

Citation suggérée : Anaëlle Martin, L'indépendance de la justice en Pologne : la guerre des juges aura bien lieu. À propos de la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021 déclarant inconstitutionnelles certaines dispositions du droit primaire de l'UE, *Blogdroiteeuropéen Working Paper 5/2021*, octobre 2021, Accessible à <https://wp.me/p6OBGR-4cT>

L'indépendance de la justice en Pologne : la guerre des juges aura bien lieu. À propos de la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021 déclarant inconstitutionnelles certaines dispositions du droit primaire de l'UE

Anaëlle Martin, docteure en droit de l'Université de Strasbourg

Sommaire :

- I. **Une requête du Premier Ministre répondant aux condamnations par la CJUE des atteintes à l'indépendance de la justice en Pologne**
- II. **Une décision du Tribunal constitutionnel hautement prévisible au regard de son manque d'indépendance**
- III. **Les conséquences imprévisibles de la décision : vers un *Polexit* ?**

Le 7 octobre 2021, après quatre reports d'audience consécutifs¹, le Tribunal constitutionnel polonais s'est finalement décidé à saisir la perche que lui tendait le gouvernement de PiS² en jugeant contraires à la Constitution nationale un certain nombre de dispositions du droit primaire de l'Union européenne (UE), telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Les dispositions directement en cause sont l'article 1, premier et deuxième alinéa, TUE, en liaison avec l'article 4, paragraphe 3, TUE, l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE, et l'article 2 TUE. Ainsi que l'a souligné le Premier Ministre, à l'origine de la requête, ce n'est pas tant lesdites dispositions qui étaient en cause que la façon dont la CJUE les avaient interprétées. Mateusz Morawiecki estimait que le juge de l'UE avait agi *ultra vires* en mettant en cause l'indépendance de la justice polonaise sur la base de ces articles. Le contentieux entre les institutions de l'UE et les autorités polonaises revêt, il est vrai, un aspect

¹ S'il devait, initialement, rendre sa décision le 13 juillet dernier, le Tribunal constitutionnel l'a ajournée au 3 aout, au 22 septembre, au 30 septembre puis au 7 octobre 2021.

² *Prawo i Sprawiedliwość*. En français, le nom de ce parti politique signifie « Droit et Justice », ce qui peut sembler ironique au regard du mépris de ses dirigeants pour le droit, en particulier celui de l'Union européenne, et l'indépendance de la justice.

éminemment politique. L'UE s'oppose fermement à la réforme du système judiciaire entreprise par le parti national-conservateur depuis son arrivée au pouvoir en 2015. L'affrontement prend désormais la forme d'une « guerre des juges » qui, au-delà du Tribunal constitutionnel et de la CJUE, engage et déchire l'ensemble des juridictions polonaises. La présente affaire illustre, tout particulièrement, la menace qui pèse sur le traditionnel « dialogue des juges », pierre angulaire de l'intégration européenne. En effet, c'est en réaction à un arrêt de la CJUE rendu suite à une question préjudiciale de la Cour suprême administrative, dans des litiges opposant des juges polonais au Conseil national de la magistrature³, que le Chef du gouvernement a déposé, le 29 mars 2021, une requête auprès du Tribunal constitutionnel. Il s'agissait de faire constater que la Cour avait outrepassé ses compétences en s'immisçant dans la réforme judiciaire engagée par la Pologne. Le Tribunal a, sans grande surprise, complaisamment confirmé cette lecture et, d'une certaine façon, remis en cause le principe de primauté du droit de l'UE (II). Avant de revenir sur ce point, il est utile d'exposer le contexte dans lequel ce dernier a été saisi (I.). Enfin, les conséquences, plus imprévisibles, de cette « déclaration de guerre » du juge constitutionnel polonais à la CJUE seront abordées (III).

