

MARIA KRUK<sup>1</sup>

# La Pologne: la Constitution, la cour constitutionnelle et les inquiétudes de l'opinion internationale

## Streszczenie

Inspiracją i tłem dla podjętych w artykule rozważań były wydarzenia, jakie miały miejsce w Polsce w latach 2015/2016 r., związane z wielokrotnym podejmowaniem przez nową większość parlamentarną zmian w zakresie składu, trybu postępowania i podstaw prawnych sądownictwa konstytucyjnego (ustawy o Trybunale Konstytucyjnym).

Artykuł omawia trzy główne wątki funkcjonowania w Polsce Trybunału Konstytucyjnego (TK). Pierwszy ukazuje jego genezę, jeszcze w okresie realnego socjalizmu (1982), co jest o tyle istotne, że jego ówczesna koncepcja, mimo konstytucyjnej deklaracji o niezawisłości sędziów, zakładała pewien stopień jego pozostawania pod „nadzorem” parlamentu (czyli hegemonicznej partii politycznej), co tym bardziej uwrażliwia na wszelkie analogiczne przejawy politycznej interwencji już w państwie demokratycznym. Pokazuje też, jak mimo to TK umiał w tamtym czasie zdobyć niezależność i utrwalić swój autorytet, a także jak ukształtowała ten organ – już zaliczony do władzy sądowniczej – Konstytucja RP z 1997 r.

Drugi wątek przedstawia w skrócie „kronikę wydarzeń”, w tym pięć kolejnych ustaw (nowelizacji lub nowych ustaw o TK) i sposób, w jaki usiłują one, nawet niekiedy fortem prawniczym, zmienić na politycznie „korzystniejszy” skład tego sądu, zablokować jego swobodę orzekania lub unieważnić wyrok, z ostatecznym uchwaleniem trzech nowych ustaw: o organizacji i trybie postępowania przed TK oraz statusie sędziów TK (a także ustawę zawierającą przepisy wprowadzające), których negatywne konsekwencje pojawiają się na bieżąco. Równolegle ukazano opinie instytucji międzynarodowych (Komisji Weneckiej, Parlamentu Europejskiego i Komisji Europejskiej) zaniepokojonych sytuacją w Polsce z punktu widzenia europejskich standardów *rule of law*.

---

<sup>1</sup> Prof. dr hab. Maria Kruk-Jarosz, dr h.c. – Katedra Prawa Konstytucyjnego Uczelni Łazarskiego w Warszawie, ul. Świeradowska 43, 02-662 Warszawa; ORCID: 0000-0003-3929-5769.

Trzeci wątek dotyczy kwestii może najważniejszej, a mianowicie konsekwencji doktrynalnych i konstytucyjnych oraz problemów, jakich polskiej nauce prawa konstytucyjnego oraz praktyce konstytucyjnej i politycznej wydarzenia te przysporzą.

**Słowa kluczowe:** Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, polskie sądownictwo konstytucyjne, kryzys konstytucyjny w Polsce 2015–2016, Trybunał Konstytucyjny, opinia międzynarodowa o polskim Trybunale Konstytucyjnym, ustawy o Trybunale Konstytucyjnym RP, sędzia TK, orzecznictwo TK

MARIA KRUK

## Poland: The constitution, the Constitutional Tribunal and the anxiety of the international opinion

### Abstract

The events that took place in Poland 2015 and 2016, concerning the actions taken by the new parliamentary majority, including changes in the composition, procedure and legal basis of the Constitutional Court (Constitutional Court Act) were an inspiration to the reflections presented in this paper.

Discussed in the paper are three main points of the functioning of the Constitutional Tribunal (CT) in Poland. The first outlines the genesis of CT, starting with the period of real socialism (1982). This is quite important as the original concept of CT, despite the constitutional declaration of independence of the judges, assumed some degree of parliamentary supervision (i.e. a hegemonic political party). The text also describes how CT at the time able was to achieve independence and consolidate its authority, illustrating how this body – already included in the judiciary – was constituted in the Constitution of the Republic of Poland in 1997.

The second point consists of a short chronicle of events, including the adoption of the five successive legal acts (amendments or new Constitutional Court Acts), and the way in which attempts were made, sometimes even by legal tricks, to change the composition of this court to a politically more favourable and to block its freedom or to revoke the court's ruling. With the final passing of three new laws on the organisation and the procedure of the Constitutional Tribunal and the status of its judges, whose negative consequences continue to appear. At the same time, international institutions (the Venice Commission, the European Parliament and the European Commission) announced their opinions, expressing concern about the situation in Poland from the point of view of European standards of Rule of Law.

The third point touches probably the most important issue – the doctrinal and constitutional consequences, as well as the problems brought by these events to the Polish constitutional law science and the constitutional and political practice.

**Keywords:** Constitution of the Republic of Poland, Constitutional Court, Polish constitutional law, constitutional crisis in Poland 2015–2016, Act on the Constitutional Court of the Republic of Poland, Judge of the Constitutional Court, case law of Constitutional Court

## Origine de la juridiction constitutionnelle polonaise

**La II République de Pologne**, tout comme la plupart des Etats européens de l'entre-deux-guerres, était assez sceptique à l'égard de la juridiction constitutionnelle. Ni la Constitution de mars 1921 ni, ensuite, la Constitution d'avril 1935, n'a établi aucune forme de juridiction constitutionnelle ou une autre forme de contrôle de la constitutionnalité. En dépit de cela, la conviction que les lois devaient être conformes à la Constitution était bien présente. L'art. 38 de la Constitution de 1921 précisait qu' «aucune loi ne peut être contraire à la présente Constitution ni enfreindre ces dispositions». Aucune forme de contrôle institutionnelle n'a cependant été instaurée; ce rôle n'a pas été confié à la juridiction ordinaire, comme c'est le cas aux Etats-Unis. Au contraire, la Constitution rendait la juridiction clairement dépendante des lois, sans exclure, toutefois, le débat doctrinal et politique sur la question.

**La République Populaire de Pologne.** La situation n'a pas pu évoluer à l'époque de la République Populaire de Pologne<sup>2</sup>, d'autant plus que la Constitution de 1952 a clairement renforcé le principe de l'uniformité (aujourd'hui on parlerait même d'un cumul) du pouvoir de l'Etat, en le concentrant entre les mains du Sejm – l'organe suprême du pouvoir – et, en réalité, du parti communiste. Le principe de la suprématie du Sejm, résultant du régime politique, avait également son importance par la suite, après l'intégration du Tribunal Constitutionnel (TC) à la Constitution, au moment de la définition de ses rapports avec le Sejm, et, par là même, au moment où se décidait le degré de son autonomie et de son indépendance (ou, plutôt, le manque de cette autonomie).

En dépit de cela, est émergée une réflexion axée sur la nécessité de la mise en place de quelques formes concrètes de contrôle de la constitutionnalité. Le Parti Démocratique (Stronnictwo Demokratyczne) a avancé une proposition dans les années 1950 et, en 1961, un postulat dans ce sens a été formulé au cours de la Session des Chaires de Droit Constitutionnel. Il a fallu cependant attendre 1981 pour voir émerger plusieurs propositions (faites, entre autres, à la réunion du barreau de Poznań) et, finalement, voir se mobiliser les milieux politiques: en juillet 1981, lors du congrès extraordinaire du POUP<sup>3</sup> et en octobre, lors du premier Congrès

<sup>2</sup> La République Populaire de Pologne – le nom de l'Etat entre 1952 et 1989.

<sup>3</sup> Le Parti Ouvrier Unifié Polonais – le nom officiel du parti communiste.

national des délégués de NSZZ «Solidarność»<sup>4</sup>, au cours duquel la création du Tribunal Constitutionnel indépendant, ou d'une chambre correspondante de la Cour Suprême, a été demandée pour contrôler la conformité des lois à la Constitution et celle du droit national aux conventions européennes et aux Pactes des Droits de l'Homme. Un groupe d'experts de différents partis est constitué en novembre 1981, mais le 13 décembre de la même année tout est interrompu avec la proclamation de l'état de siège<sup>5</sup>. Les travaux ont repris en janvier 1982. Finalement, par la loi du 26 mars 1982 sur la révision de la constitution, deux tribunaux – le Tribunal d'Etat et le Tribunal Constitutionnel – sont intégrés à la loi fondamentale. Le Tribunal Constitutionnel a été très critiqué par certains pays voisins, tout comme par certains partis. Si la loi sur le Tribunal d'Etat a été adoptée en parallèle, celle sur le Tribunal Constitutionnel se faisait attendre; en son absence, cette juridiction ne pouvait que rester lettre morte. Sous pression politique, le parti a accepté de réviser la Constitution. Le fonctionnement du Tribunal a été pourtant très appréhendé et la longueur des travaux législatifs expliquée par la complexité de la question (ce qui, par ailleurs, a été vrai). Finalement, le 29 avril 1985, la loi sur le Tribunal Constitutionnel a été adoptée par le Sejm à l'unanimité. Une motion visant à reporter son lancement de deux ans a été néanmoins déposée. Le Tribunal a rendu son premier arrêt en mai 1986.

La Constitution de 1952 et la loi de 1985 ont forgé un modèle du Tribunal Constitutionnel adapté, d'une part, aux principes constitutionnels régissant le régime politique de l'époque (notamment l'inexistence de la séparation des pouvoirs et donc l'absence du pouvoir juridictionnel séparé) et, d'autre part, à la subordination effective des décisions de l'Etat aux directives politiques du parti. Cela signifiait que le Tribunal, par sa position et par sa nature, ne pouvait pas prétendre être considéré comme un organe de pouvoir autonome, au moins dans la même mesure que la juridiction ordinaire, et qu'il devait subir plusieurs pressions juridiques et politiques. Au sein de ce modèle voué au contrôle de la constitutionnalité du droit, le Tribunal Constitutionnel n'était donc pas assimilé à la juridiction ordinaire, même si la dénomination traditionnelle (le «Tribunal»), reconnue également au Tribunal de l'Etat, suggérait la parenté de deux institutions avec la juridiction ordinaire. La Constitution de la République Populaire de Pologne a habilement nommé les deux institutions comme «tribunaux» ce qui permettait, par ailleurs, de les séparer, sur le plan terminologique, de la juridiction ordinaire et n'obligeait pas de les doter de caractéristiques analogues.

<sup>4</sup> Syndicat Indépendant Autogestionnaire «Solidarność» (dirigé par Lech Wałęsa) – force motrice de la transformation démocratique polonaise.

<sup>5</sup> L'état d'urgence n'a pas été prévu par la Constitution de 1952.

