allows for the adoption of provisions to *replace* those of Protocol no 12 on the excessive deficit procedure. The rapporteur argued however that the proposed directive would merely *elaborate* the provisions of the Protocol. Thus, it could be based on article 126 (14) third subparagraph. That would allow the Council to adopt the proposal by Qualified Majority Voting and would thus facilitate its adoption. Other amendments were suggested with a view to clarifying the proposal: a definition of the notion of "significant observed deviation" which triggers the automatic correction mechanism and the relation of the proposed independent bodies to already existing bodies of that kind. The report was, however, not adopted in ECON. A number of very divergent amendments to the Commission proposal were tabled in committee, and no majority could be found at the committee vote on 27 November 2018.[67]

National Parliaments and the two proposals

Seven chambers have submitted in total 15 opinions[68] on the package of which the two proposals formed part.[69] Most national Parliaments agreed in broad terms on the directions proposed. Perhaps most positive was the Spanish parliament which concluded that the proposals complied with the principle of subsidiarity. Others came to a more qualified conclusion. The Czech Chamber of Deputies stated for instance that: "Stability of the EMU is of strategic interest to the Czech Republic, but it is not in

65. EUROPEAN PARLIAMENT Committee on Economic and Monetary Affairs, *Draft Report on the proposal for a Council directive laying down provisions for strengthening fiscal responsibility and the medium-term budgetary orientation in the Member States*, 19 September 2018, 2017/0335 (CNS).

66. Given the lack of formal legislative powers, the European Parliament formally called upon the Commission to alter its proposal according to the amendments suggested.

67. http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/file-integration-of-the-fiscal-compact-into-secondary-eu-law.

68. EUROPEAN COMMISSION, *Annual Report on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality and on Relations with National Parliaments* (2018), COM (2019) 333 fin., p. 20.

69. The other two initiatives were a) a Communication on new budgetary instruments for a stable euro area within the Union framework; and 4) a Communication spelling out the possible functions of a European Minister of Economy and Finance who could serve as Vice-President of the Commission and chair the Eurogroup, as provided under the current Treaties.

the national interest to deepen EMU by transferring powers from the national level to the EU particularly in the fiscal area and in the supervision over the banking sector". The transfer of powers to the EU, or in other words the sovereignty issue was a point raised by other parliaments as well. Especially the German *Bundesrat* (but also the Czech *Chamber of Deputies*) voiced this point very forcefully in relation to the integration of the Fiscal Compact. It argued that the proposal should be limited to a 1:1 transformation of the Fiscal Compact and that no additional elements should be added in order to avoid a further transfer of competences.[70] The French *Assemblée nationale*, which was generally favourable to the integration of the Fiscal compact into EU law, considered on the other hand that a more fundamental recast of the economic governance framework would be necessary to ensure its coherence, its capacity to create real budgetary responsibility, transparency, a good understanding of the system and ultimately acceptability of the all actors involved.[71] Arguably, this position contrasts with that of the German *Bundesrat* as it is difficult to imagine how such a fundamental recast would not affect the balance of powers between the EU and the Member States. Other more general issues regard the principles underlying EU economic governance. Unsurprisingly, in particular parliaments from the south have raised such points. The Italian parliament and very explicitly also the Romanian Senate challenged the "application of austerity as a solution to the crisis and as an underlying principle of the proposal" (on the integration of the Fiscal compact).[72] This has been indeed a fundamental concern as these parliaments essentially contended that the proposal was based on 'economic assumptions that have proven to be unfounded'.

More specifically on the Proposal to integrate the Fiscal compact, parliaments questioned the choice of the legal basis of the proposal; they contested the need for the establishment of independent fiscal bodies; and they criticized the lack of precision in particular as to the exceptional circumstances that would allow for a deviation from the rules on fiscal responsibility.

With regard to the Proposal to establish a European Monetary Fund, the Italian *Chamber of Deputies* put forward that it should be considered

70. http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/parlements_nationaux/com/2017/0824/DE_BUNDESRAT_CONT1-COM(2017)0824_DE.pdf (last accessed 8 April 2019).
71. http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/parlements_nationaux/com/2017/0824/FR_ASSEMBLY_CONT1-COM(2017)0824_FR.pdf (last accessed 8 April 2019).
72. http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/parlements_nationaux/com/2017/0824/RO_SENATE_CONT1-COM(2017)0824_EN.pdf (last accessed 8 April 2019).

to expand the capital-raising potential of the EMF by allowing it to place government bonds on the primary market. The Czech *Senate* was in particular concerned with the position of future members of the eurozone and considered that these Member States "should not bear the cost of possible losses arising from transactions decided by the European Stability Mechanism or the European Monetary Fund before their entry into the Eurozone". It also disagreed with shifting from unanimity to super Qualified Majority Voting on the provision of stability support in the EMF Board of Governors. It considered that the interests of smaller eurozone Member States would be badly protected under this provision. The French *Assemblée nationale* equally disagreed with the proposed new decision-making provision and argued that it would allow some Member States to 'retain a significant veto power', which would be at odds with the initial objective of the initiative to integrate the mechanism into the European Union's legal framework. It also stated that the position of the Commission in financial assistance programs should be evaluated. In general terms, the *Assemblée nationale* also put forward the need for democratic accountability in the functioning of the EMF. The Czech *Senate* equally put forward this point but did so in a more concrete manner. It stressed the importance of effective control by national parliaments, *whose budgetary power is a fundamental feature of the constitutional systems of EU Member States* (emphasis added). The German *Bundesrat* was on the same wavelength as it argued that the proposal should not affect the prerogatives of national parliaments.

6. Conclusion

It is not difficult to be pessimistic about the role of parliaments in the design of EU economic governance. The reasons for such pessimism indeed seem abundant. Quantitatively, the involvement of national parliaments in the design of EU economic governance is disappointing. Some Member States' parliaments have not even selected the three main policies and proposals discussed in this chapter for scrutiny. Others have done so, but in that group we find quite a number of parliaments that have not completed scrutiny. This leaves only a limited number of parliaments that have provided substantive input in the decision-making. Thus, the conclusion that national parliaments tend to accept their limited role even proofs to be justified for the architecture of EU economic governance. This conclusion becomes even more worrying if we accept Crum's definition that takes the diminished powers of national parliaments as the basis for the democratic deficit in this area. Moreover, their input is, and this constitutes the second reason for being pessimistic, oftentimes divergent (or even opposing), very general and uncoordinated. The choir of

national parliaments sounds, in other words, out of tune. This makes it likely for the input of national parliaments to have only little impact on the eventual outcomes of the decision-making. Especially when it comes to coordination there is still a world to be won, even if we accept that major differences that have manifested themselves between parliaments will continue to exist.

If we zoom in further on the substantive input of parliaments, the limited scope thereof concerns a third reason for pessimism. Confirming the conclusions of earlier research on the role of national parliaments, we witnessed a strong inclination to 'hit the brakes' rather than to contribute to the design of economic governance in constructive ways. This is particularly disappointing as the need to reform economic governance is generally acknowledged, as is the need for this to be effective. Very few concrete (or indeed: general or abstract) ideas have been put forward, however, to balance this against democratic demands and national sovereignty. National parliaments' prerogatives in adopting national budgets have time and again been put forward, but without concrete ideas on how to do justice to those prerogatives in the emerging reality of the European Semester. The Dutch scrutiny of the Five Presidents Report perhaps demonstrates this gap between ambitions and reality best. The relevance of the Report and the resulting need for in-depth scrutiny were widely acknowledged and yet a first plenary debate was not followed up upon. Thus, no formal position was taken by the *Tweede Kamer* and it even remained absent in the decision-making on the proposals to integrate the ESM and the Fiscal compact into EU law. Such gaps between ambitions and reality risks bringing along discontent in the decision-making process on EU economic governance, even though in such instances this may largely be attributed to the parliament itself.

On the other hand, at least two issues that could be expected to form obstacles to parliamentary involvement in the design of EU economic governance seem to matter much less than what may be anticipated. First, is the role (and lack) of formal powers. Especially the European Parliament has been able to secure ways to significantly impact the decision-making even if it possessed no formal co-legislative powers. The same attitude may be witnessed in national parliaments, albeit at a more modest level. The House of Lords' scrutiny of the Five Presidents' Report is the best example from the current analysis. The other factor matters much less than what could have been expected is the eurozone/ non-eurozone divide. This is equally demonstrated by both the EP and national parliaments. In the EP's scrutiny of the proposals this divide has not been a significant factor. Strikingly, parliaments outside of the eurozone such as the House of Lords have comprehensively scrutinized eurozone proposals. The divide

has remained relevant, however, for national parliaments outside of the eurozone to stress the interests specific of these countries.

Still, a shared democracy with regard to the architecture of economic governance may emerge. Especially the EP voicing concerns for the position of national parliaments and sometimes suggesting concrete ways to improve their position may be viewed as a sign thereof. More generally, the EP's active, persistent and committed involvement over the years has resulted in real and concrete effects on the design of economic governance, although this should not be overestimated. And the glimmers of light do not only come from the European Parliament. National parliaments have at least demonstrated a level of commitment that is not limited to clinging on to their traditional powers. Some of them have demonstrated the ability to scrutinize proposals in more profound ways and to voice substantive points beyond democratic and sovereignty inspired concerns. For instance, in seeking to broaden the scope of the European Semester to include social and environmental interests, they have allied with the European Parliament. Although executive actors still determine the architecture of EU economic governance to a great extent – the decision to keep the ESM intergovernmental in nature is a strong sign thereof – the ingredients for a shared democracy to claim to be included in the guild of architects of EU economic governance are thus already visible.

Bibliography

ARTICLES

K. A. Armstrong, "The New Governance of EU Fiscal Discipline", *European law review,* 2013, p. 603.

T. Van Den Brink, "National parliaments and EU economic performance policies. Impact defines involvement?", *Journal of European Integration*, April 2018, p. 313.

European Commission, *Making the best use of the flexibility within the existing rules of the stability and growth pact*, COM (2015) 12.

B. Crum, "Parliamentary accountability in multilevel governance: what role for parliaments in post-crisis EU economic governance?", *Journal of European Public Policy*, 2017, 25 (2), p. 8.

B. Crum and D. Curtin, "The Challenge of making European Union Executive Power accountable" in *The European Union: democratic principles and institutional architectures in times of crisis,* Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 83.

C. Fasone, "European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?", *European Law Journal*, March 2014, p. 185.

D. Fromage, "The European Parliament in the post-crisis era: an institution empowered on paper only?", *Journal of European Integration*, 2018, p. 281.

J.J. Juncker, D. Tusk, J. Dijsselbloem, M. Draghi and M. Schulz, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, 2015, http://ec.europa.eu/priorities/economic-monetary-union/docs/5-presidents-report_en.pdf.

S. Piedrafita, "National Parliaments' Say on the New EU Budgetary Constraints: The Case of Spain and Ireland", in M. Adams, F. Fabbrini and P. Lauroche, *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Bloomsbury Publishing Plc, 2016, p. 339.

T. Piketty, *Treaty on the Democratisation of the Eurozone*, 2017.

V. Schmidt, "The Eurozone's Crisis of Democratic Legitimacy. Can the EU Rebuild Public Trust and Support for European Economic Integration?", *European Economy Discussion Papers* 2015: 15.

POLICY DOCUMENTS

EUROPEAN CENTRAL BANK, *Opinion of 11 May 2018 on a proposal for a Council Directive laying down provisions for strengthening fiscal responsibility and the medium-term budgetary orientation in the Member States*, CON/2018/25.

EUROPEAN COMMISSION, *Making the best use of the flexibility within the existing rules of the stability and growth pact*, COM(2015) 12.

EUROPEAN COMMISSION, *Annual Report on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality and on Relations with National Parliaments* (2018), COM (2019) 333 fin.

EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 6 July 2011 on the Financial, Economic and Social Crisis: Recommendations concerning the measures and initiatives to be taken (2010/2242(INI)).

EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 23 May 2013 on future legislative proposals on EMU: response to the Commission communications (2013/2609(RSP)).

EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 24 June 2015 on the review of the economic governance framework: stocktaking and challenges, (2014/2145(INI)).

EUROPEAN PARLIAMENT, *Evaluating EU Economic Governance – Elements for the debate on the Six Pack and Two Pack* (January 2015).

EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 6 July 2016 on the strategic priorities for the Commission Work Programme 2017, (2016/2773(RSP)).

EUROPEAN PARLIAMENT, Committee on Economic and Monetary Affairs, *Draft Report on the proposal for a Council directive laying down provisions for strengthening fiscal responsibility and the medium-term budgetary orientation in the Member States*, 19 September 2018, 2017/0335 (CNS).

EUROPEAN PARLIAMENT, *Interim Report on the proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Monetary Fund* (COM(2017) 0827), 20 February 2019, C8-0000/2018 –2017/0333R(APP).

HOUSE OF LORDS, *The future of economic governance in the EU: European Union Committee, The future of economic governance in the EU*, 12th Report, Session 2010–12, HL Paper 124.

HOUSE OF LORDS, *'Whatever it takes': the Five Presidents' Report on completing Economic and Monetary Union*, 13th Report of Session 2015-16, 12 May 2016 – HL Paper 143.

Unfinished Business: The European Parliament and the Development of the Common European Asylum System

Salvatore F. Nicolosi[1]

1. Setting the Context: the 'Migratory Crisis' as an Institutional Challenge 424
2. The Competences of the European Parliament in the Field of Asylum 426
3. The European Parliament's Contribution to Restructuring the EU Asylum System 432
4. Concluding remarks: A too Ambitious Reform for a still Weak Legislator? 440

1. Assistant Professor, Utrecht University, and Researcher at Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE).

1. Setting the Context: the 'Migratory Crisis' as an Institutional Challenge

The start of a new European Union legislature poses the question of whether the new European Parliament will continue the work of the previous one. This is crucial especially for those areas which have been under a process of reform, like in the case of the Common European Asylum System (CEAS).[2]

The CEAS is conceived as an integrated body of legislative instruments aimed at achieving uniform and effective asylum procedures, joint guarantees for protection and access to safe and uniform regimes across all Member States.[3] It is under a process of reform to solve its structural problems particularly highlighted by the impact of the recent migratory pressure.[4] Three types of structural deficiencies arose as distinct features of the CEAS. Firstly, the system is not well-equipped to tackle emergency situations. On the contrary, it tends to perpetuate a situation of emergency, because, as Advocate General Sharpston stated in her Opinion in *Cimade and GISTI*, "the whole system of providing protection for asylum seekers and refugees is predicated on the burden lying where it falls."[5] Secondly, the CEAS's focus on harmonised minimum standards for the reception, protection and recognition of refugees stopped a long way short of creating a level playing field for refugees in the EU.[6] Thirdly, the system is inaccessible due to the lack of safe channels of arrivals, as confirmed by

2. European Commission, "Towards a Reform of the Common European Asylum System and Enhancing Legal Avenues to Europe" (Communication) COM, 2016, 197 final.
3. The Common European Asylum System (CEAS) includes the following binding acts: Regulation 604/2013 [2013] OJ L180/31 (Dublin III Regulation); Regulation 603/2013 [2013] OJ L180/1 (Eurodac Regulation); Directive 2011/95 [2011] OJ L337/9 (Qualification Directive); Directive 2013/33 [2013] OJ L180/96 (Reception Directive); Directive 2013/32 [2013] OJ L180/249 (Procedures Directive). For an updated commentary on the CEAS toolbox, see especially D. Thym and K Hailbronner, *EU Immigration and Asylum Law*, Hart Publishing, Nomos, Oxford, 2nd ed., 2016.
4. For a broader contextualisation see A. J. Menéndez, "The Refugee Crisis: Between Human Tragedy and Symptom of the Structural Crisis of European Integration", *European Law Journal*, 2016, 22, pp. 388-416.
5. Case C-179/11, *CIMADE et Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) v. Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, Opinion of Advocate General Sharpston, 15 May 2012, para. 83.
6. M. Den Heijer, J. Rijpma and T. Spijkerboer, "Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System", *Common Market Law Review*, 2016, 53, pp. 607-642; S. Allard, "Casualties of Disharmony: The Exclusion of Asylum Seekers Under the Auspices of the Common European Asylum System", *Emory International Law Review*, 2010, 24, pp. 295-330.

Advocate General Mengozzi in his Opinion on the case of humanitarian visas in *X and X* v. *Belgium*.[7]

In an attempt to tackle the structural shortcomings of the CEAS, the European Commission adopted two packages of proposals for the future CEAS regulatory framework. A first package adopted on 4 May 2016 comprises the proposals to recast the Dublin Regulation, the Eurodac Regulation and a proposal aimed at establishing a EU Asylum Agency (EUAA) that will replace the current European Asylum Support Office (EASO).[8] A second package was adopted on 13 July 2016 and includes a proposal for a Regulation repealing the Qualification Directive, a proposal for a Regulation repealing the Procedure Directive, a proposal to recast the Reception Directive and a proposal for a Regulation establishing a EU Resettlement Framework.[9] Provisional compromises have been concluded between the Council's Presidency and the European Parliament's rapporteurs on five of the seven proposals,[10] but at the end of the eighth legislature no progress was registered and the reform is in a stalemate, especially because of the difficulties to find an agreement on the reform of the Dublin Regulation.[11]

Within the EP, failure to complete negotiations on legislative proposals within the parliamentary term has relevant institutional consequences that can also impact substantially on the future development of the negotiations. The whole reform package for the CEAS has been, in fact, put into 'unfinished business,' according to rule 229 of the Rules of Procedures of the European Parliament. This means that at the end of the Parliamentary term all dossiers that have not been voted at the plenary 'shall be deemed to have lapsed.'[12] The same rule establishes that 'at the beginning of each parliamentary term, the Conference of Presidents shall

7. Opinion of Advocate General Mengozzi in case C-638/16, *X and X* v. *Belgium*, para. 175.
8. See respectively: COM (2016) 270 final; COM (2016) 272 final; COM (2016) 271 final.
9. See respectively: COM (2016) 466 final; COM (2016) 467 final; COM (2016) 465 final; COM (2016) 468 final.
10. Provisional compromise agreements were reached under the Bulgarian Presidency in June 2018, see Presidency of the Council of the EU, 14597/18 (Reform of the Common European Asylum System and Resettlement), 27 November 2018.
11. For a general overview consult the Legislative Train on the CEAS available at: www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-reform-of-the-common-european-asylum-system-(ceas) (last accessed November 2019). See also S. Nicolosi, "La riforma del sistema europeo comune di asilo tra impasse negoziale e miopia normativa", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019, p. 451.
12. Rules of Procedure of the European Parliament, 8th Parliamentary term, September 2015, available at: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULES-EP+20150909+TOC+DOC+XML+V0//EN (last accessed November 2019), Rule 229, corresponding to Rule 240 of the new Rules of Procedure entered into force in July 2019 for the 9th Parliamentary term, available at: www.europarl.europa.eu/sipade/rules20190702/Rules20190702_EN.pdf (last accessed November 2019).

take a decision on reasoned requests from parliamentary committees and other institutions to resume or continue the consideration of such unfinished business.' Although the EP Rules of procedures do not define what 'unfinished business' means, as has been pointed out, it is reasonable to assume that it includes 'any type of activity within the European Parliament's mandate which requires a decision, including the negotiation of legally binding acts.'[13] This would follow *a contrario* from paragraph 3 of Rule 229, according to which the provisions on unfinished business 'shall not apply to petitions and communications that do not require a decision.'