I. Une requête du Premier Ministre répondant aux condamnations par la CJUE des atteintes à l'indépendance de la justice en Pologne

La Pologne a fait l'objet de plusieurs arrêts en manquement en raison de la réforme de son système judiciaire⁴, analysée par les institutions de l'UE comme une atteinte à l'indépendance de la justice. Ce sont essentiellement deux arrêts rendus dans le cadre de renvois préjudiciels, le 19 novembre 2019⁵ et le 2 mars 2021⁶, qui ont poussé le Premier Ministre à saisir le Tribunal constitutionnel. Le but était de contester, sur un terrain juridique et non plus seulement discursif et politique, ce que le gouvernement considère comme une ingérence de la CJUE dans l'organisation judiciaire du pays. La requête de Mateusz Morawiecki s'inscrivait donc dans un contexte politique très tendu qui voyait la Pologne du Président Duda accusée de violer l'État

³ CJUE, 2 mars 2021, A.B., aff. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

⁴ CJUE, 24 juin 2019, *Commission/Pologne*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531; 5 novembre 2019, *Commission/Pologne*, aff. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 ; dernièrement : 15 juillet 2021, *Commission/Pologne*, aff. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

⁵ CJUE, 19 novembre 2019, A. K., aff. C-585/18, ECLI:EU:C:2019:982.

⁶ CJUE, 2 mars 2021, A.B., aff. C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

de droit, valeur de l'UE affirmée à l'article 2 TUE. Plus particulièrement, était en cause la violation de l'article 19, paragraphe 1, second alinéa TUE, qui concrétise la valeur de l'État de droit en garantissant une protection juridictionnelle effective des droits que les justiciables tirent du droit de l'UE⁷. Mateusz Morawiecki affirmait, pour justifier sa requête, que le Tribunal constitutionnel était compétent pour contrôler la constitutionnalité des dispositions du droit primaire de l'UE⁸. Il ajoutait que les normes de l'UE soumises au contrôle du Tribunal, à savoir les principes de primauté et de coopération loyale, étaient issues de l'activité normative de la Cour de justice. Il accusait la Cour de justice d'activisme judiciaire. Enfin, il considérait que du fait de leur origine jurisprudentielle de ces principes, la Pologne n'avait pas été impliquée dans leur élaboration⁹. Le Premier Ministre estimait, par conséquent, qu'un contrôle juridictionnel du Tribunal constitutionnel s'imposait, pour s'assurer que la Cour de justice n'agissait pas « ultra vires ».

La référence à la primauté n'était pas anodine dans la mesure où la Cour de justice s'était appuyée, dans son arrêt du 2 mars 2021, sur ce principe pour imposer aux juges nationaux, en cas de violation avérée de l'article 19 TUE, d'écartier les dispositions nationales en cause au profit de l'application des dispositions nationales antérieurement en vigueur (avant la réforme) tout en exerçant eux-mêmes le contrôle juridictionnel prévu par ces dispositions¹⁰. Quant au principe de coopération loyale, consacré à l'article 4, paragraphe 3, TUE, la CJUE y a eu recours, dans son arrêt du 19 novembre 2019. Sur ce fondement, la CJUE a déclaré que lorsqu'une disposition nationale réserve la compétence pour connaître d'un litige à une instance ne répondant pas aux exigences d'indépendance ou d'impartialité, une autre instance saisie d'un

⁷ Pts 167 de l'affaire C-585/18 précitée et 108 de l'affaire C-824/18 précitée.

⁸ <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/komunikaty-prasowe/komunikaty-przed/art/11583-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>. Nous traduisons. Ce dernier s'est appuyé sur l'article 188 de la Constitution polonaise aux termes duquel le Tribunal constitutionnel est compétent pour statuer sur la conformité à la Constitution des traités. Cette thèse serait, par ailleurs, confirmée par la jurisprudence du Tribunal et la doctrine polonaise.

⁹ Le Premier Ministre entend ainsi contester l'interprétation que fait la CJUE de l'article 1er, premier et deuxième alinéas, TUE et de l'article 4, paragraphe 3, TUE, comme obligeant les autorités nationales à appliquer des normes de l'UE contraires à la Constitution nationale. Cette interprétation conduirait à priver la Constitution polonaise de son attribut de loi suprême.

¹⁰ Pt 167 de l'affaire C-824/18 précitée.

tel litige a l'obligation de laisser inappliquée cette disposition nationale, en vue de garantir une protection juridictionnelle effective¹¹.

