

Dan Claudiu DĂNIȘOR

Este legitimă justiția constituțională?

În ultima vreme, legitimitatea Curții Constituționale este din ce în ce mai contestată de o parte a clasei politice. Chiar legitimitatea justiției constituționale pare a fi pusă la îndoială de reprezentanții aleși ai poporului, care tind să afirme superioritatea puterii lor, rezultată din dreptul de vot, deci legitimată pe baza principiului democratic însuși, față de puterea unor judecători numiți, eventual, pe criterii politice, care tind să le impună aleșilor Constituția. Pare deci util să vedem care au fost și mai sunt argumentele celor care contestă legitimitatea justiției constituționale și cum este construită această legitimitate în democrațiile liberale ce se organizează ca state de drept. Articolul de față tinde deci să lămurească, din punct de vedere teoretic, fundamentele unei probleme practice de strictă actualitate. El nu adoptă poziții politice și nici nu este apologetic, păstrându-se de aceea departe de exemplele actualității politice românești.

Crearea disputei asupra legitimității justiției constituționale

Apariția și dezvoltarea justiției constituționale, acordarea unor largi competențe de control al voinței reprezentanților unor magistrați ale căror puteri nu rezultă din vot a creat o problemă extrem de delicată: poate un organ independent de *demos* să controleze expresia puterii *demosului* făcută prin intermediul reprezentanților aleși ai acestuia?

Răspunsul nu este deloc simplu. El depinde mai întâi de o anumită înțelegere filosofică a realității democrației și de soluționarea în baza acesteia a câtorva probleme extrem de delicate, cum ar fi relația dintre voința poporului și reprezentare, distincția dintre suveranitatea legislativă și suveranitatea populară, dintre puterea constituantă și puterile constituite, modul de înțelegere a separației puterilor în stat, precum și circumscrierea rolului judecătorului în cadrul acestui sistem.

Pornind de la răspunsul dat acestor probleme, unii au negat legitimitatea justiției constituționale, alții au încercat să o clădească pe fundalul declinului reprezentării, bazând-o pe necesitatea încadrării juridice și limitării puterii în numele unei protecții a drepturilor omului devenită centru al statului de drept democratic.

1. Negarea legitimității justiției constituționale

Argumentele aduse pentru a nega legitimitatea justiției constituționale sunt multiple și divers structurate ori accentuate, dar ele pot, după părerea noastră, să fie subsumate sub trei direcții: prioritatea de principiu acordată reprezentării, confuzia dintre putere și autoritate și o înțelegere ierarhică a separației puterilor în stat.

A. Prioritatea reprezentării

a. Necesitatea reprezentării. Poporul nu se poate exprima direct: el are nevoie de reprezentare. Această presupunere este bazată mai întâi pe considerații practice: dimensiunile statelor moderne presupun o întindere a *demosului* care împiedică o consultare prea frecventă (argument extensiv) și care împiedică o intensitate calitativă suficientă a acestor consultări (argument intensiv), pe de o parte datorită nereceptării problemelor ca fiind importante, căci sunt prea depărtate, pe de altă parte, datorită lipsei de calificare a electoratului pentru problemele din ce în ce mai tehnice pe care le ridică guvernarea.

În al doilea rând, unele considerații teoretice pot justifica necesitatea reprezentării. Este vorba de înțelegerea poporului ca întreg organic, ca realitate indivizibilă. Această înțelegere organică și holistă a poporului este introdusă de filosofia romantică. Romanticii vorbeau de un spirit al poporului – *Volksgeist* sau *Volksseele*, un spirit universal care determină spiritele individuale. Poporul are, în această viziune, o realitate distinctă de indivizii ce îl compun, iar individul nu are realitate și caracter etic decât întrucât este membru al poporului, dacă ne este permis să-l parafrazăm pe Hegel. Acest întreg care își subsumează până la negare părțile nu poate să se exprime direct. El trebuie să fie reprezentat. Astfel, statul este reprezentarea Națiunii, ca realitate organică, iar expresia voinței generale nu poate rezulta decât din vot. Reprezentarea este centrul construcției puterii politice. Ea întreține cu voința poporului, ca rațiune a colectivității, și nu ca rezultată a voințelor individuale, o relație ambiguă. Această concepție a fost în mod natural îmbrățișată de susținătorii statelor naționale. Teoria suveranității naționale, pornind de la o înțelegere organică a poporului, nu putea decât să justifice reprezentarea și să nege guvernământul direct. Democrația a fost întemeiată pornind de aici pe ceea ce am putea numi «rațiunea filosofică», o rațiune conform căreia unele realități independente de indivizi și caligrafiate cu majuscule – Ideea, Rațiunea, Națiunea, Statul, Parlamentul ... – domină voința individuală și construiesc binele comun.

Figura centrală a acestei democrații este reprezentantul. El reprezintă voința generală, voință ce nu se reduce la suma voințelor individuale, ci este mai mult, este o «rațiune» a colectivității.

Expresia acestei voințe este legea. Ea este întotdeauna conformă voinței generale, deci incontrollabilă ca și aceasta. Justiția constituțională este exclusă în această optică, căci a controla legile înseamnă a controla toate acele majestuoase realități care o întemeiază, operă peste puterile magistraților.

b. Toate puterile rezultă din puterea de vot. În continuarea înțelegerii moderne a necesității reprezentării, o altă idee a căpătat în perioada de naștere a democrațiilor acelei epoci caracterul unei axiome: toate puterile rezultă din dreptul de vot. Cum se exprimă Constituția României, „suveranitatea națională aparține poporului român, care o exercită prin organele sale reprezentative, constituite prin alegeri (...)” (art. 2 alin. 1). *A contrario*, orice organe care nu sunt constituite prin alegeri nu exercită suveranitatea națională. Prin urmare, toate puterile care nu rezultă din dreptul de vot au un statut de inferioritate față de cele rezultate din acesta. Așadar, Parlamentul este «organul suprem al puterii de stat». A da judecătorilor sau oricărui alt organ care nu

rezultă din vot și care nu are legitimitatea democratică a reprezentanței naționale capacitatea de a controla și limita puterea acesteia din urmă este echivalent, în această optică, cu a nega democrația, puterea poporului, rolul politic central al votului. În această optică, controlul constituționalității legilor de către judecător este exclus. Cel mult poate fi admis un control prin intermediul unui organ politic al inițiativelor legislative sau al proiectelor de lege, deci nu al operei legislative care este desăvârșită din punct de vedere juridic.

c. Relația dintre reprezentare și voința poporului. Există două moduri de a înțelege relația dintre reprezentare și voința generală. Într-o primă accepțiune, adunarea rezultată în urma votului universal reprezintă voința poporului, în sensul că această voință este transmisă către adunarea reprezentativă. Voința legiuitorului este identică cu voința poporului. Aceasta este o prezumție de neînlăturat. Concepția aceasta reprezintă o transpunere fidelă a procedului mandatului din dreptul privat în dreptul public: ca și în dreptul privat, la baza actelor mandatarului (adunarea reprezentativă) stă voința mandantului (națiunea). Cum națiunea nu poate fi controlată, nici actele reprezentanței naționale nu pot fi controlate. Justiția constituțională este condamnată într-o astfel de viziune.

Într-o a doua accepțiune, care pornește de la principiul lui Rousseau potrivit căruia „puterea se poate transmite, voința însă nu”¹, adunarea legiuitoare nu reprezintă, ci creează voința generală. Mult mai prudentă în problema valorii instituției reprezentării, ea admite că voința legislativă a statului, exercitată prin adunarea reprezentativă, poate fi în dezacord cu voința reală a poporului. Controlul acestei voințe este de la sine înțeles în această viziune, ceea ce poate stârni controverse fiind legitimitatea organului care face controlul, nu a controlului ca atare. Cu alte cuvinte, problema se deplasează de la analiza legitimității justiției constituționale la analiza îndreptățirii judecătorului de a exercita un astfel de control, problemă la care ne vom referi aparte.

B. Confuzia între putere și autoritate

a. Utilizarea abuzivă a noțiunii de «putere». O altă cauză a negării legitimității justiției constituționale este utilizarea abuzivă a noțiunii de «putere». Astfel, noțiunea este utilizată atât pentru a desemna puterea poporului – «putere constituantă», cât și pentru a desemna autorități ale statului, situate fie la nivel constituant, autoritatea statală care adoptă ori revizuieste Constituția fiind numită «putere constituantă», fie la nivelul autorităților constituite, acestea fiind cel mai adesea numite «puteri constituite». Această utilizare a noțiunii de «putere» este evident abuzivă, creând impresia că autoritatea limitată a unor organe statale are caracterul de nelimitare tipic puterii poporului. De aici concluzia imposibilității de a controla exercițiul competențelor unor organe, în special al autorității constituante originare ori derivate (numită și «putere de revizuire») sau chiar a parlamentelor naționale.

b. De la imposibilitatea controlării poporului la imposibilitatea controlării parlamentului. Datorită confuziilor noționale semnalate mai sus, printr-o dublă

¹ J.-J. Rousseau, *Contractul social*, Ed. Științifică, București, 1957, p. 2.

alunecare „puterea constituantă, ca organ, a devenit suverană”²; mai mult chiar, puterea legislativă a fost înțeleasă ca suverană, suveranitatea legislativă fiind confundată cu suveranitatea națională. Evident că aceste confuzii noționale sunt abuzive. Putere nu are decât poporul, căci el este singurul care este necontrolabil, cel puțin când se manifestă ca putere constituantă. Organele statului, indiferent de sfera manifestării competențelor lor, nu au putere, ci competențe, sunt autorități, nu puteri, deci sunt limitate, așadar controlabile. Confiscarea suveranității naționale de către legislativ este distructivă pentru justiția constituțională, atât timp cât suveranitatea este înțeleasă ca absolută.

C. O înțelegere neegalitară a separației puterilor sau negarea acesteia

Teoria separației puterilor în stat poate fi înțeleasă în mai multe feluri. Ea poate fi rigidă (regim prezidențial) sau suplă (regim parlamentar), dar poate fi și egalitară sau neegalitară. O separație neegalitară făcea chiar cel considerat întemeietor al doctrinei, căci pentru Montesquieu puterea de a judeca „este întrucâtva nulă”. Această viziune s-a perpetuat, judecătorul fiind ținut a fi un simplu interpret și aplicator al legii sau, cum se exprima Montesquieu, „gura care pronunță cuvintele legii”. De aici pornind, puterile statului sunt ierarhizate, reprezentanței naționale oferindu-i-se o poziție preeminentă, ea fiind considerată „organul suprem în stat”. Controlarea acestui organ este lipsită de logică, căci este imposibil să găsești pe cel îndreptățit să facă un astfel de control. Justiția constituțională nu poate exista într-o astfel de concepție. Doar înțelegerea egalitară a separației puterilor, concepție potrivit căreia toate cele trei puteri exercită cu aceeași îndreptățire și de pe poziții de egalitate suveranitatea, fiecare într-un domeniu funcțional, poate justifica un control de constituționalitate, o justiție constituțională.

