

*LA CONSTITUTION DU 3 MAI 1791:
ENTRE LA TRADITION ET L'AVENIR*

*Jan Baszkiewicz**

I

Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle les Polonais constituaient un peuple en mal d'indépendance nationale plus encore qu'en mal de transformations sociopolitiques profondes. Ceci s'explique par le fait méritant réflexion: dès la période de Pierre le Grand la Pologne ne cessait de rester sous la dépendance, à la fois formelle et réelle, de l'Empire russe. Les élites éclairées comprenaient naturellement fort bien la nécessité de réformes; tout programme réformateur ambitieux n'en était pas moins perçu comme une combinaison habile de l'émancipation nationale et de la restructuration sociopolitique en profondeur. La grande réforme tant souhaitée alors par les esprits avancés fut considérée comme un changement du statu quo pour revenir à un ordre préexistant — celui de la liberté nationale — et pour établir un ordre meilleur.

Deux remarques supplémentaires nous permettront de mieux appréhender l'importance essentielle de l'indépendance nationale pour ce cheminement vers la modernisation de l'État plongé dans l'anarchie et de la société en retard sur les peuples européens plus évolués. 1) L'abolissement de la tutelle russe s'avéra indispensable pour le succès de l'action réformatrice. Le premier courant de réformes amorcé entre 1764 et 1768 fut finalement freiné par la Russie et les réformes accomplies alors furent en grande partie anéanties. 2) D'autre part, les sentiments patriotiques et antirusse de la noblesse de province étaient souvent escamotés par les magnats conservateurs répugnant depuis longtemps à adopter les choses nouvelles. L'élan patriotique de la confédération de Bar (1768 — 1772) en fournit un exemple éclatant. Le courant réformateur dont nous venons de parler fut présenté aux confédérés de Bar comme un sombre complot ourdi à Varsovie, avec le soutien des «Moscovites», et dirigé contre la foi catholique et les libertés des nobles.

Après la catastrophe du premier partage des terres appartenant à la Pologne et la défaite des confédérés de Bar (1772) vint une période de stagnation politique, qui fut toutefois également une ère de relance économique et de pénétration toujours croissante de la civilisation des Lumières. Une nouvelle génération des

* Professeur d'histoire de la pensée juridique et politique à l'Université de Varsovie.

élites éclairées montait. En opposition contre les magnats frondeurs, un parti royaliste commença à se former. L'autorité du roi Stanislas-Auguste ne cessait de grandir parmi les nobles et les bourgeois aisés. La scène politique polonaise ayant devenu mobile, dans les années quatre-vingts du XVIII^e siècle, des manœuvres compliquées commencèrent et les forces en présence se regroupèrent.

Le parti royaliste («varsovien»), modérément centralisateur, était accusé de «préparer la tyrannie» et de prendre modèle sur les gouvernements despotiques. Force est de constater que des opinions pareilles furent inventées de toutes pièces. «Ce n'est point la liberté qui est responsable du désordre régnant en Pologne, mais le mauvais usage que l'on fait d'elle» — constatait l'auteur de la préface à la première traduction polonaise du *Contrat social* de Rousseau (1778). Or, ce point de vue fut partagé par tous les courants réformistes polonais.

Le parti du roi prêtait le flanc aux critiques et aux attaques, parce qu'il soutenait le Conseil Permanent créé en 1775. Ce premier gouvernement collégial digne de ce nom dans l'histoire de la Pologne, fut d'ailleurs assez peu efficace, ce qui ne l'empêcha pas d'être fort impopulaire.

L'opposition antiroyale dont prendra naissance, un peu plus tard, le fameux «parti patriotique» fortifiait volontiers son «républicanisme» par des références aux *Considérations sur le gouvernement de Pologne* de Rousseau (écrites en 1771, publiées en 1782). En effet, le philosophe genevois combla de louanges la tradition libertaire et unanime ainsi que la décentralisation enracinées profondément dans la vie publique et dans la culture politique de la Pologne nobiliaire.

Jusqu'à la fin des années quatre-vingts du XVIII^e siècle, le parti patriotique fut marqué par des tendances nettement anticentralistes. De tous les abus du régime anarchisant en vigueur, il en appela à la démocratie directe rousseauiste. Tout paradoxal que cela puisse paraître, on exorcisa la tradition anarchique par une orientation libertaire. Le parti patriotique croyait devoir chercher l'esprit civique et le patriotisme dans la province, même reculée, car la vertu républicaine semblait trouver refuge hors des grandes villes («L'expérience m'apprend que les mœurs civiques se retirent de la capitale» — déclara le leader des «patriotes», Ignacy Potocki). Par conséquent, on proclama une doctrine politique suivant laquelle la source du pouvoir de la République nobiliaire résidait dans les diétines terrestres. La Diète devait se composer de leurs mandataires s'en tenant fidèlement aux instructions adoptées par la noblesse réunie en diétines.

On préconisa également une réduction notable des compétences du pouvoir exécutif qui devait être soumis au contrôle des diétines. D'autre part, cette suprématie des diétines locales sur la Diète et sur l'administration devait aller de pair avec une rationalisation importante de leur fonctionnement.

II

Comment donc expliquer cette sensibilité réformatrice caractérisant le climat politique polonais dans les années soixante-dix et quatre-vingts du XVIII^e siècle? Le pays venait de sortir définitivement du marasme culturel de la première moitié du siècle; les Polonais (recta: les élites polonaises) avaient maintenant un plus large accès aux Lumières. Il ne faut pas, cependant, perdre de vue les autres aspects du problème. Nous venons d'évoquer le quasi-protectorat russe sur la

Pologne, haï par les esprits éveillés polonais de l'époque. Après le choc du premier partage (1772), à cette haine s'ajouta le pressentiment très vif d'un immense danger extérieur menaçant la Pologne, à savoir un pressentiment de la perte totale de l'indépendance politique. Dans une situation pareille les projets réformistes prenaient l'allure d'une invitation ou même d'un appel insistant à l'activité publique apte à faire disparaître ce péril. Il fallait absolument en finir avec l'anarchie politique dont les puissances voisines avaient déjà tiré parti en 1772 pour démembrer la Pologne; un tiers de son territoire est passé alors sous la domination étrangère.

Ce qui manquait encore — et depuis longtemps — c'était une situation internationale favorable à l'entreprise réformatrice. La Russie, l'Autriche et la Prusse s'opposaient, en bonne intelligence, aux réformes institutionnelles en Pologne, aidées en cela par les magnats polonais conservateurs. L'obstacle fut infranchissable.

Les circonstances ne changèrent qu'en 1787, avec l'engagement de la Russie dans la guerre, difficile et coûteuse, contre les Turcs et les Suédois. L'Autriche se plaça aux côtés de la Russie dans la guerre turque, la Prusse, par contre, se trouva dans le camp opposé et tenta de se concilier la Pologne en vue d'une grande coalition antirusse sous l'égide de Londres et de Berlin. Le gouvernement prusse ayant déclaré son approbation aux réformes politiques en Pologne, la République nobiliaire a recouvré sa liberté d'action. En 1789 le retrait des garnisons russes du territoire polonais marqua la fin de la tutelle tsariste.

Les réactions de l'opinion polonaise furent euphoriques. On a compris le prix de ce moment unique. Le préambule à la Constitution du 3 mai garde les traces de cet enthousiasme; «On a voulu profiter du temps opportun que traverse l'Europe»; les auteurs de la Constitution «ont agi libres de tout ordre humiliant d'une force étrangère...».

Mais cette euphorie, bien compréhensible, n'a pas épargné à la Grande Diète (1788 —1792) des discussions aussi longues que stériles. L'opposition conservatrice, au commencement des travaux de la Grande Diète, ne visait point à réformer l'État mais, tout bonnement, à prendre le pouvoir, et cela non sans appui de la Russie.

Face à cette opposition défendant très bruyamment les libertés cardinales de la noblesse, le parti patriotique resta fidèle à ses conceptions anticentralistes et «républicaines». Les «patriotes» firent dissoudre, au début de la Grande Diète, le Conseil Permanent. Après avoir aboli ainsi le gouvernement central, la Diète — organisme lourd, lent, peu efficace — dut assumer non seulement la législation, mais aussi, en grande partie, l'administration du pays. Les projets constitutionnels du chef des «patriotes», Ignacy Potocki, favorisaient le développement d'un large *selfgovernment* local confié aux diétines et monopolisé pratiquement par la noblesse de province. Les diétines devaient dominer la Diète obligée de s'en tenir à leurs instructions. Potocki percevait les diétines comme la source essentielle de la souveraineté nationale.

Ces idées «républicaines» furent adoptées par le *Projet d'une [nouvelle] forme de gouvernement* préparé en 1790 par une commission spéciale de la Grande Diète. Dans ce document le gouvernement central («la Garde des Lois» qui devait remplacer le Conseil Permanent aboli) avait des compétences fort réduites. L'administration locale devenait entièrement autonome: le pouvoir central n'avait

pratiquement aucune prise sur les autorités locales. Le roi devait être un chef d'État purement symbolique et décoratif.

Malgré son «républicanisme» très poussé, le *Projet* de 1790, ouvrage fort détaillé, incohérent, sophistiqué n'a pas suscité d'enthousiasme parmi les députés de la Diète. Après quelques mois d'une discussion assez triède, on a cessé de s'en occuper.

À la fin de 1790, les leaders du parti patriotique ont changé d'orientation. Ce revirement des «patriotes» s'est produit sous l'impression de l'attitude des diétines réunies en novembre: leurs instructions pour les députés à la Diète nouvellement élue (qui devaient redoubler le nombre des députés) témoignaient d'une grande méfiance à l'égard de la réforme d'État. Les «patriotes» se rapprochèrent maintenant de Stanislas-Auguste, partisan persuadé — et persuasif — d'une monarchie constitutionnelle «à l'anglaise» pourvue du pouvoir exécutif modéré mais efficace et assurant la suprématie de la Diète sur les diétines.

L'alliance du parti patriotique avec le roi a exercé une influence décisive sur la réforme institutionnelle. La Constitution du 3 mai consacra (à quelques exceptions près) le triomphe des conceptions de Stanislas-Auguste. Le rôle primordial joué par le roi dans la formation du texte constitutionnel est aujourd'hui solidement prouvé.

II

Les politiciens réformistes polonais se tournaient avec prédilection vers les idées sociopolitiques des Lumières. Dans les discussions sur la réforme institutionnelle, on évoquait Rousseau et Montesquieu, Franklin et la République des États-Unis, la Révolution française enfin: Ignacy Potocki, avant de rédiger son projet pour la nouvelle forme de gouvernement, a tenu à lire tous les grands discours prononcés à l'Assemblée nationale française. Même les idées fort radicales trouvaient des partisans convaincus dans les milieux éclairés polonais.

Mais les réformateurs rassemblés dans la Grande Diète et autour d'elle furent réalistes. Ils savaient très bien que la grande masse de la noblesse — quelque 8% de la population du pays — n'était pas encore prête à accepter une réforme trop radicale, c'est-à-dire une restructuration de l'État abolissant la suprématie séculaire des nobles et transformant l'État des bien-nés en l'État des propriétaires. Les réformateurs polonais se rendaient parfaitement compte de la faiblesse des villes (les exceptions en étaient rarissimes); de ce fait, la bourgeoisie polonaise n'était pas en mesure de donner un appui décisif à la réforme de l'État. Dans l'opinion des esprits éclairés le paysan — asservi, misérable, illettré — restait encore inactif comme force politique constructive. Enfin, on prenait en considération la puissance des magnats conservateurs toujours prêts à renouer une alliance avec Saint-Petersbourg.

Tout compte fait, les auteurs de la Constitution du 3 mai ont choisi une voie de compromis entre les traditions de la République nobiliaire et les principes du constitutionnalisme moderne. Ce ne furent pas les idées de Rousseau (dont on sent d'ailleurs l'influence dans la loi constitutionnelle du 3 mai) mais plutôt les opinions de Montesquieu (liberté modération, séparation des pouvoirs...) qui présidèrent à l'ensemble de la construction constitutionnelle.

Cela ne veut pas dire que les publicistes de l'époque aient renoncé totale-

menet à l'idée d'une rupture radicale avec le passé. «Après avoir libéré le peuple du joug étranger — déclama un publiciste anonyme au début du travail constitutionnel — il faut se mettre à l'œuvre, et sans retard, pour détruire cet immense et antique édifice de notre ancien gouvernement». Ne nous méprenons pas: ce ne fut que de la rhétorique. Le dilemme bien connu des innovateurs: redresser les torts et supprimer les abus, ou bien «du passé faire table rase» — fut en Pologne résolu d'avance en faveur de l'option modérée. Ces deux conceptions, qui nous semblent nettement antinomiques, n'étaient d'ailleurs pas, dans le discours politique d'alors, rigoureusement séparées.

Dans ce discours très forte fut la foi dans les vertus du constitutionnalisme rationnel: en voilà un trait commun aux constitutions de Varsovie, de Paris et de Philadelphie. Mais vers la fin du XVIII^e siècle on n'avait pas une vue bien arrêtée de ce qu'il convenait de mettre dans une constitution. Celle des Etats-Unis, dans sa forme primitive (avant l'adoption de dix amendements datant de 1791) se concentra sur l'organisation des pouvoirs publics. Par contre, la constitution polonaise et les constitutions françaises de la période révolutionnaire (celle de 1791, de 1793 et, tout spécialement, celle de 1795) dépassaient délibérément ce cadre strictement institutionnel. La société civile y est bien présente, les dispositions concernant les pouvoirs publics y côtoient des règles touchant la vie sociale, économique, religieuse.

Les différences entre la constitution française de 1791 et celle du 3 mai sont, bien entendu, énormes. La Constituante française a tenu à accentuer plus la repture et beaucoup moins la continuation. Ceci explique, dans la constitution française de 1791, le martèlement de la formule, à la fois incantatoire et libératrice, «il n'y a plus» (il n'y a plus de féodalité, de noblesse, de corporations...). Dans la Constitution du 3 mai on distingue aussi, derrière plusieurs dispositions, des abus de l'ancien système politique dont on ne veut plus: anarchie, ingérences étrangères dans les affaires polonaises, impuissance du pouvoir exécutif, tradition unanimitaire mal comprise et très mal appliquée (par la voie de *liberum veto*)... Mais entre le passé et le système sociopolitique à venir il n'y a quand même pas de coupure.

IV

Force est de constater que l'attitude des auteurs de la Constitution du 3 mai face à la tradition nationale fut multidimensionnelle.

1. La Constitution faisait l'appel d'une tradition assez récente à une tradition plus profonde.

La monarchie élective a été remplacée par la royauté héréditaire, la succession de Stanislas-Auguste ayant été assurée à la dynastie saxonne des Wettins. Ce retour à la tradition médiévale d'une monarchie héréditaire fut bien rationnel car chaque période d'interrègne et chaque élection du roi occasionnaient en Pologne des rivalités de magnats et des ingérences étrangères souvent sanglantes. Dans son projet constitutionnel Stanislas-Auguste évoqua, comme un des motifs essentiels du retour à la tradition moyenâgeuse, «la mémoire de la grandeur et du bonheur de notre patrie à l'époque des rois héréditaires».

L'opinion nobiliaire, très libertaire et toujours soupçonneuse, n'était pas fa-

eile à convaincre. «La succession du trône — déclamaient un député à la Grande Diète — ne pourra mener le pays qu'au despotisme incontrôlable»... On citait avec prédilection l'opinion tirée des *Considérations sur le gouvernement de Pologne* de Rousseau: «On a proposé de rendre la Couronne héréditaire. Assurez-vous qu'au moment que la loi sera portée, la Pologne peut dire adieu pour jamais à sa liberté».

C'était le grand penseur et co-auteur de la Constitution du 3 mai, Hugo Kołłątaj, qui répliquait: «Partout dans le monde un roi peut autant que son peuple lui permet... Chaque nation dispose de nombreux moyens pour s'opposer au despotisme du monarque. Une bonne constitution, l'éducation et la vertu sont les meilleurs gardiens de la liberté».

En définitive, selon la Constitution du 3 mai le roi n'était pas, comme auparavant, une portion intégrante du pouvoir législatif (la séparation des pouvoirs oblige!). Et, tout en proclamant la suprématie de la Diète sur le pouvoir exécutif on n'a pas voulu le confier en entier au monarque. Le roi devait nommer les ministres et présider le pouvoir exécutif suprême («la Garde des Lois»); pour tout acte royal un contreseing ministériel n'en demeurait pas moins nécessaire. Le pouvoir du roi se rapprocha du modèle britannique.

2. La Constitution du 3 mai maintient parfois un principe traditionnel tout en changeant son application.

L'idée de la souveraineté nationale n'était point une idée neuve en Pologne, bien qu'elle ait été entendue en règle générale comme limitée à la noblesse. Ignacy Potocki constatait dans une lettre privée: «Dans notre projet on ne parle que de la nation et des citoyens: mais en réalité la nation c'est l'ordre équestre et les citoyens ce sont les nobles». La souveraineté nationale trouvait son expression institutionnelle dans le pouvoir législatif suprême appartenant aux nobles; parmi les réformateurs n'est jamais apparue la suggestion que la nation devait renoncer à sa souveraineté au profit du pouvoir monarchique renforcé.

Nous venons de signaler que, dans la pensée politique des «patriotes», la souveraineté nationale émanait des diétines terrestres. Dans le projet du parti patriotique la Diète devait contrôler le pouvoir exécutif aux compétences très réduites, et les diétines devaient dominer la Diète. Écoutons l'un des plus pénétrants idéologues du parti patriotique, Hugo Kołłątaj: «Les députés élus dans le voïvodies [c.-à-d. par les diétines] ne peuvent pas et ne devraient pas agir de leur propre autorité. Ils sont tenus par les instructions de leurs voïvodies et ne peuvent rien se permettre de plus... Les instructions des voïvodies devraient être sacrées pour le législateur et pour le gouvernement. Elles devraient être une règle rigoureuse de l'activité des députés afin que les décisions d'un député, allant à l'encontre des instructions ou les outrepassant, soient considérées comme nulles et n'engageant en rien sa voïvodie. Si une question surgit pour laquelle le député n'est pas muni d'instruction, il doit se rendre sans délai dans sa voïvodie et en attendre les décisions appropriées. S'il osait un jour outrepasser les instructions, la voïvodie aurait le droit de révoquer ce député et... en élire un autre à sa place».

Dans un tel système, la Diète devait voter non par la majorité des voix, mais par «la majorité des instructions». La «démocratie équestre» se rapprochait, de cette façon, du modèle de la démocratie directe si chère à Jean-Jacques Rousseau.

C'étaient le bon sens et la persévérance du roi Stanislas-Auguste qui aboutirent finalement à la suppression du mandat impératif et limitatif (*potestas limitata*) liant les mains des députés. La Constitution du 3 mai a transformé le député à la Diète, prisonnier de sa diétine, en représentant de la Nation toute entière. Les instructions ont perdu leur caractère impératif. Une évolution pareille eut lieu en France où les députés à l'Assemblée nationale ont cessé d'être les délégués des communautés traditionnelles pour devenir les représentants de la Nation: en «révolutionnant» la nature de la souveraineté ils ont annulé — non sans collaboration de Louis XVI — les mandats impératifs.

En définitive, la souveraineté nationale, au cœur de laquelle se trouvait le pouvoir de légiférer, s'accommodait, avec la Constitution du 3 mai, du régime représentatif moderne. La démocratie directe dont les diétines furent une expression anarchisante disparaissait devant le système parlementaire. La Diète a été libérée de la suprématie des «voïvodies»; le bicamérisme resta, mais le Sénat — bastion des magnats — se vit perdre beaucoup de ses compétences. La responsabilité politique des ministres devant la Diète, instituée par la Constitution du 3 mai, fut alors sur le continent européen une nouveauté absolue.

3. La Constitution du 3 mai confirmait parfois une tradition tout en annonçant son élargissement.

Dans ses *Considérations sur le gouvernement de Pologne* Jean-Jacques Rousseau constatait qu'en Pologne «Les nobles sont tout, les bourgeois ne sont rien, les paysans sont moins que rien». Or, les auteurs de la Constitution du 3 mai se rendaient compte de ce que le bourgeois polonais, qui «n'était rien», voulait «devenir quelque chose» et que le paysan ne pouvait demeurer éternellement dans son état de nullité sociale. Ils désiraient sincèrement rattraper le retard des Polonais sur les sociétés plus évoluées et améliorer l'image de la Pologne — assez mauvaise, il faut bien le dire — dans l'opinion éclairée de l'Europe.

Comment expliquer alors cette prudence pusillanime avec laquelle ils ont abordé les problèmes sociaux? Comment concilier leur affirmation des droits naturels de l'homme, liberté et égalité, avec le maintien de la société des ordres et du servage des paysans?