L'argumentation du Premier Ministre fait appel à la doctrine qui considère que la Cour de justice est liée par le principe d'attribution de sorte que cet organe peut être accusé d'excéder ses compétences, s'il donne au droit de l'UE un contenu contraire aux dispositions des traités. M. Morawiecki prenait soin de se référer au droit comparé lorsqu'il prétendait que l'analyse de la jurisprudence des Cours constitutionnelles des autres États membres (Allemagne, Italie, République Tchèque et Danemark) confirme qu'il est possible d'effectuer un contrôle *ultra vires* des arrêts de la CJUE, tout comme un contrôle sous l'angle du respect des droits fondamentaux et de l'identité constitutionnelle. Ainsi que l'avait pressenti le Professeur Ziller¹², la décision du juge constitutionnel allemand du 5 mai 2020 a fourni à la Pologne un motif commode pour justifier le refus de son gouvernement d'appliquer les jugements de la Cour de justice, la condamnant pour violation de l'article 19 TUE par ses actions remettant en cause l'indépendance de la justice. Si le Premier Ministre polonais contestait les principes de primauté et de coopération loyale, l'argumentation se concentrerait surtout sur l'article 19 TUE ou plutôt sur « la norme juridique dérivée de l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, combinée à l'article 4, paragraphe 3, TUE »¹³. De l'avis du Premier Ministre, l'interprétation prétorienne de ces dispositions constitue un acte *ultra vires*, en ce que la Cour de justice a dépassé l'étendue des pouvoirs délégués par la Pologne à l'UE en conférant aux juridictions nationales de nouveaux pouvoirs, en contradiction avec les dispositions de la Constitution polonaise¹⁴. En outre, il était reproché à la Cour d'avoir porté atteinte à la compétence exclusive des États membres en matière d'organisation judiciaire en ayant interprété l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, en liaison avec l'article 2 TUE. La règle ainsi comprise conduirait à la création d'une compétence au profit des juridictions nationales qui ont saisi la Cour d'une question préjudicielle pour vérifier l'indépendance des juges nationaux, selon des critères fixés par la

¹¹ Pt 166 de l'affaire C-585/18 précitée. *Ce n'est que de cette manière, ajoute la Cour, que le litige sera tranché par une juridiction répondant aux exigences d'indépendance et d'impartialité « et qui serait compétente dans le domaine concerné si ladite disposition n'y faisait pas obstacle ».*

¹² Jacques Ziller, L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. A propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne, [Blogdroiteuropeen Working Paper 4/2020, Mai 2020](#).

¹³ Pt 5 de la requête du Premier Ministre : « norma prawna wprowadzona przez TSUE z art. 19 ust. 1 akapit drugi w zw. z art. 4 ust. 3 TUE » <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/komunikaty-prasowe/komunikaty-przed/art/11583-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>.

¹⁴ Aux termes de l'article 90 de la Constitution, la Pologne peut céder, en vertu d'un traité, à une organisation internationale les compétences des pouvoirs publics sur des questions particulières.

Cour, même en l'absence d'une règle de droit interne autorisant un tel contrôle. La combinaison de l'article 19 et de l'article 2 TUE favoriserait, pour finir, une extension illimitée du champ d'application matériel du droit de l'UE, en violation de la Constitution polonaise. Malgré une remise en cause radicale des principes fondamentaux de l'UE, le raisonnement de Mateusz Morawiecki, brièvement exposé ici, a emporté la conviction des juges du Tribunal constitutionnel.

II. Une décision du Tribunal constitutionnel hautement prévisible au regard de son manque d'indépendance

Si le Tribunal constitutionnel a pris son temps pour rendre sa décision, l'issue de cette affaire n'était pas difficile à deviner tant est grande l'emprise du gouvernement sur ce dernier. C'est donc sans grande surprise que le juge constitutionnel polonais a jugé contraire à la Constitution nationale¹⁵ l'article 1, premier et deuxième alinéa, TUE, en liaison avec l'article 4, paragraphe 3, TUE, dans la mesure où l'interprétation prétorienne de ces dispositions conduit à ce que les institutions de l'UE agissent au-delà des limites de leurs compétences. Par ailleurs, la jurisprudence de la CJUE a, aux yeux du juge polonais, pour effet de remettre en cause la primauté de la Constitution polonaise et empêche la République de Pologne de fonctionner comme un État souverain et démocratique. Quant à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE, son application par la CJUE est jugée incompatible avec les dispositions de la Constitution¹⁶ en ce qu'elle revient à conférer aux juridictions nationales des compétences pour méconnaître les dispositions de la Constitution et statuer sur la base de dispositions qui ne sont plus en vigueur. En outre, combiné à l'article 2 TUE, l'article 19 TUE qui vise à assurer une protection juridictionnelle effective viole la Constitution nationale dans la mesure où l'application de ces dispositions conduit à octroyer aux juridictions nationales la compétence d'examiner la légalité de la procédure de nomination d'un juge, celle de contrôler la légalité d'une résolution du Conseil national de la magistrature ainsi que la compétence de constater que la procédure de nomination d'un juge est viciée. Pour toutes ces raisons, la norme

¹⁵ Les articles de la Constitution sont les suivants : l'article 2, l'article 7, l'article 8, paragraphe 1, l'article 90, paragraphe 1, l'article 178, paragraphe 1.