Înțelegerea neegalitară a separației puterilor este însoțită de o înțelegere neegalitară a funcțiilor statului. Funcția legislativă este supraordonată celorlalte. Și cum parlamentul este organul suprem în stat, doar el este abilitat să exercite această funcție. În consecință, judecătorului îi este interzis să creeze dreptul, să se pronunțe pe cale de dispoziții generale sau reglementare, cum se exprimă Codul nostru civil. Problema interpretării devine, în aceste condiții, o posibilă sursă de contestare a legitimității justiției constituționale. Dacă interpretarea devine constructivă – și unii susțin că interpretarea Constituției este cu necesitate astfel – atunci problema unei instanțe care devine «constituantă de fapt» îi face pe mulți să conteste legitimitatea justiției constituționale. Instanța constituțională nu are, în această optică, legitimitatea necesară unei opere de constituționalizare a unor drepturi sau libertăți și nici de interpretare extensivă a textelor, căci prin aceasta ea se substituie puterii constituante.

Tot la negarea legitimității justiției constituționale duce și negarea teoriei separației puterilor în stat și bazarea statului pe unitatea puterii. Puterea unică aparține poporului, care nu poate să o transmită decât către reprezentanți. Negarea separației puterilor duce deci, cu necesitate, la o afirmare a reprezentanței politice și, deci, a parlamentelor. Garantarea supremației Constituției nu poate atunci să fie decât

² Cécile Isidoro, *Le pouvoir constituant peut-il tout faire?*, în *Mélanges en honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, p. 237.

politică și atribuită organului politic reprezentativ. Astfel se instituie o identitate între organul controlat și organul de control, acest lucru fiind implicit realizat de organul legislativ când legiferează. Or, cert este că o astfel de concepție nu putea duce decât la negarea practică a justiției constituționale. Sistemul a fost practicat de fostele state socialiste, dar trebuie remarcat că el a fost criticat chiar din interiorul sistemului socialist³ iar unele state socialiste au renunțat la el, înființând instanțe constituționale specializate de control de constituționalitate înainte de 1989 (Iugoslavia, Cehoslovacia și Polonia).

2. Construirea legitimității justiției constituționale

Justiția constituțională este astăzi răspândită aproape în toate spațiile culturale. După cel de-al doilea război mondial expansiunea ei a fost însemnată, puține state rezistând schimbării și menținând doctrina suveranității parlamentare (Marea Britanie, de exemplu). Căderea sistemului comunist a dus, practic, la adoptarea sistemului de către toate noile democrații liberale. Prestigiul justiției constituționale pare deci să se fi întărit substanțial. Dar această legitimitate sporită este rodul unei evoluții relativ îndelungate și a unor succesive revoluții a concepțiilor și practicilor politico-juridice. Construirea legitimității justiției constituționale este astfel rodul declinului instituției reprezentării, care transpune un declin al prestigiului parlamentelor datorat faptului că ele nu mai sunt ținute ca fiind capabile să limiteze puterea pentru a prezerva libertățile, ci sunt percepute ca posibili atentatori la aceste libertăți, evoluție care este reflexul unei mișcări mai profunde ce ține de modificările teoriei cunoașterii, care atrează după sine recentrarea noțiunilor de «democrație» și de «stat de drept». Această evoluție pune în centrul edificiului statal și juridic drepturile omului și face din apărarea lor jurisdicțională mecanismul esențial al regimurilor politice contemporane. Pe de altă parte, legitimitatea justiției constituționale se fundamentează pe negarea priorității mijloacelor de limitare a puterii rezultate din aplicarea separației puterilor și impunerea unor mijloace noi, care exced cadrului clasic. Controlul politic al supremației Constituției, deși încă rezistent în unele sisteme, cedează în aceste condiții din ce în ce mai mult teren unui control jurisdicțional, evoluție care deplasează problema legitimității de la justiția constituțională la titularul acestei funcții, ridicând problema raportului dintre interpretarea judiciară și crearea dreptului și cea a concurenței magistraților cu parlamentele.

A. Construirea legitimității justiției constituționale pe fundamentul declinului reprezentării

a. Neîncrederea în parlamente. Parlamentele au apărut ca organe de protecție contra abuzurilor puterii executive, mai întâi a monarhilor apoi a guvernelor. Rolul lor primordial era deci protecția libertății prin încadrarea normativă a exercițiului puterii. Or, parlamentele s-au dovedit treptat incapabile să îndeplinească eficient

³ A se vedea, de exemplu, P. Nikohc, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité*, în L. Favoreau et J.A. Jolowicz (ed), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développement récents*, Paris, 1986, p. 71-115.

acest rol. Cum afirma Cappelletti, „parlamentele și legislațiile lor pot deveni instrumentele regimurilor despotice, și majoritățile pot fi ele însele în mod brutal opresive”⁴. Parlamentele pot deveni instrumentele majorităților politice conjuncturale prea puțin sensibile față de protecția libertăților. Germania și Italia interbelice au dovedit-o din plin. Ineficiența parlamentelor le-a atras declinul în ochii populației. Legea însăși, ca operă a reprezentanților capabilă să oprească utilizarea abuzivă a puterii, intră într-un declin: declinul operei inerent declinului autorului ei și declinul datorat utilizării ei ca spectacol politic care antrenează o inflație juridică, adică o înmulțire a actelor legislative însoțită de o devalorizare a lor. Datorită acestui proces, vechii idei din secolul al XIX-lea conform căreia protecția libertății este făcută prin lege, i se substituie treptat ideea experimentală a necesității protecției libertății contra legii. Și această evoluție face posibil fenomenul extraordinar care este acceptarea unei autorități superioare legiuitorului însuși, o autoritate însărcinată să impună legiuitorului respectul Constituției⁵. Declinul parlamentelor și al legii ca mijloc de apărare a drepturilor și libertăților impune astfel o justiție constituțională, adică o protecție contra legii, o lege înțeleasă ca vector de dezvoltare și de acțiune al puterii. Legitimitatea justiției constituționale este construită astfel pe declinul reprezentanței naționale, dacă nu chiar al reprezentării, deși nu trebuie uitat că aproape toate sistemele europene actuale au introdus procedee ale guvernământului semi-direct bazate tocmai pe reticența contra valorii reprezentării însăși.

b. Înțelegerea egalitară a separației puterilor. Am văzut că înțelegerea inegalitară a separației puterilor condamnă justiția constituțională. O separație egalitară a puterilor legitimează atunci existența unui control de constituționalitate? Răspunsul nu poate fi decât afirmativ. Egalitatea aceasta a puterilor pornește de la afirmarea suveranității constituante a poporului și de la distingerea acesteia de puterile constituite. Vom încerca așadar să vedem ce este puterea constituantă, ce sunt puterile sau mai degrabă autoritățile constituite și cum prima impune o egalitate a celor din urmă printr-o redefinire a reprezentării și a exercițiului suveranității.

Noțiunea de «putere constituantă» pare simplă. Este putere constituantă cea care constituie statul, îi dă o constituție. Și cum o constituție neacceptată nu mai este constituție, eficacitatea ei fiind dată de credința în legitimitatea puterii constituante și de acceptarea valorii juridice a normelor care îi reflectă voința, indiferent cum ar fi conceput titularul puterii constituante, doar acceptarea lui de către popor îi dă legitimitate. Finalmente doar poporul are putere constituantă. Această aserțiune este evidentă în democrație, unde puterea constituantă este în mod «natural» acordată poporului. Acesta are o putere de autoorganizare, o putere suverană de a-și oferi un anumit stat, și nu altul, de a-și oferi un anumit tip de ordine juridică, și nu alta. Nu este necesar ca poporul să fie el însuși cel care adoptă constituția pentru a fi putere constituantă. El poate avea acest caracter chiar dacă delegă autoritatea constituantă unui organ, de obicei unei adunări constituante.

⁴ *Apud* Favoreau și Jolowicz (éd), p. 293, 294.

⁵ J. Rivero, *Rapport de synthèse*, în L. Favoreau (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Aix-en-Provence, 1982, p. 519.

Puterile constituite, care trebuie mai degrabă numite «autorități» pentru a elimina aspectul absolut și necontrolat inerent noțiunii de «putere», sunt cele create prin actul puterii constituante sau făcut în numele puterii constituante. Ele sunt puterea legislativă, executivă și judiciară. Toate aceste puteri sunt constituite, deci limitate, și reprezintă poporul ca putere constituantă cu aceeași îndreptățire, căci rezultă din același act constitutiv. Nu are, din acest punct de vedere, nici o importanță că titularii unora dintre autoritățile constituite sunt aleși iar alții nu. Legitimitatea egală a funcțiilor pe care ei le exercită este dată de raportarea lor la puterea constituantă, și nu la corpul electoral, el însuși o putere (autoritate) constituită. Principiul suveranității constituante a poporului pe care îl afirmă din ce în ce mai multe constituții contemporane obligă astfel la o înțelegere egalitară a separației puterilor, potrivit căreia fiecare dintre cele trei puteri reprezintă cu aceeași legitimitate poporul constituant, fiecare în ordinea sa funcțională, toate fiind limitate și deci controlabile pentru a observa dacă actele lor sunt conforme voinței celui care le creează și încadrează puterile: poporul constituant, și actului acestei voințe suverane: constituția. Teoria suveranității parlamentului este astfel depășită prin afirmarea suveranității poporului, iar controlul constituționalității este nu doar posibil, ci și necesar.