Nous venons d'évoquer le réalisme avec lequel les réformateurs polonais dressaient le bilan des forces sociales en présence. Ajoutons-y encore la volonté de protéger leurs intérêts propres et la peur d'être accusés, par l'opinion nobiliaire, de subvertir l'ordre social. Mais le problème avait aussi des aspects plus profonds. On comprenait assez bien toute la complication du dilemme rousseauiste: comment harmoniser la liberté avec l'obéissance aux lois, l'émancipation de l'individu avec sa docilité. On savait très bien que Rousseau lui-même, dans ses *Considérations...*, aborda la question paysanne (abolition du servage, amélioration des droits des paysans à la terre qu'ils exploitaient) avec une très grande prudence.

En définitive, on adopta la stratégie d'une révolution pacifique et progressive. Au lieu d'abolir les privilèges de la noblesse, à la manière des Français, on s'imagina un élargissement graduel de la liberté nobiliaire sur la roture, à commencer par les bourgeois aisés des grandes villes.

La Constitution du 3 mai confirma les privilèges des nobles et leur donna une assurance solennelle de l'inviolabilité de leurs fortunes: de cette façon on

s'efforça d'exorciser le spectre d'une révolution à la française. En ce qui concerne la promotion sociopolitique de la bourgeoisie deux conceptions différentes s'affrontèrent. Stanislas-Auguste plaida énergiquement la cause des villes, mais il percevait l'accession de la bourgeoisie au pouvoir (sa propre représentation dans la Diète, sa participation au gouvernement, son accès aux offices) comme une élévation progressive d'un ordre ayant une personnalité sociopolitique propre. Cette conception échoua et la Constitution admit, en fin de compte, une participation très limitée des bourgeois aux pouvoirs publics; en récompense, un procès de l'anobissement progressif des bourgeois fut annoncé. On décida de faire entrer en masse les élites bourgeoises — celles de la richesse, du mérite, du talent — dans la communauté nobiliaire fondée sur le privilège. De cette manière, au lieu de supprimer les privilèges on a voulu les disséminer en élevant la roture au rang de la noblesse.

Le courant vers une amélioration progressive de la condition paysanne fut amorcé avec une prudence extrême. La Constitution du 3 mai ne proclama dans ce domaine que des promesses bien vagues et des décisions tout à fait insignifiantes. Stanislas-Auguste lui-même, tout sensible qu'il ait été à l'image de la Pologne dans les milieux éclairés de l'Europe, n'en a pas moins professé une théorie bien commode de la minorité socioculturelle des paysans polonais. Il compta avant tout sur les seigneurs éclairés et vertueux aptes à améliorer la condition paysanne de leur plein gré.

4. Enfin, la Constitution abolissait purement et simplement certaines traditions réputées pernicieuses.

Le point crucial de la réforme institutionnelle ce fut la réorganisation de la Diète et la suppression de *liberum veto* qui, au XVIII^e siècle, avait paralysé en Pologne toute activité parlementaire. Par le *liberum veto* on comprenait le droit accordé à chaque député de faire valoir son opposition individuelle contre tout projet déposé à la Diète pouvant léser les droits et les libertés de la noblesse. La mise en marche du *veto* entraînait non seulement la chute du projet contredit, mais aussi la rupture des travaux de la Diète et l'anéantissement de toutes les décisions antérieures pour lesquelles tout le monde s'était déjà mis d'accord.

Or, le *liberum veto* fut une institution coutumière ou même, selon la formule célèbre du penseur polonais de l'époque, Stanislas Konarski, «une illégalité coutumière». Par conséquent, la lutte contre le *liberum veto* devenait inéluctablement une lutte contre la coutume, en faveur de la supériorité absolue de la loi écrite.

Le *liberum veto*, proclamé à la fin du XVII^e siècle une des libertés cardinales de la noblesse (*specialissimum ius cardinale*), critiqué au XVIII^e siècle par des penseurs et des hommes d'État plus éclairés, fut finalement éliminé de la vie politique polonaise par la Constitution du 3 mai. Sa disparition, allant de pair avec une réduction sensible du rôle des diétines, marqua la fin de l'utopie d'une démocratie nobiliaire directe; utopie à la fois irréalisable dans un très grand pays et pernicieuse à l'époque du rebondissement de l'individualisme et de l'égoïsme chez les nobles. La disparition de cette utopie constituait, après une fort longue maladie du pays (*morbus comitialis*) un signe réconfortant de la convalescence.

V

L'idée d'une suprématie de la loi écrite sur le droit coutumier s'inscrivait dans le vaste programme de la modernisation dont l'acte du 3 mai constituait la clé de voûte. La Grande Diète, en effet, ne se borna pas à l'acceptation (assez hâtive et pas très régulière: nous y reviendrons) du texte constitutionnel. Elle vota des lois organisant à nouveau les pouvoirs publics (lois sur l'administration des voïvodies et districts, sur les villes, sur les diétines, sur l'organisation des ministères etc.). Elle élit également une commission spéciale qui devait mettre au point des projets du code civil et du code criminel. Si ce programme pouvait être réalisé, il n'aurait pratiquement presque rien resté à la coutume.

Quelques semaines après l'acceptation de la Constitution, Hugo Kołłątaj ébaucha à la Diète une théorie audacieuse de quatre constitutions. Il en emprunta certains éléments au grand juriste italien de l'époque, Gaetano Filangieri. La Constitution du 3 mai fut présenté par l'orateur comme un code des principes politiques et comme une *conditio sine qua non* des réalisations législatives ultérieures. Une constitution économique devait suivre à tour de rôle, pour faire consolider les propriétés, protéger le travail et promouvoir l'agriculture, l'industrie, le commerce. Ensuite, une constitution morale devait satisfaire aux besoins de la société dans les domaines de l'instruction et de l'éducation nationale, l'instruction ayant à former les facultés intellectuelles des Polonais et l'éducation — leur caractère national. Enfin, la quatrième constitution proposée par Kołłątaj devait codifier tout le droit civil, criminel et processual. La catastrophe de l'État a fait échouer ces projets ambitieux.

Ajoutons encore que la Constitution du 3 mai et la législation de la Grande Diète étaient (à quelques exceptions près) un progrès visible non seulement quant à leur contenu, mais aussi quant à la forme et la technique législative. Ces derniers grands monuments législatifs de la Pologne indépendante se distinguaient — par rapport à la législation antérieure — par leur clarté et la précision de leurs conceptions. Ils ont rompu avec la prolixité baroque et la confusion intellectuelle, avec la vaine ornementation et la phraséologie latine qui caractérisaient auparavant la législation polonaise. L'ordre, la clarté, la discipline intellectuelle font de cette dernière manifestation de l'ancienne législation polonaise un «monument du classicisme», pour employer la formule de notre éminent historien Bogusław Leśnodorski.

VI

À l'encontre de la constitution américaine, élaborée par la Convention de Philadelphie après une discussion animée et franche, ainsi qu'à l'encontre de la constitution préparée labourieusement par l'Assemblée nationale française — la constitution du 3 mai fut rédigée en secret. Les travaux commencèrent en décembre 1790 et quatre personnes seulement y ont joué, au premier abord, un rôle actif: le roi Stanislas-Auguste, son secrétaire, abbé italien Scipio Piattoli, chef des «patriotes» Ignacy Potocki et Hugo Kołłątaj, très lié avec le maréchal de la Grande Diète Stanislas Małachowski. Un peu plus tard les discussions se prolongèrent dans un groupe restreint de quelques dizaines d'initiés. Nous devons une reconstruction détaillée de ces travaux à deux grands «dix-huitiémistes»

polonais, feus MM. Bugusław Leśnodorski et Emanuel Rostworowski dont j'évoque ici les noms avec émotion et reconnaissance.

La Diète et l'opinion publique étaient tenues à l'écart de ces discussions confidentielles. Les initiés ont voulu faire passer la Constitution d'un seul coup en enlevant le vote de la Diète par surprise. Ce qui fut fait le 3 mai 1791, après une escarmouche oratoire avec quelques députés conservateurs. Le succès de cette «révolution d'en haut» fut facilité par des rélations alarmistes sur la situation internationale de la Pologne qui, en effet, commença à se détériorer. Ajoutons encore que la décision adoptée le 3 mai 1791 d'une manière pas trop régulière fut convalidée deux jours plus tard par une déclaration solennelle de la Diète.

Ni Stanislas-Auguste ni les «patriotes» ne considéraient la Constitution du 3 mai comme le dernier mot de la sagesse politique. Ils la percevaient comme une forme de gouvernement susceptible de modifications dans un avenir plus ou moins lointain. Les divergences dans son appréciation n'en étaient pas moins notables. Le roi considérait l'acte du 3 mai comme une réalisation, loin d'être parfaite, de cette monarchie constitutionnelle qui était au cœur même de son entreprise réformatrice. Il désirait stabiliser ce système politique, tout au moins jusqu'à la fin de son règne.

Le dessein des «patriotes» était différent. Il témoignait d'une imagination aussi puissante qu'utopique. La conception d'Ignacy Potocki s'inscrivait dans la perspective de la «régénération», de la «création d'un peuple nouveau». À cette fin du XVIII^e siècle la régénération de l'homme était loin d'être une idée neuve. Les grands esprits des Lumières rêvaient depuis longtemps de la reconstitution d'une nouvelle innocence, de la recréation d'un homme nouveau.

Or, Ignacy Potocki, homme d'une grande culture, considérait le système monarchique créé par la Constitution du 3 mai comme un instrument de la formation de cette race nouvelle des Polonais, vertueuse et républicaine. Les idées du «républicanisme», de la démocratie quasi-directe, de l'essor des vertus civiques n'ont pas été abandonnées par l'élite des «patriotes». Mais on en arrivait à la conclusion que l'homme nouveau, vertueux et républicain, devait être patiemment ouvré.

La voie qui mène des lois aux moeurs est la seule imaginable. Et la Constitution du 3 mai n'est rien d'autre qu'un moule travaillant la matière sociale, résistante et pourtant malléable, afin qu'elle prenne la forme souhaitée. Après 20 ou 30 ans ce système monarchique, nécessairement imparfait, devait céder la place à l'Etat libre, fondé sur les vertus civiques et sur la morale simple de la république.

*

La catastrophe de l'État polonais a mis fin à ces espérances. La Constitution du 3 mai n'en resta pas moins dans la mémoire collective de la nation. La persistance de sa légende tout au long des XIX^e et XX^e siècle ne doit pas nous étonner. On percevait la Constitution du 3 mai comme le dernier effort, honnête et réaliste, d'une modernisation de l'État mortellement menacé. Et comme une expression de la volonté souveraine des Polonais «libres de toute contrainte humiliante d'une force étrangère».

C'était admirable. Et c'était encore à recommencer.

THE RIGHT TO A FIRM AND ITS PROTECTION

Ryszard Skubisz*

I. INTRODUCTION

The law on firms is composed of a set of norms dispersed over many different legal acts and regulating the registration, use, disposition and protection of a firm. Of greatest importance are the provisions of Art. Art. 26 — 38 of the commercial code which form a specific historically shaped general whole. Detailed questions are dealt with i.a. by Art. 43 of the civil code in connection with Art. Art. 23 and 24 of the civil code: Art. 12 of the act of 23 December 1988 on economic activity¹; Art. 2 of the act of 2 July 1926 on fighting unfair competition²; Art. 14 of the act of 31 January 1985 on trade marks³; Art. 8 of the convention of 20 March 1983 on protection of industrial property⁴; and ordinance of the Minister of Justice of 1 July 1934 on trade register⁵.

The present paper aims at presenting the problems relating to the right to a firm and its protection, an area that gains a greater and greater importance in the commercial practice. This is manifested not only by the constantly growing number of commercial companies but also by the recently passed judicial decisions concerning protection of the firm⁶. The process of application of the law meets with certain difficulties, caused to some extent by the absence of opinions passed currently by the doctrine⁷. The literature from between the two World Wars, most valuable for the present practice in the field of companies as it is, proves not too useful with respect to the problems of the firm.

A firm as the name under which a registered dealer runs an enterprise is

* Professor of Civil Law at the University Maria Curie-Skłodowska of Lublin.

¹ „Journal of Laws”, No. 41, item 332 with subsequent changes.

² Uniform text: „Journal of Laws”, 1930, No. 56, item 467.

³ „Journal of Laws”, No. 5, item 17.

⁴ The Stockholm text of the convention of 14 July 1967 was ratified by Poland in 1975 („Journal of Laws”, 1975, No. 9, items 51—52).

⁵ „Journal of Laws”, No. 59, item 511 with subsequent changes.

⁶ See e.g. judgement of the Supreme Court of 26 October 1991, II CR 753/90 with a gloss by R. Skubisz, „Przeegląd Sądowy” (forthcoming); judgement of the Court of Appeal in Poznań of 22 November 1991, A Cr 400/90. „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych”, 1991, No. 1, pp. 27 — 29.

⁷ For recent discussion of protection of the firm, see: S. Włodyka, in: *Prawo spółek [The Law on Companies]*, Kraków 1991, pp. 209 ff; M. Jakubek, R. Skubisz, in: *Zarys prawa spółek [The Law on Companies: An Outline]*, Lublin 1992, pp. 28 ff.

protected under Art. 37 of the commercial code; as the name of a legal person (defective legal person), it is protected under Art. 43 in connection with Art. Art. 23 and 24 of the civil code; finally, as the designation of the enterprise, it is given the protection of Art. 2 and Art. 3 of the act on fighting unfair competition. Discussed presently will be the right to a firm as regulated by the commercial code, the act on fighting unfair competition, and the civil code.

II. THE RIGHT TO A FIRM AND ITS PROTECTION IN THE COMMERCIAL CODE

According to Art. 26 §1 of the commercial code, a firm is the name under which a registered dealer runs an enterprise. From this definition alone, certain constitutional features of the notion of a firm follow, relating to the subject entitled to a firm, the object of the enterprise, and the name (designation).

The notion of a registered dealer embraces *de lege lata* a general partnership firm, limited partnership⁸, a limited liability company and a joint stock company⁹. Therefore, state enterprises, cooperatives, foundations, associations, non-commercial partnerships etc. are not registered dealers, and the names under which they run enterprises cannot be treated as firms. Moreover, a firm's sole point of reference is the activity of a registered dealer as an enterprise. Thus activity that is not professional or yields no profit cannot be distinguished by a firm. The firm is a name, that is a verbal designation: graphic or phonic signs cannot be registered as firms. Finally, the designation under which a registered dealer runs an enterprise only acquires the nature of a firm upon its due entry in the register. This concerns also an enterprise run by general partners. Admittedly, such partners can run a larger enterprise without registration in the trade register; yet the designation of that enterprise only acquires the nature of a firm upon its submission and registration, provided the required conditions have been met. With respect to the remaining types of commercial partnership, entry in the register is at the same time the condition of both the company's existence and of its designation being given the nature of a firm.

What is of importance from the viewpoint of application of the law on firms is the question of the firm's reference. The point here are its functions in the trade turnover: is it used to distinguish a registered dealer (general, limited or complementary partners, a limited liability or a joint stock company), the enterprise run by that dealer, or perhaps both the dealer and his enterprise?¹⁰ This latter interpretation seems correct to the present author, as it includes the purpose of formation of a commercial company and best conforms with the valid legal regulation. After all, a commercial company is formed with the aim to pursue

⁸ The act of 31 August 1991 on amending the commercial code („Journal of Laws”, No. 94, item 418) reintroduced the institution of limited partnership in Polish law.

⁹ See: Art VI §1 of the executory provisions of the civil code in connection with Art. 5 of the commercial code.

¹⁰ On this subject see i.a.: S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań. Część szczegółowa* [The System of Civil Law. The Law on Liabilities. Special Part], Vol. III, Part 2, Ossolineum, Wrocław 1976, pp. 848 ff.; J. Koczanowski, *Zakres i środki ochrony dóbr osobistych osób prawnych* [The Range and Means of Protection of Personal Interests of Legal Persons], in: *Dobra osobiste. Zagadnienia wybrane* [Personal Interests. Selected Problems], Warszawa 1986, pp. 281 ff.; Jakubek, Skubisz, *op. cit.*, p. 24.

economic activity (to run an enterprise); its existence is justified as long as the enterprise exists. Is the enterprise sold (Art. 34 of the commercial code), the company should start a new one; otherwise, its legal existence becomes pointless. Individualizing a legal person (limited liability or joint stock company) or a defective legal person (general or limited partnership), a firm also individualizes the activity pursued by those persons with the help of an organized set of material and non-pecuniary means (enterprise). Basing on the linguistic interpretation only, each of the above opinions can be upheld in the light of the law in force. Of fundamental importance here, though, is Art. 26 of the commercial code which rather explicitly expresses the idea of a firm's double point of reference. As can be concluded from the relation between a legal (defective legal) person and an enterprise, indicated in that provision, a firm is a uniform legal interest relating to person and property¹¹. To the extent to which it relates to the subject, it bears the features of a personal interest; on the other hand, it is also a property interest due to its relation to the enterprise.

A registered dealer has the right to use the firm for individualization of his enterprise in the trade turnover, and also in proceedings before the courts and administrative agencies. Generally, such use consists in inclusion of a given designation in all documents and in its use in advertising.

The range of this right is defined rather precisely. Art. 35 §1 lays down the requirement of sufficient distinguishability of each new firm from other firms in that same locality that have already been entered in or submitted to the commercial register.

The right of a registered dealer is guaranteed by claims mentioned in Art. 37 of the commercial code. The claims are effective with respect to an unlimited number of persons who might or actually do use the firm illegally. Therefore, they are effective *erga omnes*.

Generally, the right to a firm is a civil subjective right, an unconditional personal and property interest which is effective *erga omnes* a right which consists in the possibility to use the firm with the aim to individualize a registered dealer and his firm in the turnover. It arises upon the passing of a decision to enter a firm (and a commercial company) in the register, and expires the moment the decision of the registration court to strike off the entry or to dissolve the partnership becomes final and valid^{11 12}. The use of a firm is basically of no importance for the emergence of the right to a firm and its protection in the light of the commercial code.

As follows from provisions of the code, a firm (the right to a firm) is infringed if a third person illegally uses a designation which is not sufficiently different from a firm in the same locality that has already been entered in (submitted to) the register (Art. 37 in connection with Art. 35 §1 of the commercial code). Infringement of the right to a firm occurs if all of the following conditions are met:

1. The use of a designation identical to another person's firm. Therefore, under Art. 37 of the commercial code, no infringement occurs in the case of

¹¹ Also S. Sołtysiński seems to aim in this direction in his review („Państwo i Prawo”, 1987, No. 2, p. 105) of the book *Dobra osobiste. Zagadnienia wybrane, op. cit.*, edited by J. S. Piątkowski, Warszawa 1986.

¹² See also: Jakubek, Skubisz, *op. cit.*, p. 25.

using a similar designation (e.g. emblem) which does not impress third persons to aim at individualization of the company and its enterprise. What speaks for as narrow an interpretation of the use of a firm is Art. 37 of the commercial code which provides that a harmed person may demand discontinuance of a further use of a firm. This provision concerns the use of a given designation both in the trade turnover and in proceedings before the court and administrative agencies. Instead, the provision of Art. 37 of the commercial code does not apply to the use of a given designation in academic textbooks, scientific literature, the press etc.

2. Illegal use of another person's firm¹³. In the light of the quoted provision, illegality should be interpreted as inability effectively to contest the person entitled to a firm with one's own right to use a given designation, resulting from a contract of licence or franchise, the right to the family name etc.

3. The use of a designation identical with another person's firm takes place in the same locality (in the present judicial practice, this means the district of a given registration court)¹⁴.

4. The use of another person's firm which does not differ sufficiently from the firms entered in the register. The discussed right is therefore not infringed in the case of qualified dissimilarity of the designation used as compared to a registered firm. A designation is dissimilar if it cannot possibly be mistaken for that firm by a person of the average abilities in the sphere of perception. Of importance here are the reactions not only of an average buyer of the given goods and services but also of the staff of courts, post offices, revenue boards etc., i.e. all those who come across that designation. In the course of proceedings, the defendant's designation has to be compared with a firm entered in the commercial register. The enterprise's field of activity is irrelevant here. Thus in the light of the discussed provisions, an enterprise that trades in citrus fruits can infringe the right to a firm enjoyed by another enterprise into maintenance and repairs of sewing machines. Therefore, the element of distinguishability secures a much greater objective protection to a company bestowed with the right to a firm than Art. 2 of the act on fighting unfair competition which uses the prerequisite of danger of misleading the recipients as to identity.

As has been stated before, the meeting of all the above conditions enables the harmed person to institute an action regarding an infringement of his right to a firm under Art. 37 of the commercial code. Instead, the use of a firm by the entitled person is not a prerequisite of an effective claim. In the situation when such entitled person has not been using his firm in the trade turnover for many years, the defendant may successfully defend himself in the proceedings accusing the plaintiff of abusing the subjective right (Art. 5 of the civil code).