¹⁶ Il s'agit des article 2, 7, 8, paragraphe 1, 90, paragraphe 1, et 178, paragraphe 1, de la Constitution.

prétorienne dérivée d'une lecture combinée des dispositions de l'article 19 TUE et 2 TUE est jugée contraire à la Constitution polonaise.

Quant à la question de la remise en cause du principe de primauté du droit de l'UE, consacré de longue date par la CJUE¹⁷, il est vrai que le Tribunal constitutionnel a, d'emblée rappelé que les traités internationaux se situent hiérarchiquement en dessous de la Constitution, qui est la norme la plus élevée dans le système national des sources du droit¹⁸. Il faut néanmoins préciser que la requête du Premier Ministre visait à définir très strictement le champ d'application de ce principe en le cantonnant à la sphère des compétences dévolues à l'UE. Il s'agissait de mettre à l'abri des ingérences de l'UE, les compétences retenues des États, en particulier celle relative à l'organisation judiciaire¹⁹. Dans cette optique, accepter que l'UE édicte des normes en dehors de son champ de compétences, et reconnaître la primauté de celles-ci sur les dispositions constitutionnelles, signifierait, aux yeux des autorités polonaises, une perte de souveraineté pour les États membres. Ce raisonnement fondé sur les compétences, bien que couramment défendu par les États membres devant la CJUE, est régulièrement invalidé par sa jurisprudence. Dans l'arrêt du 2 mars 2021, la Cour a rejeté l'argument selon lequel les recours juridictionnels en matière de procédure de nomination des juges constituent un domaine relevant de la compétence exclusive des États membres, en dehors du champ d'application du droit de l'UE. La Cour a rappelé que « si l'organisation de la justice dans les États membres relève de la compétence de ces derniers, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, les États membres sont tenus de respecter les obligations qui découlent, pour eux, du droit de l'Union »²⁰. Telle n'est manifestement pas la vision des autorités polonaises qui s'obstinent à raisonner en termes de compétences exclusives et de souveraineté nationale. La divergence d'interprétation vient du fait que l'approche de la CJUE est « fonctionnelle » quand celle des autorités nationales est « dogmatique » et figée. Si la première se veut dynamique, la seconde se fonde formellement sur la répartition des compétences et le principe d'attribution. Ces deux

¹⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa/ENEL*, aff. 6/64, Rec. p. 1150.

¹⁸ Pt 1 de la décision K 3/21.

¹⁹ Le Premier Ministre rappelait l'article 91 de la Constitution polonaise aux termes duquel le droit créé par une organisation internationale a une autorité supérieure en cas d'incompatibilité avec les lois nationales. Voir aussi la jurisprudence du Tribunal constitutionnel : K 18/04, K 32/09, P 7/20.

²⁰ Pt 68 de l'affaire C-824/18 précitée. Voir arrêt précité du 24 juin 2019, *Commission/Pologne*, C-619/18, pt 52. La Cour a précisé que cela valait pour les règles relatives aux conditions de fond et aux modalités procédurales présidant à l'adoption des décisions de nomination des juges et de règles différentes au contrôle juridictionnel applicable dans le contexte de telles procédures de nomination. Voir aussi arrêt précité du 19 novembre 2019, A. K., C-585/18, C-624/18 et C-625/18, pts 134 à 139 et 145.

visions sont inconciliables puisqu’aux yeux de la CJUE la nature de la compétence importe peu à partir du moment où elle choisit de soumettre l’activité étatique au respect du droit de l’UE. Rappelons que l’interprétation finaliste des dispositions des traités a toujours affecté, d’une façon ou d’une autre, l’exercice par les États membres de leurs compétences, y compris retenues ou réservées. Aussi, l’argumentation du Tribunal fondée sur l’identité constitutionnelle de la Pologne²¹ est-elle peu convaincante au regard de la jurisprudence traditionnelle de la Cour de justice.