c. Evoluția cunoașterii, evoluția democrației și a statului de drept și prioritatea jurisdicției constituționale. Democrația a fost întemeiată mai întâi pe ceea ce am putea numi «rațiunea filosofică». Figura centrală a acestei democrații este reprezentantul. El reprezintă voința generală, voință ce nu se reduce la suma voințelor individuale, ci este mai mult, este o «rațiune» a colectivității. Expresia acestei voințe este legea. Ea este întotdeauna conformă voinței generale, deci incontrolabilă. Administrația este în această fază de evoluție a democrației încadrată normativ de lege, dar legiuitorul se bucură de o deplină libertate. Reprezentanții sunt considerați astfel ca infailibili. Or, o dată cu progresul mijloacelor de informare și cu creșterea nivelului de educație această prezumție nu mai putea rămâne irefragabilă. Prestigiul parlamentelor decade dramatic într-o a doua fază de evoluție a societății democratice. Cu declinul parlamentelor a decăzut legea însăși și chiar Rațiunea filosofică, în calitate de fundament al ei și al democrației. Un nou tip de legitimitate se impune – cea bazată pe «rațiunea științifică» și odată cu ea o nouă figură devine centrul organizării democratice: «specialistul», «tehnicianul». Politicul, și împreună cu el democrația, se tehnicizează. Elementul cheie al organizării de stat nu mai este deputatul, ci funcționarul. Legea se rezumă la principii generale, pe care Executivul este chemat să le precizeze. El este noul centru real de impuls politic, care transformă Parlamentul într-un instrument docil, căci el răspunde mai bine decât acesta din urmă noilor atribuții ale statului, evoluției spre așa-numitul «stat-providență»⁶. Administrațiile domină sistemul statal. Ele sunt scoase de sub imperiul dreptului comun și li se construiește un regim juridic distinct: dreptul administrativ. Dar birocrăția astfel instaurată se dovedește sufocantă pentru drepturile individuale și pentru societatea civilă, cerând un nou tip de democrație. Drepturile și libertățile individuale devenind centrale pentru societate, garan-

⁶ Pentru tratarea crizei statului-providență, a se vedea: Jacques Chevallier, *La fin de l'Etat Providence*, Projet, mars 1980; P. Rosanvallon, *La Crise de l'Etat-Providence*, Seuil, Paris, 1981.

tarea acestora devine elementul fundamental pentru democrație, ceea ce aduce în prim plan figura judecătorului, singurul suficient de independent față de stat pentru a garanta drepturi contra acestuia. Democrația se jurisdicționalizează în această a treia fază evolutivă. Dar, ca orice mijloc formal, controlul jurisdicțional al legilor sau al administrațiilor nu poate fi prin sine însuși satisfăcător. De aceea o viziune materială asupra democrației tinde să se impună într-o a patra fază de dezvoltare, viziune care impune o primordialitate a societății în fața statului. Ea poate conduce la instaurarea democrațiilor populare, autodeclarate «reale» și care ar fi vrut, urmare a doctrinei marxiste, să depășească organizarea statală, instaurând comunismul, dar și la un anumit tip de stat de drept. În această fază, fundamentul democrației nu mai este rațiunea instrumentală⁷, ci rațiunea axiologică, adică cea care se bazează nu pe logică, ci pe valori.

Acestor patru faze de evoluție a rațiunii democrației îi corespund, chiar dacă mulțarea nu este perfectă, patru forme de stat de drept: statul de drept parlamentar, statul de drept administrativ, statul de drept jurisdicțional și statul de drept social și patru atitudini față de justiția constituțională.

c.1. Statul de drept parlamentar și negarea legitimității justiției constituționale. Acest tip de stat de drept este reflexul primei faze de evoluție a democrației în care există tendința de a absolutiza valoarea legii și a reprezentării. Scopul său este limitarea puterii executive și a administrațiilor prin încadrarea normativă a acțiunii acestora. Administrațiile nu pot acționa decât în aplicarea legii, ceea ce înseamnă că acțiunea administrativă nu poate interveni decât dacă o lege o autorizează și că ea nu poate nici să adauge legii, nici să acționeze contra ei. Parlamentul este exponentul voinței generale, care este prezumată a sta la baza oricărei legi. Legea nu poate fi decât în acord cu voința generală, ceea ce o face infailibilă și, deci, incontrollabilă. Parlamentul confiscă suveranitatea națională, căci aceasta tinde să fie confundată cu suveranitatea legislativă. El este organul suprem al statului. Executivul este situat într-o poziție de inferioritate logică, el neavând putere proprie de reglementare, activitatea sa fiind limitată la executarea legilor. Judecătorul este de asemenea cantonat în aplicarea legii: el este gura care pronunță legea. Din punct de vedere structural, statul de drept parlamentar presupune o ierarhie normativă care are în vârful său legea. Constituția nu se bucură decât de o prioritate logică, nu de o reală supremație, căci lipsește un control al constituționalității legilor. Actele administrative nu pot avea caracter normativ, iar sursele autonome nu pot exista decât dacă legea le oferă expres valoare juridică. Controlul politic este baza acestui sistem, și nu controlul jurisdicțional. Justiția constituțională nu poate exista în acest sistem. Ea este negată de prioritatea parlamentelor și de lipsa supremației juridice, chiar a caracterului juridic al constituțiilor.

c.2. Statul de drept administrativ și libertățile ca expunere sub formă cazuistică a legalității administrative. Acest al doilea tip de stat de drept corespunde celei de a doua faze de evoluție a democrației moderne, în care rațiunea instrumentală, funcționarul, și deci executivul și administrațiile sunt elementul central. Acest stat de drept este caracterizat de asemenea prin încadrarea legală a acțiunii statale, doar că

⁷ Max Horkheimer, Théodore Adorno, *La dialectique de la Raison*, Gallimard, Paris, 1974.

administrațiile capătă o putere de reglementare proprie, sunt supuse unui drept special (dreptul administrativ) și unui control special prin intermediul unor tribunale speciale administrative, distincte de instanțele judiciare ordinare. Prioritatea acordată executivului și administrațiilor datorată eficienței acțiunii administrative, spre deosebire de lentoarea și ineficiența parlamentelor, face ca legii să-i fie rezervat un domeniu propriu iar puterea generală de reglementare să revină Executivului. Așadar, administrația nu este încadrată legislativ în mod strict decât în anumite domenii, în celelalte ea fiind fie abilitată legislativ, fie lăsată să acționeze normativ din proprie inițiativă. Parlamentele păstrează un drept de control al acestei reglementări administrative, ca și al administrației înseși, dar acest drept este în bună măsură iluzoriu. Dreptul aplicabil acestei administrații din ce în ce mai puternice și mai independente nu mai este dreptul comun, ci un drept special, administrativ, care derogă de la dreptul comun mai ales prin faptul că părțile raporturilor juridice reglementate de el nu se mai află pe poziție de egalitate juridică, ca în dreptul privat, ci administrația își subordonează celălalt subiect. Egalitatea în drepturi funcționează între cetățeni, nu între aceștia și organele statului⁸. Superioritatea administrației se manifestă și prin sustragerea controlului legalității acțiunii administrative din competența judecătorului ordinar și atribuirea controlului unui judecător administrativ, adică unui administrator care îndeplinește funcții jurisdicționale, dar care rămâne funcționar. Este vorba de un control al legalității actelor administrative din interiorul administrației, și nu din exterior. Ca urmare, ordinea judiciară se dedublează. Acest stat de drept este deci un „stat de drept administrativ bine ordonat”⁹. Organizarea și acțiunea administrativă sunt centrale pentru el. Principiul legalității este cheia lui de boltă. Drepturile fundamentale constituie doar „expunerea, sub formă cazuistică, a legalității administrative”¹⁰. Această centrare a statului pe autoritate, și nu pe libertate condamnă justiția constituțională, dar, relativizând puterea parlamentelor și a legii, constituie un prim pas în procesul de afirmare a justiției constituționale ca apărătoare a drepturilor individuale contra legilor posibil abuzive.

c.3. Statul de drept jurisdicțional și prioritatea justiției constituționale.

Evoluția fundamentului cunoașterii juridice de la rațiunea instrumentală către rațiunea cazuistică, fenomen perceput uneori ca o «americanizare» a dreptului, a dus la centrarea democrației pe figura celui care este specializat în acest domeniu: judecătorul. Centrarea democrației pe judecător, pe garantarea drepturilor fundamentale prin intermediul controlului de caz pe care acesta îl realizează asupra administrației și legislativului conduce la apariția unei a treia forme de stat de drept, statul de drept jurisdicțional. Acest stat de drept este o reacție instituțională în fața ineficienței acțiunii parlamentare în domeniul garantării drepturilor și libertăților persoanelor. Statul de drept jurisdicțional presupune, pe de o parte, o valorizare a drepturilor și libertăților fundamentale, mai întâi prin prevederea lor constituțională, mai apoi prin

⁸ Curtea Constituțională, Decizia nr. 225/1999, M. Of. nr. 76 din 21 februarie 2000.

⁹ Meyer, citat în Olivier Jouanjan (dir), *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 33.

¹⁰ Anschütz, 1912 p. 98, citat după Olivier Jouanjan (dir), *Figures de l'Etat de droit, op. cit.*, p. 34.

garantarea lor jurisdicțională contra statului însuși, printr-un control jurisdicțional al constituționalității legilor care dublează un control al administrațiilor realizat prin intermediul instanțelor ordinare și, pe de altă parte, o independență cât mai aproape de absolut a judecătorilor față de executiv, legislativ și societatea civilă. Judecătorul devine arbitru între stat și cetățeni. El este cheia de boltă a statului de drept. Ordinea juridică ierarhizată este doar unul din mecanismele formale ale acestui tip de stat de drept. Centrale devin mecanismele de control al respectării acestei ierarhii, dar nu pentru frumusețea logică a sistemului, ci în scopul precis de a garanta drepturile și libertățile cetățenilor. Suntem deci în prezența unui drept care nu mai este cu totul indiferent față de valori, punându-și ca scop libertatea individuală și drepturile persoanelor. Mecanismele formale sunt subordonate realizării acestui scop. Dar ele rămân încă centrale. Astfel, justiția constituțională este cheia democrației și a statului de drept, căci ea este cheia apărării drepturilor și libertăților persoanelor. Este încă o justiție constituțională formală, dar care tinde să se substanțializeze prin referire la valori.

c.4. Statul de drept social și justiția constituțională substanțială. Statul de drept social neagă prioritatea mecanismelor formale care este tipică celorlalte trei forme, împingând mai departe tendința prezentă deja în statul de drept jurisdicțional. El este un stat de drept substanțial, material, nu un simplu mecanism formal. Această revoltă contra formalismului poate duce însă în două direcții: către un stat socialist care nu ar fi decât o tranziție către o societate fără stat – societatea comunistă – sau către un stat social, stat în care problema socială devine centrală, statului impunându-i-se asigurarea nu doar a dreptății ca echilibru formal, ci a unei justiții sociale, care presupune o redistribuire a beneficiilor sociale și o concepție materială asupra egalității. Statul de drept social presupune deci o depășire a viziunii formale, nu prin negarea ei pură și simplă, ca în cazul statului socialist, ci prin înglobarea mecanismelor formale de garantare drepturilor și libertăților – separarea puterilor, ierarhizarea normativă, controlul jurisdicțional al respectării acesteia și garantarea juridică și jurisdicțională a drepturilor și libertăților – într-o viziune materială asupra statului de drept, care presupune o determinare a statului de către societate. Justiția constituțională este evident legitimată de o asemenea concepție. Dar ea este transformată dintr-un simplu mecanism formal într-o justiție socială. Valorile devin centrale pentru statul de drept, care nu mai este statul oricărui drept, ci statul al cărui drept respectă valorile dominante în societate. Justiția constituțională asigură în acest stat de drept un control al conținutului dreptului printr-un control al conformității legilor cu valorile și principiile sociale, și cum constituția este și ea o lege, justiția constituțională, ca justiție a valorilor, realizează și un control al constituționalității constituției însăși.

