



Strasbourg, le 30 septembre 2016

CDL(2016)029*
Or. angl.

Avis n° 860/2016

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

POLOGNE

**PROJET D'AVIS SUR LA LOI
RELATIVE AU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL**

sur la base des observations de :

Mme Sarah CLEVELAND (membre, Etats-Unis d'Amérique)
M. Michael FRENDO (membre, Malte)
M. Christoph GRABENWARTER (membre, Autriche)
M. Jean-Claude SCHOLSEM (membre suppléant, Belgique)
M. Kaarlo TUORI (membre, Finlande)

**Ce document a été classé en diffusion restreinte le jour de sa diffusion. Il sera déclassifié un an après sa publication conformément aux règles énoncées dans la Résolution CM/Res(2001)6 sur l'accès aux documents du Conseil de l'Europe, sauf si la Commission de Venise en décide autrement.*

Ce document ne sera pas distribué en réunion. Prière de vous munir de cet exemplaire.
www.venice.coe.int

Table des matières

I.	Introduction	3
II.	Normes européennes et internationales	4
III.	Avis CDL-AD(2016)001 sur les amendements à la loi du 25 juin 2015 relative au Tribunal constitutionnel.....	5
IV.	Chronologie depuis l'adoption de l'Avis CDL-AD(2016)001 du 11 mars 2016.....	6
V.	La nouvelle loi relative au Tribunal constitutionnel adoptée le 22 juillet 2016	8
A.	Révocation de juges.....	8
B.	Nomination du président du Tribunal constitutionnel	9
C.	Quorum requis de 11 juges sur 15	10
D.	Renvoi devant la formation plénière	10
E.	Présence du procureur général	11
F.	Ordre de traitement des affaires.....	12
G.	Délai des audiences.....	13
H.	Report d'une affaire à la demande de quatre juges	14
I.	Majorité requise pour l'adoption des décisions	15
J.	Suspension des affaires en instance introduites par des institutions de l'Etat....	15
K.	Publication des décisions	16
1.	« Demande » de publication des décisions par le président du Tribunal.....	16
2.	Publication de la décision 47/15 du 9 mars 2016 et d'autres décisions rendues depuis lors.....	19
L.	Composition du Tribunal	21
M.	La décision K39/16 du 11 août 2016	22
VI.	Conclusion	24

restricted draft no. 045

I. Introduction

1. Par une lettre datée du 12 juillet 2016, M. Thorbjørn Jagland, Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, a demandé à la Commission de Venise d'examiner rapidement dans quelle mesure le projet de loi sur le Tribunal constitutionnel de Pologne, adopté par le Sejm polonaise (le *Sejm*) en deuxième lecture, le 7 juillet 2016¹ (CDL-REF(2016)048, ci-après le « projet de loi »), suivait l'Avis de la Commission adopté en mars 2016² (ci-après « l'Avis »). Dans une déclaration publique³, le Secrétaire Général a invité le Sénat polonais et le Sejm à tenir compte de l'évaluation de la Commission lors de la lecture finale du texte de loi.

2. La Commission a invité Mme Sarah Cleveland, M. Michael Frendo, M. Christoph Grabenwarter, M. Jean-Claude Scholsem et M. Kaarlo Tuori, rapporteurs pour l'Avis CDL-AD(2016)001, à élaborer le présent Avis également.

3. Compte tenu du caractère urgent de la demande, le Bureau de la Commission de Venise a autorisé l'élaboration d'un avis préliminaire, à transmettre au Secrétaire Général et aux autorités polonaises avant la session plénière. Toutefois, compte tenu des modifications apportées au projet de loi par le Sénat, adoptées par le Sejm en deuxième lecture, le Secrétaire Général a demandé à la Commission de Venise d'élaborer un avis sur le texte adopté. Le Sejm a accepté la plupart des propositions du Sénat et a adopté la loi, le 22 juillet 2016. Une fois signée par le Président de la Pologne, la loi a été publiée dans le Journal officiel, le 1^{er} août 2016 (CDL-REF(2016)052). En conséquence, dans certaines parties, le présent Avis fait référence aux différences entre le projet de loi adopté par le Sejm et la version définitive de la loi adoptée⁴.

4. Deux groupes de députés du Sejm ainsi que le premier président de la Cour suprême et le Commissaire aux droits de l'homme (médiateur) polonais ont saisi le Tribunal constitutionnel au sujet de la nouvelle loi. Avant l'entrée en vigueur de celle-ci, soit pendant la *vacatio legis* de 15 jours, le Tribunal constitutionnel a rendu sa décision, le 11 août 2016, et conclu à l'inconstitutionnalité de plusieurs dispositions de la loi. Le présent avis prend également en compte les articles jugés inconstitutionnels. Le Premier ministre a refusé de publier la décision du Tribunal constitutionnel, car celui-ci n'avait pas appliqué les amendements du 22 décembre 2015, qu'il avait déclarés inconstitutionnels dans sa décision du 9 mars 2016. Un certain nombre de recours contre la loi du 22 juillet sont toujours en instance, notamment en ce qui concerne la procédure d'élection du président du Tribunal constitutionnel.

5. Les 12 et 13 septembre 2016, une délégation de la Commission, composée de Mme Cleveland et de MM. Scholsem et Tuori et accompagnée de MM. Markert et Dürr, du Secrétariat, s'est rendue à Varsovie pour rencontrer (par ordre chronologique) la Cour suprême, le Sénat (majorité et opposition réunies), le ministère de la Justice, les députés du Sejm représentant la majorité, les députés du Sejm représentant l'opposition (réunion *ad hoc*)⁵, le Commissaire aux droits de l'homme, le Tribunal constitutionnel (juges en fonction, moins ceux nommés par la législature actuelle et les « juges de décembre », qui ont refusé de rencontrer la

¹ Document du Sejm n° 693.

² CDL-AD(2016)001, Avis sur les amendements à la loi du 25 juin 2015 relative au Tribunal constitutionnel de Pologne, adopté par la Commission de Venise lors de sa 106^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016).

³ <http://www.coe.int/fr/web/portal/-/statement-by-secretary-general-jagland-on-the-adoption-by-the-sejm-of-poland-of-the-draft-act-on-the-constitutional-tribunal->

⁴ Ainsi, une restriction limitant la participation du Médiateur aux seules procédures relatives à des recours constitutionnels a été supprimée à la suite d'une proposition du Sénat (articles 52 et 82).

⁵ Le président du Sejm avait uniquement prévu une rencontre avec les députés de la majorité.

délégation⁶, et, dans une réunion distincte, les « juges d'octobre »), ainsi que la chancellerie du Premier ministre.

6. Le présent Avis a été élaboré sur la base des contributions des rapporteurs et des traductions du projet de loi et de la loi adoptée. Il peut y avoir des inexactitudes dues à des erreurs de traduction.

7. *Le présent Avis a été adopté par la Commission de Venise lors de sa ... session plénière (Venise, ...).*

II. Normes européennes et internationales

8. Les deux normes fondamentales pertinentes pour le présent Avis sont l'indépendance du pouvoir judiciaire⁷ et le statut d'arbitre suprême de la juridiction constitutionnelle, quand une telle juridiction existe, en matière constitutionnelle, ce qui suppose l'obligation, pour les autres branches du pouvoir, de se soumettre aux décisions de la juridiction constitutionnelle. La Liste des critères de l'Etat de droit de la Commission de Venise, entre autres documents, explique ces normes⁸.

9. Plusieurs principes fondamentaux sont associés à l'état de droit, dont certains sont particulièrement pertinents pour le présent avis. Tout d'abord, la législation et les actes de l'exécutif doivent se conformer à la Constitution⁹. Les autorités publiques doivent agir en se basant sur la loi et respecter à la fois le droit procédural et le droit substantiel, tel qu'il est interprété par les tribunaux¹⁰. Leurs décisions doivent être dûment motivées¹¹. Leurs actes, y compris l'exercice du pouvoir législatif, doivent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif par une instance judiciaire indépendante et impartiale¹². « Indépendante » signifie qu'elle n'est soumise à aucune pression extérieure ni à aucune influence ou manipulation politique, surtout émanant de l'exécutif¹³, notamment en matière de nomination et de promotion, lesquelles ne doivent pas se fonder sur des considérations politiques ou personnelles¹⁴. Les activités judiciaires ne peuvent pas être contrôlées par l'exécutif ou d'autres organes publics¹⁵. Toutes les décisions définitives doivent être effectivement et promptement appliquées¹⁶.

10. La conformité des actes du gouvernement, y compris de la législation, avec la Constitution est garantie par la juridiction constitutionnelle dans les pays où une telle juridiction existe¹⁷. Ce rôle est particulièrement important lorsqu'il existe une forte majorité parlementaire. La composition de la juridiction constitutionnelle doit être équilibrée¹⁸. Le parlement, l'exécutif et les

⁶ Dans une lettre adressée à la Commission, ces juges ont exprimé leur défiance à l'égard de la Commission et leur conviction que la réunion servirait à légitimer un autre avis injustifié, partiel et négatif sur la Pologne.

⁷ Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (voir également l'Observation générale n° 32 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies relative au droit à un procès équitable).

⁸ CDL-AD(2016)007, Liste des critères de l'Etat de droit, adoptée par la Commission de Venise lors de sa 106^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016), approuvé par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe lors de la 1263^e réunion des délégués des ministres (6-7 septembre 2016).

⁹ *Ibid.*, partie II.A.1.ii et iv.

¹⁰ *Ibid.*, partie II.A.2.i et iv, paragraphes 45-46.

¹¹ *Ibid.*, partie II.C.iv.

¹² *Ibid.*, parties II.A.1.vi et II.A.4.ii.

¹³ *Ibid.*, paragraphes 74 et 86.

¹⁴ *Ibid.*, paragraphe 79.

¹⁵ *Ibid.*, partie II.E.1.b.i.

¹⁶ *Ibid.*, parties II.E.2.d.i et II.E.3.iv ; paragraphe 107.

¹⁷ *Ibid.*, paragraphe 108.

¹⁸ *Ibid.*, paragraphe 112.

tribunaux ordinaires doivent suivre et appliquer les décisions de la juridiction constitutionnelle et tenir compte de ses arguments dans leurs activités futures¹⁹.

11. Ces principes figurent également dans la Constitution polonaise, dont l'article 2 dispose que « [l]a République de Pologne est un Etat démocratique de droit mettant en œuvre les principes de la justice sociale. » L'article 8.1, quant à lui, est libellé ainsi : « La Constitution est la norme suprême de la République de Pologne ». L'article 10 consacre le principe de la séparation des pouvoirs et son paragraphe 2 dispose expressément que « les cours et tribunaux exercent le pouvoir judiciaire. »

III. Avis CDL-AD(2016)001 sur les amendements à la loi du 25 juin 2015 relative au Tribunal constitutionnel

12. L'Avis CDL-AD(2016)001 portait sur les amendements du 22 décembre 2015 à la loi relative au Tribunal constitutionnel (publiés le 28 décembre 2015). Dans la mesure nécessaire à la compréhension des amendements, l'Avis portait également sur la question interdépendante des nominations de juges.