Faut-il, pour autant, s’étonner de la décision du 7 octobre quand on sait que, dès son arrivée au pouvoir, le parti PiS a initié une profonde réforme du Tribunal constitutionnel après le refus du président Duda d’assurer des juges régulièrement élus par l’ancienne Diète. En décembre 2015, à la suite d’une procédure accélérée, la nouvelle majorité avait adopté une loi relative à la nomination des juges du Tribunal constitutionnel. Avant d’être neutralisé, le Tribunal avait considéré, dans une décision du 9 mars 2016, que ladite loi violait la Constitution. Le gouvernement avait pourtant refusé de publier cette décision au motif que le jugement n’avait pas de base légale. En 2016, le Président et le Vice-Président du Tribunal constitutionnel ont été remplacés par des juristes proches du PiS. Des juges supplémentaires ont été nommés, malgré le fait qu’une décision du Tribunal constitutionnel, non publiée, avait jugé l’action gouvernementale inconstitutionnelle. Cette « purge institutionnelle », menée par le gouvernement polonais, avait, à l’époque, soulevé les inquiétudes de la Commission de Venise²² et de la Commission européenne²³ au regard du respect de l’État de droit. Les préoccupations relatives à l’indépendance de la justice polonaise sont, aujourd’hui plus que jamais, ravivées. Dans la mesure où des doutes sérieux peuvent être émis quant à l’indépendance du Tribunal constitutionnel, la décision du 7 octobre 2021 devrait être accueillie avec circonspection. Ajoutons encore que ledit Tribunal a donné, cet été, un avant-goût de la présente décision en rendant, le 14 juillet de cette année, un jugement dans lequel il estimait que les mesures provisoires de la Cour de justice concernant les réformes judiciaires relatives

²¹ Pt 17 de la décision.

²² [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)017-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)017-e).

²³ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_17_5367.

à la chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise²⁴ étaient contraires à la Constitution polonaise²⁵.

Si la réponse du juge constitutionnel dans cette affaire était, somme toute, assez prévisible, la décision du 7 octobre ouvre une période de grande incertitude sur l'issue de l'affrontement entre l'UE et les autorités polonaises.

III. Les conséquences imprévisibles de la décision : vers un *Polexit* ?

Ce n'est, bien entendu, pas la première fois qu'une Cour constitutionnelle nationale ouvre les hostilités en direction de la Cour de justice. D'ailleurs, le Tribunal constitutionnel polonais ne s'est pas privé de rappeler les positions de ses homologues allemand et danois au sujet des réserves développées par la jurisprudence de certaines Cours constitutionnelles portant sur la possibilité de contrôler le processus d'intégration²⁶. Pour autant, force est d'admettre que la virulence du propos exprimé dans la présente décision a atteint un degré d'intensité encore inégalé.

Cette animosité transparaît lorsque le Tribunal constitutionnel met directement en doute l'indépendance de la CJUE en s'appuyant sur les standards nationaux, notamment les articles 180 et 194 de la Constitution²⁷. Le juge polonais estime que tant la procédure de nomination des juges de la CJUE que le nombre illimité de mandats posent question au regard des exigences d'indépendance et d'impartialité. On relèvera le « *retorsio argumenti* » par lequel le juge polonais tente de retourner les accusations d'atteinte à l'indépendance de la justice, émises par l'UE à l'encontre de la Pologne, contre la CJUE elle-même, stratagème bien connu²⁸. Par ailleurs, au point 20 de sa décision, le Tribunal constitutionnel va jusqu'à soutenir que la Constitution polonaise prévoit un niveau de protection du droit à un tribunal indépendant et impartial beaucoup plus élevé que celui issu des dispositions du droit de l'UE.

Les doutes émis quant à la « légitimité démocratique » de l'UE, au regard de la circonstance que la désignation des membres de certaines institutions de l'UE, notamment la CJUE, échappe aux citoyens, témoigne tout autant de la défiance du juge polonais vis-à-vis de la construction

²⁴ CJUE, Ordonnance, 8 avril 2020, C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277.

²⁵ <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/komunikaty-prasowe/komunikaty-po/art/11588-obowiazek-panstwa-czlonkowskiego-ue-polegajacy-na-wykonywaniu-srodkow-tymczasowych-odnoszacych-sie-do-ksztaltu-ustroju-i-funkcjonowania-konstytucyjnych-organow-wladzy-sadowniczej-tego-panstwa>.

²⁶ Pt 8 de la décision.