Pe de altă parte, justiția constituțională se transformă dintr-o justiție de control într-o justiție de redistribuire, astfel că o altă consecință a afirmării statului de drept social este completarea viziunii formale, politico-juridice, asupra egalității. Principiul egalității formale este afirmat expres în constituțiile contemporane. Dar universalismul egalității formale implică de multe ori acces și șanse inegale. Prin afirmarea caracterului social al statului de drept se autorizează discriminările derogatorii de la egalitatea formală, dacă acestea asigură șanse egale pentru cei care sunt în situații inegale și acces egal la unele beneficii sociale pentru cei care suferă din cauza unei diferențe relevante. Statul de drept social impune, deci, o misiune socială statului.

Această misiune nu constă în a șterge diferențele reale, ci în a deschide celor mai dezavantajați calea participării. Constituția afirmă – consfințind un astfel de stat de drept – un principiu de redistribuire pentru a realiza o justiție socială, principiu căruia îi face uneori aplicații concrete, care nu-i epuizează însă sfera normativă proprie. Dacă statul de drept liberal nu autorizează de principiu derogările de la egalitatea formală, referirea la caracterul social al statului de drept extinde ideea materială de «stat de drept» la organizarea muncii și la repartitia bogăției. Dacă dreptatea este tipică statului de drept, justiția socială este adăugată ca valoare supremă de statul social. Justiția aceasta socială devine centrul de referință al justiției constituționale. Nu limitarea puterii este scopul ei prim, ci realizarea redistribuirii egalității. Jurisprudența Curții Constituționale a României este relevantă din acest punct de vedere. Ea afirmă, pe de o parte, egalitatea ca pe un drept la diferență¹¹ și susține, pe de altă parte, că a impune egalitatea când nu este «naturală» constituie o discriminare¹².

În concluzie, evoluția teoriilor cunoașterii de la centrarea acesteia pe rațiunea filosofică sau teoretică, la centrarea ei pe rațiunea instrumentală sau practică, apoi pe rațiunea cazuistică și în final pe revolta contra formalismului conduc la evoluția democrației de la democrația centrată pe reprezentant la democrația centrată pe funcționar, apoi la o democrație centrată pe judecător, pentru a se situa astăzi în faza democrației axată pe valori. Corespunzător acestor evoluții, statul de drept evoluează de la statul de drept parlamentar la statul de drept administrativ, trece prin faza statului de drept judiciar, pentru a ajunge în faza statului de drept social, iar justiția constituțională urmează acest parcurs, trecându-se de la negarea legitimității ei la afirmarea ei ca un centru al statului de drept, prin protecția formală pe care o acordă libertăților contra legii și încununându-și evoluția prin transformarea ei în justiție socială, în justiție substanțială, în justiție redistributivă. În această fază de evoluție a democrațiilor liberale de inspirație europeană nu mai poate fi vorba de negarea legitimității justiției constituționale, ci, cel mult, de discutarea legitimității titularilor acestei funcții.

B. Construirea legitimității justiției constituționale pe fundamentul drepturilor omului

Trecerea de la contestarea legitimității justiției constituționale la afirmarea acesteia se face datorită substanțializării statului de drept prin referire la drepturile omului. În acest proces, curțile constituționale devin organe ale guvernanților. Ele nu mai sunt curți ale statului, căci rolul lor nu este de a impune autoritatea sau de a tranșa conflicte prin intermediul arbitrajului statal, ele având ca misiune apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, fiind organe de protecție contra dreptului obiectiv abuziv.

a. Statul de drept material și jurisdicția constituțională. Pentru teoriile care practică o viziune materială asupra statului de drept, „dacă statul de drept nu ar fi

¹¹ Decizia nr. 198/2000; a se vedea și deciziile nr. 70/1993, 74/1994, 139/1996, 20/2000, 49/2000, 34/2000, 126/2000, 22/2000, 151/2000, 198/2000.

¹² Decizia nr. 70/1993, M. Of. nr. 307 din 27 decembrie 1993.

decât un dispozitiv tehnic ce supune legea constituției și care manifestă triumful ierarhiei normelor, el nu ar avea deloc altă virtute decât să asigure satisfacția intelectuală a discipolilor lui Hans Kelsen”¹³. Pentru această viziune, noțiunea pe care se centrează statul de drept este cea de «libertate», nu cea de «normă». Drepturile fundamentale sunt în centrul acestei construcții, care păstrează beneficiile ierarhiei normative, ale controlului jurisdicțional al respectării acesteia, dar le dă o finalitate nouă, impunând dreptului statului de drept calitățile necesare garantării libertății individuale, prin asigurarea securității juridice a subiecților de drept. Dreptul statului de drept nu este oricare drept. El trebuie să fie bazat, pentru a fi într-adevăr în prezența unui stat de drept, pe anumite valori inerente persoanei umane (demnitatea, libertatea etc.), inerente societății democratice (participare, pluralism etc.) și societății liberale (dreptate, respectul drepturilor și libertăților persoanei, intervenție statală subsidiară și proporțională etc.). Acest drept axiologic își subordonează statul prin conținut, mijloacele formale fiind subordonate realizării valorilor care fundamentează ordinea juridică.

Drepturile omului sunt în centrul acestui edificiu pentru că ele transpun normativ valorile care fundamentează și susțin sistemul. Justiția constituțională este cofragul care asigură cimentarea valorilor și drepturilor omului. Cu cât ea este mai bine organizată cu atât construcția unei persoane libere care este scop al puterii, și nu doar supus al ei, este mai rapidă și mai solidă. Nu mai poate fi vorba, când societatea este bazată pe astfel de persoane, de negarea legitimității justiției constituționale: fără ea edificiul se năruie, căci ea este chemată să apere libertatea persoanelor prin aplicarea unui drept care scapă de sub stăpânirea statului, care este creația unor subiecți liberi: Constituția.

b. Curțile constituționale – organe ale guvernanților. „Parlamentul, guvernul și, în anumite țări, președinția Republicii – susține Dominique Rousseau¹⁴ – sunt instituții ale spațiului reprezentanților; Curțile constituționale sunt una dintre instituțiile spațiului cetățenilor. Sau, mai precis, ele sunt, la punctul de întâlnire dintre cele două spații, instituțiile care privesc, care examinează din punctul de vedere al drepturilor indivizilor – Constituția – deciziile organelor societății politice. Adoptarea acestui punct de vedere este cea care fondează legitimitatea democratică a controlului de constituționalitate. Votul, care rămâne bineînțeles un element necesar unei societăți democratice, este în același timp un act prin care poporul își exprimă suveranitatea și prin care îi delegă exprimarea, pentru un timp determinat, unor reprezentanți. Și, de fapt, această delegare ajunge la un abandon al puterii sale de decizie între două alegeri. Curțile constituționale atenuează această logică a votului: delegarea electorală nu mai este un abandon în măsura în care Curțile, statuând în numele Constituției care este expresia supremă a suveranității populare, adoptă o referință care le pune în poziția de a face să prevaleze aceasta din urmă, de a restaura voința populară restabilind supunerea voinței reprezentative. (...) Controlul de constituționalitate își extrage deci o parte din legitimitatea sa democratică din funcția pe care o

¹³ D Colas, în *L'Etat de droit*, P.U.F., Paris, 1987, p. VIII.

¹⁴ Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 43, 44.

îndeplinește: aceea de a asigura respectarea drepturilor și libertăților cetățenilor. Acest respect fiind într-adevăr judecat ca o condiție necesară a calității democratice a unui regim politic, organul care este garantul lui – Curtea constituțională – este el însuși un element necesar al sistemelor democratice. Jusnaturaliștii și pozitiviștii se întâlnesc în privința acestei legitimități funcționale: primii deoarece afirmă că această funcție ține de caracterul drepturilor omului, caracter superior și exterior statului, ceilalți pentru că ei consideră, așa cum o face Michel Troper, că această protecție este numai una dintre condițiile funcționării normale a democrației”.

Centrarea statului de drept și a democrației pe persoană, în sensul arătat mai sus, poate duce chiar mai departe logica legitimării justiției constituționale rezultată din protecția drepturilor omului. Nici chiar poporul nu poate să mai pună în discuție valorile inerente persoanei sau drepturile ei fundamentale. Este sensul interzicerii revizuirilor constituționale care ar avea ca rezultat suprimarea drepturilor și a libertăților fundamentale sau a garanțiilor acestora¹⁵. Suveranul însuși este limitat, cel puțin când nu este revoluționar. Poporul însuși este un organ, are competențe limitate, iar justiția constituțională este chemată, în numele guvernaților, al căror organ pare să fie, să limiteze puterea poporului însuși, afirmând drepturile persoanelor chiar contra lui. Se trece, astfel, de la infailibilitatea poporului la înțelegerea lui ca o funcție majoritară limitată și, deci, controlabilă. Majoritățile pot să fie opresive. Prin urmare, trebuie limitate, iar această limitare poate fi făcută de justiția constituțională în numele valorilor inerente omului, drepturilor și libertăților bazate pe acestea.

