

**LES DIFFICULTÉS DE LA RESTAURATION
DÉMOCRATIQUE EN POLOGNE,
UN VRAI LABORATOIRE CONSTITUTIONNEL
PARMI LES PAYS DE L'EST DE L'EUROPE**

Résumé : *La contribution aborde la question du difficile chemin de la restauration de l'État de droit en Pologne après le tournant politique de 2023. Malgré le soutien des institutions européennes, la situation apparaît très complexe sur les plans politique et juridique en raison de la présence d'institutions « capturées » par le régime politique précédent.*

Abstract: *The contribution addresses the issue of the difficult path to the restoration of the Rule of law in Poland after the political turning point of 2023. Despite the support of European institutions, the situation remains highly complex both politically and legally due to the presence of institutions "captured" by the previous political regime.*

Mots-clés : *Pologne – État de droit – Commission de Venise – changement politique – restauration de la démocratie*

Keywords: *Poland – Rule of law – Venice Commission – political change – restoration of democracy*

Pour mieux comprendre le cas de la Pologne et de sa « restauration démocratique » - une nouvelle catégorie conceptuelle tout comme l'était celle de la « décadence constitutionnelle » - , il faut partir d'un encadrement général du constitutionnalisme en Europe centrale et orientale, en particulier après le communisme, tout en précisant que les catégories de « restauration démocratique » et de « décadence constitutionnelle » devraient être étudiées dans leur globalité et pas uniquement en référence au cas polonais¹. Cependant, aucun pays ne se distingue autant que la Pologne (avec la Hongrie) par sa participation à une organisation supranationale très intégrée, comme l'Union européenne, et par la succession rapide de différents régimes, même si ces changements ne peuvent pas tous être qualifiés de « transitions vers la démocratie », c'est ce qui rend le changement de 2023 (élections parlementaires et « retour en Europe ») difficile à cadrer et la « restauration » de la démocratie difficile à atteindre.

I – Le degré actuel de démocratisation et de constitutionnalisation des pays d'Europe centrale et orientale

Les pays d'Europe centrale et orientale font partie d'une vaste région diversifiée qui comprend une trentaine de pays, s'étendant des Balkans à l'Asie centrale et au Caucase. Cette région n'est pas nouvelle en matière d'expérimentation du constitutionnalisme libéral démocratique. En effet, entre la fin du XIX^e et le début du

¹ En effet, il existe d'autres pays, européens et non européens, qui se trouvent dans des situations similaires, comme le montrent les travaux de T. G. Daly et d'autres auteurs anglo-américains. Voir : R. Dixon, D.E. Landau, « Healing Liberal Democracies: Abusive versus Restorative Constitutionalism », *Ethics and International Affairs*, vol. 36, n° 3, 2022 ; T.G. Daly, « Constitutional Repair: A Comparative Theory », *Constitutional Repair*

Working Paper Series, n° 2/2023 ; D. Landau, R. Dixon, « Restorative Constitutionalism », *Washington and Lee Law Review*, 2024 ; K.L. Scheppele, « Restoring Democracy through International Law », *American University International Law Review*, vol. 39, n° 4, 2024. En français, voir V. Barbé, B-L. Combrade, Ch.-É. Sénac (dir.), *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruylant, 2023.

XX^e siècle, on relève des expériences constitutionnelles libérales démocratiques précoces, voire avancées, suivies par la longue période socialiste.

Ces pays ont adopté, à différentes époques du XX^e siècle, des modèles constitutionnels provenant de l'ouest du continent européen et, dans une moindre mesure, des États-Unis, qu'ils ont adaptés à leurs propres traditions. Parallèlement, certaines parties de cette vaste région géographique ont été et continuent d'être sous l'influence de conceptions autoritaires du pouvoir et du droit.

Considérée comme un domaine de niche, presque exotique, réservé à quelques chercheurs pendant la période socialiste, l'étude des pays d'Europe centrale et orientale a connu un véritable essor à partir de 1989, parallèlement au processus de démocratisation qui a touché l'ex-bloc soviétique. La période allant de 1989 à 2004 a été particulièrement fructueuse pour les études comparatives, axées sur des thèmes particuliers. Tout d'abord, celui des transitions démocratiques et constitutionnelles (M. Lesage², J.P. Massias³, S. Milacić⁴, P. Gélard⁵). Parallèlement à ce courant, il y a eu celui de la circulation des modèles constitutionnels, un des thèmes classiques du droit comparé. Ce dernier domaine de recherche a été particulièrement productif et a permis de souligner la puissance de transformation du constitutionnalisme occidental, du moins jusqu'à un certain point.

Puis, presque immédiatement, ont dû être étudiés les événements liés à l'intégration

européenne au sens large (en considérant le Conseil de l'Europe, l'OSCE et l'Union européenne). La «conditionnalité» sous toutes ses formes, et la conditionnalité démocratique en particulier (un phénomène qui n'est pas encore épuisé), a été un véhicule privilégié pour la diffusion de valeurs, de principes et de modèles constitutionnels dans l'espace ex-socialiste, considéré comme vierge de certains principes du constitutionnalisme, dont celui de la répartition des pouvoirs, qui n'a été accepté que superficiellement dans certains pays.

Encore aujourd'hui, comme il y a trente-six ans, ces pays représentent un laboratoire de recherche en matière de transposition et d'innovation constitutionnelles.

Bien qu'ils aient en commun des expériences historiques et des périodes de domination, les pays d'Europe de l'Est ne constituent pas une zone homogène. Toutefois, si l'on se réfère aux trente-six dernières années, le trait commun qui se dégage est l'absence de stabilisation, qui est d'abord politique, avant d'être institutionnelle, et qui révèle la fragilité de leur cheminement vers la démocratie. Ce trait se distingue nettement de celui de l'Europe occidentale : si les démocraties stabilisées présentent également des faiblesses à cet égard, les mécanismes institutionnels d'équilibre des pouvoirs et la culture constitutionnelle y sont plus profondément enracinés.

Si l'on considère l'évolution politique et constitutionnelle de l'Europe centrale et orientale au cours des trente-six dernières

² M. Lesage (dir.), « Introduction », in *Constitutions d'Europe centrale, orientale et balte*, Paris, 1995.

³ J. P. Massias (dir.), *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, Paris, 1999 (2^{de} éd. entièrement revue, 2008).

⁴ S. Milacic (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, Bruxelles, 1998 ; S. Milacic, *De l'âge idéologique à l'âge*

politique. L'Europe postcommuniste vers la démocratie pluraliste (1989-2009), Bruxelles, 2010.

⁵ Voir les périodiques de P. Gélard sur l'actualité constitutionnelle dans les pays de la CEI et de l'Europe de l'Est dans la *Revue française de droit constitutionnel* jusqu'en 2019. Il faut aussi rappeler la centralité de *Lettre de l'Est*, créée en 2015, et de l'Association francophone des chercheurs sur les Pays de l'Est (AFCPE) depuis 2014.

années, on peut aujourd'hui distinguer (avec évidemment l'avertissement que les choses peuvent changer rapidement) :

- des systèmes autoritaires (neuf des quinze anciennes républiques soviétiques⁶) ;
- des démocraties stabilisées (République tchèque, Lettonie, Lituanie, Estonie, Slovaquie, Croatie) ;
- des démocraties instables ou ayant connu des phases populistes qui risquent de se répéter (Slovaquie, Roumanie, Bulgarie, Balkans occidentaux) ;
- des systèmes « illibéraux » (Hongrie depuis 2010, Pologne entre octobre 2015 et octobre 2023) ;
- des démocraties fragiles récemment candidates à l'adhésion à l'UE ou soumises à une forte influence de la conditionnalité démocratique européenne (Ukraine, Moldavie, Géorgie, Arménie).

II – Démocraties illibérales et crise de l'État de droit

La question de la crise de l'État de droit et de l'émergence des soi-disant « démocraties illibérales » au sein de l'Union européenne est une question toujours actuelle qui, depuis 2010-2011, a intéressé des chercheurs de diverses disciplines, surtout pendant la phase de plus grand activisme de la Cour de justice, appelée à intervenir à plusieurs reprises en raison de l'insuffisance des remèdes mis en place par les autres institutions européennes.

Avec ce phénomène de la démocratie illibérale, on a remis en question certains des axiomes sur lesquels reposaient la circulation des modèles occidentaux et l'influence des conditions constitutionnelles posées par les institutions européennes envers les pays

d'Europe centrale et orientale au cours de la période précédente. Bien que le déclin de la démocratie ait principalement concerné la Hongrie et la Pologne (cette dernière ayant déjà surmonté « politiquement » le déclin avec les élections d'octobre 2023, tandis que la victoire espérée des oppositions aux élections parlementaires hongroises du printemps 2022 ne s'est pas produite), considérées comme les premières de la classe d'une démocratisation réussie avec les éloges des institutions européennes, le discrédit a rapidement atteint également les autres pays de la région, en premier lieu ceux du soi-disant « groupe de Visegrad ».