According to Art. 37 of the commercial code, the person entitled to a firm may demand discontinuance of a further illegal use of a firm. His claim expires upon the infringing person's actual discontinuance of such illegal conduct. As follows from the discussed provision, the entitled person may vindicate fur-

¹³On this subject see: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz [Commercial Code. A Commentary]*, Kraków 1936, reprinted: Bytom 1990, Vol. 1, pp. 49 ff; S. Wróblewski, *Komentarz do kodeksu handlowego [Commercial Code. A Commentary]*, Part 1, Kraków 1935, pp. 90 ff; M. Allerhand, *Komentarz. Kodeks handlowy [Commentary. Commercial Code]*, Lwów 1935, reprinted: Bielsko-Biała 1991, Vol. 1, pp. 63 ff.

¹⁴Jakubek, Skubisz, *op. cit.*, p. 27.

ther-reaching claims provided for by other provisions. This statement has a two-fold meaning. First, it informs explicitly that the entitled person may lodge a complaint under Art. 43 in connection with Art. Art. 23 and 24 of the civil code and Art. 2 of the act on fighting unfair competition provided the conditions contained in those provisions have been met. Second, it enables the entitled person to claim compensation under provisions of the civil code or to lodge a complaint regarding unwarranted profit in the case of infringement of the right to a firm under provisions of the commercial code.

The fact has to be stressed that, if all the above mentioned conditions have been met, the registration court may *ex officio* undertake action aimed at stopping the illegal use of another person's firm (Art. 38 of the commercial code)¹⁵. Here, to be exact, the registration court guards a lawful use of a firm in the turnover, protection of the subjective right to a firm resulting as a specific side-effect of its actions. Illegal activities of a person who uses a designation identical to another person's firm can be pointed out to the court by anybody whether his rights have been infringed or not. Therefore, a person whose subjective right to a firm has been infringed as described above may institute an action under Art. 37 of the commercial code (civil proceedings) or approach a competent registration court under Art. 38 of the commercial code (non-litigious proceedings)¹⁶.

III. PROTECTION OF A FIRM IN THE UNFAIR COMPETITION ACT

According to Art. 2 of the act, the designation of a firm should not mislead the recipients as to a given enterprise's identity with another competing enterprise, whatever its location (sentence 1). In the case of infringement of this provision, provisions of the preceding article apply (sentence 2). As can be seen, each designation of an enterprise, including obviously a firm, is subject to protection to the extent specified in Art. 2 part 1 sentence 1 of the act on fighting unfair competition, with the use of the measures specified in Art. 1 of that act¹⁷.

It is of fundamental importance in practice to define the event which creates the protection of a firm. Two possibilities seem to come into question here. Protection arises either on the day when a given designation is entered into the commercial register as a firm, or on the day when the actual use of that designation in the trade turnover starts. The present author is convinced that protection of any designation of an enterprise, and thus also of a firm, arises on the day it is first used in the turnover to individualize the owner or his enterprise.

Yet in the case when a designation collides with another designation — when therefore the earliest priority must necessarily be established for the conflict to be resolved — preparatory activities can be taken into consideration provided such activities are strictly related to the actual use of the designation in the trade turnover. Thus protection of a firm arises basically on the day when its use has started. What can also be taken into account if necessary is the day of issue of

¹⁵ Allerhand, *op. cit.*, pp. 67 — 68.

¹⁶ Of my works, see e.g.: Allerhand, *op. cit.*, pp. 67 — 68.

¹⁷ On that provision, see: A. Krauss, F. Zoll, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [The Polish Act on Fighting unfair competition]*, Poznań 1929, pp. 137 ff, and judgement of the Supreme Court of 14 June 1988, II CR 445/90, „Orzecznictwo Gospodarcze”, 1991, No. 4, item 78 with the gloss by R. Skubisz, „Państwo i Prawo”, 1992, No. 8, pp. 108 ff.

the decision to enter a firm in the register, or even of submission of a given designation to the registration court for registration as a firm. Such preparatory activities, though, should not be too far removed in time from the day on which a prolonged use of the firm in trade turnover starts. The above remarks apply also to expiry of protection. Discontinuance of the use of a firm in the turnover results in expiry of its protection even if the firm has not been stricken off in the trade register. Short breaks in the use of a firm do not have this effect.

As follows from Art. 2 of the act on fighting unfair competition, the right to a firm (acquired through the act of first use) is violated if the competition use a given designation so that the recipients can be mistaken as to the enterprise's identity or connections with another enterprise.

Action in the case of violation of the right to a firm can be instituted against a competitive enterprise. The problem of interpretation of the relation of competition requires a separate and discerning discussion. Here, however, it is enough to state that the relation between two enterprises is that of competition if, within one and the same territory, both those enterprises aim at negotiating as many profitable contracts as possible, offering the same or substitutive goods or services.

Occurrence of an act of violation of the right to a firm is conditioned upon the emergence of the danger of misleading recipients as to an enterprise's identity with another enterprise, and also as to the organizational, economic, and legal connections between those two enterprises. Provision of the Art. 2 of the act on fighting unfair competition seems to assume that violation only occurs once the recipients have actually been misled. The only correct interpretation is no doubt that violation occurs already at the moment of emergence of the danger of the discussed confusion. The suggested interpretation creates the chance of a proper protection of interests of the person who uses distinguishing designations in the course of economic activity. Moreover, the actual mistakes made by recipients are most difficult to prove; such proving would in fact result in the entitled person being deprived of protection. The discussed provision expressly mentions the recipients' mistakes as to the enterprise's identity. No doubt, violation is also involved in cases of mistakes as to the entitled enterprise's connections with a person who uses the same or similar designation. It cannot possibly be assumed that the legislator prohibited danger in the narrow sense only but found actions legal that induce the recipients to believe that enterprises have various connections resulting from licence or franchise contracts, membership of one and the same association, holding, concern etc.

Admittedly, Art. 2 of the act on fighting unfair competition does not explicitly mention lawlessness of the actions of a competitive enterprise as an additional prerequisite of violation of the right to a designation as interpreted in that provision. That prerequisite, however, follows expressly from Art. 3 of the act; it is also a logical consequence of the norm contained in Art. 2. Misleading of recipients as to an enterprise's identity or connections with other subjects takes place if a third person uses a given designation against the entitled person's will. Consent to the use of a firm, trademark etc. is tantamount to absence of misleading; thus the prerequisites of violation specified in Art. 2 of the act on fighting unfair competition are not fulfilled.

The provision of Art. 2 explicitly permits actions against enterprises that operate in all regions of Poland. This is not to say, though, that all cases of

illegal use of a designation convergent with a firm actually involve violation of the right to that firm. In terms of territory, protection of a firm is limited to the area in which the entitled enterprise actually pursues economic activity and uses that firm. In cases of collision, also the area of probable economic expansion should be protected¹⁸. This possibility of extension of protection depends among other things on the enterprise's size and nature of activity. In the case of violation of the right to a firm, the entitled person is due a claim mentioned in Art. 1 section 2 and 3 of the act on fighting unfair competition, by force of Art. 2 section 1 sentence 2 of that act.

Art. 2 of the act mentions the relation of competition as one of the prerequisites of the act of violation of the right to a firm. This results in a considerable limitation of the scope of application of that provision. In practice, however, the use of similar designations by non-competing enterprises may create the danger of misleading the recipients. To such cases, Art. 3 of the act applies which prohibits acts harmful to the entrepreneur and inconsistent with valid provisions and good manners (commercial honesty)¹⁹. All of the forms of the discussed danger that do not fall under Art. 2 of the act on fighting unfair competition are no doubt against good manners. The provision of Art. 3 is directed against all uses of another person's firm that can be accused of being against good manners. Concerned here, among other things, is the use of a popular firm to draw the attention of recipients of goods or services to one's own enterprise, and attempted transfer of those person's favourable opinions about another enterprise to one's own enterprise (the use of another person's renown). The acts covered by that provision are also threatened with sanctions specified in Art. 1 of the act on fighting unfair competition.

IV. PROTECTION OF A FIRM IN THE CIVIL CODE

The very possibility of application to protection of a firm of provisions of the civil code concerning personal interests arouses no doubts²⁰. Art. 43 of the code requires that provisions on protection of personal interests of natural persons (Art. Art. 23 and 24 of the civil code) should apply to legal persons respectively. What serves as equivalent of the name of a natural person is the name of a legal person, and in the case of limited liability and joint stock companies — their firms. The above provisions also apply to personal interests (the firm included) of the general and limited company, as no arguments can be found which would be weighty enough to justify, with reference to the literal wording of Art. 43 of the civil code, a limitation of the civil protection of personal interests to subjects expressly recognized as legal persons. This reference is also tantamount to admission that protection of a firm, similarly to that of personal interests of natural persons, is realized through constructions of subjective law.

¹⁸ See also: Skubisz, *op. cit.*, p. 110.

¹⁹ On the meaning of Art. 3 of the act on fighting unfair competition, see: Krauss, Zoll, *op. cit.*, pp. 165 ff. On protection of trademarks, see: R. Skubisz, *Prawo do rejestracji znaku towarowego i jego ochrona [The Right to Registration of Trademark and Its Protection]*, Lublin 1989, pp. 53 — 54, 160, 174.

²⁰ See e.g.: K. Piasecki, in: *Kodeks cywilny z komentarzem [Civil Code, A Commentary]*, Warszawa 1989, p. 57.

I wish to start the interpretation of Art. 24 of the civil code with two obvious statements. First, the provision concerned makes it possible to protect the firm both in and outside of the trade turnover. Second, as is the case with any other personal interest, protection of the firm is conditioned upon fulfilment of two prerequisites: the action of a third person threatens or violates the entitled person's firm, and that action is illegal.

The threat to or violation of the firm by the action of a third person finds expression in that person's conduct which hurts objective interests of the registered merchant. Generally, such actions can be divided into two groups. The first one embraces such uses of another person's firm which cause the danger of confusion in the trade turnover, and also those made for other purposes. Concerned here, therefore, are those same forms of using the firm which are offences under Art. 2 and 3 of the act on fighting unfair competition. Besides, the discussed group also includes uses of the firm outside of the trade turnover, e.g. in a theatre play, novel, or university lecture. The second group includes the case, extremely rare in practice, where a third person questions the registered merchant's right to use a given designation as his firm. Art. 23 section 1 of the civil code institutes a presumption of lawlessness of the third person's action. Such person may thus be released from responsibility by demonstrating that his action (the use of another person's firm) is consistent with a presumed or explicit will of the entitled person or based on an explicit legal provision (e.g. Art. 2 section 2 of the act on fighting unfair competition).

In the light of Art. 24 of the civil code, also the definition of the moment starting from which the person entitled to a firm may demand to be granted protection is of practical importance. I am convinced that, at least in cases of the first group, the entitled person may effectively demand protection starting from the day when he has begun using his firm in the turnover. The prerequisite of protection — a threat of violation of the firm — assumes an objective interest of the entitled person. As long as he does not use his firm, the existence of that interest cannot possibly be ascertained. In my opinion, neither submission of a firm to the trade register, nor a decision to enter that firm in the register, does in itself create an interest which would deserve protection under Art. 24 of the civil code. This interpretation prevents a privileged position of provisions of the civil code in practice, as both Art. 24 of the code and Art. 2 and 3 of the act on fighting unfair competition provide the same extent of protection to the firm in the trade turnover.

Protection of the firm under Art. 43 in connection with Art. 24 of the civil code is secured first and foremost by claims for desistance, for removal of the effects of violation, and for redress of the damage.

V. INTERRELATION OF THE PROVISIONS THAT INSTITUTE PROTECTION OF THE RIGHT TO A FIRM

The narrowest protection is secured to the firm by Art. 36 in connection with Art. 35 §1 of the commercial code. Under that provision, also a person who has not yet used or stopped using a firm may demand effective protection — with the reservation of a possible objection of abusing subjective rights; yet this applies only to designations used in one and the same locality, and used specifi-

cally as firms at that. The broadest protection, instead, is secured by Art. 43 in connection with Art. Art. 23 and 24 of the civil code. Under those provisions, protection of the firm may be demanded not only with respect to other economic subjects but also outside of the trade turnover, and that in the case of all violations of the registered merchant's interest related to the firm. Provisions of Art. Art. 2 and 3 of the act on fighting unfair competition secure a narrower protection of the firm that provisions of the civil code relating to protection of personal interests: basing on them, protection cannot be demanded against persons who violate the entitled person's interest in non-economic relations. On the other hand, in relations between economic subjects, protection granted under Art. 43 in connection with Art. Art. 23 — 24 of the civil code is identical to that under Art. Art. 2 and 3 of the act on fighting unfair competition. There is no doubt, though, that those very provisions of the act should play the major part in protection of the firm and other designations used to distinguish the enterprise, as such designations are basically carriers of the entrepreneur's financial interest. The personal interest whose existence cannot be negated in the case of a firm is of decidedly secondary importance. Moreover, interests related to designations that distinguish the enterprise are manifested in the course of entrepreneurs competing with one another in the market for customers which competition is precisely the subject of the act of 1926 on fighting unfair competition.

In the light of the above, what may give rise to reservations is the trend, recently found in judicial decisions, to give priority to Art. Art. 23 and 24 of the civil code when granting protection to the firm and other distinguishing designations. This practice is no doubt correct if nothing but the result of the linguistic interpretation of those provisions is taken into account. Yet the directives of the functional interpretation considered, it has to be concluded that the aim (function) of Art. 43 in connection with Art. Art. 23 and 24 of the civil code is first of all to secure protection of the personal interest of legal persons, that is i.a. of the names and other designations of legal persons who do not pursue economic activity. Instead, Art. Art. 2 and 3 of the act on fighting unfair competition should be given priority in the case of protection of designations that distinguish the pursuit of profit-earning or professional activity. The systemic interpretation also leads to this same conclusion. The import of Art. Art. 2 and 3 of the act on fighting unfair competition should not be reduced in practice through preference of other provisions aimed mainly at protection of personal interests.

*LA PROCEDURE DANS LES AFFAIRES DÉFÉRÉES DEVANT
L'ADMINISTRATION ET LE TRIBUNAL ANTIMONOPOLISTES*

*Tadeusz Ereciński**

La loi du 28 janvier 1987 tendant à combattre les pratiques monopolistes dans l'économie nationale («Dziennik Ustaw» [«Journal des Lois»—J. des L.], n° 3, texte 18, et amendements postérieurs) prévoyait en principe des mesures administratives de lutte contre les pratiques monopolistes des unités économiques. La procédure en cette matière était une procédure administrative, conduite sur la base des dispositions du Code de procédure administrative (Cpa). Les décisions de l'organe antimonopoliste (ministre des Finances) pouvaient être attaquées devant la Haute Cour Administrative pour cause de leur non-conformité avec le droit. Seul l'art. 23 de la loi de 1987 prévoyait la voie judiciaire au cas des pratiques monopolistes de l'unité économique donnée, indiquées à l'art. 8 de cette loi. A la requête de l'unité à laquelle ces pratiques ont porté atteinte, le tribunal de voïévodie pouvait obliger l'unité coupable à conclure un contrat et en fixer le contenu conformément aux conditions des contrats admises dans le domaine donné des échanges, ou annuler le contrat conclu en violation de ces conditions.

La loi du 24 février 1990 relative à la lutte contre les pratiques monopolistes (J. des L., n° 14, texte 88) a adopté d'autres solutions de procédure dans les affaires relevant de cette lutte. Il est vrai que la procédure devant l'Office antimonopoliste (OA) demeure une procédure administrative qui aboutit, dans les situations déterminées, à des décisions, mais la procédure de recours contre ces décisions est une procédure judiciaire civile.

Le législateur donc a appliqué à l'examen et à la solution des affaires en question une voie de protection légale à deux étapes, et deux espèces fondamentales de garantie de l'examen des litiges. À la première étape ces affaires font l'objet de procédure administrative devant l'OA. En cas de recours contre la décision de l'OA, l'affaire se déroulera, en deuxième étape, devant le tribunal antimonopoliste suivant les dispositions du Code de procédure civile concernant les affaires économiques (art. 10, al. 1 et 2 de la loi de 1990).

La juridiction antimonopoliste c'est la section spécialisée du Tribunal de voïévodie de Varsovie¹. Une certaine particularité de cette juridiction au sein des

* Professeur de procédure civil à l'Université de Varsovie, Juge à la Cour Suprême.

¹ Cf. l'art. 20 de la loi relative à l'organisation des tribunaux de droit commun (texte unique J. des L., 1990, n° 23, texte 138) et le règlement du ministre de la Justice du 13 avril 1990, concernant la création d'un tribunal antimonopoliste.

tribunaux de droit commun résulte non seulement du mode de désignation de ce tribunal mais aussi de l'étendue de sa compétence et des constructions juridiques particulières de la procédure devant lui. Les irrégularités éventuelles de procédure devant l'OA ne peuvent faire l'objet de procédure judiciaire. Dans celle-ci, le tribunal antimonopoliste prend position sur la décision de l'OA, il peut aussi statuer au fond. Ainsi, une fois de plus, le législateur ne respecte pas les règles traditionnelles de la séparation de la procédure administrative et de la procédure civile². Cela ne rend pas facile la tâche de l'appréciation du caractère du tribunal antimonopoliste et de la procédure en cette matière.

I. LA PROCÉDURE DEVANT L'OFFICE ANTIMONOPOLISTE

1. La loi de 1990 relative à la lutte contre les pratiques monopolistes ne contient pas de disposition déclarant directement qu'à la procédure devant l'OA sont applicables — sauf disposition contraire de la loi — les dispositions du Cpa, mais on ne saurait douter de leur applicabilité. Car la loi définit expressément la procédure devant l'OA comme une procédure administrative (*cf.* p.ex. l'art. 21, al. 1), l'OA est un organe central de l'administration d'État subordonné au Conseil des Ministres (art. 17) et rend des décisions administratives (p.ex. les art. 8, 10 et 23 de la loi). La loi ne règle expressément que quelques questions de procédure (l'ouverture d'instance, les sujets de droit autorisés à la demander, le mode d'information des décisions administratives). C'est donc le Cpa qui doit être appliqué à toutes les autres questions de procédure non réglées par la loi.

2. Aux termes de l'art. 21 de la loi de 1990, la procédure administrative, dans les cas prévus par la loi, s'engage d'office ou à la requête de l'ayant droit. C'est l'OA qui engage la procédure d'office, et dans ce cas il peut, au préalable, procéder à un contrôle ou à d'autres actes prévus à l'art. 19 de la loi. Par ailleurs, la procédure peut être ouverte par les ayants droit³. Ce sont les agents économiques dont l'intérêt a été ou peut être atteint par les pratiques monopolistes, ou par les unions de tels agents, les organes de contrôle d'État ou social ainsi que les organisations sociales dont les tâches statutaires comportent la protection des intérêts des consommateurs. Dans des situations déterminées, l'agent économique sera tenu de demander l'ouverture de la procédure (*cf.* l'art. 11 de la loi aux termes duquel le projet d'union, de transformation ou de création d'un agent économique doit obligatoirement être notifié à l'OA).

La demande d'ouverture de la procédure est faite par écrit, et doit être motivée (art. 21, al. 3), et est soumise à l'obligation du timbre fiscal. Cette demande doit être examinée du point de vue formel selon les règles du Cpa.

La loi de 1990 ne dit pas dans quel délai la décision doit être rendue. Étant donné le caractère complexe des affaires relatives à la lutte antimonopoliste, l'affaire, conformément à l'art. 35, §3 du Cpa, doit être réglée dans un délai de deux mois. Il y a lieu de douter que dans cette situation ces délais soient respectés.

²*Cf.* à ce sujet les remarques de W. Dawidowicz; *Postępowanie w sprawach administracyjnych a postępowanie przed sądem cywilnym [La procédure en matière administrative et la procédure civile]*, «Państwo i Prawo», 1990, n° 8, pp. 40 et suiv.

³ L'art. 21, al. 1 de la loi parle, par erreur, de requête, mais aux alinéas 2 et 3 emploie le terme correct de demande, comme l'art. 63 du Cpa.

3. Avant de rendre sa décision, l'OA doit fixer l'audience à laquelle les parties doivent se prononcer sur les preuves et matériaux recueillis ainsi que sur les demandes formulées (art. 10, §1, art. 89 et suiv du Cpa). La solution au fond se fera, en règle générale, par une décision administrative de l'OA⁴. Théoriquement, peut entrer en jeu une transaction homologuée par l'Office (art. 114 et 118 du Cpa).

La décision de l'OA n'est pas susceptible de recours, tel qu'il est prévu par les règles générales de la procédure administrative, devant un organe du degré supérieur, mais, conformément aux dispositions expresses de la loi (art. 10, al. 1; art. 13, 15, al. 4; art. 16, al. 3) «devant le Tribunal de voïévodie de Varsovie — tribunal antimonopoliste». L'art. 23 déclare que lorsqu'un agent économique forme recours contre la décision de l'OA devant le tribunal antimonopoliste, la partie ne peut plus user des moyens d'infirmité prévus par le Cpa. Elle ne pourra donc pas attaquer la décision devant la Haute Cour Administrative. Si l'art. 23 est intelligible en rapprochement avec le mode de recours contre la décision de l'OA devant le tribunal, on ne comprend pas pourquoi son application est limitée aux agents économiques⁵. L'interprétation linguistique de l'art. 23 de la loi peut donc amener à la conclusion que les autres parties à la procédure administrative (qui ne sont pas des agents économiques) peuvent former recours administratif. Il y a lieu de douter que telle fût l'intention du législateur; il faut se demander, par ailleurs, quel organe administratif pourrait examiner un tel recours.