13. En ce qui concerne le litige relatif à l'élection au Tribunal constitutionnel de trois juges en octobre et de trois autres juges en décembre, l'Avis invitait « la majorité et l'opposition à faire tout leur possible pour parvenir à un règlement de ce problème ». En particulier, la Commission soulignait que dans un Etat de droit, « une telle solution doit reposer sur l'obligation de respecter et d'exécuter intégralement les décisions du Tribunal constitutionnel » (paragraphe 136). Pour la Commission de Venise, « même si elle était adoptée à une majorité conforme à la Constitution, [une proposition de solution prévoyant le remplacement de l'ensemble des juges du Tribunal] constituerait une violation flagrante des normes européennes et internationales, notamment de l'état de droit et de la séparation des pouvoirs. » (paragraphe 125).

14. En ce qui concerne les amendements adoptés le 22 décembre, la Commission concluait que les différentes mesures qu'ils envisageaient, prises individuellement ou dans leur ensemble, pouvaient entraîner « un sérieux ralentissement de l'activité du Tribunal et rendre inefficace son rôle de gardien de la Constitution ». D'après la Commission, « [l]e fait de paralyser l'efficacité du Tribunal porterait atteinte aux trois principes fondamentaux du Conseil de l'Europe : la démocratie – en raison de l'absence d'une composante essentielle des freins et contrepoids ; les droits de l'homme – car l'accès des justiciables au Tribunal constitutionnel pourrait être entravé à tel point qu'il en résulterait un déni de justice ; et l'état de droit – car le Tribunal constitutionnel, élément central du pouvoir judiciaire en Pologne, serait privé de toute efficacité. Il est inadmissible de rendre inefficace une juridiction constitutionnelle, car cela équivaut à supprimer un mécanisme crucial, qui garantit la capacité de régler au niveau national les éventuels conflits avec les normes européennes et internationales, sans besoin de recourir aux juridictions européennes ou à d'autres juridictions subsidiaires, qui sont submergées sous une énorme charge de travail et ont une moindre connaissance de la réalité concrète au niveau national » (paragraphe 138)

15. La Commission de Venise ne voyait aucune alternative à l'approche adoptée par le Tribunal constitutionnel, à savoir que les amendements de décembre n'étaient pas applicables dans les procédures de contrôle juridictionnel les concernant, car ils empêcheraient le Tribunal d'accomplir sa fonction constitutionnelle. En réponse à l'annonce selon laquelle le Premier ministre ne publierait pas la décision du Tribunal constitutionnel, la Commission a estimé que : « [l]e refus de publier la décision 47/15 du 9 mars 2016 serait non seulement contraire à l'état de droit, mais une mesure sans précédent telle que celle-là aggraverait encore la crise constitutionnelle déclenchée par l'élection de juges au cours de l'automne 2015 et les Amendements du 22 décembre 2015. Non seulement la Constitution polonaise, mais aussi les

¹⁹ *Ibid.*, partie II.E.3.iii, iv et v ; paragraphes 110 et 111.

normes européennes et internationales supposent que les décisions d'une cour constitutionnelle soient respectées. La publication de la décision et son respect par les autorités sont une condition préalable à la recherche d'une solution à la présente crise constitutionnelle » (paragraphe 143).

16. En conclusion, l'Avis rappelait que « [l]es démocraties constitutionnelles ont besoin de freins et contrepoids[...]. À cet égard, lorsqu'une juridiction constitutionnelle a été instituée, l'un des moyens essentiels de garantir l'existence de ces freins et contrepoids est l'indépendance de cette juridiction, dont le rôle est tout particulièrement important au moment où de puissantes majorités politiques sont au pouvoir. » Et « tant que la situation de crise constitutionnelle liée au Tribunal constitutionnel ne sera pas réglée et tant que le Tribunal constitutionnel ne pourra pas exercer ses activités de manière efficace, non seulement l'état de droit, mais encore la démocratie et les droits de l'homme, seront en danger » (paragraphe 135).

17. En appelant à adopter une solution fondée sur la Constitution et sur les décisions du Tribunal pour régler la crise constitutionnelle, la Commission de Venise insistait sur le caractère juridique du problème et, partant, sur la nécessité de le régler en respectant les principes fondamentaux de l'état de droit.

18. Enfin, la Commission de Venise formulait les recommandations spécifiques suivantes :

1. La Commission invitait la majorité et l'opposition à faire tout leur possible pour parvenir à un règlement du problème relatif aux nominations des juges, en respectant pleinement les décisions du Tribunal.
2. La Commission mettait en garde contre tout ralentissement de l'activité du Tribunal qui paralyserait son efficacité.
3. La Commission recommandait à la Pologne de tenir un débat objectif et respectueux des principes pendant une période suffisante pour permettre la pleine participation de toutes les institutions, de manière à réfléchir à la réforme de la procédure et de l'organisation du Tribunal et de déterminer quels sont, le cas échéant, les différents types de procédures qui justifient la fixation de délais raisonnables pour les décisions du Tribunal.
4. La Commission insistait vivement sur la nécessité de publier la décision 47/15 du 9 mars 2016 en tant que condition essentielle pour éviter d'aggraver la crise constitutionnelle et contribuer à son règlement.
5. La Commission recommandait de modifier à plus longue échéance la Constitution, afin d'y inscrire l'obligation de majorité qualifiée pour l'élection des juges au Tribunal constitutionnel par le Sejm ou de mettre en place un système en vertu duquel chacun des trois pouvoirs de l'Etat nommerait ou élirait un tiers des juges au Tribunal constitutionnel : le Président de la République polonaise, le parlement (à la majorité des deux tiers) et le pouvoir judiciaire.

IV. Chronologie depuis l'adoption de l'Avis CDL-AD(2016)001 du 11 mars 2016

- | | |
|---------------|--|
| 30 mars 2016 | Le président du Sejm constitue une équipe d'experts afin d'examiner l'Avis CDL-AD(2016)001 et de formuler des recommandations. |
| 6 avril 2016 | A la suite de la décision du 9 mars 2016, le Tribunal constitutionnel adopte 21 décisions, mais le gouvernement ne les publie pas parce qu'elles n'ont pas été adoptées conformément aux amendements du 22 décembre 2015. Deux juges élus en décembre 2015, auxquels des affaires ont été attribuées, prennent part à ces décisions du Tribunal. |
| 27 avril 2016 | Le présidium de la Cour suprême adopte une résolution affirmant que les décisions du Tribunal constitutionnel ont force obligatoire même si elles ne sont pas publiées. Plusieurs maires déclarent également qu'ils appliqueront les décisions non publiées du Tribunal. |

- 28 avril 2016 Le Président polonais entend la prestation de serment d'un nouveau juge élu par le Sejm.
- 7 juillet 2016 Le Sejm adopte en deuxième lecture une loi entièrement remaniée sur le Tribunal constitutionnel, fondée sur la loi de 1997, en vigueur avant la loi de juin 2015.
- 12 juillet 2016 Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe demande un avis urgent sur ce projet de loi à la Commission de Venise et invite le Sénat polonais et le Sejm à en tenir compte lors de l'adoption de la loi. Eu égard aux amendements introduits par le Sénat, le Secrétaire Général demande à la Commission de formuler un avis non pas sur le projet de loi mais sur la loi définitivement adoptée.
- 21 juillet 2016 Le Sénat formule 27 propositions d'amendements au projet de loi.
- 21 juillet 2016 Le Sejm accepte la plupart des 27 propositions et adopte la loi en lecture finale, le 22 juillet.
- 27 juillet 2016 Le Président de la Pologne signe la nouvelle loi relative au Tribunal constitutionnel.
- 1^{er} août 2016 La nouvelle loi est publiée dans le Journal officiel (rubrique 1157).
- 1^{er} août 2016 Le groupe d'experts constitué par le président du Sejm remet son rapport²⁰, qui critique l'avis de la Commission de Venise et conclut que la décision prise par le président du Tribunal constitutionnel de refuser d'attribuer des affaires aux juges de décembre n'est pas fondée en droit. Le rapport propose notamment d'élire les juges du Tribunal à une majorité des trois cinquièmes du Sejm. A défaut, les juges seraient élus à la majorité simple.
- 8 août 2016 La Cour suprême administrative applique une décision non publiée du Tribunal constitutionnel (SK 31/14 du 28 juin 2016) dans sa décision II FSK 1021/16²¹.
- 11 août 2016 Le Tribunal constitutionnel annule plusieurs dispositions de la nouvelle loi. Le gouvernement refuse de publier cette décision.
- 16 août 2016 La nouvelle loi entre en vigueur.
- 16 août 2016 Le gouvernement publie 21 décisions que le Tribunal aurait 'adoptées illégalement' en vertu de la nouvelle loi, mais pas les décisions du 9 mars et 11 août 2016²².
- 18 août 2016 Un des juges de décembre engage des poursuites pénales à l'encontre du président du Tribunal car celui-ci empêche les juges de décembre de remplir leurs fonctions de juges. L'affaire est transférée au parquet de Katowice au motif que le parquet compétent à Varsovie est surchargé de travail.
- 31 août 2016 Le chef du groupe parlementaire majoritaire PiS demande la révocation des juges du Tribunal qui ne respectent pas la loi du 22 juillet 2016 relative au Tribunal constitutionnel, telle qu'elle a été adoptée.

²⁰ <http://www.sejm.gov.pl/media8.nsf/files/ASEA-ADRC8/%24File/Report%20of%20the%20Team%20of%20Experts%20on%20the%20Issues%20Related%20to%20the%20Constitutional%20Tribunal.pdf>

²¹ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/678DC69420>.

²² En vertu de l'article 89 de la loi du 22 juillet 2016, les décisions du Tribunal « rendues avant le 20 juillet 2016 et contraires aux dispositions de la loi du 25 juin 2015 relative au Tribunal constitutionnel seront publiées dans les 30 jours suivant l'entrée en vigueur de la loi, à l'exception des décisions portant sur des actes normatifs qui ne sont plus applicables ». Cette disposition a été jugée inconstitutionnelle par le Tribunal dans sa décision non publiée du 11 août 2016.

V. La nouvelle loi relative au Tribunal constitutionnel adoptée le 22 juillet 2016

19. Le présent Avis analyse en premier lieu la mesure dans laquelle la nouvelle loi suit la principale recommandation de la Commission, à savoir : ne pas compromettre le fonctionnement efficace ni l'indépendance du Tribunal constitutionnel. Il examine par ailleurs si les différentes recommandations formulées dans l'Avis CDL-AD(2016)001 ont été suivies.

20. Si la Commission de Venise ne peut pas examiner la procédure d'adoption de la loi du 22 juillet, il convient de noter que l'opposition a informé la délégation de la Commission que d'autres propositions ont été retirées en signe de protestation, car le Sejm a uniquement examiné la proposition de la majorité. Par ailleurs, la loi a été adoptée pendant les vacances et, même si une période de *vacatio legis* était en vigueur (contrairement aux amendements du 22 décembre à la loi précédente), le délai de deux semaines était inhabituellement court pour un texte de loi aussi important. Cette situation a rendu tout contrôle de la loi très difficile avant son entrée en vigueur.