C. Construirea legitimității justiției constituționale pe fundamentul limitării puterii: dincolo de separația puterilor

Limitarea puterii a fost motivul prim al apariției constituțiilor. Separația puterilor a fost tehnica constituțională primă a acestei limitări, astfel că norme juridice, și nu declarații politice sau aserțiuni teoretice, au putut afirma că „o societate în care garanția drepturilor nu este asigurată, nici separația puterilor determinată nu are constituție”¹⁶. Dar cât de eficientă mai este această separație a puterilor? Mulți se îndoiesc de ea. Noi de asemenea (a). Or, pentru a nu rămâne fără Constituție, căci drepturile rămân doar fictiv apărate contra puterii, trebuie ca un nou echilibru politic și juridic să fie construit. Justiția constituțională este centrul acestuia. Ea transcende cadrul separației puterilor pentru a afirma o separare nouă – cea între stat și societatea civilă, al cărei garant este, cum deja am sugerat mai sus (b).

a. Insuficiența separației puterilor

a.1. Irelevanța mijloacelor de interacțiune între puteri rezultate din cadrul clasic al separației puterilor pentru limitarea puterii. Teoria separației puterilor în stat postula existența a două centre de impuls politic distincte, care trebuie păstrate distincte, centre situate la nivel instituțional: Executivul și Legislativul. Situată în afara jocului politic, Justiția este oarecum marginalizată de teoria clasică, puterea de a judeca fiind oarecum nulă, cum afirma chiar Montesquieu. Branșele politice ale

¹⁵ A se vedea art. 152 alin. 2 din Constituția României.

¹⁶ Articolul 16 din Declarația drepturilor omului și cetățeanului (1979).

statului se limitează una pe alta prin controale reciproce, libertățile fiind astfel garantate. Dar acest cadru a fost creat într-o societate și pentru un stat fără partide. Astăzi, existența partidelor politice face ca mijloacele de control reciproc, și deci de limitare a celor două puteri politice, să fie ineficiente. Ele sunt cumulate de la nivelul societății civile de către partidele politice. Astfel, partidul sau partidele care câștigă alegerile formează majoritatea parlamentară și deci guvernul. De cele mai multe ori și șeful statului este exponentul, chiar dacă uneori Constituția îi interzice să fie și reprezentantul, aceluiași partid politic. Când partidele sunt dotate cu o structură rigidă, și deci cunosc o disciplină strictă, regulă necontrazisă practic decât de partidele americane, partidul cumulează în fapt toate puterile politice. Mijloacele de control parlamentar al executivului, care există în continuare din punct de vedere formal, nu mai sunt în aceste condiții eficiente. Moțiunea de cenzură – cea mai dură măsură pe care parlamentul o poate adopta contra guvernului – nu mai are sens căci nimeni nu cenzurează propriul guvern, moțiunea neavând sens decât dacă o alianță partizană care a creat majoritatea se destramă pentru a lăsa loc alteia iar guvernul refuză să demisioneze, ceea ce se întâmplă rar. De partea cealaltă, instituția dizolvării legislativului nu mai are aspectul unei contraponderi a răspunderii ministeriale, ci este utilizată în scopuri pur electorale, cu necesitate partizane. Este evident că limitarea puterii rezultată din astfel de mijloace de control este iluzorie, iar practica o demonstrează cu prisosință.

a.2. Ineficiența separației puterilor în opera de protecție a libertății. Separația puterilor nu poate, în condițiile unei societăți politice bazate pe partide, să mai garanteze eficient libertățile și drepturile persoanelor. Constituția-separație a puterilor trebuie de aceea să fie înlocuită cu o Constituție-garanție a drepturilor și libertăților, iar mijloacele acestei noi garanții trebuie să fie distincte de cele rezultate din separația puterilor, evident ineficiente. Justiția constituțională este centrul natural al acestei noi Constituții, căci judecătorul este în democrațiile liberale apărătorul firesc al drepturilor. Așa că, parafrazând Declarația drepturilor omului și cetățeanului, putem spune că astăzi se poate afirma că o societate politică în care drepturile și libertățile nu sunt garantate, nici justiția constituțională determinată, nu are Constituție. Extensia și creșterea intensității acestui mijloc de limitare a puterii și de garantare a drepturilor și libertăților probează că această concepție a devenit naturală pentru democrație.

b. Justiția constituțională – centru al unui nou echilibru politic și juridic

b.1. Spre o nouă teorie a echilibrului politic¹⁷. Constituția-garanție a drepturilor și libertăților construiește un nou echilibru politic și juridic al cărui pivot este justiția constituțională. Aceasta mediază între puterile statului, pe de o parte, între majoritate și opoziție, pe de altă parte, și, în fine, între stat și societatea civilă.

Justiția constituțională este mediator între puterile statului. Am văzut că mijloacele clasice de limitare reciprocă a puterilor rezultate din separația acestora nu mai sunt relevante. Constituțiile tind să le completeze cu unele noi, a căror legitimitate este dată de mai marea lor eficiență în limitarea puterilor. Astfel, justiției constitu-

¹⁷ A se vedea D.C. Dănișor, *Spre o nouă teorie a echilibrului politic*, în R.D.P. nr. 2/1995, p. 35-50.

ționale îi este încredințată misiunea de a garanta devoluțiunea orizontală și verticală a puterii în stat. Ea devine astfel garantul separației puterilor, tranșând conflictele de competențe între cele trei puteri sau, cum se exprimă Constituția României în urma revizuirii din 2003, „conflictele juridice de natură constituțională dintre autoritățile statului”, atribuție evident mai largă și mai intensă decât simpla soluționare a conflictelor de competențe. Justiția constituțională este de asemenea garantul devoluțiunii verticale a puterii, veghind pe de o parte la respectul competențelor puterilor centrale, iar, pe de altă parte, la respectul autonomiei locale, garantând astfel unitatea în diversitate. Acest tip de atribuție a justiției constituționale, tipică statelor federale, este din ce în ce mai extinsă în statele unitare, nu doar regionalizate, ci și descentralizate, cum este și cazul României, unde atribuția citată mai sus dată Curții Constituționale în urma revizuirii din 2003 o plasează în poziția de posibil apărător al drepturilor colectivităților locale contra abuzurilor puterii centrale, dar și de apărător al unității statului.

Justiția constituțională este mediator între putere și opoziție. În condițiile unei societăți bazată pe partide politice opoziția este pusă într-o situație delicată. Mijloacele de limitare a puterii majorității puse la dispoziția ei de către separația puterilor (întrebări, interpelări, moțiuni) sunt ineficiente atâta vreme cât alianța de partide sau partidul care formează majoritatea sunt coerente și disciplinate. Opoziția, care în democrație este un organ al guvernământului, este astfel cvasiineficientă. Pentru a o face reală, majoritatea constituțiilor contemporane îi oferă posibilitatea de a sesiza instanța constituțională. Opoziția capătă astfel un mijloc juridic eficient de limitare a puterii majorității, care completează mijloacele politice devenite în bună măsură iluzorii. Curțile constituționale devin astfel un organ de mediere între putere și opoziție, de eficientizare a acesteia din urmă și de juridicizare, de constituționalizare a dezbaterii politice.

Justiția constituțională este mediator între stat și societatea civilă. Justiția constituțională are ca misiune limitarea puterii în scopul precis al garantării libertății. Ea este deci garanta drepturilor și libertăților persoanelor contra abuzurilor statului. Ea limitează astfel impulsurile normative excesive ale statului. Dar, în același timp, justiția constituțională limitează și impulsurile anumitor elemente ale societății civile de a se face independente sau chiar a se substitui statului. Astfel, multe sisteme prevăd ca atribuții ale instanțelor constituționale controlul constituționalității partidelor sau chiar, cum o face Constituția noastră, deși nu prea consecvent, controlul constituționalității celorlalte forme asociative. Astfel, deși art. 40 din Constituția României dispune că „partidele sau *organizațiile* [s.n.] care prin scopurile ori prin activitatea lor militează împotriva pluralismului politic, a principiilor statului de drept ori a suveranității, a integrității sau a independenței României sunt neconstituționale”, art. 146 nu dă Curții Constituționale decât competența de a hotărî asupra contestațiilor având ca obiect constituționalitatea unui partid politic, uitând să mai facă referire la celelalte organizații la care se referă limita dreptului de asociere.

Justiția constituțională mediază astfel între stat și societatea civilă, garantând independența acesteia, care este o condiție fundamentală a existenței democrației liberale, dar garantând în același timp și monopolul statului asupra constrângerii, poziția sa de mediator între forțele sociale. Justiția constituțională este astfel pivotul

democrației. Or, pentru a putea realiza acest rol decisiv ea trebuie să îndeplinească o condiție necesară: să fie situată dincolo de separația puterilor în stat (b.2) iar ordinea politică și juridică trebuie să prezinte alte două caractere decisive: viața politică trebuie să se juridicizeze (b.2), iar ordinea juridică să se constituționalizeze (b.3).

b.2. Justiția constituțională este situată în afara cadrului separației puterilor.

Există două modele de organizare a justiției constituționale: unul care dă această funcție instanțelor ordinare, părănd deci a situa justiția constituțională în cadrul celei de-a treia puteri – puterea judiciară și altul care dă funcția de justiție constituțională unui organ specializat situat în afara celor trei puteri ale teoriei clasice – curte constituțională, tribunal constituțional, consiliu constituțional. În fond însă, în ambele sisteme funcția însăși de garantare a supremației Constituției este situată în afara cadrului clasic, fiind situată la nivelul actului care constituie cele trei puteri, fiind o putere constituțională distinctă, uneori chiar o putere constituantă secundară.

Justiția constituțională poate fi privită ca o putere constituțională. Încă din 1968 Vezio Crisafulli a formulat, analizând poziția Curții Constituționale italiene în sistemul instituțional, o părere care este acceptată astăzi de aproape toți autorii: „(...) este cert (...) că, afirmă el, Curtea nu intră nu numai în cadrul ordinii judiciare, și nici în cadrul organizării jurisdicționale în sensul cel mai larg al termenului, adică în ansamblul organelor care exercită o funcție jurisdicțională (...) Curtea constituțională (...) rămâne în afara puterilor statale tradițional cunoscute: ea formează o putere independentă al cărei rol constă în asigurarea respectului Constituției în toate domeniile”¹⁸. Curtea constituțională nu face deci parte din nici una dintre cele trei puteri clasice. Ea este tratată de Constituție ca o putere distinctă. Are deci același statut ca și celelalte trei: este o putere constituțională. Acest statut de a patra putere este de altfel confirmat de cvasitotalitatea constituțiilor adoptate după al doilea război mondial, ca și de cele adoptate după căderea blocului comunist. Astfel, constituțiile Belgiei, Spaniei, Franței, Italiei, Portugaliei, Croației, Ungariei, Bulgariei, Lituaniei, Macedoniei, Poloniei, Sloveniei și României cuprind titluri distincte care tratează despre justiția constituțională. Aceste Curți constituționale asigură respectul Constituției nu doar în raporturile celor trei puteri cu persoanele, ci și în raporturile lor reciproce, ceea ce face ca acest organ să fie cheia separației puterilor, din afara acesteia, de pe poziții independente și constituționale.