Such a context offers the opportunity to investigate not only the inter-institutional challenges that the negotiations for the reform of a delicate area of EU law triggers, but also to shed light on the key institutional role played by the European Parliament (EP). From this perspective, the research submits that the EP has been contributing to a fundamental shift in the legal design of the CEAS from the State-centric approach that traditionally characterises such a delicate area of EU law to a new refugee-centric model. The research will firstly provide an overview of the evolving institutional role of the EP in the area of asylum. It is claimed that, despite some points of concerns, the European Parliament made a significant contribution especially as regards the reform of the Dublin Regulation and that departing from such a position will be a misstep for the new European Parliament. Secondly, attention will be paid to the current process of reform by taking a closer look at the process of revision of the Dublin Regulation on the State responsible for an asylum application. Finally, some normative conclusions will answer the question whether a refugee-centric model for the CEAS, based on the EP contribution is feasible.

2. The Competences of the European Parliament in the Field of Asylum

The EP has been progressively involved in the development and exercise of the EU competence in the field of asylum: while from an institutional perspective its role can be analysed in the light of its powers as established by the relevant Treaty provisions, the EP political imprint in the negotiations for the adoption of secondary legislation can be seen from the role the EP played in the previous and current negotiations. This

13. K. Pollet, "All in vain? The fate of EP positions on asylum reform after the European elections", *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 23 May 2019, available at: http://eumigrationlawblog.eu/all-in-vain-the-faith-of-ep-positions-on-asylum-reform-after-the-european-elections/ (last accessed November 2019)

two-faceted approach to the evolving role of the EP in the CEAS will be discussed in the following sub-sections.

2.1 *The institutional perspective*

Since the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009, the EP has gained considerable powers to influence the legislative process also in the field of asylum.[14] For many years during the European integration process the EP has acted as a consultative body. That is why such an expansion of competences was generally welcome especially from the perspective of a more democratic institutional balance.[15]

More specifically, as regards the area of asylum, which was also fundamentally restructured by the Treaty of Lisbon,[16] the role of the EP has been considerably expanded from a threefold perspective relating to the decision-making, the political oversight and the budget. At the level of decision-making, the Treaty of Lisbon has fully recognised the EP as a co-legislator on equal footing with the Council. Article 78 (2) of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU),[17] which constitutes the legal basis for the exercise of the EU shared competence in the field of asylum, provides that 'the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures for a common European asylum system.'[18] This is a major novelty for an area that has always been dominated by intergovernmentalism.[19] As will be explained in the next section, the EP has been using its role as co-legislator to influence the negotiations, especially as regards the current reform.

14. See more extensively W.J.M. Voermans, "The Birth of a Legislature: The EU Parliament After the Lisbon Treaty", *Brown Journal of World Affairs*, 2011, 17, p. 163. See also L. Pech, "The institutional development of the EU post-Lisbon' in D. Ashiagbor, N. Countouris and I. Lianos, *The EU after the Treaty of Lisbon: A Legal Assessment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 14 ff.

15. See in particular J. Monar, "The European Union's institutional balance of power after the Treaty of Lisbon" in "European Commission, DG Education and Culture, Jean Monnet Programme", *European Union after the Treaty of Lisbon: Visions of leading policy-makers, academics and journalists*, 2011, available at: www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_2_kurumlar/the_european_union_after_the_treaty_of_lisbon.pdf (last accessed November 2019).

16. H. Toner, "The Lisbon Treaty and the Future of European Immigration and Asylum Law" in L. Azoulai and K. De Vries, *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 14-40.

17. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), [2016] OJ C202/1.

18. For a detailed commentary on art. 78 (2), see D. Thym and K. Hailbronner, *EU Immigration and Asylum Law*, *op. cit.*, p. 1030 ff.

19. See in this connection N. Zaun, *EU Asylum Policies: The Power of Strong Regulating States*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2017.

Apart from its formal role as co-legislator, the EP has been significantly contributing to raise issues of concerns through the so called 'own-initiative reports' which stimulate the European Commission to use its power to put forward a legislative proposal. Such own-initiative reports can be seen as an expression of the EP's power of pre-initiative or legislative impulse which is enshrined in Article 225 TFEU. The procedure to adopt own-initiative reports is regulated by Rule 54 (former Rule 52) of the 2019 EP Rules of Procedures, and, while it is not regarded as one of the formal decision-making procedures, it is seen as a relevant precursor to the initiation of a legislative procedure. In short, the procedure for an own-initiative report provides for a parliamentary committee to propose a resolution and a report on an issue that might need new EU legislation, if the EP votes in favour, the own-initiative report is sent to the European Commission, which has duty to inform the EP whether it will or not submit a legislative proposal. Admittedly, the number of own-initiative reports has been decreasing as a result of the progressive shift towards more legislative powers.[20]

Nonetheless, in the area of asylum the recent own-initiative on Humanitarian Visas[21] is particularly noteworthy. In this initiative, the EP recommended the Commission to adopt a legislative proposal for a Regulation establishing a European Humanitarian Visa based on Article 77 (2) TFEU. Such a proposal is justified by the current legal gap in EU law which does not provide persons seeking protection with a procedure for the safe arrival and admission to the territory of the Member States. This gap has the consequence, emphatically stressed by Advocate General Mengozzi in the mentioned *Opinion in X and X v. Belgium* that many protection seekers are forced to face life-threatening journeys often in the hands of smugglers to reach the territory of the EU and access the asylum procedures.[22] Admittedly, the proposal would have filled a legal gap by introducing the possibility of lodging a humanitarian visa application in any Member State's consulate or embassy. However, in its follow-up the European Commission considered the current proposal for a Regulation on

20. See in this regard A. Maurer, "The Legislative Powers and Impact of the European Parliament", *Journal of Common Market Studies*, 2003, 41, pp. 237-238.
21. Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (LIBE), Report with recommendations to the Commission on Humanitarian Visas (2018/2271(INL)), 4 December 2018.
22. According to data available at: https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean (last accessed November 2019) on the Situation in the Mediterranean and provided by the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) since 2014 to October 2019 the number of people dead or missing in an attempt to cross the Mediterranean to reach Europe amounts to 18,898 people.

the Union Resettlement Framework proposal as sufficient to provide safe and legal entry avenues to the EU for protection seekers.[23]

The EP has a range of supervisory and control powers. These allow to exercise oversight over other institutions, especially the European Commission and the Council, with the possibility to ask the Court of Justice to take action if these institutions have acted in a way that is contrary to the spirit of EU law. This has been a particularly effective instrument for the EP to safeguard its competences and especially its involvement in the legislative process. In this connection, the action for annulment concerning the "minimum common list of third countries" adopted in the framework of the former Asylum Procedure Directive 2005/85/EC by the Council in consultation with the EP is worth mentioning.[24] On this occasion, the EP took the view, shared by the CJEU, that the Council had effectively reserved to itself a right to legislate and that the provisions at issue should have provided for the common lists to be adopted by the co-decision procedure under which the Parliament acts as co-legislator.[25]

Lastly, another basket of powers that the Treaty assigns to the EP concerns its role as budgetary authority,[26] which allows to monitor different funding instruments and influence their spending. This gave the EP the chance to increase the 2021-2027 budget for the renewed Asylum, Migration and Integration Fund (AMIF). Such a Fund contributes to the strengthening of the CEAS, promotes regular migration, in line with the member states' economic and social needs, counters irregular migration and ensures effective, safe and dignified return, readmission and reintegration in non-EU countries.[27]

2.2 *The legal-historical perspective*

The competences established in the Treaty, especially as regards the legislative power, have allowed the EP to play a significant role in the different rounds of negotiations for the adoption of the CEAS legal tool-

23. European Commission, Follow up to the European Parliament non-legislative resolution with recommendations to the Commission on Humanitarian Visas, (2017/2270(INL)), 1st April 2019.
24. C-133/06, *European Parliament v Council of the European Union*.
25. *Ibid*, para 61.
26. Art. 314 TFEU establishes that 'The European Parliament and the Council, acting in accordance with a special legislative procedure, shall establish the Union's annual budget in accordance with the following provisions.'
27. Regulation (EU) No 516/2014, [2014] OJ L150/168. See also the Bruegel Study requested by the EP Committee on Budgets, *EU funds for migration, asylum and integration policies*, March 2018, available at: https://bruegel.org/wp-content/uploads/2018/05/EU-funds-for-migration.pdf (last accessed November 2019).

box. In the first generation of legislative measures in the field of asylum (1999-2005) the EP contribution was rather limited, because these measures were adopted at unanimity by the Council on the basis of Article 63 of the Treaty on the European Community.[28] By contrast, during the reform that resulted in the second generation of EU asylum legislation (2008-2013), the European Parliament distinguished itself as a strategic negotiator and forward-looking legislator.[29]

From an institutional perspective the general trend towards the consolidation of the legislative role must be underscored. It resulted in the formalization of the co-decision as the procedure to continue the second phase of legislative harmonisation, pursuant to Article 67 (5) TEC as amended by the Treaty of Amsterdam. The EP became officially co-legislator in asylum matters in 2005 after the transitional period of five years established by the Treaty of Amsterdam. This added a significant element in the negotiations because the traditional intergovernmentalism characteristic of such a policy area had been progressively nuanced by the more genuine instances of supranationalism expressed by the EP.

During the negotiations for the second generation of the CEAS legal toolbox, in fact, the Rapporteurs of the different proposals were keen on finalising the first reading position of the EP in order to leave their imprint in the follow-up during the next legislative term.[30] In particular, before the end of the sixth parliamentary term, in May 2009 the EP strategically decided to finalise the first reading position at the plenary session. This avoided the application of Rule 229 on unfinished business because positions adopted at first reading are resumed in the next legislative terms. As has been highlighted, it was rather exceptional to adopt first reading positions without trying to negotiate a first reading agreement with the Council. This contrasts with the current phase of reform, in which the LIBE Committee sought to pre-agree a text with the Council before formally adopting its first reading position at the plenary.[31] The EP managed to have its first reading positions adopted in the last plenary of the sixth parliamentary term on 7 May 2009. From an institutional per-

28. Treaty establishing the European Community (TEC, Consolidated version 2006), OJ [2006] C 321E/37–186. For more extensive references on the origins and development of the CEAS see O. Ferguson-Sidorenko, *The Common European Asylum System: Background, Current State of Affairs, Future Directions*, Den Haag, Asser Press, 2007.

29. For a detailed analysis see extensively P. Van De Peer, "Negotiating the Second Generation of the Common European Asylum System Instruments: A Chronicle" in V. Chetail, PH. De Bruycker and F. Maiani, *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law,* Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2016, pp. 54-73.

30. P. Van De Peer, "Negotiating the Second Generation of the Common European Asylum System Instruments: A Chronicle", *op. cit.*, p. 56.

31. K. Pollet, "All in vain? The fate of EP positions on asylum reform after the European elections", *op. cit.*

spective, such a political strategy was at odds with the traditional practical arrangements for the co-decision procedure, according to which the first reading position is usually adopted after pre-negotiating with the Council in the context of informal trialogues a compromise text.[32]

From a political and substantial point of view, it must be stressed that the negotiations for the adoption of the second generation of the CEAS legal toolbox faced challenges which are comparable to those characteristics of the ongoing reform. Especially, the Dublin Regulation is illustrative of the diverging trends between the intergovernmentalism interpreted by the Council and the supranationalism expressed by the EP. The latter was significantly reflected by the EP call for a new legislative proposal to replace by the end of 2011 the provisions on the suspension of transfers proposed by the Commission in the Dublin Regulation, when a Member State is faced 'with a particularly urgent situation which places an exceptionally heavy burden on its reception capacities.'[33] In this respect, the EP suggested the adoption of 'legally binding instruments to ensure greater solidarity between Member States,'[34] including a relocation mechanism for the benefit of Member States in situations of emergency.[35]

Such a 'futuristic' example of supranationalism collided with the position of the Member States represented by the Council which deemed unacceptable any derogation, though temporary, from the Dublin Regulation.[36] The divergence could not be more evident: on the one hand, 'the Council political unwillingness to realistically provide for rules taking care of exceptional situations in which Dublin transfers put the fundamental rights of asylum seekers at stake'[37] and, on the other hand, the more principled approach of the EP. As is known, such a conundrum was worked out by the landmark decision of the European Court of Human Rights in

32. See Joint Declaration on Practical Arrangements for the Co-decision Procedure (Article 251 of the EC Teaty) OJ [2007] C145/02, points 6-8 and 14. See also Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on Better Law-Making of 13 April 2016, OJ [2016] L123/1.
33. Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (Recast), COM (2008) 820 final, Art 31. See more extensively P. Van De Peer, "Negotiating the Second Generation of the Common European Asylum System Instruments: A Chronicle", *op. cit.*, p. 60.
34. Position of the European Parliament adopted on 7 May 2009 on the recast proposal of the Dublin Regulation, EP-PE_TC1-COD (2008)0243, Recital 27.
35. *Ibid.*, Art 32 (2) 11 b.
36. See *inter alia* European Council, Conclusions, 24-25 June 2011, EUCO 23/1/11 REV 1.
37. P. Van De Peer, "Negotiating the Second Generation of the Common European Asylum System Instruments: A Chronicle", *op. cit.*, p. 61.

M.S.S. v. Belgium and Greece,[38] whose rationale was reiterated by the CJEU.[39] The case law of the two supranational Courts established the principle that no Dublin transfer can be executed towards a State, that, owing to systemic deficiencies in its asylum system and reception facilities, may give rise to a risk of ill-treatment for the asylum seeker.

3. The European Parliament's Contribution to Restructuring the EU Asylum System

The European Parliament's emphasis on solidarity as a guiding principle in the area of asylum is even more visible in the amendments suggested to the current European Commission's proposals to reform the CEAS, and especially in the recast of the Dublin Regulation. Overall, the EP, and in particular the LIBE Committee, has carried out a significant work on the reform of the CEAS.

Despite the stalemate of the negotiations especially as regards the Dublin Regulation and the proposal for the Asylum Procedure Regulation, the other five proposals have reached trialogue negotiations resulting in provisional compromise texts on the Commission proposals for a Qualification Regulation the EU Resettlement Framework and the recast Reception Conditions Directive. These provisional agreements have not been endorsed by the Council, which further amended the provisional agreements and updated its negotiating mandates with respect to issues concerning the detention of children, protection exclusion clauses and revocation of international protection status. In all three files, so far trialogue negotiations have altered key aspects of the initial Commission proposals.

The role of the EP in such negotiations contributes to define its institutional contours. In particular, as will be discussed in the next sub-sections, the contribution of the EP to the reform of the CEAS can explicate the interpretation of solidarity as a common European value as well as the institutional limits which may curtail the impact of the EP.

38. App No 30696/09, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, (European Court of Human Rights, 21 January 2011).
39. Joined Cases C-411/10 and C-493/10, *N. S.* and *M. E*.

OVERVIEW OF THE CEAS REFORM PACKAGES*			
LEGISLATIVE PROPOSALS		**LIBE REPORTS**	**STAGE OF NEGOTIATIONS AT THE BEGINNING OF THE IX LEGISLATIVE TERM**
Package 1	COM (2016) 270 final *Dublin IV Regulation*	LIBE Report Nov. 2017	On 4th September 2019 the LIBE Committee appointed Fabienne Keller (Renew Europe group) as a new rapporteur. No progress at the Council and in standby
	COM (2016) 272 final *Eurodac Regulation*	LIBE Report Jun. 2017	In June 2018 the rapporteur and the Council's Presidency agreed on most issues concerning the transfer of data to third countries for readmission purposes. Other issues remain under negotiation but Member States did not give the Council the mandate to continue trialogues to EP
	COM (2016) 271 final *EUAA Regulation*	LIBE Report Dec 2016	A new proposal was submitted by the Commission in 2018 but it was fiercely opposed by the EP LIBE Committee.[1] At the Council the proposal was further examined at the level of COREPER but there was no sufficient support for the Presidency's compromise suggestions. The LIBE Committee on 4th September 2019 appointed Claude Moraes (S&D group) as a new rapporteur.

1. LIBE Committee, Explanatory Statement to the draft updated mandate on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Asylum and repealing Regulation EU No 439/2010 2016/0131(COD) – COM (2018) 633 final, 27 October 2018, available at: www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-DT-629502_EN.pdf?redirect (last accessed November 2019).

Package 2	COM (2016) 467 final *Qualification Regulation*	LIBE Report Jun. 2017	A provisional agreement was reached in June 2018 and the EP stands by this provisional agreement
	COM (2016) 466 *Procedure Regulation*	LIBE Report Apr. 2018	The Presidency's compromise proposals did not receive necessary support, therefore a general approach could not be reached at this time.
	COM (2016) 465 final *Reception Directive*	LIBE Report May 2017	At the 8th trialogue in June 2018 a provisional agreement was reached between the EP and the Council's Presidency. The EP stands by the provisional agreement of June 2018
	COM (2016) 468 final *EU resettlement framework*	LIBE Report Oct. 2017	In June 2018 the EP and the Council's Presidency reached a broad political agreement on the main elements of the Regulation. The text of the provisional agreement was presented to the COREPER but it did not achieve necessary support and new compromise proposals were presented to the EP. After a technical trialogue the EP informally indicated that it stands by the provisional agreement reached in June 2018.