Cependant, la référence à ce groupe semble être injustifiée si elle est entendue comme synonyme d'« illibéralisme »⁷, tandis que des pays ne faisant pas partie du groupe, comme la Roumanie par exemple, ont été protagonistes de conflits avec les cours européennes et d'une conception du principe de séparation des pouvoirs constitutionnels non respectueuse des organes de garantie. La Roumanie, malgré les analogies avec les dynamiques hongroises et polonaises, peut difficilement être classée parmi les « démocraties illibérales », aucune théorisation d'une « diversité des valeurs » n'ayant eu lieu comme en Hongrie et jusqu'à récemment en Pologne. Cela ne peut que nourrir davantage les doutes sur l'existence d'une forme d'État intermédiaire, appelée « démocratie illibérale ».

L'analyse porte sur différents aspects. L'un d'eux est celui constitutionnel, en considérant les modalités du parcours dégénérateur. Dans ce cadre, de nombreuses réflexions ont porté sur la Hongrie et la Pologne (dans une moindre mesure la

⁶ Russie, Biélorussie, Azerbaïdjan, Kazakhstan, Kirghizistan, Tadjikistan, Turkménistan, Ouzbékistan.

⁷ A. Di Gregorio, « La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro

costituzionale europeo? », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° 1, 2022.

Roumanie), leurs analogies et différences. En particulier, plusieurs contributions ont tenté d'encadrer le phénomène du «recul constitutionnel» dans un contexte culturel et politique plus large. On doit toutefois éviter les généralisations, en parlant du contexte et des traditions politiques, y compris les traditions constitutionnelles. En effet, une approche plus prudente et approfondie est en mesure de montrer comment même la Hongrie et la Pologne n'ont pas été éloignées dans leur histoire des courants culturels de l'Europe libérale et démocratique. La faiblesse réside dans le fait que la stabilisation démocratique est récente et dans le nombre de fractures importantes dans le processus de constitutionnalisation. Que les démocraties soient des corps vivants et mobiles et que les dangers populistes soient en embuscade, même là où résident les racines des principes du constitutionnalisme libéral démocratique, est une évidence incontestable. L'Europe des valeurs, de la conditionnalité et de la prétention à une paix durable est elle-même en crise, devant se poser des questions concrètes sur la solidité du processus d'intégration qui ne peut pas être indépendant de considérations géopolitiques et économiques.

Indépendamment des motivations des reculs, à examiner attentivement pour en prévenir la répétition dans ces pays et d'autres, l'interconnexion entre les systèmes nationaux et le niveau européen empêche de considérer le déclin comme un facteur purement interne. De ce point de vue, l'attention est double : d'une part, en voulant expliquer pourquoi et comment le déclin s'est déroulé et, de l'autre, si et comment y remédier par le biais de la pression externe. Ici, des espaces infinis se sont ouverts pour les analyses académiques. Le puissant appareil de surveillance et de sanction des organisations supranationales s'est lentement mis en marche avec la

production de documents très sophistiqués. Mais le tournant, du moins en ce qui concerne la Pologne, est venu uniquement grâce à un renouvellement électoral démocratique. Que le changement de majorités soit également dû aux pressions externes reste à démontrer. Mais la société civile polonaise a montré résilience et capacité de changement. Le passage du fait politique au fait institutionnel s'avère extrêmement difficile, donnant encore une fois lieu à des réflexions générales sur les modalités de rétablissement constitutionnel qui sont encore à développer adéquatement. Mais, est qu'il s'agit d'un vrai tournant ?

III – Les tentatives de restaurer l'État de droit en Pologne

Comme on l'a déjà souligné, l'évolution démocratique et constitutionnelle des pays d'Europe centrale et orientale sur le long terme montre une mosaïque d'expériences qui peuvent être rattachées, selon les phases et les pays, à diverses catégories : démocraties consolidées, fragiles, illibérales, véritables autocraties. On parle aussi de transition, déclin et restauration ou rétablissement de l'État de droit et de la démocratie. La Pologne en particulier représente un microcosme de toutes ces catégories et un laboratoire constitutionnel continu, faisant preuve d'une singularité et d'un dynamisme sans précédent. Cette situation est également due à la vivacité intellectuelle de sa doctrine constitutionnaliste et au rôle des acteurs de la société civile.

Il convient tout d'abord de rappeler que ce qui s'est passé en Pologne et en Hongrie, avec le déclin illibéral d'abord, et maintenant en Pologne avec les tentatives de restauration de la démocratie et de l'État de droit, sont des événements qui font partie de tendances généralisées, parce qu'on a

vu des parenthèses plus ou moins longues de constitutionnalisme «abusif»⁸ ou des tentatives ou phases de déclin autoritaire dans des pays aussi divers que la Hongrie, le Brésil, l'Argentine, les États-Unis, l'Inde, l'Israël, plus récemment le Mexique, l'Italie.

Toutefois, si l'on veut limiter la comparaison aux pays européens de la même région géographique et de la même tradition culturelle, il est difficile d'établir des catégories d'analyse similaires, même si la participation à l'Union européenne et au Conseil de l'Europe produit une certaine homogénéisation. Cela n'élimine cependant pas les divergences, comme on le voit aussi par le fait que même les cas hongrois et polonais ont expérimenté un processus de déclin très différent.

La prise en compte de la diversité historique et du contexte politique et institutionnel, ainsi que la participation aux organisations supranationales européennes, est indispensable pour comprendre comment une «restauration» démocratique peut être menée à bien. La réflexion académique sur la question de la restauration de la démocratie et de l'État de droit a commencé dès 2021 et 2022, lorsqu'on espérait que les élections hongroises du printemps 2022 pourraient déboucher sur une victoire, même de justesse, de l'opposition unie. Mais l'invasion russe de l'Ukraine et la manipulation du consensus ont prévalu, dans un cadre constitutionnel et politique très différent de celui de la Pologne. Toutefois, malgré les différences institutionnelles et politiques importantes entre les deux pays, la réflexion faite en imaginant un changement de majorité gouvernementale en Hongrie en 2022 s'applique certainement aussi au cas

polonais, à savoir que si l'on ne s'attaque pas d'abord aux causes du déclin et à ses racines politiques plus profondes, toute intervention d'ingénierie constitutionnelle risque de ne pas produire de résultats durables⁹. Dans les deux cas, nous sommes donc confrontés au dilemme de la rupture de la légalité formelle dans des contextes qui ne présentent pas les caractéristiques d'un «changement de régime».

IV – La détérioration du constitutionnalisme et de l'État de droit pendant le «règne du PiS» (2015-2023) et les écueils politiques sur la voie de la restauration constitutionnelle

Plus d'un an et demi après les élections législatives polonaises d'octobre 2023, qui ont interrompu le régime «illibéral» et «souverainiste» du parti Droit et Justice qui avait été au pouvoir pendant les deux législatures précédentes (2015-2019 et 2019-2023), la situation en termes de réformes institutionnelles visant à supprimer l'héritage néfaste de cette majorité politique semble toujours bloquée, au point de contrecarrer le changement lui-même dans des proportions considérables. Il est très difficile de «réparer» les failles constitutionnelles introduites par le PiS (le parti Droit et Justice) au cours de ses huit années de gouvernance, dont les effets se poursuivent encore aujourd'hui en raison de la perpétuation de l'hégémonie politique de ce parti.

L'attaque contre l'État de droit et, plus spécifiquement, contre le système judiciaire, s'est déroulée sur plusieurs fronts. Rappelons quelques étapes importantes : la «capture» ou soumission du Tribunal constitutionnel (par la violation de ses arrêts et le refus de

⁸ Voir D. Landau, « Abusive Constitutionalism », *UC Davis Law Review*, vol. 47, 2013 ; R. Dixon & D. Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2021 ; J. Petrov, « How to Detect

Abusive Constitutional Practices », *European Constitutional Law Review*, vol. 20(2), 2024.