Ainsi, la Constitution ne désignait pas les membres du TC comme juges (ils étaient cependant indépendants et bénéficiait de l'immunité judiciaire), même si la loi sur le TC, qui en matière de leur statuts, se référait à la loi sur la Cour Suprême, utilisait deux termes: membre du TC et juge du TC, et le terme de «juges» a été couramment utilisé dans le langage courant. Tant la Constitution que la loi utilisait une désignation générale – «décision du TC» – et ignorait le terme d'arrêt. Dans le texte de la Constitution, les deux tribunaux figurent dans le titre 4, avec la Chambre Suprême de Contrôle (en 1989 y ont été intégrés également le Défenseur des Droits Civiques et le Conseil National de la Radiodiffusion et de la Télévision) et non dans le titre consacré aux juridictions.

Le contrôle effectué par le TC était tout d'abord à posteriori, c'est-à-dire il portait sur les textes déjà en vigueur. Il était mis en œuvre sur demande des entités, organes ou fonctionnaires publics de l'échelon central, définis dans la loi, et des autres institutions, comme les conseils nationaux (pl. *radny narodowe*) ou les syndicats, lorsque le texte attaqué entraînait dans le champ de leur activité. Ce droit n'était pas reconnu aux citoyens ou à d'autres acteurs individuels. Le TC ne statuait pas sur les textes du droit international, il ne pouvait donc pas – ne serait-ce qu'en matière de droit et de libertés de l'homme – prendre une convention internationale comme références de sa décision. La loi prévoyait l'existence des questions préjudicielles.

Le contrôle liminaire (préventif), relatif aux lois déjà adoptées, mais encore non signées, a été reconnu au TC seulement en 1989, après la révision de la Constitution du 7 avril, la suppression du Conseil de l'Etat (pl. *Rada Państwa*) et la création de la fonction de président de la République Populaire de Pologne: ce dernier pouvait refuser de signer la loi et de l'attaquer devant le Tribunal Constitutionnel. La compétence du TC a été, par contre, fortement limitée par une disposition générale stipulant que la loi sur le TC concernait les textes publiés, validés ou votés après le jour de son entrée en vigueur (soit le 1.01.1986); par rapport à ceux publiés avant cette date, la procédure pouvait être lancée seulement lorsqu'ils étaient publiés ou validés après la date de révision de la Constitution (le 26.03.1982, soit la date de l'intégration du TC à la Constitution) ce qui empêchait l'appréciation du décret instaurant l'état de siège (le 13.12.1980). Par ailleurs, le faisceau des compétences du Tribunal a été élargi: le TC pouvait désormais statuer sur la conformité à la Constitution des objectifs ou des activités du parti politique<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> L'art. 4 de la Constitution de 1952 après la révision du 29. XII. 1989; il a instauré la libre adhésion des citoyens à des partis politiques et le droit, pour les partis, d'influencer la politique de l'Etat. Il prévoyait également leur contrôle par le TC.

## Le Sejm et le Tribunal Constitutionnel (1982–1997)

**Le caractère non définitif des décisions.** L'accord politique en faveur du Tribunal Constitutionnel avait son prix: la limitation de son indépendance par rapport au pouvoir de l'Etat. La référence à la suprématie du Sejm, en sa qualité de l'organe suprême du pouvoir unique de l'Etat, permettait d'utiliser un argument disant qu'aucun organe de l'Etat ne pouvait contrôler le Sejm. Le contrôle de la conformité du droit à la Constitution impliquait également le contrôle des lois votées par le Sejm: pour résoudre ce dilemme, on a considéré que les décisions du Tribunal constatant la non-conformité de la loi à la Constitution n'étaient pas définitives et devaient être réexaminées par le Sejm. Le Tribunal pouvait dire et statuer que la loi ou sa disposition n'était pas conforme à la Constitution, mais sa décision était adressée au Sejm. Elle n'entraînait pas en vigueur et n'était pas publiée avant que le Sejm ne s'y prononce pour constater son bien-fondé ou non et, le cas échéant, engager des actions adaptées, c'est-à-dire abroger ou modifier la disposition inconstitutionnelle. Tel qu'analysé dans la littérature, n'abrogeant pas des lois inconstitutionnelles, le Tribunal ne remplissait pas le rôle de «législateur négatif» au sens de Kelsen. La publication de la décision pouvant être comparée uniquement à la motion visant à abroger la loi, il s'agissait plutôt de «l'initiative législative négative»<sup>7</sup>. Si la décision n'était pas reconnue par le Sejm comme fondée, ce dernier l'a rejetée. Il pouvait le faire à la majorité des 2/3 des voix, c'est-à-dire à la majorité requise à l'adoption de la loi relative à la révision de la Constitution. De cette façon, la possibilité de refuser la validité de la décision qui n'était pas favorable au pouvoir était donnée à l'organe représentatif, celui qui par la même voie pouvait réviser la Constitution; elle n'était pas reconnue au gouvernement ou au premier ministre entravant la décision pour une raison ou une autre. Le rejet de la décision à la majorité constitutionnelle n'était pas difficile à réaliser, vu la composition politique homogène du Sejm, mais, sur le plan formel, il suggérait que le législateur lui-même confirme que la décision concernée est conforme à la loi fondamentale. Le Sejm (et, a fortiori le gouvernement) ne statuait pas sur le caractère formel ou procédural des décisions. Dans la pratique, le Sejm ne se prononçait pas sur le rejet des décisions durant de long mois, ce qui signifiait leur inapplicabilité en attendant le verdict de la chambre, et conduisait à une situation équivoque au regard de la constitutionnalité de la loi. Seulement le 20.X. 1993, et donc en pleine période de transformation, le TC a voté une résolution (n° W 6/93) contraignant le Sejm à statuer sur la décision dans un délai de 6 mois. En son absence dans ce délai, la décision devenait définitive au moment

<sup>7</sup> A. Mączyński, J. Podkowik, Commentaire de l'art. 188, in: Constitution de la RP, volume II, Duże Komentarze Becka [Grands commentaires de Beck], Varsovie 2016, p. 1130.

de la publication au Journal officiel, ordonnée par le TC, de l'annonce sur la perte de la force obligatoire des actes normatifs anciens. En 1995, le Tribunal a adopté une résolution selon laquelle le droit de rejet par le Sejm des décisions sur la non-conformité à la Constitution s'appliquait exclusivement dans le cadre du contrôle consécutif, mais, dans la pratique, dès 1989 les décisions rendues à la suite du contrôle préventif étaient considérées comme définitives.

**L'élection des juges.** La Constitution ne se prononçait pas sur le nombre de juges composant le TC, mais la loi prévoyait 12 membres (président, vice-président et 10 membres) élus pour un mandat de 8 ans, la moitié du collège étant remplacée tous les quatre ans. La loi élargissait les compétences définies dans la Constitution par des exigences analogues à celles requises au juge de la Cour Suprême ou au juge de la Cour Administrative Suprême.

L'élection des juges composant le TC était une autre manière constitutionnelle posant la base des relations entre le Tribunal et le Sejm. La Constitution précisait que les membres du TC étaient élus par le Sejm parmi les personnes se distinguant par leur connaissance du droit. La loi de 1985 a établi qu'ils étaient nommés et révoqués par le Sejm (la Constitution ne prévoyait pas le droit de recours). Parmi les motifs de la révocation se trouvait, entre autres, l'abus du sermon prêté par le juge, ce qui permettait d'apprécier librement le motif de la révocation et autorisait l'ingérence dans la composition du Tribunal (ce cas n'a cependant jamais eu lieu dans la pratique). La nomination des membres du TC par le Sejm en sa qualité d'organe politique composé de députés qui, eux aussi, étaient désignés par le parti, appelle inévitablement un choix politique ou, au moins, une influence politique. La nomination de l'ensemble des fonctionnaires, sous la République Populaire de Pologne, était décidée par le parti communiste donc, à vrai dire, chaque autre mode d'élection (par divers organes ou par la majorité qualifiée) devait conduire au même résultat. Dans ce cas, l'élection par le Sejm, en sa qualité d'organe suprême et représentatif (en théorie), conférait au Tribunal un certain prestige. En même temps, ce mode permettait aisément un contrôle politique de l'élection.

Dans la pratique, la composition du Tribunal, tout comme celle des autres organes (dont le Sejm), dépendait de la centrale politique du parti communiste qui, avant la première nomination au TC, a préparé un schéma de l'élection des juges basé sur leur appartenance au parti<sup>8</sup>. La composition définitive s'est avérée cependant professionnelle, la plupart des juges avaient le titre de professeur d'université, et la fonction de président, malgré les tentatives des membres éminents du POUP,

---

<sup>8</sup> Ceci explique, entre autres, la sévérité de la critique et le rejet, en 2016, de la proposition du PiS (Droit et Justice, le parti de la majorité parlementaire dès l'automne 2015), visant à instaurer la proportionnalité des sièges au TC de 7: 8 pour la majorité et l'opposition.

a été confiée à un militant catholique de PAX. Les juges recommandés par la commission du Sejm ont été élus au scrutin *en bloc*, à la majorité absolue des voix. La transformation lancée en 1989 a modifié la composition du TC; six membres devaient être renouvelés en 1989 (le 30. 11.), l'élection a été donc réalisée par le Sejm ayant déjà intégrée l'opposition issue de Solidarność. Depuis 1993, on élitait des candidats recommandés par la majorité parlementaire ce qui affaiblissait un peu l'impact politique dans la mesure où la composition du Sejm n'était plus homogène et la majorité, elle aussi, devait être pluripartite.

**La jurisprudence du TC et la Constitution de 1952.** Statuer sur la base des modèles proposés par la Constitution de 1952 n'a pas été chose facile. La Constitution a été un acte déclaratif, général, de façade, silencieux sur certains droits et libertés civiques, dépourvu de garanties formelles. Elle mettait en place un système instable des sources de droit, elle donnait au gouvernement une grande liberté en vue de créer le droit, elle n'instaurait pas l'obligation de publier de nombreux actes normatifs, souvent votés en fonction de besoin et non soucieux des normes juridiques, elle n'adaptait pas le droit international au système du droit polonais. La situation s'est améliorée avec la révision de la Constitution du 29.12.1989, mettant en place le principe de l'Etat de droit; ce principe, après la reconstruction de son contenu, tant par le TC que par la doctrine, a permis de se référer aux caractéristiques de l'Etat démocratique de droit pris pour références constitutionnels<sup>9</sup>.

**Le TC durant la période de transformation politique.** Malgré les attentes, la période de transformation n'a apporté aucune réforme approfondie en matière de conception constitutionnelle du Tribunal. Il est toutefois à noter que l'intégration à la Constitution des principes de l'Etat démocratique et du pluralisme politique a fait changer l'ambiance autour du Tribunal, car il a été perçu comme un allié et comme celui qui aide à mettre de l'ordre dans la loi, ce qui correspondait à l'un des objectifs de la transformation.

