

Justice Transitionnelle: L'Exemple Polonais, le Cas de la Lustration

Marek Safjan*

I. Les dilemmes de la justice transitionnelle

A. Remarques préliminaires

Peut-on qualifier la justice transitionnelle comme phénomène exceptionnel qui n'existerait qu'en un moment très particulier de l'histoire moderne d'Europe,¹ juste après la chute du système communiste? Est-ce vrai que les différences entre le système juridique normal des pays démocratiquement stables et celui des pays post-communistes peuvent justifier la création d'une catégorie aussi spécifique que la 'justice transitionnelle'? La notion de justice transitionnelle a une connotation négative: nous pensons immédiatement à quelque chose de très exceptionnel, différent du système judiciaire normal, quelque chose d'extraordinaire ou de très provisoire. L'attribution des adjectifs 'exceptionnel' et 'extraordinaire' se combine mal avec la notion de justice. La justice transitionnelle est-elle réellement transitionnelle et de ce fait condamnée à l'oubli et à être exposée dans le musée du système totalitaire, comme un objet exceptionnel ayant servi à nettoyer le nouveau système démocratique des rémanences de la contamination communiste?

Pour répondre à cette question nous devons déterminer le critère d'une telle qualification. Théoriquement, nous pouvons suggérer quelques critères déterminants de la jurisprudence transitionnelle.

Premièrement, nous pouvons mentionner la nature des affaires jugées par les cours constitutionnelles et qui reflètent le processus de transformation. Il n'y a pas de doute: de telles affaires ont une nature totalement différente de celles habituellement jugées par le

* Marek Safjan is professor of private law at Warsaw University. He was the president of Polish Constitutional Tribunal between 1997-2006. At present he is Fernand Braudel Fellow at European University Institute.

¹ Voir **W. SADURSKI**, *Constitutional Justice; East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-communist Europe in Comparative Perspective*, Kluwer, 2003; **W. SADURSKI**, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-communist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2005; **M. KRYGIER and A. CZARNOTA**, *The Rule of Law after Communism: Problems and Prospects in East- Central Europe*, Dartmouth, Ashgate, 1999.

système judiciaire. Elles englobent tous les thèmes importants abordés par ce système en transformation, et en particulier par le nouveau paysage constitutionnel et politique, les spectaculaires réformes économiques ainsi que par le besoin d'une nouvelle évaluation du passé totalitaire (les soi-disant 'affaires du passé').

Deuxièmement, nous pouvons essayer de distinguer une nouvelle méthodologie appliquée par le système judiciaire dans le processus transitionnel. Evidemment, la méthodologie constitutionnelle est toujours différente de celle en vigueur dans les tribunaux ordinaires. Cependant, à cette époque, il y avait plusieurs éléments dans la jurisprudence qui manifestaient une véritable nouvelle approche aux affaires constitutionnelles. En premier lieu, on doit nécessairement mentionner le rôle crucial joué par les clauses générales élémentaires des lois constitutionnelles telles que: le principe de l'état démocratique gouverné par l'état de droit; la protection de la dignité humaine; le principe de proportionnalité, la justice sociale, l'égalité de traitement, *etc.* Nous ne pouvons toutefois pas nier que les clauses générales jouent un rôle significatif dans toutes les jurisprudences constitutionnelles.² Il n'est donc pas suffisant d'insister sur l'importance des principes de base comme critère de différenciation entre la justice transitionnelle et le système judiciaire normal. Cependant, il semblerait qu'à l'époque une profonde différence existait dans l'interprétation de ces principes par les cours constitutionnelles. Cette dissimilitude était directement déterminée par le premier et plus important objectif de la justice transitionnelle, à savoir l'objectif de donner une forte poussée à la démocratie émergente afin de stimuler son développement futur. En somme, le but était celui de créer une nouvelle axiologie du système constitutionnel.

C'est dans un vrai *vacuum* que cette culture juridique constitutionnelle devait s'établir, sans une constitution écrite,³ sans une jurisprudence constitutionnelle stable profondément enracinée dans les traditions juridiques, sans des principes démocratiques clairs et précisément formulés, mais surtout sans une hiérarchie transparente dans le choix des valeurs constitutionnelles. Un *vacuum* dans un 'environnement volcanique' n'est pourtant pas

² Voir, par exemple, **D.P. KOMMERS**, "Germany: Balancing Rights and Duties", in **J. GOLDSWORTHY**, *Interpreting Constitution: A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 161-215; **A. STONE SWEET**, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 31-60.

³ C'est le cas de la Pologne, où la nouvelle constitution a été adoptée en 1997. Jusque-là, et durant la phase la plus importante de la transformation, la Pologne avait la constitution partiellement révisée de 1952, la même qui lui a été imposée par le régime stalinien.

possible. Si l'on compare l'étendue et la profondeur des réformes adoptées par les nouvelles démocraties à l'éruption d'un volcan, on peut dire qu'une telle éruption a créé un nouvel environnement et une nouvelle atmosphère. C'est pourquoi, le système démocratique, après la chute du système communiste, a exigé une nouvelle axiologie: la restauration d'une relation adéquate entre l'état et l'individu, une importante percée de la pensée juridique et l'articulation du système juridique autour des droits constitutionnels fondamentaux. La recherche de cette nouvelle axiologie fut le facteur dominant dans la transformation du système constitutionnel.

Il vaut la peine de souligner que l'un des éléments de la nouvelle méthodologie a été une importance accrue du principe de proportionnalité, en raison du degré très élevé et de la nature permanente de la confrontation entre des valeurs et des principes contradictoires (bien que positionnés au même niveau hiérarchique) dans le domaine constitutionnel. En même temps, une nouvelle hiérarchie de principes constitutionnels émergea de la confrontation entre l'ancien concept de droit et les nouvelles valeurs démocratiques. La justice transitionnelle apparaît ainsi comme le *laboratoire expérimental de Dworkin* dans le domaine de la pensée constitutionnelle.