²⁷ Pt 5 de la décision.

²⁸ Stratagème XXVI, L'Art d'avoir toujours raison, Schopenhauer.

européenne²⁹. Le processus d'intégration lui-même, décrit à l'article premier du TUE, est présenté comme une menace pour la démocratie et la souveraineté de la Pologne dans la mesure où « le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples »³⁰ peut conduire les institutions, en particulier la CJUE, à outrepasser les compétences attribuées par les États membres³¹. Il ressort du raisonnement du Tribunal constitutionnel que c'est au cœur même de sa méthode d'intégration — fonctionnaliste et prétorienne — que l'UE est attaquée. Plus grave encore, au point 16 de la décision, le juge polonais va jusqu'à affirmer que les arrêts de la CJUE ne constituent pas — à la lumière des traités de l'UE — une source de droit, même s'il admet que les avis à ce sujet sont partagés au regard du caractère hybride du droit de l'UE qui présente à la fois des spécificités issues du droit continental et du *Common Law*. Il reste que les arrêts de la CJUE peuvent, de l'avis du Tribunal constitutionnel, faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité³².

Sur le fond, la divergence des juridictions sur l'interprétation des dispositions du droit primaire de l'UE se concentre essentiellement au point 18 de l'arrêt où le Tribunal livre sa conception de l'article 19 TUE et de l'article 2 TUE. S'il estime que l'article 19 impose aux États membres des obligations, en termes de protection juridictionnelle effective, il ne s'agit en aucun cas d'une base habilitant la CJUE à exercer une compétence en matière d'organisation judiciaire. La façon dont la Cour de justice a interprété cette disposition serait un exemple de « création de nouvelles compétences »³³. Quant à l'article 2 TUE, il ne s'agirait là que d'un catalogue énumérant des valeurs dépourvues de force juridique et ne disposant que d'une « signification axiologique »³⁴. C'est dire à quel point le respect de l'État de droit, nullement mentionné dans la décision, préoccupe les autorités polonaises. Les derniers développements prennent clairement la forme d'une menace adressée à la Cour de justice puisque le Tribunal constitutionnel affirme que si l'*« aktywizm »* de celle-ci n'est pas abandonné, il n'exclut pas, au terme de son contrôle de constitutionnalité, d'écartier le droit de l'UE en cause de l'ordre juridique polonais. La messe est donc dite.

Finalement, il ressort de toute cette affaire que la Pologne de *PiS* entend remettre en cause les principes fondamentaux issus de la jurisprudence bien établie de la Cour de justice, comme la

²⁹ Pt 14 de la décision.

³⁰ Formule issue du Préambule du Traité de l'UE

³¹ Pt 9 de la décision.

³² Pt 16 de la décision.

³³ Cf. point 18 de la décision du Tribunal constitutionnel, traduction de l'auteure.

³⁴ Cf. point 18 de la décision du Tribunal constitutionnel, traduction de l'auteure.

primauté du droit de l'UE³⁵ et la coopération loyale³⁶, ainsi que les valeurs de l'UE, au premier chef desquelles le respect de l'État de droit³⁷, dans l'unique but de préserver sa réforme judiciaire, laquelle constitue une atteinte évidente à l'indépendance de la justice. Ainsi que l'a rappelé le Tribunal, le problème constitutionnel soulevé par le Premier Ministre concernant les relations entre les dispositions du traité et la primauté de la Constitution nationale (ainsi que la souveraineté de la Pologne) visait essentiellement à définir les limites constitutionnelles de cette « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ». S'il a pu rappeler l'importance de la coopération loyale dans le cadre de l'intégration européenne, le Tribunal constitutionnel entendait surtout imposer sa vision de celle-ci, n'hésitant pas à redéfinir des notions fondamentales de l'UE, pourtant solidement ancrées dans la jurisprudence de la CJUE.

Depuis leur arrivée au pouvoir en 2015³⁸, les dirigeants polonais n'ont eu de cesse, il est vrai, de multiplier les provocations en direction de l'UE par des violations graves de nombreux droits fondamentaux³⁹, des prises de position anti-immigration⁴⁰ et anti-LGBT⁴¹ parfaitement assumées et un retour préoccupant du discours religieux dans la conduite des affaires publiques, comme l'a récemment illustré la quasi-interdiction de l'avortement survenue suite à une décision du Tribunal constitutionnel du 22 octobre 2020⁴². Le point culminant de ce que les observateurs nomment la « crise de l'État de droit » semble bien avoir été atteint avec la réforme du système judiciaire — et ses nombreuses et récentes ramifications — dont l'objectif manifeste est de soumettre la justice au pouvoir exécutif. La présente décision offre une illustration quasi-caricaturale de ce nouvel état de fait...dans un pays désormais sans État de droit.