## Sous l'empire de la Constitution de la RP du 2 avril 1997

**1997–2015.** L'adoption de la Constitution a profondément modifié le régime du Tribunal, même si l'on peut relever certains aspects prouvant sa continuité qui ne se résumait pas au maintien de la dénomination traditionnelle. La nouvelle Consti-

---

<sup>9</sup> Voir une vaste monographie: E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [La clause de l'Etat de droit dans la Constitution de la RP à la lumière de la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel], Toruń 2003; voir aussi: M. Kruk, *Progrès et limites de l'Etat de droit, La Pologne, Pouvoir*, n° 118, 2006.

tution a forgé de façon rigoureuse le système démocratique des sources du droit, un large catalogue des droits et des libertés de l'homme et de leur garanties, a mis en œuvre un système parlementaire fondée sur le principe classique de séparation des pouvoirs et un système développé des organes voués à la protection juridique.

Dans ces conditions, la position du TC a changé. Il a fait partie des organes du pouvoir juridictionnels, autonome et indépendant des autres pouvoirs, bien qu'il ne soit pas devenu un organe de la juridiction ordinaire. Ses décisions sont devenues définitives et obligatoires *erga omnes*<sup>10</sup>. Le catalogue des entités qui pouvaient déposer les motions visant à contrôler la conformité du droit à la Constitution a été légèrement modifié. Ses compétences ont quelque peu changé: le Tribunal a perdu le droit d'imposer l'interprétation obligatoire des lois<sup>11</sup>, par contre, il devait désormais trancher les conflits de compétence entre autorités centrales constitutionnelles de l'Etat<sup>12</sup>. La plainte constitutionnelle est devenue l'un des instruments majeurs nouvellement mis en place: elle était à la portée de «chacun» dont les droits constitutionnels étaient violés par un acte normatif sur le fondement duquel on avait rendu un jugement ou une décision administrative. Toutefois, la Constitution de 1997 n'a pas modifié l'élection des juges du TC par le Sejm.

Les questions touchant à l'organisation et à la procédure devant le Tribunal devaient être régies par la loi. Cette fois, la loi sur le TC ne s'est pas fait attendre: elle a été votée le 1. 08. 1996 (J.O. n° 102, texte 643 avec amendements ultérieurs) et elle est entrée en vigueur avec la Constitution, c'est-à-dire le 17.10.1997<sup>13</sup>.

**Une nouvelle loi sur le TC.** Après une expérience de 18 ans, le 25 juin 2015, une nouvelle loi sur le Tribunal Constitutionnel a été votée (J.O. 2015 texte 1064). Elle est restée en vigueur peu de temps et cette période a été marquée par des difficultés. Le projet de loi étant été déposé par le Président le 10 juillet 2013, les travaux au parlement ont duré près de deux ans. Le projet de travail a été élaboré au sein du Tribunal (avec la participation des anciens juges), car on voulait profiter de l'expérience accumulée, notamment pour rationaliser et accélérer la procédure<sup>14</sup>. Le

<sup>10</sup> De façon transitoire, durant deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la Constitution, les décisions sur la non-conformité des lois à la Constitution, votées avant l'entrée en vigueur de la Constitution, ont été examinées, et éventuellement rejetées, par le Sejm.

<sup>11</sup> Suite à la difficulté de trouver un compromis entre le Tribunal Constitutionnel et la Cour Suprême.

<sup>12</sup> Ce conflit entre le premier ministre et le président de la République a été réellement tranché en mai 2009 (Kpt 2/2008).

<sup>13</sup> A l'exception des dispositions applicables à l'élection des juges, qui sont entrées en vigueur déjà 7 jours à compter de la publication de la loi; grâce à quoi dès l'entrée en vigueur de la Constitution et de la loi sur le TC, le Tribunal était déjà prêt à fonctionner.

<sup>14</sup> Voir M. Kruk, Nowa ustawa o Trybunale Konstytucyjnym [Nouvelle loi sur le Tribunal Constitutionnel], Przegląd Sejmowy, n° 5/2015, p. 9–28.

texte, voté finalement par le parlement, a été sensiblement différent du projet dans quelques aspects importants, par exemple le mode d'élection des juges. Malheureusement, cette nouvelle loi a été adoptée sans la révision préalable de la Constitution, et donc sans éliminer ne serait-ce que le mode d'élection des juges exclusivement par le Sejm, et en maintenant le principe selon lequel le candidat pouvait être proposé par un groupe de 50 députés ainsi que par le Présidium du Sejm<sup>15</sup>. Ce mode d'élection faisait que la majorité parlementaire avait la voix décisive pour élire la personne concernée car, dans la pratique, le Présidium du Sejm où siègent – en qualité de vice-présidents – les représentants des principaux clubs (fractions) parlementaires – ne désignait pas les candidats au-delà des clivages partisans et n'a pas élaboré un autre mécanisme à cet effet. Dans cette situation – indépendamment des qualités personnelles et des compétences des juges élus, et même en dépit du fait qu'ils bénéficiaient également des voix d'une bonne partie de l'opposition – une étiquette politique leur était accolée. Le projet d'une nouvelle loi a tenté d'atténuer «l'impact du parti» durant l'élection des juges, en donnant l'occasion, à certains milieux juridiques (chercheurs, magistrats) de proposer des «pré-candidats» dont viendraient des candidats retenus par un groupe d'au moins 15 députés<sup>16</sup>, mais le Sejm a rejeté cette opportunité<sup>17</sup>. Une autre proposition – la sélection préalable des candidats pour que l'opinion publique puisse les connaître (le suivi des juges par l'opinion publique fonctionnait même si tous les candidats n'y étaient pas favorables) – a été adoptée dans une certaine mesure: les candidats devaient être proposés au plus tard trois mois avant la fin du mandat de leurs prédécesseurs, et donc avant la prise de fonction d'un nouveau juge<sup>18</sup>. C'est justement ces questions qui ont provoqué la crise autour du Tribunal. S'agissait-il des prétextes?

<sup>15</sup> La nuance de la conjonction «ainsi que» qui, en polonais, peut être interprétée de différentes façons («et», «de même que»), a été plus tard utilisée pour motiver le caractère non définitif des résolutions sur l'élection des juges durant les derniers jours de la VII<sup>ème</sup> législature du Sejm.

<sup>16</sup> Pour ne pas affaiblir leurs droits, ils pouvaient proposer des candidats autres qu'issus de ce milieu; avec cette démarche, la procédure devenait un peu abstraite, mais permettait de mettre en place quelques usages démocratiques.

<sup>17</sup> Voir M. Kruk, Polish Constitutional Court: To change or not to change? (A few reflections on the new Constitutional Tribunal Bill), «Ius Novum» 2014, n° 2, p.11. Quelques propositions analogues ont été avancées plus tôt, mais le parlement avait l'habitude de les ignorer.

<sup>18</sup> Selon la Constitution de 1997, le mandat du juge est de 9 ans et il est individuel, ce qui signifie que les juges sont élus séparément, dans les différents délais, en fonction des postes qui se libèrent et nominativement (concrètement un nouveau juge à la place d'un juge partant).

## Une brève revue des événements

**Le principal fautif: l'art. 137.** Afin de maintenir les délais allongés pour proposer des candidats, la loi sur le TC du 25 juin 2015, déjà à l'étape des travaux au sein de la commission, à la suite d'un amendement déposé par les députés de la Plateforme Civique (Platforma Obywatelska, PO), alors majoritaire au parlement, a intégré un art. 137 (initialement 135), en vertu duquel les candidats pour les postes de juges, à élire avant la fin 2015, devaient être proposés dans un délai de 30 jours à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi (*vacatio legis* étant de 30 jours, elle est entrée en vigueur le 30.08.2015). Avant la fin de 2015, 5 postes devenaient vacants et, après l'écoulement du délai précité, le 8.10.2015, le Sejm a élu 5 nouveaux juges, chacun pour un poste libéré en 2015. Face à cette situation, le 23.10.2015, un groupe de députés de Droit et Justice (Prawo i Sprawiedliwość, PiS) a attaqué devant le TC certaines dispositions de ladite loi, dont l'art. 137, car la fin de la législature du parlement annonçait la victoire de ce parti (en effet, le 25.10.2015, les élections ont été remportées par le PiS, avec 37,58% des voix).

Le Président a inauguré la nouvelle VIII<sup>ème</sup> législature du Sejm le 12.11.2015 (le 11.11 a pris fin la VII<sup>ème</sup> législature<sup>19</sup>). Le Sejm de la VII<sup>ème</sup> législature a donc élu 3 juges dont le mandat a commencé avant le changement de la législature du parlement (les fonctions de leurs prédécesseurs ont pris fin le 6.11.2015) et 2 juges dont le mandat devait commencer durant la nouvelle législature du parlement.

**L'absence de l'assermentation.** Le Président n'a assermenté aucun des 5 juges élus<sup>20</sup>.

**La fin de la VII<sup>ème</sup> législature.** L'élection «anticipée» des juges du TC n'aurait pas été problématique si les élections parlementaires avaient été remportées par la même majorité. Mais la réalité a été toute autre et le parti ayant remporté la victoire a considéré que son «droit» d'élire les juges a été violé; le Défenseur des Droits Civique (RPO) a mis en garde, dans son avis, contre une telle possibilité. Le 10.11.2015, les députés PiS ont toutefois retiré leur requête déposée devant le TC, ayant décidé de résoudre la situation autrement: le 13. 11.2015, le deuxième jour de la nouvelle législature du Sejm, les députés de la nouvelle majorité ont déposé devant le Sejm un projet de loi visant à la modification de la loi sur le TC, dans lequel ils ont déposé

<sup>19</sup> La période entre deux législatures n'est pas connue en Pologne. Les élections ont lieu au moment où la législature de l'ancien Sejm dure encore, et la nouvelle législature commence avec la première séance de la chambre nouvellement élue. La première séance est convoquée par le Président de la République dans les trente jours qui suivent la date des élections (l'art.109 al. 2 de la Constitution).

<sup>20</sup> La Constitution ne se prononce pas en matière de serment, la loi le fait et considère que le refus de l'assermentation met fin à la fonction de juge (voir ci-après).

un amendement à l'art. 137, en y ajoutant l'art. 137a, permettant au Sejm de pourvoir l'ensemble des postes vacants en 2015.

**La requête en vue du contrôle de la conformité à la Constitution.** Le 17.11.2015, l'opposition a déposé une requête devant le TC en vue du contrôle de la loi sur le TC du 25.06.2015, dont le texte a été analogue à celui de la requête retirée.

**L'amendement de la loi sur le TC.** Le même jour a eu lieu la première lecture du projet susvisé. Il a été validé par le Sejm le 19.11.2015 (et c'est la date officielle de cette loi), approuvé par le Sénat le 20. 11., signé par le Président le même jour pour être ensuite publié au Journal Officiel.

**La requête en vue du contrôle de la conformité à la Constitution.** Le 23.11.2015, les députés PO et, les jours suivants, quelques autres acteurs, ont déposé au TC des requêtes en vue du contrôle de la conformité de cette loi à la Constitution.