** Source: EP Legislative Train*

3.1 *The multidimensional construal of the principle of solidarity*

In the course of the negotiations for the reform of the CEAS, the EP gave proof of genuine supranationalism with most Rapporteurs that, as emphasised, 'managed to gather broad majorities that gave them stronger

legitimacy in inter-institutional negotiations.'[2] In particular, while the Council could not manage to come up with a concerted approach, the EP submitted 'the boldest official proposal to amend the Dublin system to-date'[3]: the 'Wikström Report,' from the name of its LIBE Rapporteur, Cecilia Wikström.[4]

Without exploring in greater detail the 214 amendments suggested by this Report in an attempt to reform the Dublin Regulation, it is worth highlighting the EP contribution to the construal of solidarity as a guiding principle to fix the structural deficiencies of the CEAS. Solidarity has been recurrently invoked over the years following the 'refugee crisis' of 2015. In his Speech on the State of the Union in 2015, the Commission's President, Jean-Claude Juncker stated clearly that 'where Europe has clearly under-delivered, is on common solidarity with regard to the refugees who have arrived on our territory.'[5] However, from a legal point view, to date it is not clear what the obligations stemming from such a principle of solidarity are. Its treaty legal basis is rather vague, as Article 80 TFEU limits itself to state that all policies in the field of border checks, asylum and migration and their implementation 'shall be governed by the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States.'

Scholars pointed out that, instead of defining the scope of any legal obligations linked with Article 80, EU institutions pursued a more operational approach 'listing different measures that operationalize solidarity,'[6] including the relocation of asylum seekers throughout the EU. Interestingly, the EP in 2011 published a Study on the Implementation of Solidarity, which, while stressing that the concept of solidarity has been left undefined in order not to limit its scope, one of its primary goal is to

2. For more references to the internal political dynamics around the reform of the CEAS, see A. Ripoll Servent, "Failing under the 'shadow of hierarchy': explaining the role of the European Parliament in the EU's 'asylum crisis' ", *Journal of European Integration*, 2019, 41, pp. 299-300.

3. F. Maiani, "The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, 24, p. 638.

4. LIBE Committee, Report, 6 November 2017, A8-0345/2017 (hereinafter 'Wikström Report') available at: www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0345_EN.pdf?redirect (last accessed November 2019).

5. President of the European Commission, "Authorized State of the Union Address 2015: Time for Honesty, Unity and Solidarity", Strasbourg, 9th September 2015, available at: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/state_of_the_union_2015_en.pdf (last accessed November 2019).

6. E. Tsourdi and PH. De Bruycker, "EU Asylum Policy: In Search of Solidarity and Access to Protection", *Policy Brief*, Migration Policy Centre, May 2015, 4, available at: https://cadmus.eui.eu/handle/1814/35742 (last accessed November 2019).

foster trust.[7] Solidarity and responsibility-sharing are necessary to assure Member States' loyalty as a minimal condition of trust, because as cases like *M.S.S. v. Belgium and Greece*, have significantly illustrated, blind trust in correctly implementing legislative instruments may not be sufficient. Therefore, solidarity constitutes the paradigm under which adequate tools need to be elaborated 'to assist other Member States to reach the standards set at EU level or even to compensate for their failure to do so.'[8]

In connection with the reform of the CEAS, the EP has particularly contributed to materialise a multidimensional understanding of the principle of solidarity, which does not only reflect the need for Member States' loyalty but also embodies a genuine appetite for supranationalism beyond the logic of intergovernmentalism which has been frustrating the realisation of a real common policy on asylum.

Departing from the Commission's proposal,[9] which designed a model of solidarity based on emergency-driven relocations, the Wikström Report deserves the credit of adding another dimension of solidarity to the horizontal inter-State one, which has been under consideration and abundantly discussed.[10] Such a new dimension of solidarity, which can be considered vertical, aims to turn the Dublin system into a model that is not only fair to the Member States but also to the asylum seekers. With a view to redesign the allocation criteria under the Dublin mechanism, the Wikström Report proposed a relocation mechanism that is supposed to work permanently with a focus on asylum seekers' 'meaningful links.' These include family ties but also previous legal residence or educational diplomas.[11]

Accordingly, and from a practical perspective, the Member State of first arrival has the duty to register the applicants, filter out those representing a risk for security or whose application is manifestly unfounded and determine the transfer of the other applicants in line with any rele-

7. European Parliament, Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs Civil Liberties, Justice And Home Affairs, "The Implementation of Article 80 TFEU on the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States in the field of border checks, asylum and immigration" Study (April 2011), available at: www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453167/IPOL-LIBE_ET(2011)453167_EN.pdf (last accessed November 2019).
8. "The Implementation of Article 80 TFEU on the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States in the field of border checks, asylum and immigration", *op. cit.*, p. 100.
9. COM (2016) 270 final.
10. See, *inter alia*, E. Tsourdi, "Solidarity at work? The prevalence of emergency-driven solidarity in the administrative governance of the Common European Asylum System", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 2017, 24, pp. 667-686.
11. Wikström Report, Amendment 28.

vant genuine link. On the contrary, if no relevant link is available, applicants will be relocated through the automatic allocation mechanism to one of the four Member States which have received the lowest number of applicants in relation to their fair share.[12] The fair share is calculated on the basis of the GDP and the population to ensure that larger and wealthier countries will have a larger share. What is more, for the first time applicants will be given the option to choose among the four less burdened Member States, thereby introducing an element of flexibility into a system that has evolved with no regard to the applicants' preferences and generally set on a coercive measures essentially aiming at discouraging secondary movements of applicants with scant attention to their integration potential.

Also, another example of vertical solidarity refers to the possible group transfer of a maximum of 30 applicants travelling together.[13] As has been emphasised, 'the logic of these amendments is to encourage persons to apply in the first State of arrival by offering the prospect of being transferred to a desirable destination.'[14] All transfers are to be operationalised by the future EU Asylum Agency within two weeks from the final transfer decision and the costs should be borne on the general budget of the EU.[15]

Ultimately, another dimension of solidarity which the EP elaborated in the Wikström Report can be defined as 'reciprocal' as it aims to avoid that the corrective fairness mechanism will be impaired by the Member States' lack of commitment to participate. In this connection, the European Commission's proposal suggested a solidarity fee of EUR 250,000 per applicant not accepted.[16] On the contrary, the European Parliament proposed a more sophisticated system, based on a specific fund, the 'Dublin Reserve Fund,' according to which, if a Member State does not fulfil its obligations of registration or participation in the allocation mechanism, it shall pay into that fund, with regard to each allocated applicant whom the Member State does not accept, annual payments of EUR 50,000 for the first and second years, EUR 75,000 for the third and the fourth years, and EUR 100,000 for subsequent years. Moreover, it shall not be permitted to use EU funds to finance the return of third-country nationals to third countries.[17] Finally, if a Member State fails to pay, the Commission shall

12. *Ibid*., see especially Amendments 172 and 173.
13. *Ibid*., Amendment 141.
14. F. Maiani, "The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'", *op. cit*., p. 637.
15. Wikström Report, Amendment 200.
16. COM (2016) 270 final, Art 37.
17. Wikström Report, Amendment 9.

withhold the same amount from the payments due to that Member State from other Union funds.[18]

Overall, the amendments suggested by the EP deserve the credit of restructuring for the first time the system of allocation of responsibility for an asylum application within the EU by re-designing the criteria underpinning the Dublin Regulation shifting to a model based on positives incentives to cooperate both from the side of refugees and from the perspective of the Member States.

3.2 *The limits of the new legal design*

The Wikström Report constitutes the first concrete attempt to fix the over criticised Dublin Regulation by establishing a mechanism that can reflect the need for solidarity within the CEAS. Nonetheless, despite being a valuable stepping stone for future negotiations to reform the CEAS, the proposal of the EP suffers from various limits. On the one hand, endogenous limits are linked to some of the proposed amendments themselves, but, on the other hand, there are exogenous limits which curtail more in general the impact of the EP as a legislative actor and negotiator in the field of asylum. On top of this set of limits and more broadly, one may also wonder to what extent a genuine supranationalism expressed by the EP can counterbalance an increasing intergovernmental drift characteristic of the area of asylum and migration.

As regards the endogenous limits, the Wikström Report does not seem to address many operational problems that can affect the whole feasibility of the system.[19] As has been emphasised 'there appear to be still significant incentives that could work against the operation of the system.'[20] In particular, the effectiveness of the system designed by the EP seems to depend on the capacity to implement a large number of transfers, because the 'automatic' allocation to the 'least-burdened' States entails that a transfer has to be organised every time no criterion based, for instance, on meaningful links, could be applied. Accordingly, such a circumstance can give room to further secondary movement, thereby perpetuating one of the current most undesirable aspects of migration into the EU. Still, this legal design relies a lot on the role that the future EU Asylum Agency is supposed to play. It does not address significant aspects concerning the necessary resources and capacity of the Agency

18. *Ibid.*
19. As has been emphasised by 'there appear to be still significant incentives that could work against the operation of the system.'
20. F. Maiani, "The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'", *op. cit.*, p. 638.

to perform large-scale recurrent transfers. More importantly, it does not explain under what authority this Agency can work. Especially if the competence on asylum decisions and procedures is left to the Member States and therefore the national authorities are in charge of providing procedural guarantees, also in case a reluctant asylum seeker does not want to accept the transfer. As has been emphasised this would create a loophole in the judicial system, because the CJEU is not equipped to serve as an asylum court and national tribunals do not have jurisdictions over acts of EU bodies, including agencies.[21]

As to the exogenous limits to the legal design of the EP, it is worth mentioning in particular the constraints imposed by the 'package-doctrine' which is a distinct feature of this current reform of the CEAS.[22] All proposals aimed at reforming the CEAS have been considered as a 'legislative package.' This means that the adoption of each proposal will depend on the legislative success or failure of all the others. Although, it is not new to the EU legislative process[23] and, to a certain extent, can be justified in the light of a normative coherence and a more effective operationalisation of the whole system, this package-doctrine in delicate areas such as the reform of the CEAS can lead to a blockage of the whole reform.

In the field of asylum, the package-doctrine has never been applied in the former legislative phases and has currently obstructed the adoption of even those instruments on which a convergence between the two legislators could have been more realistic, like in the case of the proposal on the new EU Asylum Agency, on which a partial inter-institutional agreement was reached between the Council and the EP under the Maltese Presidency in June 2017.[24] Also, other legislative instruments, such as the Qualification Regulation or the Union Resettlement Framework, can be independently operational and their adoption can also result beneficial to the existing system.

From an institutional perspective, as has been mentioned, the package-approach can have significant consequences in the light of the Rule on 'Unfinished Business.' There is, in fact, the risk that the new EP does

21. See more extensively D. Thym, "The 'refugee crisis' as a challenge of legal design and institutional legitimacy", *Common Market Law Review*, 2016, 53, p. 1560.
22. K. Pollet, "All in vain? The fate of EP positions on asylum reform after the European elections", *op. cit.*
23. See e.g. the recent Legislative package of EU regional, employment and social policy for 2014-2020 or the Legislative package on financing sustainable growth proposed by the European Commission in 2018.
24. Council, "EU Agency for Asylum: Presidency and European Parliament reach a broad political agreement" Press Release, 29th June 2017, available at: www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/06/29/eu-agency-for-asylum/ (last accessed November 2019).

not wish to continue the work of the former one with the risk to lose, for instance, those 'core protection-oriented positions' that have been taken.[25] Still, even if the Conference of Presidents approves the continuation of the legislative process on the basis of the positions taken by the previous Parliament, 'this does not necessarily imply that such positions would be defended with the same rigour.'[26]

Eventually, the whole success of the reform depends also on the position of the Council, which, as co-legislator, has so far been expressing diverging positions from of the EP and showing a dramatic emphasis on externalisation[27] of the policies in asylum and migration rather than a constructive interest in cooperating over a genuine and truly common European asylum policy.

4. Concluding remarks: A too Ambitious Reform for a still Weak Legislator?

The European Parliament has admittedly distinguished itself as being a forward-looking negotiator in the area of asylum as well as a 'revolutionary' legislator in suggesting for the first time the redesign of the Dublin Regulation's criteria. As highlighted, the amendments contained in the Wikström Report constitute a too valuable opportunity to overhaul a system which has been characterised by many deficiencies.

Nonetheless, from an institutional perspective, the future of the CEAS negotiations very much depends on the decision on the decision the EP Conference of Presidents will take on the 'unfinished business.' During the Plenary of last 21 October 2019, the new EP voted on resuming the work on the CEAS. While it is generally reasonable that, according to former Rule 229, the LIBE Committee or possibly even any other institution, such as the European Commission or the Council,[28] ask the EP Conference of Presidents to resume the unfinished business, and the practice shows that the EP usually resumes the pending dossiers, the question still remains how effective the new EP can be in negotiating with Council.

25. K. Pollet, "All in vain? The fate of EP positions on asylum reform after the European elections", *op. cit.*
26. *Ibid.*
27. See e.g. the European Council's Conclusions of 28th June 2018, EUCO 9/18, available at: https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/06/29/20180628-euco-conclusions-final/pdf (last accessed November 2019) and the possible options raised as regards the cooperation with countries in North Africa in order to establish regional disembarkation platforms for migrants.
28. According to K. Pollet, *op. cit.*, this seems to be a measure of last resort, in case of Committee's inaction.

The former negotiations for the CEAS illustrate the political unwillingness of the Member States to overhaul the Dublin system. During the adoption of the second phase legislation, Member States were very reluctant in approaching the European Parliament as a co-legislator, especially as regards the reform of Dublin. Still, the current reform lays in stalemate, because all proposals to depart from the current system of responsibility allocation lack the necessary support and politically cannot reach consensus within the Council.

Furthermore, the political composition of the EP can offer concessions to the Council during the negotiations. In this regard, it is worth mentioning the public outcry triggered by the recent EP rejection of a resolution calling on Member States to step up efforts to rescue people drowning in the Mediterranean.[29] Also, it would be erroneous to assume, as has been stressed, that the positions of the former EP 'would be defended with the same rigour.'[30]

Two general recommendations can be therefore sketched for the future new European Parliament. The first one aims more specifically to think through the Wikström Report to address its weak points, because, as has been stressed, it designs a system which is far from being practically feasible.[31] This is in particular due to the fact that the permanent relocation will determine a massive number of transfers with the risk that a misfunctioning in their smooth operationalisation can create undesirable deadlocks. It has been suggested renouncing this ambition of large-scale transfers and establishing responsibilities entirely on genuine links.[32] These are remarkable inputs, but perhaps, applicants' choices can be better weighed with a more principled approach to the integration potential in the host society, especially in terms professional life and social inclusion. This means that transfers can be arranged based on the specific needs Member States might have in their labour market, as, all in all, what refugee law requires is empowerment: allowing refugees to start a new life in dignity.

A second recommendation urges the EP to honour as strictly as possible its institutional mandate, which is to give voice to European citizens and to act on their behalf. An effective reform of the CEAS very much connects with the salient traits of intra-EU security, which also requires the protection of the interests of the European citizens. This is accomplished

29. See e.g. J. Stone's article on *The Independent* of 24th October 2019.
30. K. Pollet, "All in vain? The fate of EP positions on asylum reform after the European elections", *op. cit.*
31. F. Maiani, "The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'", *op. cit.*, p. 640.
32. *Ibid*.

by insisting on the need for effective asylum and migration policies that should preserve free movement as a fundamental pillar of the whole EU fabric. This freedom, as established in the Tampere Conclusions more than 20 years ago should not 'be regarded as the exclusive preserve of the Union's own citizens' and 'it would be in contradiction with Europe's traditions to deny such freedom to those whose circumstances lead them justifiably to seek access to our territory.'[33] These common policies must be based on principles which are both clear to our own citizens and also offer guarantees to those who seek protection in or access to the European Union.

In this regard, the EP has the legitimate mandate to insist on a fair and efficient CEAS that can offer adequate guarantees to those who seek protection in the EU as an essential component of a more secure house for European citizens.

33. European Council, Presidency Conclusions, Tampere, 15-16 October 1999, paras. 2-3.

Bibliography

ARTICLES

S. Allard, "Casualties of Disharmony: The Exclusion of Asylum Seekers Under the Auspices of the Common European Asylum System", *Emory International Law Review*, 2010, 24, p. 295-330.

M. Den Heijer, J. Rijpma and T. Spijkerboer, "Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System", *Common Market Law Review*, 2016, 53, p. 607-642.

F. Maiani, "The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, 24, p. 638.

A. Maurer, "The Legislative Powers and Impact of the European Parliament", *Journal of Common Market Studies*, 2003, 41, p. 237-238.

A. J. Menéndez, "The Refugee Crisis: Between Human Tragedy and Symptom of the Structural Crisis of European Integration", *European Law Journal*, 2016, 22, p. 388-416.

S. Nicolosi, "La riforma del sistema europeo comune di asilo tra impasse negoziale e miopia normativa", *Public Law Quarterly Review*, 2019, p. 451.

A. Ripoll Servent, "Failing under the 'shadow of hierarchy': explaining the role of the European Parliament in the EU's 'asylum crisis'", *Journal of European Integration*, 2019, 41, p. 299-300.

E. Tsourdi, "Solidarity at work? The prevalence of emergency-driven solidarity in the administrative governance of the Common European Asylum System", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 2017, 24, p. 667-686.

W.J.M. Voermans, "The Birth of a Legislature: The EU Parliament After the Lisbon Treaty", *Brown Journal of World Affairs*, 2011, 17.

BOOKS

D. Ashiagbor, N. Countouris and I. Lianos, *The EU after the Treaty of Lisbon: A Legal Assessment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

O. Ferguson-Sidorenko, *The Common European Asylum System: Background, Current State of Affairs, Future Directions*, Den Haag, Asser Press, 2007.

D. Thym and K. Hailbronner, *EU Immigration and Asylum Law*, Hart Publishing/ Nomos/Oxford, 2nd ed., 2016.

H. Toner, "The Lisbon Treaty and the Future of European Immigration and Asylum Law" in L. Azoulai and K. de Vries, *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 14-40.