O problemă delicată este cea a unei eventuale autorități constituante a jurisdicțiilor constituționale. Unii au putut afirma, nu fără puternice argumente, că „judecătorul constituțional este constituant atunci când descoperă o nouă normă de valoare constituțională și când interpretează Constituția și lipsește de efecte unele din dispozițiile sale”¹⁹. Poate că puțin tributară concepției franceze a blocului constituționalității, această optică capătă în sistemul nostru constituțional, mai ales după introducerea referirii la tradițiile democratice ale poporului român și la idealurile Revoluției din decembrie 1989 prin Legea de revizuire a Constituției din 2003, o potențială

¹⁸ Citat după L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2001, p. 233, 234.

¹⁹ Dimitri Georges Lavroff, *La Constitution et le Temps*, Mélanges Philippe Ardant, 1999, p. 222.

valoare interpretativă, căci aceste noi dispoziții constituționale pot fi cu îndreptățire interpretate ca instituind un bloc de constituționalitate în sistemul nostru²⁰.

Curtea constituțională are deja o jurisprudență extensivă a catalogului drepturilor și libertăților fundamentale. De exemplu, ea afirmă existența unui drept la propria imagine, deși Constituția nu vorbește de el decât ca o limită a libertății de exprimare (art. 30 alin. 6). Acest drept este practic constituționalizat de instanța constituțională, care face astfel operă de autoritate constituantă. Astfel, instanța constituțională afirmă că „textul constituțional menționat, coroborat cu alte prevederi constituționale are efectul de a consacra acest drept nu numai în domeniul libertății de exprimare pe calea mijloacelor de comunicare în public (...), ci și efectul consacării unui drept constituțional cu o identitate de sine stătătoare și, deci, cu aplicabilitate într-un domeniu mai extins”²¹.

Curtea ar putea să interpreteze ca fiind constituționale norme juridice care nu sunt expres prevăzute în Constituția actuală, pentru că ele fac parte din tradițiile democratice ale poporului român. De altfel, ea are o jurisprudență interesantă în acest sens încă înainte de revizuirea din 2003, susținând că tradițiile democratice ale poporului român în materia utilizării de către minoritari a limbii materne în raporturile cu administrația justifică o interpretare particulară a art. 13 privind limba oficială. Aceste tradiții sunt desprinse de Curte din acte revoluționare, nenormative în sens propriu, cum ar fi Rezoluția Marii Adunări Naționale de la Alba Iulia din 1918 și din acte normative situate practic pe toate palierele normative, și nu numai pe cel constituțional, căci Curtea invocă un Jurnal al Consiliului de Miniștri și o Lege, pe lângă Constituțiile democratice anterioare²². Practic, s-ar putea vorbi de principii constituționale rezultate din ceea ce francezii numesc «legile Republicii», ceea ce ar duce la o operă de constituționalizare succesivă a unor noi principii fundamentale sau drepturi fundamentale. În această situație, revizuirea din 2003 ar putea duce la atribuirea unui fel de autoritate constituantă Curții Constituționale, căci ea este singura abilitată ca, interpretând art. 1 alin. 3 din Constituție, să introducă principii cu valoare constituțională în baza tradițiilor democratice ale poporului român.

O altă metodă de a face din instanța constituțională autoritate constituantă constă în a da posibilitatea acesteia să lipsească de efecte juridice prin interpretare anumite dispoziții constituționale. Așa face Curtea noastră constituțională în cazul art. 13 privind limba răămână ca limbă oficială, căci din jurisprudența Curții rezultă că doar o normă legală care ar declara expres o altă limbă ca fiind oficială ar fi contrară dispoziției art. 13. Curtea dă textului o valoare pur declarativă, lipsindu-l de consecințe juridice concrete. Astfel, Curtea afirmă în Decizia nr. 113/1999 că, odată ce Carta europeană a limbilor regionale sau minoritare afirmă că „protecția și încurajarea limbilor regionale sau minoritare nu trebuie să se facă în detrimentul limbilor oficiale și al necesității de a le însuși” și că posibilitatea de a lua măsuri în zonele în care sunt folosite limbi regionale sau minoritare trebuie făcută „fără a aduce atingere limbii

²⁰ D.C. Dănișor, *L'utopie constitutionnalisée: commentaires en marges de la révision de l'art 1 alin. 3 de la constitution roumaine*, în *Utopies: Entre droit et politiques*, Etudes en hommage à Claude Courvoisier, EUD, Dijon, 2005, p. 291, 292.

²¹ Decizia nr. 54/2000, DH 2000, p. 512.

²² Decizia nr. 112/2001, M. Of. 280 din 30 mai 2001.

oficiale a statului”, ea nu comportă dispoziții contrare art. 13 din Constituție, Curtea nefăcând o analiză a efectelor acestor dispoziții datorită unei afirmări pure și simple a actului controlat că nu afectează caracterul oficial al limbii române. La fel procedează Curtea în Decizia nr. 114/1999, căci pentru ea, odată ce în lege „nu se prevede că universitățile multiculturală ar fi autorizate să folosească o altă «limbă oficială» decât limba română” nu poate fi vorba de încălcarea art. 13 din Constituție. Decizia nr. 112/2001 are aceeași poziție, făcând din art. 13 o dispoziție declarativă, fără consecințe concrete intrinseci. Analizând dispozițiile legii administrației publice locale care permiteau utilizarea limbii materne a minorităților în raporturile cu administrația și în administrație, înaintea revizuirii constituției, „Curtea constată că nici unul dintre textele de lege menționate nu declară limba vreunei minorități naționale ca limbă oficială. Dimpotrivă, în alin. 3 al art. 43, reluându-se dispoziția constituțională a art. 13, se prevede că limba română este limba oficială a statului. Pe de altă parte, din cuprinsul textelor legale criticate rezultă în mod expres că, atunci când ponderea populației aparținând unei minorități naționale este semnificativă, depășind 20% din totalul populației unității administrativ-teritoriale, se va asigura folosirea în raporturile cu autoritățile administrației publice, ca și în actele ce se aduc la cunoștință publică, și a limbii materne a cetățenilor aparținând minorității respective, fără a încălca statutul de limbă oficială al limbii române”. Or, în felul acesta, Curtea nu analizează deloc legea raportând-o la consecințele normative ale art. 13 din Constituție. Ea pare să creadă că simpla reafirmare în lege a caracterului oficial al limbii române rezolvă problema de constituționalitate, fără a mai fi necesară analiza substanțială a acestei conformități. Curtea transformă astfel dispoziția constituțională într-o declarație care nu ar putea fi încălcată decât de o declarație contrară. Ea face astfel operă constituantă, căci este evident pentru oricine că o dispoziție constituțională care nu are consecințe juridice intrinseci și care nu ar putea fi încălcată decât de o evident extrem de improbabilă dispoziție legală care ar declara o altă limbă decât cea română în mod expres oficială nu mai există decât ca o formă lipsită și de conținut și de eficacitate, și acest lucru doar prin voința instanței constituționale.

În fine, instanțele constituționale pot interpreta constituțiile pentru a le pune de acord cu concepțiile timpului prezent. Astfel, cele mai rezistente constituții în timp sunt cele mai neclare, căci ele permit o adaptare a conceptelor juridice la schimbările concepțiilor filosofice și juridice dominante printr-o atribuire a unei reale puteri de interpretare istorică constructivă instanței constituționale. Și această optică devine actuală în cazul sistemului nostru, căci interpretarea istorică este făcută obligatorie prin revizuirea art. 1 alin. 3 din Constituție în 2003²³. Finalitatea textelor poate fi radical schimbată prin interpretarea conceptelor fundamentale²⁴, ceea ce reprezintă un exercițiu al autorității constituante de către instanța constituțională.

Acest tip de autoritate constituantă pe care o pot avea instanțele constituționale poate fi numită «autoritate constituantă secundară». Astfel, nefăcând distincția între autoritatea constituantă și puterea constituantă, Lavroff afirma: „calificăm drept putere constituantă secundară pe aceea care poate emite sau constata existența, până

²³ D.C. Dănișor, *op. cit.*, 2005, p. 271-293.

²⁴ A se vedea Consiliul constituțional francez, Decizia 132 DC, în materia proprietății.

atunci ascunsă, a regulilor de valoare constituțională, fără să aducă atingere puterii constituante a poporului suveran pentru că acesta are tot timpul posibilitatea de a anihila norma sau principiul astfel definit²⁵.

c. Juridicizarea vieții politice. Justiția constituțională este un element intermediar între politic și nepolitic, între stat și societatea civilă. Efectul apariției ei ca spațiu instituțional cu reguli specifice este o modificare a dezbaterii politice, în sensul că o problemă politică nu mai este gestionată direct de clasa politică, ci transferată către justiția constituțională, căci politicienii simt, atunci când nu înțeleg în sens strict, că opinia publică se simte apărată de recurgerea la această «jurisdicție a drepturilor și libertăților fundamentale», deci că o astfel de acțiune este nu doar eficientă din punct de vedere juridic, ci și benefică din punct de vedere politic. Efectul este transformarea conflictului politic în conflict juridic, însoțită de redefinirea completă a termenilor în care problema se discută. Terminologia, categoriile și procedura judiciară transformă violența dezbaterii politice în argumente constituționale, în discuții de principiu, într-un cuvânt raționalizează instinctele. Întreaga politică se redefinește în raport de această putere relativ nouă care este justiția constituțională. Raporturile majoritate – opoziție sunt mediate de controlul constituționalității într-o măsură din ce în ce mai mare; politica majorității parlamentare este obligată să țină cont mai mult de principiile constituționale și de jurisprudența constituțională însăși; întreaga viață politică este raportată la Constituție, ca act ce exprimă în modul cel mai puțin mediat voința poporului. Se creează astfel o simbioză între drept și politic, care exclude atât juridismul (afirmarea valorii absolute a normei juridice), cât și politismul (negarea forței dreptului).