Des doutes sérieux sont suscités également par la question de la réclamation possible contre les décisions intérimaires rendues au cours de la procédure par l'OA. Comme la loi de 1990 ne règle pas cette question, on pourrait croire que sont applicables les règles découlant du Cpa. Par la voie de conséquence, conformément à l'art. 127, §2 en relation avec l'art. 144 du Cpa, c'est le Conseil des Ministres qui serait l'organe compétent pour connaître d'une telle réclamation. Il semble que cette hypothèse est à rejeter pour de nombreuses raisons, pratiques également⁶. L'argument majeur c'est le fait qu'à la lumière de la loi de 1990 la procédure administrative devant l'OA est limitée à une instance. Cependant, en de nombreux cas, la réclamation peut présenter une importance considérable (p.ex. en cas de non-règlement de l'affaire dans le délai prescrit, dont nous avons parlé plus haut, en cas de refus de laisser la partie consulter le dossier de l'affaire, de rigueur d'exécution immédiate donnée à la décision).

II. LA PROCÉDURE DEVANT LE TRIBUNAL ANTIMONOPOLISTE

1. Il ressort des dispositions de la loi du 24 février 1990 que le recours devant le tribunal antimonopoliste est possible contre les décisions de l'OA, énumérées à l'art. 8, al. 1 et 3; art. 9, 11, al. 2; art. 12, al. 2 et 4; art. 15 et 16 de la loi. Il s'agit entre autre de la réduction des prix, de l'interdiction de fusion ou

⁴ Cf. pour plus de détails; A. Harla, *Postępowanie przed Urzędem Antymonopolowym (Wybrane zagadnienia)* [La procédure devant l'Office antimonopoliste. Problèmes choisis], «Palestra», 1991, n° 5—7.

⁵ Ce que fait justement remarquer A. Harla, *ibid.*

⁶ A. Harla, *ibid.*, semble avoir une autre opinion à ce sujet.

de création d'agents économiques, l'ordre de décision de l'entreprise et les peines frappant l'inexécution de la décision de l'OA.

L'agent économique ne peut former recours que contre les décisions susmentionnées, ce qui ressort clairement de l'art. 23 de la loi («dans les cas prévus par la présente loi»).

La rédaction de l'art. 23 est quelque peu équivoque, car on peut l'interpréter de telle façon qu'il laisse le choix de la procédure en cas de recours contre les décisions énumérées de l'OA. On peut, en effet, avoir l'impression que les moyens d'information de la décision prévus par le Cpa n'appartiennent à la partie que si elle forme recours devant le tribunal antimonopoliste. Cependant, une telle interprétation serait difficilement acceptable. Le législateur avait incontestablement l'intention de soumettre les décisions énumérées au contrôle judiciaire et non administratif. Il y a donc lieu de reconnaître que l'art. 23 ne souligne que l'exclusivité de la procédure judiciaire, en indiquant *expressis verbis* qu'il est impossible d'user des moyens juridiques d'information des décisions passées en force de chose jugée, propres à la procédure administrative. En faveur de cette opinion milite également l'art. 10, al. 2 de la loi déclarant que «la procédure des recours contre les décisions de l'Office antimonopoliste se déroule conformément aux dispositions du Code de procédure civile».

Les affaires relevant de la lutte contre les pratiques monopolistes relèvent de la procédure spéciale en matière économique. La loi de 1990 a ajouté à la Section IVa du Titre VII du Livre I^{er} de la Première partie du Code de procédure civile (Cpc) un nouveau chapitre intitulé «La procédure dans les affaires concernant la lutte contre les pratiques monopolistes». Ces affaires doivent être traitées comme les affaires économiques. Bien que la loi antimonopoliste ait malencontreusement rayé, par son art. 29, l'art. 2, al. 2, pt. 5^o de la loi du 24 mai 1989 concernant l'instruction des affaires économiques par les tribunaux (J. des L., n^o 33, texte 175) au lieu de supprimer seulement les mots «dans l'économie nationale», comme à l'art. 479^{1o}, § 2, pt. 3^o du Cpc, il n'en résulte pas moins incontestablement de cette dernière disposition du Cpc qu'il faut considérer ces affaires comme les affaires économiques. L'art. 479^{1o}, § 2 parle — il est vrai — des «affaires économiques au sens de la présente section», mais il est indéniable que tout comme les affaires concernant les sociétés commerciales, celles relevant de la lutte contre les pratiques antimonopolistes sont des affaires économiques dans le sens établi par la loi concernant l'instruction des affaires économiques par les tribunaux, et que par conséquent sont des affaires civiles⁷. Car il n'est pas douteux que la notion «affaire civile» (art. 1 du Cpc) occupe un rang supérieur à celui de «l'affaire économique» (art. 2 de la loi du 24 mai 1989).

2. Les dispositions de la loi du 24 février 1990 ont introduit une construction particulière des parties à la procédure. Aux termes de l'art. 479^{31o}, § 1 du Cpc «dans les affaires relevant de la lutte contre les pratiques monopolistes sont également parties l'Office antimonopoliste et l'intéressé», et le § 2 de cet article précise la notion d'intéressé. Comme l'agent économique coupable ou soupçonné de pratiques monopolistes sera toujours partie à cette procédure, on pourrait conclure *prima facie* qu'il y a trois parties à la procédure judiciaire. Ce serait

⁷Cf. l'argumentation de J. Mokry, *Pojęcie sprawy gospodarczej [La notion de l'affaire économique]*, «Państwo i Prawo», 1990, n^o 7, pp. 58 et suiv.

cependant difficilement compatible avec la construction du procès civil où il y a deux parties.

Bien qu'il soit difficile d'en être partisan, la solution admettant l'existence de plus de deux parties au procès n'est pas tout à fait nouvelle dans notre législation de l'après-guerre. Elle est apparue déjà dans la loi du 24 octobre 1974 concernant les tribunaux locaux du travail et des assurances sociales (art. 77, § 1 de cette loi énumérait comme parties au procès la personne dont les droits et obligations sont concernés par le jugement attaqué, l'organe assurant le service de la pension concernée, et l'intéressé), et ensuite à l'art. 477¹⁰, § 1 du Cpc amendé en 1985⁸ (ajoutant encore une partie: l'assuré). À l'époque déjà on se posait la question (qui vaut également en ce qui concerne les dispositions commentées de la loi de 1990 et du Cpc amendé par cette loi) si dans les procédures en question n'avaient pas été insérés des éléments de procédure gracieuse. Celle-ci, en effet, ceci de caractéristique qu'elle compte plusieurs participants sans qu'ils soient qualifiés de parties (cette notion étant dans le procès réservée au demandeur et au défendeur).

Dans les ouvrages consacrés aux assurances sociales, on a tenté d'attribuer à certaines parties (p.ex. l'intéressé) le rôle d'une sorte d'intervenant accessoire, afin d'arriver ainsi à l'état normal, c'est-à-dire deux parties au procès^{9 10 11}.

Par ailleurs, on a attribué à l'intéressé la position de *litisconsort*¹⁰, tandis qu'en s'appuyant sur l'art. 477¹¹ du Cpc on a cherché une solution au moyen de l'interprétation extensive de la notion de partie, renouant avec la distinction entre les aspects formel et matériel¹¹. Finalement, prévaut la conviction que la procédure judiciaire en matière d'assurances sociales se déroule entre deux parties¹².

Dans la procédure concernant les affaires relevant de la lutte contre les pratiques monopolistes, il est incontestable que doivent être qualifiés de partie au procès: l'Office antimonopoliste (qui, ayant rendu la décision concernée par la vérification, sera toujours partie défenderesse) et l'agent économique contre lequel sera conduite la procédure devant l'OA (qui sera donc partie demanderesse). Comment alors qualifier l'intéressé, c'est-à-dire «celui dont les droits ou obligations dépendent de la solution du procès»?

Cette définition de l'intéressé fait penser aux institutions de l'intervention volontaire accessoire et de l'intervention forcée. Mais, autrement que l'intervenant accessoire, l'intéressé devant le tribunal économique peut être invité à participer à l'affaire non seulement à la demande d'une partie mais d'office par le tribunal.

La différence que présente l'art. 477¹¹, § 2 du Cpc consiste en ce que l'art. 479³¹, § 2 ne prévoit la possibilité pour l'intéressé de déposer une demande de participer à l'affaire. S'agit-il d'une omission de la loi? Il est difficile, en effet,

⁸ Loi du 18 avril 1985 modifiant la loi — Cpc, J. des L., n° 20, texte 86.

⁹ Cf. F. Rusek, A. Zieliński, *Ustawa o okręgowych sądach pracy i ubezpieczeń społecznych. Komentarz [La loi relative aux tribunaux locaux du travail et des assurances sociales. Commentaire]*, Warszawa 1977, p. 234.

¹⁰ Ainsi K. Kolasiński, *Rozstrzyganie sporów o świadczenia z ubezpieczenia społecznego [Le règlement des litiges portant sur les prestations sociales]*, Warszawa 1978, p. 96.

¹¹ Cf. K. Kolasiński, *Rozpoznawanie spraw z zakresu ubezpieczeń społecznych [L'examen judiciaire des affaires concernant les assurances sociales]*, Warszawa 1989, pp. 85 et suiv.

¹² C'est toujours l'organe assurant le service de la pension qui est partie défenderesse. Cf. Kolasiński, *Rozpoznawanie...*, p. 91. Autrement A. Zieliński, *K.p.c. z komentarzem [Le Cpc avec commentaire]*, Warszawa 1989, II^e vol., pp. 790-791.

d'imaginer que l'on qualifie de partie la personne qui est en même temps privée de la possibilité de demander librement à être invitée devant le tribunal. Il semble qu'en tout cas la demande de l'intéressé doit obliger le tribunal à l'inviter d'office à participer à l'affaire. On peut donc défendre l'opinion que l'intéressé — bien que l'art. 479^{31°} ne dise rien à ce sujet — a le droit de demander à être invité à participer à l'affaire, du fait qu'il est partie à la procédure (art. 479^{31°}, § 1 du Cpc) et que selon la règle en vigueur on peut demander tout ce que le tribunal doit faire d'office.

Pendant, à s'en tenir strictement à la formule de l'art. 579^{31°}, on partagerait l'opinion que l'intéressé est une espèce particulière d'intervenant accessoire, mis en cause dans le procès. Ne peut en effet être partie au procès au sens strict du terme celui qui ne peut demander au tribunal la protection juridique, or c'est le cas de la personne qui forme recours contre une décision de l'OA devant le tribunal antimonopoliste. Et partant, cela militerait en faveur de l'opinion que le terme «partie» par lequel l'art. 479^{31°}, § 1 désigne l'intéressé, n'est pas proprement employé. Il faudrait donc appliquer à l'intéressé les dispositions concernant l'intervention accessoire, avec la modification résultant de l'art. 479^{31°}, § 2, consistant en ce qu'il peut être invité à participer à la procédure, également d'office.

Il y a lieu d'admettre qu'il dépendra de la seule volonté de l'intéressé, invité à participer au procès en vertu du § 2 de l'art. 479^{31°} du Cpc, de profiter de ses droits processuels.

Chacune des solutions précitées a des avantages et des défauts. Dès qu'on traite l'intéressé comme un sujet autonome de la procédure («troisième partie»), on n'a pas à se demander quelle est la relation entre l'intéressé — intervenant accessoire et la partie (notamment en ce qui concerne le rapport entre les actes du procès accomplis par l'intéressé et ceux de la partie), mais on introduit dans le procès une construction étrangère à ce mode de procédure. On aurait pu éviter ces difficultés si le législateur avait confié les affaires concernant la lutte contre les pratiques monopolistes à la procédure gracieuse, qui sert à juger les affaires avec plusieurs participants ayant des intérêts différents.

Puisque l'intéressé est un autre sujet de droit que celui visé par la décision de l'OA, il y a lieu de reconnaître que le lien de sa sphère juridique avec la décision attaquée peut avoir, lui aussi, un caractère indirect. L'intéressé peut donc être, en même temps, l'agent économique ayant le droit de demander l'ouverture d'une procédure administrative conformément à l'art. 21, al. 2 de la Loi antimonopoliste. Ce sont donc les agents économiques dont l'intérêt a été ou peut être violé par les pratiques monopolistes, ou un groupe organisé de tels agents. Il ne semble pas, par contre, que puissent être intéressés les autres agents habilités à demander l'ouverture de la procédure prévue à l'art. 21, soit les organes de contrôle d'État ou social ainsi que les organisations sociales dont les tâches statutaires comportent la protection des intérêts du consommateur. La solution du procès ne concerne pas en effet les droits ou obligations propres de ces institutions et organisations. Cette constatation n'est pas en contradiction avec la faculté de laisser agir les organisations sociales en vertu de l'art. 61 du Cpc.

Dans la procédure devant le tribunal antimonopoliste, peuvent aussi être parties, au sens formel, le ministère public et certaines organisations sociales.

Les dispositions de la loi de 1990 ne mentionnent pas, il est vrai, la participation du ministère public, mais il ne peut faire de doute qu'en vertu de l'art. 7

du Cpc le procureur ne puisse, lui aussi, demander l'ouverture d'une procédure dans une affaire relevant de la lutte contre les pratiques monopolistes (et aussi participer éventuellement à toute procédure en cours).

L'amendement de l'art. 61 Cpc par la loi du 13 juillet 1990¹³ permet aussi d'agir devant le tribunal antimonopoliste à certaines organisations sociales. C'est parce qu'il sera possible de considérer certains cas du moins relevant de la lutte contre les pratiques monopolistes comme rentrant dans la notion de la protection des consommateurs. Les organisations sociales habilitées à agir dans l'intérêt des consommateurs, énumérées dans un arrêté du ministre de la Justice, pourront donc agir suivant les règles prévues à l'art. 8 et aux art. 61 — 63 du cpc. Outre le droit d'intenter l'action ou de se joindre au procès, entre aussi en jeu la faculté de l'organisation sociale habilitée (mais ne participant pas à l'affaire) de faire connaître son opinion d'intérêt essentiel pour l'affaire, exprimée dans une résolution ou une déclaration d'un organe statutaire de cette organisation.

D'autre part, aux termes de l'art. 479⁶ du Cpc, les organisations d'agents économiques peuvent participer à l'instance dans laquelle l'un de leurs membres est partie, à condition que l'agent concerné y consente (art. 62 et 63 du Cpc étant applicables). Comme cette disposition figure dans les dispositions générales concernant la procédure en matière économique, il sera applicable également aux affaires relevant de la lutte contre les pratiques antimonopolistes.

3. Le moyen tendant à engager la procédure devant le tribunal antimonopoliste est qualifié par la loi de 1990 comme le recours contre la décision de l'OA. Aux termes de l'art. 479³⁰ du Cpc, ce recours doit remplir les conditions prévues par une pièce du procès, désigner la décision attaquée, citer les griefs avec motifs sommaires, indiquer les preuves et proposer l'abolition ou la modification de la décision en tout ou en partie.

Le recours fait ouvrir le procès, mais après l'épuisement de la procédure devant l'OA. Le procès ainsi ouvert est contradictoire et concerne la lutte contre les pratiques monopolistes. Au cours du procès, peuvent être utilisées les preuves recueillies pendant la procédure devant l'OA. L'intérêt de cette dernière est borné à ce qu'en tant que procédure administrative elle rend recevable, une fois close, une demande en justice. Il en résulte que la demande faite avant la clôture de la procédure devant l'OA et la décision rendue par cet organe serait repoussée.

Le recours contre la décision de l'OA doit être traité comme une action judiciaire. Les éléments écrits du recours sont ceux, essentiels, d'une action, c'est-à-dire la demande et sa motivation. L'art. 479³⁰ n'indique pas les chefs du recours contre la décision de l'OA. L'exposé des griefs exigé par cette disposition c'est donc la demande de protection juridique à accorder par le tribunal, fondée sur le grief que les intérêts légalement protégés de l'agent économique sont méconnus. Les motifs de la demande doivent invoquer la violation des droits ou les obligations imposées sans fondement légal.

L'opportunité d'une telle construction juridique utilisée par la loi antimonopoliste de 1990 suscite des doutes, et il y a lieu de regretter que le législateur ne se soit directement référé à la construction de la demande en justice (comme il

¹³ De la modification du Cpc, J. des L., n° 55, texte 318.

l'avait fait par exemple en droit coopératif pour l'abolition de la résolution de l'assemblée générale de la coopérative¹⁴).

Le recours doit être introduit au tribunal antimonopoliste dans un délai de deux semaines à compter du jour de la signification de la décision. Ce n'est pas un délai processuel mais un délai de droit matériel¹⁵. (Il s'ensuit que les dispositions sur les délais de prescription des prétentions ne sont pas applicables à son égard). En tant que le délai processuel, il peut être restitué selon les règles générales prévues par le Cpc (*cf.* l'art. 168 et suiv.)¹⁶. Cependant, le tribunal repousse, en principe, le recours introduit après l'expiration du délai (art. 479²⁸ §2 du Cpc).

Conformément à l'art. 479²⁹, § 1 du Cpc, l'OA est tenu de transmettre, sans délai, le recours avec le dossier de l'affaire au tribunal. Bien que la loi ne le dise pas expressément, il ressort indirectement de cette disposition que le recours doit être transmis au tribunal antimonopoliste par l'intermédiaire de l'OA. Car ailleurs seulement peut être respecté le § 2 de l'art 479²⁹ aux termes duquel l'OA, s'il trouve que le recours est fondé, peut — sans communiquer le dossier au tribunal — abroger ou modifier sa décision en tout ou en partie, en informer sans délai la partie et notifier sans délai à celle-ci sa nouvelle décision qui sera susceptible de recours.

L'introduction, dans le délai prescrit, directement au tribunal antimonopoliste doit être reconnue comme efficace et n'entraîne pas de conséquences négatives pour la partie (p.ex. le rejet du recours). Dans cette situation, bien qu'il n'y ait pas de disposition expresse sur cette matière, ce tribunal doit transmettre d'abord le recours de l'OA.

4. Comme le recours est en réalité une demande en justice, la question se pose de savoir si, dans la procédure devant le tribunal antimonopoliste, la partie défenderesse, donc l'OA, est tenue de répondre à la demande dans un délai de deux semaines, comme l'exige l'art. 479¹⁴, § 1 du Cpc. Cette disposition figure dans le chapitre I^{er} («Dispositions générales») de la partie consacrée à la procédure en matière économique, aussi doit-elle être appliquée, comme les autres dispositions de ce chapitre, aux affaires relevant de la lutte contre les pratiques monopolistes, à moins de dispositions contraires du chapitre II^e, concernant notamment ces affaires. Je ne vois pas d'obstacle à reconnaître, par la voie d'interprétation, que le devoir de répondre à la demande en justice incombe également à l'OA.

La décision de l'OA peut être munie de la clause d'exécution immédiate (art. 10, al. 3 de la loi de 1990). Dans la procédure judiciaire, le tribunal antimonopoliste peut («en cas de recours introduit contre la décision de l'Office antimonopoliste»), à la requête du demandeur, suspendre l'exécution de la décision jus-

¹⁴ Aux termes de l'art. 42, §§2 et 3 de la Loi du 10 septembre 1982 portant droit coopératif, une telle demande doit indiquer la résolution attaquée et les griefs dont aile fait l'objet.

¹⁵ Cette conclusion semble justifiée bien qu'il fût dit plus haut que le recours doit être traité comme une demande en justice. Une réglementation imprévue par la loi de 1990 de la relation entre la procédure administrative devant l'OA et la procédure judiciaire fait que ce délai ne peut être considéré comme un délai de droit matériel.

¹⁶ Cela signifie entre autres que la partie doit démontrer que l'inobservation du délai n'est pas due à sa faute, et qu'à l'expiration d'une année à compter du délai inobservé sa restitution n'est possible que dans des cas exceptionnels.

qu'à la solution de l'affaire. Une telle décision incidente peut être rendue également en chambre du conseil (art. 479³³ du Cpc).

Dans la procédure devant le tribunal antimonopoliste, peut également être appliqué art. 479¹³, § 1, aux termes duquel le tribunal peut juger inadmissible le retrait de la demande en justice, la renonciation aux prétentions ou leur limitation, lorsqu'il ressort des circonstances que les actes susmentionnés résultant des pratiques monopolistes ou restrictives de l'autonomie des agents économiques défendues. Etant donné la formule non équivoque de l'art. 479¹⁵ du Cpc, le tribunal antimonopoliste n'est pas lié par l'acquiescement.