P. Van de Peer, "Negotiating the Second Generation of the Common European Asylum System Instruments: A Chronicle" in V. Chetail, Ph. de Bruycker and

F. Maiani, *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law,* Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2016, p. 54-73.

N. Zaun, *EU Asylum Policies: The Power of Strong Regulating States*, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2017.

OTHER SOURCES

J. Monar, "The European Union's institutional balance of power after the Treaty of Lisbon" in *European Commission*, DG Education and Culture, Jean Monnet Programme, *European Union after the Treaty of Lisbon: Visions of leading policy-makers, academics and journalists*, 2011, available at: www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_2_kurumlar/the_european_union_after_the_treaty_of_lisbon.pdf.

K. Pollet, "All in vain? The fate of EP positions on asylum reform after the European elections", *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 23 May 2019, available at: http://eumigrationlawblog.eu/all-in-vain-the-faith-of-ep-positions-on-asylum-reform-after-the-european-elections/.

E. Tsourdi and Ph. de Bruycker, "EU Asylum Policy: In Search of Solidarity and Access to Protection", *Policy Brief*, Migration Policy Centre, May 2015, 4, available at: https://cadmus.eui.eu/handle/1814/35742.

Le Parlement européen à l'épreuve de la légitimité fonctionnelle de la gouvernance économique et monétaire de la zone euro

François Barviaux[1]

« […] Certes, on prend par là le contre-pied du paradoxe économique qui considère les gouvernements et les administrations comme des organes improductifs et parasitaires, comme des formes redoutables de l'exploitation de l'homme par l'homme. Mais on est revenu depuis longtemps de ce paradoxe ».

M. HAURIOU,
La gestion administrative (1899)

1. La légitimation par les résultats du modèle de gouvernance de la zone euro 449

2. La légitimité du modèle de gouvernance de la zone euro dans le contexte post-démocratique 458

1. Doctorant contractuel a l'Université de Strasbourg, chargé d'enseignement a la Faculté de droit de l'Université de Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes (CEIE).

L'Europe n'étant pas un État fédéral, le répertoire d'action de sa Banque centrale (BCE) est particulièrement limité. Cette institution est pourtant devenue, malgré son rôle déterminant, voire son *leadership*, dans la régulation de la crise des *subprimes*, la proie privilégiée des critiques de l'intégration européenne, et de l'euroscepticisme. À des fins de cohérence, la gouvernance économique et monétaire de la zone euro a connu de nombreuses mutations[2].

La légitimité présente un caractère insaisissable. Le terme est mieux compris dans un cadre conceptuel juridiquement varié. L'idée juridique de légitimité est protéiforme. En droit constitutionnel, on retient particulièrement la légitimité comme liée au pouvoir :

> « *La question posée par la notion de légitimité est d'ordre métajuridique, elle porte sur les raisons de l'obligation politique, en d'autres termes, de l'obéissance au pouvoir. La légitimité pourra ainsi être définie : qualité du pouvoir qui fonde l'obéissance qu'il exige, conformité de ce pouvoir aux croyances des gouvernés quant à son origine et à ses formes. La légitimité permet d'aller au-delà l'effectivité du pouvoir, et de réfléchir sur sa justice* »[3].

Quant à la légitimité dans les relations internationales, le critère organique prédomine :

> « *Une règle ou une norme est légitime si elle est créée par des institutions internationales légitimes. Une décision ou une action sont légitimes parce que la procédure prévue a bien été respectée et qu'elles correspondent à une interprétation raisonnable des règles existantes. Dès lors, une fois qu'un État rejoint la société des États, les règles fondamentales de cette société et l'exercice légitime de l'autorité en son sein s'appliquent* »[4].

En raison de la nature duale de l'Union européenne, qualifiée d'organisation *sui generis*, les deux définitions comptent dans son ordre juridique. Il n'en reste pas moins qu'évoquer la légitimité est un moyen souvent évité par ses institutions. Le terme est d'ailleurs absent du traité de Lisbonne et du traité instituant le mécanisme européen de stabilité (MES).

Un pouvoir doit pouvoir être évalué et mis à l'épreuve par le contrôle et la responsabilité. Ces deux critères de la gouvernance fondent sa légitimité d'exercice. La seule légitimité de l'élection est par essence insuffi-

2. J.-V. Louis, « La cohérence de la gouvernance économique, Aspects juridiques » in *Europe(s), Droit(s) européen(s), Une passion d'universitaire, Liber Amicorum en l'honneur du professeur V. Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 361.
3. A. Le Divellec et M. De Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 11e éd., 2017, p. 217.
4. D. Battistela, F. Petiteville, M.-C. Smouts et P. Venesson, *Dictionnaire des relations internationales*, Paris, Dalloz, 3e éd., 2012, p. 322.

sante en régime démocratique[5]. L'idée juridique de légitimité repose donc sur des structures de gouvernance établies conformément à certaines règles et principes. Pour la plupart des régimes modernes, il s'agit presque exclusivement de principes démocratiques. La gouvernance de l'Union européenne est communément victime d'un mythe selon lequel, en ce qu'elle ne respecterait pas le principe démocratique, elle souffrirait d'un déficit de légitimité. Pourtant, la légitimité trouve sa connexité la plus intime, non avec le principe démocratique, mais celui de légalité.

Dans l'un de ses ouvrages phares, le Doyen Duguit indique que « toute manifestation de la volonté gouvernante est légitime, quand elle est conforme au droit ; les gouvernants peuvent alors légitimement mettre en jeu la plus grande force dont ils disposent parce qu'elle est alors employée à réaliser le droit »[6]. Dans cette perspective, l'idée que la démocratie et la légitimité convergent est remise en question. Des solutions sont proposées qui ne favorisent ni ne reflètent les intérêts ou les préférences des citoyens. Étant donné la puissance des marchés dans une Europe de plus en plus vulnérable, il est juste, et légitime, de se demander où sont le pouvoir et la souveraineté. Les marchés ont saisi l'incertitude de manière impitoyable. Le pouvoir décisionnel a changé, et l'équilibre institutionnel de l'Union avec lui. Des mesures technocratiques ont parfois été mises en place pour gérer les coupes budgétaires, jugées trop difficiles à réaliser par les processus politiques traditionnels. La crise financière a entraîné un transfert et une centralisation des pouvoirs vers la BCE, le Conseil européen et le commissaire aux affaires économiques et monétaires. La possibilité d'un super-commissaire aux affaires économiques a même été suggérée[7], en vain.

Les discussions, pas toujours fructueuses, avec les États les plus touchés par la crise s'imposent à l'ensemble formé par le Fonds monétaire international, la BCE et la Commission européenne, surnommé la *troïka*. Cette dernière « fait l'objet de vives critiques parce que l'intervention du FMI est elle-même mal ressentie par beaucoup, mais aussi parce qu'elle symbolise le comble d'une structure non démocratique »[8]. Le Parlement européen ne joue aucun rôle déterminant dans cette structure décisionnelle. Avec ses tentatives de contrôle supranational des affaires budgétaires nationales pour combler le déficit de politique budgétaire de la zone euro, l'Union européenne prend aussi position sur les questions

5. Voy. D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie, Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015.
6. L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903, Paris, rééd. Dalloz, 2005, pp. 1-2.
7. « L'idée d'un super-commissaire européen à l'économie divise », *Le Monde*, 17 octobre 2012.
8. J.-V. Louis, « La cohérence de la gouvernance économique, Aspects juridiques », *art. cit.*, p. 368.

fiscales. Ce domaine est pourtant une compétence largement retenue par les États membres à raison des articles 110 à 118 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Avec l'insistance de l'Allemagne sur l'austérité et sa résistance à toutes les propositions impliquant une mutualisation de la dette, des divisions avec la Commission et d'autres États membres ont fait surface. Un sentiment antiallemand a été perçu dans divers États membres, qui ne seront pas cités ici. Ces développements risquent de compromettre les avancées politiques, économiques et sociales de l'intégration européenne. Dans le doute, référons-nous toujours à l'idée européenne de Jean Monnet : « Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes »[9].

À l'appui de cette réflexion, souvenons-nous qu'« un but déterminé peut, dans bien des cas, être recherché et atteint par des voies et institutions juridiques diverses »[10]. La forme néo-fonctionnaliste de la gouvernance d'un domaine intégré d'un système politico-juridique ne suffit à discréditer l'ensemble dudit système quant à la question démocratique, fusse-t-il économique et monétaire. En raison d'un système monétaire sous-optimal, de l'incapacité à enraciner les principes de bonne gestion économique et de l'échec de l'Union à généraliser sociologiquement la démocratie participative[11], la crise de la zone euro se révèle être une crise de l'intégration. Le modèle de gouvernance retenu cristallise de nombreuses tensions. Le rôle du Parlement européen dans la gouvernance de l'Union économique et monétaire (UEM) est marginal[12]. Pourtant, il est l'institution la plus démocratique de l'Union européenne[13], et les liens entre la gouvernance économique et le principe démocratique sont largement établis. Cet état du droit fait-il pourtant de la gouvernance économique et monétaire de la zone euro un modèle illégitime ?

La question de la légitimité démocratique de la gouvernance économique de la zone euro se pose de manière plus actuelle. La minoration du rôle du Parlement européen en la matière est le principal symptôme. Lorsqu'une direction est prise par une voie d'intégration, il est attendu qu'elle ne fasse pas défaut. Or, la perception négative de la crise économique et budgétaire par le citoyen conduit à une opposition à ce mode

9. J. Monnet, Discours de Washington, 30 avril 1952.
10. R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 (Tome I), Paris, rééd. Dalloz, 2003, p. 31.
11. *Infra*., « II. B. La société civile organisée comme prisme de la citoyenneté européenne dans l'Union économique et monétaire ».
12. Voy. F. Allemand et F. Martucci, « La légitimité démocratique de la gouvernance économique européenne : la mutation de la fonction parlementaire », *Revue de l'OFCE*, 2014/3, n° 134, p. 115, v. part. pp. 119-123.
13. Elle est la première institution citée à l'article 13 TUE, qui entend classifier son cadre institutionnel selon le principe démocratique.

de gouvernance et nourrit le sentiment eurosceptique au titre d'un déficit démocratique inefficient. Dans le cadre d'un fonctionnement technocratique, le résultat de la politique conduite doit être perçu comme le meilleur, d'autant que cette voie génère d'emblée d'importantes lacunes quant au principe démocratique. Se caractérisant, selon une dynamique récente, à travers une légitimation par les résultats (1.), la gouvernance économique et monétaire de la zone euro est le symbole d'une époque de crise de la représentativité post-démocratique (2.).

1. La légitimation par les résultats du modèle de gouvernance de la zone euro

La légitimation par les résultats (*output legitimacy*) se rapporte au caractère conséquentialiste, utilitariste, de la gouvernance. Les finalités l'emportent sur les moyens, fussent-ils aux faibles ressorts démocratiques. L'*effet cliquet* de ce modèle emporte un difficile retour aux standards nationaux. La gouvernance économique et monétaire de la zone euro s'est renforcée par cette méthode. Si la *légitimité d'impartialité* des instances décisionnaires de l'Union économique et monétaire emporte efficacité dans ces domaines et est la principale caractéristique de la légitimité fonctionnelle (1.1), elle est questionnée par le principe de *démocratie parlementaire*, particulièrement institué par le traité de Lisbonne (1.2).

1.1 *La légitimité d'impartialité de la gouvernance économique et monétaire de la zone euro*

Dominique Ritleng, au soutien de Pierre Rosanvallon, caractérise la gouvernance économique et monétaire de la zone euro comme s'appuyant sur la légitimité d'impartialité pour son action[14]. L'expertise économique et financière prend le pas sur la politique et le jeu interinstitutionnel. Le recours aux organes indépendants dans la régulation de la crise financière de 2008 (1.1.1) aurait subséquemment conduit au renforcement de la BCE dans le système institutionnel de l'Union européenne (1.1.2).

14. D. Ritleng, « L'Union européenne : un système démocratique, un vide politique », *Titre VII*, avril 2019, n° 2.

1.1.1 Le recours aux organes indépendants dans l'UEM

La création de l'Autorité bancaire européenne (ABE)[15], parfois dénommée Autorité européenne de surveillance, afin de renforcer le Système européen de supervision financière (SESF) s'inscrit dans cette perspective de technocratisation de la zone euro. Au regard du caractère particulièrement technocratique de cet organe consultatif indépendant, il n'est pas surprenant de le voir être justifié, avant tout, par la mention que « le Parlement européen a préconisé de prendre des mesures dans le sens d'une plus grande intégration de la surveillance européenne afin de garantir des conditions réellement égales pour tous les acteurs au niveau de l'Union et de prendre en compte l'intégration croissante des marchés financiers dans l'Union »[16]. Il en va de même pour l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), créée à la même période[17] et également basée à Paris. Ayant pour membres les autorités nationales chargées des marchés de valeurs mobilières dans chaque pays de l'Union, cet organe évalue les risques pour les investisseurs, les marchés et la stabilité financière, développe un cadre réglementaire uniforme pour les marchés financiers notamment par son rôle de conseil aux institutions, vise l'harmonisation des pratiques de surveillance et surveille directement des organismes financiers spécifiques tels que les agences de notation de crédit. Enfin, l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP)[18], basée à Francfort, et le Conseil européen du risque systémique, dont le fonctionnement est essentiellement confié à la BCE[19], complètent le Système européen de supervision financière (SESF) lancé en réponse à la crise des *subprimes* et en prévention d'une nouvelle crise financière. Cette dynamique de début de décennie n'a pas été endiguée en matière économique et monétaire. L'Union bancaire dispose

15. Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), *JOUE* L 331 du 15 décembre 2010, p. 12.
16. *Ibid*.
17. Règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), *ibid.*, p. 84.
18. Règlement (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), *ibid.*, p. 48.
19. Règlement (UE) n° 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, *ibid.*, p. 1 ; règlement (UE) n° 1096/2010 du Conseil du 17 novembre 2010 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques relatives au fonctionnement du Comité européen du risque systémique, *ibid.*, p. 162.

d'une nouvelle autorité de résolution depuis 2015 avec le Conseil de résolution unique (CRU)[20].

Dominique Ritleng commente que « l'augmentation de la part prise par les organes indépendants dans le système institutionnel de l'Union a aussi affaibli les éléments de démocratie intégrés par les révisions successives et fortement promus par le traité de Lisbonne, bien que ces formulations soient parfois apparues incantatoires. Pour répondre à la crise économique et financière, la solution a largement été recherchée dans des délégations de pouvoirs plus importants à leur profit »[21]. Il évoque « une gouvernance apolitique prégnante » et la notion de « fédéralisme exécutif postdémocratique » d'Habermas, et souligne que le modèle « *policies without politics* a la vie dure » puisque « si ce renforcement de la gouvernance économique technocratique a permis de juguler la crise, il a été unanimement dénoncé comme marquant un recul de la démocratie »[22]. Sur le plan matériel est surtout retenue une « inefficacité de la prévention » tirée de la crise des *subprimes*[23]. La chaine de légitimation démocratique doit passer par davantage de responsabilité des organes indépendants devant les institutions démocratiques de l'Union.

1.1.2 Le renforcement de la position de la BCE dans le système institutionnel de l'Union européenne

L'impact d'une institution dans un ordre juridique est la présence d'un changement, mesuré par la différence entre la situation *ex ante* et *ex post*, son niveau d'initiation par l'institution et sa désirabilité, comparée au résultat voulu de l'institution. La BCE est très puissante dans le domaine de la politique monétaire car elle est le seul décideur, mais elle est relativement faible en matière de gouvernance économique car elle ne dispose d'aucun droit formel de décision. De manière informelle, toutefois, les pouvoirs de la BCE en matière de gouvernance économique ne doivent pas être sous-estimés compte tenu des *liens fonctionnels* entre politique monétaire et politique économique.

Dans le contexte de la gestion de crise de la zone euro, l'objectif de la BCE consistait à surmonter la crise et à préserver la monnaie unique

20. Règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniforme pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, *JOUE* L 225 du 30 juillet 2014, p. 1.
21. D. Ritleng, *ibid*.
22. *Ibid*.
23. F. Allemand et F. Martucci, « La nouvelle gouvernance économique européenne », *CDE,* 2012/1, p. 17, v. part. pp. 22-32.

pour sauver le projet européen dans son ensemble[24]. Il s'agit d'un objectif existentiel, puisque si la monnaie unique s'effondre, cela met directement en péril la raison d'être de la BCE. Lors de l'annonce de l'OMT (système des opérations monétaires sur titres, *Outright Monetary Transactions*), la BCE est devenue l'institution *leader* et a guidé la zone euro vers un changement politique et institutionnel décisif. La BCE l'a fait à un moment où la fragmentation de la zone euro semblait être plus étroite que jamais et où toutes les mesures réalisables prises par les États membres semblaient largement épuisées. Le lancement réussi de l'OMT, destiné à garantir une politique monétaire unique et à veiller au respect de la stabilité des prix de la zone euro et validé par la Cour, a garanti sa survie[25]. Sa faible contrainte institutionnelle l'a considérablement aidé dans cette gestion de crise.

En tant qu'institution supranationale, la BCE est *crédible* pour servir le bien commun de l'Union : sa légitimité d'impartialité dépasse évidemment celle du Parlement et de la Commission car elle est indépendante du pouvoir politique. Elle est exempte d'influences ou de contraintes qui pourraient l'empêcher de défendre exclusivement les intérêts communs de la zone euro, qui correspondent à ses propres intérêts institutionnels. Ce statut est renforcé par les importantes ressources institutionnelles, matérielles et exclusives de la BCE dans le cadre de la politique monétaire de la zone euro.