21. La Commission de Venise rappelle que la législation relative aux institutions, comme celle qui concerne le Tribunal constitutionnel, doit faire l'objet d'un examen attentif et approfondi et que les avis de toutes les parties prenantes doivent être pris en considération de manière éclairée, avec suffisamment de temps pour tenir un débat public transparent. Même si le parlement n'est pas tenu de suivre ces points de vue, ceux-ci peuvent éviter d'adopter des dispositions inconstitutionnelles ou qui présentent des erreurs techniques, ce qui peut être préjudiciable au but poursuivi par la législation²³.

A. Révocation des juges

22. La Commission note que le fait que la loi ne prévoit pas l'ouverture de procédures disciplinaires par le Président polonais ou le ministre de la Justice est conforme aux recommandations de l'Avis CDL-AD(2016)001. Celui-ci insistait sur le fait que les procédures disciplinaires à l'encontre des juges ne puissent pas être engagées par le Président ni le gouvernement : « *La justification de l'insertion de cette disposition dans la loi polonaise n'est pas très claire. La loi ne confère pas le pouvoir d'engager cette procédure à un autre acteur externe et le Président et le ministre de la Justice ne jouent aucun rôle particulier dans la procédure pénale qui pourrait être engagée à l'encontre des juges constitutionnels aux conditions fixées aux articles 24 à 27 de la loi.* » (paragraphe 93)

23. En outre, contrairement aux amendements du 22 décembre 2016, la loi ne permet plus la révocation de juges par le Sejm sur proposition de l'assemblée des juges du Tribunal constitutionnel. Il faut s'en féliciter.

24. D'après l'article 12, un juge du Tribunal peut être révoqué à la suite d'une procédure disciplinaire engagée par le Tribunal lui-même. Un projet de disposition selon lequel une telle décision disciplinaire aurait requis le consentement du Président polonais (projet d'article 12.2) a été supprimé, sur proposition du Sénat. Là encore, il convient de s'en féliciter²⁴.

²³ CDL-AD(2016)007, Liste des critères de l'Etat de droit, points II.A.5 et II.E.3 ; CDL-AD(2016)001, paragraphe 132 ; CDL-AD(2016)017, Géorgie – Avis sur les amendements à la loi organique relative à la Cour constitutionnelle et à la loi relative aux procédures judiciaires constitutionnelles, paragraphe 13.

²⁴ Tout pouvoir d'appréciation laissé au Président polonais en matière d'acceptation ou de rejet de la révocation d'un juge aurait été problématique. Le consentement discrétionnaire qu'aurait donné le Président ne saurait être comparé à la révocation formelle des juges des juridictions constitutionnelles dans d'autres pays. En Allemagne par exemple, d'après le paragraphe 105 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, c'est cette dernière qui « autorise » le Président fédéral à révoquer un juge

B. Nomination du président du Tribunal constitutionnel

25. En vertu de la loi de juillet 2016, le Président polonais peut choisir le président du Tribunal constitutionnel parmi trois candidats présentés par l'assemblée générale des juges du Tribunal (article 16). Par rapport à la loi de 2015 (article 12) et à la loi antérieure de 1997 (article 15), le nombre de candidats à la présidence du Tribunal est passé de deux à trois, tandis que le nombre total de juges – tel que défini dans la Constitution – demeure fixé à 15 ; à l'heure actuelle cependant, seuls douze juges participent *de facto* aux décisions. Chaque juge dispose d'un seul vote et les trois candidats recevant le plus grand nombre de voix sont communiqués au Président polonais. Au total, trois candidats doivent être présentés²⁵. Dans la situation actuelle où le Tribunal compte seulement 12 juges, un groupe de trois juges peut faire en sorte que leur candidat préféré figure sur la liste, même si celui-ci n'a pas reçu la confiance des autres juges. Il convient de noter que trois des 12 juges qui participent aux décisions ont été élus par la législature actuelle.

26. Par le passé, la Commission de Venise a déjà qualifié de bonne pratique l'élection du président de la juridiction constitutionnelle par les juges eux-mêmes²⁶ même si une étude comparative montre qu'il n'existe aucune norme européenne définitive en la matière²⁷.

27. L'article 194.2 de la Constitution exige que les candidats à la présidence du Tribunal constitutionnel soient « proposés par l'assemblée générale des juges du Tribunal constitutionnel ». Avec cet article, la Constitution polonaise établit un système mixte par lequel l'assemblée générale des juges du Tribunal soumet une proposition au Président polonais, qui choisit ensuite parmi les candidats présentés. A l'évidence, ce système vise à donner au Tribunal une influence notable sur le choix de sa présidence. Si le nombre de candidats présentés par une instance de 15 juges passe de deux à trois, cette influence est nettement réduite.

28. Dans un tel système, lorsque le nombre de votants est très réduit (douze dans la situation actuelle, quinze une fois que la question des nominations sera réglée) et qu'ils doivent élire un nombre relativement élevé - trois - de candidats (25 % ou 20 % respectivement), la restriction à un seul vote par juge risque de fausser nettement le résultat par rapport aux intentions de l'assemblée générale. Il peut facilement arriver que le troisième, voire le deuxième, candidat soit proposé par un nombre infime de juges, voire par un seul d'entre eux. Une telle situation devrait être évitée, de préférence en attribuant à chaque juge un nombre de votes égal au nombre de candidats requis pour présentation au Président polonais. Seul un tel système peut garantir que les propositions représenteront les préférences de l'assemblée générale des juges et non pas un résultat arbitraire reflétant la volonté d'une petite minorité de juges, ce qui semble contraire à l'objectif de l'article 194 de la Constitution.

29. L'article 16 devrait être modifié de manière à s'assurer que seuls les candidats bénéficiant d'un soutien important au sein du Tribunal puissent être proposés au Président de Pologne (par

de la Cour constitutionnelle fédérale, une mesure qui n'est qu'un acte formel d'exécution d'une décision prise par elle.

²⁵ Le projet de loi adopté par le Sejm en deuxième lecture prévoit « au moins » trois propositions de candidats. Le Sénat a proposé de supprimer le terme « au moins », ce que la Diète a accepté.

²⁶ CDL-AD(2011)016, Avis sur la nouvelle Constitution de la Hongrie, paragraphe 94.

²⁷ Dans les pays suivants, ce sont les juges qui élisent le président de la juridiction constitutionnelle : Albanie, Brésil, Croatie, Italie, Kosovo, Lettonie, Moldova, Monaco, Portugal, Roumanie, Serbie, « L'ex-République yougoslave de Macédoine », Turquie et Ukraine ; dans les pays suivants, ce sont les organes politiques qui nomment/élisent le président : Autriche, Bélarus, République tchèque, France, Allemagne, Hongrie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège, Russie, Slovaquie, Afrique du Sud et Suisse ; voir également CDL-STD(1997)020, Rapport sur la composition des cours constitutionnelles – Science et technique de la démocratie n° 20 (1997), et www.CODICES.coe.int.

exemple, en supprimant la règle voulant que les juges disposent d'un seul vote, ainsi que l'obligation de proposer trois candidats).

30. Au cours de sa visite, la délégation de la Commission de Venise a appris qu'à la suite de la décision du 11 août 2016, deux recours supplémentaires contre la loi du 22 juillet étaient pendants devant le Tribunal (par le premier président de la Cour suprême et par un groupe de députés du Sejm). Ces recours, en instance, semblent porter notamment sur la constitutionnalité de l'article 16 de la loi. Il incombera au Tribunal lui-même de décider si cet article est compatible avec l'article 194.2 de la Constitution. Toutefois, la Commission de Venise est d'avis que, compte tenu de la configuration actuelle du Tribunal en particulier, cette disposition dote le Président polonais d'une influence excessive sur l'activité du Tribunal.

C. Quorum requis de 11 juges sur 15

31. A l'article 26.2, le quorum requis pour la formation plénière a été abaissé de 13 à 11 juges sur 15. Si ce quorum – environ 70 % des juges – demeure supérieur à celui en vigueur dans la plupart des pays européens (voir les exemples comparatifs cités en partie V.B.2 de l'Avis CDL-AD(2016)001), il n'est pas élevé au point de compromettre le fonctionnement du Tribunal, sous réserve que les juges de celui-ci respectent leur obligation de présence lors des procédures du Tribunal. Etant donné que dans la situation actuelle, 12 juges participent aux décisions, cette nouvelle règle pourrait également permettre au cabinet du Premier ministre de publier les futures décisions du Tribunal sans contredire sa position juridique antérieure (erronée).

D. Renvoi devant la formation plénière

32. L'article 26.1.1 dispose que le Tribunal constitutionnel statue en formation plénière sur les conflits de compétence entre les autorités de l'Etat central, l'existence d'entraves à l'exercice de ses fonctions par le Président polonais, la constitutionnalité des objectifs et des activités des partis politiques, le contrôle *a priori* des projets de loi, les accords internationaux avant leur ratification, la loi relative au Tribunal constitutionnel et, surtout, les affaires complexes et celles où un collège de juges souhaite rompre avec la jurisprudence antérieure. Le président du Tribunal constitutionnel peut décider du caractère particulièrement complexe d'une affaire (article 26.1.1.f). Par ailleurs, trois juges peuvent renvoyer une affaire devant la formation plénière (article 26.1.1.g).

33. L'exigence voulant que le Tribunal siège en formation plénière, si elle est appliquée fréquemment, est relativement lourde pour le fonctionnement du Tribunal. L'article 26.1.1.g est contestable dans le sens où les autres juges ne peuvent pas rejeter une telle demande. Dans les systèmes où il existe cette même possibilité de renvoi devant une formation plénière (par exemple en Autriche), soit il n'existe aucune restriction de la sorte à la capacité de la formation plénière à rejeter le renvoi, soit la formation plénière peut statuer dans le cadre d'une procédure accélérée ou d'une procédure en référé si elle estime que l'affaire ne soulève pas un point de droit important au titre de la Constitution.

34. Dans sa décision du 11 août 2016, le Tribunal constitutionnel a jugé que l'article 26.1.1.g, qui permet à trois juges du Tribunal de renvoyer une affaire devant la formation plénière, était incompatible avec les articles 197 (relatif à l'organisation du Tribunal constitutionnel et à la procédure devant celui-ci, déterminées par la loi) et 195 (relatif à l'indépendance des juges du Tribunal) de la Constitution. Le Tribunal a relevé que les demandes soumises par trois juges ne devaient pas nécessairement être motivées et qu'elles ne pouvaient pas être examinées par le président du Tribunal ni par la formation collégiale. Par ailleurs, le principe de diligence découlant du préambule de la Constitution serait violé, car la règle voulant que seuls les points de droit importants et graves soient examinés par une formation plénière pouvait être enfreinte. Enfin, d'après le Tribunal constitutionnel, la disposition en question portait atteinte au principe

d'efficacité de l'activité du Tribunal car elle pouvait entraîner une situation où la plupart des affaires seraient examinées en formation plénière.

35. La décision du Tribunal constitutionnel est convaincante et conforme à la position de la Commission de Venise, telle qu'exprimée récemment dans son Avis sur les amendements à la loi organique relative à la Cour constitutionnelle et à la loi relative aux procédures judiciaires constitutionnelles de la Géorgie²⁸. Dès lors que les autres juges n'ont pas la possibilité de rejeter une demande de renvoi, il existe un risque de politisation du fonctionnement du Tribunal et un risque d'entrave à son efficacité.