5. Comme nous l'avons déjà souligné, la procédure devant le tribunal antimonopoliste est une procédure devant le tribunal statuant en première instance et qu'elle ne vise pas directement à contrôler la procédure et la décision de l'OA mais à statuer au fond. Cela ne signifie pas toutefois que le tribunal ne procède à un contrôle indirect de la décision de l'OA dès que ce contrôle est nécessaire pour pouvoir statuer au fond.

Les dispositions assez énigmatiques concernant la procédure devant le tribunal antimonopoliste peuvent susciter des problèmes processuels dans la pratique. Tous ne peuvent être réglés par la référence directe aux dispositions générales sur la procédure spéciale en matière économique, car elles risquent d'être en contradiction avec la nature même de la procédure devant le tribunal antimonopoliste. Indiquons, à titre d'exemple, que des doutes surgissent quant à la possibilité d'application dans cette procédure des articles 479⁵, §§ 1 et 2, 479¹⁴, 479¹⁷ ou 479¹⁸. Des problèmes sérieux naissent aussi au sujet de la procédure de la preuve. Le tribunal antimonopoliste peut-il administrer toutes les preuves ou bien certaines seulement? Il paraît notamment opportun de répondre à cette dernière question. Les doutes sont suscités par ce que le tribunal antimonopoliste a non seulement le pouvoir de cassation, c'est-à-dire qu'il peut abroger la décision attaquée de l'OA et renvoyer l'affaire pour nouvel examen, mais qu'il peut aussi modifier cette décision en tout ou en partie et statuer au fond (art. 479³⁴, § 2 du Cpc). Dans le cas où le tribunal antimonopoliste tranche au fond, il doit aussi administrer les preuves dès que surgissent des doutes quelconques, et cela quels que soient l'objet de cette procédure et les genres de preuves. Cela signifie que le tribunal antimonopoliste peut admettre des preuves nouvelles, reprendre l'administration de toutes ou certaines preuves administrées par l'OA. Par contre, l'administration complète des preuves ne semble pas opportune, lorsque le tribunal antimonopoliste rend un jugement de cassation. Dans les deux cas, l'opportunité de la reprise des preuves administrées dans la procédure devant l'OA est laissée à l'appréciation du tribunal.

Etant donné le caractère spécifique de la procédure administrative par rapport à la procédure judiciaire, il semble que — quoique dans cette dernière soient applicables avant tout les dispositions sur la procédure devant la juridiction statuant en première instance — cela n'exclut pas le très discuté problème de savoir si certaines dispositions relatives à la procédure de révision peuvent être appliquées par analogie et en quelque sorte parallèlement¹⁷.

On peut chercher les motifs d'une telle conclusion dans le fait que les dispo-

¹⁷ Ce qui est expressément prévu par les dispositions relatives à la procédure judiciaire en matière d'assurances sociales. Cf. également: Kolasinski, *Rozpoznawanie...*, *supra*, pp. 12 et. suiv.

sitions relatives à la procédure devant le tribunal antimonopoliste sont peu nombreuses et que le caractère de cette procédure ne permet pas toujours de les compléter convenablement par la référence aux dispositions générales sur la procédure en matière économique.

Parmi les dispositions générales concernant le pourvoi en révision, celles des art. 378 et 382 du Cpc par exemple pourraient être applicables.

6. Après avoir procédé, le tribunal antimonopoliste fait droit au recours ou le rejette. Aux termes de l'art. 479³⁴ du Cpc, le tribunal rejette le recours contre la décision de l'OA, si l'on n'est pas fondé à lui faire droit (§ 1), et s'il y fait droit, il abroge ou modifie, en tout ou en partie au fond, la décision attaquée. Cette solution indique que le jugement du tribunal antimonopoliste prend position sur la décision de l'OA. Formellement, cette décision fait l'objet de jugement judiciaire. Les jugements du tribunal antimonopoliste rendus en première instance ressembleront donc, à cet égard, aux jugements du tribunal de révision, sauf qu'ils prennent également position sur la décision antérieure rendue dans l'affaire donnée dans la procédure administrative. On voit donc que le jugement du tribunal antimonopoliste est construit comme le jugement du tribunal administratif, mais diffère de ce dernier par ce qu'il peut aussi être un jugement de réformation. Le caractère des jugements du tribunal antimonopoliste fait penser aussi à celui des jugements du tribunal de travail et d'assurances sociales, rendus en matière d'assurances sociales avant le 30 septembre 1990¹⁸. Ces derniers avaient cependant un caractère de jugement de réformation seulement (*cf.* l'art. 477¹⁴, § 2 du Cpc).

La prise de position dans le jugement du tribunal antimonopoliste sur la décision de l'OA par modification ou rejet du recours peut se justifier par le tendance à concentrer les matériaux de l'affaire et à assurer la célérité de la procédure.

Par cela également peut s'expliquer le fait que «les jugements du tribunal antimonopoliste ont la force de chose jugée» (art. 479³⁵ du Cpc). Cela signifie que les jugements du tribunal antimonopoliste ne sont pas susceptibles de recours, et c'est ainsi que devrait être formulée cette disposition.

L'art. 479³⁵ du Cpc doit être entendu de telle façon que la procédure devant le tribunal antimonopoliste est à instance unique. Ses jugements ne sont pas susceptibles de révision et ses décisions incidentes ne peuvent faire l'objet de réclamation. En revanche, ses jugements peuvent faire l'objet, selon les règles générales, de pourvois en révision extraordinaire ou de requête civile.

Cette solution signifie que, par exemple, un classement irrégulier de l'affaire par le tribunal antimonopoliste ne peut être infirmé que par un pourvoi en révision extraordinaire.

Un défaut essentiel de la loi du 24 février 1990 c'est qu'elle ne dit rien des frais de procédure devant le tribunal antimonopoliste. Car les dispositions existantes relatives aux frais de justice en matière civile ne donnent pas de fondement à fixer un droit de greffe, or il serait difficile de croire qu'il fût dans l'intention du législateur de laisser la procédure antimonopoliste se dérouler sans frais. Il y a lie aussi de faire remarquer que le fait que les affaires relevant de la lutte contre les pratiques monopolistes doivent faire l'objet de procès peut

¹⁸ Depuis le 1^{er} octobre 1990, la juridiction en matière d'assurances sociales est à deux instances.

susciter de nombreux doutes en ce qui concerne les dépens lesquels, selon les règles traditionnelles, doivent être remboursés par le perdant au gagnant (*cf.* l'art. 98 du Cpc). Si l'on reconnaît que l'intéressé est partie autonome au procès, quels sont les frais qu'il doit supporter et selon quelles règles?

7. Les solutions de la loi de 1990 comportent non seulement des défauts d'ordre processuel, mais aussi d'ordre matériel, qui se répercutent sur le champ de fonctionnement du tribunal antimonopoliste. En témoigne notamment la comparaison de l'art. 8, al. 2 avec l'art. 6 de la loi (la question de la nullité de plein droit des actes portant l'empreinte de pratiques monopolistes illégales, et la possibilité pour le tribunal de juger que les pratiques données ne sont pas monopolistes parce qu'elles sont indispensables à l'exercice de l'activité économique et ne font pas restreindre essentiellement la concurrence).

8. Le caractère du tribunal antimonopoliste fera sans doute l'objet de controverses doctrinales. Des analogies apparaissent ici avec le débat sur le caractère des tribunaux d'assurances sociales. De prime abord on peut constater que le tribunal antimonopoliste ne saurait être qualifié, sans équivoque et sans le moindre doute, comme tribunal civil ou tribunal administratif. La procédure devant ce tribunal comprend des éléments caractéristiques de ces deux catégories de tribunaux. Il serait peut-être utile de revenir ici à la notion de droit public, par lequel on peut entendre, en accord avec la tradition remontant au droit romain, le droit statué dans l'intérêt public, lors même qu'il utiliserait, en partie ou même surtout, la méthode civile de réglementation des rapports sociaux et des litiges. Or les affaires relevant de la lutte contre les pratiques monopolistes ont indubitablement ce caractère de droit public.

*LES CONFLITS COLLECTIFS DE TRAVAIL
DANS LE DROIT POLONAIS*

*Tadeusz Zieliński**

I. REMARQUES INTRODUCTIVES

Afin d'avoir une bonne compréhension de la nature et du fonctionnement des mécanismes légaux des conflits collectifs de travail, il faut se rendre compte des quelques principes qui sont à la base de ces événements.

Il est utile de constater, tout d'abord, une relation réciproque entre le droit du travail collectif et de la structure économique et sociale d'une société et de la structure politique d'État. Ce contexte global s'exprime par un type de rapports de force entre les divers intérêts sociaux et entre les intérêts de groupes et les intérêts publics représentés par l'État et ces organes.

L'examen des cultures juridiques des pays occidentaux et des pays communistes, avant les événements de dernières années, montre qu'entre ces deux systèmes se manifestaient de profondes différences.

Le système économique capitaliste se caractérise par la pluralité d'intérêts concurrentiels, qui font l'objet d'un jeu permanent de négociations menées par les syndicats avec le capital. Le droit de grève peut être considéré, dans ces pays, comme un élément du droit aux négociations collectives.

Otto Kahn-Freund, éminent professeur de droit du travail, constate dans son livre *Labour and the Law*: «le conflit entre capital et travail est inhérent à la société industrielle et donc à la relation de travail». Les conflits sont inévitables dans les sociétés capitalistes: les entreprises vivent et se développent dans la concurrence économique. Comme on s'accommode de la concurrence, il faut s'accommoder des conflits: il faut les gérer. Il ne pas besoin de recourir aux classiques du marxisme pour démontrer ce point. Par exemple, Alfredo Montoya Melgar écrit dans son livre *Derecho del trabajo*: «No son solo los teóricos marxistas quienes vienen advirtiéndolo el “antagonismo del trabajo el capital” característico de la sociedad industrial un antagonismo del que se ha dicho con crudeza que enfrenta a “dos razas enemigas” y las situa en un “estado de hostilidad permanente...”».

* Professeur de droit du travail à l'Université Jagellone de Cracovie, à partir de 1992 le Défenseur des droits civiques, à partir de 1993 Président de la Section polonaise de la Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.

Ce point de vue est fondé sur la théorie de conflits en tant que le moteur du développement de Ralf Dahrendorf.

II. LES CONFLITS COLLECTIFS DANS LE DROIT COMMUNISTE (PHILOSOPHIE, RÉGLEMENTATION JURIDIQUE, PRATIQUE)

Dans le système du socialisme réel, fondé sur la propriété étatique des moyens fondamentaux de production et sur le principe de la redistribution planifiée du revenu national, toutes les contestations des travailleurs versées contre les établissements socialisés de travail (contre les employeurs socialistes) étaient considérées, jusqu'à la chute du communisme, comme l'événement pathologique de la vie économique.

Cette hostilité du socialisme réel contre la manifestation de mécontentement du monde de travail avait son fondement dans la structure du régime communiste en tant que système totalitaire.

La base idéologique fondamentale du socialisme réel faisait la théorie de l'unité d'intérêts individuels et collectifs, autrement dit, la concordance d'intérêts des travailleurs et d'intérêt commun personifié par l'État. C'était, bien sûr, la théorie surréaliste, parce que les conflits d'intérêts sont inévitables dans toutes les sociétés (*cf. supra*).

La théorie de l'unité d'intérêts avait, en apparence, sa justification dans le système économique, dans lequel il n'avait pas — à cause de la collectivisation des moyens de production — de différentes formes de la propriété. Cette collectivisation, à vrai dire, étatisation des moyens de production, avait entraîné la déprivatisation totale des entreprises. Celles-ci n'étaient pas indépendantes de l'État dont elles constituaient de simples rouages. L'État était, en réalité, l'employeur global (médiat) pour tous les travailleurs.

Le noyau du système politique appuyé sur la théorie de l'unité d'intérêts c'était la position dirigeante du parti communiste et le rôle de l'État en tant qu'instrument du parti qui constituait l'institution unique de ce régime totalitaire. Tous les autres organismes — les partis satellites et les syndicats mêmes — étaient considérés comme des éléments intégrants du parti polymorphe. Le parti communiste incarné, incorporé dans la structure de l'État, était l'organisation de toute la société: il exprimait et défendait les intérêts de toute la nation, ainsi que les intérêts de tous les travailleurs et de chaque personne sous la réserve de la primauté du collectif sur l'individuel.

Selon l'opinion juste de Jean Michel Servais, l'établissement de républiques populaires et l'arrivée au pouvoir d'un parti marxiste-léniniste avaient transformé la mission du mouvement syndical: parti, gouvernement et organisation syndicale représentaient, tous les trois, les travailleurs (*ex hypothesi*) et devaient agir en vue du but commun qu'était, l'avènement d'une société communiste. Conformément à la conception léniniste du syndicalisme, les organisations de travailleurs ne pouvaient pas être indépendantes du Parti, ils constituaient une courroie de transmission entre celui-ci et les masses. Il faut ajouter que, selon la doctrine léniniste, toutes les organisations sociales, pas seulement les syndicats, fonctionnent dans le cadre du système juridique créé par l'État comme «l'ombre du Parti». Elles ne pouvaient pas agir légalement qu'avec le consentement ou, du moins, qu'avec l'approbation de l'État. Grâce au principe du monisme syndi-

cal, le parti totalitaire avait le plein contrôle sur le mouvement syndical comme le réalisateur de la ligne politique du Parti et d'intérêts de masses laborieuses dans l'État.

À la lumière de cette doctrine, les conflits collectifs et, surtout, les grèves étaient considérés, en principe, comme les événements hostiles à l'ordre constitutionnel socialiste.

En cette réalité, et à défaut de différentes formes de propriété, et — par conséquent — du jeu concurrentiel et de la rivalité de diverses forces sociales, les conflits collectifs de travail semblaient n'avoir aucune justification dans le socialisme ci-formé. Avant tout la grève, dans l'économie socialiste, n'était pas un instrument de lutte habituel des syndicats contre le propriétaire des moyens de production, c'est-à-dire contre l'État. La doctrine socialiste représentait donc l'opinion orthodoxe que la lutte des classes (entre le capital et le travail) est propre seulement à la société capitaliste. La liquidation de classes hostiles dans le socialisme avait éliminée — selon cette doctrine — «pour toujours» toutes les divergences dans la nouvelle société. Cette théorie, «théorie de non-conflictualité du socialisme», était la base pour la conception de non-opposition des syndicats à l'État en tant que l'employeur médiateur (et par ce seul fait — au Parti).

Selon la doctrine léniniste, les conflits collectifs de travail n'étaient pas absolument exclus dans la société socialiste. On ne les admettait pas comme l'instrument de la lutte sociale, mais comme un moyen extraordinaire de la protection de «l'esprit bureaucratique» des organes de gestion économique, l'instrument de légitime défense du monde de travail contre les phénomènes pathologiques, c'est-à-dire la fautive redistribution du revenu national au niveau de l'entreprise ou la non-exécution par le chef d'entreprise des conditions de travail etc. La grève ainsi entendue n'était pas le moyen normal de défense des travailleurs sur la voie de négociations collectives, mais un moyen extraordinaire, un mal nécessaire dans la société non-conflictuelle.

III. LES FACTEURS SOCIAUX, ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES DU DÉVELOPPEMENT DE NOUVEAU DROIT COLLECTIF DE TRAVAIL EN POLOGNE (1980—1991)

Malgré la reconnaissance doctrinale du droit de grève ci-conçu, il n'y avait pas de grèves massives en Pologne jusqu'en août 1980. Auparavant, les grèves étaient réprimées par l'armée ou la gendarmerie, par exemple sur le littoral en décembre 1970, quand plusieurs grévistes furent tués et pourchassés devant les tribunaux.

Les arrêts collectifs de travail ont été initiés à une grande échelle par les travailleurs des chantiers navals de Gdańsk et Szczecin en 1980. C'étaient les grèves les plus connues dans le monde entier, qui ont commencé la chute du communisme en Europe de l'Est. Les grèves sur la côte de la Baltique et ensuite dans les mines de Silésie n'étaient pas des grèves au sens strict du mot, soit des grèves en tant qu'une forme de résolution des conflits purement économiques dirigées par les travailleurs contre les employeurs refusant d'améliorer les conditions de travail et de salaire dans les branches et les entreprises déterminées. C'était une manifestation de la protection solidaire de toute la classe ouvrière contre le Parti et le gouvernement à cause des déformations qui s'étaient pro-

duits dans la vie économique et politique de la nation à l'époque du socialisme après la Seconde Guerre mondiale.

Du point de vue politique, le mouvement de grève de 1980 en Pologne représentait une première tentative de changer le système du pouvoir dans l'État, sans encore rejeter le socialisme même. En tout cas, c'était un tournant dans ce système, consistant à substituer au système de centralisme bureaucratique avec le rôle dirigeant du Parti le principe de participation des masses laborieuses à la gestion de l'État socialiste. C'est pourquoi les grèves de cette époque étaient des grèves politiques qui sont apparues par suite d'une crise politique aigue. En formulant plusieurs revendications d'un caractère social, économique et politique, le monde polonais de travail est entré — temporairement, jusqu'à la proclamation de la loi martiale en décembre 1981 — dans la voie de participation directe au règlement de problèmes sociaux urgents à l'échelle nationale.

L'apparition des grèves en Pologne en tant que fait absolument nouveau à cette époque dans le monde communiste, n'était pas encore le signe du passage de l'économie polonaise sur la voie de développement capitaliste et de la disparition des différences entre ces deux systèmes, conformément la théorie de la convergence.

L'intangibilité des principes fondamentaux du socialisme réel a été confirmé en réalité dans les accords sociaux conclus en août 1980 par les commissions gouvernementales avec les comité de grève. En même temps, le droit de faire la grève pour défendre les droits économiques et syndicaux des travailleurs a été prévu dans la loi sur les syndicats de 1982. La grève à but politique a été interdit. Mais, dans cette loi, on a prévu — sous la pression de l'ordre d'état de siège — qu'au cours d'une période dont le terme sera déterminé par le Conseil d'État, une seule organisation syndicale exercera ses activités dans l'établissement de travail. De cette manière, le législateur a formellement limité le droit de grève des travailleurs, parce que ceux-ci n'avaient pas de la possibilité de faire la grève par l'intermédiaire de l'organisation syndicale librement choisie.

Cet état des choses était fortement contesté par les syndicats clandestins, notamment par la «Solidarité», et par les juristes éminents polonais ainsi que par les intellectuels de divers milieux. Le monisme du mouvement syndical et, en conséquence, la restriction de droit de négociation et la participation aux conflits de travail étaient de même critiqués par les experts de l'Organisation Internationale de Travail du point de vue de la liberté syndicale.

Le mouvement syndical en Pologne s'était formé pendant les années 80 sous l'influence d'une idéologie contestataire, pararellement à l'idéologie de l'État répressif. Les travailleurs préféraient résoudre leurs conflits de travail par voie de grèves illicites («sauvages») sans observer des procédures préalables, c'est-à-dire des négociations et d'arbitrage.

La lutte pour le pluralisme syndical sous les drapeaux de la «Solidarité» avait la plus grande intensité en 1988 et, à cause de sa caractère politique, a enfin abouti à «la table ronde», l'institution qui avait pour but de résilier, au cours des négociations avec l'opposition syndicale et politique, tous les conflits aussi bien de travail que politiques.

Le 24 avril 1989, la Diète a confirmé, par la loi sur l'amendement de la loi sur les syndicats, le principe de pluralisme syndical, en éliminant de cette manière l'une des causes principales des conflits sociaux et contradiction entre le

gouvernement et l'opposition. Cette amendement a éliminé, en outre, des divergences entre la législation polonaises et les dispositions de la convention n° 87 de l'Organisation internationale de travail.

Cet amendement n'était pas suffisant pour garantir aux travailleurs la possibilité d'exercer leur droit de grève. La loi sur les syndicats de 1982, restant en vigueur jusqu'en juin de 1991, comportait les prescriptions sur les litiges collectifs trop rigides, complexes, prévoyant de longs délais de règlement des conflits. La loi s'avéra inapplicable à cause de procédure préalable trop compliquée et d'une liste très extensive concernant des services essentiels ou la grève est interdite. Les prescriptions trop restrictives concernant la grève n'empêchaient pas, bien sûr, de faire des grèves illégales du point de vue juridique. Très souvent, c'étaient des grèves de nature politique.

Dans le système de l'économie centralisée, caractéristique pour le socialisme réel, les grèves politiques étaient l'arme la plus efficace dans les conflits des travailleurs avec l'employeur médiateur, c'est-à-dire avec l'État.

En 1989, est arrivé le renversement total du système politique en Pologne et, par conséquent, les changements essentiels des structures des conflits sociaux, y compris des conflits de travail.

La plus fondamentale était l'abolition de l'article 3 de la Constitution, selon lequel le rôle dirigeant dans l'État appartenait au parti marxiste-léniniste (Parti ouvrier unifié polonais). Avec cet amendement, l'omniprésence du Parti dans l'appareil étatique et la dépendance des organisations de travailleurs du Parti ont disparu.

Le 29 décembre 1989, la Diète a voté encore une modification essentielle de la constitution très importante pour les changements de la vie sociale en Pologne. C'était la rupture avec le socialisme réel comme le système politique et économique du pays.