Si la Pologne populiste du Président Duda n'est pas le seul État membre « voyou » de l'UE dans la mesure où le pluralisme, la liberté d'expression et les droits des minorités sont tout autant menacés dans la Hongrie « illibérale » d'Orban, la cristallisation du conflit actuel entre les institutions de l'UE et les autorités polonaises autour de la question de l'indépendance de la

³⁵ Ce principe fut consacré par la Cour de justice dans les années 1960. CJCE 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

³⁶ Ce principe, consacré aujourd'hui à l'article 4 § 3, fut dégagé par la Cour de l'ancien article 10 CE.

³⁷ Consacré à l'article 2 TUE.

³⁸ L'élection présidentielle de mai 2015 a porté au pouvoir Andrzej Duda, candidat du PiS réélu en 2020.

³⁹ La liberté d'expression, en particulier la liberté de la presse et des médias, est régulièrement menacée.

⁴⁰ Les positions fermes de la Pologne ont été condamnées par la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg : ECHR, 23 July 2020, case of *M.K. and others v. Poland* ; CJUE, 2 avril 2020, aff. C-715/17, ECLI:EU:C:2020:257.

⁴¹ En juillet dernier, la Commission européenne a lancé une procédure d'infraction contre la Pologne en raison des « zones sans idéologie LGBT » décrétées par certaines autorités locales.

⁴² Le Tribunal constitutionnel a jugé que l'avortement en cas de malformation grave du fœtus est contraire à la Constitution polonaise, un motif qui représentait la quasi-totalité des avortements légaux depuis 1993.

justice est si grave que pour beaucoup la question d'un *Polexit* doit désormais être posée. Cette question revêt une importance essentielle pour l'UE, non seulement parce que l'indépendance de la justice est « la condition première de tout État de droit »⁴³, valeur consacrée à l'article 2 TUE, mais aussi parce que l'édifice de son droit repose tout entier sur les juridictions nationales appelées à l'appliquer et à assurer son respect, en vertu de la subsidiarité juridictionnelle qui caractérise le système juridictionnel de l'UE⁴⁴. Cette subsidiarité qui fait du juge national le « juge européen de droit commun »⁴⁵ repose sur la coopération loyale entre les juridictions nationales et la Cour de justice, laquelle s'exprime par le mécanisme du renvoi préjudiciel. Or, la coopération juridictionnelle est aujourd'hui gravement menacée par la réforme judiciaire dont l'un des effets est d'exposer les juges polonais à des procédures disciplinaires pour avoir saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle⁴⁶. Le Vice-président du Conseil des ministres n'a-t-il pas déclaré publiquement que les juges en Pologne sont des juges polonais et non des juges de l'UE⁴⁷? Il faut se rappeler qu'en 1976, le président Robert Lecourt affirmait que « tout juge national est aussi juge communautaire »⁴⁸ pour mesurer à quel point ce qui apparaît comme un truisme sans intérêt est, en réalité, une déclaration hautement subversive pour l'UE. L'attitude provocatrice de la Pologne révèle une volonté assumée de mettre fin au traditionnel « dialogue des juges » qui a assuré, pendant des années, le succès de l'intégration européenne, en s'engageant désormais dans une « guerre des juges ». Si les commentateurs⁴⁹ se concentrent surtout sur l'atteinte au principe de primauté, il ne faut pas perdre de vue que, par sa décision, le Tribunal constitutionnel a surtout porté un coup à la coopération loyale. Les conséquences d'une telle attitude peuvent être plus désastreuses qu'une position théorique sur le statut de primauté de la Constitution nationale au sein de la hiérarchie des normes. La date

⁴³ Olivier Jouanjan, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22 [<http://juspoliticum.com/article/L-Etat-de-droit-democratique-1284.html>].