⁹ A. Di Gregorio, J. Sawicki, « Comment restaurer le constitutionnalisme dans une démocratie illibérale ? », *Lettre de l'Est*, n° 27, 2022.

nommer trois juges légitimement élus par le *Sejm* à la fin de 2015, puis par l'adoption de lois visant à paralyser son activité, qui ont été abandonnées une fois que la majorité des juges a été remplacée par des personnes fidèles à la ligne politique du PiS); le changement des règles d'élection des membres élus du Conseil national du pouvoir judiciaire ou KRS (avec le passage de l'élection par les juges à l'élection à la majorité du *Sejm* des quinze juges professionnels) et, par conséquent, la politisation des nominations et des promotions des juges de droit commun, dits «néo-juges» (qui sont nommés sur proposition ou avis du Conseil national du pouvoir judiciaire par le chef de l'État); la sanction des juges qui s'étaient rebellés contre les nominations des néo-juges faites par le néo-KRS et le chef de l'État (introduction de la section disciplinaire de la Cour suprême, adoption de la «loi bâillon»). Le changement du mode de nomination et de promotion des juges a produit une nouvelle catégorie de «nouveaux» juges (environ 30 % au total), ainsi qu'une production jurisprudentielle considérable qui rend difficile leur remplacement sommaire sans porter atteinte à la sécurité juridique et sans violer la Constitution, voire le principe de l'immovibilité des juges. Concernant le ministère public, il s'agit de la fusion des fonctions de ministre de la Justice et de procureur général.

Le nouvel exécutif qui s'est formé après les élections d'automne 2023¹⁰ a disposé d'une série d'études et de propositions législatives élaborées par d'importants acteurs de la société civile (y compris des associations judiciaires), qui avaient mené leurs propres travaux au cours des années précédentes

pour défendre les principes de l'État de droit continuellement violés par le gouvernement du PiS. Comme l'indique le rapport de la Commission européenne sur l'État de droit en Pologne du 23 juillet 2024¹¹, immédiatement après son investiture, le 13 décembre 2023, le nouveau Premier ministre Tusk a nommé un comité interministériel pour la restauration de l'État de droit et de l'ordre constitutionnel. En février 2024, un plan d'action sur l'État de droit a été adopté, dans lequel il a été affirmé que le droit de l'Union européenne serait suprême, que la jurisprudence de la Cour de justice serait respectée et que l'indépendance du pouvoir judiciaire serait préservée. Ce programme a été présenté au Conseil Affaires générales de l'UE pour exprimer l'intention de répondre aux préoccupations soulevées par la proposition de la Commission européenne de décembre 2017 visant à activer la procédure de l'article 7, paragraphe 1 du TUE, ainsi que par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice. Ce plan a permis à la Pologne de surmonter sa relation conflictuelle avec les institutions de l'UE, lesquelles ont fait preuve de confiance sans attendre une réponse efficace aux demandes de réformes. Elles ont ainsi décidé d'interrompre la procédure en vertu de l'article 7 (déjà bloquée politiquement) et d'octroyer à la Pologne de nouvelles tranches du fonds de reprise et de résilience (FRR), ainsi que d'autres fonds, y compris les fonds de cohésion.

Comme l'érosion du principe de l'État de droit avait eu un caractère systémique pendant les deux précédentes législatures, l'approche restauratrice s'est immédiatement révélée particulièrement

¹⁰ Voir K. Kubuj, « Les élections législatives de 2023 et la formation d'un nouveau gouvernement polonais », *Lettre de l'Est*, n° 35, 2024.

¹¹ Voir :

<https://commission.europa.eu/document/download/9>

c081f05-688d-4960-b3bc-
ea4fc3b2bafb_en?filename=48_1_58078_coun_chap_p
oland_en.pdf.

difficile. En effet, le nouveau gouvernement de coalition (composé de partis politiques pas trop homogènes) devait agir sur plusieurs fronts, dont deux en particulier étaient perçus comme stratégiques et sensibles. Il s'agit de l'indépendance des médias et du pouvoir judiciaire. En ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire, les partisans de réformes plus radicales ont invoqué les décisions des tribunaux européens (Cour de justice de l'UE et Cour européenne des droits de l'homme), afin de prendre en considération l'application directe du droit européen ou, pour les matières non couvertes par celui-ci, de la Constitution.

L'impasse politique et institutionnelle se manifeste par le fait que la majorité actuelle n'est même pas en mesure d'adopter de nouvelles lois sans se heurter à l'opposition du président de la République et du Tribunal constitutionnel. En attendant les résultats des prochaines élections présidentielles et l'expiration du mandat d'un certain nombre de juges constitutionnels, le gouvernement fait adopter des résolutions de la majorité parlementaire ou fait des efforts en matière de rédaction législative et de concertation avec les institutions européennes et la Commission de Venise, dont les avis sont cependant seulement partiellement pris en compte. Les lois réformant le Conseil national du pouvoir judiciaire, le Tribunal constitutionnel et les autres lois du «paquet justice» ne s'appliqueront pas tant que la majorité au Tribunal constitutionnel et le chef de l'État n'auront pas changé. Les deux premières lois n'ont en effet pas été promulguées par le président de la République, qui les a renvoyées au Tribunal constitutionnel. Ce dernier a également déclaré inconstitutionnels un certain nombre d'actes non législatifs de la nouvelle majorité (y compris certaines déclarations de principe, comme celle du 6 mars 2024 «Sur la suppression des effets de la crise

constitutionnelle de 2015-2023 dans le cadre des activités du Tribunal constitutionnel», déclarée inconstitutionnelle par le TC le 28 mai 2024). Le changement n'a donc été que partiel.

La situation polonaise est si complexe d'un point de vue juridique et constitutionnel qu'elle semble unique et difficile à résoudre. Si on la compare à la transition postcommuniste, il semble même que ce soit une période plus difficile, dans la mesure où la reconnaissance mutuelle des partis politiques a disparu. Les forces politiques qui s'opposent aujourd'hui (opposition et majorité) sont issues d'une culture constitutionnelle différente de celle de l'époque de la transition postcommuniste (bien que l'origine de nombreuses erreurs constitutionnelles et politiques remonte à ce moment historique), où, malgré la nature tragique de cette transition épineuse et systémique, en particulier en termes économiques et sociaux, il y avait une volonté historique de compromis et de dialogue entre des partis politiques qui représentaient différentes époques, dans le contexte d'une société encore hébétée et manquant de repères idéologiques clairs.

V – Le «paquet» justice entre technicités juridiques et enjeux politiques et la position ambiguë de la Commission de Venise

Le «paquet justice» proposé par le ministre de la Justice Bodnar au mois de février de 2024 contient plusieurs mesures (législatives et non législatives) dont l'objectif déclaré est de respecter la Constitution, le droit européen et les principes découlant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE et de la Cour européenne des droits de

l'homme¹². L'objectif est de réformer à la fois le Tribunal constitutionnel et les juges ordinaires (y compris ceux de la Cour suprême), en raison des décisions réitérées à plusieurs reprises par les deux Cours européennes, selon lesquelles la politisation des modalités de nomination des juges, y compris la formation d'un «nouveau» Conseil supérieur de la magistrature (ou KSR) à composition purement politique, entache la légitimité de la composition des tribunaux et violerait ainsi le droit à un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'article 6 de la CEDH et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE¹³. Cela entraîne une série de questions connexes à traiter, qui revêtent une complexité notable tant sur le plan juridique que politique : il faudra réformer à l'avenir les modalités de composition de ces cours et du Conseil national du pouvoir judiciaire, remplacer les néo-juges et les membres du nouveau KRS actuellement en fonction et décider de leur statut, aborder le problème du sort des jugements rendus par les néo-juges tout en garantissant la sécurité juridique et l'autorité de la chose jugée et sans compromettre le fonctionnement de l'ordre judiciaire. Malgré la possibilité de s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, la solution est complexe, précisément du point de vue de l'une des composantes essentielles de l'État de droit : la sécurité juridique, avec le principe de l'autorité de la chose jugée. Le risque est de déstabiliser le système, de mettre en péril les droits acquis

des citoyens ainsi que de paralyser le fonctionnement du pouvoir judiciaire pendant des années, si une procédure de remplacement généralisé des juges était mise en œuvre.

A – Le paquet « justice constitutionnelle »

Concernant le Tribunal Constitutionnel, comme première étape vers la démolition du système illibéral de justice constitutionnelle construit par le parti Droit et Justice (PiS), le 31 janvier 2024, la Pologne a d'abord soumis ses observations à la CJUE, reconnaissant les conclusions de cette dernière concernant la composition illégitime du Tribunal et les irrégularités dans l'élection de sa présidente. L'étape suivante a été l'adoption d'une résolution du *Sejm*, le 6 mars 2024, « Sur la suppression des effets de la crise constitutionnelle des années 2015-2023 dans le cadre de l'activité du Tribunal constitutionnel ». Suite à cette résolution, déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal constitutionnel « capturé », le 28 mai 2024, le gouvernement a cessé de publier toutes les décisions du Tribunal¹⁴.