Dans le système appuyé sur le principe de la séparation des intérêts des employeurs et des travailleurs, le point de vue en cette matière est devenu tout à fait contraire.

Dans la nouvelle réalité, les syndicats ont rejeté la théorie de l'unité des intérêts des parties dans les rapports de travail et ils prennent en considération seulement leur rôle de défenseurs des intérêts des travailleurs; il s'agit en particuliers, de la défense de l'emploi, des conditions de travail et de salaire à l'aide de mesures prévues dans le droit collectif de travail. Hélas, on observe aujourd'hui que les travailleurs et les entrepreneurs doivent collaborer sous forme de cogestion pour prévenir, de cette manière, le soulèvement des conflits ouverts de travail avec le jeune capital. Les syndicats devraient surtout participer à la gestion dans le domaine de l'emploi pour que les décisions de l'entrepreneur n'aboutissent pas à une précarité de l'emploi.

Dans le nouveau système politique d'État postcommuniste, les grèves politiques n'ont pas de raison, parce que ce n'est pas normal lorsque le syndicat réalise des tâches appartenant aux organes du pouvoir et de l'administration d'État. Les grèves purement politiques, consistant à la pression des grévistes sur les organes de l'appareil étatique pour faire appliquer les changements démocratiques dans le pays, avaient leur justification dans le système ou l'ensemble des pouvoirs, aussi bien politique qu'économique, était aux mains de l'État totalitaire, à vrai dire aux mains des dirigeants du parti polymorphe. Le

phénomène de grèves politiques doit donc être considéré comme temporaire dans l'histoire de la nation.

Les amendements de la constitution ont restitué la séparation de la politique d'Etat et d'économie aux niveaux des entreprises. La réglementation concernant le plan national socio-économique en tant que la forme fondamentale du système a été abolie. La voie vers l'économie de marché a été ouverte.

Dans le nouveau système constitutionnel, avait totalement perdu son actualité l'article 3 de la loi sur les syndicats de 1982, selon lequel les organisations syndicales étaient obligées:

- de respecter les principes de la propriété sociale des moyens de production, étant précédemment le fondement du régime socialiste de l'État;
- de reconnaître le rôle dirigeant du Parti ouvrier unifié polonais dans l'édification du socialisme.

L'importance décisive pour la nouvelle philosophie de la réglementation future des conflits du travail avait le fait que l'État a perdu son rôle de l'employeur global (médiat) pour tous les travailleurs. En conséquence, il s'établit l'opinion que l'État ne doit pas participer immédiatement aux conflits collectifs de travail dont (font désormais partie les employeurs immédiats, autonomes, autogérés et les participants sont autofinancés, indépendants de l'État et dotés du pouvoir de prendre des décisions économiques conformes aux règles du calcul économique.

Totalement anachronique dans le nouveau système socio-politico-économique s'avère le principe inviolable à l'époque de communisme, selon lequel les syndicats sont tenus de collaborer avec les chefs des entreprises en faveur de rendement de travail, soit de représenter plutôt les intérêts des propriétaires des moyens de production. De cette perspective, les conflits dans le but de défendre les travailleurs contre l'exploitation n'avaient pas à cette époque aucune justification.

IV. LA RÉGLEMENTATION ACTUELLE DES CONFLITS COLLECTIFS DE TRAVAIL EN POLOGNE (LA LOI DE 23 MAI 1991)

1. Les changements substantiels de la structure politique et économique de la Pologne caractérisés ci-dessus ont déjà entraîné des modifications profondes du droit du travail collectif, en particulier l'introduction dans l'ordre juridique polonais des nouvelles prescriptions concernant des conflits collectifs, y compris des grèves.

Le 23 mai 1991, la Diète a voté trois lois: 1) sur les syndicats; 2) sur les organisations patronales; 3) sur la solution des conflits collectifs.

2. La «subjectivité» des conflits collectifs de travail est fondée sur la structure du mouvement professionnel déterminée par la loi sur les syndicats d'une part et, d'autre part, par la loi sur les organisations patronales. Ces sujets sont maintenant les acteurs uniques du jeu concurrentiel et, en conséquence, les parties exclusives de travail au niveau de l'entreprise à l'échelle de branche, régionale ou même nationale. L'État n'existe plus comme le partenaire des travailleurs dans leurs conflits avec le capital, mais il peut jouer le rôle d'arbitre dans ce drame social (*cf. infra*).

3. L'«objectivité» des conflits de travail est limitée par le cadre de l'article 1 de la loi sur la résolution des conflits collectifs. Conformément à cet article, le

conflit collectif concerne les conditions de travail, de salaire et des prestations sociales, ainsi que les droits et les libertés syndicaux. Cela signifie que la grève ayant pour l'objet les revendications de nature politique est illicite. Mais, l'exclusion de la grève de nature purement politique du champs d'application des principes de la liberté syndicale ne concerne pas les grèves visant à exercer une critique à l'égard de la politique économique et sociale du gouvernement. Cet avis harmonise avec l'opinion de la commission d'experts de l'Organisation internationale de travail.

4. La loi sur la résolution des conflits collectifs prévoit, en général, deux procédés de solution de ces conflits:

- procédés de la solution pacifique;
- procédés par voie de grève.

Les modes pacifiques de règlement des conflits collectifs sont les suivants:

a) les négociations, b) la médiation et c) l'arbitrage.

La première forme de règlement pacifiques consiste en tentative de régler le conflit à l'amiable par l'accord des parties. Lorsque les négociations finissent par le désaccord total ou partiel des parties, est dressé un procès-verbal de divergences, indiquant les positions respectives des parties.

La deuxième étape de la procédure pacifique c'est la médiation, alors la conduite du conflit par les parties avec la participation de la personne offrant des garanties d'impartialité (médiateur).

Lorsque les parties ne tombent pas d'accord en 5 jours sur le choix du médiateur, la procédure est poursuivie avec la participation du médiateur indiqué, à la requête de l'une des parties, par le ministre du Travail et de la politique sociale sur la liste établie par celui-ci.

La procédure de médiation doit déboucher sur la signature d'un accord par les parties. A défaut d'accord, il est dressé un procès-verbal de divergences, indiquant les positions respectives des parties. Ces actes sont accomplis avec la participation du médiateur.

Conformément à la loi sur les syndicats de 1982, la troisième étape du règlement pacifique du conflit collectif de travail était encore l'arbitrage obligatoire en tant que la procédure nécessaire pour que le syndicat puisse déclencher la grève.

Selon la loi en vigueur, le syndicat, qui conduit le conflit collectif dans l'intérêt des travailleurs, peut — après la procédure de médiation manquée — déclencher la grève ou, sans profiter de ce droit, tenter de faire régler le conflit par le collègue d'arbitrage dit «social».

Dans le nouveau système du droit collectif de travail, l'arbitrage est, autrement que dans le système introduit pendant l'état de siège en Pologne, une institution facultative. Les collèges d'arbitrage social sont situés près des cours et sont composés de juges aux tribunaux comme les présidents et de six membres désignés à raison de trois par chacune des parties.

Ce règlement harmonise avec la nouvelle philosophie du système socio-économique en Pologne. L'État n'est pas plus une partie des conflits collectifs de travail mais le coarbitre dans les conflits des partenaires sociaux agissant à la demande du syndicat et n'ayant pas la voix décisive (les parties du conflit sont liées par les décisions de l'arbitrage, si aucune d'elles n'en statue autrement).

5. La grève est un moyen extrême et ne peut être proclamée avant que ne soient épuisées les possibilités de règlement du conflit selon les procédures des

négociations et médiations. La doctrine de l'État posttotalitaire en Pologne ne partage pas l'opinion de la théorie de conflit, selon laquelle les tensions sociales sont des facteurs très importants du développement de la vie sociale, contribuant même à l'intégration de la société. Le législateur polonais s'est incliné plutôt à la théorie sociologique dite fonctionnalisme, en traitant les conflits collectifs comme un symptôme de la pathologie dans les relations sociales. Ce point de vue s'avère compatible avec la doctrine du solidarisme qui est à la base de l'idéologie du syndicat «Solidarność».

Le droit de grève est, conformément à la loi sur la solution des conflits collectifs, un droit individuel du travailleur, découlant du principe de la liberté du travail, qui ne peut être exercé que collectivement. La loi constitue expressément que la participation à la grève est volontaire. Les grèves ne peuvent être proclamées que par les organisations syndicales après le consentement exprimé par la majorité des votants, à condition que la moitié, au moins, des travailleurs ait participé au vote. Cette prescription a rompu avec le règlement précédent exigeant, pour le déclenchement de la grève, l'acceptation de la majorité des travailleurs. Cette condition a été critiquée par la commission d'experts de l'OIT dans un rapport spécial.

La nouvelle loi n'exige plus, pour le déclenchement de la grève, l'accord préalable de l'organe supérieur du syndicat. C'était une restriction excessive au droit des syndicats d'organiser leurs activités. Après la décentralisation du mouvement syndical, l'exigence dont nous parlons a perdu son actualité.

La loi établit une liste des services où la grève est interdite qui est beaucoup moins extensive qu'avant. Ainsi, cette interdiction concerne:

- a) les travailleurs aux postes et installations où l'interruption de travail risque de mettre en danger la vie et la santé humaines ou la sécurité de l'État;
- b) les fonctionnaires du Service de Protection de l'État, dans les unités de Police et des Forces Armées, de l'Administration Pénitentiaire, des Gardes Frontières et dans les unités organisationnelles de protection contre le feu;
- c) les employés des organes du pouvoir d'État, de l'administration gouvernementale et celle des collectivités locales, des tribunaux et du ministère public.

6. Le droit collectif de travail polonais ne comporte pas de prescriptions concernant le lock-out. Dans la première version de la loi sur la solution des conflits collectifs, se trouvait l'article prévoyant que l'employeur avait le droit de fermer l'établissement de travail en état de défense légitime contre la grève, dans le cas d'une menace des dommages irréparables. À la demande du syndicat «Solidarność» et après les amendements proposés par le Sénat, la Diète a retiré le règlement de lock-out dans la loi. Il se pose, cependant, la question si les employeurs n'ont pas, dans les cas mentionnés ci-dessus, la possibilité de recourir à la fermeture provisoire de l'entreprise en vertu de l'article 423 du code civil, selon lequel «celui qui agit en état de légitime défense, en repoussant une attaque directe et illicite contre son propre bien, n'est pas responsable du dommage causé à l'auteur de l'attaque».

V. RÉFLEXIONS FINALES

Les bouleversements en Pologne et en Europe orientale avaient entraîné la transformation profonde des mécanismes politiques et sociaux des pays sociali-

stes. Ces changements étaient provoqués par la vague de grèves survenue en Pologne en 1980 — 1981 et ensuite en 1988. On peut dire que c'est la classe ouvrière polonaise qui était une avant-garde de la révolution venant «d'en bas» dans tous les pays socialistes européens.

Mais avec le passage d'une économie centralisée à planification obligatoire vers l'économie de marché, l'édification d'un nouveau système n'est pas encore fini. En ce qui concerne les conflits collectifs de travail, le problème le plus fondamental est la mise en pratique de la loi de 23 mai 1991.

A l'époque du passage du système nommé socialiste réel au capitalisme moderne, il y a beaucoup des difficultés dont les causes sont de nature économique et psychologique. Il est, par exemple, très difficile de changer, en réalité, la structure subjective (*cf. supra*) des conflits de travail parce qu'il manque encore les organisations d'employeurs (patronales) constituées comme les partenaires sociaux, capables de participer aux négociations collectives et d'éliminer, de cette façon, les sources des grèves. Ces dernières éclatent, pas rarement, comme des grèves sauvages, illicites au sens de la loi. Très souvent, elles sont dirigées contre le gouvernement, qui ne représente plus les intérêts des établissements autonomes.

Les causes psychologiques empêchent aussi bien le processus de législation que l'application de nouvelles lois. Il s'agit ici de la mentalité socialiste, laquelle est profondément fixée dans la conscience du peuple profitant, dans le passé, de la protection étatique dans tous les domaines de la vie au détriment de l'indépendance personnelle.

La situation économique est très grave. La récession, qui est venue avec la liquidation de plusieurs entreprises d'État, a entraîné le chômage. Ainsi, il nous faut passer encore une «saison en enfer» pendant cette traversée du système renversé au système nouveau. Néanmoins, il n'y a pas de retraite de cette voie!

*POLAND AND THE INTERNATIONAL COURT
OF JUSTICE — TODAY*

*Renata Szafarz**

It is a rare thing that the postulates put forward by a doctrine, even by advisory bodies, were promptly introduced into practice. Therefore, it is worth pointing out that Poland's voice of the Polish doctrine in the matter of ICJ jurisdiction was taken into consideration. On September 25, 1990, a suggestion that Poland declared an acceptance of the compulsory ICJ jurisdiction¹ — made cautiously in the «Państwo i Prawo» journal and supported by resolutions of the Polish group of the International Law Association and the Team of International Law of the Legislative Council — was accepted². On this day such a declaration was officially deposited with the UN General Secretary on behalf of the Republic of Poland.

This fact was preceded by important events that took place in Poland. As a result of the changes of the Polish Constitution of December 29, 1989, the Republic of Poland was defined as „a law-abiding state” (Rechtsstaat — Art. 1). From the point of view of such a concept of state an acceptance of the compulsory ICJ jurisdiction is self-evident.

Minister Krzysztof Skubiszewski, a committed follower of compulsory ICJ jurisdiction, announced a submission by Poland a relevant declaration already during the debate of the UN General Assembly in the autumn of 1989 and later in 1990 during a similar debate he declared that Poland had already accepted the ICJ compulsory jurisdiction. As a result Poland has become the fifty-second state in which the ICJ compulsory jurisdiction is in force according to Article 36, paragraph 2 of the ICJ Statute³. Poland was the first country of Central-Eastern Europe to deposit such a declaration.

* Professor of International Law at the Institute of Legal Studies, Polish Academy of Sciences.

¹ Cf the conclusions in the paper by R. Szafarz, *Obowiązkowa jurysdykcja Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości na podstawie klauzuli fakultatywnej [Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice based on the Facultative Clause]*, „Państwo i Prawo”, 1989, No. 2, pp. 57 — 63.

² The ILA Polish group established a special working team for the elaboration of a proper declaration. The members of the team were Professor K. Skubiszewski, Professor K. Wolfke and the author of the present paper. The results of the work of the team were handed over to the Team of International Law, Legislative Council.

³ Apart from 48 states mentioned in the paper cited in footnote 1 above (p. 57, footnote 2), the declarations were deposited by Nauru, Zair, Guinea-Bissau and Poland. The texts of the declaration in the „International Court of Justice Yearbook”, 1988 — 1989, pp. 60-95.

It is worthwhile to analyse what is the scope of obligations undertaken by Poland as compared with those contained in the declarations of other states.

Here follows the full text of the Polish declaration:

„In accordance with article 36, paragraph 2 of the Statute of the International Court of Justice, I hereby declare, on behalf of the Government of the Republic of Poland and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation and subject to the sole condition of reciprocity, the jurisdiction of the International Court of Justice in all legal disputes other than:

- a) disputes prior to the date of this declaration or disputes arisen out of facts or situations prior to the same date;
- b) disputes with regard to the territory or state boundaries;
- c) disputes with regard to pollution of the environment unless the jurisdiction of the International Court of Justice results from the treaty obligations of the Republic of Poland;
- d) disputes with regard to foreign liabilities of debts;
- e) disputes with regard to any State which has made a declaration accepting the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice less than twelve months prior to the filling of the application bringing the dispute before the Court;
- f) disputes in respect whereof parties have agreed, or shall agree, to have recourse to some other method of peaceful settlement;
- g) disputes relating to matters which, by international law fall exclusively within the domestic jurisdiction of the State.

This declaration shall be valid for a period of five years and be automatically prolonged thereafter for further periods of one year if not denounced by notification addressed to the Secretary General of the United Nations taking effect after six months from the moment of such notification.

The Government of the Republic of Poland also reserves its right to add, by means of a notification addressed to the Secretary General of the United Nations and taking effect after six months from the moment of such notification, new reservations or supplements, or to amend or withdraw, any of the foregoing reservations.

Warsaw, 21 September, 1990.

Krzysztof Skubiszewski
Minister of Foreign Affairs”.

Like the overwhelming majority of declarations, the Polish declaration consists of three parts. Part one is a general formulation of the obligations made under the optional clause under Article 36, paragraph 2, ICJ Statute. Part two contains some restrictions of the content of this general obligation which in the ICJ judgements and the literature are named reservations. In the Polish declaration there are seven such reservations. In part three some formal conditions are specified.

As far as the first part of the declaration is concerned it is worth emphasizing that the Government of the Republic of Poland approved the text of the declaration and entitled Minister K. Skubiszewski to submit it⁴. Another important element is a mention of the condition of reciprocity. Perhaps the formulation „in relation to any other State accepting same obligation” (as it is in some declarations) would be enough. However, an additional reference to the condition of reciprocity even *ex abundanti cautela*, makes the problem quite clear and means that also the reservations of the two parties to the dispute will be taken into consideration by the ICJ when a given issue is settled. Each of the parties to the dispute may refer to the reservations of its own or of the other party. As a result the ICJ jurisdiction will be extended as far as the obligations following from the declarations of the two parties to the dispute will cover the same field.

⁴ Cf. the report by B. Warzęcka on the meeting of the Council of Ministers of 17, September, 1990, entitled: *Pieniądze i kultura [Money and Culture]*, „Rzeczpospolita” of 18, September, 1990, pp. 1 — 2.

In the general part of the Polish declaration like in Article 36, paragraph 2 of the ICJ Statute „the disputes of the legal nature” are discussed. However, it does not mean that a dispute must be devoid of the political aspects on order to be subject to the ICJ jurisdiction. On the other hand, it means that only the legal aspects of concrete disputes will be subject to the Court jurisdiction. The ICJ may give judgements only in the cases of legal disputes.

As I have already mentioned, part two of the Polish declaration contains seven reservations. Only very few declarations contain no reservations (e.g. declarations of Nigeria, Costa Rica, the Dominican Republic)⁵. The majority of declarations has from one to fifteen reservations. For instance, India made 15 reservations.

The first reservation in the Polish declaration says that Poland subjects to the ICJ jurisdiction only its future disputes. Such a reservation is found in many declarations of other States and in the case of Poland it has a strong justification. The Republic of Poland will not submit to the Court jurisdiction those disputes which were started in the period of the Polish People’s Republic.

The reservations contained in point b) of the Polish declaration are not so frequent in the declarations of other States. This is quite understandable since Poland is particularly sensitive to all problems connected with its territory and boundaries.

Reservations with regard to pollution of the environment, particularly to the maritime environment, occur sporadically in the declarations of other States, It should be stressed that the formulation of point c) of the Polish declaration is a specific Polish concept. It should be also added that so far Poland has not signed any treaty on the protection of the environment containing a judicial clause which provides for the ICJ competences. Therefore, by virtue of point c) all disputes with regard to pollution of the environment in which Poland might be involved, do not fall under the ICJ jurisdiction. This reservation probably resulted from the state of environment in Poland on the one hand, and Poland’s financial situation on the other. It must be added here that compensations for environmental damages are very high. Also the financial situation is the principal reason for the reservation in point d) of the Polish declaration. It is worth pointing out that Poland was the first State to place such a reservation in its declaration.

The reservation in point e) is to protect Poland from some abuses. The declarations take effect on the day of their deposition with the UN General Secretary (who notifies about this fact parties to the ICJ Statue during the period of three months) and it may occur that the application made by one State will reach the sued State earlier than the text of the declaration⁶. Great Britain was the first State to include such a reservation in its declaration. A number of other States followed in its wake.

The reservations with regard to other methods of peaceful settlement of dis-

⁵ I am basing on the texts of the declaration published in the „International Court of Justice Yearbook”, *op. cit.*, pp. 60 — 95.

⁶ This was the case in the dispute between Portugal and India concerning the transit on the India’s territory (1955-1960). India received the Portugese statement of claim ealier than the text of the declaration.

putes contained in point f) of the Polish declaration is self-understandable and occurs in many declarations of other States.

Point g) contains a reservation with regard to domestic jurisdiction. In practice among the all formulations of this reservation the one found in the Polish declaration (and in the declarations of some other States too) is the most accurate, since it emphasizes that the whole problem must be considered against international law. Let us add here that the worst is the subjective formulation, since it simply suggests ill-will. It was contained for the first time in the US declaration which today is not binding any more. According to this formulation all disputes which in the meaning accepted by the United States fall within their domestic jurisdiction were beyond the ICJ jurisdiction⁷. Today a similar formulation may be found in the declarations of Malawi, Mexico, Liberia, Philippines and Sudan.

One may ask a question whether the reservation in point g) of the Polish declaration is necessary at all. It seems quite obvious that in all disputes which according to international law fall within the domestic jurisdiction the International Court of Justice must admit its lack of competences without referring to a reservation. On the other hand, an inclusion of such a reservation in the declaration facilitates to obtain an agreement of the proper domestic organs to make the declaration on behalf of a relevant State.