B. Positivisme contre axiologie constitutionnelle

On peut dire que l'adoption de nouvelles approches et de nouvelles méthodologies par la jurisprudence constitutionnelle se soit manifestée par un affrontement permanent entre le dogme de la pensée juridique positiviste et l'interprétation très ouverte, fonctionnelle et téléologique de la constitution adoptée par les cours constitutionnelles.⁴

Au début du processus de transformation, il n'y avait théoriquement que deux voies possibles pour une nouvelle jurisprudence constitutionnelle, à savoir:

- Une approche très restrictive, limitée à une interprétation littérale, sémantique et logique des normes constitutionnelles;

⁴ J'applique la notion telle qu'elle a été bien expliquée par **A. BARAK**, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

- L'ouverture à une approche plus large, qui permette une interprétation active et créative, et qui devint elle-même un facteur autonome (indépendant) de l'évolution du système juridique dans les pays post-communistes.

La première approche est plus orientée vers une évolution lente du système constitutionnel à travers les initiatives du législateur (le parlement). La charge et la responsabilité pour la qualité de cette nouvelle démocratie sont placées dans les corps politiques légitimement élus pour gouverner. L'auto-contrôle exercé par le système de justice assure une prévisibilité totale de la jurisprudence et permet même de baisser les probabilités de tensions avec le parlement.

La deuxième approche permet au contraire d'accélérer la transformation de cette nouvelle démocratie en stimulant le processus de remplacement de l'ancien système communiste par les nouvelles valeurs démocratiques.

Dans la majorité des pays post-communistes, c'est cette seconde approche qui fut adoptée par la justice constitutionnelle.⁵ La jurisprudence devint ainsi dans les faits une source indépendante de nouveaux principes et de normes (qui n'existaient pas auparavant dans le système juridique), injectés dans le système par des jugements créatifs et axiologiquement dirigés.⁶ Comme exemples nous pouvons mentionner des principes fondamentaux tels que: le droit à un procès équitable; la dignité de chaque personne humaine; le droit à une législation équitable (constituée par plusieurs éléments propres à la 'moralité interne du droit', selon Fuller,⁷ comme la sécurité juridique pour les citoyens⁸ ou l'interdiction des lois rétroactives), le droit à la vie privée, *etc.*

⁵ Voir, par exemple, P. SELZNICK, "Legal Cultures and the Rule of Law", in *The Rule of Law after Communism*, *supra* note 1; L. MORAWSKI, "Positivist or Non Positivist Rule of Law: Polish Experience of General Dilemma", in *id.*, at pp. 39-55.

⁶ Voir P. WINCZOREK, "Axiological Foundations of the Polish Constitution", in M. WYRZYKOWSKI, *Constitutional Essays*, Varsovie, 1999, pp. 59-71.

⁷ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1977.

⁸ Depuis le début des années 90, la jurisprudence constitutionnelle polonaise a élaboré et repris dans de nombreux jugements le principe de respect et de garantie par l'état de la sécurité juridique des citoyens. Les lois créées par le parlement devraient être prévisibles [en particulier la loi fiscale]. De même, les intérêts actuels des citoyens ne doivent pas être menacés par des changements soudains et nécessitent des décisions stratégiques. Voir, par exemple, le jugement sur l'*Amnistie fiscale et les déclarations de propriété*, 20 nov. 2002, K 41/02.

Cependant, aucune de ces différentes approches n'est dépourvue de risques ou d'effets négatifs. Quelle voie est finalement la meilleure et la plus efficace pour le fonctionnement futur de la démocratie? La réponse à cette question est beaucoup discutée et pas du tout évidente.

C. La nouvelle approche a-t-elle des effets destructifs ou constructifs?

Quels sont les effets potentiellement destructifs de l'approche fortement créative des cours constitutionnelles et de leur activisme?

Le premier effet, de même que le plus important, est le risque d'augmenter l'arbitraire des juges qui se basent sur des catégories normatives de l'ordre constitutionnel insuffisamment déterminées, trop vagues et très larges, telles que les notions de justice, d'état de droit, de dignité humaine, *etc.* Ces notions peuvent devenir un facteur autonome et imprévisible de la jurisprudence constitutionnelle, tributaire de l'interprétation subjective et fluctuante des juges.⁹

Le deuxième effet pourrait théoriquement se manifester par l'érosion de l'équilibre requis entre le système de justice et les autres composantes du pouvoir de l'état. Le gouvernement des juges pourrait ainsi devenir une réalité de plus en plus tangible et par conséquent amoindrir l'importance des institutions démocratiques légitimes.¹⁰ La Cour se substituerait donc au législateur dans le processus de création des lois, se transformant ainsi d'un 'législateur négatif' à un 'législateur positif'. Les possibles effets de cet empiètement sur les principes de base de la division des pouvoirs sont aisément identifiables. Nous en mentionnons quelques-uns:

- D'inévitables tensions entre le pouvoir judiciaire et le parlement;

⁹ Voir, sur les limites du pouvoir discrétionnaire des juges, les essais publiés dans l'ouvrage de **D. DYZENHAUS**, *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal order*, Oxford, Portland; **A. HUTCHINSON**, *The Rule of Law Revisted: Democracy and the Courts*, pp. 196-227; **O. WIKLUND**, *Judicial Discretion in European Perspective*, Kluwer, 2003; **S. B.BURBANK** et **B. FRIEDMAN**, *Judicial Independence at the Crossroads: An interdisciplinary Approach*, Thousands Oaks, 2002.

¹⁰ Voir **A. STONE SWEET**, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 31-60.

- La rupture de la hiérarchie et de l'ordre interne des sources du droit;
- Un majeur impact de la politique sur le système judiciaire réduisant ainsi la confiance publique dans la justice.

Quels sont les effets constructifs de l'activisme constitutionnel?

Seule une jurisprudence créative pourrait construire une nouvelle culture juridique et changer la mentalité des gens moyens. D'un point de vue historique, il serait difficile de surévaluer la signification de ce facteur sur l'environnement constitutionnel.

