

Prof. *Miroslaw Granat*

Université C.S.Wyszynski-Varsovie,

POLOGNE

Nouvelles frontières du constitutionnalisme (dans une perspective polonaise) *Remarques préliminaires*

À ce jour, le développement du constitutionnalisme qui s'étend sur plus de 200 ans, indique que le constitutionnalisme n'a pas de frontières ou qu'il est impossible d'en tracer des points forts « une fois pour toutes ».

I

À son origine, à l'époque des Lumières, le constitutionnalisme désigne les limites imposées au pouvoir politique en le restreignant par la puissance du droit. L'essence du constitutionnalisme se résume à définir ce que le pouvoir n'est pas autorisé à faire. L'individu tient ici la primauté par rapport à la communauté et dispose de libertés et de droits inaliénables qui se laissent difficilement limiter. La Constitution est une « muselière au pouvoir » pour que les gens puissent vivre librement, ce qui implique bien sûr d'établir une division tripartite du pouvoir. C'est ainsi que l'article XVI de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1789 fixe les limites

du constitutionnalisme pour deux siècles à venir. Il n'est pas nécessaire de s'attarder ici sur des notions de base du constitutionnalisme libéral ni sur les limites qu'il introduit. La première entrave qu'il pose est de limiter le pouvoir ; la seconde en est de délimiter un champ de droits de l'homme et du citoyen de manière aussi large que possible.

Jusqu'à récemment, soit 2015-2016, nous sommes habitués en Pologne au règne d'un seul modèle de constitutionnalisme, celui de constitutionnalisme libéral (modèle traditionnel, classique, provenant des Lumières). Un constitutionnalisme socialiste qui prévaut dans la période d'après la Seconde Guerre mondiale jusqu'en 1989 (un « vrai constitutionnalisme du socialisme réel »), n'a en réalité aucun trait au constitutionnalisme, mais il ressemble plutôt à une idéologie oppressive.

Notre retour au constitutionnalisme libéral en 1989 est d'autant plus précieux qu'il a permis, une fois l'ancien régime effondré, de reconstruire les institutions de l'État et du droit. À l'époque, nous attachons une grande importance à un modèle de constitutionnalisme libéral spécifique, surtout celui de constitutionnalisme judiciaire, présupposant un rôle prépondérant des tribunaux dans le régime démocratique. C'est pourquoi il se révèle si douloureux de voir les acquis de ce constitutionnalisme niés après 2015 lors du gouvernement de la majorité populiste.

Ces dernières années par contre, nous avons l'affaire au règne d'un constitutionnalisme dit « politique », qui relève également de la doctrine constitutionnelle libérale. Fondé sur le droit, il se prive cependant de toute référence au rôle des tribunaux caractéristique du constitutionnalisme libéral. Le constitutionnalisme ainsi conçu fonctionne en Pologne de 2016 à 2023. Son trait principal consiste en ce que désormais c'est le législateur qui détermine ce qui est légal, constitutionnel. Ce rôle n'appartient plus au tribunal

constitutionnel. Les compétences des tribunaux, y compris du tribunal constitutionnel sont largement réduites voire mises en question. Et là le tribunal constitutionnel est un exemple des plus éloquents.

Mon intention n'est nullement de décrire ici telles ou autres caractéristiques du constitutionnalisme politique. Je souhaiterais souligner par contre le fait que le fonctionnement de ce modèle de constitutionnalisme met justement en relief les changements relatifs aux frontières de ce dernier.

Jusqu'à la césure marquée par 2015, la limite du constitutionnalisme est l'axiome de la nécessité d'un contrôle judiciaire opérationnel de la constitutionnalité de la loi, exercé par un tribunal constitutionnel indépendant. En revanche, le constitutionnalisme politique de la période 2016-2023 démontre qu'une telle limite dans le constitutionnalisme n'existe pas. Comme on le sait, le Tribunal constitutionnel s'en sort détruit par les populistes ; en pratique, il cesse de fonctionner pour de bon. Il est mis hors d'état d'opérer ou bien se met lui-même hors d'état d'opérer. Il en résulte que l'ordre juridique polonais se passe essentiellement de tribunal constitutionnel depuis. Ainsi, on peut avoir un constitutionnalisme dans lequel la constitutionnalité des lois n'est pas examinée par le tribunal, mais décidée par le parlement seul. En un mot, cet état de fait se laisse décrire comme la « constitutionnalité des lois sans tribunal constitutionnel ». Pour moi-même et pour les juristes de ma génération, c'est une remise en question de l'axiome du constitutionnalisme qui se produit devant nos propres yeux. Les nouvelles forces politiques au pouvoir dès la fin de 2023 ne semblent pas non plus particulièrement intéressées par une restauration rapide du pouvoir judiciaire constitutionnel indépendant.