Generally speaking the quantity and quality of the reservations contained in the Polish declaration place it among the valuable declarations. However, a general value of a declaration results both from the scope of problems covered by the declaration and its durability as well. And here we come to the third part of the Polish declaration.

Taking into consideration the fact that a number of declaration provides that they may be withdrawn or changed in any moment and, what is more, with the immediate effect of withdrawal or change, the Polish concept deserves a high estimation. Poland has followed the western standards. The declarations of Denmark, Finland, Luxemburg, Holland, Norway and Sweden (but not of Great Britain) provide that they will be taking effect unconditionally through the period of five years and will be automatically prolonged for further five-year periods with a possibility of withdrawal six months before the end of the successive period. The Polish formulation differs in one point — that is that it will be prolonged for one-year periods after the five-year period of unconditional validity. The obligations following from this formulation are only insignificantly slighter.

According to the last clause of the Polish declaration, any changes may be introduced into it also in the five-year period of unconditional binding. All introduced changes take effect only after six months from the date of their notification. An interpretation of the discussed clause seems to suggest that the changes which are not supplements cannot be introduced into the formal conditions of the declaration. This additionally reinforces the introduced concept.

Generally speaking, the contents of the Polish declaration may be considered

⁷ The formulation „in the meaning accepted by the United States” contained in the US declaration is frequently termed in the literature „Connally reservation” or „Connally amendment” after the name of the senator who suggested it.

as correct from the legal point of view. This is one of the important manifestations of prevalence of international law over politics. On the other hand, the reservations made prove great responsibility in undertaking new important international obligations.

It is worth pointing out that declarations made under Article 36, paragraph 2 of the ICJ Statute as well as judicial clauses contained in the treaties are quite different sources of the ICJ compulsory jurisdiction. As a result all disputes resulting from an interpretation of and/or application of the treaties to the judicial clauses of which Poland has made reservations⁸, can be settled by the ICJ on the basis of the Polish declaration and the declaration of the State-party to the dispute.

However, most frequently the States which are parties to a given treaty are not the same States which made their declarations under Article 36, paragraph 2 of the ICJ Statute. Therefore a postulate to withdraw by Poland its earlier reservations with regard to the treaty judicial clauses is still timely.

⁸The Institute of International Law at its Neuchâtel session in 1959 adopted resolution No. 3 recommending these formal conditions to be included into the declarations. Cf. „Annuaire de l’IDI”, Vol. 2, 1959, pp. 360. In the literature a similar postulate was made by H.W. Briggs, *Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, „Recueil des Cours”, Vol. 1 (93), 1958, p. 279; R.P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, London 1961, p. 257; F. de Pauw, *La déclaration belge du 3 Avril 1958 acceptant la juridiction obligatoire de la Cour Internationale de Justice*, „Revue de Droit International”, 1966, No. 1, p. 124.

NOTES CRITIQUES * CRITICAL NOTES

DROIT POLONAIS CONTEMPORAIN
POLISH CONTEMPORARY LAW
1992 n° 1—4 (93 — 96)
PL ISSN 0070-7325

Wojciech Sadurski, *Moral Pluralism and Legal Neutrality*, Dodrecht — Boston — London 1990, Kluwert Academie Publishers, 221 pages.

1. The title of the book points to the main thesis contained in it and saying that law must be neutral in spite of, or perhaps because of, the existence of different moralities. The book has been drawing on the experience of the societies living in the western and southern hemispheres where the political and legal systems are different from that of Poland. It happened, however, that the subject-matter discussed in the book has been a live problem in Poland too. The Polish reader can find in the book the theoretical considerations of problems he is faced with in every day life, in political disputes and decisions taken by the State organs. The examples used to prove the theses are problems of abortion, separation of religion from the State, freedom of the word, protection of the rights of minorities, pornography.

Moral pluralism does not exclude one prevailing morality termed by the author as “conventional morality”. This is a morality of the prevailing social forces and as such presents some difficulties attracting a great deal of attention of the author. Sadurski discusses them while analyzing the work of the Supreme Court of the United States and the High Court of Australia. Both courts have the competences to assess the constitutionality of legislation because of the general character of the formulations of the Constitution. This offers an occasion to discuss the problems lying on the border of law and morality and particularly of the conventional morality.

Two views are vying here: on the one hand, the followers of one view claim that the court must appeal to the prevailing moral standards while reviewing the constitutionality of legislation, and on the other, there are some who believe that it would be inconsistent with the division of roles between the legislature and the Court. If a role of the Court is to protect minorities against possible reduction of their rights by the majority, then the Court cannot appeal to the morality adopted by the majority. This is because the Court reviews an act supported by the majority in the legislature which, in a democratic State, expresses the prevailing social standards (p. 27).

Supporting the second view the author remarks, at the same time, that the Court cannot — in a given social system — remain indifferent to values accepted by the dominant social forces. However, more frequent are the situations where the courts employ a “roundabout way” while justifying their decisions which are against the prevailing moral standards. This strategy consists in a declaring a full approval of conventional morality when, exceptionally, a decision departing from this morality is taken because of some important reasons.

The differentiation between the two types of appeal to conventional morality made by the author is very important. The first of them consists in an appeal to conventional morality in order to decide about the legal status of a particular practice. These are the decisions on the constitutionality of capital punishment, abortion, homosexuality, taken on the basis of dominant moral standards (p. 39). The second type includes the situations in which we appeal to moral standards in order to give content to some concepts like, for instance, the concept of pornography. The task here is easier, the author claims, since “it is not the matter of yes-or-no to the application of community values but rather of judgements of degree” (p. 39). On the contrary, there are some standards to be graded from which “a general average of community thinking” can be derived (p. 40).

2. In the discussed book, the author gives a very interesting presentation of problems connected with deciding about the conventional morality, and of a norm derived from it, which we want to employ to solve a given issue. There are many reasons behind the difficulties accompanying this process. A great deal of people do not express their opinion on moral issues at all. But if they do, there is often an inconsistency between views on particular issues and more general declarations about principles. There are also the cases where there is no concordant opinion on some important issues and the views are varying and incoherent.

In such a situation the courts are faced with two extreme solutions: a full negation of discovering of conventional morality and a presentation of their own moral standards as those of the community. The courts that appeal to conventional morality differ in their concern about the moral ideals of the community. Most of them, the author says, apply to the varying views the sieve of rationality. An example here may be a suggestion of H.H. Wellington that the court "should examine the views the community expresses in calmer moments", in order to eliminate the passions and prejudices of the moment. Wojciech Sadurski speaks disapprovingly of this suggestion. If by calmer moments we mean the periods when a given problem does not raise a significant moral controversy then — he says — no majoritarian opinion on a problem can be voiced. If the case is examined by the court, it means that there is no calmer moment at that time. The only solution to this problem would be to consider the opinions expressed previously, that is, in calmer moments. However, this would mean that the court failed to give effect to the current conventional morality (p. 48).

However, this criticism is not convincing. It is enough to take the example of capital punishment. In sociological questionnaires the opinion of the majority on this issue in various periods is sought also when it does not arouse substantial moral controversies. Moreover, when the court investigates a case it does not mean that there is no calmer period. The calmer period is broken when the community is upset because some new grave crimes have been committed. A rejection of the opinion shaped by temporary agitation in order to accept the opinion prevailing for a longer period can certainly be called a rational approach.

Contrary to the author, I think that Perry's theory is quite useful. He makes a distinction between those moral views which define what is right and what is wrong and the ones which determine what immoral behaviour should be legally prohibited. The court should take account only of the latter opinions. According to Sadurski, who verifies this concept taking the example of abortion, moral condemnation of abortion is in practice accompanied by a demand for a legal prohibition while those who condemn abortion as wrong do not demand legal sanctions. They view it as being wrong not on moral ground but because it is detrimental or risky to health (p. 51).

This reasoning lacks arguments. Taking the example quoted by Sadurski I think that his assumption saying that those condemning abortion but not demanding criminalization factually condemn it on other grounds than the moral ones, is quite arbitrary. His thesis that moral condemnation of abortion in practice does not mean a condemnation and including it into the sphere of private morality but just the contrary, it involves public morality and a demand for penalization, can be easily upset. Certainly this happens quite often (the proportion can be various in various societies) but it is not a rule. However, the value of the distinction between the two types of morality is not diminished, especially if we take another example instead of that of abortion (e.g. problems of penalization of sexual deviations or dissemination of pornography) and Perry's distinction is in practice grasped quite easily. Sadurski employing different terminology is very near Perry's concept. He emphasizes the importance of a radical separation of the right from the good and claims that only a radical separation of these two concepts can lead us to a conclusion that not everything that is morally good ought to be legally sanctioned and not everything that is morally bad ought to be legally prohibited (p. 90).

3. In his concept, Sadurski attaches a great importance to the principle of equal moral agency: everyone is equal to choose a morality except the one permitting harm to others or imposing one's own morality upon others. This is an analogy to the harm principle of J. St. Mill saying that law can prohibit only those deeds which inflict harm on other people. However, the principle of equal moral agency is not only a different wording of the harm principle. This is an amplification of Mill's thought in the manner which makes it desirably univocal since in Mill's approach it is not clear whether the very concept of harm is to be interpreted without appealing to the prevailing moral standards and conventional morality¹.

4. Chapter Six is devoted to the theory of punishment in the light of moral neutrality of law. Sadurski distinguishes perfectionism and antiperfectionism in thinking about crime and punishment. The latter as the one corresponding to the principle of neutrality, is adopted by the author as a point of departure of his considerations. He presents a variation of the principle of retributive justice from the point of view of criminal law and understood as an application of a broader principle regulating the distribution of benefits and burdens in a society¹².

¹ Cf. W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa [Moral Neutrality of Law]*, „Państwo i Prawo”, 1990, No. 7, pp. 28 ff.

² More on this subject see: W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia [Theory of Justice. Fundamental Problems]*, Warszawa 1988; two reviews by W. Lang and L. Morawski, „Państwo i Prawo”, 1989, No. 6, pp. 105 ff.

Sadurski claims that criminal law maintains a certain balance of benefits and burdens in a community, and particularly of those which consist in autonomy and unlimited freedom of action within a sphere which is beyond the interference by others. The enjoyment of this benefit by an individual is correlated with a burden of the remaining members of the society consisting in self-restraint in order not to overstep the limits of the freedom of action. The punishment of the offender is a redistribution of burdens and benefits, which takes place when the balance is disturbed by the criminal. Putting the burdens on the offender, which is the punishment, we restore the balance he upset by acquiring the benefits on the way of an offence. The benefit is understood here not in a common meaning but as the one derived from non-self-restraint and a freedom of action.

Sadurski admits that there are some difficulties in explaining, in the light of his theory of punishment, the reasons for lesser penalties for attempts and the offences perpetrated because of mistake of law. At the same time, he claims that this theory justifies non-punishment of an insane person. An insane person does not derive any benefits in the sphere of freedom of action by violating the criminal law, so there is no need to restore the upset balance. However, I have to admit that such a justification of the non-punishment of insane persons sounds strange for a lawyer specializing in criminal law.

The theory of punishment presented by Sadurski is certainly based on the liberal principle that the sphere of autonomic action, equal for all, is an essential value guarded by criminal law. Therefore intervention by criminal law based on paternalistic or moralistic grounds must be excluded since the whole concept of restoring the balance of burdens and benefits would be irrational.

The author is right in thinking that his theory has one important value: the ability to explain why some acts may be punished and other not. However, if this were a problem, it would be reduced to a certain important principle of the theory of punishment. And yet the theory of punishment must contain a wider plane for explanation and substantiation of various aspects of punishment. However, Sadurski does not present any arguments that his theory of punishment does possess this quality.

5. Chapter Seven, an extensive one, is devoted to problems of neutrality of law towards religion. This aspect of neutrality of law is, certainly, one of the most important and disputable. Sadurski distinguishes two principles regulating the relationship between the State and religion in modern secular States: the separation of the State and religion and the freedom of religion. These two principles can sometimes be conflicting since the principle of exercise of religion has a certain natural dynamics that threatens to undermine the disengagement of the State from religion. The author claims that in cases of such a conflict none of the principles should be given priority but one should appeal to a common higher ideal which is legal neutrality towards competing religious conception of the good. This principle means that no legal burden or privilege can be connected with a choice, change and pursuit of religious beliefs nor with a choice of non-religious morality.

Further considerations of the author show that, as usual, the essence of the problem consists in details. The very definition of religion presents a difficulty in cases of unclear situations. The greatest difficulty is encountered when we cannot define if the condition of legal neutrality towards religion has been fulfilled. The author discusses a few examples, like for instance: voluntary school prayer in state schools, State financial assistance to denominational schools, the content of school curricula, the military chaplaincy in the army and prisons, religion-based exemptions from some duties like military service. He thinks that the main point is to establish a certain baseline of action the departure from which leads to non-neutrality of law. Moreover, he attempts to define the baseline for the mentioned above situations and scrutinizes each case presenting the reasons of both parties. This chapter is the most interesting of all. It ends with a thesis that legal neutrality of the State can be preserved only by a full disentanglement from all religious-related functions and that the neutrality of law has to be a neutrality towards religion and anti-religion not towards religion and non-religion.

The leitmotif of the whole study is legal neutrality in pluralistic societies. However, Sadurski admits, in the final parts of the study, that the very doctrine of neutrality is by no means neutral. He appeals to such values like tolerance, respect for diverse moral beliefs and above all to individual self-determination about the sort of life one wishes to pursue.

The reviewed book has many values. It essentially enriches our knowledge of the discussed problems. By putting the clearly defined theses it makes us reconsider a great deal of problems and provides more arguments in the spirit of liberalism, which might be used in the disputes taking place in Poland at present. Its style renders it understandable to the readers from beyond the circle of theoreticians of law — a thing quite rare today. One can only regret that the European literature, the Polish literature including, and the awards of constitutional tribunals in western Europe have been neglected.

*CHRONIQUE DE LA VIE SCIENTIFIQUE * CHRONICLE*

DROIT POLONAIS CONTEMPORAIN
POLISH CONTEMPORARY LAW
1992 n° 1-4 (93-96)
PL ISSN 0070-7325

L'INTÉGRATION EUROPÉENNE AU REGARD DE LA RÉVOLUTION DANS LES PAYS DE L'EUROPE DE L'EST (SESSION SCIENTIFIQUE, INSTITUT UNIVERSITAIRE INTERNATIONAL DE LUXEMBOURG, JUILLET 1991)

La session d'été annuelle de l'IUIL en 1991 était consacrée aux mutations politico-sociales dans les pays de l'Europe de l'Est et à leurs conséquences pour les processus intégrationnistes sur notre continent. Y ont pris part une centaine de scientifiques, juristes, économistes, fonctionnaires de la Communauté européenne, journalistes de l'Europe occidentale et des pays postcommunistes (de Pologne: I. Lewandowska de la Faculté des Sciences économiques à l'Université de Varsovie, E. Popławska de l'Institut des Sciences juridiques de l'Académie Polonaise des Sciences et E. Sałkiewicz du Ministère des Affaires Etrangères) ainsi que d'Amérique, d'Afrique et d'Asie.

La session a été solennellement inaugurée par G. Thorn, président du Conseil de l'Institut, ancien président de la Commission de la CEE. Madame C. Lalumière, Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, a bien voulu donner un cours inaugural. En caractérisant les orientations générales des transformations en Europe centre-orientale, elle a indiqué le rôle joué par le Conseil de l'Europe, le premier partenaire institutionnel de ces pays. La qualité de membre du Conseil, qui équivalait à la reconnaissance internationale de l'entière démocratisation et pluralisation du régime politique, est considérée comme la première et nécessaire étape de l'entrée des pays est-européens dans les processus d'intégration sur plusieurs plans. Le Conseil de l'Europe est, en ce sens, l'antichambre de la Communauté européenne. Dans le cours de Mme Lalumière, la satisfaction de voir les possibilités de rapprochement et de coopération institutionnalisée avec les nations de filiation culturelle européenne s'accompagnait du sentiment d'inquiétude quant à la solidité et la profondeur des transformations politiques dans l'Europe de l'Est, menacées notamment de difficultés économiques. Elle voyait, dans la crise yougoslave, un signal d'alarme, indiquant la nécessité de considérer les processus qui, à l'Est du continent, s'opèrent avec un prudent optimisme.

Le programme de cette session de deux semaines avait été conçu par son auteur, le prof. S. Miláci (Université de Bordeaux I), directeur scientifique de la session, conformément au principe cartésien, comme une entreprise en deux parties. La première était consacrée à une analyse des processus de démocratisation dans l'Europe de l'Est, de leurs causes et leur déroulement, de leur image dans les médias occidentaux. La seconde partie, c'était un débat sur les réactions de l'Occident à ces processus: manifestations politiques et juridiques de l'ouverture à l'Est du Conseil de l'Europe, de la Communauté européenne et de la CSCE.

Le prof. S. Miláci a brossé une caractéristique générale des changements politiques s'opérant à l'Est de l'Europe. Il a attiré l'attention sur le dilemme méthodologique surgissant lors de l'analyse de ces processus: à la méthode, jusque-là en vigueur dans la politologie et notamment dans les médias occidentaux, de traiter le bloc oriental de façon uniforme, s'est substituée une méthode de diversification excessive, qui n'est pas favorable à saisir la nature et la régularité des transformations. La révolution en Europe de l'Est eut lieu au moment, non prévu par les analystes à l'Est et à l'Ouest, où sur la crise économique de plus en plus accentuée du système s'était superposée la pression culturelle, facteur de déclenchement. Les structures organisationnelles, mentales et idéologiques du régime s'étaient usées, ce qui ne fut pas sans subir l'influence politique et idéologique à long terme, grâce au flux croissant d'informations. Les réformes qui, notamment dans une première période, se succédaient en avalanche, étaient la conséquence de l'implosion du régime. Elles pourront être appréciées à travers leurs effets à l'avenir. Leur vision uniformément optimiste primitivement donnée dans les médias occidentaux était faussée. D'un côté, elle donnait satisfaction à l'attente de nouvelles positions sensationnelles, mais de l'autre côté, elle répondait au besoin de la classe politique d'un sujet commode à traiter au moment où le dialogue politique interne du pays

donné avait perdu de son authenticité (p.ex. en France après l'expérience de Γ «alternance» et de la «cohabitation»). La révolution pacifique à l'Est, c'était un thème particulièrement appréciable comme une affirmation du système de la démocratie occidentale (entre autres, l'association à l'effet de propagande de deux dates: 1789 et 1989).

Cependant, c'est avec trop d'empressément qu'on a traité la décommunisation comme la démocratisation, processus qui demande plus de temps et, ce qui est essentiel, un profond enracinement dans la mentalité de la société. Car un niveau convenable de la culture politique est une garantie de la stabilité du système démocratique dont la condition *sine qua non* est la reconnaissance universelle des règles du jeu, le transfert d'un litige du plan systémique au plan politique. Le rapporteur a jugé significatives les difficultés que rencontrent les pays postcommunistes en réformant leur droit constitutionnel à défaut d'expérience et d'habitude de participer aux mécanismes démocratiques d'exercice du pouvoir. Bien que l'idée générale de la démocratie soit reconnue sans réserves, ses éléments, tels que, par exemple, le droit de la minorité de participer au processus décisionnel, ou le principe de compromis dans les négociations politiques, sont acceptés avec beaucoup de résistance. Les dangers menaçant le processus des transformations, découlant d'une assimilation insuffisante des valeurs démocratiques sont, de l'avis de S. Milacić, particulièrement graves dans les pays où la réforme économique est effectuée à l'aide d'une «thérapie de choc», car l'appauvrissement et la stratification rapides de la population ne favorisent pas l'édification d'une société civique, garantie de la solidité et de l'authenticité des transformations démocratiques.

Les thèses exposées par le prof. S. Milacić ont été illustrées du déroulement et de l'état actuel des changements politiques. Guidés par le degré d'avancement de ces changements, les organisateurs de la session ont proposé la classification suivante: Est fondamental — URSS, Est avancé — Pologne, Tchéco-slovaquie et Hongrie, et deux catégories distinctes: la Yougoslavie qui traverse une crise de l'Etat, sorte de memento confirmant le risque d'arrêter les transformations à l'étape de la destruction, et l'Allemagne de l'Est, presque entrée dans l'orbite de l'Europe intégrée.

Le professeur M. Lesage (CNRS, Paris) a axé l'exposé des changements en URSS sur la démocratisation par réduction progressive du rôle de l'appareil du parti communiste au profit des soviets dans le processus décisionnel politique et sur la crise du fédéralisme soviétique. Il a indiqué le rôle des réformes constitutionnelles qui forment un nouveau modèle de prise de décisions étatiques. La création de l'institution du Président, du Conseil présidentiel et du Conseil de Fédération signifiait, en fait, le transfert des décisions de l'organe du parti à l'organe de l'Etat. Sans faire de pronostics sur l'avenir de l'Etat soviétique, le prof. Lesage a exposé l'état des forces politiques en URSS, en brossant notamment les silhouettes des leaders politiques virtuels.