Toutefois, pour ce qui est de sa légitimité, le bilan d'après-crise de la BCE est mitigé. Évaluée au prisme du principe démocratique, la BCE n'a aucune légitimité d'entrée car elle est politiquement indépendante et ne répond qu'à la seule légitimité d'exercice. Outre les bases juridiques établies par les traités, la BCE ne peut donc compter que sur la légitimité de sa production, qui est définie par son mandat de maintien de la stabilité des prix[26]. Tant que la BCE atteindra cet objectif sans entraîner de conséquences redistributives importantes, sa légitimité devrait être considérée comme relativement élevée. La BCE « a vu sa position institutionnelle encore davantage renforcée à la faveur de la crise. Mais c'est en vertu d'une conception extensive de son mandat de politique monétaire délimité par l'objectif principal de stabilité des prix qu'elle a adopté des mesures non conventionnelles qui lui ont permis de restaurer la stabilité financière, n'hésitant pas, comme dans le cas du programme OMT d'achat de dettes publiques, à subordonner le bénéfice de leur application

24. Voy. F. Chaltiel, « Pour l'euro, pour l'Europe, pour les Européens », *RUE*, 2011, pp. 5-6.
25. C.J.U.E., 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c/ Deutscher Bundestagaff*. C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 ; voy. E. Authier, « Compatibilité du programme OMT : la C.J.U.E. a tranché », *Dalloz Actualités*, 17 juillet 2015 ; F. Martucci, « La restructuration de la dette souveraine dans la zone euro : entre souveraineté et marché », *RFDA*, 2019, pp. 272-280.
26. Art. 127§1 TFUE.

à la mise en œuvre de réformes économiques structurelles dans les pays concernés »[27].

En ce sens, « l'influence que la BCE peut ainsi exercer sur les choix budgétaires et de politique économique des États membres est d'autant plus forte qu'elle est membre avec la Commission et le FMI de la Troïka, qui joue un rôle central dans la conception et le contrôle de la mise en œuvre des plans d'ajustement budgétaire et de réformes structurelles qui conditionnent l'assistance financière octroyée à un État par le Mécanisme européen de stabilité »[28]. Cependant, dès que les actions de la BCE impliqueront clairement des gagnants et des perdants, et ne seront pas soutenues sans ambiguïté par son mandat, elle perdra sa légitimité. Cette perspective d'atteinte à l'action de la BCE par manque de légitimité est possible de son propre fait, car « le *Bundesverfassungsgericht* a soutenu que l'indépendance de la BCE n'est justifiée au regard du principe démocratique que dans la mesure où son mandat reste limité à une politique monétaire orientée principalement vers le maintien de la stabilité des prix et entendue strictement ; en vain »[29]. En tout état de cause, la BCE demeure l'une des institutions les plus puissantes dans le système de la zone euro et sort renforcée de la gestion de la crise financière.

1.2 *La légitimité d'impartialité à l'épreuve de la démocratie parlementaire*

Dans le contexte démocratique post-Lisbonne de l'Union européenne, la légitimité d'impartialité sonne comme un *anachronisme*. La marginalisation du Parlement européen dans l'Union économique et monétaire est asymétrique à l'adoption de ce qui, jadis, était la codécision, pour devenir la procédure législative ordinaire (1.2.1). De nombreuses propositions ont été faites pour enrayer cette anomalie. Celle d'une parlementarisation de la zone euro par une assemblée spéciale est à la fois l'une des plus insolites et l'une des moins convaincantes (1.2.2).

1.2.1 La marginalisation du Parlement européen dans l'UEM

Transférée au titre des compétences exclusives de l'Union[30], bien qu'une lecture attentive de l'article 2 TUE nous permette de comprendre

27. D. Ritleng, *art. cit*.
28. *Ibid*. ; voy. F. Martucci, « Aspects juridiques et institutionnels de la conditionnalité dans la zone euro », *RUE*, 2019, pp. 82-88.
29. *Ibid*.
30. Art. 3§1 TFUE.

que la dynamique de chaque domaine compte bien davantage que cette classification formelle des compétences, la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro cantonne le Parlement européen à un rôle d'acteur marginal. Cet aspect est particulièrement visible par une lecture combinée des articles 127, 128 et 129 TFUE[31], le renvoyant à son pouvoir de consultation dans le cadre de procédures législatives spéciales, et par l'objet résiduel de l'article 133 TFUE[32]. Cette organisation des pouvoirs dans l'une des politiques les plus intégrées dans la différenciation[33] est une contradiction majeure avec la fonction de représentation des citoyens de l'Union. La prédominance de la fonction consultative du Parlement sur celle de contrôle politique en matière de politique monétaire constitue l'un des déséquilibres institutionnels les plus importants du processus de décision de l'union économique et monétaire. L'architecture institutionnelle de la gouvernance économique de la zone euro s'oppose, malgré le dialogue monétaire, à deux notions dynamiques en lien étroit : la citoyenneté active et l'*accountability* démocratique. La première consiste en un comportement civique des membres de la société, conscients et participants ; la seconde s'attache aux modalités de légitimation démocratique des décisions, notamment lorsqu'elles reposent sur un haut niveau d'expertise dans le domaine concerné. La responsabilité des tenants de la politique monétaire devant les marchés financiers apparaît plus forte que celle devant les autres institutions de l'Union européenne.

Le nécessaire renforcement des compétences et pouvoirs du Parlement européen dans l'ordre juridique et institutionnel de l'Union est intimement lié à celui de la citoyenneté européenne au titre du contrôle démocratique représenté[34]. Le principe de responsabilité démocratique dans la « Communauté de droit »[35], désormais « Union de droit »[36], for-

31. Ces dispositions renvoient respectivement au « contrôle prudentiel des établissements de crédit et autres établissements financiers », à l'harmonisation des « valeurs unitaires et les spécifications techniques de toutes les pièces destinées à la circulation » et à certains statuts du SEBC.

32. Cette disposition prévoit une procédure législative ordinaire pour « les mesures nécessaires à l'usage de l'euro en tant que monnaie unique ».

33. Voy. O. Clerc, *La gouvernance économique de l'Union européenne : recherches sur l'intégration par la différenciation*, Coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012.

34. Voy. P. Dollat, « La citoyenneté de l'Union : un statut fondamental légitimant l'action politique de l'Union et de ses États membres ? » in C. Haguenau-Moizard et C. Mestre (dir.), *La démocratie dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, part. pp. 140-146.

35. C.J.C.E., 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement*, aff. C-294/83, Rec. 1339, pt 23.

36. J. Rideau (Dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000 ; J.-C. Masclet, H. Ruiz Fabri, C. Boutayeb et S. Rodrigues, *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélange en l'honneur de Philippe Manin*, A. Pedone, 2010.

mée par l'Union européenne ne cesse de progresser et passe par un Parlement en situation de représentation des citoyens.

Pourtant, dans la gouvernance de l'Union économique et monétaire, « le contrôle démocratique de la gouvernance économique demeure très faible. À part le droit d'être informé, le Parlement européen ne joue aucun rôle dans le contrôle de la discipline budgétaire, la coordination des politiques économiques et l'octroi de l'assistance financière »[37]. La chaîne de légitimation démocratique en sort particulièrement atteinte, et avec elle la viabilité institutionnelle de la politique économique et monétaire européenne. Même si « l'on sait les exigences de technicité, d'efficacité, de confidentialité et d'indépendance qui s'attachent à la définition et à la conduite de la politique monétaire par l'Eurosystème dans la zone euro »[38], celles-ci ne sauraient supplanter les exigences de démocratie représentative organisée à multiniveaux par l'article 10 TFUE.

Cette *déparlementarisation* de l'Union économique et monétaire s'est déclinée au niveau national, où « les nouveaux mécanismes de coordination des politiques économiques et de surveillance budgétaire introduits par le *Six-Pack* et le *Two-Pack* confortent le rôle des gouvernements face aux parlements dont la fonction budgétaire en particulier s'étiole. La relégation parlementaire est encore plus poussée pour les pays sous assistance financière dont les parlements sont de fait tenus d' « entériner » les programmes négociés par les ministères des Finances avec les bailleurs de fonds internationaux sans, en pratique, pouvoir exercer les prérogatives que la constitution nationale leur reconnaît »[39].

Il est indispensable que l'*accountability* du processus décisionnel de l'Union passe par l'effacement de la marginalisation du caractère parlementaire du système juridique. Les propositions souhaitables de renforcement du rôle politique du Parlement européen en matière monétaire demeurent préférables à une innovation organique créant, un peu plus, deux Europes monétaires.

1.2.2 Les limites d'une assemblée parlementaire spéciale de la zone euro

Face à ces contradictions entre l'architecture décisionnaire de la zone euro et l'accroissement de l'exigence démocratique au profit du Parlement, seule institution de l'Union dont les membres sont directement élus par les

37. D. Ritleng, *art. cit.*
38. F. Allemand et F. Martucci, « La légitimité démocratique de la gouvernance économique européenne : la mutation de la fonction parlementaire », *art. cit.*, p. 117.
39. *Ibid.*, p. 116.

citoyens et dont la légitimité en fait la première institution énumérée à l'article 13 TUE, de nombreuses constatations et propositions émergent et plaident pour que la citoyenneté européenne instituée prenne pleinement sa place dans la gouvernance économique de l'union monétaire[40]. Parmi ces propositions, certaines envisagent une innovation institutionnelle ou organique spéciale en affirmant la nécessité d'un contrôle politique citoyen de la gouvernance monétaire qui ne passe pas par le Parlement européen mais par une « assemblée parlementaire de la zone euro »[41].

Toutefois, les coûts juridiques et institutionnels de la proposition sont rarement mis en avant. La voie vers la spécialisation parlementaire méconnait le principe d'unité institutionnelle sans renforcer l'*accountability*. Ses membres seraient nommés parmi des institutions déjà existantes (Parlement européen, parlements nationaux) et les plus démocratiquement légitimes tout en cadenassant leur potentialité d'accroissement des compétences dans l'Union économique et monétaire. La complexification institutionnelle par la spécialisation parlementaire tirée d'une légitimité indirecte et d'apparat conduirait « à repenser le fonctionnement de la représentation démocratique en lui assignant des missions spécifiques à la fois de décision et de contrôle »[42]. La remise en cause du principe de démocratie parlementaire européenne actuellement lié à l'élection au suffrage universel s'avérerait, politiquement comme en droit, contreproductive.

Enfin, quant aux domaines de l'Union économique et monétaire, il est vain de croire qu'une création institutionnelle ou organique engendrerait davantage de satisfecit des peuples à l'intégration européenne : ce qui est attendu reste l'harmonisation des législations les plus essentielles à la société politique, soit les domaines fiscaux et sociaux. Francesco Martucci souligne que « d'un point de vue matériel, le gouvernement économique serait un leurre s'il n'est pas complété par une convergence

40. Voy. S. Hennette, T. Piketty, G. Sacriste et A. Vanchez, *Pour un traité de démocratisation de l'Europe*, Paris, Seuil, 2017 ; R. Barrata, « Legal issues of the "Fiscal Compact" : searching for a mature Democratic Governance of the euro » in B. De Witte, A. Heritier et A. H. Treschsel (dir.), *The Euro Crisis and the State of European Democracy*, European University Institute, Florence, 2013, p. 31 ; J. Guitton, *Quel gouvernement économique pour l'Union européenne ?*, Coll. Macro droit / Micro droit, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 120 ; P. Dollat, « Le contrôle des instances exécutives de la zone euro : « la grande illusion » ? Pour un gouvernement économique européen démocratique » in C. Gueslot, P.-Y. Monjal et J. Rossetto (dir.), *La responsabilité politique des exécutifs des États membres du fait de leur action européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 389-418.

41. Au-delà du programme de Benoît Hamon pour les élections présidentielles françaises de 2017, voy. V. Kreilinger et M. Larhant, « Faut-il un parlement de la zone euro ? », *Policy Paper,* 176, Institut Jacques Delors, 2016 ; J.-P. Jacqué, « À propos de la différenciation. Deux voix pour deux voies », *JDE*, 2018/1, p. 8-9.

42. F. Martucci, « La relance de l'intégration européenne par la zone euro », *Revue de l'Euro*, n° 51, 4 septembre 2017.

économique, fiscale et sociale dans la zone euro »[43]. Cette remarque est également valable pour l'assemblée parlementaire européenne, qui ne bénéficierait même pas, contrairement au gouvernement économique de la zone euro, de prérogatives exécutives et parlementaires, et dont l'efficacité de l'action serait limitée[44]. Un nouvel acteur institutionnel, de quelque nature que ce soit, qui marquerait dans le temps le choix d'une complexification institutionnelle plutôt qu'une harmonisation normative emporterait de graves incidences sur l'adhésion à la construction européenne. Pour citer un économiste généralement apprécié des partisans d'un Parlement de la zone euro, Joseph Stiglitz indique que « l'euro était censé servir les Européens ; aujourd'hui, on leur demande d'accepter des baisses de salaire, des augmentations d'impôts et des réductions de prestations sociales pour sauver l'euro. Et ce n'est pas seulement l'économie de l'Europe qu'on sacrifie. C'est aussi, à bien des égards, la confiance dans sa démocratie »[45]. La *confiance* serait ébranlée pour une partie conséquente des citoyens européens envers les institutions de l'Union. Or, pour celles et ceux, institutionnalistes, qui pensent que la force de l'Union se conjugue ou est principalement fondée sur la cohérence et la légitimité de ses institutions et de la systémique institutionnelle, il s'agit d'une perte de confiance dans le projet européen en lui-même, bien que le système demeure démocratique. Au surplus, la diffusion de l'idée selon laquelle le processus décisionnel de l'échelon supranational est tant apolitique que mal contrôlé ébranle l'ordre social institué par le projet politique européen, soit la citoyenneté européenne[46]. Si elle est empreinte de bienveillance à l'égard de l'intégration européenne, la proposition d'assemblée parlementaire de la zone euro ne répond pas aux exigences protéiformes de l'intégration européenne.

La légitimité démocratique du modèle de gouvernance de la zone euro demeure à construire. Toutefois, l'écueil du changement de paradigme est à proscrire. Si l'architecture de l'Union européenne répond au principe démocratique, il s'agit de ne pas faire fi du contexte post-démocratique dans l'exercice de la gouvernance économique et monétaire.

43. *Ibid*.
44. Pour un panorama de la gouvernance exécutive, voy. P. Rosanvallon, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, Coll. Essais, 2015, part. p. 15 et pp. 70-75
45. J. E. Stiglitz, *L'Euro : comment la monnaie unique menace l'avenir de l'Europe*, Paris, Actes Sud, Coll. Babel, 2018, p. 347.
46. *Infra*.

2. La légitimité du modèle de gouvernance de la zone euro dans le contexte post-démocratique

Un certain contexte post-démocratique est d'abord caractérisé par l'*obsolescence politique* en matière économique et monétaire dans l'Union (2.1). Elle s'exprime à travers les équilibres institutionnels préévoqués marginalisant les institutions démocratiques, dont le Parlement européen, mais aussi et surtout par la réception dans les ordres juridiques nationaux du droit de l'Union européenne. La *rationalité économique* prépondère l'action publique et la vie institutionnelle. La citoyenneté européenne est, elle aussi, marquée par l'*économisation*, ce qu'illustre parfaitement la notion spéciale de *société civile* dans l'ordre juridique de l'Union (2.2).

2.1 *L'obsolescence politique dans la gouvernance économique et monétaire de la zone euro*

L'obsolescence politique se rapporte à l'état d'insuffisance d'institutions ou d'organes au sein d'un système institutionnel marqué par des différences de nature entre les entités juridiques qui le composent. Dans l'Union économique et monétaire, le manque de compétence ou de répertoire d'action des institutions politiques conduit à *apolitiser* le processus décisionnel (2.1.1). Ce phénomène supranational ne saurait toutefois s'apprécier selon une stricte autonomie. L'incapacité d'*autodétermination économique* des États membres est la déclinaison nationale de l'obsolescence politique (2.1.2).

2.1.1 L'apolitisation du processus décisionnel de l'UEM

L'inadéquation de la dimension apolitique de la gouvernance économique de la zone euro avec le contexte démocratique de l'Union est béante. La volonté exprimée des différents acteurs politiques, étatiques et institutionnels par le traité de Lisbonne en faveur d'une démocratisation du processus décisionnel a été et demeure profondément marquée par la crise financière. Le prisme est celui de l'évitement et, le cas échéant, de la gestion de crise « *whatever it takes* »[47]. L'apolitisation du processus décisionnel de l'Union économique et monétaire est d'abord le fruit de la pratique institutionnelle de gestion de la crise. Or, les liens entre le

47. Expression célèbre de Mario Draghi du 26 juillet 2012 s'engageant à faire tout ce qui est nécessaire, sans limites, pour assurer la liquidité du marché ; voy. S. Dahan, O. Fuchs et M.-L. Layus, « Whatever it takes ? », *AJDA*, 2014, p. 1311.

pouvoir politique et sa responsabilité en régime démocratique sont fondamentaux. Cet enjeu de la légitimité de la gouvernance économique européenne est depuis longtemps établi et a été renforcé à la faveur de la logique de régulation[48].

Sans politisation, la seule légitimité d'impartialité dans le contexte démocratique et institutionnel de l'Union apparaît aussi établie et efficace qu'insuffisante pour assurer l'adhésion au projet de gouvernance économique. Afin d'éviter tout anachronisme du modèle de la gouvernance économique de la zone euro avec la nouvelle gouvernance européenne ou que ne soient plus encore pointés démagogiquement les vices de l'indépendance de la BCE, et plus généralement que ne profite pas aux mouvements eurosceptiques un déficit démocratique de la politique monétaire tiré d'une exclusivité de cette compétence exclusive, il serait de bon ton que la gouvernance économique de la zone euro ne résiste pas à l'Europe politique. Comme en conclut Dominique Ritleng, « il est donc urgent de politiser l'Europe. La légitimité démocratique de l'Union en dépend et, au bout du compte, la pérennité du projet d'intégration »[49].

2.1.2 L'incapacité d'autodétermination économique des États membres

La perte d'autodétermination économique des États membres est liée à leur participation à l'intégration économique et monétaire européenne. Francesco Martucci souligne que « le droit de l'Union consacre la soumission de l'État à la discipline du marché dans les conditions prévues par les articles 123 à 125 TFUE, tout en imposant avec l'article 126 TFUE la soutenabilité des finances publiques mettant en principe les autorités nationales à l'abri du risque financier »[50]. La primauté du droit et de la légitimité d'exercice sur la légitimité élective relève d'abord de la volonté des États membres exprimée dans le droit primaire.