Le second élément constructif ou positif est directement lié à l'essence même du contrôle constitutionnel. L'activisme des cours constitutionnelles pourrait renforcer le processus législatif et de ce fait restaurer le sens de l'état de droit. Ceci a stimulé l'évolution des attitudes des gens vers un meilleur respect du principe de la séparation des pouvoirs. Après la chute du communisme, les citoyens, les membres de l'élite politique, ainsi que les juristes ont identifié la démocratie avec le gouvernement de la majorité élue. Dans une telle perspective, parmi toutes les institutions étatiques, celle avec le statut prédominant était certainement le parlement, en tant qu'institution incarnant la volonté de la nation et possédant des prérogatives illimitées pour faire quoi que ce soit. Finalement, cette caractéristique fut inscrite dans la nature même du système. C'est pourquoi, les gens ne s'adaptèrent à cette nouvelle situation qu'avec difficulté, incapables de comprendre précisément les subtilités du fonctionnement de l'état démocratique. L'élan provenant de la jurisprudence constitutionnelle fut indispensable pour questionner ces attitudes et pour aider à l'élimination de l'ancien schéma de pensée juridique.¹¹

En définitive, l'activisme des cours constitutionnelles a eu pour effet de faire prendre conscience de certaines questions cruciales à l'opinion publique et d'augmenter la pression sur la structure politique pour qu'elle réforme le système politique d'une manière plus rapide et meilleure.

¹¹ Un bon exemple est le jugement sur le *Comité d'investigation du parlement institué pour examiner les décisions de changement de capital et propriété dans le secteur bancaire*, 22 sep. 2006, K4/06, *Monitor Polski*, No 66, Unité 680; cette décision est une espèce de 'leçon constitutionnelle' sur la division des pouvoirs.

II. La lustration: Le thème le plus émotionnel de la justice transitionnelle

A. Remarques préliminaires

Les affaires les plus cruciales de la justice transitionnelle concernent le passé communiste.¹² La nouvelle démocratie a dû non seulement bâtir un espace économique complètement nouveau et redonner une place adéquate aux droits de propriété¹³ (par un système rationnel de re-privatisation¹⁴ ou de privatisation) ainsi qu'à l'économie de marché, mais elle a aussi dû résoudre des conflits dramatiques qui émanaient du système totalitaire oppressif du passé. Ces conflits étaient de diverse nature: certains concernaient la responsabilité des anciens fonctionnaires de l'état communiste¹⁵ (y compris les juges qui ont pris les décisions oppressives sous la loi martiale),¹⁶ d'autres exigeaient une réponse à la question plus générale concernant le statut et l'éventuelle responsabilité des milliers de personnes qui avaient soutenu l'idéologie communiste et les activités de l'état communiste (tels que les universitaires, les fonctionnaires du service public, les journalistes et les membres du parti communiste). La question fondamentale était de savoir si les critères démocratiques constituaient des instruments capables d'évaluer correctement la réalité de l'espace public,

¹² Voir **A. CZARNOTA** et **P. HOFMANSKI**, "Can We Do Justice to the Past", in **M. KRYGIER** et **A. CZARNOTA**, *The Rule of Law after Communism*, Ashgate, 1999, pp. 197-212; **A. KANIOWSKI**, "Lustration and Decommunisation: Ethical and Theoretical Debates", in *id.*, pp. 213-248; **M. WYRZYKOWSKI**, "Legal Aspects of Settling Accounts with the Past", in *Constitutional Essays*, Varsovie, 1999, pp. 351-367; **W. SADURSKI**, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2005, pp. 223-263.

¹³ Il est intéressant de noter que durant la période communiste il n'y avait pas de garanties constitutionnelles inscrites dans la constitution de 1952. L'état a promis de protéger uniquement ce qu'il a appelé la propriété personnelle (*i.e.*, uniquement les choses qui servent aux besoins personnels et non les choses nécessaires aux activités économiques, commerciales ou industrielles). La structure juridique de la propriété était basée sur le modèle du moyen-âge (hiérarchie des différents modèles de propriété aussi bien dans la protection que dans la substance du droit subjectif). Au sommet de cette construction est placée la propriété de l'état, dans l'ordre suivant: la propriété sociale appartenant aux organisations socialistes; la propriété personnelle; la propriété individuelle (les choses qui servent pour l'activité économique individuelle par exemple des agriculteurs et artisans) et, à la dernière place, la propriété capitaliste, seulement tolérée par l'état communiste.

¹⁴ Les débats sur la re-privatisation commencèrent dans les pays post-communistes juste après la chute du communisme. Dans certains pays c'est le parlement qui adopta des lois pour déterminer l'objet et l'étendue de la re-privatisation (*e.g.*, en Hongrie, République Tchèque, Bulgarie, et Slovaquie). Dans d'autres pays, comme la Pologne, la question a été laissée à la justice constitutionnelle qui refusa de s'en saisir [voir, par exemple, une fameuse décision du Tribunal constitutionnel sur l'*Inadmissibilité du contrôle de constitutionnalité de la réforme agraire de 1944*, 28 nov. 2001, SK5/01]. Bien sûr, le type de politique choisi par l'état post-communiste n'était pas déterminé par un débat public rationnel et par un choix conscient de l'élite politique, mais plutôt par le manque de consensus et les interminables discussions politiques.

¹⁵ Voir **M. ŁOŚ** et **M. ZYBERTOWICZ**, "State Crime in Communist and Post-Communist Poland", in *The Rule of Law, o.c.*, pp. 261-277.

¹⁶ La loi martiale constitue un vrai défi pour les juges. La meilleure description des attitudes des juges durant cette période se trouve dans le livre de **A. STRZEMBOSZ** et **M. STANOWSKA**, *Sędziowie czasu próby*, Varsovie, 2005.

soumis, sous le communisme, à une philosophie de vie publique complètement différente. La question comportait également une dimension juridique, à savoir le problème très complexe de la rétroactivité. On rappellera que l'état communiste a autorisé, par son système juridique, l'usage de moyens oppressifs de même que l'exécution de certains crimes. Néanmoins, il n'est pas évident de transférer dans le passé totalitaire les critères normaux du système démocratique, ainsi que de décider lequel de ces principes doit prévaloir: le respect de la maxime *lex retro non agit* inscrite dans la pensée juridique rationnelle de la tradition européenne ou une idée plus générale de justice, exigeant l'élimination et la pénalisation du *mal évident* commis par les gens, y compris ceux commis sous autorisation de la loi? Ce genre de questions reflète le fameux dilemme de Gustav Radbruch sur la légalité des lois formellement conformes aux structures de l'état mais dont la substance viole les nécessaires standards axiologiques du droit.¹⁷

Il n'y a aucun doute que l'essence des conflits au sujet du passé totalitaire a clairement été représentée par les soi-disant affaires de lustration devant la Cour constitutionnelle. C'est pour cette raison qu'il est important de concentrer l'analyse sur ce sujet afin d'identifier les enjeux et les différentes valeurs qu'il soulève.