Le prof. P. Kende (Haute École des Sciences Sociales, Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris) voit la cause essentielle des succès des changements démocratiques dans trois États de «l'Est avancé» dans l'attitude, primitivement surprenante, de l'URSS, qui avait renoncé à l'ingérence dans la politique intérieure des pays satellites. De là les deux phases du recouvrement de la souveraineté par la Pologne et la Hongrie. La première phase, c'était le consentement à la «finladisation» (souveraineté à l'intérieur), et la seconde, c'était — après l'absence constatée de la résistance du côté de l'URSS — l'exigence de la souveraineté à l'extérieur. Dans la première phase, les États concernés demandaient une réforme du Traité de Varsovie et du Conseil d'Assistance Économique Mutuelle (Comecom), dans le monde — la liquidation de ces organismes. En décrivant le paysage politique de la Pologne, de la Tchécoslovaquie et de la Hongrie, P. Kende a souligné les différences entre ces pays en ce qui concerne le degré de combativité sociale, la nature du régime avant l'«automne des peuples» ainsi que le degré d'évolution des contre-élites. Il a fait ressortir les difficultés que rencontre la différenciation des partis politiques par suite du manque de tradition du dialogue politique, et évoqué le dilemme du choix que les nouvelles forces politiques ont à faire entre les différents courants de la tradition. Il a posé, en même temps, la question d'authenticité, de fraîcheur de ces traditions, et aussi de l'influence de l'héritage communiste. Parlant des transformations institutionnelles dans les trois pays concernés, P. Kende a indiqué l'identité des tendances au retour de l'Etat civique, de l'Etat de droit, de la dépolitisation de la magistrature, des libertés civiques et de la démocratisation des pouvoirs publics, ainsi que la recherche, commune à la Pologne, à la Tchéco-slovaquie et à la Hongrie, de solutions relatives au rôle du Président, au bicamérisme, au système électoral, au régime des autorités locales, aux méthodes de privatisation et à l'échange des hauts cadres.

Le prof. I. Vujacić (Université de Belgrade) a, dans son rapport sur la situation politique en Yougoslavie, avancé la thèse — paradoxale du point de vue contemporain — que son pays avait eu le plus de chances potentielles de réussite de la transformation de son système (politique étrangère

non engagée, liberté relative de voyage et d'accès à l'information, méthodes non orthodoxes de gestion). Le conflit actuel a origine dans l'aggravation dramatique de la situation économique qui avait déclenché les querelles traditionnelles entre les nations composant la Yougoslavie, exacerbées par les frontières mal tracées entre les républiques. La manifestation du séparatisme de Kosovo fut un symptôme de l'accroissement de la crise nationaliste et montrait la réalité du droit des républiques de quitter la Fédération, prévu par la Constitution de 1974. Le rapporteur voit la cause directe du conflit dans les défauts du système électoral appliqué dans les libres élections parlementaires de 1990, qui a abouti à une représentation très disproportionnelle des nationalités. Cela montre combien graves peuvent être les conséquences d'une erreur dans les réformes, et on peut y voir un avertissement pour les autres pays de l'Europe de l'Est. Le cas de Yougoslavie fait, peut-on croire, que les pays occidentaux montrent moins d'enthousiasme à patronner les transformations dans l'Europe de l'Est.

Un autre avertissement pour l'Europe occidentale contre les liens économiques étroits à nouer avec l'Est, c'est l'expérience de l'Allemagne de l'Est, laquelle, dans des conditions particulières, atteint le but poursuivi par les États postcommunistes: l'entrée dans l'Europe intégrée. Le prof. J. Charpentier (Centre européen universitaire de Nancy) a rappelé, en parlant de la réunification de l'Allemagne, vue de la CEE, la voie historique de l'unification de la nation allemande, les prémisses juridiques du rattachement de l'Allemagne de l'Est à la R.F.A. (art. 146 et 23 de la Loi Fondamentale de la R.F.A.) et à la CEE (d'après la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté, la RDA n'est pas un État tiers, les territoires des États membres pouvant changer) ainsi que le recouvrement par l'Allemagne de la souveraineté en droit international. En soulignant le caractère historiquement exceptionnel de la réunification (l'échelle ainsi que les risques politiques et économiques de l'entreprise), le prof. J. Charpentier n'a pas passé sous silence les doutes que fait naître l'entrée de l'Allemagne de l'Est dans la Communauté: ne risque-t-elle pas de perturber le rythme adopté de l'intégration et de la coopération politique, quelle sera l'orientation politique et la position de l'Allemagne dans la Communauté, quelle sera son influence sur l'étendue et la cadence de l'élargissement de la Communauté.

La deuxième partie de la Conférence, consacrée aux formes d'ouverture de l'Europe occidentale vers la coopération avec les États postcommunistes, a été inaugurée par le rapport de M.F. Rosentiel, délégué du Conseil de l'Europe pour les Études et la programmation, sur l'évolution de l'attitude du Conseil de l'Europe envers l'Europe de l'Est. Après la période d'isolement pour des raisons politiques, le Conseil de l'Europe a, en 1989 — 90, décidé d'aider les pays est-européens à transformer leur régime et à rejoindre la «famille des démocraties européennes». A cet effet, il a adopté le statut d'«hôte spécial» pour ces pays, leur permettant de participer aux travaux du Conseil avant de devenir membres à part entière, et a élaboré le programme «Démosthène», destiné à soutenir les réformes internes dans les pays postcommunistes. Les transformations à l'Est ont fait croître le rôle du Conseil de l'Europe, qui non seulement est l'antichambre de la Communauté mais participe aussi à la mise en application des règles de la démocratie dans les pays est-européens et «tisse ainsi la trame de la future confédération européenne».

En caractérisant la nouvelle étape des contacts de la Communauté Européenne avec les pays de l'Europe de l'Est, le prof. J.C. Gautron (Université Bordeaux I) a indiqué le principe de symétrie, introduit au sommet de Paris en juillet 1989, qui consiste en ce que la coopération et l'assistance économique dépendent de l'état des transformations politiques et économiques, notamment dans le domaine des libertés civiques, des droits des minorités nationales et de l'édification du marché libre. À défaut de critères univoques d'appréciation en ces matières, le principe susmentionné laisse une large part à l'arbitraire. La Communauté entretient avec les pays postcommunistes des rapports à double caractère, à savoir en son propre nom et en tant que coordonnateur de l'assistance du «groupe de 24», d'où son rôle pilote entre autres dans l'attribution de fonds de la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement. Le principe de la coopération et de l'assistance conditionnées est appliqué par la Communauté aux accords de commerce et de coopération économique entre la Communauté et les pays de l'Europe de l'Est, aux programmes PHARE (assistance à la restructuration politique et économique) et TEMPUS (formation des personnels), et, à l'avenir, aux accords d'association avec la Communauté.

Les formes juridiques de la coopération de la Communauté avec les pays de l'Europe de l'Est étaient traitées dans le rapport du prof. M. Maresceau (Université de Gand) qui, après en avoir exposé l'évolution historique, a parlé des dilemmes que pose l'association future de ces pays avec la Communauté. Cette association aurait pour but la stabilité de l'Europe de l'Est, le transfert de l'économie de marché, l'extension des investissements et la stimulation de la coopération politique

et culturelle. Au cours de la négociation des accords d'association, il est apparu que le gros problème c'était l'absence de liens économiques (p.ex. de zone de libre échange) entre les pays de l'Europe de l'Est, ce qui risque de gêner l'action des opérateurs économiques occidentaux sur leur territoire. La Communauté cherche à trouver le moyen de limiter le risque d'immigration massive des pays de l'Est (en proposant de faire dépendre la libre circulation de personnes des conditions sociales et économiques dans ces pays). En parlant des relations de la Communauté avec l'URSS, M. Maresceau a indiqué le conflit de l'argument reconnaissant le droit de chaque république à l'autodétermination avec l'orientation pragmatique qui donne préférence au pouvoir central comme l'unique partenaire de la négociation.

La dernier plan européen commenté du dialogue Est — Ouest, c'était la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. Le prof. V.Y. Ghebali (Institut universitaire des hautes études internationales, Genève) a rappelé le rôle de la CSCE dans la préparation idéologique de la révolution en Europe de l'Est. Il y a vu un instrument de transformation des relations Est — Ouest, du fait qu'avait été ainsi amorcé le dialogue européen à caractère global (par la participation des USA et du Canada), portant sur le plus grand nombre de sujets, et avec cela continu, ininterrompu. Grâce à ce dialogue, aux consultations et à la coopération, les rapports entre les deux blocs politico-militaires ont été «déschématisés», et leur coexistence pacifique a reçu un cadre organisationnel. On ne saurait passer sous silence l'importance de la CSCE dans l'édification des mesures de confiance et de l'internationalisation de la défense des droits de l'homme. Depuis 1989, le système de la CSCE s'est renforcé comme instrument de «Nouvel Ordre Européen». La Charte de Paris a couronné l'adaptation du système aux nouvelles conditions internationales, en y apportant des éléments organisationnels. La CSCE, en restant une institution politique, fonde son efficacité sur la souplesse, le pragmatisme, la décentralisation et, notamment, sur le principe de consensus.

En récapitulant les débats, le prof. S. Milacić a fait part de ses réflexions sur la démocratisation à l'Est, ses aspects intérieurs et extérieurs. L'optimisme idéologique de l'Occident a été confronté avec la réalité de la crise yougoslave, tandis que les manifestations du populisme dans d'autres pays mettent en cause l'authenticité de la démocratie. Comme les besoins de l'ancien bloc oriental sont illimités, on voit se préciser la tendance à concentrer l'aide de l'Occident sur les trois¹ pays du centre de l'Europe, qui sont virtuellement compatibles sur le plan politique et économique avec les pays de la Communauté. Cependant, à l'heure actuelle, aucun de ces trois pays ne mérite le nom de démocratie, car le niveau de la base économique et civique ne correspond à la définition de la démocratie, laquelle, de l'avis du prof. Milacić, consiste en organisation interne de la société prête à la coexistence pacifique et à l'application des règles établies de la coexistence politique. Dans cette situation, l'État de droit — principe directeur — et la réforme du système juridique sont les éléments absolument incontestables et pilotés des mutations du régime. Le nouveau droit offre la chance de restructuration démocratique, de passage à la démocratie, ce qui ne signifie pas, toutefois, que cette chance sera mise à profit.

La haute actualité des sujets abordés et l'importance que présentent pour l'Europe les changements à l'Est ont fait que la session a réuni de très nombreux participants et que les débats étaient animés. Il convient de noter une connaissance sensiblement meilleure des problèmes de l'Europe de l'Est et une attitude plus favorable des Occidentaux envers ces problèmes.

On peut considérer comme point faible, du moins apparemment, de la session l'absence d'éclaircissements sur les bases économiques des transformations dans les pays postcommunistes et aussi le manque de prévisions pour l'avenir. Cependant, on peut comprendre la décision du directeur scientifique de la session qui a limité les sujets à débattre aux aspects juridique et politique, à l'exposé des faits et leur analyse, en renonçant à ce qui reste encore flou et indéterminé (les transformations économiques).

La reconnaissance et l'estime que les participants ont lui manifesté à la fin de la session, ont confirmé la justesse de la conception du prof. S. Milacić. Il convient de souligner la très bonne organisation de la session assurée par Mme O. Pirot de l'IUIL.

Ewa Poplawska

¹ Actuellement, après la division de la Tchécoslovaquie en deux États, les remarques susdites concernent quatre pays: la Pologne, la Hongrie, la Bohême et la Slovaquie.

*LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DANS LA JURISPRUDENCE
CONSTITUTIONNELLE EN EUROPE ET AUX USA
(CONFÉRENCE INTERNATIONALE, VARSOVIE, 3 — 5 DÉCEMBRE 1990)*

À cette conférence, organisée par l'Institut des Sciences de l'État et du Droit à l'Université de Varsovie conjointement avec la sous-commission I de la Commission Constitutionnelle de la Diète, ont pris part les représentants de sept centres universitaires polonais ainsi que des scientifiques de France, d'Espagne, d'Allemagne, d'Italie et des USA. Y ont assisté également: Mme le prof. Ewa Łętowska, Médiateur, le prof. A. Zieliński, président de la Haute Cour Administrative ainsi que les membres de la Commission Constitutionnelle, avec son président, le prof. B. Geremek. Celui-ci, en ouvrant le débat, a souligné l'importance que la Conférence présentait pour les travaux de la Commission sur une nouvelle constitution de la République de Pologne.

Le prof. L. Garlicki de l'Université de Varsovie a déclaré, en inaugurant les travaux de la Conférence, qu'elle avait été prévue il y a trois ans, mais que les conditions politiques en Pologne ont tellement changé depuis que cette rencontre ne sert pas seulement à l'échange d'idées entre les constitutionnalistes mais qu'elle peut être utile aussi aux hommes politiques¹. Cela a permis le financement partiel de la Conférence par la Fondation Ford.

Les débats se sont déroulés en trois sessions d'un jour chacune, consacrées aux problèmes d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle successivement en Pologne, dans l'Europe occidentale et aux USA. Les problèmes polonais ont été traités dans trois rapports: du prof. K. Działocha, juge au Tribunal Constitutionnel, sur le principe d'égalité dans la jurisprudence de ce Tribunal; du prof. A. Zieliński, sur ce principe dans la jurisprudence de la Haute Cour Constitutionnelle; de Mme le prof. E. Łętowska, sur les problèmes que pose, dans l'activité du Médiateur, le principe constitutionnel d'égalité. Au cours de la discussion, indépendamment de nombreuses questions (entre autres des prof. L. Favoreu et Rubio-Llorente), M. H. Leszczyna a soulevé le problème du fonctionnement du Tribunal Constitutionnel dans les réalités politiques totalement différentes de celles où fut adoptée la Constitution en vigueur. Par ailleurs, a été discutée l'approche positive et celle de droit naturel de la question d'égalité devant la loi (C. Vroom des USA et le prof. M. Sachs d'Allemagne). Mme A. Suchocka, de l'Institut des Sciences Juridiques de Poznań, président de la sous-commission II à la Commission Constitutionnelle de la Diète, a éclairci quelques problèmes relatifs aux travaux sur la nouvelle Constitution.

Le deuxième jour de la Conférence, des rapports ont été présentés par des invités de France: le prof. P. Bon (Université de Pau) et le prof. L. Favoreu (Université d'Aix-Marseille); d'Allemagne: le prof. M. Sachs (Université d'Augsbourg) et le prof. R. Schnur (Université de Tübingen); d'Espagne: F. Rubio-Llorente (vice-président du Tribunal Constitutionnel) et le prof. P. Cruz-Villalon (Université de Séville); d'Italie: le prof. A. Pizzorusso (Université de Pise). Le prof. P. Bon a parlé de l'évolution du principe d'égalité en droit français sous l'aspect historique, tandis que l'état actuel de cette question a été traité par le prof. L. Favoreu. Il a notamment attiré l'attention sur la nouvelle situation engendrée par la décision du Conseil Constitutionnel français du 22 janvier 1990. Il y est déclaré que les citoyens de la République et les étrangers ont des droits égaux également en matière sociale, ce qui dérogeait à la Constitution et *ipso facto* fut une sorte d'intervention politique, du reste mal accueillie par le Parlement. Par ailleurs, la notion d'égalité a été commentée relativement aux personnes morales, institutions et régions du pays.

¹ Dans le cadre des travaux préparatoires de la Conférence, a été publié, entre autres, l'ouvrage intitulé: *Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego [Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel]*, sous la dir. de L. Garlicki et J. Trzeciński, Wrocław 1990 (auteurs: B. Banaszak, P. Cruz-Villalon, K. Działocha, L. Garlicki et Z. Witkowski).

Dans les rapports et la discussion, a été soulevée également la question de la discrimination dans l'emploi, les salaires et les conditions de travail en considération du sexe. On a fait remarquer que cette question ne doit pas être identifiée à la discrimination des femmes et l'on a cité des cas de discrimination des hommes, cela dans certaines décisions judiciaires (F. Rabio-Llorente). D'autre part, a été discutée l'opportunité de l'application des éléments de la philosophie du droit à la science du droit constitutionnel (H. Leszczyna s'est prononcé en faveur de cette application, tandis que M. Sachs et L. Favoreu ont exprimé des opinions différentes) ainsi que sur le rapport entre les notions de liberté et d'égalité, et aussi sur la nécessité de préciser davantage cette dernière. Le prof. L. Garlicki a, en quelque sorte, récapitulé le débat à ce sujet, en déclarant qu'il fallait introduire le principe d'égalité dans les dispositions constitutionnelles, mais qu'il était impossible, voire inopportun, de le préciser. Cet état de choses fait que la constitution devient, dans une certaine mesure, «ouverte» aux changements sociaux et politiques dans l'État, ce qui la protège contre le risque d'anachronisme qui la menace dans certaines circonstances.

Le dernier jour de la Conférence, le prof. R. Smith (Capital University de Columbus) a présenté un rapport sur l'égalité dans le système constitutionnel américain, tandis que M. C. Vroom (Los Angeles) a parlé de la façon de concevoir l'égalité devant la loi aux USA et en France, en analysant les différences historiquement déterminées. En France, le facteur décisif dans la naissance et l'évolution du principe d'égalité, c'était, selon le rapporteur, le contexte social du problème, tandis qu'aux USA, c'était la tradition des droits naturels de l'homme. Les deux rapports ont traité des problèmes liés aux différentes espèces de discrimination, en attirant notamment l'attention sur la discrimination raciale, religieuse ou visant les individus religieusement indifférents. C'est R. Smith qui a traité cette dernière question et il s'est également occupé des circonstances justifiant la violation du principe d'égalité devant la loi, sur l'exemple de l'isolement des citoyens américains de nationalité japonaise aux USA pendant la Seconde Guerre mondiale. Il est arrivé à la conclusion que l'unique circonstance admissible où l'on peut déroger au principe d'égalité, c'est le danger réel et très grave menaçant l'intérêt de l'État. M. Sachs a soulevé des doutes à ce sujet, en attirant entre autres l'attention sur l'imprécision de la notion «intérêt de l'État». M. T. Stawewki, répondant à certaines suggestions de R. Smith concernant le droit polonais, a fait remarquer qu'il fallait se montrer très prudent dans l'adaptation du modèle américain, étant donné la grande différence des conditions historiques, juridiques et sociales entre les deux pays.

En clôturant la Conférence, le prof. L. Garlicki a déclaré que malgré la différence d'opinions sur de nombreux points, on a universellement reconnu le rôle positif du tribunal constitutionnel, sans lequel le principe d'égalité devant la loi ne serait qu'une déclaration d'intention.

Jan Majchrowski

FOUNDATION FOR PROMOTION OF EUROPEAN LAW

European law is the subject of studies and practical legislative activities in all countries of Western Europe, non-members of the European Community included. Industrial, service and trade firms, economic organizations and banks try to adjust their legal regulations and practices to the Community standards.

The oncoming implementation of the Treaty on Poland's association with the EC is both a chance and a challenge for Poland. Among the Treaty's crucial provisions is the requirement of adjusting domestic law to the law established by the agencies of European Communities, and of making it approximate the legal regulation of the other Members States.

The activities for approximating Polish to European law require:

— knowledge of the European standards (that is, not only of the contents of law but also of the practice, the judicial decisions above all);

— "reduction to a common denominator" of the law, its separate institutions, and judicature — so as to make comparisons possible and to conclude on changes in Polish law;

— submission of postulates of changes in a variety of forms: from analyses to original draft normative solutions;

— propagation of the European standards, among the legal (not only scholarly) circles in particular, with emphasis on the differences between those standards and their Polish counterparts.

The above aims will be pursued by the

FOUNDATION FOR PROMOTION OF EUROPEAN LAW,

created in April 1993.

Its members include scholars and legal persons, banks in particular.

The Foundation will operate on the national scale, launching projects to integrate the lawyers community and coordinate the works of different academic centers.

This year, the Foundation intends to publish a *Dictionary of European Communities (Polish-French-German-English)* and to prepare an analysis of the "Legal Problems of Restructuring of the Polish Banking System" combined with a conference with the participation of banks; we also contemplate other initiatives.

The interested persons and organizations are invited to cooperate. We are also looking for sponsors interested in definite ventures.

Executive of the Foundation:

President — Prof. Ewa Lętowska,

Chairman of the Board — Ewa Kawecka-Włodarczak, President, Powszechny Bank Kredytowy,

Deputy Chairmen — Prof. Andrzej Całus, Prof. Andrzej Szajkowski,

Managing Director — Stefan Kiewlicz.

Address:

Foundation for Promotion of European Law,

ul. Nowy Świat 72 (Pałac Staszica),

00-330 Warszawa, Poland.

Phone/Fax: (48.22) 26.78.53,

Account No. 370044-12393-132-3

at Powszechny Bank Kredytowy, XIII O/W-wa.