E. Présence du procureur général

36. En vertu de l'article 61.6, les audiences peuvent avoir lieu en l'absence du procureur général dûment notifié, sauf si sa présence est requise. L'article 30.5 exige la présence du procureur général pour toutes les affaires examinées par la formation plénière, ce qui englobe, d'après l'article 26, les affaires particulièrement complexes. Cela signifie que par sa simple absence, le procureur général peut empêcher la tenue d'audiences dans des affaires complexes. Il semble n'y avoir aucune procédure permettant au Tribunal de statuer même en cas d'absence répétée du procureur général. La combinaison de ces dispositions pourrait facilement servir à empêcher le Tribunal d'adopter une décision en l'absence du procureur général.

37. Par ailleurs, il convient de noter que depuis mars 2016, les fonctions de procureur général et celles de ministre de la Justice ont été fusionnées. Le ministre de la Justice exerce désormais les compétences de procureur général, comme avant 2011. Etant donné notamment que la législation examinée par le Tribunal aura souvent été proposée par le ministre de la Justice ou d'autres ministères, le ministre a un intérêt direct dans les procédures du Tribunal et ne devrait pas pouvoir bloquer ni retarder les procédures.

38. Le procureur général pouvant être représenté par son substitut, conformément à l'article 30.5, il n'est pas justifié que l'absence du procureur général (ou de son représentant) dûment notifié empêche le Tribunal de procéder à une audience. Telle qu'elle a été adoptée, cette disposition permet à un membre du gouvernement d'intervenir dans l'activité du Tribunal et de reporter les décisions dans des affaires particulièrement importantes, qui peuvent présenter un intérêt majeur pour le gouvernement²⁹. L'article 61.6 représente un risque grave d'atteinte à l'efficacité du Tribunal.

39. Le fait que ces dispositions figurent déjà dans la loi de 1997 (articles 29.5 et 60.4) ne modifie en rien cette appréciation, notamment parce que, comme indiqué ci-dessus, la loi du 22 juillet renforce considérablement la compétence de la formation plénière et permet à trois juges ou au président du Tribunal de renvoyer des affaires devant la formation plénière sans que les autres juges puissent s'y opposer.

40. Le 11 août 2016, le Tribunal a statué que l'article 61.6 de la loi était incompatible avec les articles 10 (séparation des pouvoirs), 173 (indépendance du pouvoir judiciaire) et 188 (compétences du Tribunal constitutionnel) de la Constitution, ainsi qu'avec le préambule de la Constitution (principe de diligence et d'efficacité des institutions publiques), car l'absence répétée du procureur général pouvait conduire à la suspension d'une affaire pour une durée indéterminée.

²⁸ CDL-AD(2016)017, paragraphes 38-41.

²⁹ CDL-AD(2016)007, Liste des critères de l'Etat de droit, paragraphe 74.

41. Le fait que le Tribunal ait annulé la disposition par laquelle le procureur général pourrait bloquer les procédures du Tribunal supprime un risque pour le fonctionnement efficace du Tribunal.

F. Ordre de traitement des affaires

42. En vertu de l'article 38.3 de la loi, les audiences des affaires recevables sont fixées selon l'ordre de réception des affaires par le Tribunal constitutionnel. L'article prévoit quelques exceptions, notamment pour le contrôle a priori des projets de loi, le contrôle de la constitutionnalité des traités internationaux avant leur ratification, le contrôle de la loi budgétaire, le contrôle de la loi relative au Tribunal constitutionnel, l'examen d'entraves à l'exercice de ses fonctions par le Président de la Pologne, les conflits de compétence entre des autorités de l'Etat et le contrôle de la constitutionnalité des objectifs et des activités des partis politiques³⁰ (article 38.4). L'article 38.5 dispose que le président du Tribunal peut fixer la date d'une audience et outrepasser la règle relative à l'ordre de traitement des affaires dès lors qu'une telle mesure est justifiée par la nécessité de protéger les droits ou les libertés des citoyens, la sécurité nationale ou l'ordre constitutionnel. Si cinq juges lui soumettent une demande dans ce sens, le président du Tribunal peut revoir une décision relative à la date d'une audience³¹.

43. L'Avis précédent critiquait la règle relative à l'ordre de traitement des affaires contenue dans les amendements du 22 décembre 2015, estimant que « les juridictions constitutionnelles doivent pouvoir statuer rapidement sur les questions urgentes, y compris dans les affaires qui concernent le fonctionnement des organes constitutionnels, par exemple en cas de risque de blocage du système politique » (paragraphe 63). Les dispositions pertinentes de ces amendements ont également été jugées inconstitutionnelles dans la décision 47/15 du 9 mars 2016.

44. Outre les exceptions prévues à l'article 38.4, qui concernent des procédures spécifiques, l'article 38.5 couvre diverses situations dans lesquelles le président du Tribunal peut avancer la date d'audience dans certaines circonstances importantes (pour préserver les droits ou les libertés des citoyens, la sécurité nationale ou l'ordre constitutionnel). Si cette flexibilité accrue mérite d'être saluée, le doute concernant la nécessité de telles règles demeure. Il importe, pour l'indépendance et le fonctionnement efficace du Tribunal, que celui-ci puisse déterminer l'ordre de ses procédures. Il est d'autant plus important que le président du Tribunal ait la confiance de ses collègues que la loi lui accorde une forte influence en la matière (mais voir également ci-dessus partie B).

45. La loi ne prévoit toujours pas non plus d'exception pour les questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, comme recommandé dans l'Avis précédent : « *Il convient par conséquent de veiller à ce que le dépôt d'une question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne ne bloque pas le fonctionnement du Tribunal. Les questions préjudicielles ralentissent inévitablement la procédure d'une juridiction nationale, puisque la procédure nationale est suspendue pendant la durée de la procédure engagée devant la CJUE. La stricte application de l'ordre de traitement des affaires prévu à l'article 80(2) de la loi entraînerait l'incapacité du Tribunal à statuer dans toute autre affaire jusqu'à ce que la Cour*

³⁰ Cette dernière exception a été ajoutée à la suite d'une proposition du Sénat, que la Diète a acceptée.

³¹ Le projet d'article 38.5 de la loi prévoyait que le président du Tribunal constitutionnel puisse fixer une date au mépris de « l'ordre de traitement des affaires » si le Président de la République de Pologne en faisait la demande. Cette demande du Président constituerait également un acte officiel que le Premier ministre devrait contresigner (article 144.2 de la Constitution). Une telle dépendance du Tribunal à l'égard du Président polonais et du Premier ministre aurait clairement été contraire au principe de séparation des pouvoirs et d'indépendance du Tribunal. Cette disposition a fort heureusement été supprimée sur proposition du Sénat.

de justice de l'Union européenne se soit prononcée : le droit polonais serait alors en conflit avec le droit de l'UE. » (paragraphe 61) La Commission est préoccupée par le fait qu'aucune exception n'ait été prévue à cet égard. Il est peu probable qu'une référence à l'article 267 du TFUE entre dans le cadre de l'exception prévue à l'article 38.5 (« nécessité de protéger les droits ou les libertés des citoyens, la sécurité nationale ou l'ordre constitutionnel »). Par conséquent, une exception spécifique devrait également être prévue pour cette situation à l'article 38.4.

46. Dans sa décision du 11 août 2016, le Tribunal constitutionnel a estimé que les dispositions relatives à l'ordre de traitement des affaires et aux exceptions en la matière (paragraphe 3 à 6 de l'article 38) étaient incompatibles avec les articles 10 (séparation des pouvoirs), 173 (indépendance du pouvoir judiciaire), 188 (compétences du Tribunal constitutionnel) et 191.1, paragraphes 1 à 5 (organes autorisés à saisir le Tribunal) de la Constitution, ainsi qu'avec le préambule de la Constitution (diligence et efficacité). Défavoriser les affaires d'examen *in abstracto* initiées par des organes de l'Etat de la manière prévue à l'article 38 compromet la crédibilité et la cohérence du système constitutionnel. D'après le Tribunal, les affaires introduites par des groupes de députés du Sejm (représentant une minorité parlementaire) constituent une garantie de la mise en œuvre du principe de pluralisme politique.

47. La suppression totale de la règle relative à l'ordre de traitement des affaires par le Tribunal est positive car elle offre la flexibilité nécessaire au Tribunal qui serait difficile à obtenir même avec les exceptions de l'article 38.5. En outre elle règle le problème de l'absence d'exception pour les questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne.

G. Délai des audiences

48. L'article 61.1 de la loi crée l'obligation de tenir une audience au moins 30 jours après la notification (des parties). L'article 61.2 prévoit des exceptions à cette règle pour le contrôle *a priori* des lois budgétaires et pour l'examen des entraves à l'exercice de ses fonctions par le Président de la République. Ces types de procédure ne relèvent pas de la règle relative à l'ordre de traitement des affaires et doivent faire l'objet d'un examen immédiat. En vertu de l'article 61.3, pour les exceptions d'inconstitutionnalité (renvois par les tribunaux ordinaires), les recours constitutionnels et les affaires portant sur des conflits de compétence entre des autorités constitutionnelles centrales, le président du Tribunal peut réduire cette période de moitié, à moins que le tribunal de renvoi, le plaignant ou le requérant, respectivement, s'y opposent dans les sept jours.

49. L'Avis précédent était très critique à l'égard de la règle prévue dans les amendements du 22 décembre 2015 selon laquelle les audiences ne pouvaient avoir lieu avant un délai de six mois à compter de la date de signification : « *Le fait d'imposer un délai aussi long pour la tenue des audiences pourrait priver les mesures prises par le Tribunal d'une bonne partie de leurs effets et, dans bien des cas, les rendre inutiles, même si l'on tient compte des exceptions prévues au paragraphe 2a (saisine du Président de la République polonaise, affaires relatives aux droits de l'homme et affaires relatives au Règlement du Sejm ou du Sénat). Aucune disposition générale ne permettrait au Tribunal de réduire ce délai en cas d'urgence. Cette situation, là encore, est contraire à l'exigence de durée raisonnable de la procédure, consacrée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.* » (paragraphe 87)

50. Si le délai de 30 jours est clairement préférable à celui de six mois, le Tribunal devrait toujours pouvoir faire exception pour tous les types d'affaires urgentes, car « *une marge d'appréciation doit être laissée à la juridiction concernée pour définir le délai applicable aux procédures, et notamment pour fixer la date des audiences publiques. Les juridictions constitutionnelles ont en effet besoin de souplesse dans les situations de crise.* » (paragraphe 86)

51. Evoquant les mêmes raisons que celles qui s'appliquent à l'article 38 ci-dessus, le Tribunal constitutionnel a estimé, dans sa décision du 11 août 2016, que la disposition relative aux renvois sur des points de droit, aux recours constitutionnels et aux conflits de compétence entre les autorités constitutionnelles centrales, à l'article 61.3, était incompatible avec les paragraphes 1 à 5 de l'article 191.1 de la Constitution (organes autorisés à saisir le Tribunal) et avec le préambule de la Constitution (principe de diligence et d'efficacité des institutions publiques). En ce qui concerne la capacité à réduire le délai d'audience de 30 à 15 jours, le Tribunal a ainsi supprimé la restriction à certains types de procédure (renvois par les tribunaux ordinaires, recours constitutionnels et conflits de compétence) à laquelle était soumis le président du Tribunal. En conséquence, celui-ci peut réduire le délai d'audience dans toutes les affaires.

