

Prof. Miroslaw Granat
UKSW, Varsovie

Table ronde 2025

La légitimité de la justice constitutionnelle

1. *Quel état de la pensée sur la légitimité du juge constitutionnel?*
2. *Quels éléments de la légitimité du juge constitutionnel?*
3. *Quelle fragilité dans la légitimité du juge constitutionnel?*

En Pologne, la pensée sur la légitimité de la justice constitutionnelle ne dépasse pas le contexte d'une crise constitutionnelle de 2016 qui perdure encore aujourd'hui. C'est pourquoi la question de la légitimité du juge constitutionnel revêt ici un caractère particulier. Comme on le sait, cette crise a débuté à la fin de l'automne 2015 par un conflit concernant la nomination des juges constitutionnels aux postes vacants, sa pierre angulaire ayant été la prestation de serment refusée par le président polonais de l'époque à trois juges du Tribunal constitutionnel dûment élus. Le président avait ainsi enfreint les dispositions de la Constitution ayant également ignoré une décision du Tribunal du 9 décembre 2015 en cette matière.

Conséquemment, la majorité fraîchement arrivée au pouvoir, émanant du parti *Prawo i Sprawiedliwość (PIS)* a entraîné l'élection par le *Sejm* - de nouveaux juges - „substituts” de ceux élus de façon régulière auparavant mais non assermentés. S'est donc formée une catégorie à part, composée de personnes non légitimes au sein du TC, de dits juges substituts ou suppléants. Par ailleurs, ils sont toujours là.

La crise du constitutionnalisme en Pologne a commencé par une destruction de l'indépendance du Tribunal constitutionnel, ensuite, telle une maladie grave et contagieuse, cette oeuvre de destruction s'est transmise touchant notamment le Conseil national de la magistrature (KRS) et la Cour Suprême. La validation de l'élection du président de la République en 2025 et par là-même la légitimité du président ont en souffert. Des doutes et des controverses ont suivi et la crédibilité de la Cour Suprême était en question. Désormais on parlait de « néo-juges » ou « néo-KRS », ce qui n'a pas manqué à corrompre et à saper la justice constitutionnelle à ses fondements.

À l'heure actuelle, le Tribunal constitutionnel est composée de 11 personnes, sur 15 sièges au total, et en décembre 2025, à la fin du mandat de deux autres personnes, sa composition sera réduite à 9 personnes. La coalition au pouvoir ne pourvoit pas aux sièges vacants, arguant

qu'il y a toujours des „substituts” au sein du Tribunal tandis que l'élection de nouveaux juges légitimerait cette irrégularité initiale.

En contre-mesure, le Conseil des ministres refuse constamment de publier dans le « Journal officiel » les décisions prises par un Tribunal Constitutionnel „déformé” et, pour le justifier, il se réfère à une résolution du Sejm de mars 2024 dans laquelle la composition présente du TC est qualifié d'illégale.

Quoi qu'il en soit, à mon sens, la position du Tribunal constitutionnel s'en est sortie détruite. Cette autorité a perdu son indépendance. On est amené à tirer une telle conclusion en examinant le contenu des jugements rendus, désormais invariablement prévisibles. Ce qui se révèle pire encore est que ses décisions n'intéressent plus que très peu de gens. Le Tribunal constitutionnel, et cela semble extrêmement inquiétant, a cessé d'être légitimé par la société. En 2016, la non-publication par le gouvernement PIS de certaines décisions du TC, telle par exemple une décision relative à la loi du 9 mars 2016 dite „réparatrice” du TC, a su susciter maintes protestations publiques.

Après 2024 par contre la non-publication de série semble sans aucun intérêt aux yeux du public. Il est à noter toutefois que plusieurs décisions prises après 2016 et les années suivantes étaient porteuses de lourdes conséquences, par exemple celle remettant en cause l'applicabilité du droit de l'Union européenne ainsi que des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme en Pologne, ou encore une décision concernant la loi sur l'avortement dont les termes sont devenues encore plus sévères que dans la précédente. C'est surtout cette dernière qui était vivement contestée.

Il y en a aussi des décisions clairement politisées conformément à des positions du parti au pouvoir et reflétant ses intérêts immédiats. Ceci s'est notamment manifestée par les dites **mesures conservatoires provisoires** introduits par le Tribunal.

Ces mesures imposaient divers types d'interdictions adressées aux autorités publiques et avaient à rester en vigueur jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue. La pratique consistant à les approuver, de nature purement politique, était illégale. Elles ne servaient qu' à satisfaire les besoins du moment des responsables politiques.