Bien que la « capture » du Tribunal constitutionnel ait constitué la première étape de la prise de contrôle du pouvoir judiciaire, le remplacement des juges actuels et la réforme future du mode de nomination des juges constitutionnels s'avèrent plus complexes. Même si le fait de ne pas avoir nommé trois juges selon des règles conformes à la Constitution en novembre 2015 constitue un péché originel qui semblerait pouvoir être facilement résolu, le

¹² Voir : www.gov.pl/web/justice/polish-minister-of-justice-presents-action-plan-for-restoring-the-rule-of-law.

¹³ Les décisions sont vraiment nombreuses, on peut en citer seulement quelques-unes. Pour la CJUE : 19 novembre 2019, C-585/18, 624/18 et 625/18 (cas A.K.), 2 mars 2021 C-824/18 (A.B.), 15 juillet 2021 C-791/19 (*Commission c. Pologne/Régime disciplinaire des juges*). Pour la Cour EDH voir : *Xero Flor c. Pologne*

(4907/18) du 7 mai 2021, *Reczkowicz c. Pologne*, du 22 juillet 2021, *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Pologne* du 8 février 2022, *Advance Pharma* du 3 février 2022, *Wałęsa c. Pologne* du 23 novembre 2023.

¹⁴ Ce refus a été réaffirmé dans le décret gouvernemental du 18 décembre 2024 « Sur la lutte contre les conséquences négatives de la crise constitutionnelle dans le domaine du pouvoir judiciaire ».

remplacement de juges « imposteurs » entraîne des conséquences qui ne sont pas faciles à surmonter. Notamment l'accusation de violation du principe constitutionnel de l'inamovibilité des juges. En ce qui concerne la composition future du Tribunal constitutionnel, il est nécessaire d'éviter qu'un seul parti politique sélectionne tous les juges. Toutefois, pour augmenter les majorités parlementaires requises pour l'élection, une révision constitutionnelle est indispensable. Le gouvernement a préparé le projet de loi constitutionnelle correspondant et l'a soumis, ainsi que deux nouvelles lois ordinaires régissant le TC (approuvées par le *Sejm* le 13 septembre 2024)¹⁵ à la Commission de Venise pour avis, lequel a été rendu lors de la session plénière de décembre. Ici aussi, il y a le problème collatéral du sort des décisions rendues en composition illégitime que les nouvelles lois cherchent à résoudre.

Sur la question de la « réhabilitation » du Tribunal constitutionnel, la doctrine polonaise avait longuement débattu avant la victoire des oppositions en octobre 2023¹⁶. En particulier, deux propositions de réforme avaient été rendues publiques avant même la présentation officielle des projets gouvernementaux, qui en ont largement repris le contenu. La première était une proposition de réforme de la loi sur le Tribunal constitutionnel élaborée par la Fondation Batory¹⁷, qui prévoyait des modifications

visant à rendre la procédure de sélection des juges plus participative (en augmentant la majorité parlementaire à 3/5 des voix, comme le prévoit l'article 16 de la loi « sur le Tribunal constitutionnel » du 13 septembre 2024¹⁸), en incluant de nouvelles modifications (voir art. 18, para. 1 de la loi de 13.09.2024) et en améliorant la transparence de la procédure (avec des auditions parlementaires des candidats), et rendant la procédure pour la responsabilité disciplinaire des juges plus facile à activer. En ce qui concerne les arrêts adoptés par le TC dans une composition « illégitime », il était prévu qu'ils seraient déclarés nuls et nonavenus, à l'exception de ceux relatifs aux recours individuels des citoyens ayant donné lieu à d'autres requêtes. S'agissant des « personnes non autorisées à juger », il était prévu qu'elles ne devaient plus participer aux activités judiciaires du Tribunal et que le *Sejm* devait procéder à l'exécution des arrêts K 34/15 et K 35/15, et donc déclarer l'élection des « doubles juges » invalide. À cet égard, il convient toutefois de noter que, à supposer que les trois juges « doubles » et leurs successeurs puissent être remplacés sans susciter l'opposition du Tribunal lui-même et du président de la République, la composition du Tribunal resterait déséquilibrée compte tenu des nominations additionnelles effectuées par le PiS (même les juges légitimement élus au cours des huit dernières années ont fait preuve de

¹⁵ Voir les projets en anglais : www.venice.coe.int/webforms/documents/?opinion=1203&year=all.

¹⁶ A. Jakab, « How to Return from a Hybrid Regime into a Constitutional Democracy. Hypothetical Constitutional Scenarios for Hungary and a Few Potential Lessons for Poland », in M. Bobek, A. Bodnar, A. von Bogdandy, & P. Sonnevend (eds.), *Transition 2.0. Re-establishing Constitutional Democracy in EU Member States*, Baden-Baden, 2023.

¹⁷ Un résumé en anglais de T. Zalasinski, *The draft law on the Polish Constitutional Tribunal: Genesis and key proposals*, www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2023/02/The.draft_.law_.on_.the_.Polish.Constitutional.Court_.pdf.

¹⁸ En vertu de cet article, les juges constitutionnels sont élus individuellement par le *Sejm* pour un mandat de neuf ans non renouvelable, à la majorité des trois cinquièmes des voix, en présence d'au moins la moitié des membres de la chambre. En outre, l'article 17, paragraphe 2 dispose qu'une personne ayant exercé les fonctions de président de la République, de député, de sénateur, de membre du Parlement européen ou du Conseil des ministres, de secrétaire d'État, de sous-secrétaire ou de plénipotentiaire du gouvernement, peut être candidate à ce poste si quatre ans au moins se sont écoulés depuis la cessation de ces fonctions politiques. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF\(2024\)037rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2024)037rev-e).

«servilité» politique¹⁹). Il faudrait donc attendre l'expiration d'un certain nombre de mandats de juges pour en nommer d'autres, choisis par une autre majorité ou de manière consensuelle entre majorité et opposition.

Le projet de la *Helsinki Foundation for Human Rights*²⁰ portait principalement sur le sort des décisions rendues par le Tribunal constitutionnel en composition irrégulière, et en proposait une estimation (environ 85 décisions rendues par des chambres comprenant des juges « doubles » entre 2017 et 2022) ainsi que des hypothèses avec des conséquences juridiques diverses sur l'ordre juridique²¹.

La solution adoptée par la loi du 13 septembre 2024 « Sur les dispositions introductives de la loi sur le Tribunal constitutionnel » prévoit que les arrêts du Tribunal rendus avec la participation de personnes non habilitées à juger sont nuls et nonavenus et ne produisent pas les effets juridiques prévus à l'article 190 para. 1 et para. 3 de la Constitution. Par « personnes non habilitées à juger », on entend les personnes nommées à la fonction de juge constitutionnel en violation de la loi du 25 juin 2015 sur le Tribunal constitutionnel et des arrêts K 34/15 et K 35/15 du Tribunal constitutionnel, ainsi que les personnes nommées à leur place. La loi du 13 septembre 2024 prévoit également

l'obligation de répéter tous les actes de procédure auxquels ont participé des personnes non habilitées à juger.

Dans son avis du 7 décembre 2024 sur le « paquet justice constitutionnelle »²², la Commission de Venise a donné quelques indications qui devraient rendre les documents plus conformes aux conditions européennes de l'État de droit, en suivant en particulier les indications de la Cour de Strasbourg dans les arrêts rendus dans les affaires *Xero Flor* du 7 mai 2021 et *M.L.* du 14 décembre 2023 et les observations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe concernant les mesures d'exécution des arrêts susmentionnés²³.

La Commission reconnaît que la situation en Pologne est complexe et nécessite un cadre « holistique », mais considère néanmoins qu'il est essentiel de restaurer l'État de droit sans violer l'État de droit lui-même. En substance, la Commission n'accepte pas l'approche du ministre Bodnar, exprimée dans une lettre envoyée à la Commission le 2 décembre 2024, selon laquelle les mesures proposées seraient fondées sur les principes de la « justice transitionnelle », c'est-à-dire une phase que la Pologne traverserait « pour restaurer l'État de droit après une période sans précédent de régression démocratique et juridique », considérant au contraire que la réforme du

¹⁹ Voir K. Izdebski, « Reviving a Corpse: The Case of the Polish Constitutional Tribunal », *VerfBlog*, 2023/10/13, <https://verfassungsblog.de/reviving-a-corpse/>.

²⁰ M. Szwed, *Judgments delivered by irregular judicial formations of the Polish Constitutional Court. A review of the cases decided by the Constitutional Court in 2017–2022 and the available options for the legal regulation of the effects of judgments delivered by formations of the Constitutional Court that include unlawfully elected persons*, constitutional-court-report-hfhr.pdf; M. Szwed, « To Void or Not To Void: On the Legal Effect of the Constitutional Tribunal's Rulings », *VerfBlog*, 2023/10/13, <https://verfassungsblog.de/to-void-or-not-to-void/>.