52. L'extension, par la décision du 11 août 2016, de ce pouvoir à tous les types d'affaires, pour le président du Tribunal, est conforme aux recommandations formulées dans l'Avis précédent. Elle offre une flexibilité au Tribunal pour examiner les affaires urgentes, ce qui est important pour préserver son efficacité et son indépendance. Cela étant, la période incompressible de 15 jours risque d'être toujours trop longue pour les affaires particulièrement urgentes.

H. Report d'une affaire à la demande de quatre juges

53. En vertu de l'article 68.5, dans les affaires examinées en formation plénière, quatre juges peuvent demander le report des délibérations s'ils estiment qu'une question revêt un intérêt particulier pour l'ordre constitutionnel ou l'ordre public et désapprouvent la conclusion adoptée. Les juges présentent alors un autre projet en vue d'une nouvelle délibération trois mois plus tard (article 68.6). Si, lors de cette nouvelle délibération, quatre juges (pas nécessairement les mêmes) formulent encore une objection (probablement contre les conclusions adoptées par la majorité des juges), la délibération est à nouveau reportée de trois mois. Lors de cette dernière délibération, soit six mois après la première, un vote est organisé (article 68.7).

54. Les deux périodes de trois mois ne peuvent pas être réduites par le Tribunal. Leur durée incompressible ne dépend même pas de la volonté des quatre juges. Même s'ils demandaient une période de report plus courte, le projet de loi ne le permet pas.

55. Une telle règle est tout à fait inhabituelle. Elle permet à une minorité de quatre juges sur 15 (soit environ un quart) d'obtenir le report d'une affaire pour une période totale de six mois.

56. Il est légitime et fondé de donner plus de temps à des juges pour préparer une affaire particulièrement complexe. Or à cet égard, l'article 68.4 de la loi prévoit déjà un report de deux semaines pour la délibération. Le report prévu à l'article 68.5-7, lui, ne dépend pas de la complexité de l'affaire mais de l'existence d'un désaccord entre la majorité des juges et les quatre dissidents. La deuxième période de trois mois en particulier n'est absolument pas justifiée, car les quatre juges ne sont même pas tenus de proposer une autre solution. En tout état de cause, il devrait appartenir au Tribunal de trouver des solutions pour régler les désaccords entre les juges. Il faut éviter les règles rigides adoptées par le législateur qui, en l'occurrence, incitent les juges à manifester leur désaccord plutôt qu'à rechercher le consensus.

57. Les dispositions permettant le report d'une affaire pour une période de six mois maximum, à la demande de quatre juges, ne sont donc pas justifiées. En tout état de cause, elles ne reflètent pas l'objectif nécessaire de protection d'une justice constitutionnelle efficace. Elles peuvent facilement être utilisées à mauvais escient, pour ralentir les procédures dans les affaires sensibles. En outre, des délais stricts d'une durée minimum aussi longue, en l'absence de demande des parties dans ce sens (puisque'il s'agit d'une question d'organisation interne) retarde le traitement des affaires. Par ailleurs, des règles de cette nature partent du principe que le Tribunal constitutionnel et son président ne sont pas en mesure de prendre les mesures nécessaires pour garantir la rapidité des procédures tout en respectant le temps dont les juges ont besoin pour formuler des avis ; en outre, elles incitent les juges à s'en tenir à une position

maximaliste plutôt qu'à accepter les compromis. Ces règles risquent donc de compromettre davantage le fonctionnement efficace et l'indépendance du Tribunal.

58. Dans les recours constitutionnels individuels notamment – à la suite du renvoi de l'affaire devant la formation plénière par trois juges, conformément à l'article 26.1.1.g – de tels délais risquent d'entraîner une violation du droit à une durée raisonnable des procédures, tel que visé à l'article 6 de la CEDH. La règle de report pourrait nuire au fonctionnement efficace du Tribunal et devrait par conséquent être supprimée.

59. Dans sa décision du 11 août 2016, le Tribunal constitutionnel a jugé que les paragraphes 5 à 7 de l'article 68 étaient incompatibles avec les articles 188 (compétences du Tribunal constitutionnel) et 195.1 (indépendance des juges du Tribunal constitutionnel) de la Constitution, ainsi qu'avec le préambule de la Constitution (principe de diligence et d'efficacité). D'après le Tribunal, les dispositions de l'article 68 pourraient entraîner des situations où un groupe de quatre juges exercerait une influence sur le président de juridiction sans aucune justification ni relation avec le fond de l'affaire.

60. La décision du Tribunal d'annuler la disposition permettant à quatre juges d'obtenir le report d'une affaire pendant six mois élimine le risque d'obstruction à l'activité et l'indépendance du Tribunal.

I. Majorité requise pour l'adoption des décisions

61. Les amendements du 22 décembre introduisaient l'exigence d'une majorité des deux tiers pour les décisions prises en formation plénière. L'article 69.1 de la loi revient à une majorité simple pour statuer, quel que soit le type d'affaire.

62. L'Avis précédent insistait sur le fait que la pratique constitutionnelle établie de vote à la majorité simple « *ne saurait être modifiée par le législateur ordinaire, mais uniquement par une modification de la Constitution, qui exige une majorité qualifiée* » (paragraphe 82) et qu'une « *exigence aussi stricte risquait de bloquer le processus décisionnel du Tribunal et de le rendre inefficace, en l'empêchant d'exercer ses attributions essentielles de garantie de la constitutionnalité de la législation* » (paragraphe 79). Dans sa décision du 9 mars 2016, le Tribunal constitutionnel a considéré que la majorité des deux tiers était inconstitutionnelle.

63. L'introduction d'une majorité simple pour le vote, quel que soit le type d'affaire, est une mesure dont il faut se féliciter qui supprime une des entraves au fonctionnement du Tribunal créées par l'amendement du 22 décembre 2015.

J. Suspension des affaires en instance introduites par des institutions de l'Etat

64. D'après l'article 83.2 de la loi, le Tribunal doit « clore » toutes les procédures en instance dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la loi. L'article 83 ne précise pas ce que le terme « clore » signifie réellement et, surtout, ce qu'il advient des affaires qui ne sont pas closes en temps utile.

65. Cette disposition porte uniquement sur les recours individuels (article 191.1.6 de la Constitution) et sur les renvois par les tribunaux ordinaires (article 193 de la Constitution). Les autres procédures pendantes initiées par les institutions de l'Etat, le Président de la République, le président du Sejm, le président du Sénat et le Premier ministre, ainsi que par les minorités parlementaires, les présidents des cours suprêmes, le Médiateur, les collectivités territoriales, les syndicats et les églises entres autres (article 191.1.1 à 191.1.5 de la Constitution), seraient ajournées pendant six mois (articles 83.2 et 84 du projet de loi) de manière à permettre aux parties d'adapter leur demande aux exigences du nouveau projet de loi.

66. L'article 85 dispose qu'à la suite de l'entrée en vigueur de la loi, toutes les audiences prévues devront être reportées et reprogrammées en vertu de la loi. L'article 86 prévoit la même mesure pour le prononcé public des décisions du Tribunal. En vertu de l'article 87, les requêtes introduites par les collectivités territoriales, les syndicats, les organisations patronales et professionnelles nationales et les organisations religieuses qui ont déjà été déclarées recevables en vertu de la loi de 2015 demeureront recevables en vertu de la nouvelle loi également.

67. Le réenregistrement des affaires institutionnelles en instance semble tout à fait inutile et la période de six mois, excessivement longue. On ne comprend pas non plus pourquoi il est nécessaire de réenregistrer et de reprogrammer certains types d'affaires et pas d'autres. Une règle transitoire indiquant quelles nouvelles règles procédurales s'appliqueront aux actes du Tribunal dans les affaires en instance serait suffisante.

68. Ces dispositions auraient pour effet d'assurer la continuité des procédures dans le cas des recours individuels et des affaires soulevant des points de droit (renvois), tandis que toutes les autres procédures pendantes seraient bloquées pour une durée de six mois. Les recours individuels et les renvois sont certes des catégories d'affaires très importantes, notamment en raison du droit à un procès dans un délai raisonnable visé à l'article 6 de la CEDH, mais tous ne sont pas forcément urgents. En revanche, les catégories d'affaires reportées par cette disposition peuvent englober des affaires très importantes qui peuvent aussi avoir un intérêt majeur du point de vue de la protection des droits de l'homme.

69. D'après l'article 85.2, les affaires qui ne sont pas réenregistrées seront classées sans suite. Or, parmi ces affaires, certaines ont déjà été déclarées recevables. Leur classement par défaut équivaut à une ingérence rétroactive dans les droits des parties, ce qui est inacceptable.

70. Enfin, il n'est pas logique que certaines affaires soient suspendues pendant six mois dans l'attente de leur réenregistrement, alors que les recours constitutionnels et les renvois par les tribunaux ordinaires peuvent se poursuivre sans se soumettre à une telle mesure.

71. Dans sa décision du 11 août 2016, le Tribunal constitutionnel a statué que les articles 83.2 et 84 à 87 de la loi étaient incompatibles avec les articles 2 (Etat démocratique de droit mettant en œuvre les principes de la justice sociale), 10 (séparation des pouvoirs) et 173 (indépendance du pouvoir judiciaire) de la Constitution, ainsi qu'avec le préambule de celle-ci. D'après le Tribunal, ces dispositions seront impossibles à appliquer dans la pratique et aboutiront à un report de toutes les procédures, y compris les recours constitutionnels.

72. L'annulation par le Tribunal des dispositions relatives à la suspension des affaires en instance évite d'entraver gravement l'activité du Tribunal constitutionnel et est conforme aux recommandations de la Commission de Venise.

K. Publication des décisions

1. « Demande » de publication des décisions par le président du Tribunal

73. L'article 80 dispose que toute décision du Tribunal doit être publiée dans le *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej* (Journal officiel de la République de Pologne). En vertu de l'article 80.4, le président du Tribunal doit « introduire une demande » de publication auprès du Premier ministre, conformément à la loi relative à la promulgation des actes normatifs et de certains autres textes de loi.

74. D'après l'article 105.2 de la loi de 2015 (et l'article 79.3 de la loi de 1997), le président du Tribunal doit « ordonner » la publication de la décision. L'article 80 de la nouvelle loi, toutefois, prévoit uniquement une « demande » au Premier ministre. Compte tenu des problèmes relatifs

à la publication des décisions du 9 mars et du 11 août 2016 (et des 21 décisions rendues depuis le 9 mars, publiées après un long délai, ainsi qu'une loi adoptée par le parlement), une telle modification semble à même d'aggraver le risque de non-publication en temps utile des décisions, du fait qu'elle offre au Premier ministre une base potentielle pour s'y opposer, ainsi que le risque de violation de l'article 190.2 de la Constitution, qui exige la publication immédiate des décisions.