Dominique Ritleng constate que « la démocratie nationale a été affaiblie par l'effet d'une perte d'autonomie politique en matière d'orientations budgétaires et de politique économique, d'intensité variable selon la santé financière de l'État membre, alors que, comme le *Bundesverfassungsgericht* l'a rappelé à plusieurs reprises, le pouvoir budgétaire constitue un élément essentiel de la capacité d'autodétermination démocratique

48. F. W. Scharpf, *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch ?*, Campus Verlag, 1996 ; G. Majone, *Rethinking the Union of Europe post-crisis : has integration gone too far ?*, Cambridge University Press, 2014, part. pp. 179-207.
49. D. Ritleng, *art. cit.* ; v. *infra*.
50. F. Martucci, « La restructuration de la dette souveraine dans la zone euro : entre souveraineté et marché », *art. cit.*

d'un État, ce qui suppose qu'il conserve en la matière '*une marge d'action politique suffisante*' »[51]. L'action unilatérale de la BCE visant à préserver la zone euro, son existence même a des implications normatives. La mutualisation des risques, par exemple via l'accumulation de dettes souveraines à la BCE si le système OMT[52] est activé, est une décision politique qui aurait donc dû être prise par les ministres des finances ou les chefs d'État et de gouvernement. C'est d'abord l'inactivité, l'état *d'apathie économique*, des États membres qui a forcé la BCE à prendre une telle mesure si elle voulait éviter un effondrement de la zone euro. À l'ère austéritaire, soit l'examen attentif des choix nationaux, y compris budgétaires, par le marché, il semble que l'indétermination pérenne qui entoure l'identité et la fonction de l'Union cristallise les tensions. Les citoyens européens pourraient bien s'interroger sur la question de savoir qui les délivrera de la crise économique et du chômage lorsque les politiques nationales sont limitées par les règles de l'Union et que celle-ci semble éperdument dépourvue de solutions perçues comme démocratiquement établies.

Pierre Pescatore soulignait que « seule la puissance respectueuse du droit peut prétendre légitimement aux prérogatives de la souveraineté »[53]. Le système actuel de la gouvernance de la zone euro se saborde pourtant politiquement en privilégiant les bénéfices du résultat à ceux de la méthode. En découle une perception d'impuissance de la citoyenneté européenne dans la politique monétaire de l'Union par le manque de jeu institutionnel, appuyée par les manques d'incarnation et de symboles de l'Union, soit la déperdition d'une souveraineté politique en matière monétaire des citoyens de l'Union par l'apolitisation et le manque de jeu institutionnel, le prisme de la dimension technique de la matière monétaire écartant le citoyen comme les États membres[54]. Au regard de ce choix, l'avenir de la citoyenneté européenne comme « *dénominateur fédéral* dans le contexte du droit de l'Union »[55], pour reprendre l'expression de Dimitry Kochenov, s'en trouve contesté. Or, ajoute-t-il, « l'Union européenne a besoin d'avoir ses citoyens de son côté en cette période de turbulences »[56].

51. D. Ritleng, *supra*.
52. Voy. *supra*.
53. P. Pescatore, « Les répartitions de compétences entre la Communauté et ses États membres » in *La Communauté et ses États* membres, Actes du sixième collège de l'I.E.J.E. sur les Communautés européennes organisé à Liège les 10, 11 et 12 janvier 1973, Leiden, Martinus Nijhoff, 1975, p. 80.
54. *Infra*.
55. D. Kochenov, « On Tiles and Pillars: EU Citizenship as a Federal Denominator », in D. Kochenov (dir.), *EU Citizenship and Federalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 11.
56. *Ibid.*, p. 13.

2.2 *La société civile organisée comme prisme de la citoyenneté européenne dans l'Union économique et monétaire*

Partant de certains principes formalisés et énoncés par l'expression d'une *nouvelle gouvernance européenne*, le culte du consensus interinstitutionnel s'est externalisé vers les entités privées (2.2.1). Ces *parties intéressées*, ou *stakeholders*, sont une élite alternative dénommée *société civile organisée*, ou *organisations de la société civile*. Elles permettent, à des degrés encore insuffisants, la réalisation d'alternatives à la stricte démocratie politique dans l'Union économique et monétaire (2.2.2).

2.2.1 L'externalisation du consensus institutionnel vers la société civile organisée

À l'instar du niveau national, la citoyenneté européenne ne se concentre aucunement sur le vote électoral et la désignation démocratique de ses représentants. Elle est d'abord un statut fondamental de l'ordre juridique de l'Union européenne. Les droits individuels et collectifs qu'elle consacre n'ont pas pour première finalité de la faire interagir avec les institutions : la citoyenneté de l'Union est essentiellement transnationale, donc horizontale plutôt que verticale. Le modèle est essentiel à la compréhension d'une citoyenneté européenne bâtie dans un ordre juridique qui met à pied d'égalité le principe démocratique, le respect de l'État de droit et la protection des droits fondamentaux et humains.

Les organisations de la société civile bénéficient de la notion de citoyenneté active et investie que les institutions et organes de l'Union appellent de leurs vœux pour influencer le processus décisionnel européen[57]. Comme d'autres organisations internationales et les États, elle doit composer avec « la montée en puissance d'acteurs revendiquant une fonction d'intérêt général (ONG) »[58] et les modalités de son processus de décision s'en trouvent modifiées. De nombreuses entités privées usent stratégiquement de ces droits de participation et d'influence sur les choix politiques, bien qu'ils le fassent avec une grande opacité, et correspondent

57. Voy. « La citoyenneté active : pour une meilleure société européenne », CESE, 2012 ; « Livre vert - Initiative européenne en matière de transparence », Commission européenne, 3 novembre 2006, COM (2006) 194 final ; TPIUE, 10 décembre 2014, *Ordre national des pharmaciens (ONP) e.a. c/ Commission*, aff. T-90/11, ECLI:EU:T:2014:1049, pt 118 et TPIUE, 12 mai 2010, *EMC Development AB c/ Commission*, aff. T-432/05, Rec. II-1629, pt 81.

58. D. Lassalle, *L'Europe de l'intérêt général*, Publications de l'Institut européen de Genève, Université de Genève, Academia-L'Harmattan, 2013, p. 232.

à cette large et protéiforme catégorie des lobbies, majoritairement économiques, agissant « plus souvent en groupes de pression catégoriels qu'en défenseurs de l'intérêt général communautaire ou en porte-parole des citoyens »[59]. Le lobbying sur l'élaboration normative est donc prévu en droit de l'Union européenne, notamment par un certain nombre d'éléments de *soft law*, et la Cour est également revenue sur sa légitimité. La question posée n'est pas tant celle de la pertinence de son existence, inhérente à la démocratie quels que soient les intérêts représentés, mais bien au régime juridique de cette activité inhérente à la notion mal définie d'organisations de la société civile. Alors qu'elle peut, dans l'esprit commun, être étroitement liée à la notion de peuple ou de citoyen, la notion semble, en partie, usuellement désigner les acteurs privés et pluriels investis dans le processus de décision et dans l'élaboration normative. Devant cette nébuleuse terminologique, le Conseil économique et social européen attache une définition de la société civile qui correspond parfaitement à la pratique fonctionnelle de la vie des institutions européennes :

> *« Il y a lieu de reconnaître dans ce contexte qu'il existe plusieurs définitions divergentes de la société civile. Si certains établissent une distinction entre les organisations de la société civile, engagées dans la protection des biens collectifs, et le secteur privé, le Comité a une conception large de la « société civile organisée », qui comprend selon lui l'ensemble des groupes et organisations permettant à des individus de travailler en coopération et d'exprimer leurs points de vue, ce qui inclut les organisations du secteur privé, les syndicats et d'autres groupes d'intérêts. Les recommandations contenues dans le présent avis reposent sur une acception large de la société civile regroupant de manière ouverte et inclusive l'ensemble des acteurs non gouvernementaux »*[60].

Par la présente définition, attendue et claire, le Comité économique et social fait œuvre de transparence et s'impose, à juste titre, comme l'organe de représentation des organisations de la société civile européenne. L'une des principales difficultés avec cette notion européanisée de société civile est que son caractère inclusif « gomme les rapports de force »[61] entre ces entités privées protéiformes et aux intérêts évidemment très divergents.

59. P. Dollat, « La citoyenneté de l'Union : un statut fondamental légitimant l'action politique de l'Union et de ses États membres ? » in C. Haguenau-Moizard et C. Mestre (dir.), *La démocratie dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 127 ; part. p. 143.
60. Avis du Comité économique et social européen sur « Un Forum de la société civile européenne en faveur du développement durable », *JOCE* 303 du 19 août 2016, pp. 73-80.
61. V. Charlety, F. Lafarge, M. Mangenot, C. Mestre et S. Schirmann (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la gouvernance européenne*, Bruxelles, Larcier, Dictionnaires Larcier, décembre 2017, p. 318.

2.2.2 La réalisation limitée de la démocratie participative et sociale par l'expertise de la société civile organisée

Le Parlement européen et les élections européennes ne constituent pas *l'alpha et l'oméga* de la démocratie européenne car la démocratie politique n'est pas l'unique forme de démocratie dans l'Union européenne. La Cour rappelle à cet égard que « le respect du principe de la démocratie, sur lequel l'Union est fondée, requiert en l'absence de participation du Parlement européen au processus d'adoption d'un acte législatif, que la participation des peuples à ce processus soit assurée de manière alternative, en l'occurrence par l'intermédiaire des partenaires sociaux ayant conclu l'accord auquel le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, confère une assise législative au niveau communautaire. Pour contrôler le respect de cette exigence, il incombe à la Commission et au Conseil de vérifier la représentativité des partenaires sociaux concernés »[62]. La question de la représentation est alors centrale, comme en régime démocratique, pour la recevabilité du contentieux de la légalité. Cette forme de démocratie sociale dans l'Union économique et monétaire n'est pas isolée : elle est même instituée par le biais du Conseil économique et social européen[63].

Cette forme de démocratie participative emporte d'évidentes limites, mais également des dérives. Auprès de la Cour, la Commission n'hésite plus à défendre ses décisions de restriction d'accès aux documents pertinents (en l'espèce, une étude d'impact) en fondant ses moyens sur le « risque de pressions extérieures de nature à affecter gravement le déroulement de ces discussions » et « la nécessité que la discussion soit préservée de facteurs d'influence externe »[64]. Ce point est fondamental pour la construction européenne car, s'ils sont légitimes à faire valoir leurs intérêts, qu'ils soient capitalistes ou mutualistes, industriels ou environnementaux, de défense des droits de production ou de défense des droits du consommateur, émanant de syndicats patronaux ou de syndicats des travailleurs, même s'ils contribuent positivement à l'élaboration d'un espace publique politique à l'échelon supranational, « ces acteurs entravent la construction d'un intérêt commun à l'intérieur d'un espace politique donné »[65] et complexifient un processus décisionnel dans lequel rien ne peut être adopté sans un large consensus.

62. TPICE, 17 juin 1998, *UEAPME c/ Conseil*, T-135/96, Rec. II-2335, pt 89.
63. Voy. *supra*.
64. C.J.U.E., 4 septembre 2018, *ClientEarth c/ Commission*, C-57/16 P, ECLI:EU:C:2018:660, pts 118 et 119.
65. D. Lassalle, *L'Europe de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 35.

En ce sens, les représentants d'intérêts économiques continuent d'user stratégiquement de cette « notion floue » qu'est la société civile en la substituant au terme de « groupes d'intérêt » qui serait « trop souvent marqué à leur goût du sceau de la suspicion », ce qui gêne par ailleurs « la plupart des représentants des organisations travaillant dans les domaines humanitaires, environnementaux et sociaux »[66]. Le déséquilibre de la représentation et du pouvoir d'influence entre organisations de la société civile est d'autant plus grand qu'il se construit, pour majeure partie, selon les ressources économiques dont chacune dispose, des universitaires notant ainsi que « les débats politiques au sein de l'Union sont donc clairement dominés par les intérêts économiques, et la représentation des groupes d'intérêt à Bruxelles est relativement biaisée »[67]. Ce déséquilibre dans le pouvoir d'influence des groupes privés auprès des institutions de l'Union économique et monétaire s'imbrique, dans une certaine mesure, avec la place prise par l'expertise : cette dernière constitue une plus-value importante pour le processus décisionnel par les organisations de la société civile. Néanmoins, elle est aussi souvent utilisée « à des fins d'argumentation de pouvoir » lorsqu'il s'agit « pour le groupe d'intérêt de présenter ses revendications en les présentant comme de l'expertise, un répertoire d'action particulièrement utilisé au niveau de l'Union européenne »[68]. Il convient de souligner que cette étiquette de l'expert pour influencer les positions politiques du pouvoir décisionnaire européen n'est pas seulement utilisée par les GAFA (célèbre acronyme des géants du numérique que sont Google, Apple, Facebook et Amazon) et autres grandes entreprises, mais aussi par les ONG dotées d'équipes scientifiques éminemment qualifiées.

Le politologue Denis Duez évoque « un idéal participatif dévoyé », avec « une oscillation permanente entre une conception universaliste et une conception fonctionnelle de participation. D'un côté, les notions de citoyens, de société civile ou d'intérêt général sont régulièrement convoquées, de l'autre, les dispositions concrètes relatives à la participation font la part belle aux groupes d'intérêt. Cette hésitation réside d'ailleurs tout entière dans le glissement sémantique marqué par le passage du terme de 'société civile' à celui de 'société civile organisée' »[69]. Sous cet aspect, les conditions dans lesquelles s'exerce la participation à l'Union économique

66. H. Michel, « "Société civile" ou people européen ? L'Union européenne à la recherche d'une légitimité politique », *Savoir/Agir*, 1/2009, N° 7, part. p. 34 et pp. 39-40.
67. V. Charlety, F. Lafarge, M. Mangenot, C. Mestre et S. Schirmann (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la gouvernance européenne*, *op. cit.*, p. 239.
68. *Ibid.*, pp. 241-242.
69. D. Duez, « La démocratie participative européenne. Du citoyen à la société civile organisée » in C. Chenevière et G. Duchenne (dir.), *Les modes d'expression de la citoyenneté européenne*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2011, p. 87 et p. 98 ; v. part. p. 102.

et monétaire des organisations de la société civile, notion incluant donc les GAFA, sont loin de correspondre aux exigences selon lesquelles « l'organisation de l'Union européenne doit répondre à certains principes démocratiques »[70]. Le Code de conduite de la Commission européenne adopté le 31 janvier 2018 tend à une première régulation de ce phénomène de pantouflage supranational. D'autres éléments encourageants sont notables au niveau institutionnel, parmi lesquels un vote du 6 décembre 2018 de la commission des affaires institutionnelles du Parlement européen prévoyant des modalités d'encadrement et de transparence du processus de décision avec les entités privées en toute matière. À ce niveau de la gouvernance économique, le Parlement européen n'a pas dit son dernier mot.

70. H. Dumont, « La légitimité européenne dans la doctrine de la Cour constitutionnelle allemande. Un regard critique », *ibid.*, p. 11, part. pp. 23-26.

Bibliographie

ARTICLES

F. Allemand et F. Martucci, « La légitimité démocratique de la gouvernance économique européenne : la mutation de la fonction parlementaire », *Revue de l'OFCE, 2014/3, n° 134, p. 115-131.*

F. Allemand et F. Martucci, « La nouvelle gouvernance économique européenne », *CDE*, 2012/1, p. 17-99.

E. Authier, « Compatibilité du programme OMT : la CJUE a tranché », *Dalloz Actualités*, 17 juillet 2015.

F. Chaltiel, « Pour l'euro, pour l'Europe, pour les Européens », *RUE*, 2011, p. 5-6.

S. Dahan, O. Fuchs et M.-L. Layus, « Whatever it takes? », *AJDA*, 2014, p. 1311-1318.

V. Kreilinger et M. Larhant, « Faut-il un parlement de la zone euro ? », *Policy Paper*, 176, Institut Jacques Delors, 2016, 14 pages.

J.-P. Jacqué, « À propos de la différenciation. Deux voix pour deux voies », *JDE*, 2018/1, p. 8-9.

F. Martucci, « Aspects juridiques et institutionnels de la conditionnalité dans la zone euro », *RUE*, 2019, p. 82-88.

F. Martucci, « La relance de l'intégration européenne par la zone euro », *Revue de l'Euro*, n° 51, 4 septembre 2017.

F. Martucci, « La restructuration de la dette souveraine dans la zone euro : entre souveraineté et marché », *RFDA*, 2019, p. 272-280.

H. Michel, « "Société civile" ou people européen ? L'Union européenne à la recherche d'une légitimité politique », *Savoir/Agir*, 1/2009 n° 7, p. 33-41.

P. Pescatore, « Les répartitions de compétences entre la Communauté et ses États membres » in *La Communauté et ses États membres*, Actes du sixième collège de l'I.E.J.E. sur les Communautés européennes organisé à Liège les 10, 11 et 12 janvier 1973, Leiden, Martinus Nijhoff, 1975, 325 pages, p. 61-94.

D. Ritleng, « L'Union européenne : un système démocratique, un vide politique », Titre VII, avril 2019, n° 2.

OUVRAGES

R. Barrata, « Legal issues of the "Fiscal Compact": searching for a mature Democratic Governance of the euro » in B. de Witte, A. Heritier et A. H. Treschsel (dir.), *The Euro Crisis and the State of European Democracy*, European University Institute, Florence, 2013, 426 pages, p. 31-63.

D. Battistela, F. Petiteville, M.-C. Smouts, P. Venesson, *Dictionnaire des relations internationales*, Paris, Dalloz, 3e édition, 2012, 584 pages.

R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 (Tome I), Paris, rééd. Dalloz, 2003, 1526 pages.

V. Charlety, F. Lafarge, M. Mangenot, C. Mestre et S. Schirmann (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la gouvernance européenne*, Bruxelles, Larcier, Dictionnaires Larcier, décembre 2017, 356 pages.

O. Clerc, *La gouvernance économique de l'Union européenne : recherches sur l'intégration par la différenciation*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2012, 776 pages.

P. Dollat, « La citoyenneté de l'Union : un statut fondamental légitimant l'action politique de l'Union et de ses États membres ? » in C. Haguenau-Moizard et C. Mestre (dir.), *La démocratie dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 300 pages, p. 127-146.