B. Le contexte et les faits

Plusieurs milliers de personnes furent impliquées dans la coopération avec les services de sécurité de l'état communiste. Les plus menacées étaient les personnes appartenant aux différentes catégories de dissidents politiques (les services de sécurité avaient concentré leurs activités en particulier sur ce milieu, en utilisant différentes méthodes comme l'*invigilation*, le chantage et autres formes de pressions), parmi lesquels l'on retrouve des intellectuels, des artistes et des scientifiques (et donc l'élite culturelle des différents pays). Les catégories des 'collaborateurs secrets' (TW) peuvent se différencier par les motifs et les degrés de leurs fautes. Les groupes suivants ont été identifiés:

- a) le partisan convaincu du système communiste;

¹⁷ Voir R. ALEXY, "A Defence of Radbruch's Formula", in *Recrafting the Rule of Law: The limits of Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 15-40.

- b) les personnes cyniques qui avaient seulement un intérêt pécuniaire;
- c) les dissidents brisés et forcés à coopérer par le chantage;
- d) les joueurs, qui comparaient le pour et le contre de la collaboration;¹⁸
- e) les agents apparents, qui ont en apparence accepté la coopération mais n'ont jamais rien fait contre les autres personnes;¹⁹
- f) les dissidents repentis, qui n'ont compris la vraie nature du système totalitaire qu'après un certain nombre d'années de collaboration et ont donc par la suite cessé toute coopération et devinrent même parfois des opposants virulents du communisme;
- g) les personnes naïves, stupides ou inexpérimentées qui ont fourni de précieuses informations acquises au cours de leurs activités professionnelles mais qui ignoraient la vraie nature de leur interlocuteur et le bénéficiaire final de l'information.

De plus, deux éléments de nature pratique sont nécessaires à la finalisation de cette description. Le premier est l'évidente illégalité des activités des organes de l'état communiste qui ont collecté un nombre considérable d'information concernant les citoyens quelconques et qui ont créé des bases de données comprenant des milliers de fichiers secrets sur une grande partie de la société civile. Le deuxième facteur est la désintégration et la destruction partielles de ces fichiers juste après la chute du communisme, ce qui a donné lieu à une procédure longue et complexe pour recréer tels documents. Parfois, il a été toutefois impossible de parvenir à la vérité sur la conduite passée des personnes qualifiées en tant que TW.

¹⁸ Ces personnes ont accepté de faire un "moindre mal" en échange d'un grand profit sur le plan personnel ou professionnel ou même de l'intérêt public (c'est par exemple le cas d'un scientifique qui travaille sur un sujet important et qui a reçu une offre par l'état d'être envoyé dans une université de l'Ouest en échange de quelques services pour le service de sécurité; grâce à une telle "transaction", il eut ainsi l'opportunité de compléter son important travail scientifique). Grâce à de telles "transactions", la science polonaise ne perdit jamais le contact avec le milieu scientifique de l'Ouest et la société polonaise fut mieux préparée que d'autres à la contestation du système communiste. Une situation similaire concerne les grands artistes ou les fameux écrivains, tels que Ryszard Kapuscinski qui a, selon des documents récemment publiés, signé un engagement de collaboration avec les services de sécurité. Seuls quelques rares éléments ont été trouvés comme preuve de cette coopération (tels que les rapports écrits durant ses voyages). La question (non pas d'un point de vue juridique mais plutôt éthique, philosophique, politique et sociologique) est de savoir si ces choix sont subjectivement et objectivement justifiés. Quel était le meilleur choix pour la société à cette époque-là: une telle forme de coopération minimale permettant l'épanouissement du travail artistique et scientifique ou un refus moral clair?

¹⁹ Parmi eux des gens qui signèrent un engagement formel de coopération mais ne l'ont jamais réalisé.

C. Le contexte législatif

Dans tous les pays post-communistes, les politiciens ont essayé de trouver une solution à ces problèmes par le biais de lois spéciales.²⁰ Il en est ainsi des lois adoptées par le parlement peu après la chute du régime communiste (*e.g.*, en Allemagne, Tchécoslovaquie, Hongrie; la situation polonaise étant quelque peu exceptionnelle étant donné que la première loi sur la lustration ne fut adoptée qu'en 1997).²¹ Ces lois introduisirent plusieurs modèles de procédure de lustration: de l'accès ouvert aux fichiers secrets pour tout le monde en Tchécoslovaquie au modèle relativement restrictif de la Hongrie (limité à certains types de fonctionnaires) en passant par le modèle plus équilibré établi en Allemagne.

En Pologne, le parlement adopta deux approches de la lustration. La première est illustrée par la loi votée par le parlement en 1997 qui adopta un modèle assez restrictif et limité de la lustration, n'impliquant que les employés les plus importants de l'état (les députés, les ministres, les juges, les ambassadeurs, *etc.*). La loi certifia le contrôle judiciaire de chaque accusation (basée sur le 'mensonge de lustration') exercé par le procureur public spécifique (Ombudsman d'intérêt public). La loi donna également un accès limité aux fichiers secrets, permis initialement seulement aux victimes et plus tard -à la suite de certains amendements en 200- aussi aux journalistes, scientifiques et finalement même aux anciens collaborateurs des services secrets (bien que de manière partielle, car seulement pour ce qui concerne leur informations personnelles). Ces procédures judiciaires furent particulièrement longues et dans de nombreux cas les cours ne purent réunir les preuves nécessaires pour vérifier les accusations.