²¹ Parmi les différentes propositions, figurent la réouverture d'office des procédures dans les cas les plus controversés, l'annulation sélective par le biais de

décisions parlementaires, ainsi que la réouverture des recours individuels en cas de rejet antérieur. La solution la plus extrême, à savoir déclarer toutes les décisions en question nulles et nonavenues, est considérée comme impraticable dans l'intérêt de la sécurité juridique, en raison des conséquences qu'elles ont pu engendrer au niveau législatif, administratif et jurisprudentiel. De plus, certaines d'entre elles ont permis d'assurer une meilleure protection des droits sociaux des requérants.

²² Voir :

[www.venice.coe.int/webforms/documents/default.asp?x?pdffile=CDL-AD\(2024\)035-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.asp?x?pdffile=CDL-AD(2024)035-f).

²³ Résolution intérimaire CM/ResDH(2023)142, Exécution de l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, adoptée par le Comité des ministres le 7 juin 2023.

Tribunal constitutionnel devrait être considérée avant tout comme « une mesure d'exécution des arrêts de la Cour EDH », en particulier, comme mentionné, dans les affaires *Xero Flor* et *M.L.* Il s'agirait donc de remplir une obligation internationale précise.

Les deux lois et le projet de révision constitutionnelle sont généralement considérés par la Commission comme des avancées positives dans l'adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne. Cependant, certains aspects font l'objet de critiques ouvertes, soulignant la nécessité de procéder différemment, même si les États disposent d'une marge d'appréciation pour mettre en œuvre les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. En particulier, la Commission se concentre sur les trois points soulignés dans sa résolution du 7 juin 2023 concernant la mise en œuvre de l'arrêt dans l'affaire *Xero Flor*, à savoir : garantir la composition légitime du Tribunal constitutionnel, traiter la question du statut des décisions prises avec la participation de juges irrégulièrement nommés et prévenir toute ingérence induite dans la nomination des juges constitutionnels.

En ce qui concerne le premier point, la Commission exhorte le législateur polonais à prévoir explicitement que les trois juges ayant été illégalement élus à la fin de 2015²⁴ sont obligatoirement exclus de l'examen des affaires encore pendantes et de toutes les réunions auxquelles ils pourraient être associés²⁵. Toujours en ce qui concerne le premier point, en examinant le projet de révision constitutionnelle, et en particulier les dispositions transitoires selon lesquelles, dans les quatorze jours suivant l'entrée en vigueur

de la révision, le mandat des quinze juges en exercice doit prendre fin et quinze nouveaux juges doivent être élus à la majorité des trois cinquièmes du *Sejm* (et des mandats échelonnés sont envisagés – cinq juges élus pour trois ans, cinq pour six ans et cinq pour neuf ans – afin d'éviter que les mandats futurs ne provoquent un renouvellement en bloc au cours de la même législature), la Commission de Venise estime que le renouvellement complet du Tribunal constitutionnel avec remise à zéro du précédent n'est pas justifié, étant donné le fait que douze des quinze juges en fonction – dont le mandat n'a pas encore pris fin – auraient été élus conformément à la procédure constitutionnelle.

En effet, selon la Commission de Venise, un tel renouvellement violerait le principe de l'inamovibilité des juges. Ce principe ne pourrait être transgressé que par une nécessité impérieuse « de nature substantielle et impérative » justifiant une dérogation au principe de sécurité juridique et au principe d'inamovibilité des juges (comme indiqué dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*). Cette observation se fonderait également sur des considérations pratiques : étant donné qu'il est peu probable qu'une loi de révision constitutionnelle soit adoptée au cours de la législature actuelle, alors que le mandat de plusieurs juges constitutionnels arrive à expiration, il serait beaucoup plus facile de parvenir à un renouvellement, même partiel, du Tribunal par le biais des procédures ordinaires, ce qui permettrait également d'exclure les nominations pour

²⁴ Deux d'entre eux sont décédés et ont été remplacés par deux autres juges (eux-mêmes considérés comme irréguliers). Les mandats de ces deux derniers doivent expirer en septembre 2026 et janvier 2027, tandis que celui du troisième a expiré à la fin de l'année 2024.

²⁵ Dans la décision CM/Del/Dec(2024)1507/H46-22, de septembre 2024, <https://hudoc.exec.coe.int/ENG#%7B%22execidentifiant%22%3A%22004-58569%22%7D>}, ou le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a de nouveau examiné les conditions d'exécution de la décision dans le cas *Xero Flor*, on ajoute aussi qu'« il est également indiqué que des mesures doivent être prises pour permettre aux trois juges élus en octobre 2015 d'être admis à siéger et de servir jusqu'à la fin de leur mandat de neuf ans ».

des mandats échelonnés, que la Commission n'approuve pas. Comme l'indique la Commission, il faut éviter des précédents dangereux²⁶.

En ce qui concerne le deuxième point (statut des décisions prises avec la participation de juges irrégulièrement élus), le paquet sur la justice constitutionnelle présenté par le gouvernement polonais contient les solutions les plus ambitieuses, à savoir l'annulation de l'ensemble des décisions prises avec la participation de juges irrégulièrement élus (ce qui représenterait environ cent décisions à partir de 2017). Après avoir rappelé que, normalement, les décisions d'une cour constitutionnelle ne peuvent pas être annulées par la loi, l'exception est justifiée par le fait que, dans le cas polonais, il s'agit d'une mesure exceptionnelle visant à faire appliquer les décisions des cours internationales. Toutefois, il ne serait pas nécessaire d'annuler toutes ces décisions, car une approche moins radicale et plus pragmatique serait préférable, compte tenu également du fait qu'elles sont en vigueur depuis environ sept ans et ont eu d'autres conséquences pratiques et juridiques. Il convient en effet de trouver un équilibre entre la lutte contre les violations du principe de régularité de la procédure et le principe de sécurité juridique. Il serait souhaitable de

permettre une réouverture contrôlée des procédures sur la base de critères prédéterminés qui définissent clairement les effets juridiques que les nouvelles décisions peuvent avoir²⁷.

En ce qui concerne le troisième point (prévention de toute influence indue sur la nomination des juges constitutionnels), il convient de rappeler que la Constitution actuelle prévoit uniquement que les juges constitutionnels doivent être élus par le *Sejm*. La procédure est définie dans le règlement de la chambre basse auquel se réfère la loi de 2016 sur le statut des juges constitutionnels. La nouvelle loi sur le Tribunal constitutionnel, à l'instar du projet de révision constitutionnelle, prévoit à l'article 16 que les juges seront élus par le *Sejm* à la majorité des trois cinquièmes en présence d'au moins la moitié du nombre statutaire de ses membres. L'article 19 de la loi prévoit que si le *Sejm* ne parvient pas à élire un juge, le président de la chambre reprend la procédure à zéro (alors que l'article 16 prévoit que les juges constitutionnels exercent leurs fonctions jusqu'à l'élection d'un successeur après l'expiration de leur mandat). La Commission de Venise considère que ce mécanisme « anti-blocage » est inefficace, surtout dans le contexte actuel de polarisation politique²⁸. D'autres systèmes antiblocage sont ainsi proposés : l'un d'entre eux pourrait prévoir

²⁶ Point 34 : « Si des mesures radicales, même si elles sont adoptées par une majorité constitutionnelle, peuvent sembler nécessaires, elles risquent de conférer aux projets d'amendements un caractère *ad personam* critiquable et fournir des arguments à une future majorité constitutionnelle pour faire la même chose. Chaque fois qu'il y aura une majorité au Parlement suffisamment importante pour modifier la Constitution, les juges du Tribunal constitutionnel devront craindre qu'il soit mis fin à leur mandat, tous les nouveaux juges constitutionnels étant nommés par la majorité politique du moment ».

²⁷ Il pourrait être prévu, par exemple, que, dans les trois mois suivant la publication de la liste des décisions contestables (c'est-à-dire toutes celles qui ont été rendues avec la participation de juges « irrégulièrement élus »), les autorités habilitées à introduire un recours devant le Tribunal constitutionnel et les requérants individuels dont le recours avait été rejeté puissent demander la réouverture

de la procédure : « Ce recours judiciaire extraordinaire aurait l'avantage de préserver la validité des jugements non contestés, garantissant ainsi la sécurité juridique et limitant les troubles juridiques et les violations potentielles des droits humains qui pourraient suivre l'invalidation *ex lege* de plus de cent jugements. La Commission de Venise note à cet égard que de telles possibilités de réouverture des procédures existent déjà dans l'ordre juridique polonais ».