75. D'après l'Avis précédent, « [l]e refus de publier la décision 47/15 du 9 mars 2016 serait non seulement contraire à l'état de droit, mais une mesure sans précédent telle que celle-là aggraverait encore la crise constitutionnelle déclenchée par l'élection de juges au cours de l'automne 2015 et les Amendements du 22 décembre 2015. Non seulement la Constitution polonaise, mais aussi les normes européennes et internationales supposent que les décisions d'une cour constitutionnelle soient respectées. La publication de la décision et son respect par les autorités sont une condition préalable à la recherche d'une solution à la présente crise constitutionnelle. » (paragraphe 143)

76. Conformément à l'état de droit et notamment au principe d'indépendance du pouvoir judiciaire³², la validité et la force des décisions ne sauraient dépendre d'une décision du pouvoir exécutif ou législatif. En particulier, le refus de publier les décisions d'une juridiction constitutionnelle sans encourir de sanctions constitue une atteinte fondamentale à l'autorité et à l'indépendance de cette juridiction en sa qualité d'arbitre suprême en matière constitutionnelle.

77. En avril 2016, le présidium de la Cour suprême polonaise a conclu que les décisions non publiées du Tribunal constitutionnel étaient effectives et devaient être suivies d'effet. Dans une décision du 8 août 2016, la Cour suprême administrative a également appliqué une décision non publiée du Tribunal constitutionnel. La déclaration de la Cour suprême et la décision de la Cour suprême administrative visent à préserver l'efficacité des décisions, conformément au principe de caractère contraignant des décisions de la juridiction constitutionnelle, consacré par la Constitution polonaise et par les constitutions et législations d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe. En vertu de l'article 31 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale allemande, les décisions de celle-ci sont contraignantes pour les organes constitutionnels fédéraux et des Land, ainsi que pour tous les tribunaux et autorités publiques. Si une loi est jugée compatible ou incompatible avec la loi fondamentale ou avec d'autres lois fédérales, ou si elle est annulée, le ministre fédéral de la Justice et de la Protection des consommateurs doit publier la partie y relative du dispositif de la décision dans le Journal officiel fédéral. Il est communément admis que cette publication n'a pas de caractère constitutif ; la décision de la Cour constitutionnelle fédérale devient effective à l'annonce ou au prononcé de la décision.

³² Voir également Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation générale n° 32 relative au droit à un procès équitable. Le paragraphe 1 de l'article 14 du PIDCP protège le droit de chacun à ce que sa cause soit entendue équitablement par un « tribunal compétent, indépendant et impartial. »
« 19. La garantie de compétence, d'indépendance et d'impartialité du tribunal au sens du paragraphe 1 de l'article 14 est un droit absolu qui ne souffre aucune exception. La garantie d'indépendance porte, en particulier, sur la procédure de nomination des juges, les qualifications qui leur sont demandées et leur inamovibilité jusqu'à l'âge obligatoire de départ à la retraite ou l'expiration de leur mandat pour autant que des dispositions existent à cet égard ; les conditions régissant l'avancement, les mutations, les suspensions et la cessation de fonctions ; et l'indépendance effective des juridictions de toute intervention politique de l'exécutif et du législatif. Les Etats doivent prendre des mesures garantissant expressément l'indépendance du pouvoir judiciaire et protégeant les juges de toute forme d'ingérence politique dans leurs décisions [...]. Une situation dans laquelle les fonctions et les attributions du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif ne peuvent pas être clairement distinguées et dans laquelle le second est en mesure de contrôler ou de diriger le premier est incompatible avec le principe de tribunal indépendant. » et « 27. Un élément important du procès équitable est la rapidité de la procédure. Si la question des retards excessifs dans la procédure pénale est explicitement abordée à l'alinéa c du paragraphe 3 de l'article 14, dans un procès civil les retards que ne justifient ni la complexité de l'affaire ni la conduite des parties portent atteinte au principe du procès équitable consacré par le paragraphe 1 de cette disposition. »

78. En Autriche, toute décision de la Cour constitutionnelle prononçant l'inconstitutionnalité d'une loi oblige le Chancelier fédéral ou le gouverneur du Land compétent à publier la décision sans délai (article 140.5 de la Loi constitutionnelle fédérale). Néanmoins, la décision même a pour effet d'abroger les dispositions inconstitutionnelles³³. Aussi, l'annulation d'une loi est effective et contraignante pour les parties à la date où la décision leur est signifiée, quelle que soit la date de publication au Journal officiel.

79. Aux Etats-Unis, tous les arrêts de la Cour suprême sont publiés dans les Rapports des Etats-Unis (United States Reports) par le Rapporteur des décisions de la Cour suprême, dont la fonction a été créée par le Congrès. Le Rapporteur ne jouit d'aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de sélectionner les arrêts à publier, et tous les arrêts ont force exécutoire et constituent des précédents juridiquement contraignants du moment où ils sont prononcés par la Cour³⁴.

80. Les solutions peuvent être quelque peu différentes dans les autres pays. En Belgique par exemple, une décision annulant une loi n'a force de chose jugée que lorsqu'elle est publiée au Journal officiel, mais cette publication est automatique et dépend uniquement de la Cour. En tout état de cause, on ne saurait imaginer de système valable de justice constitutionnelle qui subordonne la validité des décisions de la Cour au bon vouloir des autorités politiques.

81. La force exécutoire d'une décision de justice ne saurait dépendre de la publication ou non de ladite décision par un autre acteur que la Cour. Un tel contrôle violerait de manière flagrante l'indépendance de la Cour et l'état de droit³⁵. En ce qui concerne le Tribunal constitutionnel, c'est son autorité même qui est contestée en tant qu'arbitre suprême en matière constitutionnelle.

82. L'article 80 devrait être revu de manière à garantir qu'une décision soit contraignante sans que l'exécutif puisse intervenir. En outre, conformément à la position de la Cour suprême, la diffusion d'une décision du Tribunal sur son site internet doit être reconnue comme ayant une valeur juridique en soi et devrait être suivie de la publication de la décision dans le Journal officiel³⁶.

³³ Décision de la Cour constitutionnelle du 28 juin 1958, G 15-19, 31, 33/58, Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle 3378/1958.

³⁴ Depuis sa création, en 1790, la Cour suprême a pour pratique de prononcer ses arrêts en formation collégiale. Cette pratique est consacrée par la règle 41 du règlement de la Cour suprême, selon laquelle les arrêts de la Cour sont rendus publics par le Greffier dès leur prononcé par les juges ou tel que l'ordonne la Cour. Le Greffier fait ensuite produire les arrêts sous forme de fiches, et le Rapporteur des décisions les prépare en vue de leur publication en exemplaires préliminaires et en volumes reliés des Rapports des Etats-Unis. Dès leur publication, les arrêts de la Cour suprême s'imposent pour ce qui est de l'interprétation de la loi et ont force exécutoire, comme l'illustre bien la pratique de la Cour consistant à ériger immédiatement en précédent ses décisions dans les affaires dont elle connaît. Voir par exemple *Walt v. Stanek*, n° 15-518 (28 juin 2016) (ordonnance annulant une décision du huitième circuit compte tenu d'un arrêt rendu par la Cour suprême cinq jours plus tôt dans l'affaire *Birchfield c. Dakota du Sud*, n° 14-1468 (23 juin 2016)). Comme l'indique la règle 41, la publication par le Rapporteur des décisions de la Cour suprême n'est qu'un acte de diffusion ; elle n'a aucun effet en termes de force exécutoire desdites décisions. Le rôle limité de la publication apparaît également clairement dans la loi portant création de la fonction de Rapporteur. Voir 28 U.S.C. 673. L'article 673 dispose ainsi à cet égard : « *b) Sous la direction de la Cour ou du président de la Cour, le Rapporteur prépare les décisions de la Cour en vue de leur publication en volumes reliés et en exemplaires préliminaires sous forme de fascicules.* » 28 U.S.C. 673(b) (nous soulignons). Comme la phrase soulignée l'indique clairement, le Rapporteur exécute une tâche administrative sous la direction de la Cour ou de son président.

³⁵ CDL-AD(2016)007, Liste des critères de l'Etat de droit, point II.E.1 et paragraphe 86.

³⁶ CDL-AD(2016)017, Géorgie – Avis sur les amendements à la loi organique relative à la Cour constitutionnelle et à la loi relative aux procédures judiciaires constitutionnelles, paragraphe 60.

83. Dans sa décision du 11 août 2016, le Tribunal constitutionnel a jugé que l'article 80.2 était incompatible avec l'article 190.2 de la Constitution (publication des décisions du Tribunal constitutionnel), qui exige de publier immédiatement de telles décisions et confère à l'éditeur du Journal officiel un rôle purement technique. Introduire une « demande » de publication auprès du Premier ministre suggère l'existence d'un pouvoir inconstitutionnel permettant d'évaluer les décisions à publier et la procédure à suivre.

84. L'annulation par le Tribunal de la disposition selon laquelle le président du Tribunal doit demander au Premier ministre de publier les décisions de la juridiction est conforme aux recommandations de la Commission de Venise. Il est essentiel pour l'état de droit que les décisions du Tribunal constitutionnel soient reconnues comme ayant force de chose jugée et qu'elles soient publiées immédiatement après leur adoption, en l'absence de toute ingérence extérieure.

2. Publication de la décision 47/15 du 9 mars 2016 et d'autres décisions rendues depuis cette date

85. La décision 47/15 du 9 mars 2016 n'a toujours pas été publiée dans le Journal officiel par le cabinet du Premier ministre. Entre le 9 mars et le 11 août 2016, le Tribunal a adopté 21 autres décisions, dont aucune n'avait été publiée jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi de 2016.

86. Les discussions avec la délégation de la Commission de Venise à Varsovie ont mis au jour une grande diversité d'interprétations des autorités de l'Etat sur ce point. Le représentant de la majorité au Sénat s'est déclaré d'avis que l'article 89 de la loi avait perdu de sa force du fait de la décision du 11 août du Tribunal. En conséquence, on ne pourrait plus s'appuyer sur aucune procédure de publication des décisions du Tribunal et, partant, aucune décision du Tribunal ne pourrait être publiée. La délégation n'a pas reçu de réponse à la question de savoir comment une décision jugée illégale pourrait avoir un tel effet.

87. Les représentants de la majorité à la Sejm ont résumé leur position par la devise « *Dura lex, sed lex* » (La loi est dure, mais c'est la loi), sans aborder la question de la constitutionnalité avec la délégation de la Commission.

88. Le ministère de la Justice, en revanche, a semblé élaborer une théorie de nullité totale des décisions du Tribunal, non seulement eu égard au nombre de signatures, mais aussi parce que toutes les dispositions des amendements de décembre n'ont pas été appliquées lorsque le Tribunal les a examinées le 9 mars 2016. La décision du 11 août rendue par le Tribunal sans audience entrerait également dans cette catégorie. Toutefois, le ministère n'a pas été en mesure de préciser qui aurait compétence pour déterminer une telle nullité, ni n'a-t-il présenté le fondement juridique sur lequel reposerait l'exercice d'une telle autorité par l'exécutif.

89. La chancellerie du Premier ministre, en charge de la publication, a indiqué qu'elle exerçait un contrôle en examinant la validité des décisions du Tribunal avant leur publication, mais que ce contrôle se limitait à établir la conformité d'une décision avec les procédures. Etant donné que les décisions du 9 mars et du 11 août n'avaient pas obtenu les 13 signatures requises par les amendements du 22 décembre 2015, la chancellerie ne les avait pas publiées. Toutefois, la chancellerie n'a pas pu présenter le fondement juridique sur lequel reposait l'exercice d'un tel contrôle par l'exécutif.