La deuxième approche commença en 2006²² avec la nouvelle majorité parlementaire des partis de droite (surtout *Loi et Justice*) qui se proclamèrent comme étant les seuls partis

²⁰ Voir **W. SADURSKI**, *Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, Springer, 2005, pp. 223-270.

²¹ Ustawa z 11 kwietnia 1997 o ujawnieniu pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944-1990 osób pełniących funkcje publiczne, Dz.U.1997, Nr 42, poz. 428 ze zm [**Loi de lustration sur la divulgation des noms des personnes occupant un poste public, de service ou de coopération avec les services secrets de l'état durant la période 1944-1990**, 11 avr. 1997].

²² Ustawa z 18 X 2006 o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów , Dz.U.Nr 218, poz.1592 ze zm [**Loi de lustration sur la divulgation des documents des organes des services de sécurité collectés durant la période 1944-1990 ou sur le contenu de tels documents**, 2006].

non communistes, prétendant donc une lustration plus large et plus effective. Les principaux éléments de cette procédure furent: une lustration sur large échelle concernant non seulement les hauts fonctionnaires mais aussi les fonctionnaires de catégorie moyenne et même les employés du secteur privé (des professeurs d'université, des journalistes, des avocats et des conseillers légaux et fiscaux, des membres du comité d'administration des entreprises publiques), en total, près de 700 000 personnes; un accès public, garanti pour tous, aux fichiers secrets impliquant des informations sur les hauts fonctionnaires de l'état; la publication par un institut de l'état (l'institut national de la mémoire) des listes officielles avec les noms des personnes enregistrées par les services de sécurité (même si personnes n'étaient pas une source directe d'information); une pénalité administrative importante pour les personnes qui n'acceptèrent pas de soumettre la 'déclaration de lustration' ainsi que les personnes qui mentirent (ou qui n'avouèrent pas les faits de leur collaboration) - comportant, entre autres, la perte de leur poste pour un minimum de 10 ans. La loi permis également de nier aux journalistes la possibilité de continuer leur activité professionnelle (en les empêchant de publier) ainsi que de refuser aux scientifiques le droit d'enseigner et de faire des recherches.

D. Les valeurs constitutionnelles: La bataille des principes

Il n'y a pas de doute, dans des cas aussi particuliers que celui de la lustration, les deux côtés peuvent trouver et présenter des arguments réfléchis basés sur des valeurs et des principes constitutionnels opposés. C'est pourquoi les affaires de lustration sont une excellente manière d'étudier la méthodologie constitutionnelle. Elles sont aussi spécialement adaptées à l'analyse de la question Dworkinienne de la hiérarchie des principes.²³

1. Arguments constitutionnels en faveur de la lustration

Les lois de lustration ont été un des instruments par lesquels la société post-communiste a tenté de reconquérir son passé. Le droit au passé, et en particulier le droit à la connaissance de sa propre identité, est un élément important pour la transparence de l'ordre public et une condition morale essentielle pour une saine prise de conscience publique. Sans

²³ Voir **R.M. DWORKIN**, *A Matter of Principles*, Oxford, Oxford University Press, 1986; *id.*, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977. On peut même dire que la loi de lustration est la meilleure expérimentation pour les activités du juge fictif Hercules (son raisonnement, ses interprétations et ses méthodes d'argumentation).

accès à la vérité du passé, même si elle comporte la révélation d'histoires dramatiques et inconfortable sur des personnes connues, l'état et la nation seraient absolument impuissants devant la menace d'une répétition de l'histoire. Une telle position peut être soutenue par certains principes constitutionnels importants.

Premièrement, le principe de transparence de la vie publique et le droit de chaque citoyen d'avoir accès à l'information sur les activités de l'état. Ces deux principes sont garantis par les règlements constitutionnels (dans tous les pays post-communistes)²⁴ ainsi que par la Convention européenne des droits de l'homme (spécialement son article 10). Les documents réunis par les autorités communistes font partie des archives publiques et tous les citoyens (et non seulement les victimes) devraient pouvoir profiter d'un accès global aux archives.

Deuxièmement, la liberté de la recherche historique qui ne devrait pas être limitée par la loi. Ce droit est expressément prévu par la Constitution.²⁵

Troisièmement, la sécurité de l'état. Sans aucun doute, les anciens agents communistes sont potentiellement dangereux pour la sécurité d'un nouvel état démocratique, surtout dans certains domaines de la politique de l'état. La protection de l'ordre public et la sécurité de l'état sont des valeurs directement ou indirectement prévues dans les constitutions.²⁶

Quatrièmement, l'exigence d'une justice générale,²⁷ qui doit être accomplie notamment en faveur des victimes de l'oppression communiste. La justice est avant tout basée sur la vérité.

2. Arguments constitutionnels contre la lustration

²⁴ Voir, par exemple, **Constitution polonaise**, article 61; "Le citoyen a le droit d'obtenir des informations sur l'activité des pouvoirs publics".

²⁵ Voir, par exemple, **Constitution polonaise**, article 73; "La liberté de création artistique, de recherche scientifique et de publication de ses résultats, la liberté d'enseigner ainsi que la liberté de bénéficier des biens de la culture sont garanties à toute personne".

²⁶ En Pologne, la sécurité de l'état est un des critères pour justifier les restrictions aux droits et libertés fondamentales; **Constitution polonaise**, article 31 § 3.

²⁷ Dans la Constitution polonaise, l'un des principes les plus importants est énoncé à l'article 2; "La République de Pologne est un état démocratique de droit mettant en oeuvre les principes de la justice sociale".

Le droit à la vie privée, expressément protégé par toutes les nouvelles lois constitutionnelles ainsi que par les traités internationaux.²⁸ La divulgation du contenu des fichiers des services secrets viole le principe de droit à la vie privée, qui garantit également la libre disposition par l'individu des informations sur son passé. Ces fichiers contiennent notamment des informations sur les éléments les plus fondamentaux de la vie privée des individus, tels que les informations relatives à la famille, la vie sexuelle, l'abus d'alcool ou de drogue, *etc.*

Les banques de données créées par les autorités publiques ne peuvent être autorisées que seulement si la loi prévoit expressément d'autoriser la collection de telles ou telles données (le droit à l'autonomie de l'information est inscrit dans les lois constitutionnelles modernes).²⁹ Cependant, les fichiers des services secrets ont été créés illégalement et ont même violé les lois en vigueur durant la période communiste. C'est pour cela que quiconque peut demander la destruction de tous les fichiers contenant les informations illégalement collectées.