²⁸ Bien que le projet de révision constitutionnelle prévoit un mécanisme plus incisif, c'est-à-dire que si, après deux mois, le juge n'est pas élu avec les trois cinquièmes des voix, on peut passer à la majorité absolue, il s'agit d'un mécanisme qui pourrait être faible, car il inciterait la majorité politique au *Sejm* à retarder l'élection des juges afin de pouvoir le faire avec une majorité absolue.

que les juges sont élus à la majorité des deux tiers des voix au *Sejm*, comme règle générale, tandis que la majorité des trois cinquièmes serait la règle antiblocage de secours.

En revanche, la Commission apprécie d'autres aspects de la loi, notamment l'exclusion des personnes ayant exercé des fonctions politiques au cours des quatre années précédentes, l'élargissement de l'éventail des personnes pouvant présenter des candidatures, la clarification apportée à l'article 20 de la loi sur le Tribunal constitutionnel, selon laquelle le chef de l'État est tenu d'accepter le serment des juges constitutionnels dans les quatorze jours suivant l'élection, et que, si cela n'est pas fait, le juge peut présenter son serment par écrit au président du *Sejm*. Toutefois, elle met en garde contre certaines conséquences des fautes disciplinaires (la révocation du juge devrait être possible pour des raisons sérieuses, qui devraient être précisées) et conseille d'indiquer clairement que la publication des décisions du Tribunal constitutionnel ne requiert l'intervention d'aucun membre du gouvernement ni de tout autre organe politique.

Pour ces raisons, la Commission déplore que le gouvernement actuel ait également agi comme le précédent, en refusant de publier les décisions du Tribunal constitutionnel (à la suite de la résolution parlementaire du 6 mars 2024), car même si

les décisions prises avec la participation de personnes irrégulièrement élues peuvent être contestées, elles devraient tout de même être publiées. Enfin, les parlementaires sont invités à remplacer les juges arrivant à échéance sans attendre qu'une majorité de juges à remplacer se forme, ce qui favoriserait un changement de direction de la juridiction : paralyser le Tribunal constitutionnel « ne contribuera pas à résoudre la crise constitutionnelle et ne fera que donner à une autre majorité politique au pouvoir des arguments pour se comporter de la même manière à l'avenir ».

L'avis de la Commission prête le flanc à certaines critiques, notamment en ce qui concerne le fait de considérer douze juges sur quinze comme étant « légitimement élus ». Particulièrement radicale apparaît la critique de K. L. Scheppele, tant concernant l'avis du 14 octobre sur les « néo-juges » que celui du 7 décembre sur le « paquet justice constitutionnelle », jugés comme une véritable trahison des positions exprimées au cours des années précédentes²⁹. En ce qui concerne les douze juges constitutionnels, considérés comme ayant été « légitimement élus » au cours des huit dernières années, Scheppele est très claire sur le fait que tous les juges constitutionnels actuels ont été sélectionnés sur la base d'une préférence politique, rappelant quelques autres passages importants³⁰, en plus de la violation par le Tribunal constitutionnel « capturée » du

²⁹ « Les récents avis de la Commission de Venise sur les réformes judiciaires polonaises ont donné la priorité à la légalité formelle plutôt qu'à l'indépendance substantielle du pouvoir judiciaire. La Commission légitime ainsi le pouvoir judiciaire capturé par le précédent gouvernement autocratique. Ce revirement de la Commission contraste fortement avec ses propres critiques antérieures et avec les arrêts de la Cour européenne, ce qui fait craindre que sa position protège désormais l'autocratie sous le couvert de la légalité ». Cf. K.L. Scheppele, « Blinded by Legality: The Venice Commission's Change of Heart on Restoring the Rule of Law in Poland », *VerfBlog*, 2024/12/23, <https://verfassungsblog.de/blinded-by-legality/>. Pour une critique de cette position, voir G. Halmai, « *Can the*

Rule of Law Be Restored by Violating Its Principles?: The Current Polish Debate », *VerfBlog*, 2025/1/03, <https://verfassungsblog.de/can-the-rule-of-law-be-restored-by-violating-its-principles/>.

³⁰ « Trois juges ont été installés illégalement au Tribunal lorsque le gouvernement du PiS est arrivé au pouvoir, mais ce n'est pas le seul problème. Le président et le vice-président du Tribunal, qui ont présidé l'organe pendant neuf ans, ont également été installés de manière irrégulière. Les juges élus au Tribunal avant 2015 ont été exclus de la préparation des affaires après 2016, car ils ont été empêchés par les juges nommés par le PiS d'exercer leurs responsabilités légales sur le banc. La présidente du Tribunal, nommée de manière irrégulière, vient d'être remplacée de la même

droit de l'Union européenne et de la CEDH, déclaré inconstitutionnel à plusieurs reprises.

Selon Scheppele, le nouveau gouvernement polonais proposerait de mettre en œuvre les suggestions de la Commission de Venise formulées en 2016, 2017 et 2020, à savoir l'abandon des réformes précédentes du PiS. Mais de manière inattendue, « face aux propositions du nouveau gouvernement, la Commission de Venise a soudainement décidé qu'il serait inadmissible de modifier le *statu quo* parce que les juges polonais ont été nommés selon des procédures légales à l'époque ». L'éminente chercheuse américaine se montre particulièrement sévère, mais elle ne prend pas en compte les équilibres politiques internes et la nécessité d'éviter un climat de « constitutionnalisme de revanche ». Les positions de la doctrine polonaise et de l'OSCE sont en revanche plus modérées : si l'on critique également les propositions du gouvernement polonais pour leur manque de clarté concernant certains des points critiqués par la Commission de Venise, on ne condamne toutefois pas explicitement la nécessité de « réinitialiser » la composition du Tribunal. On estime que l'annulation en bloc de toutes les décisions prononcées avec la participation des juges constitutionnels « illégitimement nommés » et le refus du gouvernement de publier les décisions du Tribunal constituent des actes dangereux³¹.

manière ce mois-ci par le président national du PiS, Andrzej Duda. Le nouveau président du Tribunal est un ancien procureur, protégé de l'ancien ministre de la Justice Zbigniew Ziobro, concepteur des réformes judiciaires décriées par la CJUE, la Cour européenne des droits de l'homme et (au moins auparavant) la Commission de Venise. Les problèmes de légitimité du Tribunal constitutionnel sont profonds et perdurent à ce jour ».

³¹ Voir OSCE-ODHIR, *Opinion on two bills of the Republic of Poland on the Constitutional Tribunal (Sejm prints n°*

B – L'« épuration » judiciaire

La réforme de la composition du Conseil national du pouvoir judiciaire (KRS), qui avait été modifiée en 2017, est considérée comme la modification la plus importante à apporter au précédent paquet « justice » du PiS. Cette réforme avait été justifiée par la précédente majorité comme étant nécessaire non seulement pour purger le système judiciaire (selon elle, jamais purgé après la transition du communisme), mais aussi pour rendre les procédures judiciaires plus efficaces et plus rapides³². Cette réforme avait en effet servi de détonateur à d'autres déformations de la justice en cascade, puisque le « nouveau » KRS, composé de membres choisis par la seule majorité gouvernementale, a procédé à son tour, avec le soutien du chef de l'État Duda (formellement appelé à nommer les juges sur proposition de cet organe), à une série de nominations et de promotions judiciaires qui ont conduit au remplacement d'environ 30 % des juges, soit entre 2 500 et 3 500 sur 10 000. Cette situation a ainsi installé une classe de « nouveaux juges » qui, à leur tour, ont produit une série de décisions sur la base desquelles d'autres décisions (administratives, etc.) ont été prises en cascade. Dans le projet de loi modifiant la loi sur le KRS, soumis au *Sejm* le 20 février 2024, des amendements ont été apportés par le Sénat à la suite des recommandations de la Commission de Venise, puis remodelés par le *Sejm* pour supprimer ces amendements (en particulier, l'octroi du droit de vote aux nouveaux juges dans la procédure de

253 and 254, of 24 July 2024), Warsaw, August 24, 2024, www.osce.org/files/f/documents/b/b/575707.pdf ; M. Szwed, « One Year After Wałęsa v. Poland: Challenges in Implementing ECtHR Rule of Law Judgments », *VerfBlog*, 2024/12/20, <https://verfassungsblog.de/one-year-after-walesa-v-poland/>.

³² En effet, la durée des procès entre 2015 et 2023 a augmenté. L'objectif réel était de remplacer les juges par des personnes proches politiquement.

composition d'un KRS renouvelé). Il est envisagé à l'avenir que les quinze juges de la toge sur les vingt-cinq membres de l'organe soient choisis par les autres juges au scrutin secret.