**L'annulation de l'élection des cinq juges.** Le 25.11.2015, le Sejm a considéré que les anciennes résolutions du Sejm portant sur l'élection des 5 juges durant la précédente législature ont perdu la force obligatoire<sup>21</sup>.

**L'élection des cinq nouveaux juges.** Pour les remplacer, le Sejm a élu les 5 nouveaux juges (le 02.12.2015).

**La mesure conservatoire s'agissant de la requête.** Parallèlement à ces démarches du Sejm, s'est déroulée la procédure du Tribunal concernant la loi sur le TC du 25.06.2015, et notamment sur l'art. 137; pour cette raison, le Tribunal a publié le 30.11.2015 la mesure conservatoire s'agissant de la requête du 17.11. Elle a été ignorée par le Sejm et par le Président.

**Le serment la nuit, l'arrêt le matin.** Le TC a annoncé la publication de l'arrêt pour le 03.12.2015, mais la nuit du 2.12 au 3.12.2015 (ou, si l'on préfère, le matin à 1 h 30) le Président a assermenté les 4 juges nouvellement élus (le cinquième a été assermenté plus tard).

**L'arrêt.** Par l'arrêt du 03. 12. 2015, le Tribunal a décidé (K 34/15) que parmi les 5 juges élus durant la législature précédente, trois ont été élus de manière conforme à la Constitution et deux de manière non conforme – ceux dont le mandat devait commencer à courir seulement en décembre<sup>22</sup>, c'est-à-dire durant la VIII législature du Sejm. Le Tribunal a considéré que les autres dispositions de la loi étaient

<sup>21</sup> Ces résolutions ont été attaquées devant le TC (le 04.12.2015), mais le Tribunal ne s'est pas jugé compétent pour statuer (trois juges ont eu recours au *votum separatum*) en considérant qu'elles n'avaient pas le caractère d'actes normatifs.

<sup>22</sup> Le mandat de deux juges empire respectivement le 2.12.2015 et le 8.12. 2015.

conformes à la Constitution. L'attente de l'assermentation des trois juges régulièrement élus a commencé<sup>23</sup>.

**Les élus pour les postes pourvus.** Les faits ont été cependant accomplis: les nouveaux élus se sont rendus au siège du TC où ils ont reçu des cabinets et des apanages, mais, en tant qu'élus pour les postes déjà pourvus (les «doublons») ils n'ont pas été autorisés à statuer par le président du TC.

**La publication de l'arrêt?** Se pose cependant le problème de la publication de l'arrêt K 34/15, car le gouvernement (concrètement le Chef de la Chancellerie du Conseil des Ministres) a considéré que l'arrêt a été prononcé par le Tribunal dont la composition avait été irrégulière. Ce genre d'appréciation est historique car même sous la République Populaire de Pologne les décisions du TC n'étaient pas mises en cause du point de vue formel. Même si cet arrêt a été finalement publié, la procédure visant au refus de publier a été lancée.

**L'absence de l'assermentation.** L'inutile attente que le Président, confronté à la décision du Tribunal, assermente enfin les trois juges régulièrement élus, aboutit à deux conséquences: d'une part, l'absence de trois juges nuit à la formation complète du collège, notamment à la lumière des nouvelles lois successives sur le TC (voir: ci-après), ce qui fait que le premier ministre refuse de publier les arrêts, d'autre part, le parti au pouvoir ne dispose toujours pas au Tribunal d'un nombre majoritaire de «ses» juges ce qui nourrit les tentatives, toujours renouvelées, de faire pencher la balance en sa faveur (baptisées «le besoin d'une pluralisation» du collège du TC).

**Les conséquences.** Ces tentatives suivent deux voies: premièrement, elles discréditent le président du TC et d'autres personnes qui s'expriment dans cette affaire, notamment des anciens président du TC, se traduisent par des actions préjudiciables au Tribunal (telles que les restrictions financières: le refus d'octroyer les fonds pour le 30ème anniversaire du TC ou pour les retraites des juges<sup>24</sup>, les propositions de transférer le siège du TC en dehors de la capitale), secondo – elles stoppent la publication des arrêts, en troisième lieu – elles conduisent à l'adoption des autres lois sur le TC dites «de réparation».

## D'autres lois sur le Tribunal Constitutionnel

**La loi du 19 novembre 2015 sur la révision de la loi sur le TC** (mentionnée plus haut). Le 13.11.2015, un groupe de députés de la majorité (PiS) dépose un projet de loi

<sup>23</sup> Cette attente est d'actualité; pour cette raison, le Président du TC ne permet pas aux «doublons» de statuer.

<sup>24</sup> Dit état de retraite; les juges n'adhèrent pas au régime général des retraites.

sur la révision de la loi sur le TC. Le 19.11. le Sejm vote cette loi, le 20.11. le Senat ne propose pas d'amendement et, le même jour, signée par le Président, la loi est publiée, avec le *vacatio legis* de 14 jours (J.O. 2015, texte 1928)<sup>25</sup>. Les amendements ont introduit peu de changements; ils concernaient notamment le mandat et les modalités de l'élection du président et du vice-président du TC, prévoyant, entre autres, l'extinction de leur mandat après 3 mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi ce qui signifierait l'abrogation effective du mandat de plus de 9 mois<sup>26</sup> et la mise en place du mandat de 3 ans, renouvelable<sup>27</sup>. Par ailleurs, la loi stipulait que le mandat du juge commençait à courir seulement après l'assermentation. Un groupe de députés PO, le premier Président de la Cour Suprême (pl. *Sąd Najwyższy* / SN), RPO et le Conseil National de la Magistrature (pl. *Krajowa Rada Sądownictwa* / KRS) déposent des requêtes visant à contrôler la conformité de cette loi à la Constitution. Une grande partie des dispositions de ladite loi est reconnue comme non conformes à la Constitution (K 35/15). Le 16.12.2016, après quelques perturbations, le gouvernement a publié l'arrêt du 3 décembre (J.O. texte 2129).

**La loi du 22 décembre 2015 sur la révision de la loi sur le TC.** Un groupe de députés de la majorité gouvernemental dépose le 15.12.1989 un projet d'amendement de la loi sur le TC. La première lecture a lieu déjà le 17.12, le 22.12. la loi est votée par le Sejm, le 24.12. le Sénat ne propose pas d'amendements et la loi est transmise au Président, le 28.12 le Président signe la loi qui est publiée le jour même et elle entre en vigueur, hors *vacatio legis*, le 29.12.2015. Cette fois-ci, les amendements sont plus importants: ils instaurent une série de dispositions qui limitent ou entravent le fonctionnement du Tribunal. Tout d'abord, la loi tente par une astuce de résoudre le conflit autour de la légalité de l'élection des trois juges, en

<sup>25</sup> Dans le processus législatif polonais, le projet de loi est toujours déposé au Sejm qui l'adopte en trois lectures (selon un schéma suivant: la première lecture: la présentation du projet et le débat sur les principes du projet; la IIème lecture: le compte-rendu et les recommandations de la commission, le débat, les amendements; la reprise est possible lorsque le projet retourne devant la commission; la IIIème lecture: le vote), et le transfère au Sénat. La résolution du Sénat met fin à la procédure mais une résolution visant au rejet ou aux amendements conduit à leur examen par le Sejm qui décide en dernière instance. Le Président signe la loi et ordonne sa publication sauf s'il la transmet au TC ou au Sejm pour un autre examen (le «veto» abolit par la majorité des 3/5). Le règlement exige un intervalle (7 jours au minimum) entre les étapes consécutives de la procédure, sachant que le Sejm peut décider autrement. Cette fois, le rythme a été inhabituellement soutenu: la première lecture le 18.11., le 19.11 la deuxième et la troisième lecture, le vote et le dépôt au Sénat, la résolution du Sénat et la signature du Président tellement rapide que la publication au J.O. a eu lieu déjà le 20.11.2015.

<sup>26</sup> Le mandat de l'actuel président du TC, A. Rzepliński, a expiré le 19 décembre 2016, avec son mandat de juge du TC.

<sup>27</sup> Jusqu'à nos jours, le juge désigné en fonction du président du TC restait en fonction jusqu'à la fin de son mandat de juge.

exigeant que la composition au complet compte 13 juges, car selon le Tribunal, il y avait 12 juges capables de statuer. Par ailleurs, elle impose, pour statuer, la majorité des 2/3 (la Constitution requiert la majorité simple), exige l'examen des affaires dans l'ordre de leur arrivée et la désignation des audiences après 3 ou 6 mois à compter de la date de la notification faite aux parties, ce qui, évidemment, reporte considérablement la réaction du TC aux amendements successifs de la loi sur le TC. Par ailleurs, un nouveau principe des procédures disciplinaires à l'encontre des juges du Tribunal, sur demande du Président ou du Ministre de la Justice, a été instauré. La loi, en dépit de la Constitution, autorise également la révocation du juge par le Sejm sur demande de l'Assemblée générale du TC. Elle «enlève» aussi au Président du TC la compétence visant à la publication des arrêts en lui laissant la possibilité de déposer au Premier Ministre «la demande visant à la publication de l'arrêt».

La loi du 22.12 a été attaquée par plusieurs acteurs, dont quelques groupes de députés de différents partis d'opposition, le premier président de la SN, RPO, KRS. Sur ce fondement, le 9 mars 2016, le TC a rendu son arrêt (dossier K 47/15), non fondé sur une procédure basée sur la loi appréciative, mais sur la version liminaire de la loi sur le TC (du 25 juin 2015), en évoquant dans les motifs des arguments retenus (l'impossibilité de statuer sur la non-conformité de la procédure sur le fondement de cette procédure) dont les arguments de la Commission de Venise<sup>28</sup>. Le Tribunal a considéré que la loi était en totalité non conforme à la Constitution (entre autres à cause de son mode d'adoption), mais l'arrêt n'a pas été publié sur décision du premier ministre<sup>29</sup>.

**Le projet de loi sur la révision de la Constitution.** Le 17. 12. 2015, les députés PiS et Kukiz 15<sup>30</sup> ont déposé un projet de révision la Constitution. Il visait à élargir la composition du Tribunal Constitutionnel de 15 juges actuels à 18 juges, ce qui pourrait résoudre le conflit de personnes. Le texte n'a pas été soumis à la procédure. L'avis de la Commission de Venise a cependant mentionné la présence d'une information non vérifiée, portant sur une proposition d'attendre la fin du mandat de l'ensemble des juges; prenant position, la Commission a constaté que l'adoption

<sup>28</sup> Commission européenne pour la démocratie par le droit, connue sous le nom de la Commission de Venise. Ces arguments ont été repris par la Commission de Venise dans son Avis sur l'amendement de la loi du 25 juin 2015 sur le Tribunal Constitutionnel de la République de Pologne; voir le texte en polonais in: *Przegląd Sejmowy* 2016, n° 3, p. 135, et l'original anglais CDL-AD(2016)001, avis n° 833/2015 du 11 mars 2015.