La vérité décryptée des fichiers secrets n'est pas le reflet fidèle de la réalité (les fichiers étaient fréquemment falsifiés, partiellement détruits et créés grâce au chantage). La divulgation des registres des services secrets peut entraîner à la violation de la présomption d'innocence ainsi qu'au renversement de la charge de la preuve, puisque chaque personne citée dans le registre doit désormais prouver son innocence (alors que la tradition européenne impose la charge de la preuve à l'accusateur).³⁰

Les déclarations obligatoires (sous menace de peines) sur le passé de chaque personne lustrée viole les droits de la défense qui sont garantis à tout individu.³¹ De telles déclarations constituent en effet une espèce d'auto-accusation. Les personnes soumises à une procédure de

²⁸ Voir, par exemple, **Constitution polonaise**, article 47; "Chacun a droit à la protection juridique de la vie privée et familiale, de sa dignité et de sa réputation, et de décider de sa vie personnelle"; voir également **M. SAFJAN**, "The Right to Protection of Personal Privacy and Autonomy in the Case Law of the Polish Constitutional Tribunal", in **L. WILDHABER**, *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Nomos, 2007, pp. 693-708.

²⁹ L'article 51 de la Constitution polonaise protège expressément les citoyens contre l'arbitraire des autorités publiques qui voudraient collecter plus d'informations que nécessaire dans une société démocratique.

³⁰ Voir, par exemple, **Constitution polonaise**, article 42 § 3; "Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie par un jugement ayant force de chose jugée".

³¹ Voir, par exemple, **Constitution polonaise**, article 42 § 2: "Toute personne contre laquelle une procédure pénale est engagée dispose du droit de défense en tout état de la procédure".

lustration subissent donc un grand risque du fait de l'usage obscur et indéfini de certains termes usés pour qualifier les différentes formes de coopération avec les services secrets.

Le principe de proportionnalité oblige de faire recours à des moyens proportionnels en ce qui concerne l'étendue de l'interférence de l'état dans la sphère des droits individuels, ainsi que la sévérité des peines.³²

Ces deux groupes opposés d'arguments supportent deux différentes manières de traiter avec le passé communiste. Pour simplifier notre analyse nous dirons que l'une représente une approche radicale et révolutionnaire, se voulant d'imposer des moyens extraordinaires appropriés à la période transitoire, et qui insiste donc sur la prédominance ou même sur la priorité de l'intérêt public (sécurité publique) sur les droits individuels. Le caractère exceptionnel de cette approche est justifié par la nature extrêmement autoritaire de l'état communiste, l'état d'urgence permanent. La nature oppressive du système communiste, profondément enracinée dans une grande partie de la société, ainsi que sa durée, nécessitent des moyens effectifs pour rompre définitivement avec le passé communiste. La souffrance de la société et les effets secondaires négatifs sont inévitables. La contrepartie du traumatisme communiste est cette infrastructure juridique atypique et exceptionnelle, qui est créée afin de prévenir toute renaissance du système totalitaire dans le futur.

La deuxième approche insiste davantage sur l'importance du nouvel espace démocratique dans l'état post-communiste. Elle démarque une ligne rouge au-dessous de laquelle les droits fondamentaux intransgressibles ne doivent jamais être violés, même pour des objectifs tels que la protection des intérêts réels de l'état.

Il est clair que chaque solution théorique peut être stigmatisée pour ses effets négatifs. La question cruciale à laquelle l'on doit répondre dans ce contexte est la suivante: est-ce que la tâche de choisir entre ces deux approches est propre au domaine de la justice ou, inversement, au domaine de la politique, et doit être donc prise en charge par les représentants de 'la voix de la nation' au parlement? Y a-t-il un espace suffisant pour permettre au

³² En Pologne, le problème s'est posé surtout pour les peines appliquées contre les journalistes et les scientifiques. Est-il imaginable que dans un état démocratique soit appliquée une injonction de s'abstenir de publier et de poursuivre un travail scientifique?

raisonnement développé par Dworkin de résoudre ce conflit entre deux camps opposés et deux visions contraires du passé et du futur de la démocratie?

E. La méthodologie et le cadre du raisonnement constitutionnel

Le choix fait par la jurisprudence de la cour constitutionnelle polonaise a eu un impact réel et direct sur la politique tout en exprimant un choix crucial des principes constitutionnels fondamentaux.

La justice constitutionnelle des états post-communistes, et spécialement les affaires de lustration, reflètent un vrai débat sur le futur de la démocratie. Dans l'histoire encore brève du système post-communiste, il n'est pas exagéré de dire que chaque affaire représente un *moment constitutionnel*.³³

La méthodologie du raisonnement constitutionnel est similaire avec celle des affaires normales, mais elle comporte également de nouveaux éléments. D'une part, les affaires en question impliquaient la mise en équilibre classique entre des principes et des valeurs opposés; d'autre part, la question centrale ou la question préliminaire base de ces disputes concernait tout d'abord les limites du système démocratique régi par le droit. L'objectif de protéger la démocratie justifie-t-il le recours à des moyens non démocratiques? Est-il acceptable de suspendre les garanties constitutionnelles des droits fondamentaux afin d'ouvrir une meilleure perspective à la démocratie? De telles questions rappellent le fameux dilemme que le système démocratique a dû affronter lors des moments cruciaux de l'histoire: la liberté est-elle garantie également pour les ennemis de la liberté? C'est pourquoi, nous pouvons affirmer que dans ces affaires les enjeux constitutionnels étaient placés un degré au-dessus des conflits constitutionnels normaux. Le recours à la méthode typique de l'équilibre (en tant que composante du principe de proportionnalité) n'était possible qu'au stade plus avancé de la procédure, seulement après que la question préliminaire ait été résolue. Si l'on accepte, en principe, que la justice transitionnelle est capable de justifier tout moyen nécessaires à rompre avec le passé communiste et à purifier l'espace démocratique de tous les résidus de la longue contamination communiste, la méthodologie de l'équilibre n'est alors pas applicable. Et, inversement, si l'on considère que le principe d'effectivité de la purification du passé totalitaire n'est pas une raison suffisante pour employer n'importe quel moyen, justement à