⁴⁴ L'expression a été inventée par Denys Simon : « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *Revue des affaires européennes*, 1, 1998, p. 84-94. Voir aussi : Dupont-Lassalle Julie. « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, vol. 80, no. 1, 2012, pp. 47-71.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ CJUE, 15 juillet 2021, *Commission/Pologne*, aff. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

⁴⁷ Lors d'une émission télévisée (« Kropka nad i ») sur TVN24, Jacek Sasin a déclaré que « les tribunaux européens n'existent pas en Pologne. Les tribunaux sont polonais, pas européens ». Voir : <https://tvn24.pl/polska/kropka-nad-i-jacek-sasin-o-sadowiectwie-ra868060-2361364>, Traduction de l'auteure

⁴⁸ Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles : Bruyant, coll. « Droit de l'Union européenne », p. 8-9.

⁴⁹ Les articles de presse ont généralement eu pour titre la remise en cause de la primauté du droit européen par la Pologne, à l'instar du journal *Le Monde* qui évoque une « remise en cause inédite ». https://www.lemonde.fr/international/article/2021/10/08/la-remise-en-cause-inedite-de-la-primaute-du-droit-europeen-par-la-pologne-ebranle-l-union_6097548_3210.html.

du 7 octobre 2021 pourrait ainsi marquer un pas supplémentaire du « Polexit rampant » à l'œuvre depuis 2015. Une étape décisive avait déjà été franchie le 14 juillet dernier lorsque le Tribunal constitutionnel avait jugé que les mesures provisoires de la CJUE concernant les réformes judiciaires relatives à la chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise⁵⁰, n'étaient pas contraignantes.

Ce qui est certain, c'est que la présente décision qui a suscité de nombreuses critiques de la part des responsables politiques⁵¹, partout en Europe, contribuera à dégrader les relations, déjà houleuses, entre l'UE et la Pologne. Pour ce qui est de l'appartenance de cet État membre à l'UE, sur laquelle spéculent les observateurs, si l'éventualité d'une sortie de la Pologne a été évoquée par le Tribunal, cette hypothèse n'est pas la plus probable à court terme : un Polexit effectif (déclenché par le mécanisme prévu à l'article 50 TUE) ne présenterait pas un intérêt politique pour les dirigeants actuels et l'opinion publique ne le souhaite pas⁵². La vraie question serait plutôt de savoir si l'UE supportera encore longtemps l'insubordination de l'un de ses membres, la Pologne semblant décidée à ne plus jouer les règles de l'intégration en ne respectant pas les exigences européennes en matière de respect de l'État de droit⁵³. Pour le moment, l'UE préfère faire pression sur le gouvernement en jouant sur le nerf de la guerre, que ce soit par le biais des sanctions financières (sous forme d'astreinte journalière destinée à assurer le respect des mesures provisoires⁵⁴) ou en conditionnant l'octroi de fonds européens au respect de l'État de droit⁵⁵. La Commission européenne a déjà prévenu que la décision du Tribunal constitutionnel pourrait avoir des « conséquences » sur le versement des fonds de relance à la Pologne⁵⁶.

⁵⁰ CJUE, Ordonnance, 8 avril 2020, C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277.

⁵¹ En Allemagne, par exemple, le ministre des Affaires étrangères, Heiko Maas, a appelé la Pologne à respecter les règles communes de l'UE. Le commissaire européen à la Justice, Didier Reynders, a exprimé les inquiétudes de la Commission européenne à l'égard de la décision du Tribunal constitutionnel polonais. Voir la déclaration de la Commission : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/STATEMENT_21_5142.

⁵² La décision du 7 octobre a provoqué des manifestations pro-européennes de dizaines de milliers de personnes en Pologne.

⁵³ Si l'UE ne peut exclure un de ses membres, les traités offrent un moyen radical de sanctionner un État membre pour une violation grave et persistante des valeurs visées à l'article 2. L'article 7 TUE, qualifié d'arme nucléaire, permet de suspendre les droits de vote dudit État. Cette sanction politique, maintes fois envisagée, est toutefois difficile à mettre en oeuvre en raison de l'unanimité exigée pour constater ladite violation. La Pologne de Duda peut compter sur le soutien de son allié, la Hongrie d'Orban, pour s'opposer à l'enclenchement du mécanisme.

⁵⁴ https://ec.europa.eu/france/news/ind%C3%A9pendance-des-juges-polonais-la-commission-demande-%C3%A0-la-cour-de-justice-d%E2%80%99imposer-des_fr.

⁵⁵ Cette stratégie peut se fonder sur le règlement relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union : Règlement (UE, EURATOM) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union.

⁵⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-004113_EN.html.