En ce qui concerne la Cour suprême, outre la révocation des « nouveaux juges » qui siègent au sein de cette Cour et la révision des décisions prononcées avec leur participation, le problème des deux nouvelles chambres introduites par le PiS n'est pas entièrement résolu. En effet, la « chambre disciplinaire » a été remplacée sous la pression des autorités européennes par la loi du 9 juin 2022 (que le Tribunal constitutionnel a toutefois déclarée inconstitutionnelle), mais il ne s'agit là que d'un changement cosmétique. Quant à la « chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques », qui a été déclarée non indépendante par la Cour de justice de l'Union européenne, il faudrait modifier la loi sur la Cour suprême afin de la supprimer ou de la réformer.

Parmi les problèmes les plus difficiles à résoudre et qui posent de grands défis, il y a encore celui des juges ordinaires, étant donné le nombre considérable de juges à remplacer ou à vérifier. Même la Commission de Venise n'a pas souhaité suggérer une solution particulière pour le moment, se contentant de répondre à des questions précises posées par le ministre de la Justice, en se référant à la pratique générale du droit de la CEDH en la matière. Il existe également une jurisprudence européenne à prendre en compte pour ces juridictions. Selon la Cour

de justice, la loi polonaise sur l'organisation des tribunaux communs contient de nombreuses dispositions portant atteinte à l'indépendance des tribunaux et à l'efficacité de la protection judiciaire. Au nom de la suprématie du droit européen, ces dispositions, y compris la loi dite « bâillon », ne devraient plus être appliquées par les juges et ces derniers ne devraient plus être soumis à une responsabilité disciplinaire s'ils appliquent le droit européen. Le PiS était déjà intervenu sur ce point avec la loi du 9 juin 2022.

Dans l'avis conjoint de la Commission de Venise et de la Direction générale des droits de l'homme et de l'État de droit (DGI) du Conseil de l'Europe intitulé « Sur les normes européennes relatives au statut des juges du 14 octobre 2024 »³³, les deux organes du Conseil de l'Europe semblent réticents à prendre une position claire sur une question aussi complexe et lourde de conséquences pour le tissu même de l'État de droit. Cela donne lieu à un document quelque peu contradictoire. L'incertitude quant à la solution à appliquer ressort toutefois de toutes les réponses contenues dans l'avis, où il est convenu que le principe d'inamovibilité des juges ne peut être appliqué que lorsque la nomination ou l'élection en question a été effectuée conformément à la Constitution et aux normes européennes. La Commission et la DGI reconnaissent que la situation en Pologne en ce qui concerne l'évaluation des nominations judiciaires n'a pas de références similaires dans d'autres affaires antérieures³⁴.

³³ Voir :

[www.venice.coe.int/webforms/documents/default.asp?x?pdffile=CDL-AD\(2024\)029-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.asp?x?pdffile=CDL-AD(2024)029-e).

³⁴ Parlant de « restaurer le constitutionnalisme » dans son avis sur la loi de modification du KRS, la Commission reconnaît que la Pologne est confrontée à des changements dans un environnement politique et institutionnel difficile qui ne permet pas de suivre les règles à 100 % (voir l'avis de la Commission sur la loi de modification du KRS), CDL-AD(2024)018 French

24/06/2024 - Public

Pologne - Avis urgent conjoint de la Commission de Venise et de la Direction générale des droits humains et de l'État de droit du Conseil de l'Europe sur le projet de loi modifiant la loi sur le Conseil national de la magistrature de la Pologne, rendu le 8 mai 2024 en vertu de l'article 14a du règlement intérieur révisé de la Commission de Venise, et entériné par la Commission de Venise lors de sa 139^e session plénière (Venise, les 21-22 juin 2024).

Tout d'abord, bien que le ministre de la Justice Bodnar ait officiellement demandé dans sa lettre du 10 juillet 2024 d'obtenir un avis spécifique sur quatre questions³⁵, il avait également fait référence à différents modèles de solutions sur le statut des juges nommés avec la participation du Conseil national du pouvoir judiciaire, formé en vertu de la loi d'amendement de 2017 et sur les décisions prises avec sa participation. L'avis conjoint précise toutefois que les modèles présentés ne seront pas commentés, l'avis se concentrant sur les questions posées dans la demande en utilisant les paramètres appliqués par la Commission de Venise conformément aux normes européennes. Or, les quatre questions semblent franchement incompréhensibles sans une référence explicite aux projets présentés par le ministre (qui apportent deux solutions bien différentes au problème des « nouveaux juges »)³⁶.

Cependant, l'avis identifie quelques points fermes qui devraient guider le

législateur polonais : même si la vérification de chaque juge, dont la procédure de nomination ou de promotion a été entachée d'irrégularités est impossible, compte tenu du grand nombre de juges concernés, une révocation générale *ope legis* ne peut être effectuée sans permettre un recours juridictionnel³⁷. En outre, l'organe qui doit procéder à ces révisions ne peut être lié à l'exécutif, et l'évaluation doit se faire sur la base de critères et de procédures préétablis, dans le respect du principe de proportionnalité (une certaine forme d'individualisation est donc nécessaire) et dans un délai court afin de ne pas paralyser la justice ordinaire. Tout en constituant une référence fondamentale dans l'approche de la question, ni les arrêts des deux Cours européennes ni ceux des Cours suprêmes polonaises ne peuvent servir de base à une révocation massive des juges.

La liste des contradictions de cet avis est longue : il faut une évaluation individuelle, mais on se rend compte que c'est impossible

³⁵ Dans sa demande, le ministre de la Justice a posé les questions suivantes à la Commission : 1. Les résolutions du Conseil national de la magistrature concernant la nomination des juges peuvent-elles être invalidées *ex tunc*, ce qui implique que la personne nommée n'a jamais été légalement nommée ? Serait-il conforme au principe de l'État de droit d'exiger des juges et autres professionnels du droit qu'ils reprennent leurs fonctions antérieures à la suite de l'invalidation de telles résolutions ? 2. Ces personnes ont-elles le droit d'exercer un recours judiciaire ? Le fait d'autoriser ces personnes à participer aux nouveaux processus de sélection des juges, sous réserve d'un contrôle judiciaire, est-il suffisant pour garantir leur droit à un procès équitable ? 3. Le système de délégation des juges dans les tribunaux où ils exerçaient avant la promulgation de la loi, jusqu'à ce qu'ils aient terminé leurs affaires en cours et pour une période de deux ans, est-il compatible avec les principes de l'État de droit et de la sécurité juridique afin de maintenir l'efficacité judiciaire pendant la période de réévaluation ? 4. Est-il conforme aux principes de la sécurité juridique et de l'État de droit de permettre aux parties qui ont mis en doute l'impartialité ou l'indépendance d'un juge, sur la base de sa nomination par le Conseil actuel, de contester les jugements rendus par ces juges ?

³⁶ Pour une analyse de la lettre de Bodnar, voir A. Wójcik, *Minister of Justice Adam Bodnar has requested the Venice Commission's opinion on two*

proposed models for addressing the neo-judges problem, 22 juillet 2024, <https://ruleoflaw.pl/neo-judges-poland-venice-commission/>. Dans le débat précédant la réforme, deux visions principales s'opposaient (et continuent de s'opposer) : une action radicale (révocation totale et remplacement des juges, donnant aux nouveaux juges la possibilité de se représenter lors d'une nouvelle procédure de sélection) et une approche sélective (examen au cas par cas). Mais le premier scénario provoquerait une paralysie du système, tandis que le second serait peut-être plus acceptable mais n'est favorisé ni par les électeurs de l'actuelle coalition gouvernementale ni par l'association *Iusticia*.

³⁷ « Based on the principle of separation of powers, the Venice Commission and DGI consider that it cannot be declared through a law that all the appointments made by the NCJ in a particular timeframe are null and void. The Venice Commission and DGI note that neither the existing judgments of the ECtHR and of the CJEU, nor the decisions of the Polish Supreme Court and of the Supreme Administrative Court have produced *ex tunc* invalidation of the appointment decisions taken by the NCJ. The Venice Commission and DGI furthermore consider that a whole sale invalidation *ex tunc* of all the resolutions of the Polish NCJ does not fit into the rule of law concept, as it would among others fail the proportionality test », p. 13.