Puterea politică este o putere dinamică, orientată spre viitor, spre crearea unei ordini noi. De aceea ea intră adesea în contradicție cu propriile reguli. „Ea are nevoie să găsească în orice moment o corespondență absolută între voința sa și regula de drept; prin aceasta se explică de ce îi repugnă ceea ce o frânează: dreptul natural, legile nescrise, principiile generale ale dreptului, regulile rațiunii, chiar Constituția. Nimic din toate acestea nu este opera sa; acest lucru îi inspiră neîncredere²⁶. Doar prezența justiției constituționale, a acestui ansamblu de mecanisme de impunere a supremației Constituției poate face puterea să considere normele constituționale ca pe un fundament obligatoriu al comportamentului său.

d. Constituționalizarea ordinii juridice. Foarte mult timp, principiul legalității a dominat cultura juridică și modul de organizare a ordinii juridice. Impunerea justiției constituționale a operat o trecere de la legalitate la constituționalitate. Ordinea juridică se constituționalizează. „Această transformare este datorată *activării* textelor constituționale de către judecătorul constituțional” [s.n.]²⁷. Ele devin nu numai purtătoarele unor principii și valori, ci și ale unei normativități în sens strict. Constituția este obligatorie. Ea nu cuprinde norme morale sau politice, ci norme

²⁵ Dimitri Georges Lavroff, *A propos de la Constitution*, în „L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs”, Mélanges Pierre Pactet, Dalloz, 2003, p. 294.

²⁶ G. Lavau, *Le juge et le pouvoir politique*, în *La justice*, Centre de sciences politiques de l'Institut d'Etudes Juridiques de Nice, T.VIII, PUF, Paris, 1961, p. 90.

²⁷ Favoreau și colectiv, *op. cit.*, 2001, p. 307.

juridice în toată plenitudinea acestui termen. Efectul este constituționalizarea tuturor ramurilor dreptului: ele nu își mai găsesc fundamentul în niște principii generale ale dreptului a căror sursă și al căror conținut sunt uneori prea ascunse ori fluide, ci în Constituție, într-o normă cu un conținut din ce în ce mai cert. Legalitatea este astfel subsecventă constituționalității. Ramurile dreptului sunt toate prinse pe un trunchi ale cărui rădăcini sunt constituționale.

3. Control judiciar sau control politic?

Legitimitatea justiției constituționale pare a fi din ce în ce mai greu de contestat. De aceea problema legitimității este transferată de la procedeele înseși tipice acestei funcții la legitimitatea titularilor acesteia. Dacă necesitatea controlului respectului constituției este certă, detectarea celor care ar trebui să fie îndreptățiți să-l realizeze creează încă vii dispute. Două probleme sunt centrale acestei dispute: ar trebui ca organul ori organele care fac controlul să fie politice sau judiciare? și dacă controlul este judiciar, ar trebui ca instanțele ordinare sau o instanță specială să-l realizeze? Răspunsul la prima întrebare vom încerca să-l oferim aici, în timp ce a doua problema va fi tratată într-un studiu viitor.

Problema dihotomiei control politic/control jurisdicțional se pune pe de o parte datorită contestării capacității judecătorilor de a crea dreptul, și de aici pornind, de a putea impune o Constituție a cărei normativitate nu este asigurată decât prin interpretare și, pe de altă parte, datorită faptului că, mai ales atunci când controlul de constituționalitate este dat unei jurisdicții speciale, modul formării instanței și genul atribuțiilor ei o fac organ politic mascat în curte de justiție de procedurile de tip judiciar.

A. Caracterul normativ al Constituției și problema interpretării

a. Contestarea caracterului normativ al Constituției și problemele impunerii ei judiciare. Caracterul normativ al constituțiilor a fost și mai este subiect de dispută²⁸. Unii au putut susține că normele constituționale nu sunt norme juridice în sens propriu, fie pentru că le lipsește sancțiunea, fie pentru că, dat fiind obiectul lor, ele nu pot determina în mod sigur conținutul legii și nici al deciziei judecătorului, fiind doar o înșiruire de cuvinte pe hârtie cărora le lipsește semnificația obiectivă, fiind continuu refăcute prin practica politică și jurisdicțională. Pentru aceste teorii, Constituția nu este decât un ansamblu de norme politice și de principii morale. Or, lipsită fiind de juridicitate, ea poate fi ignorată fără consecințe juridice concrete, iar din cauza imprecizunii conținutului său – căci ea mai mult constată decât ordonă – poate primi mai multe interpretări contrare, lipsind un criteriu juridic de alegere între acestea. În aceste condiții, impunerea Constituției de către o jurisdicție este mai mult decât problematică. În primul rând, jurisdicția va aplica norme extrajuridice, ceea ce de regulă îi este interzis. În al doilea rând, ea va trebui să creeze conținutul normelor pe care le aplică, ceea ce, cel puțin în tradiția juridică romano-germanică, îi este interzis judecătorului. În fine, această operă de aplicare a unor norme nejuridice și de

²⁸ A se vedea I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 19-22.

creare a dreptului politic face ca sub masca unei instanțe, sub stratul procedurilor judiciare, să fie ascunsă o putere politică, una nedependentă de *demos*. În această optică, controlul aplicării Constituției nu poate fi decât politic. Natura normelor aplicate și natura operațiunii de aplicare prin caracterul creativ al unei așa-zise interpretări impun această soluție.

b. Caracterul normativ al Constituției. Judecătorul – «gură a Constituției»?

Pentru o altă grupă de concepții, Constituția are caracter normativ în sens strict. Legitimitatea controlului jurisdicțional de constituționalitate se pune atunci în funcție de raportul pe care îl are interpretarea cu textul normativ. Pentru unii, „dispozițiile constituționale posedă în ele însele o semnificație; a le cunoaște este deci un act simplu deoarece îi este de ajuns judecătorului să le citească, eventual, în caz de dificultate, să se refere la lucrările preparatorii sau la interpretarea autorilor; și a judeca este, în consecință, un gest mecanic deoarece este vorba despre aplicarea unui text ce posedă în el însuși o semnificație obiectivă. Judecătorul este aici «gura Constituției»; el nu inventează nimic, nu creează norma, puterea sa de a judeca este întrucâtva nulă, pentru a relua termenii lui Montesquieu. În această concepție, chestiunea legitimității justiției constituționale nu se pune, în măsura în care operațiunea de control este neutră: curțile aplică o normă ai cărei făuritori nu sunt ele, al cărei sens este în prealabil determinat și care li se impune»²⁹.

Pentru alții, dimpotrivă – așa cum arăta M. Troper – „a interpreta legea înseamnă în realitate a o reface”³⁰. Judecătorul constituțional este, din acest punct de vedere, într-o postură și mai delicată decât cel ordinar: el interpretează legea pe care o judecă, deci o reface și apoi interpretează norma în raport cu care face controlul – Constituția, refăcând-o și pe aceasta. Această dublă operă creativă îl face aparent să se învârtă într-un cerc al cărui conținut este determinat de el însuși. Pe de altă parte, sistemul constituțional, ca tot sistemul juridic în vigoare, nu poate fi lipsit de lacune. Situațiile concrete sunt mult prea diverse pentru ca o construcție logică să le poată epuiza. Or, judecătorul constituțional estimează că este obligația lui – o obligație impusă de dreptul pozitiv însuși judecătorului ordinar pe care cel constituțional îl imită – obligația de a completa aceste lacune, ceea ce îi conferă de drept puterea de a crea dreptul constituțional.

Noi am văzut deja că judecătorul constituțional se găsește în această a doua situație în postura de putere constituantă secundară, de creator al normelor constituționale, ceea ce, desigur, nu este ușor de admis și creează contestații care au puternice argumente contra legitimității justiției constituționale. Întrebarea al cărei răspuns constituie substratul acestei contestări este dacă este judecătorul îndreptățit să creeze norme, dacă dreptul jurisprudențial este legitim în general, și mai ales la nivel constituțional.

Cauzele creșterii ponderii dreptului jurisprudențial³¹ sunt multiple și complexe și nu este aici locul unei analize a acestora. Este vorba de revolta contra formalismului,

²⁹ Dominique Rousseau, *op. cit.*, p. 33.

³⁰ M. Topper, *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?* în „Pouvoirs”, nr. 16, P.U.F., Paris, 1981, p. 40.

³¹ A se vedea M. Cappelletti, *Le pouvoir des Juges*, Economica, Presses Univ. d’Aix-Marseille, p. 36-68.

de accelerarea timpului social, ceea ce duce la accelerarea timpului juridic, de complicarea și îmbătrânirea organismului social, de modificarea rolului dreptului și statului față de indivizi și față de societate etc. Dreptul jurisprudențial constituțional cunoaște el însuși o creștere spectaculoasă. Cauzele generale sunt aplicabile și acestui fenomen. Ceea ce vrem să subliniem este că evoluția unei constituții, absolut necesară adaptării ei la o realitate care se schimbă într-un ritm din ce în ce mai alert și care devine din ce în ce mai complicată, poate să se facă în două feluri: fie prin mai dese revizuri constituționale, fie prin adaptarea jurisprudențială a textului la noile realități. Fiecare procedeu are avantaje și dezavantaje. Primul pare mai democratic, dar este problematic din punctul de vedere al stabilității constituționale și presupune o intensitate a participării democratice pe care puține sisteme o pot realiza, și o calitate a acestei participări pe care aproape nici unul nu o realizează. Cel de-al doilea nu pare a se acomoda prea bine cu puterea *demosului*, dar are avantajele supleței și al adaptării rapide. Este evident că al doilea procedeu este din ce în ce mai utilizat în practică. Faptul dacă este legitim este deci oarecum recurent.

După cum am văzut, elementul cheie al argumentației în defavoarea puterii creatoare a judecătorului este nereprezentativitatea acestuia. Ce legitimitate poate avea creația jurisprudențială a dreptului când judecătorul nu este reprezentantul națiunii? Totuși, acest argument nu este de necombătut.

Am văzut deja că politicul este el însuși puțin reprezentativ. Dogma principală a democrației reprezentative este că toate puterile decurg din dreptul de vot. Apoi că reprezentanții sunt politic responsabili în fața națiunii și, în fine, că politicul este capabil să asigure o guvernare în asentimentul majorității. Tuturor acestor condiții judecătorul nu le poate corespunde. De aceea el nu poate crea în mod legitim dreptul. Dar oare sunt reale aceste «adevăruri»? O analiză atentă arată clar că nu. Reprezentarea politică nu este capabilă, mai mult, nu este interesată, să guverneze urmărind regula majorității în sensul ei real. În mod normal, o măsură legislativă, pentru a fi în ton perfect cu dogma, trebuie să aibă consimțământul majorității corpului electoral, dacă nu al națiunii. În fapt însă, ce înseamnă o majoritate politică ce stă la baza unei legi? În mod evident, un compromis între diferitele tendințe existente la nivelul organului legislativ, care cu greu poate fi considerat drept voință a majorității alegătorilor. În ceea ce privește responsabilitatea politică a branșelor «politice» ale statului, ea este în mare măsură o figură de stil. Lăsând la o parte discuția, prea amplă, asupra realității caracterului sancționator al votului, în condițiile atâtor posibilități de manevră și manipulare, rămâne să vedem că acest «control» al corpului electoral este foarte rar, fragmentar, și că el nu sancționează decât de o manieră mediată. Ce rămâne atunci din reprezentativitatea politicului? Evident, aproape nimic.