³³ Pour les affaires de lustration: voir, par exemple, le jugement sur les *Résolutions parlementaires concernant la divulgation des fichiers secrets*, K6/90, 19 juin 1992; le jugement sur la *Loi de Lustration de 1997*, K 39/97, 10 nov. 1998; le jugement sur l'*Amendement de la 'coopération' dans la loi de lustration*, K 44/02, 28 mai 2003; le jugement sur la *Restriction de l'accès à des documents des services de sécurité communistes*, K 31/04, 26 oct. 2005.

cause des limites imposées par les garanties démocratiques, l'on alors essayer d'établir un équilibre entre les valeurs opposées et tenter de trouver une solution médiane rationnelle.

Revenons à la question concernant la nature du choix en cause devant les juridictions constitutionnelles dans les affaires de lustration: est-ce un choix politique ou constitutionnel? La réponse est très ambiguë et l'assertion finale dépend du critère sélectionné. Les résultats de cet arrangement sont toujours fortement politiques tandis que les raisons, motivations et méthodologies utilisées ne le sont pas forcément (et ne devraient pas l'être). Bien sûr, il serait purement hypocrite de dire que le choix final des juges est conditionné uniquement par la Constitution. En définitive, nous avons constaté l'existence d'un large espace de discrétion au sein de l'interprétation judiciaire, bien que cette discrétion ne soit pas tout à fait pas équivalente à un choix politique. Mon expérience personnelle dans ce domaine m'a convaincu que les facteurs décisifs sont l'axiologie propre des juges, leur sensibilité constitutionnelle, mais surtout leur grande indépendance.³⁴ C'est ce dernier facteur qui est probablement le plus important dans la formation de la justice constitutionnelle dans les pays post-communistes et la détermination du rôle qui lui est dévolu dans la nouvelle démocratie. La vraie indépendance des cours constitutionnelles dans ces états est conditionnée par la qualité du système politique. On obtient finalement un mécanisme très complexe, dont les éléments restent interdépendants. Un nouveau système démocratique de mauvaise qualité, fondé uniquement sur la règle de la majorité, serait marqué par une forte tendance à limiter les prérogatives de la justice constitutionnelle et à subordonner les juges au pouvoir politique. Par conséquent, dans de tels états le système de nomination de nouveaux juges n'est pas très fiable et seule une règle simple et primitive comme le vote par majorité parlementaire peut décider de l'élection des juges. Ainsi, la justice constitutionnelle, politiquement composée et fragile, devient incapable d'imposer au système des critères démocratiques réels, ce qui le menace de glisser peu à peu vers un état autoritaire.³⁵

³⁴ Paradoxalement, de tels facteurs ne devraient pas être liés à l'expérience des juges durant la période communiste. Il arrive fréquemment qu'une même approche soit utilisée par des juges qui ont un passé totalement différent, certains d'entre eux ayant été prisonniers politiques tandis que d'autres ont joué un rôle actif comme membres du parti communiste.

³⁵ Cependant, il y a deux facteurs importants qui -même dans cette situation- peuvent influencer positivement l'attitude des juges: (1) l'un est le facteur subjectif mentionné ci-dessus, comme l'indépendance interne des juges, stimulée par la philosophie particulière à la justice constitutionnelle et le sentiment personnel de responsabilité pour la qualité des standards démocratiques; (2) des garanties fortes et formelles d'indépendance des juges constitutionnels (comme résultat les politiciens perdent tout moyen d'influencer le processus de prise de décision devant la Cour).

F. Le choix pour la démocratie: La justice constitutionnelle impose les limites dans la dernière affaire de lustration

La justice constitutionnelle en Pologne a interféré de nombreuses fois, comme je l'ai mentionné plus haut, dans les lois de lustration adoptées par le parlement. Mais c'est la dernière décision de la Cour constitutionnelle polonaise, du 11 mai 2007,³⁶ qui constitue une parfaite illustration de la méthodologie constitutionnelle décrite plus haut. Elle démontre la nécessité d'analyser la loi de lustration sur deux niveaux: le premier concerne la nature de la démocratie, tandis que le second concerne des thèmes particuliers contenus dans la loi de lustration.

1. Premier niveau de raisonnement

Premièrement, la Cour a identifié les thèmes de base qui reflètent le conflit constitutionnel et a montré une ligne ferme dans son raisonnement successif. La Cour a clairement expliqué l'axiologie constitutionnelle concernant le passé communiste et totalitaire, qui doit être respectée par toutes les autorités de production du droit. La Cour a rappelé que la lustration n'est pas une fin en soi et qu'elle ne doit pas être utilisée comme une espèce de vengeance contre les personnes impliquées dans les structures de l'état communiste. Le but de la lustration devrait être uniquement la protection de l'intérêt public du nouvel état démocratique et elle ne devrait pas servir à stigmatiser ou blâmer les personnes (y compris les anciens agents) qui sont à présent engagés dans une nouvelle phase de leur activité professionnelle.

Ainsi, la Cour a déclaré que:

“Tout en éliminant l'héritage communiste totalitaire, un état démocratique fondé sur l'état de droit doit utiliser uniquement les moyens juridiques compatibles avec l'axiologie d'un tel état. Aucun autre moyen ne devrait être accepté car un tel état ne serait pas meilleur que le régime totalitaire qu'il voudrait éliminer. Un état démocratique gouverné par l'état de droit possède suffisamment d'instruments juridiques pour garantir la justice et la punition des auteurs de crimes. Il n'est pas permis d'avoir une loi juste pour satisfaire des intentions de vengeance”.