(voir la proposition polonaise de groupes de juges)³⁸ ; il faut des garanties procédurales et le droit de faire appel devant un tribunal pour chaque juge, mais cela doit se faire rapidement ; les arrêts européens et ceux des tribunaux nationaux servent de référence pour reconstruire la norme européenne, mais ils ne sont pas directement contraignants, notamment parce qu'ils ne proposent pas de modèle spécifique (mais auraient-ils dû le faire ?). Déclarer la nomination d'un juge invalide équivaut à une révocation et doit donc être décidé par un tribunal. La question de l'appel des jugements prononcés par des chambres juridictionnelles illégitimement composées (c'est-à-dire avec la présence de nouveaux juges) est considérée comme contraire à l'un des éléments de l'État de droit, à savoir le principe de l'autorité de la chose jugée. Ce principe doit être mis en balance avec le droit des parties à un procès équitable, c'est pourquoi il est suggéré que l'appel ne soit autorisé que dans des cas particuliers et pour des procès qui se sont terminés après la date du premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question, à savoir l'arrêt *Reczkowicz c. Pologne* (22 juillet 2021).

VI – Perspectives d'avenir

Les difficultés de réalisation du *Plan sur le rétablissement de l'État de droit* sont d'ordre politique et constitutionnel. À chaque mouvement, le gouvernement semble pris

dans un piège spécialement créé pour empêcher, au moins à court terme, tout changement significatif, comme on peut le constater dès le début de son entrée en fonction, retardé autant que possible par le chef de l'État Duda³⁹.

Sur le plan politique, il convient de noter que le PiS a perdu la majorité absolue lors des dernières élections, mais pas la majorité relative et il poursuit désormais une opposition dure et intransigeante. Il reste donc un parti fort, toujours profondément enraciné dans les zones rurales et continuant à soutenir le chef de l'État, les nouvelles élections duquel étant prévues aux mois de mai-juin 2025. L'enracinement du PiS et la situation politique très polarisée rendent incertaine l'élection de candidats d'orientations différentes, avec le risque de la perpétuation d'une cohabitation difficile telle que celle que nous connaissons aujourd'hui. À cela s'ajoute le fait que le gouvernement est basé sur une coalition de partis hétérogènes qui ont des positions différentes sur un certain nombre de questions. Par conséquent, il faut agir avec beaucoup de prudence, car il existe une série de pressions, parfois opposées, dont il faut tenir compte (comme on l'a vu lors des passages concernant l'approbation de la loi sur la réforme du KRS). De plus, les questions institutionnelles ne sont pas nécessairement considérées comme une priorité pour freiner le futur consensus du PiS, qui avait adopté

³⁸ Comme le rappelle M. Szwed, « Restoring the Integrity of Judicial Appointments: the Venice Commission and Council of Europe's Opinion on Poland », *ConstitutionNet, International Idea*, 7 November 2024, le ministre Bodnar a préparé un projet qui se rapproche de la position de *Iustitia* mais distingue trois catégories de juges : ceux de première nomination (juges nommés après avoir exercé la fonction d'assesseur) resteraient à leur place, les juges nommés par le nouveau KRS et activement impliqués dans le démantèlement de l'indépendance judiciaire seraient non seulement licenciés ou rétrogradés mais également soumis à des procédures disciplinaires, les

juges restants devraient également réintégrer leurs fonctions antérieures mais s'ils le faisaient volontairement sur la base d'une déclaration spéciale, ils éviteraient la procédure disciplinaire. Début février 2025, les projets de loi issus des travaux de la Commission de codification du pouvoir judiciaire et du ministère public ont été annoncés : www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/projekty-aktow-prawnych-ustroju-sadownictwa-i-prokuratury.

³⁹ Voir A. Angeli, « La réforme du Conseil national de la magistrature en Pologne après le "revirement démocratique" de 2023 : ombres et lumières du chemin », *Lettre de l'Est*, n° 37, 2024.

des politiques de dépenses sociales très généreuses.

En suivant les idées fournies par l'article de T.G. Daly⁴⁰, on peut considérer le concept de « constitutionnalisme réparateur », difficilement applicable au cas polonais. En effet, il est impossible de revenir au système antérieur au déclin illibéral. Non seulement pour des raisons politiques et institutionnelles, mais aussi parce que ce système a favorisé l'attaque contre les tribunaux (par exemple, l'élection des juges constitutionnels à la majorité simple de la chambre basse) et que ses limites doivent donc être corrigées pour éviter un nouveau déclin. Dans les projets de loi soumis et adoptés par la nouvelle majorité, certaines failles semblent avoir été détectées et corrigées, grâce également aux conseils de la Commission européenne (rapports sur l'État de droit) et de la Commission de Venise (depuis les avis de 2016-2017). Cependant, ces corrections doivent composer avec la polarisation politique du pays, qui ne peut être résolue à court terme. On n'est pas dans une transition « systémique », car les populistes n'ont pas été vaincus par l'histoire, comme l'ont été les communistes, et ne sont pas ouverts au dialogue. De plus, ils restent le premier parti du pays.

Le scénario actuel semble être celui d'un « attentisme constitutionnel » : il consiste à forcer le moins possible et à préparer le terrain pour de véritables transformations, avec le soutien des institutions européennes. C'est ce qui se passe dans le cadre du « paquet justice » proposé par le ministre Bodnar⁴¹. À court terme, on procède avec des actes sous-législatifs et des résolutions

parlementaires. Entre autres choses, il convient de noter que certaines mesures importantes sont prises grâce aux mécanismes qui avaient été introduits par les réformes du PiS (voir les pouvoirs du ministre de la Justice/procureur général de demander des enquêtes ou de révoquer les présidents de tribunaux pour des raisons génériques et vagues qui cachent un pouvoir politique presque illimité, comme le permet la loi portant réglementation des tribunaux de droit commun du 27 juillet 2001, telle que modifiée le 12 juillet 2017). La majorité actuelle pourrait encore bénéficier des règles existantes pour la nomination de nouveaux juges constitutionnels, si elle décide de les remplacer avant de parvenir à une réforme générale.

La meilleure option ne serait pas tant une réinitialisation constitutionnelle ou un rétablissement formel de la situation antérieure à 2015, mais plutôt une refondation constitutionnelle qui, tout en conservant la Constitution de 1997, qui a bien servi les intérêts de la démocratie polonaise jusqu'à présent, apporterait les changements nécessaires pour éliminer les défauts qui ont facilité le déclin démocratique. Il s'agit notamment des règles d'élection des juges constitutionnels et peut-être aussi des règles de formation du KRS, mais aussi d'une nouvelle réduction des pouvoirs présidentiels. Une autre possibilité serait de réviser la loi électorale et les règles de protection contre les partis anti-système.

Les solutions proposées jusqu'à présent, certaines bloquées en raison des vetos des corps capturés (mais d'autres également combattues par les anciens juges et les

⁴⁰ T.G. Daly, « Constitutional Repair : A Comparative Theory », *op. cit.*

⁴¹ Sur le fait que Bodnar agit bien et dans les limites de ses possibilités, voir M. Jatozowski, « A Year After the Elections: Bodnar Initiates Accountability and Judicial Reforms, Unlocks EU Funds, But Neo-KRS Remains », [https://ruleoflaw.pl/a-year-after-the-elections-bodnar-](https://ruleoflaw.pl/a-year-after-the-elections-bodnar)

[initiates-accountability-and-judicial-reforms-unlocks-eu-funds-but-neo-krs-remains/](https://ruleoflaw.pl/a-year-after-the-elections-bodnar-initiates-accountability-and-judicial-reforms-unlocks-eu-funds-but-neo-krs-remains/), October 17, 2024. Pour l'opinion contraire, voir K. Mularczyk, « Poland's Tusk government is not so different from its PiS predecessor », <https://notesfrompoland.com/2024/10/11/polands-tusk-government-is-not-so-different-from-its-pis-predecessor-opinion/>, octobre 11, 2024.

membres de la nouvelle majorité, même si pour des raisons opposées), ne sont pas entièrement satisfaisantes, malgré la demande continue de soutien de la Commission de Venise. Le temps passe sans que ces nœuds ne soient dénoués, ce qui rend plus difficile d'envisager des solutions futures même si l'on estime que l'expiration des contre-pouvoirs capturés devrait résoudre plusieurs problèmes. Cependant, malgré les accusations d'inaction, la prudence avec laquelle le gouvernement procède pour éviter les scénarios de «constitutionnalisme revanchard» pourrait être une vision à long terme, se distinguant par son approche participative et consensuelle.

Au final, on peut conclure en affirmant que nos réflexions sur le cas de la Pologne, bien qu'il soit particulier, peuvent enrichir le débat général sur le sort de la démocratie et du constitutionnalisme dans un contexte d'incertitude mondiale et de risques répandus de détérioration.

Angela DI GREGORIO

*Professeure de droit public comparé,
Université de Milan
angela.digregorio@unimi.it*