II

Plus largement qu'une dimension nationale, l'évolution des frontières du constitutionnalisme peut être observée dans le cas de deux phénomènes. **Le premier** est relatif à l'influence de la constitution sur le droit privé. Or ce n'est plus, comme dans le constitutionnalisme classique, une simple régulation des relations : autorité-citoyen-autorité. On note même un « débordement » du droit constitutionnel de manière à ce que les relations de droit privé s'en ressentent. La conséquence en est une application horizontale de la constitution au lieu d'une application verticale d'auparavant.

La conviction que la constitution, en tant qu'acte juridique suprême, influence également la réglementation du droit privé à laquelle nous participons tous est un « changement de frontière » dans le constitutionnalisme. Le droit privé devait être exclu de l'application de la constitution.

La constitution, de par sa conception, ne devait pas s'étendre à certains domaines. Nous savons qu'une telle révolution a commencé en Allemagne dans les années 1950, avec le concept de *Drittwirkung* et l'arrêt *Luthe* de 1958 de la Cour constitutionnelle fédérale, ou sur le sol américain, encore plus tôt, elle a été liée à l'application du 14^e amendement de la Constitution des États-Unis. En revanche, les effets positifs de ce changement sont apparus avec le temps, par exemple dans la protection des droits des consommateurs. Aujourd'hui, un contrat entre un grand fournisseur d'accès à Internet et le plus petit de ses clients doit respecter le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi et la protection des droits des consommateurs. Il y a bien sûr d'autres exemples dans ce domaine.

L'impact des dispositions de la constitution sur les sujets privés (appelé constitutionnalisation de la vie privée et des relations privées) signifie que la constitution définit les valeurs que

le législateur doit prendre en compte dans les dispositions de droit privé. En effet, la constitution exprime de grandes valeurs universelles et spécifiques qui concernent tout le monde, telles l'égalité et la justice. Cet effet horizontal, indirect des dispositions constitutionnelles, traduit à mon avis, une véritable révolution dans le droit constitutionnel. L'extension de l'application de la constitution aux relations privées est un processus continu et il est loin d'être achevé.

À l'heure actuelle, les constitutions pénètrent de plus en plus profondément dans les relations privées. L'interface entre le droit privé et le droit public ne cesse de se déplacer au « détriment » du droit privé. Cela se manifeste, par exemple, dans la réglementation des relations parents-enfants dans différents États (par exemple, le problème de « fessée » administrée à un enfant par un parent). La définition de la relation entre la constitution et le droit privé couvre un large éventail de possibilités, car il existe plusieurs façons dont les dispositions constitutionnelles relatives aux droits de l'homme empiètent sur ce même droit.

Lorsque l'on parle de l'effet horizontal des dispositions constitutionnelles, quel en est l'enjeu ? Celui-ci semble consister à s'assurer que les personnes sont également protégées par la Constitution au niveau individuel, dans leurs relations de droit privé. En effet, c'est une lutte pour accroître la « portée » de l'impact des droits constitutionnels. La constitution se doit de prendre en défense les personnes, dans les relations relevant du droit du travail. Par son application horizontale, elle ordonne la vie sociale et l'oriente vers l'égalité entre les personnes ou vers un établissement de la justice. Le problème de l'horizontalité n'apparaît donc nullement abstrait, mais revêt une dimension pratique. En témoigne, par exemple, le nombre d'affaires portées devant les tribunaux pour harcèlement moral dans les relations de travail. L'horizontalité n'est pas une petite « île » dans la mer de l'utilisation verticale de

la Constitution. En raison de la multiplicité des relations juridiques entre les personnes et les autres acteurs privés, elle concerne un vaste domaine du droit. L'horizontalité confère une signification supplémentaire à la Constitution.

Elle donne un avant-goût de comment peut fonctionner la Constitution dans un monde moderne.

Le deuxième déplacement des frontières du constitutionnalisme est lié à la **révolution numérique**

et à l'émergence du constitutionnalisme numérique (*digital constitutionalism*). Nos vies se déplacent progressivement pour se retrouver en ligne. Il y a encore 20 ans, le monde numérique n'est qu'un complément à la vie « normale ». Aujourd'hui, le monde réel se mêle au monde virtuel ou bien le monde numérique dépasse le monde réel, créant de nouvelles possibilités. Citons par exemple la description d'un examen médical faite à l'aide du ChatGPT qui se révèle plus précise que celle faite par le médecin lui-même.

Le constitutionnalisme numérique ne consiste pas à introduire une réglementation de l'Internet dans la loi fondamentale de l'État. Je le comprends plutôt comme une tentative d'organiser les plateformes numériques par le biais de la législation. On peut estimer que certaines d'entre elles, tel *Google* acquièrent plus de poids que l'un ou l'autre État.