<sup>29</sup> Le TC, en observant son arrêt, et en publiant d'autres arrêts portant sur d'autres affaires, a agi sur le fondement de la loi du 25 juin, tandis que le gouvernement, considérant que les amendements du 22 décembre s'appliquaient, ne publiait pas ces arrêts.

<sup>30</sup> Un groupement souvent favorable à PiS mais qui ne fait partie d'une coalition gouvernementale formelle.

d'une telle variante à la majorité constitutionnelle signifierait «une violation manifeste des normes européennes et internationales».

**La loi du 22 juillet 2016 sur le Tribunal Constitutionnel.** Le 22 juillet 2016, le Sejm a voté une autre loi sur le TC, cette fois-ci non visant aux amendements, mais une loi globale (J.O. de 01.08.2016, texte 1157), assortie de *vacatio legis* de 14 jours. La loi a ainsi donné un peu de temps au Tribunal pour examiner sa conformité à la Constitution<sup>31</sup> en permettant de recourir au mode non public (le mode public «serait incompatible» avec 14 jours). Ceci a été possible car ladite loi reprenait des dispositions déjà examinées auparavant par le Tribunal (en cas de procédure non publique, la publication du jugement a lieu lors d'une séance publique). La loi ordonnait la prise de fonction par les 3 juges élus pour les «postes déjà pourvus», l'ajournement de l'audience du TC en l'absence du Procureur général<sup>32</sup>, l'ajournement de l'audience, même de 6 mois, en cas de refus des 4 juges, la nécessité d'appliquer la nouvelle loi pour les affaires en cours et la publication des arrêts «en attente», à l'exception de ceux relatifs aux lois sur le TC.

Déjà aux cours des travaux du Tribunal, le Président du PiS (l'organe du parti) a annoncé que l'arrêt ne serait pas publié; en dépit de cette annonce, le Tribunal a rendu son arrêt et le président du TC a ordonné sa publication. L'arrêt du 11.08.2016 (K39/16) sur la non-conformité partielle de la loi à la Constitution n'a pas été publié. Les trois avis séparés<sup>33</sup>, ont été déposés: ils remettaient en question plusieurs éléments, dont ce mode de la procédure. La loi du 22 juillet 2016 est entrée en vigueur le 16.08.2016. Sur son fondement sont publiés 21 arrêts du TC non publiés auparavant, à l'exception des arrêts déjà mentionnés sur TC (K 47/15, K 39/15)<sup>34</sup>.

Cette fois, le TC n'a pas considérée que la loi était entièrement non conforme à la Constitution, mais que seulement plusieurs de ses dispositions étaient non conformes. Ainsi, la loi du 25 juin a été abrogée, mais un système de «deux pouvoirs législatifs» demeurerait car pour certains (la majorité parlementaire, le gouvernement, le Président) la loi du 22 juillet s'appliquait en totalité, tandis que pour les autres (ceux qui approuvait l'arrêt du TC) elle intégrait plusieurs dispositions non conformes à la Constitution, et donc invalides. Le groupe de chercheurs, nommé par le Président du Sejm et chargé d'élaborer cette loi (!), ayant terminé ses travaux (précisément

<sup>31</sup> La loi a été contestée devant le TC par plusieurs acteurs (députés PO, Nowoczesna/Modernité, RPO, 1er Président de la Cour Suprême).

<sup>32</sup> Il s'agit du Ministre de la Justice ce qui fait que l'absence du membre du gouvernement empêche la procédure devant le Tribunal.

<sup>33</sup> Emanant des juges élus déjà durant la nouvelle, VIIIème législature du Sejm.

<sup>34</sup> Etant donnée que tous ces arrêts restaient non publiés pour la même raison – l'irrégularité de leur prononcé selon le gouvernement – la loi ne reconnaissait que certains arrêts, en ordonnant la publication de ceux qui ne concernaient pas le TC et interdisant la publication de ceux relatifs au TC.

la veille du vote de la loi du 22 juillet), l'opinion publique attendait une autre loi sur le TC.

Une autre requête est cependant déposée devant le TC: elle vise à faire contrôler la conformité du mode d'élection des candidats à la fonction de président et de vice-président du TC. En vertu de la loi du 22 juillet, le Tribunal doit statuer en formation plénière sur la conformité de la loi (des dispositions de la loi) sur le TC: la décision devait être rendue selon ce mode. Mais le 07.11.2016, trois juges (élus durant la VIIIème législature) ne se sont présentés à l'audience. Devant cette situation, le Président a ordonné l'examen de l'affaire par une formation de 5 juges. En dépit du fait que l'arrêt (K 44/16) n'a pas constaté la non-conformité de cette disposition à la Constitution, ledit arrêt a été reconnu «non constitutionnel» et n'a pas été publié. L'arrêt avait pour vocation d'interpréter; il indiquait que la conformité à la loi (et à la Constitution) de l'élection des candidats à la fonction de président et de vice-président du TC était conditionnée par l'adaptation du règlement du TC à la loi. Ceci devait être fait le lendemain par l'Assemblée Plénière du TC, avec l'adoption d'un nouveau règlement. Cette adoption n'a pas cependant eu lieu, car les mêmes trois juges ne se sont pas présentés. L'un d'eux a expliqué lors d'une émission télévisée que les absents souhaitaient prévenir la conduite inconstitutionnelle du Président du TC, Andrzej Rzepliński.

**La loi du 30 novembre 2016 sur le statut des juges du Tribunal Constitutionnel.**

En attendant une autre loi sur le TC, le 30 septembre 2016 les députés ont déposé un projet de loi sur le statut des juges du Tribunal Constitutionnel (texte n° 880). Adoptée par le Sejm le 04.11.2016, transmise au Sénat (qui a déposé 11 amendements), elle a été finalement votée le 30.11. et signée par le Président le 19. 12., pour être ensuite publiée sans délai (J.O. texte 2073). C'est une loi qui se penche, pour la première fois, sur la question qui jusqu'alors avait intéressé la loi sur le Tribunal Constitutionnel. Le groupe d'experts chargés du TC, constitué par le Président du Sejm<sup>35</sup>, a toutefois considéré que les lois actuelles sur le TC n'étaient pas conformes à la directive de l'art. 197 de la Constitution, prévoyant que la loi définira «l'organisation et le mode de fonctionnement devant le TC», et non pas le statut des juges (dont la régulation n'est pas renvoyée par la Constitution *expressis verbis* à la loi) et le mode de leur élection. Le groupe a considéré qu'au regard de la situation cette question devait être régie par d'autres textes: le statut des juges devait faire l'objet d'une loi distincte, tandis que les conditions et la procédure de leur élection devaient

<sup>35</sup> Au début de la VIIIème législature du Sejm, le Président du Sejm a nommé un groupe d'experts (avec une participation restreinte des juristes constitutionnalistes) chargé de préparer un projet de loi sur le TC. Ce groupe n'est pourtant pas à l'origine de l'ensemble des lois actuelles votées durant la VIIIème législature. La loi en question est la première loi fondée sur le rapport du groupe d'experts.

être traitées par la Constitution, dans un cadre plus large qu'actuellement, ainsi que par le règlement du Sejm. Comme les conditions de la révision de la Constitution ne sont pas actuellement réunies (l'absence de la majorité des 2/3), la loi votée stipule que les modalités de l'élection (et les délais requis) seront définis dans le règlement du Sejm. Ceci semble non conforme à la Constitution non seulement du point de vue de la matière qui doit être réglée par la loi, mais également à la lumière de l'art. 87 et 112 de la Constitution<sup>36</sup>. La loi sur le statut des juges du TC, de façon plus ample que les actuelles lois sur le TC, régit la matière en question, ce qui peut être considéré comme une intervention plus forte du législateur. Outre les questions déjà évoquées, la loi sur le statut des juges du TC met en place plusieurs obligations incombant aux juges (par exemple une publication de la déclaration du patrimoine) et – ce qui est douteux au regard de la Constitution – considère que l'assermentation fait partie de l'élection du juge. Le juge qui n'a pas été assermenté n'est donc pas élu. Elle impose, en revanche, que les juges assermentés puissent statuer. Ceci annonce un conflit, car on considère que les trois juges élus illégalement (pour les postes déjà pourvus) vont statuer ce qui peut provoquer la non-reconnaissance des décisions dans les affaires dans lesquelles ils ont participé.

**La loi du 30 novembre 2016 sur l'organisation et le mode de procédure devant le TC.** Sur demande des députés de la majorité au pouvoir, le Sejm l'a adoptée le 30.11.2016, le Sénat l'a votée sans amendements le 1.12, le Président l'a signée le 19.12.2016 et la publication a eu lieu sans délai (J.O. texte 2072). La loi introduit plusieurs nouveautés, notamment, elle modifie une nouvelle fois les modalités de l'élection du Président du TC. Les candidats (tous ayant obtenu au moins 5 voix) sont élus dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle le poste devient vacant, soit à compter de la fin du mandat du prédécesseur. Durant la période où le poste reste vacant, le Tribunal est dirigé par un juge faisant fonction désigné par le Président, bénéficiant de la plus forte ancienneté dans la juridiction (juge stagiaire, assesseur, juge) et/ou dans l'administration publique, et non par le vice-président actuel<sup>37</sup>. Par ailleurs, la loi revient à la pratique où la publication des arrêts est ordonnée par le Président du TC. Elle supprime l'actuel Bureau du Tribunal et

<sup>36</sup> L'art. 87 de la Constitution n'attribue pas au règlement du Sejm le caractère de la source du droit généralement applicable, en y voyant l'acte du droit interne (il ne concerne que les entités soumises sur le plan organisationnel à l'organe qui publie cet acte), la matière réglementaire étant régie par l'art. 112.

<sup>37</sup> Mais non plus au juge ayant la plus longue expérience scientifique (ils sont les plus nombreux au TC), ni au juge avec le plus long stage en qualité de juge du TC, ni le plus âgé. Il est indiscutable – et les faits l'ont ensuite confirmé – que les critères ont été retenus en fonction d'un candidat désigné auparavant par la majorité parlementaire.

met en place une autre structure, ce qui favorisera des changements concernant les juristes travaillant pour le TC.

**La loi du 13 décembre 2016 Les dispositions introductives de la loi sur l'organisation et le mode de procédure devant le TC et de la loi sur le statut des juges du TC.** C'est la dernière loi de 2016 portant sur le Tribunal. Le projet a été déposé le 24.11.2016. La loi a été votée par le Sejm le 13.12.2016 et sans amendements du Sénat signée par le Président le 19.12. et immédiatement publiée (J.O. texte 2074), de façon à ce que, déjà le 21.12.2016 le Président prononce ses décisions relatives à la nomination du Président du TC. Ladite loi annule toutes les anciennes démarches en la matière<sup>38</sup> et, pour servir cette procédure, elle supprime le quorum requis à l'Assemblée Plénière (alors retour au complet?)<sup>39</sup>. La loi contient une proposition: si les juges actuels renoncent à leurs fonctions, ils bénéficieront d'un statut particulier, y compris sur le plan financier, réservé au «juge disposant du droit de retraite»<sup>40</sup>.