90. La chancellerie a également confirmé à la délégation que le président du Tribunal constitutionnel avait ordonné la publication de certaines décisions, mais que cette demande demeurait non satisfaite. Il s'agissait non seulement des décisions du 9 mars et du 11 août 2016, mais aussi des autres 21 décisions adoptées dans l'intervalle. Cet aspect est également particulièrement problématique. Les principes fondamentaux de l'état de droit exigent au minimum que le Premier ministre fournisse une explication écrite motivée au président du

Tribunal en cas de refus de publication des décisions. La chancellerie du Premier ministre a indiqué à la délégation de la Commission que le Tribunal avait été informé de la non-publication de ses décisions dans les médias.

91. Le ministère de la Justice et la chancellerie du Premier ministre ont affirmé que le refus de publier les décisions se fondait uniquement sur le non-respect des procédures par le Tribunal et n'était pas destiné à contredire les interprétations du droit matériel faites par le Tribunal. Toutefois, la Commission est d'avis que cette distinction n'est pas recevable, car le Tribunal, pour pouvoir fonctionner de manière efficace et indépendante, doit avoir la compétence à interpréter ses propres procédures et parce que les décisions de procédure influent nettement sur les décisions de fond.

92. Tant la variété d'interprétations juridiques que l'absence de réponse motivée du Premier ministre au président du Tribunal révèlent un grave problème du point de vue de l'état de droit. Les organes de l'Etat ont pris parti politiquement sur une question essentielle de droit constitutionnel, ont transmis ce message au Tribunal constitutionnel par le biais des médias et n'ont même pas fourni de réponse officielle dûment motivée à son président³⁷.

93. La position du Premier ministre menace également les droits des particuliers, qui ne peuvent pas avoir l'assurance que la décision relative à leur recours constitutionnel sera publiée.

94. Même en suivant le raisonnement du ministère de la Justice, on aboutit à la même conclusion. Il appartient à un tribunal, et dans le cas d'espèce, au Tribunal constitutionnel lui-même, de déterminer si un acte d'une autorité publique est totalement nul et de nul effet. Le Tribunal, juges dissidents compris, considère manifestement que ses décisions ne s'écartent pas des procédures ni ne manquent de force juridique, comme le corroborent la déclaration du présidium de la Cour suprême reconnaissant la force juridique des décisions non publiées, ainsi que la décision II FSK 1021/16 du 8 août 2016 de la Cour suprême administrative appliquant la décision non publiée SK 31/14 du 28 juin 2016 du Tribunal constitutionnel³⁸.

95. En vertu de l'article 89 de la loi³⁹, les décisions du Tribunal « rendues avant le 20 juillet 2016 et contraires aux dispositions de la loi du 25 juin 2015 relative au Tribunal constitutionnel seront publiées dans les 30 jours suivant l'entrée en vigueur de la présente loi, à l'exception des décisions portant sur des actes normatifs qui ne sont plus applicables ». Une telle disposition est inacceptable dans un Etat de droit. Ni l'exécutif, ni le pouvoir législatif, ne peuvent choisir les décisions d'un tribunal qui méritent d'être publiées ou non⁴⁰.

96. Cette disposition écarte la décision 47/15 du 9 mars 2016 sans aucune justification, car après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi relative au Tribunal constitutionnel, les amendements du 22 décembre à la loi du 25 juin 2015 auraient cessé de s'appliquer du fait de l'entrée en vigueur de la loi elle-même.

97. Cette disposition déclare que toutes les décisions adoptées depuis le 9 mars 2015 sont contraires à la loi relative au Tribunal constitutionnel. Le fait de déclarer 'illégales' des décisions

³⁷ CDL-AD(2016)007, Liste des critères de l'Etat de droit, paragraphe 68.

³⁸ Il s'agit d'une des 21 décisions adoptées depuis le 9 mars 2016, qui, à la suite de l'arrêt de la Cour suprême administrative, a été publiée par la chancellerie du Premier ministre comme contraire à la loi relative au Tribunal constitutionnel.

³⁹ L'article 91 du projet de loi disposait que toutes les décisions rendues par le Tribunal après le 10 mars 2016 devaient être publiées. La référence au 10 mars 2016 écartait uniquement la décision du 9 mars comme non publishable. Sur proposition du Sénat, cette disposition a été modifiée et constitue désormais l'article 89 de la loi adoptée.

⁴⁰ CDL-AD(2016)007, Liste des critères de l'Etat de droit, paragraphe 74.

d'une juridiction constitutionnelle au moyen d'une loi est incompatible avec l'article 190.2 de la Constitution. En outre, par cette disposition, le pouvoir législatif conteste ouvertement la position et l'autorité du Tribunal constitutionnel en sa qualité d'arbitre suprême en matière constitutionnelle. Tout comme le prétendu exercice d'une telle autorité par l'exécutif, cette forme de rejet de l'autorité d'un tribunal fait fi du principe d'indépendance de la justice et constitue une autre violation flagrante de l'état de droit.

98. La ferme recommandation de l'Avis précédent visant à publier et à respecter cette décision a clairement été ignorée. Par ailleurs, comme indiqué plus haut, la force de la chose jugée doit être reconnue concernant les décisions du Tribunal constitutionnel et ce, dès le moment où elles sont prononcées, indépendamment de leur publication dans le Journal officiel.

99. Dans sa décision du 11 août 2016, le Tribunal constitutionnel a statué que l'article 89 était incompatible avec l'article 190.2 de la Constitution (publication immédiate des décisions du Tribunal constitutionnel), étant donné que le pouvoir législatif n'a pas le pouvoir de décider quelles décisions du Tribunal doivent être publiées. D'après le Tribunal, le législateur s'est donc octroyé le pouvoir de choisir quelles décisions du Tribunal publier. Les décisions adoptées depuis le 9 mars 2016 ont été pointées du doigt comme contraires à la loi, sans motifs de fait ni de fond, une situation qui, d'après le Tribunal, porte atteinte au principe de séparation et d'équilibre entre les pouvoirs, à l'exigence de coopération entre les autorités publiques constitutionnelles, à l'indépendance du pouvoir judiciaire et à l'ordre constitutionnel.

100. L'annulation par le Tribunal de la publication des décisions 'illégales' est à saluer car la disposition aurait compromis le respect de ces mêmes décisions. Le jour où la loi est entrée en vigueur, le 16 août 2016, la chancellerie du Premier ministre a publié 21 décisions adoptées depuis le 9 mars 2016, mais pas les décisions du 9 mars ni du 11 août. Si la publication de ces 21 décisions est positive, la chancellerie du Premier ministre les a publiées conformément à l'article 89 de la loi, qui les déclarait illégales. Cette disposition a déjà été jugée inconstitutionnelle par le Tribunal. Le fait de présenter publiquement les décisions du Tribunal comme 'illégales' remet en cause la position du Tribunal constitutionnel en sa qualité d'arbitre suprême en matière constitutionnelle et constitue une attaque contre l'autorité du Tribunal, contrairement au principe de coopération loyale entre les organes de l'Etat, qui constitue une condition préalable constitutionnelle dans un Etat de droit. Le rejet de l'autorité d'un tribunal de manière aussi délibérée viole l'état de droit.

L. Composition du Tribunal

101. En vertu de l'article 90, les juges ayant prêté serment mais n'ayant pas encore pris leurs fonctions siègent dans les formations collégiales et se voient attribuer des affaires dès l'entrée en vigueur de la loi.

102. Depuis janvier 2016, le Tribunal constitutionnel compte douze juges. Le président polonais a refusé d'entendre le serment des « juges d'octobre », mais il a accepté ceux des trois « juges de décembre », qui, d'après la jurisprudence du Tribunal, ont été élus contrairement à la Constitution. L'article 90 obligerait le président du Tribunal à attribuer des affaires aux trois juges de décembre.

103. L'Avis précédent recommandait de régler la question de la nomination des juges en respectant pleinement les décisions du Tribunal. Le plein respect des décisions du Tribunal, notamment celle du 3 décembre 2015, permettrait d'intégrer les juges d'octobre au Tribunal. Cela n'a pas été le cas.

104. En avril 2016, une vacance au Tribunal n'a pas été utilisée pour nommer officiellement un des juges d'octobre ; en lieu et place, le Sejm a élu un nouveau candidat et le Président

polonais a entendu sa prestation de serment. Ce nouveau candidat fait désormais partie des douze juges du Tribunal.

105. Le problème de la nomination des juges n'a pas été réglé comme recommandé. L'article 90 n'est pas une solution conforme aux principes de l'état de droit⁴¹.

106. Dans sa décision du 11 août 2016, le Tribunal constitutionnel a estimé que l'article 90 était incompatible avec l'article 194.1 de la Constitution (nomination des juges du Tribunal constitutionnel). Renvoyant à ses décisions dans les affaires K 34/15, K 35/15 et K 47/15, ainsi qu'à sa décision dans l'affaire n° U 8/15, le Tribunal a réaffirmé que le fondement juridique sur lequel reposait l'élection des trois juges d'octobre était valide et qu'il n'y avait donc pas eu de vacance à pourvoir lorsque le Sejm avait procédé à l'élection des juges de décembre. Par conséquent, l'application de l'article 90 exigeant du président du Tribunal qu'il attribue des affaires aux juges de décembre serait contraire aux décisions du Tribunal, qui ont un caractère universellement contraignant et lient donc toutes les autorités de l'Etat, y compris le Tribunal et son président.

107. L'annulation par le Tribunal des dispositions visant à obliger le président du Tribunal à attribuer des affaires aux juges de décembre est conforme aux recommandations de la Commission de Venise ; en effet, par cette disposition, le pouvoir législatif s'était indûment positionné en arbitre suprême en matière constitutionnelle.

M. La décision K39/16 du 11 août 2016

108. Dans sa décision K39/16 du 11 août 2016, le Tribunal constitutionnel a examiné la loi relative au Tribunal constitutionnel à la demande de deux groupes de députés du Sejm et du Médiateur. Le Tribunal a jugé que plusieurs dispositions de la loi étaient incompatibles avec la Constitution. D'après lui, le point commun à toutes les allégations des requérants était une ingérence excessive du législateur constitutive d'une atteinte au principe de séparation et d'équilibre entre les pouvoirs, ainsi qu'au principe de séparation et d'indépendance du pouvoir judiciaire⁴².

109. Contrairement à la décision du 9 mars 2016, le Tribunal constitutionnel n'a pas été contraint de statuer sur la nouvelle loi quand elle avait déjà entrée en vigueur. Le Tribunal a pu se prononcer sur la constitutionnalité de la loi pendant la courte période (15 jours) de *vacatio legis* précédant l'entrée en vigueur de la loi (article 92 de la loi). Par conséquent, la décision a été adoptée conformément à la loi de juin 2015 et non pas à la nouvelle loi. Le Tribunal a appliqué la loi de 2015 sans les amendements du 22 décembre 2015, jugés inconstitutionnels dans sa décision du 9 mars 2016.

110. Le Tribunal a examiné l'affaire sans tenir d'audience, en vertu de l'article 93 de la loi de 2015. Cette disposition l'autorise à statuer de la sorte quand l'affaire concerne un point de droit qui a été suffisamment précisé dans les décisions antérieures du Tribunal.