³⁶ *Affaires constitutionnelles K2/7, Jurisprudence de la Cour constitutionnelle, 2007, No 5 A, élément 48.*

Finalement, la Cour a souligné le fait que le besoin de divulguer le passé totalitaire ne devrait jamais légitimer la violation des standards démocratiques. Les droits fondamentaux des individus devraient toujours être respectés, notamment “les droits de l’homme et libertés fondamentales telles que le droit à un procès équitable, devant un tribunal indépendant et le droit à la défense”. Ces droits doivent être garantis même pour les personnes qui les ont violées durant leur période de gouvernement sous le régime communiste. L’état fondé sur le respect du droit peut se défendre contre la menace d’un renouveau communiste totalitaire. Il dispose d’instruments qui ne sont contraires ni aux droits de l’homme, ni à l’état de droit et qui dérivent aussi bien du système judiciaire que des lois administratives publiques. Ces instruments sont conformes aux principes démocratiques, si certains critères sont respectés. La faute étant toujours individuelle et non collective, elle devrait être prouvée pour chaque cas individuel et non par une application collective de la procédure de lustration. De même, il faut respecter le rôle crucial joué par la garantie du droit à la défense et le principe de présomption d’innocence jusqu’à ce que la faute soit prouvée.

2. Deuxième niveau de raisonnement

Après avoir défini le cadre général de son argumentation, la Cour a développé davantage son raisonnement et a expressément formulé des recommandations au législateur, à savoir:

- La procédure de lustration ne devrait pas concerner les personnes qui occupent un poste dans une organisation privée;

- La lustration doit inclure une règle de proportionnalité de manière à ce que l’interdiction d’exercer une fonction publique déterminée ne dépasse pas une période raisonnable;

- Les punitions prévues par les lois de lustration (y compris l’interdiction mentionnée ci-dessus) devraient s’adresser uniquement aux personnes qui furent effectivement engagées dans des activités violant les droits d’homme et ceux qui les ont ordonnées;

- La procédure de lustration doit contenir une définition précise et transparente de la coopération (ou collaboration);

- Les garanties nécessaires de la procédure judiciaire doivent être observées dans les procès de lustration.

Comme résultat d'une telle argumentation, la Cour déclara la nouvelle loi comme n'étant pas conforme à la constitution et par conséquent élimine du système juridique. Ce sera par la suite au législateur de prendre les mesures nécessaires afin de continuer la lustration.

Il n'est pas possible de développer le thème davantage. Cependant, on peut insister sur le fait que la position de la jurisprudence constitutionnelle dans les affaires de lustration n'est pas accidentelle mais s'inscrit parfaitement dans les lignes de raisonnement de la jurisprudence antérieure. C'est le cas par exemple des jugements de la Cour constitutionnelle concernant la responsabilité pénale des anciens fonctionnaires de l'état communiste, dans lesquels la Cour a également insisté sur les limites imposées au législateur par l'axiologie du nouvel état démocratique. Dans un de ces jugements, la Cour a dû se prononcer sur la question de la responsabilité pénale dans les cas où les crimes jugés n'étaient pas prévus par la législation en vigueur au moment de leur commission. Dans la fameuse décision du 25 septembre 1991,³⁷ la Cour constitutionnelle a souligné le contexte historique exceptionnel dans lequel le processus de transformation fut accompli. La Cour a clairement identifié la contradiction entre le principe *lex retro non agit* envers les auteurs de crimes et l'exigence évidente et légitime que justice soit faite. Cependant, le Tribunal déclara que "toutes les exceptions au principe *lex retro non agit* motivées par l'exigence de justice requièrent une définition précise de tous les cas où ces exceptions vont s'appliquer; [...] ce principe s'inscrit également dans la notion fondamentale de l'état de droit". Tout en ouvrant un espace à la rétroactivité de la loi pénale, la Cour a ainsi imposé au pouvoir judiciaire certaines limites concernant les droits fondamentaux de l'individu.³⁸

III. Conclusion

³⁷ OTK 1991, poz. 24, *Jurisprudence de la Cour constitutionnelle*, 1991, élément 224.

³⁸ Des affaires similaires furent soumises à la justice allemande juste après la chute du Mur de Berlin. Les tribunaux ont ainsi fait référence à la fameuse règle d'or de l'injustice extrême, formulée par Gustav Radbruch en 1946. Voir **R. ALEXY**, *The Golden Rule*, pp. 15-40.

La nouvelle axiologie du système juridique signifie que le caractère exceptionnel de la période de transformation ne peut pas justifier l'abandon des standards minimaux, même pour les personnes responsables des activités du passé communiste. Les opposants d'une telle approche peuvent dire qu'elle n'exprime que la faiblesse et la naïveté de l'élite intellectuelle dominante dans l'état post-communiste. L'un des plus importants politiciens polonais a employé une métaphore pour synthétiser l'essence de cette approche, l'«impossibilisme».³⁹

A mon avis, seule une attitude équilibrée telle que celle exprimée dans la série de jugements de la Cour constitutionnelle peut permettre une révolution réelle et radicale par rapport au passé totalitaire. L'autre approche, qui permet de violer -déjà dans la première phase de transformation- les droits fondamentaux de l'homme, ne peut avoir qu'un effet destructeur sur la nouvelle démocratie. Ce ne serait qu'une continuation, à rebours, des méthodes du régime totalitaire. Je ne pense pas qu'une telle approche puisse constituer le fondement de l'état de droit.

Le processus de transformation et de restitution de la liberté est étroitement lié au remodelage des attitudes et à la formation d'une mentalité démocratique chez les gens moyens, presque tous touchés par les stigmates de l'*homo sovieticus*. C'est pourquoi il est encore plus important d'observer dès le stade initial les standards rigoureux de la démocratie, plutôt que de mettre en œuvre la responsabilité pénale des anciens fonctionnaires.

Enfin, nous devons accepter la vérité inconfortable que certaines blessures du passé totalitaire ne pourront jamais être effacées de notre histoire, au risque de créer une nouvelle réalité Orwellienne.

³⁹ Le mot a une origine romaine '*impossibulum*' et signifie que 'rien n'est possible'.