Justiția prezintă o anumită formă de reprezentativitate. Acest lucru, mai evident în sistemele bazate pe common law decât în cele romano-germanice, rezultă pe de o parte din electivitatea anumitor jurisdicții și, pe de altă parte, din modul politic de numire a judecătorilor instanțelor supreme: aceștia sunt numiți de o instanță rezultată din vot, ceea ce le conferă un anumit grad de legitimitate. Jurisdicțiile constituționale rezultă astfel, de regulă, dintr-un fel de vot indirect. Corpul electoral alege reprezentanții, parlamentarii și eventual pe șeful statului, care îi desemnează pe judecătorii instanței constituționale. Când o parte din aceștia rezultă din votul magistraților

ordinari, nu este vorba decât de calificare a corpului electoral, care nu este tipică acestei proceduri, fiind întâlnită și în alte cazuri, de exemplu atunci când senatorii sunt aleși de consilierii locali sau chiar de reprezentanții acestora. Acest vot indirect conferă, fără îndoială, legitimitate jurisdicțiilor constituționale.

Tribunalele, și cele constituționale în primul rând, asigură reprezentarea intereselor tendințelor minoritare din punct de vedere politic. Există în societate, întotdeauna, anumite tendințe care nu ajung să fie reprezentate politic. Aceste tendințe găsesc în procedura judiciară, cu publicitatea ei, însoțită de garantarea accesului liber la justiție, o cale de a se face ascultate, remarcate. Or, aceasta este o formă de reprezentare. Curțile constituționale sunt astfel un mijloc de reprezentare care completează reprezentarea politică. Am văzut deja că ele asigură opoziției parlamentare mijloace eficiente de luptă pentru limitarea majorității. Dar, mai mult, ea asigură minorităților care nu ajung să fie reprezentate parlamentar mijloace juridic eficiente de limitare a puterii. Poate că reprezentarea aceasta nu depinde direct de puterea de vot, dar nimeni nu poate spune că nu este democratic să protejezi minoritățile.

Justiția asigură o participare a cetățenilor la legiferare. În sistemele în care controlul constituționalității legilor se face și după promulgare, instanțele ordinare au un rol important în cadrul procedurii. Problema constituționalității se pune cu ocazia unui proces în fața unei instanțe ordinare. Prin intermediul procedurii judiciare deci, cetățenii pot ridica obiecții cu privire la conformitatea legii cu voința generală exprimată prin pactul fundamental. Ei participă astfel la controlul legiferării și, indirect, la legiferare. Or, în acest mod, justiția devine un mijloc de reprezentare sau cel puțin de corectare a reprezentării, căci politicul poate fi uneori extrem de «distant» față de omul real, cantonându-se într-o reprezentare «globală», într-o aplicare mecanică a legii majorității; or, democrația nu se rezumă la legea majorității.

În concluzie, justiția constituțională asigură o completare a reprezentării politice. Ea este reprezentativă. Justiția constituțională este, pe de altă parte, rezultată din vot în mod indirect. De aici pornind se poate ușor trage concluzia că ea este îndreptățită, la fel ca și cei care reprezintă națiunea din punct de vedere politic, să creeze dreptul. Dreptul jurisprudențial ar fi astfel legitim, chiar în materie constituțională, atâta vreme cât puterea constituantă a justiției constituționale rămâne secundară, adică subsecventă și derivată.

B. Natura mixtă, politico-jurisdicțională, a instanțelor constituționale

În privința determinării organului competent să controleze constituționalitatea legilor au existat trei variante. O primă variantă, izolată deja, este cea a unui organ politic, excluse fiind organele jurisdicționale. A doua variantă constă în atribuirea puterii de control instanțelor ordinare sau instanței supreme ordinare. Aceasta este soluția americană și soluția clasică românească. Cea de-a treia variantă, specifică Europei Occidentale continentale (cu excepția Franței) tributară doctrinei kelseniene, care a impus controlul în Austria interbelică (1920), constă în înființarea unei instanțe speciale, care să aibă competența exclusivă a controlului, soluție pentru care a optat și constituanta română în 1991.

Dar, indiferent de alegerea inițială, toate aceste organe au tendința de a se unifica în ce privește natura lor, devenind organe mixte, juridiciaro-politice. „Cea care ar

părea cea mai «juridiciară» (Curtea Supremă americană) ajunge rapid să-și atribuie funcțiuni eminentamente politice³²; de cealaltă parte, cel mai «politic» (Consiliul constituțional francez), prin evoluția din anii '70-'80 și mai ales prin tentativa de revizuire din 1990, devine din ce în ce mai mult o adevărată Curte de Justiție constituțională.

Toate aceste organe ar putea fi numite, indiferent de denumirile lor concrete, pornind de la natura lor mixtă, de organe jurisdicționale și politice concomitent, curți constituționale. Am putea defini Curtea Constituțională pornind de la o asemenea extindere a noțiunii, ca fiind „un organ însărcinat să asigure respectul anumitor reguli constituționale fundamentale”³³. Deși puțin cam vagă, această definiție este preferabilă celor care pornesc de la caracteristici organice sau procedurale, cum este cea dată de Louis Favoreau. Potrivit acestuia, „o Curte Constituțională este o jurisdicție creată special pentru a judeca exclusiv contenciosul constituțional, situată în afara sistemului judiciar ordinar și independentă față de puterile publice”³⁴. O astfel de Curte nu se găsește nicăieri. În primul rând, definiția este prea fixată asupra tipului Curții Constituționale din Europa Occidentală continentală, deși nici pe acesta nu-l descrie întocmai. Apoi, ea exagerează atât în ce privește atribuțiile Curților, deoarece în general ele au și alte atribuții pe lângă cele de soluționare a contenciosului constituțional, și în ce privește independența față de puterile publice, căci modul de numire a judecătorilor, ținând seama de natura atribuțiilor acestora, este tributar politicului, și în ce privește situarea Curților în afara sistemului jurisdicțional ordinar, căci ea are profunde legături cu acesta, chiar când este o instanță specială, datorită modului de sesizare, efectelor deciziilor și uneori chiar modului de numire a judecătorilor.

Caracterul hibrid, juridicario-politic, al Curților Constituționale se justifică datorită importanței covârșitoare a atribuțiilor lor. Curtea este un organ de tip jurisdicțional pentru că interpretează dreptul, deci îndeplinește funcția esențială a instanței. Dar este și un organ politic, căci, potrivit funcției sale de contrapondere între puteri, ea intervine de o manieră indirectă în procesul de legiferare și chiar în împărțirea constituțională a competențelor. Nu trebuie accentuat prea tare nici caracterul jurisdicțional în detrimentul celui politic, căci Curtea depășește rolul normal al instanței, creând dreptul, câteodată chiar de o manieră directă, făcând concurență Parlamentului, fără nici o legitimitate după părerea unor³⁵, dar nici caracterul politic în detrimentul celui jurisdicțional, căci este evident că, funcționând după proceduri de tip judiciar, ea este o instanță. Am putea spune că ea este o putere meta-politică.

În funcție de evoluția istorică, constituțiile democratice au pus accentul fie pe caracterul jurisdicțional, fie pe caracterul politic al organului ce controlează constituționalitatea legilor. Astfel, Constituția S.U.A. pune accent pe funcțiunile judiciare ale Curții Supreme, care nu-și va «inventă» rolul constituțional decât câțiva ani mai

³² Y. Mény, *Politique comparé*, Montchrestien, 1992, p. 377.

³³ L. Philip, *Les Cours Constitutionnelles*, în J. Leca, M. Grawitz, „Traité de Science Politique”, vol. 2, P.U.F., Paris, 1985, p. 406.

³⁴ L. Favoreau, *Les Cours Constitutionnelles*, P.U.F., Que sais-je?, Paris, 1986.

³⁵ L. Favoreau, *Le Conseil Constitutionnel et la cohabitation*, Communication présenté aux Journées d'Études de l'Association Française de Science Politique «Une ou des cohabitation à la française», 3-4 avril. 1982, Paris.

târziu: „Puterea judiciară a Statelor Unite este dată unei Curți Supreme și celorlalte curți inferioare pe care Congresul poate, în funcție de necesități, să le înființeze” (art. 3 secțiunea 1). Constituția Germaniei, deși dă Tribunalului Constituțional o organizare și atribuții «politice», îl include ca instituție în cap. IX intitulat «Puterea judecătorească»: „Puterea judecătorească este încredințată judecătorilor; ea este exercitată prin Tribunalul constituțional federal, prin tribunalele prevăzute de prezenta lege fundamentală și de tribunalele Landurilor” (art. 92). În Italia, marcând apariția unei noi instituții, Curtea Constituțională este reglementată separat de puterea judiciară, în timp ce în Franța, Consiliul Constituțional nu are deloc caracter judiciar, potrivit Constituției. La noi, Constituția din 1991, deși tratează separat de puterea judecătorească Curtea Constituțională, o califică instanță de judecată (Legea nr. 47/1992). Ea nu face parte totuși din sistemul organelor judiciare în sensul art. 126.

Concluzionând cu privire la legitimitatea justiției constituționale, putem spune că justiția constituțională își construiește legitimitatea pe fundamentul declinului reprezentării politice, pe afirmarea protecției drepturilor omului și pe limitarea puterii. Toate acestea sunt însă subsecvente afirmării supremației Constituției și schimbării sensului democrației³⁶. Dacă prima formă de legitimare – cea bazată pe necesitatea justiției constituționale pentru afirmarea supremației Constituției – este construită în baza unor argumente puternice, cea de-a doua – bazată pe necesitatea justiției constituționale pentru democrație – nu poate fi construită după unii decât în baza unor argumente slabe, căci controlul nu este implicat de principiul democratic. Totuși, noi am încercat să oferim o justificare a justiției constituționale în baza principiului democratic însuși, fiind de acord cu Rivero, care afirma: „controlul (de constituționalitate) marchează un progres în sensul democrației, care nu este doar un mod de atribuire a puterii, ci și un mod de exercițiu al puterii. Și eu gândesc că tot ceea ce întărește libertățile fundamentale ale cetățenilor merge în sensul afirmării democrației”³⁷.

³⁶ A se vedea Michel Troper, *La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois*, în *Mélanges Pactet*, *op. cit.*, p. 911-935.

³⁷ J. Rivero, *Rapport de synthèse*, *loc. cit.*, p. 525, 526.