## Opinion publique nationale et internationale

**A l'échelle nationale.** Les changements concernant le Tribunal Constitutionnel ont provoqué, avant tout, l'inquiétude de l'opinion publique polonaise. Elle s'est manifestée non seulement avec par des protestations de l'opposition parlementaire, mais aussi celle des juristes et des citoyens. Le Comité de la défense de la démocratie (pl. *Komitet Obrony Demokracji / KOD*), a été fondé, soutenu par l'opinion publique lors des manifestations, nombreuses et massives. Les résolutions en guise de protestation ont été votées par des juristes et chercheurs, entre autres: le Comité des Sciences Juridiques de PAN (pl. *Komitet Nauk Prawnych PAN*), l'Association Polonaise du Droit Constitutionnel (pl. *Polskie Towarzystwo Prawa Konstytucyjnego*), les conseils des nombreuses facultés de droit. La Cour Suprême, le Conseil National de la Ma-

<sup>38</sup> La loi sur le TC du 22 juillet 2016 stipulait que l'élection par l'Assemblée Plénière [AP] (le quorum de 10 juges minimum) des candidats au poste du Président devait avoir lieu entre les 30 et 15 jours avant l'expiration du mandat du prédécesseur. Le mandat du Président A. Rzepliński devant expirer le 19. 12. 2016, la date butoir a été fixée au 4.12. et l'AP a été convoquée pour le 30. 11. Par malheur, trois juges sont tombés malades à cette date et, par malheur, cette épidémie a concerné les juges élus durant la VIIIème législature du Sejm. Dans cette situation, les candidats ont été nommés non par l'AP mais par 9 juges présents ce qui, évidemment, ne peut pas être identifié à la décision de l'AP. Le Président n'a évidemment pas reconnu l'efficacité juridique de cet acte.

<sup>39</sup> L'élection effective des candidats est intervenue en présence de 14 juges: face au refus de reporter l'AP d'un jour pour attendre le retour d'un juge alors en congé, les 8 juges n'ont pas participé au vote. Un candidat a obtenu 5 voix, un – 1.

<sup>40</sup> Ce droit n'est pas reconnu au juge qui renonce à son poste.

gistrature (pl. *Krajowa Rada Sądownictwa*), le Congrès du Barreau (pl. *Zjazd Adwokatury*), les Congrès des Juges (pl. *Kongres Sędziów*) ont pris la parole.

**Au-delà des frontières polonaises.** La première réaction formelle de l'opinion internationale a été suscitée par la requête du gouvernement polonais devant la Commission de Venise, visant à évaluer l'état de droit en Pologne compte tenu de la réforme du Tribunal Constitutionnel. Après sa visite en Pologne, la Commission a adopté un avis du 11 mars 2016, destiné au gouvernement, et publié par la suite, critique à l'égard du comportement de la majorité au pouvoir et portant essentiellement sur la situation des juges et des arrêts non publiés du TC. La Commission de Venise est retournée en Pologne en automne 2016, cette fois accueilli de mauvais gré par le gouvernement. Elle a ensuite envoyé un autre avis mentionnant que les anciens dysfonctionnements n'ont pas été suffisamment corrigés<sup>41</sup>.

La question du Tribunal Constitutionnel (et ensuite celle des autres décisions législatives) a mobilisé par la suite le Parlement européen et la Commission européenne. Trois débats ont été organisés au PE (avril, septembre et décembre 2016, dont le premier avec la participation du premier ministre polonais, Mme Beata Szydło). Le Parlement a finalement voté des résolutions constatant que la paralysie du TC menaçait la démocratie, les droits fondamentaux et l'Etat du droit en Pologne.

Parallèlement, La Commission européenne a lancé sa procédure. En janvier 2016, Frans Timmermans a ouvert un dialogue avec le gouvernement polonais dans le cadre de la procédure de la défense de la légalité. Le 1.06.2016, la CE a adressé au gouvernement son avis sur la légalité, contenant des recommandations rendues publiques deux mois plus tard (le 18.08). La plus forte inquiétude a été suscitée par le refus de l'assermentation des trois juges régulièrement élus, la non-publication des arrêts du TC, la forme des lois successives sur le TC. La Commission européenne a souligné sa légitimité pour s'occuper des questions de la légalité en Pologne, en rappelant que l'Union européenne était fondée sur les valeurs démocratiques communes, que chaque pays membres devait les respecter et que la Commission était gardienne du respect de ce droit. La CE a constaté qu'il existait un risque: celui de passer à d'autres étapes de la procédure<sup>42</sup>. Le gouvernement fait peu de cas de ces avis (l'art. 7 requiert le soutien de l'ensemble des pays membres et il ne semble donc pas applicable). Il le fait savoir publiquement, en évoquant que les avis de la

<sup>41</sup> La réponse au rapport de la Commission de Venise a été rédigée par le groupe de chercheurs susvisé, nommé par le Président du Sejm (texte en anglais: Report of the Team of Experts on the Issues Related to the Constitutionell Tribunal of 15 July 2016, *Przegląd Sejmowy* 2016 n° 5, p.149).

<sup>42</sup> La procédure comprend: la notification à la CE du risque systémique pour l'Etat de droit (la CE, les Etats membres, le PE, des juristes); l'évaluation de la CE; l'avis de la CE; les recommandations de la CE; l'application de l'art. 7 du TUE (mécanisme préventif, mécanisme répressif).

Commission de Venise, du PE et de la CE ne sont pas liantes et, de surcroît, que les recommandations de la CE sont infondées et impossibles à mettre en place.

L'inquiétude de l'opinion internationale s'exprime également par la voie diplomatique, par exemple lors des rencontres du chef de l'Etat, à l'échelle gouvernementale. Tel était le cas de l'intervention du Président Barak Obama à Varsovie, durant le sommet de l'OTAN. Ce dernier temps, lors de la visite du Président Duda en Suède, le problème de la valeur de la légalité a été évoqué par le chef du gouvernement suédois.

Le soutien au TC et la critique à l'égard des agissements des autorités concernant le Tribunal, ont été aussi manifestés par des présidents des juridictions constitutionnelles européennes, par exemple Anreas Voskuhle (FTK) ou Laurent Fabius (le Conseil constitutionnel français), dans des interviews accordés aux médias de leur pays ou à d'autres occasions (la présence à la cérémonie du 30<sup>ème</sup> anniversaire du TC<sup>43</sup>).

## La crise constitutionnelle et ses principaux problèmes

Le fait qu'au cours d'une seule année – la première année de la VIII<sup>ème</sup> législature du Sejm – la réforme des bases juridiques régissant le Tribunal Constitutionnel a été entreprise, deux lois sur la révision de la loi et cinq nouvelles lois sur le TC ont été votées et sont entrées en vigueur, dont une loi sur le statut des juges, appelle la question de l'objet de cette activité législative atypique. Des lois successives ont été désignées comme «de réparation»: elles visent à réparer les erreurs du précédent Sejm et de sa majorité de la VII<sup>ème</sup> législature. La nomination des juges dont le mandat ne devait commencer qu'au cours de la VIII<sup>ème</sup> législature du Sejm a été considérée, avec obstination, comme une faute. Le Tribunal Constitutionnel a confirmé dans son arrêt la non-conformité à la Constitution de l'élection des deux juges, mais il a clairement constaté que les trois premiers avaient été régulièrement élus. La PO a reconnu son erreur et même a fait un geste de pardon. Tout cela n'a pas suffi, car le but de la démarche était probablement tout autre. Sous prétexte de la «pluralisation», il s'agissait de transformer profondément le Tribunal – son personnel et sa structure – pour pouvoir le contrôler. Ce motif a été évoqué dans les messages informels destinés aux électeurs: le TC était susceptible d'entraver les réformes sociales favorables aux citoyens. Il faut donc l'empêcher d'entreprendre cette (hypothétique) action malveillante. Le rappel de telles opinions qui, dans une analyse doctrinale ne devraient pas servir d'argument scientifique, est cepen-

---

<sup>43</sup> Tel qu'évoqué plus haut, le gouvernement a refusé le financement au TC; la cérémonie a été organisée par le maire de la ville de Gdańsk.

dant utile. Toute analyse juridique de cette crise constitutionnelle parfois ne résiste plus à un constat que les événements échappent à toute appréciation en droit et que la doctrine est impuissante face à cette confrontation. Comment analyser, par exemple, cette combine devant aboutir à la nomination à la présidence du TC d'un juge fidèle à PiS, lorsque les juges liés à PiS ne sont pas suffisamment nombreux pour garantir la victoire du candidat<sup>44</sup>? Ou bien comment faire pour révoquer un juge du TC qui est irrévocable etc.? Cela ne signifie pas que la période passée, dramatiquement appelée par Marek Zubik «A.D.2015/2016 Anni horribili of the Constitutional Tribunal of Poland»<sup>45</sup>, ne demande pas une analyse du point de vue des problèmes constitutionnels survenus, importants non seulement par rapport aux interprétations doctrinales mais aussi capables d'évaluer les dispositions constitutionnelles dans la perspective d'une éventuelle révision de la loi fondamentale.

**L'élection des juges du TC.** Le premier problème peut être lié aux modalités de l'élection des juges du TC. Déjà dans les réflexions liminaires concernant l'origine du TC et la conception de cette institution selon la Constitution de 1997, le maintien du monopole du Sejm à l'égard de l'élection des juges a été critiqué: il fait qu'on leur colle l'étiquette d'un parti même si rien ne permet de penser que les juges agissent au profit d'un parti politique donné. La loi du 25 juin 2015 n'a apporté aucune modification en la matière; force est de constater que la pratique a confirmé cette erreur: le conflit est fondé ou, au moins, il a eu comme prétexte<sup>46</sup>, la nomination des cinq juges par une force politique «inconvenante». Ce problème aurait pu être résolu, par exemple, par un «compromis», mentionné plus haut, et basé sur le partage du collège du TC entre les partis «8:7». Cela conduirait à un constat cynique que les juges sont «les nôtres» et «les vôtres» et, de surcroît, pourrait les soumettre au devoir de loyauté ou, au moins, à une discipline particulière. La Commission de Venise s'est déjà prononcée sur cette question en soulignant que la particularité des juges constitutionnels ne repose pas sur la représentation des intérêts des partis mais sur l'indépendance. L'argument du gouvernement, selon lequel l'ancienne majorité aurait eu plus de juges au TC, souligne avec force – selon la Commission – leur appartenance au parti de l'opposition, ce qui «a été flagrant lorsque les juges ont été identifiés avec les différentes couleurs sur les graphiques présentés à la délégation de la Commission». L'avis de la Commission précise plus loin que

<sup>44</sup> Selon la Constitution, le président et le vice-président sont nommés par le Président de la République parmi les candidats proposés par le Tribunal.