Le monde virtuel est régi par des entités privées de grandes sociétés telles que *Google*, *Facebook* ou *Meta* et par des participants anonymes au réseau ceux-ci étant le plus souvent des avatars.

Les dispositions légales que le monde numérique applique ont le caractère privé, comme par exemple des réglementations établies par *Google*. Il existe également des espaces qui ne sont pas réglementés par aucune loi, ce qui rend les droits de l'homme sur l'Internet moins protégés.

La censure algorithmique exercée par des entreprises privées y est également présente. N'importe qui peut être « réduit au silence » dans l'espace virtuel. « Bannir » quelqu'un équivaut en pratique à couper l'accès à l'Internet à une personne, à lui fermer une *sui generis* « autoroute du monde » à laquelle l'espace Internet peut être assimilé.

Le constitutionnalisme numérique pose la question de savoir si les phénomènes qui se produisent dans le monde numérique peuvent être décrits à l'aide des concepts existants du droit constitutionnel. Par exemple, où et sur quel territoire se trouve le « nuage numérique » ? une autorité étatique peut-elle le fouiller, ou cela nécessite-t-il de un instrument légal, comme c'est le cas de la fouille d'une habitation ? Le vol sur Internet a-t-il la même signification que le vol dans le monde réel ? Dans ce contexte, les mécanismes traditionnels de protection des droits de l'homme, par exemple le droit à un tribunal ou à une plainte constitutionnelle conservent-ils leur pertinence ?

Étant donné que le constitutionnalisme numérique se manifeste principalement dans le domaine des relations de droit privé, la question de l'application horizontale des dispositions de la Constitution relatives aux droits de l'homme redevient valable.

Il semble difficile de répondre aux questions citées ci-dessus, pour la simple raison que la Constitution moderne s'avère largement insuffisante face à l'énormité des problèmes qu'apporte le monde numérique. J'ajouterais que les questions que je viens de poser peuvent être tranchées aussi bien dans la perspective du constitutionnalisme libéral qu'illibéral.

III

Lorsqu'on examine les frontières du constitutionnalisme, il est essentiel de garder à l'esprit que les fonctions qu'une constitution remplit sont en train de changer. La fonction identitaire de la constitution, pas si forte dans le passé, reste aujourd'hui de grande actualité. Elle consiste en l'expression par la constitution des principes, des valeurs et des faits précieux du point de vue de l'État et de la nation, qui doivent rester constants et immuables. Par cette fonction, la constitution a une dimension nationale et peut durer dans le temps. Elle n'est pas la constitution d'une seule force politique.

L'identité constitutionnelle est primordiale si l'on parle des frontières du constitutionnalisme.

En effet, elle fixe les limites dans lesquelles une constitution doit rester inchangée et définit le point à partir duquel elle est ouverte à une évolution inévitable. Dans certaines de ses dispositions, la constitution doit être constante, en ce qui concerne par exemple la protection de la dignité humaine ou des libertés humaines et dans d'autres, elle peut changer, là où il est question de déterminer la forme de l'exécutif. En discutant d'un tel « point de basculement », il est nécessaire d'être conscient de l'existence de l'identité, car c'est un facteur qui rend difficile, voire impossible, la modification de ses dispositions spécifiques. Dans le cas de la Pologne, il n'est pas possible de supprimer un tiret de *Nous, le peuple polonais – tous les citoyens*, ce signe de ponctuation est fondamental pour la lecture de l'identité constitutionnelle.

L'identité constitutionnelle, du point de vue de la modification de la loi fondamentale agit comme une barrière matérielle contre des tentatives de modification de la Constitution qui sont ad hoc dictées par les hommes politiques ou qui sont irréfléchies. C'est un « fusible » qui entrave certaines d'entre elles ou les exclut à un moment donné. Par exemple, en Pologne, en 2018, une proposition a été promue pour modifier la Constitution afin d'y introduire un « vote familial », c'est-à-dire faire dépendre le nombre de voix aux élections de la Diète du nombre d'enfants dans la famille d'un électeur.

La valeur d'une constitution ne se mesure pas au nombre de fois qu'elle a changé ou non, mais au fait qu'elle conserve ou pas son identité. Une constitution qui ne conserve pas son identité ne remplit pas le rôle dévolu à une loi fondamentale. Elle ressemblerait à un être humain

dont on dirait qu'il est sans identité. Ce terme n'est pas du tout positif. Par conséquent, l'identité constitutionnelle permet de modifier la constitution, mais ne permet pas de tout chambouler.

Il existe donc différents modèles de constitutionnalisme, chacun ayant ses limites, soumises aux changements par la suite. Ceci dit, les distinctions en matière de constitutionnalisme sont assez floues. Il est difficile de tracer un point critique et de dire : « c'est là que s'arrête le constitutionnalisme libéral » et « c'est ici que commence le constitutionnalisme illibéral ».