Les élections législatives d'octobre 2023 ont conduit à la prise du pouvoir par une coalition

de partis démocratiques et libéraux qui s'étaient fixé pour objectif de réformer le Tribunal constitutionnel. Cependant, puisqu'elle n'a jamais disposée de majorité nécessaire pour amender la Constitution, et la possibilité d'adopter les lois ordinaires dépendait du président de la République avec son droit de veto, le chemin paraissait épineux. Malgré les obstacles, c'est en avril 2024, que le Sejm a voté une nouvelle loi sur le Tribunal constitutionnel ainsi qu'une loi d'application. Les deux offraient une chance de sortir de la crise autour du Tribunal. À ce jour, ni l'une ni l'autre ne sont toutefois pas entrées en vigueur faute de contre-signature du président de la République. La première a été renvoyée, pour contrôle préventif à ce même Tribunal. En résultat, la réforme, de toute façon partielle, est bloquée.

Lors de l'élection présidentielle qui s'est déroulée en mai-juin 2025, le candidat prêt à partager les positions du président sortant, a remporté la victoire.

Finalement, «l'État polonais a appris à fonctionner, ces dernières années, sans le Tribunal constitutionnel¹ », dit M. A. Myrcha, vice-ministre de la Justice exprimant ainsi le sentiment des représentants de la coalition démocratique et libérale au pouvoir. Cette approche semble se traduire par le fait que les gouvernants d'aujourd'hui s'abstiennent de pourvoir aux postes vacants des juges dans le souci de ne pas contribuer à légitimer l'activité du Tribunal où siègent „les personnes, qui ne sont pas juges”. La situation de fait et de droit décrite ci-dessus influence sans aucun doute la façon de penser sur la légitimité du contrôle juridictionnel. À ce qu'il paraisse les sciences juridiques se soient complètement détournées de l'étude des questions ayant trait au pouvoir judiciaire constitutionnel. Nous ne nous prononçons plus sur le contrôle constitutionnel qu'*ad hoc*, en fonction de situation.

2.

Avant 2016, il existait en Pologne au moins trois éléments de légitimité judiciaire du contrôle de constitutionnalité de la loi: le premier découlait d'un rôle joué par le Tribunal constitutionnel au cours de transition démocratique, dès la fin des années 1990 jusqu'aux années 2000. Après 1989, les juges constitutionnels ont participé à l'élaboration de l'ordre juridique d'État démocratique tout en veillant à son respect.

Comme on le sait, la jurisprudence du Tribunal a posé les fondements de l'État démocratique de droit. Ceci a été en grande partie dû justement à cette même jurisprudence. Le Tribunal a également été un avatar du constitutionnalisme libéral européen. On peut risquer de dire que

¹ Cf. M. Mikowski, *Warto jak najszybciej wybrać sędziów Trybunału*, (Cela vaut la peine de désigner des juges constitutionnels manquants au plus vite), Rzeczpospolita, 10 juillet 2025

ce qui a pris 200 ans aux législateurs en Europe occidentale s'est opéré en Pologne en 20 ans grâce à la jurisprudence du Tribunal, telle par exemple, l'instauration de la séparation des pouvoirs.

C'est toujours grâce à sa jurisprudence, que le Tribunal s'est forgé une autorité sans précédent. Par exemple, en décembre 2015, au plus fort du conflit sur sa composition, suivant par ailleurs une attaque féroce par PIS contre le Tribunal, les habitants de Varsovie écoutaient avidement partout, y compris dans les transports publics, sur leurs smartphones, la retransmission des audiences du Tribunal constitutionnel, en le faisant non pas avec des écouteurs, mais avec le son à plein volume. Personne ne leur faisait de remarques désobligeantes à ce propos². Le Tribunal est parvenu en ce moment-là au summum de l'intérêt de la part du public.

Le deuxième pilier de la légitimité de la justice constitutionnelle venait du fait que par sa jurisprudence, il protégeait les droits et libertés de l'homme et du citoyen, comme, entre autres la liberté de conscience, la liberté de confession, dont l'abattage rituel, le droit à un procès équitable (...). Il s'est également montré apte à concilier plusieurs conflits de valeurs constitutionnelles.

Le troisième élément de la légitimité s'avère plus théorique que pratique. Il est lié à l'impact du modèle kelsenien de justice constitutionnelle ainsi qu'à la discussion autour de ce modèle. À la fin des années 80 et au début des années 90, la Pologne a mis en place un tribunal constitutionnel s'inspirant largement du modèle Kelsen avec des corrigés à la manière austro-allemande.

Conformément à l'art 173 de la Constitution, „Les cours et tribunaux exercent un pouvoir séparé et indépendant des autres pouvoirs”. De toute évidence le Tribunal fait partie du pouvoir judiciaire. Ceci dit, son contrôle de la législation reste délicat, car celui-ci produit un effet « anti-majoritaire ». Le Tribunal basé sur le modèle Kelsen touche à un point sensible du constitutionnalisme, à savoir à la question de savoir si les juges jouissent d'une légitimité suffisante pour déclarer des lois inconstitutionnelles. Le contenu d'une loi soumise au contrôle possède en effet sa propre dignité quelle que soit sa source. On se souvient bien de ce que Kelsen tend à réduire la tension entre le législateur et les juges, en partant d'un principe que les juges constitutionnels doivent „entendre” » la volonté du parlement. À l'origine le tribunal se place au sein du pouvoir législatif et confie à celui-ci le souci de désigner des juges. De nos jours cependant, les cours et les tribunaux font partie d'un pouvoir judiciaire indépendant, et c'est également le cas en Pologne. Néanmoins cette connotation anti-majoritaire de la décision déclarant l'inconstitutionnalité continue à soulever des objections, même parmi les partisans ou les „praticiens” d'une telle justice.