<sup>45</sup> M. Zubik, <http://www.bbcj.eu/d-2015-2016-anni-horribili-constitutional-tribunal-poland/>

<sup>46</sup> Nombreux sont ceux qui pensent – cette conviction a été exprimée dans une interview télévisée (TVN 24) donnée le 2.12. 2016 par le président du TC A. Rzepliński – que la loi entravant le TC a été déjà en préparation sous le précédent gouvernement PiS, en 2007, mais les travaux sur cette loi ont été interrompus par la désintégration de la coalition gouvernementale.

les juges constitutionnels ont le «devoir d'ingratitude» à l'égard du pouvoir qui les a élus. La plus forte subordination au Sejm (à sa majorité) du processus visant à élire les juges du TC est annoncée par la loi sur le statut des juges qui prévoit que la procédure d'élection des juges sera transférée de la loi et intégrée au règlement du Sejm.

L'histoire des accusations de la politisation de la composition du Tribunal est longue et nous assistions à présent (ou dans un avenir proche?) à son apogée. Les conclusions de la Commission de Venise dénonçant le maintien du monopole du Sejm et l'absence d'un mécanisme «transversal» pour la nomination des candidats, ont déjà été relevées plus tôt par la doctrine polonaise. Une solution, émanant de la société civile, a été intégrée au projet de loi du 25 juin 2015; cette proposition a été rejetée par le Sejm qui n'a proposé aucune alternative.

**Le pouvoir juridictionnel et la séparation des pouvoirs.** Le deuxième problème se pose avec l'interrogation sur la signification du principe constitutionnel précisant que « les cours et les tribunaux exercent un pouvoir séparé et indépendant des autres pouvoirs » (l'art. 173 de la Constitution de la RP), notamment dans un contexte du système parlementaire qui, fondé sur les principes de la séparation des pouvoirs (souple), met en place plusieurs instruments de limitation et d'équilibre mutuels dans les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Exprimé *expressis verbis*, le principe de la séparation et de l'indépendance du pouvoir juridictionnel devrait interdire les mécanismes visant à l'ingérence dans les décisions de fond du juge (de la juridiction) qui est indépendant(e) mais aussi empêchant toute ingérence excessive dans le fonctionnement des juges et des juridictions. On devrait en tenir compte d'autant plus que la Constitution prévoit que l'organisation et le mode de fonctionnement du TC sont définis dans la loi. Bénéficiant d'un tel pouvoir, le législateur devrait être modéré<sup>47</sup>. La majorité des textes votés et intégrés dans les lois sur le TC vont pourtant dans un sens inverse, en renforçant l'influence du Sejm, du Président et même du gouvernement sur le Tribunal (son élection, son organisation, son fonctionnement) et en intégrant quelques théories dilettantes sur la volonté supérieur du souverain identifié par le Sejm (c'est-à-dire par la majorité). La Commission de Venise a souligné que la majorité simple au parlement ne pouvait pas avoir l'influence sur la composition du TC et sur sa procédure de façon non conforme au principe de l'égalité résultant des normes européennes et internationales.

La conviction que «la majorité peut faire ce qu'elle voudra car elle constitue la majorité» est une «compréhension erronée de la démocratie». A cette occasion, la Commission de Venise rappelle l'avis de la CS des Etats-Unis exprimé dans *The*

<sup>47</sup> Sous la République Populaire de Pologne, la procédure devant le TC était régie par la résolution du Sejm intervenant dans la matière réservée à la loi.

*Federalist*, précisant que le pouvoir juridictionnel «ne fait pas l'objet du co-exercice avec le pouvoir exécutif...». Ceci vaut sans doute également pour le pouvoir législatif car c'est le principe même de la séparation des pouvoirs et, notamment, de l'indépendance des cours et tribunaux.

**Comment révoquer un juge** qui a été déjà élu? Cette question traduit un autre problème évoqué plus haut. La Constitution ne prévoit pas la possibilité de révoquer le juge par un organe du pouvoir quel qu'il soit, notamment par le Sejm<sup>48</sup>. En dépit de cela, la veille de sa nouvelle législature, le Sejm nouvellement élu a trouvé une astuce pour révoquer cinq juges élus durant l'ancienne législature, comme mentionné plus haut. Il a tout d'abord déposé des amendements à la loi, a introduit l'art. 137a, et ensuite, avec des voix des députés PiS et Kukiz 15, a voté des résolutions visant à l'annulation des résolutions du Sejm du 8.10.2015 sur l'élection des juges du Tribunal, c'est-à-dire de tous ceux qui avaient été élus par le dernier Sejm, et donc également ceux qui avaient été élus – selon l'arrêt du TC – conformément à la loi. Une réflexion s'impose: malgré le fait que le Sejm de la VIIème législature n'a pas pu élire deux juges à la place du Sejm de la VIIIème législature, ce dernier pouvait élire trois juges à la place de son prédécesseur, en annulant ses résolutions. A cette occasion émerge une question plus large: celle de la nature juridique des résolutions du Sejm et, spécialement, du constat dans quelle situation leur nature est directement ou indirectement normative<sup>49</sup>.

En soutenant la décision du Tribunal sur la non-conformité à la Constitution de l'élection des deux juges «de la législature suivante» – car le nouveau parlement ne doit pas être privé de ses droits – la Commission de Venise ajoute que «*vice versa*, le parlement de la suivante législature doit respecter les décisions du gouvernement précédent concernant la nomination des fonctionnaires publics».

**L'assermentation du juge** est un autre problème résultant des événements analysés. La Constitution ne contient aucune disposition définissant les modalités de l'assermentation et ne prévoit même pas l'assermentation en tant que telle. C'est une institution définie dans la loi sur le TC. La loi sur le TC du 1.08.1997 stipulait que «la personne élue à la fonction de juge prête serment devant le Président... le refus de prêter serment vaut le renoncement à la fonction de juge». La première loi sur le TC de 1985 disait qu' «en entrant en fonction, le membre du TC prête serment devant le Président du Sejm» et ne prévoyait pas le refus de prêter serment

<sup>48</sup> La destitution peut intervenir dans les circonstances définies par la loi.

<sup>49</sup> Ce problème s'est posé au TC lorsque ce dernier a annulé la procédure en considérant que les lois n'étaient pas de cette nature, même si deux avis séparés constataient leur effet normatif (U 8/15 du 7.01.2016). Ce problème s'est déjà posé auparavant au TC, en rapport avec la décision visant à constituer une commission d'enquête, quand le TC a considéré que la résolution était, dans une certaine mesure, de nature normative (l'arrêt du 22.09.2006, U4/06).

(les conséquences du refus) ce qui prouve une certaine liberté du législateur face à la définition de l'acte visant à prêter serment, mais elle n'y assimilait pas les effets relatifs au statut de l'élu. A la lumière de cette disposition et dans la mesure où les «personnes élues» n'ont pas été invitées chez le Président pour prêter serment, plusieurs questions se posent. Premièrement: le serment est-il prêté par le juge ou par la personne qui obtient la qualité de juge après son assermentation? Deuxièmement: le fait de recevoir le serment (en réalité il s'agit seulement d'écouter le serment) est-il de nature constitutive, dans le sens où la personne dont le serment est entendu devient juge? Troisièmement, le Président peut-il refuser d'accepter (d'entendre) le serment ou ignorer l'élection du juge par le Sejm ne donnant pas l'occasion de prêter serment? Quelles en sont les conséquences pour la personne élue?

Tel qu'évoqué plus haut, le 8.10.2015 le Président n'a pas invité les personnes élues à la fonction de juge du TC pour les assermenter. Il ne l'a pas fait jusqu'à la décision du TC constatant la régularité de l'élection des trois juges. Même si les incertitudes sur la conformité de leur élection à la Constitution pouvaient expliquer le retard, elles auraient dû disparaître à compter de la publication de l'arrêt dans cette affaire. La loi, et a fortiori la Constitution, n'attribue pas au Président le droit de contrôler l'acte de l'élection du juge constitutionnel. Il est donc possible de défendre le Président dans le contexte constaté par la suite, lorsque le Sejm a annulé la précédente élection et a nommé des nouveaux juges, sous une réserve, toutefois: en tant qu'organe désigné par la Constitution pour veiller au respect de la loi fondamentale, le Président était obligé d'attendre l'arrêt du TC et de s'y conformer. Telle est la raison pour laquelle une grande partie de la doctrine considère que le Président a porté atteinte à la Constitution en refusant d'assermenter, après l'arrêt du TC, trois juges déjà élus. L'assermentation rapide des nouveaux juges, au cours de la nuit, la veille de l'audience au TC (ou à 1 h 30 du matin le jour de l'audience) ne peut être qu'une circonstance aggravante. Visée plus haut, la nouvelle loi sur le statut des juges du TC réagit à cette situation de façon spécifique. Elle considère que le « rapport de service du juge du Tribunal intervient après le serment » et, parallèlement, elle ne pose aucune obligation pour le Président, n'empêche pas son inertie infondée et ne le contraint même pas à justifier formellement son refus; elle ne prévoit aucune forme de réaction ni de la part de l'intéressé, ni de la part du Sejm qui avait procédé à l'élection, mais elle classe l'affaire. La deuxième question est la suivante: à quel moment la personne élue devient juge? Faute d'un quelconque indice constitutionnel imposant une action autre que l'élection par le Sejm, visant à compléter l'acte de l'élection, il est évident que l'élection vaut l'obtention du statut de juge. Ceci est confirmé par le texte de la loi précisant que le refus de prêter serment vaut le renoncement au poste (le texte analogue figure dans la loi sur le statut). Les personnes élues en octobre 2015 gardent-elles leur

qualité de juges qui attendent toujours l'occasion de prêter serment ou bien leur élection peut être considérée comme une affaire classée? Cette dernière hypothèse signifierait que l'assermentation est un acte constitutif, faisant partie de l'acte de l'élection. Le silence de la Constitution ne le démontre pas; le fait que la loi sur le TC le règle de cette façon résulte plutôt de la volonté de clore l'élection par un geste prestigieux. Telle est aussi la position de la Commission de Venise qui, dans son avis, considère qu'il s'agit d'une cérémonie. Même si la nouvelle loi sur le statut des juges du TC ne le conteste pas, quel est véritablement le statut d'une telle personne? Plusieurs propositions, entre autres celle, déjà mentionnée, visant à la révision de la Constitution, ainsi que des propositions avancées lors du débat public (entre autres par Kazimierz Ujazdowski), ont évoqué la possibilité d'un compromis pour mettre fin au conflit: soit par l'élargissement de la composition à 18 juges, ce qui permettrait d'incorporer les trois juges anciennement élus et les trois juges nouvellement élus, soit par l'intégration successive des juges dont le statut est contesté. Cette opportunité a été abandonnée lorsque la majorité au Sejm a proposé un nouveau candidat à un autre poste devenu vacant et l'a élu. Ces conceptions n'ont pas été prises en compte en dépit des déclarations sur la volonté de trouver le compromis à travers des nouvelles versions des lois «de réparation». Encore une fois: il ne s'agissait pas de cela.