111. Le ministère de la Justice a déclaré à la délégation de la Commission de Venise que le Tribunal ne pouvait pas s'appuyer sur l'article 93, car la disposition s'applique uniquement aux décisions d'irrecevabilité. Par ailleurs, le ministère a indiqué que la loi du 22 juillet 2016 contenait de nouvelles dispositions qui n'avaient pas été examinées dans les décisions antérieures du Tribunal (tel le report des audiences pour une période de deux fois trois mois si quatre juges en font la demande) et que, par conséquent, ce point n'avait pas été « suffisamment précisé » dans ces décisions antérieures pour que l'article 93 s'applique.

⁴¹ CDL-AD(2016)007, Liste des critères de l'Etat de droit, paragraphe 79.

⁴² <http://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/9311-ustawa-o-trybunale-konstytucyjnym/>

112. L'article 93 ne se limite pas aux décisions de recevabilité. Le libellé de l'article 81.1 de la loi de 2015 le confirme, qui porte sur les procédures avec et sans audience : « *Le Tribunal examine la requête, le point de droit ou le recours lors d'une audience ou d'une séance à huis clos* ». Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2015, 24 des 50 décisions du Tribunal ont été adoptées conformément à cette procédure écrite.

113. En outre, les juges du Tribunal ont expliqué à la délégation que le « point de droit » soulevé par la loi du 22 juillet qui aurait dû être « suffisamment précisé » pour que l'article 93 s'applique ne concernait pas telle ou telle disposition de la loi mais la question globale de savoir si les dispositions présentaient le même vice juridique que les amendements du 22 décembre en entraînant la paralysie du fonctionnement du Tribunal. Cette question avait déjà été examinée par le Tribunal dans sa décision du 9 mars 2016, qui avait conclu que des dispositions juridiques identiques constituaient une « ingérence excessive du législateur constitutive d'une atteinte au principe de séparation et d'équilibre entre les pouvoirs, ainsi qu'au principe de séparation et d'indépendance du pouvoir judiciaire ». En d'autres termes, c'est la question de savoir si le point de droit constitutionnel a déjà été précisé qui importe, et non pas celle de l'application de ce principe à des actes normatifs identiques.

114. Indépendamment de la question de la publication de la décision du 9 mars 2016, le Tribunal a estimé que cette décision supprimait la présomption de constitutionnalité des dispositions jugées inconstitutionnelles et que ces dernières ne pouvaient donc plus être appliquées. Compte tenu de la situation inconstitutionnelle créée par l'absence de publication de la décision, le raisonnement du Tribunal est cohérent et offre une base raisonnable pour appliquer ses décisions. Le présidium de la Cour suprême s'est rallié à ce raisonnement dans sa résolution du 27 avril 2016.

115. La décision du 11 août 2016 n'a pas réglé la crise constitutionnelle, à la fois parce que la décision n'a pas été publiée et parce que le gouvernement comme le parlement ne partagent pas le point de vue du Tribunal ; partant, ils ne remplissent pas leur obligation légale de publier les décisions et de reconnaître leur force exécutoire. Le fait qu'ils considèrent que la nouvelle loi en vigueur inclut les articles jugés inconstitutionnels pourrait les amener à contester également toute décision future du Tribunal refusant d'appliquer des dispositions inconstitutionnelles.

116. Il est intéressant de noter que des opinions dissidentes à la décision du 11 août ont été exprimées par trois juges du Tribunal constitutionnel élus pendant la présente législature. Le fait qu'ils aient participé à la décision et formulé des opinions dissidentes démontre la légitimité de la décision.

117. Deux autres recours contre la loi sont en instance devant le Tribunal, dont l'un a été introduit par le premier président de la Cour suprême, l'autre par un groupe de députés du Sejm.

118. Une loi entièrement remaniée remplaçant la loi adoptée le 22 juillet 2016 a été annoncée pour l'automne 2016. Cette loi se fonderait sur le rapport du groupe d'experts créé par le président du Sejm. Par ailleurs, une législation supprimant la pension de retraite des juges du Tribunal a été annoncée.

119. Toute nouvelle proposition de législation relative au Tribunal devrait être adoptée de manière transparente, en prévoyant suffisamment de temps pour recueillir les avis éclairés de l'ensemble des parties prenantes politiques, et à la suite d'un débat public suffisant.

VI. Conclusion

120. Le présent avis examine la mesure dans laquelle la nouvelle loi du 22 juillet 2016 relative au Tribunal constitutionnel suit l'Avis CDL-AD(2016)001 de la Commission, adopté le 11 mars 2016. Cet Avis s'intéressait avant tout à la question de savoir si la législation relative au Tribunal constitutionnel portait atteinte au bon fonctionnement du Tribunal, un aspect essentiel de la séparation des pouvoirs dans un état démocratique, et si ses dispositions garantissaient suffisamment l'indépendance du Tribunal, conformément au principe de l'état de droit.

121. Le projet de loi comporte des améliorations, en partie du fait des modifications apportées par le Sénat, par rapport aux amendements du 22 décembre 2015, notamment :

1. l'abaissement du quorum requis de 13 à 11 juges (sur 15). Ce quorum demeure relativement élevé mais ne soulève pas les mêmes objections (article 26) ;
2. la réduction de la majorité requise pour adopter une décision, d'une majorité des deux tiers à la majorité simple (article 69) ;
3. l'introduction d'exceptions supplémentaires à la règle relative à l'ordre de traitement des affaires (article 38) et la suppression du pouvoir, pour le Président polonais, de demander des exceptions à cette règle, ainsi que le prévoyait le projet adopté en deuxième lecture ;
4. l'absence de dispositions relatives à l'ouverture de procédures disciplinaires à l'encontre de juges par le Président de la Pologne et le ministre de la Justice ;
5. l'absence de disposition sur la révocation des juges par le Sejm à la suite d'une proposition de l'assemblée des juges du Tribunal constitutionnel et l'interdiction de toute ingérence du Président polonais en la matière (article 12) ;
6. la réduction du délai entre la notification des parties et l'audience de six mois à 30 jours (article 61).

122. Toutefois, l'effet de ces améliorations est très limité, car de nombreuses autres dispositions de la loi adoptée retarderont et entraveront considérablement l'activité du Tribunal et rendront son travail inefficace, tout en compromettant son indépendance en exerçant un contrôle législatif et exécutif excessif sur son fonctionnement. Il s'agit notamment des dispositions suivantes :

1. l'ordre de traitement des affaires et la portée des exceptions en la matière, qui n'offrent pas suffisamment de souplesse pour l'activité du Tribunal (article 38) ;
2. le renvoi d'une affaire devant la formation plénière sans possibilité pour les autres juges de s'y opposer (article 26) ;
3. le report d'une affaire jusqu'à six mois à la demande de quatre juges, ce qui n'est pas justifié et pourrait facilement être utilisé à mauvais escient pour retarder des affaires sensibles (article 68) ;
4. la disposition permettant au procureur général dûment notifié de bloquer une audience du Tribunal par son absence, ce qui pourrait à la fois retarder et politiser le fonctionnement du Tribunal (articles 30 et 61) ;
5. la suspension de toutes les affaires institutionnelles pendant six mois dans l'attente de leur réenregistrement, ce qui retardera l'examen par le Tribunal des affaires pendantes importantes, et l'exigence voulant que d'autres affaires soient closes dans l'année (articles 83-87) ;
6. l'absence de souplesse permettant de réduire le délai avant une audience dans certaines catégories d'affaires (article 61).

123. Par ailleurs, le système par lequel le Président polonais peut proposer des candidats à la présidence du Tribunal menace l'indépendance du Tribunal car il donne au Président polonais une influence excessive sur l'activité du Tribunal. La Commission de Venise recommande d'éviter qu'un candidat bénéficiant d'un soutien réduit au sein du Tribunal puisse être nommé à la présidence de celui-ci (article 16).

124. L'article 90, qui oblige le président du Tribunal à attribuer des affaires aux « juges de décembre » dès l'entrée en vigueur de la loi, ne respecte pas les décisions du Tribunal et ne saurait régler la question de la nomination des juges conformément au principe de l'état de droit. En outre, la décision 47/15 du 9 mars 2016 n'a pas été publiée au Journal officiel, contrairement à la ferme recommandation de l'Avis.

125. Sans aucun fondement constitutionnel ni légal, la chancellerie du Premier ministre s'est arrogé le pouvoir de contrôler la validité des décisions du Tribunal constitutionnel en refusant de publier ses décisions. Les choix du Tribunal en matière de procédure ont des répercussions sur le fond des affaires dont il connaît, et refuser d'accepter ces choix remet en cause son rôle constitutionnel et son indépendance. Le refus du Premier ministre de publier les décisions n'a même pas été communiqué avec une quelconque explication au Tribunal, qui en lieu et place en a été informé par le biais des médias. Conformément au principe de l'état de droit, une décision aussi importante, comme tout autre acte administratif, doit être motivée et signifiée de manière transparente et par écrit à l'organe concerné.

126. En adoptant la loi du 22 juillet (et les amendements du 22 décembre), le Parlement polonais a assumé des pouvoirs de révision constitutionnelle que sa qualité de législateur ordinaire ne lui confère pas, sans posséder la majorité requise pour réviser la Constitution.

127. Prises individuellement et conjointement, ces défaillances montrent qu'au lieu de débloquer la situation délicate du Tribunal constitutionnel, le parlement et le gouvernement continuent de remettre en cause son rôle d'arbitre suprême en matière constitutionnelle en s'arrogeant ce pouvoir. Ils ont créé de nouveaux obstacles au fonctionnement efficace du Tribunal, au lieu de rechercher une solution fondée sur la Constitution et sur les décisions du Tribunal ; qui plus est, ils ont entrepris de réduire encore davantage son indépendance. En prolongeant cette crise constitutionnelle, ils ont entravé le Tribunal constitutionnel, qui ne peut pas jouer son rôle constitutionnel de gardien de la démocratie, de l'état de droit et des droits de l'homme.

128. Le 11 août 2016, pendant la période de *vacatio legis*, le Tribunal constitutionnel a examiné la loi adoptée et déclaré inconstitutionnelles plusieurs des dispositions susmentionnées. Or, la chancellerie du Premier ministre a publié 21 autres décisions adoptées depuis le 9 mars, mais pas les décisions du 9 mars et du 11 août 2016, que le gouvernement continue de considérer comme privées d'effet juridique. Même la publication des 21 décisions est contraire à l'état de droit car elles ont été publiées conformément à une loi conférant au législateur le pouvoir de légitimer ou non des décisions du Tribunal, tout en qualifiant d'illégales les décisions publiées. Par cet acte, le pouvoir législatif s'est arrogé le pouvoir de contrôle constitutionnel.

129. Etant donné que la décision du 11 août n'a pas été publiée et n'est pas reconnue comme juridiquement contraignante par le gouvernement ni par le parlement, elle ne peut en soi régler la crise constitutionnelle ni rétablir l'état de droit en Pologne, puisque les autres organes du gouvernement continuent de la rejeter.

130. La Commission de Venise se tient à la disposition des autorités polonaises et du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pour toute assistance dont ils pourraient avoir besoin, notamment en vue d'examiner la future législation relative au Tribunal constitutionnel qui a été annoncée.