² Cf P.Szymaniak, Smutny obraz Trybunału (Triste portrait du Tribunal), idem.

Va de pair une critique implacable de la part du constitutionnalisme politique, selon lequel le tribunal constitutionnel ne dispose pas de légitimité démocratique au même titre que le législateur. Si l'on adopte une telle approche, la légalité du contrôle judiciaire de la constitutionnalité de la loi devient problématique (cf une position de J. Waldron en la matière par exemple). Dans ce même ordre d'idées, le contrôle judiciaire cesse d'être un élément souhaitable de la démocratie constitutionnelle moderne. Et s' il le devient, cela arrive uniquement dans le cas où les institutions législatives sont particulièrement dysfonctionnelles, dans des cultures politiques corrompues par exemple, lorsqu'il vaudrait la peine de supporter les « coûts accrus du contrôle judiciaire (c'est „oui” par J. Waldron).

3. La « fragilité » de la légitimité du Tribunal constitutionnel ne se range pas dans une catégorie juridique, c'est pourquoi il est difficile de se prononcer à ce sujet de manière plus précise. Il convient toutefois d'examiner ici l'importance de deux facteurs différents.

Premièrement, le déclin de la position de la justice constitutionnelle en Pologne montre clairement

à quel point la légitimité d'un tel contrôle est incertaine. La Constitution polonaise de 1997 contenait de nombreuses régulations et garanties de sa position supérieure dans l'ordre juridique. Nous en étions fiers. C'était par exemple la position du pouvoir judiciaire, par principe séparé de l'influence des pouvoirs législatif et exécutif. Il en allait de même pour cette place de premier rang du Tribunal constitutionnel dans la pratique de la vie de l'État. Dans les années 2000, les hommes politiques polonais ont sérieusement pris en considération les dilemmes du type «qu'en dira le Tribunal» lorsqu'ils analysaient le sort de telle ou telle loi. Peu après les gouvernements populistes successifs, d'après 2016, ont toutefois réussi à détruire cet esprit, sans tenir aucun compte de protestations publiques.

Depuis, un rétablissement de la position du Tribunal Constitutionnel se révèle scabreux. Personne n'oserait parier que cela aboutisse dans un avenir proche, surtout dans un contexte des luttes politiques acharnées du moment. On en renouvelle des tentatives comme si, durant le second acte de ce drame présentant la restauration de l'État démocratique de droit, on pouvait faire abstraction des réalités politiques et juridiques. Somme toute surmonter la crise implique un paradoxe qui ne saurait pas être résolu sans « coût » pour l'État de droit lui-même. D'une part, nous attendons que la restauration en question s'opère aussi minutieusement que le travail d'un horloger, d'autre part, les mécanismes clés sont depuis longtemps retirés de sa construction.

Deuxièmement, je ne me lasse pas de souligner les origines kelseniennes de notre justice constitutionnelle. Or, l'histoire du modèle Kelsen ne se résume pas à ses succès ou à sa „carrière”

uniquement, elle comprend aussi ses échecs. Kelsen lui-même a perdu la bataille pour le maintien d'une cour constitutionnelle indépendante en Autriche dans les années 30 du siècle dernier quand le pouvoir autoritaire veillait à „remplir” toute la Cour avec leurs hommes de confiance.

Kelsen n'aurait donc probablement pas été surpris de ce qui est arrivé aux cours et tribunaux en Pologne, en Slovaquie, en Hongrie, en Turquie ou dans d'autres pays encore, où, sous l'influence du constitutionnalisme populiste, les tribunaux et cours constitutionnels ont été marginalisés, « pris en otage » ou carrément démantelés, ou encore soumis à des „crash tests” pour en finir avec leur indépendance.

L'institution appelée à conférer à l'ordre juridique sa crédibilité, le stabiliser et renforcer sa infaillibilité ainsi qu'à garantir le respect de la constitution s'est elle-même révélée subversive. Je ne me risquerais toutefois pas à affirmer que le tribunal Kelsen « ne savait pas faire face » aux moments difficiles. Certaines caractéristiques du modèle dont je viens de parler servent les populistes pour s'opposer au Tribunal lui-même. Loin de nous cependant l'intention de constater que le modèle de justice constitutionnelle kelsenien est destiné uniquement aux « beaux jours ». Le dire reviendrait en quelque sorte à le discréditer. ce que ce modèle ne mérite guère. N'oublions pas que la Cour constitutionnelle autrichienne a repris ses activités en 1946 et que ses compétences comprennent désormais même le droit d'examiner les amendements à la Constitution. J'espère que ces remarques peuvent également s'appliquer au cas de la Pologne, un jour.