L'avis de la Commission de Venise commente très largement cette question, en se référant à l'affaire *Marbury v. Madison* de 1803. En citant l'avis de la juridiction, rendu à l'époque, précisant qu' «il convient de fixer un moment où le pouvoir de l'exécutif sur le fonctionnaire qui ne peut pas être révoqué par la volonté de l'exécutif doit s'arrêter... dans tous les cas où le fonctionnaire n'est pas, par la force de la loi, révoqué par l'exécutif», la Commission dit clairement que l'élection s'opère au Sejm. Malheureusement, ceci est une nouvelle fois remis en cause par la loi successive ce qui pose un autre problème constitutionnel.

Le problème est d'autant plus difficile que les trois juges élus après l'annulation de l'élection précédente ne sont pas autorisés à statuer par le Président du TC (tout en disposant, comme mentionné plus haut, des cabinets, assistants et apanages). L'argument évoqué pour le justifier, est leur élection pour les postes déjà pourvus par les trois juges élus plus tôt et qui attendent la possibilité de prêter serment. La situation des trois juges est pénible pour les intéressés, pour le Président du TC considéré désormais comme le principal ennemi public et, avant tout, pour le Tribunal qui ne peut pas compléter le corps statuant parce que la loi exige un nombre de juges supérieur au nombre actuel de juges disponibles: d'où la non-publication des décisions. Par ailleurs, la situation a provoqué un autre événement grave: confrontés à cet empêchement, trois autres juges élus par PiS ont refusé de participer à l'audience et à l'Assemblée Plénière (ce fait a été déjà évoqué plus haut) ce qui

a eu l'incidence sur la validité de la décision et l'efficacité de l'élection des candidats pour la présidence du TC. C'était une première dans l'histoire du Tribunal.

**(Non) publication des arrêts.** La Constitution stipule que «les décisions du Tribunal Constitutionnel sont obligatoires *erga omnes*» et qu'elles «...sont publiées sans délai dans le journal officiel...» (dans lequel l'acte normatif concerné a été publié). La loi complète que la publication est ordonnée par le président du TC. Ces dispositions de la Constitution et de la loi sont aussi fermes et univoques car autrefois, tel que mentionné plus haut, les décisions constatant la non-conformité des lois à la Constitution n'étaient pas définitives et elles pouvaient être rejetées par le Sejm (portant sur d'autres textes, elles étaient toujours définitives<sup>50</sup>). Cependant, même sous la République Populaire de Pologne, aucun organe – ni le parlement, ni le gouvernement, ni le chef d'Etat – n'a tenté de mettre en cause la légalité de la décision et la régularité de son adoption, même quand elle était très préjudiciable à la politique du gouvernement<sup>51</sup>. La non-publication des arrêts par la volonté du gouvernement étant déjà devenue une démarche systémique, des questions se posent. Premièrement: est-il possible que les arrêts puissent être analysés par le pouvoir exécutif du point de vue de leur régularité formelle? Etant donné que la quasi-totalité de la doctrine ainsi que les juristes refusent d'admettre un tel examen, la question reste plutôt rhétorique. Par ailleurs, à la lumière du principe constitutionnel de la séparation et de l'indépendance du pouvoir juridictionnel, ceci semble contraire à la Constitution tout comme le choix que se réserve le législateur de faire publier ou non les décisions en attente. S'agissant de la publication des arrêts, notamment ceux relatifs aux lois sur le TC, le pouvoir reste (pour l'instant) inébranlable. Il n'est pas étonnant de lire dans la résolution sur l'ordre constitutionnel du XXème Congrès du Barreau, qui vient d'avoir lieu: «La Constitution ne donne à aucun organe du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif le droit d'ingérence dans le processus visant à rendre et à publier les décisions du Tribunal...»<sup>52</sup>.

Le problème présente aussi un autre aspect: celui du double pouvoir législatif. Après chaque arrêt non publié qui abroge la loi sur le TC, en totalité ou pour certaines de ses dispositions, les juristes déclaraient le respect de l'arrêt et les juridic-

<sup>50</sup> Sous la République Populaire de Pologne, l'organe auteur de l'acte mis en question pouvait saisir le TC statuant en formation plénière, comme deuxième instance, mais cette deuxième décision (s'il ne s'agissait pas de la loi) était définitive.

<sup>51</sup> Par exemple, la première décision de l'histoire du TC portant sur le règlement du Conseil des Ministres a été transmis par ce dernier pour un second examen par la formation plénière du TC (vu plus haut) mais elle a été publiée et mise en œuvre après la reconnaissance de l'arrêté comme non conforme à la Constitution. Il s'agissait d'une question des droits, importante pour les citoyens, et d'une question financière, importante pour le gouvernement, finalement perdue au profit des citoyens.

<sup>52</sup> <http://www.adwokatura.pl/z-zycia-nra/uchwaly-programowe-xii-krajowego-zjazdu-adwokatury/>.

tions, à la demande de la Cour Suprême<sup>53</sup>, reconnaissent majoritairement la décision, tout comme le TC considérant sa décision comme liante.

**Un nouveau regard sur le modèle de juridiction constitutionnelle.** Des nouveaux concepts ont fait leur apparition: les juridictions de droit commun pourraient évaluer elles-mêmes la conformité du droit à la Constitution au moment de statuer. Nous assistons ainsi à la reprise du débat sur le modèle de juridiction constitutionnelle polonaise: concentré ou déconcentré? Il est apparu immédiatement après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1997. Après le principe classique précisant que «le juge n'est soumis qu'à la loi» (il ne peut donc pas mettre en cause la conformité de la loi à la Constitution), la Constitution de 1997 a constaté *expressis verbis*, que «la Constitution s'applique directement»<sup>54</sup> et, par la suite, que «le juge est soumis à la Constitution et à la loi». La première réaction a suscité une question: cela signifie-t-il que l'organe de la juridiction ordinaire peut évaluer la conformité de la loi à la Constitution? A l'époque, la doctrine a considéré presque unanimement que le juge devait avoir recours à la question préjudicielle. Aujourd'hui, la doctrine est plus hésitante et semble plus disposée à reconnaître le droit du juge de constater la non-conformité de la loi, notamment dans le cas où le Tribunal s'est prononcé sur la question (même dans un arrêt non publié). La question est devenue encore plus actuelle au moment où – dans le contexte des trois juges qui, d'après la grande partie de la doctrine, les juristes et le Tribunal, ont été élus pour les postes déjà pourvus – des voix se lèvent pour dire que les arrêts qui seront rendus avec leur participation ne seront pas reconnus par la jurisprudence de droit commun (le ministre de la Justice a menacé les juges de sanctions disciplinaires). Cela annonce, d'une part, la possibilité d'une certaine déconcentration du contrôle de la conformité à la Constitution, et donc «la recherche des solutions alternatives» et, d'autre part, fait craindre le chaos et l'absence de l'homogénéité des décisions<sup>55</sup>.

**Que peut faire le législateur?** Malgré le fait que la situation actuelle concernant le contrôle de la constitutionnalité du droit en Pologne pose encore plusieurs problèmes, il est utile d'évoquer encore un, déjà signalé: il peut se résumer à la question sur les limites de l'ingérence législative dans les modalités de l'élection, de l'organisation interne et du mode de fonctionnement devant le Tribunal Constitutionnel. La Constitution définit quelques principes de base liés à la position du Tribunal,

<sup>53</sup> Le porte-parole du gouvernement l'a décrit comme «un avis des copains».

<sup>54</sup> Pour protester contre la reconnaissance de la Constitution de la République Populaire de Pologne en tant que texte plutôt politique, d'ailleurs si superficiel et déclaratif qu'il était difficile de le considérer comme fondement judiciaire pour statuer.

<sup>55</sup> Une analyse détaillée est due à M. Safjan: «Trudne życie bez Trybunału» (Il est difficile de vivre sans le Tribunal), *Gazeta Wyborcza* du 30.XII. 2016, *Opinie* (Avis), p. 17.

en laissant son organisation et sa procédure à la loi. Elle met ainsi la régulation de ces questions entre les mains du pouvoir législatif, tout en stipulant la séparation et l'indépendance du Tribunal par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif. Ceci confirme la thèse, souvent répétée, que le législateur ne peut pas tout. Mais que peut-il au juste? L'expérience de ces «horribili anni» approfondira également, peut être, la réflexion sur ce sujet.

## Mot de la fin

En mars 2016, la Commission de Venise a formulé quelques recommandations très concrètes concernant la réforme de la procédure et de l'organisation du Tribunal, y compris le mode d'élection des juges du TC: la mise en place de l'élection des juges du TC par le Sejm à la majorité des 2/3 avec un mécanisme empêchant l'impasse ou la mise en place d'un système en vertu duquel le Président, le premier ministre et les juridictions désigneraient un tiers du corps statuant. L'avis de la Commission de Venise suggère par ailleurs plusieurs autres principes ainsi que la publication rétrospective des arrêts du Tribunal. Aucune trace de ces recommandations n'est visible dans les trois dernières lois sur le TC. On dirait même le contraire.

## Bibliographie

- Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997, 2ème éd., Les Editions du Sejm, Varsovie 2010.
- The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April, 1997, 3rd ed., Sejm Publishing Office, Warsaw 2010.
- Kruk M., Nowa ustawa o Trybunale Konstytucyjnym [Nouvelle loi sur le Tribunal Constitutionnel], *Przegląd Sejmowy*, n° 5/2015.
- Kruk M., Polish Constitutional Court: To change or not to change? (A few reflections on the new Constitutional Tribunal Bill), «*Ius Novum*» 2014, n° 2.
- Kruk M., Progrès et limites de l'Etat de droit, *La Pologne, Pouvoir*, n° 118, 2006.
- Mączyński A., Podkowik J., Commentaire de l'art. 188, in: *Constitution de la RP, volume II, Duże Komentarze Becka* [Grands commentaires de Beck], Varsovie 2016.
- Morawska E., Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego [La clause de l'Etat du droit dans la Constitution de la RP à la lumière de la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel], Toruń 2003.
- Safjan M., «Trudne życie bez Trybunału» (Il est difficile de vivre sans le Tribunal), *Gazeta Wyborcza* du 30.XII. 2016, *Opinie (Avis)*, p. 17.
- Zubik M., <http://www.bbcj.eu/d-2015-2016-anni-horribili-constitutional-tribunal-poland/>.