P. Dollat, « Le contrôle des instances exécutives de la zone euro : « la grande illusion » ? Pour un gouvernement économique européen démocratique » in C. Gueslot, P.-Y. Monjal et J. Rossetto (dir.), *La responsabilité politique des exécutifs des États membres du fait de leur action européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 464 pages, p. 389-418.

D. Duez, « La démocratie participative européenne. Du citoyen à la société civile organisée » in C. Cheneviere et G. Duchenne (dir.), *Les modes d'expression de la citoyenneté européenne*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2011, 171 pages, p. 87-102.

H. Dumont, « La légitimité européenne dans la doctrine de la Cour constitutionnelle allemande. Un regard critique » in C. Cheneviere et G. Duchenne (dir.), *Les modes d'expression de la citoyenneté européenne*, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2011, 171 pages, p. 11-29.

L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903, Paris, rééd. Dalloz, 2005, 790 pages.

J. Guitton, *Quel gouvernement économique pour l'Union européenne ?*, coll. Macro droit / Micro droit, Bruxelles, Bruylant, 2013, 146 pages.

S. Hennette, T. Piketty, G. Sacriste et A. Vanchez, *Pour un traité de démocratisation de l'Europe*, Paris, Seuil, 2017, 96 pages.

D. Kochenov, « On Tiles and Pillars: EU Citizenship as a Federal Denominator » in D. Kochenov (dir.), *EU Citizenship and Federalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 805 pages, p. 1-82.

D. Lassalle, *L'Europe de l'intérêt général*, Publications de l'Institut européen de Genève, Université de Genève, Academia-L'Harmattan, 2013, 318 pages.

A. Le Divellec et M. De Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 11e édition, 2017, 408 pages.

J.-V. Louis, « La cohérence de la gouvernance économique, Aspects juridiques » in *Europe(s), Droit(s) européen(s), Une passion d'universitaire, Liber Amico-*

rum en l'honneur du professeur V. Constantinesco, Bruxelles, Bruylant, 2015, 934 pages, p. 361-384.

G. Majone, *Rethinking the Union of Europe post-crisis: has integration gone too far?*, Cambridge University Press, 2014, 380 pages.

J.-C. Masclet, H. Ruiz Fabri, C. Boutayeb et S. Rodrigues, *L'Union européenne : Union de droit, union des droits. Mélange en l'honneur de Philippe Manin*, A. Pedone, 2010, 937 pages.

J. Rideau (Dir.), *De la communauté de droit à l'union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, 522 pages.

P. Rosanvallon, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, coll. Essais, 2015., 416 pages.

D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie, Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015, 240 pages.

W. Scharpf, *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch ?*, Campus Verlag, 1996, 201 pages.

J. E. Stiglitz, *L'Euro : comment la monnaie unique menace l'avenir de l'Europe*, Paris, Actes Sud, coll. Babel, 2018, 502 pages.

Conclusion

Jean-Claude Gautron[1]

1. Les élections européennes dans un contexte de crises 470
2. Le Parlement européen et son bilan. Retour aux crises 474

1. Professeur émérite de l'Université de Bordeaux.

Le colloque de Bordeaux, organisé par Hanneke van Eijken, Tony Marguery et Sébastien Platon, a tenu ses promesses sur les deux plans que votre rapporteur a choisi de retenir à cette place.

En premier lieu il a en pratique anticipé le déroulement et les incidences des élections européennes de 2019, soit quarante ans après la première élection de ce type. Il est vrai que la pluralité des crises qui affectent aujourd'hui l'Union européenne a lourdement pesé sur l'issue de ces dernières élections. Il convient d'observer que si le colloque s'est tenu avant les élections, à la date actuelle il est possible de les intégrer dans la transcription écrite de ses actes, donc d'évaluer de manière effective le bienfondé de nombreuses observations portées dans les communications qui y furent présentées. Il est clair que le contexte de crises – « polycrise » selon la formule de M. Juncker – permettait d'entrevoir les bouleversements de l'institution parlementaire qui allaient survenir et les perspectives – conséquences directes et indirectes – qui s'ensuivraient. En ce sens les élections, en tant que fait politique, ont confirmé les travaux du colloque et les orientations qu'il comportait. Un colloque prospectif !

En second lieu les élections européennes ont servi de levier pour conduire une étude collective sur le Parlement lui-même, saisi dans son fonctionnement concret. Ce fut une occasion scientifique pour revenir sur la vraie nature du Parlement européen, encore dépositaire des espoirs de ses concepteurs mais qui s'est heurté à divers obstacles tenant à ses règles de formation et aux difficultés engendrées par une assez faible marge de manœuvre au regard des autres institutions et surtout des États, qu'ils soient coalisés ou non au sein du Conseil (et désormais du Conseil européen). L'emphase mise sur le Parlement se conjugue alors avec le jeu des crises qui ne sont pas celles du Parlement à proprement parler mais la question posée est celle de savoir si le bilan du Parlement n'est pas lui-même révélateur d'une crise qui l'affecterait de manière spécifique. Les travaux du colloque font apparaître au total les faiblesses de l'acteur au sein de son environnement et une interaction flagrante entre les aspects extérieurs et les aspects intérieurs du sujet. Cette dualité – le contexte et l'acteur – servira de trame à ces conclusions.

1. Les élections européennes dans un contexte de crises

1.1. Jamais dans l'histoire des élections européenne depuis 1979 le contexte électoral n'a paru aussi lourdement chargé de risques et donc d'atteintes non seulement au bon fonctionnement des institutions mais

aussi à la dynamique de l'intégration européenne, voire à l'existence même de l'Union. En effet si la Communauté européenne a traversé plusieurs crises importantes (la CED, le conflit entre la Commission et le général de Gaulle, le financement, le rejet de la constitution européenne), sa durabilité était assurée par les progrès du marché intérieur (acte unique) et par son positionnement au sein du système mondial de relations internationales : elle faisait partie du camp occidental dont l'unité était renforcée par le défi que représentait l'Union soviétique, et, en même temps, elle disposait d'une capacité variable selon les domaines mais constante à résister à la tutelle américaine. À cet égard, la fin de l'URSS a entraîné un affaiblissement stratégique de l'Europe dès le début des années quatre-vingt-dix.

Aujourd'hui, l'Union a perdu ses soutiens externes et beaucoup de sa capacité à influencer le sort du monde : hostilité conjuguée de l'Amérique de Trump et de la Russie de Poutine, acceptation politique mais concurrence économique de la Chine, concurrence également des pays émergents qui ont cessé d'être des marchés ouverts aux produits finis européens. À la dégradation de son statut international s'ajoutent plusieurs crises proprement européennes : crise institutionnelle, crise migratoire, crise monétaire, et aussi – l'actualité oblige – crise du Brexit. Si la participation du Royaume-Uni aux élections de 2019 a été confirmée juridiquement puis dans les faits, il a fallu organiser, sur la base des droits de l'Union et des États, les modalités de la répartition des sièges dont hériteront, à l'issue du Brexit, certains États membres, notamment la France et l'Espagne. Dans sa communication, Sébastien Platon s'interroge sur les droits futurs des nationaux, britanniques et non britanniques, à participer en qualité d'électeurs ou d'éligibles aux futures élections européennes. Cette approche laisse à penser que le Brexit ne sera pas achevé en un seul instant et que, sur le plan politique comme sur le plan économique et commercial, la séquence s'étalera dans le temps.

La pluralité des crises actuelles de l'Union est surplombée par une crise globale de nature idéologique.

La crise idéologique que traverse l'Union aujourd'hui a fait l'objet de plusieurs communications quant à ses deux éléments majeurs, la crise des valeurs et la montée des populismes, éléments indissolubles, qui au demeurant ont un caractère universel à la lumière des mutations intervenues aux États-Unis, en Russie et dans plusieurs pays tiers (Brésil par exemple), mais qui revêtent un caractère particulièrement destructeur dans le système politique de l'Union. Encore fragile du fait de sa construction sur une base pluriétatique, l'Union, après la Communauté, tire une large partie de sa légitimité des valeurs de l'État de droit dont l'accomplis-

sement relève des institutions européennes bien sûr – nous y reviendrons à propos du Parlement – mais également de chacun des États membres et aussi des partis politiques européens et nationaux (Mathias El Berhoumi). Constat a été fait de la difficulté de parvenir à une formulation communément acceptée et, plus encore, des insuffisances du contrôle du respect de ces valeurs par les partis politiques. Si l'affaire polonaise a bien provoqué l'activation de l'article 7 TUE, les obstacles inscrits dans le traité ont provoqué un basculement vers des procédures d'infraction plus classiques, en tout cas moins symboliques, notamment le recours à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Votre rapporteur suggère que coexistent actuellement deux conceptions de la démocratie en Europe. Dans certains pays, ceux libérés du communisme, la démocratie s'épuise en un processus électoral libre et pluraliste qui s'avère une condition nécessaire et suffisante. Dans d'autres pays, essentiellement les pays membres de l'Union les plus anciens (Europe de l'Ouest), la démocratie appelle des compléments nombreux, notamment le jeu des normes, des procédures et des voies de recours ouvertes aux citoyens, donc des mécanismes complexes qui s'ajoutent au processus électoral.

Cette différenciation rencontre le jeu des populismes, abordé aussi dans plusieurs communications. L'approche existentielle du populisme est plus aisée que sa conceptualisation. Il est clair que le populisme emporte des conséquences néfastes pour les élections européennes. En effet, il existe une contradiction flagrante entre le populisme et le constitutionnalisme national (Valentina Faggiani) et, *a fortiori* à un degré plus élevé le constitutionnalisme européen (Giuseppe Martinico). La référence appuyée à la technique référendaire, illustrée par le référendum britannique sur le Brexit, comporte une remise en cause de la démocratie représentative alors même que dans la tradition anglaise, le Parlement est le dépositaire suprême de la souveraineté – « Le Parlement peut tout faire sauf changer un homme en femme ».

La définition du populisme se prête à des variations nombreuses qui, dans les faits, servent les tenants du populisme. Au total la définition révèle une incantation : le populisme c'est le « vrai peuple » confronté aux élites (groupes dominants, classe privilégiée, « sachants ») particulièrement décriées. Aux élites sont reprochées la complexité du système politique européen et son intellectualité. Un tel contexte électoral devait logiquement déterminer l'issue de l'élection.

1.2. Les élections européennes du printemps 2019 ont confirmé les analyses présentées dans le cadre du colloque. Si au Royaume-Uni le parti du Brexit (Nigel Farage) l'a emporté clairement, les résultats des élections en Europe ont été bien sûr corrélés avec celles organisées en France et en Allemagne. Il convient donc à cette place de les traiter ensemble.

En France, le mode de scrutin mis en œuvre est la représentation proportionnelle dans une circonscription nationale unique. Donc un retour au mode de scrutin initial après l'intermède des huit circonscriptions régionales qui avaient été instaurées par la loi (française) du 11 avril 2003 dans le but de rapprocher les élus des électeurs. Trente-quatre listes étaient en compétition, dont des listes thématiques, voire folkloriques, qui confirment la qualification d'élections-défouloir des européennes. Les thèmes de campagne portés par les listes ont été quelque peu brouillés par des ambiguïtés persistantes. Les listes de gauche ont étalé leurs divisions ; les listes du Rassemblement national ne demandaient plus la sortie de l'euro ; la droite classique a mis le cap sur l'identité européenne (thème vague mais qui recouvre l'hostilité à l'immigration) ; les listes Macron (République en marche) plaidaient pour une réforme des institutions. Le taux de participation fut de 50 %, donc plus élevé qu'en 2014. Les gagnants ont été le R.N. (ex-Front national), suivi de près par la République en marche (22 et 21 sièges), les Verts portés par l'actualité environnementale. Les perdants ont été l'extrême gauche (6 % des votants) et la droite classique (8,5 % des votants), d'où des tensions assez fortes dans leurs rangs.

Les élections en Allemagne ont été plus surprenantes. En effet la grande coalition (CDU-CSU/SPD) en est sortie affaiblie au profit des Verts qui gagnent 10 sièges et de l'extrême droite qui gagne 4 sièges, soit 21 sièges pour les premiers, 11 sièges pour les seconds. Les sociaux-démocrates perdent plus du tiers de leurs sièges et la CDU/CSU limite la chute à cinq sièges en obtenant 29 sièges. À l'issue de l'élection européenne, c'est une problématique nationale qui resurgit : la grande coalition a-t-elle un avenir et le SPD a-t-il intérêt à y participer ? On notera un taux de participation élevé. En effet, les gagnants ont attiré des électeurs souvent abstentionnistes et – leçon d'école – surtout lorsque des élections locales étaient organisées le même jour. Ajoutons que les électeurs croyaient voter pour le choix du président de la Commission en application du système du *Spitzenkandidat* (Diane Fromage) : le Conseil européen propose au Parlement le président de la Commission en « tenant compte des élections parlementaires ». Cette disposition visait à accroître la légitimité démocratique du président de la Commission.

Dans l'ensemble de l'Europe, le taux de participation est en hausse par rapport aux précédentes élections, en hausse dans vingt pays, en baisse dans les huit autres. Dans un certain nombre de pays la hausse de la participation a accompagné des élections nationales (ou un référendum) organisées le même jour ou illustré un phénomène d'élections intermédiaires ou d'élections punitives en appel d'élections nationales. Le phénomène avait été perçu lors des travaux du colloque (Sébastien Roland). Les résultats sont tels que les deux grands partis européens (le PPE et les sociaux-démocrates) perdent la majorité et donc ne pourront plus procéder par

voie de consensus pour acter les grandes décisions de l'Europe. Au recul des deux grands partis correspond une montée des écologistes, des libéraux et de la droite radicale, elle-même divisée entre « droite souverainiste », « libertés et démocratie directe », « identité et démocratie ». Le paradoxe est que la visée de Habermas en faveur d'un « espace public européen » a paru se concrétiser autour d'un conflit binaire entre les souverainistes et les défenseurs de l'Union européenne. Toutefois les partis attachés à l'Union s'avèrent tous favorables à des réformes.

1.3. À l'issue des élections, le Parlement européen comprend sept groupes : le PPE (182 sièges), les socialistes et démocrates (153 sièges), les Renew Europe – ex-libéraux – (108 sièges), les écologistes (75 sièges), l'extrême droite dite « identité et démocratie » (73 sièges), les conservateurs et réformistes – nouvelle appellation de la droite souverainiste – (62 sièges), la gauche unitaire européenne. Il faudra donc que des groupes s'associent, soit durablement, soit sur des positions de manière ponctuelle. Le Parlement ressemblera désormais à l'assemblée d'un régime parlementaire multipartiste. Ses premières décisions ont consisté à rejeter trois candidats de la Commission dont la française Sylvie Goulard qui présentait certains handicaps. Cette mauvaise humeur vient de ce que la procédure du Spitzenkandidat n'a pas été appliquée au détriment de Manfred Weber, chef de file du PPE, et que le Conseil européen à l'initiative de la France s'est accordé sur la candidature d'un autre membre du PPE, l'allemande Ursula von der Leyen qui fut élue avec un score assez médiocre. En bref, les États conservent le monopole du choix du président de la Commission.

2. Le Parlement européen et son bilan. Retour aux crises

Nos travaux ont interféré au-delà des seules élections et ont porté aussi sur deux questions majeures. En premier lieu, quelle est, 40 ans après son passage à l'élection au suffrage universel, la vraie nature du Parlement ? En second lieu quels sont les chantiers ouverts devant le Parlement européen et qu'il devrait s'efforcer d'assurer ? Il s'agit donc du bilan de son action et aussi de l'agenda parlementaire souhaitable pour l'avenir de l'Union.

2.1. La montée en puissance du Parlement européen a répondu pour partie aux espoirs qu'avaient placés en lui les pères fondateurs des traités puis les rédacteurs des nombreux traités modificatifs. Modifications statutaires et pouvoirs institutionnels ont évolué ensemble des origines jusqu'au traité de Lisbonne bien qu'il ait fallu renoncer à l'objectif d'un mode de scrutin uniforme pour la raison qu'une telle disposition heurtait

de front les cultures politiques et électorales des États et faisait l'impasse sur leur diversité structurelle. Le caractère linéaire de son évolution s'est traduit par l'accroissement continu de ses pouvoirs qui sont passés de l'avis à la décision législative à travers plusieurs aménagements normatifs toujours ascendants : de l'avis facultatif à l'avis conforme (ou approbation), de la décision conjointe à la codécision, des procédures d'information ou d'avis aux procédures législatives, (ordinaires ou spéciales), de la codécision budgétaire à la codécision législative, puis de la procédure législative à la procédure budgétaire corrélée à la suppression de la distinction entre dépenses obligatoires et dépenses non obligatoires. Il s'agit bien d'une évolution constitutionnelle répondant aux vœux initiaux : équilibrer par un contrôle démocratique les organes de direction, ancrer la Communauté (et donc l'Union) dans une démocratie représentative transnationale, rétablir au profit du Parlement européen une partie des compétences perdues par les parlements nationaux. À la suite du projet de Constitution inabouti, le traité de Lisbonne affirme la représentation non plus des peuples mais des citoyens de l'Union par le Parlement européen. C'est une affirmation symbolique de l'unité de l'Europe.

Toutefois, en dépit de sa progression, le Parlement européen souffre de certaines dysfonctions. Le travail parlementaire est réparti dans l'espace à la suite de compromis inter-États. Si la session ordinaire se tient chaque mois à Strasbourg, symbole de la réconciliation franco-allemande, les groupes politiques et les commissions se réunissent à Bruxelles au plus près des organes de direction. Et surtout l'élection européenne se joue à travers des débats politiques nationaux, largement en dehors d'une problématique commune à l'ensemble des citoyens européens. L'élection de 2019 n'infirme pas ce schéma ; au contraire, elle est l'aboutissement d'un mouvement qui, à chaque scrutin, fit émerger des listes et des partis ouvertement anti-européens. Ce glissement a commencé avec le manque de sérieux dans l'organisation des campagnes électorales encore que cette dérive varie selon les pays et les régions.

Le professeur Blanc a présenté une communication qui illustre bien la résilience étatique en dépit de tentatives diverses pour parvenir à une véritable européanisation de l'institution par le jeu des élections et donc des électeurs (Sébastien Roland).

2.2. Les travaux du colloque ont porté aussi sur les chantiers, encore inachevés, du Parlement. On observe ici que les acquis n'ont qu'un caractère relatif et que subsistent aujourd'hui de nombreuses incertitudes.

En ce qui concerne les droits fondamentaux, le Parlement, s'il s'est porté garant des droits fondamentaux individuels, adopte une stratégie variable selon qu'il est ou qu'il n'est pas colégislateur. Dans l'ensemble, il incline à se porter requérant devant la Cour et à lui laisser le soin d'assurer

la protection des droits individuels (Christophe Maubenard) conformément à l'économie des traités. Il s'avère plutôt déclaratif dans les cas où son pouvoir normatif est faible tout en assurant son contrôle si possible sur les États, ce qui a fait dire qu'il est le « chevalier blanc » des droits de l'homme (Romain Tinière). A contrario dans les domaines de la colégislation qui sont aujourd'hui les plus nombreux, son intrusion dans le champ des droits fondamentaux est articulée dans le cadre des procédures législatives, ce qui lui permet de faire coup double : à la fois afficher son rôle de garant et en même temps accroître son pouvoir dans le système institutionnel de l'Union. Au terme de ces présentations, on peut dire que les droits fondamentaux sont un acquis que l'on peut juger durable au bénéfice du Parlement.

En ce qui concerne l'État de droit, il ressort de la communication de Beata Jurik et de celle de Fabio Pacini que, si le Parlement dispose d'un pouvoir informel – que les politistes déclarent tribunicien – c'est-à-dire la possibilité d'exercer une pression politique et médiatique sur les institutions et sur les États contrevenants, son pouvoir institutionnel demeure très faible alors que les gouvernements nationaux sont portés à lui renvoyer des questions sensibles susceptibles d'altérer le cours normal de leurs relations bilatérales ou multilatérales avec lesdits États. D'abord, les mécanismes de protection de l'État de droit sont mis en œuvre par la Commission, conformément à son rôle général de « gardien des traités ». Le Parlement intervient en amont et en aval de la procédure. En amont, il propose au Conseil de statuer sans que celui-ci soit juridiquement tenu d'y procéder. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire hongroise. Par une résolution du 12 septembre 2018, le Parlement a invité le Conseil à constater l'existence d'un risque de violation de l'État de droit par la Hongrie. Le pouvoir du Parlement est dépendant du Conseil pour les suites de la procédure. Le Conseil peut, après un échange de vues avec l'État incriminé se prononcer sur le risque de violation à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement. Le constat de la violation, dès lors qu'elle est grave et persistante, relève du Conseil européen à l'unanimité et doit recueillir l'approbation du Parlement. C'est dire que le pouvoir sanctionnateur comme le pouvoir de prévention restent encore entre les mains des États à travers le Conseil et le Conseil européen.

D'autres questions, tout aussi actuelles, ont pris place dans les travaux du colloque. Elles sont également liées aux crises. Il s'avère que ce sont, pour l'heure, des chantiers inachevés.

La crise migratoire a suscité deux communications qui lui sont dédiées. Le rétablissement du contrôle aux frontières et l'échec de la réforme du règlement Dublin placent l'Union dans une situation difficile face aux politiques nationales et laissent le Parlement démuni par manque

de moyens d'agir. Il est vrai que la faiblesse du Parlement découle de ce que les politiques migratoires relèvent globalement des compétences nationales et que toutes les tentatives de les européaniser se sont heurtées au refus des forces politiques gouvernantes, puisque certaines y voient, au contraire, un levier pour affaiblir l'Union (Davide Petrillo). Par ailleurs l'instauration d'un système d'asile commun tel que préconisé dans le rapport Wikström n'est pas encore activé en dépit des propositions présentées par le Parlement européen et des négociations ouvertes en 2017. Le chantier reste ouvert et le Parlement devrait y contribuer de manière décisive (Salvatore Nicolosi), vu l'importance de la question pour l'Union.

La crise de la zone euro, vue du point de vue du Parlement européen, a provoqué des prises de position non entièrement concordantes de la part des participants. En effet, il existe un débat de nature politique quant aux moyens de résoudre le déficit démocratique de la zone. Ce fut un colloque dans le colloque.

L'établissement de la zone euro aurait pu s'inscrire durablement au cœur du droit de l'Union bien que le Parlement ne dispose que d'un pouvoir limité. Au mieux il est informé ou consulté (sauf rares exceptions). Mais dès l'origine, l'Union économique et monétaire (UEM) repose sur un décalage entre la compétence monétaire que l'on veut unitaire, et la compétence économique qui reste sous la juridiction des États. Le développement de la zone euro est passé par des traités intergouvernementaux, donc restreints à certains États, illustration de l'Europe à géométrie variable et de la résilience étatique à se défaire des compétences de gestion majeures. Le Parlement européen s'en est trouvé éliminé ou réduit bien qu'il ait contribué à la réforme de l'euro sans avoir pu accroître son contrôle (François Barviaux). Une problématique resurgit ici à savoir la concurrence entre le Parlement européen et les Parlements nationaux (Ton van den Brink), un cas de figure ignoré et, en quelque sorte, dénié par les traités fondateurs mais qui a revêtu une ampleur croissante avec l'évolution et la crise de l'Union.

Plus large encore, universelle et non purement européenne, est la crise de la démocratie représentative qui frappe de manière directe ou indirecte le Parlement européen. Corrélée à la montée des populismes, a émergé l'idée que la démocratie directe ou semi-directe ou participative pourrait relayer ou au moins compléter la démocratie représentative, celle-ci étant instrumentalisée par les acteurs politiques, les élus, les partis, les groupes de pression. Le débat a été porté à travers la communication de Hanneke van Eijken sur les forces et les faiblesses de l'Initiative Citoyenne Européenne prévue par le traité en son article 11, susceptible d'être activée par la Commission et acceptée par le Parlement européen. Consciente de ses limites notamment quant au nombre de signataires

requis et quant aux conditions préalables, la Commission a proposé une réforme de l'initiative citoyenne comme parallèle, et non concurrente, de la démocratie représentative. Il s'agit donc de faire progresser la citoyenneté mais non de gêner le Parlement européen qui doit faire face à beaucoup de nuisances.

L'esprit du colloque a été d'appliquer un réalisme analytique à ces graves questions et d'entretenir des espoirs raisonnés par gros-temps. Un colloque qui globalise à partir des élections européennes, leurs bilans, enjeux et perspectives…

Table des matières

Sommaire 5

Introduction: A Directly Elected European Parliament 9
Leonard Besselink

1. Representation and Aggregation 10
2. The political parliamentary function in the European context 13
3. Executive dominance and 'horizontal' transnational cooperation 15
4. Conclusion 16

PART I
The European Parliament in the EU as a federative liberal democracy 19

Les élections européennes et l'identité nationale des États membres 21
Laurence Potvin-Solis

1. Introduction 22
2. La convergence de légitimités démocratiques par les élections européennes dans le respect de l'identité nationale des États 25
   - **2.1.** *Le respect de l'identité nationale ancré dans la dualité du régime des élections européennes* 26
   - **2.2.** *Le renvoi au droit des États membres dans le respect de leur identité nationale* 30
3. L'européanisation du régime des élections européennes source de tensions d'identités démocratiques entre l'Union et ses États 34

3.1. *L'attraction des droits nationaux dans l'orbite du champ d'application du droit de l'Union* 35
3.2. *Les progrès d'un régime européen pour les élections européennes* 37

Le Parlement européen, garant de la démocratie et des droits fondamentaux devant la Cour de justice de l'UE 47
Christophe Maubernard

1. Le Parlement européen, requérant objectif pour la garantie effective des droits fondamentaux 50
2. Les finalités stratégiques du Parlement européen, requérant *semi-objectif* pour la garantie effective des droits fondamentaux 58
3. Conclusion 62

Le Parlement européen et la protection des droits fondamentaux ou le chevalier blanc des droits de l'homme à l'épreuve de la réalité 67
Romain Tinière

1. L'apport mesuré du Parlement européen à la protection des droits fondamentaux 70
   1.1. *Le rôle important du Parlement européen en matière de surveillance et d'alerte* 70
   1.2. *Un rôle plus modeste dans la définition des droits fondamentaux* 74
2. Bilan et tentatives d'explications 77

Les élections européennes, entre renoncement démocratique et vacuité politique 83
Sébastien Roland

The Greatest Challenge. How Populism erodes European Constitutional Democracies 103
Giuseppe Martinico

1. How Populists Use EU and National Constitutional Law Instruments and Categories 104
2. Constitutionalism and Populism: Between Mimesis and Parasitism 106

3. The Concept of Majority 110

4. A Research Agenda 113

The thresholds for the EP elections: the EU Electoral Act, national legislation and the case-law of Constitutional Courts 117
Andrea Antonuzzo and Nicola Lupo

1. The elections to the European Parliament and the regulation of electoral thresholds: a polymorphic "euro-national" procedure? 118

2. The case-law of constitutional courts on national thresholds for the EP elections and the underlying different interpretations of the nature and role of the European Parliament 122

3. "*Errare humanum est, perseverare autem diabolicum*". The 'double unconstitutionality' of the 5 % and the 3 % thresholds for the EP elections in Germany 123

4. The Czech Constitutional Court's ruling on the 5 % threshold in 2015 129

5. The case law of the Italian Constitutional Court: from procedural inadmissibility to substantive rejection of the questions of constitutionality regarding the 4 % electoral threshold 132

6. Towards a conclusion (on parliamentary "form of government"; the Europeanisation of the "Constitution of powers"; the lack of preliminary reference to the CJEU) 137

Le Parlement européen : Chambre des peuples ou Assemblée de l'Union ? Les paradoxes de l'européanisation parlementaire 145
Didier Blanc

1. Le Parlement européen, assemblée de parlementaires européens : une chambre des peuples des États membres 149

1.1. *La persistance étatique dans la composition du Parlement européen* 149

1.2. *La résistance étatique dans le mode d'élection du Parlement européen* ... 153
2. Une assemblée parlementaire européenne : l'Assemblée de l'Union ? ... 157
2.1. *L'européanisation de l'écosystème parlementaire* ... 157
2.2. *Une assemblée représentative des citoyens de l'Union* ... 161

The *Spitzenkandidaten* procedure for the election of the European Commission President: a critical view ... 167
Diane Fromage

1. Introduction ... 168
2. The 2014 and 2019 experiences: what happened and why the experience failed the second time around ... 170
2.1. *The 2014 experience* ... 170
2.2. *The 2019 experience* ... 171
3. Critical assessment of the legal framework and the political rationale or why this procedure should (urgently) be abandoned ... 173
3.1. *The legal framework in place under the Lisbon Treaty* ... 173
3.2. *The political risks induced by the procedure* ... 176
4. Conclusion: a few proposals for the future ... 177

PART II

The European Parliament and the crises of Europe ... 183

Le rétablissement des contrôles aux frontières en Europe. L'espace Schengen et le rôle du Parlement européen ... 185
Davide Petrillo

1. Introduction ... 186
2. Le cadre légal du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures ... 189
3. La position du Parlement européen sur les reformes du code des frontières Schengen et du règlement Dublin ... 194
4. Conclusion ... 199

L'(im)puissance du Parlement européen face aux contestations de l'État de droit 203
Beata Jurik

1. Introduction 204
2. L'(im)puissance institutionnalisée du Parlement européen face aux contestations de l'État de droit 208
   - **2.1.** *Le rôle limité du Parlement européen dans les mécanismes existants de protection de l'État de droit* 208
   - **2.2.** *Le rôle crucial du pouvoir tribunitien du Parlement européen dans la conquête de l'influence au sein du triangle institutionnel* 212
3. L'(in)capacité du Parlement européen de dépasser les clivages internes 215
   - **3.1.** *La logique partisane freinant l'action du Parlement contre les menaces à l'État de droit* 215
   - **3.2.** *Le dépassement de la logique partisane insuffisant ?* 218
4. Conclusion 221

The rise of populist parties and its effects on the European elections 225
Valentina Faggiani

1. The increase of populist parties in the EU 226
2. The rule of law backsliding 226
3. The left and right-wing parties in the Western Europe 229
4. The dangerous escalation of the right wing populist parties in Central-Eastern EU 234
5. A first reading of the elections to the European Parliament and the new European Commission: lights and shadows of Ursula von der Leyen's Presidency 237
6. Some considerations on the 'populist moment' in the EU 240

Le Brexit et les élections européennes : la citoyenneté politique européenne à l'épreuve du feu 245
Sébastien Platon

1. La participation du Royaume-Uni aux élections européennes de 2019 247
   - 1.1. *L'éventualité rejetée d'une non-participation du Royaume-Uni aux élections européennes* 248
   - 1.2. *L'incidence de la participation du Royaume-Uni sur la composition du Parlement européen* 254
2. L'impact du Brexit sur le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections européennes postérieures 256
   - 2.1. *La question du droit des britanniques de participer aux élections européennes* 257
   - 2.2. *La question du droit des citoyens de l'UE résidant au Royaume-Uni de participer aux élections européennes* 260
3. Conclusion 263

The Authority for European political parties and European political foundations and the protection of European fundamental values 267
Roberto Perrone

1. Introduction 268
2. A glimpse to the past: Regulation no. 2004/2003 and the control of the European Parliament 269
3. Regulation no. 1141/2014: enter the Authority for European political parties and European political foundations 271
4. Conclusion 279

Les décisions du Parlement européen en relation avec l'article 2 TUE : brèves remarques à partir de l'analyse du travail parlementaire au cours de la VIIIe législature 285
Fabio Pacini

1. Introduction 286

2. La question hongroise 286

3. Une brève remarque conclusive 291

La crise des valeurs fondatrices de l'Union européenne et les partis politiques européens après les élections européennes de 2019 : quelques réflexions 293
Giorgio Grasso

1. Introduction 294

2. Le cadre normatif : l'article 3, paragraphe 1, point c), du Règlement n° 1141/2014 et les mécanismes prévus pour vérifier le respect par les partis politiques européens des valeurs fondatrices de l'UE 295

3. La présence à l'intérieur de certains partis européens de partis nationaux qui pourraient ne pas respecter les valeurs fondatrices de l'UE 298

4. L'utilisation de la (nouvelle) disposition de l'article 10, paragraphe 3, du Règlement n° 1141/2014 : l'initiative du Parlement européen sur demande motivée d'un groupe de citoyens. Le cas de l'ONG The Good Lobby 303

5. Le respect des valeurs sur lesquelles se fonde l'UE et le rôle des partis européens dans l'élection de la présidente de la Commission européenne Ursula Van der Leyen et dans la formation de la Commission pour la législature 2019-2024 : quelques remarques 309

6. Remarque conclusive sur la politisation des instruments prévus pour contrôler le respect par les partis européens des valeurs fondatrices de l'UE 311

Les valeurs démocratiques et les partis politiques – une analyse comparative 315
Mathias El Berhoumi

1. La formulation des valeurs et le problème de la définition de la démocratie 319

2. Les lacunes du contrôle du respect des valeurs 322

3. Un embryon de réglementation interne des partis 324

Les partis politiques européens face à l'élargissement de l'Union et de la sphère publique européennes 331
Giacomo Delledonne

1. Présentation : objectifs, état des lieux et repères méthodologiques 332
2. L'« élargissement » des partis politiques européens : tendances et stratégies 337
3. Remarques conclusives 346

PART III
The European Parliament and EU policies 357

Direct democracy and the EU citizens' initiative: a paper tiger that never bites? 359
Hanneke van Eijken

1. Introduction: European citizenship and democratic rights 360
2. Political rights of European citizens 361
3. Criticism of the Citizens' Initiative 363
4. A new dawn? Reform of the Citizens' initiative 367
5. Direct or participatory democracy reinforcing democracy in the EU? 369
6. Concluding remarks 370

Mutual trust and mutual recognition in criminal matters: does the contribution of the EP matter? 373
Tony Marguery

1. Introduction 374
2. Negotiations of the European Arrest Warrant: missed opportunities to enhance mutual trust? 377
   - 2.1. *The adoption of the Framework Decision on the EAW: an undemocratic negotiation?* 377
   - 2.2. *The noted absence of a fundamental rights-based ground for non-execution in the EAW* 379
   - 2.3. *Didn't I warn you?* 381

3. Does enhanced democratic accountability make a difference? ... 385
3.1. *Try not to make the same mistake twice* ... 385
3.2. *Is the balance adequately struck?* ... 388
4. Conclusion ... 390

Parliaments as Architects of EU Economic Governance: Signs of an emerging shared democracy? ... 397
Ton van den Brink

1. Introduction ... 398
2. A Challenge of a special kind? ... 399
3. The legislative Six-pack and Two-pack ... 403
4. The Five Presidents' Report ... 407
5. Integrating the European Stability Mechanism (ESM) and the Fiscal Compact into EU law ... 412
6. Conclusion ... 417

Unfinished Business: The European Parliament the Development of the Common European Asylum System ... 423
Salvatore F. Nicolosi

1. Setting the Context: the 'Migratory Crisis' as an Institutional Challenge ... 424
2. The Competences of the European Parliament in the Field of Asylum ... 426
2.1. *The institutional perspective* ... 427
2.2. *The legal-historical perspective* ... 429
3. The European Parliament's Contribution to Restructuring the EU Asylum System ... 432
3.1. *The multidimensional construal of the principle of solidarity* ... 434
3.2. *The limits of the new legal design* ... 438
4. Concluding remarks: A too Ambitious Reform for a still Weak Legislator? ... 440

Le Parlement européen à l'épreuve de la légitimité fonctionnelle de la gouvernance économique et monétaire de la zone euro 445
François Barviaux

1. La légitimation par les résultats du modèle de gouvernance de la zone euro 449

1.1. *La légitimité d'impartialité de la gouvernance économique et monétaire de la zone euro* 449
1.2. *La légitimité d'impartialité à l'épreuve de la démocratie parlementaire* 453

2. La légitimité du modèle de gouvernance de la zone euro dans le contexte post-démocratique .. 458

2.1. *L'obsolescence politique dans la gouvernance économique et monétaire de la zone euro* 458
2.2. *La société civile organisée comme prisme de la citoyenneté européenne dans l'Union économique et monétaire* 461

Conclusion 469
Jean-Claude Gautron

1. Les élections européennes dans un contexte de crises . 470

2. Le Parlement européen et son bilan. Retour aux crises 474

Table des matières 479