

MODELELE DE JUSTIȚIE CONSTITUȚIONALĂ: DE LA DIVERGENȚĂ LA O RELATIVĂ CONVERGENȚĂ

Prof. univ. dr. Dan Claudiu Dănișor

L'analyse traditionnelle de la justice constitutionnelle établit qu'il y a deux modèles distincts, même radicalement différents, d'organisation de cette activité essentielle pour l'état démocratique contemporain: le modèle américain et le modèle européen. Initialement, ces deux modèles étaient séparés par de nets traits distinctifs, mais leur mouvement actuel est de rapprochement continu, en vue de constituer un modèle unitaire, même si les systèmes des divers pays, affiliés par tradition à l'un ou à l'autre desdits modèles, présentaient à eux seuls tant de traits distinctifs que l'existence même de ces modèles supposés en était devenue quelquefois sujet de contestation.

I. Modelul american de justiție constituțională

1. Fundamentele controlului de constituționalitate în Statele Unite

A. Originile britanice ale controlului de constituționalitate

Controlul constituționalității actelor statului s-a impus pentru prima dată pe continentul nord american. Dar originile sistemului sunt britanice, chiar dacă acolo nu au putut rodi. Prima hotărâre judiciară care afirmă capacitatea instanței de a controla actele Parlamentului este astfel cea pronunțată de Sir Eduard Coke în 1610 în afacerea Bonham¹. Judecătorul britanic găsea că legea Parlamentului britanic era contrară common law-ului, pe care îl concepea ca lege fundamentală a Regatului și ca pe o emanație directă a rațiunii. Desigur că inexistența unei constituții scrise făcea ca raționamentul afirmării unui control de constituționalitate să nu fie complet, dar principiul existenței unui drept superior legilor adoptate de Parlament și cel al competenței instanței de a face controlul acestora din urmă în raport cu primul este similar celui afirmat mai târziu de instanța supremă americană. Dealtfel doctrina judecătorului britanic este expres invocată de teoreticienii Revoluției americane.

Practica controlului de constituționalitate a fost introdusă, într-o formă incipientă, pe continentul american tot de către britanici, prin intermediul controlului exercitat de «Comitetul judiciar al Consiliului privat», organ al Consiliului Regelui care avea competența de a controla conformitatea legilor parlamentelor coloniale cu dreptul metropolei. Britanicii impuneau astfel o idee a controlului ierarhiei normative care va fi baza controlului de constituționalitate impus apoi de Curtea Supremă a Statelor Unite.

B. Contextul constituțional american

Controlul de constituționalitate nu a fost și nu este reglementat de Constituția Statelor Unite. Deși James Madison propusese ca puterii judiciare să-i fie acordat un drept de veto împotriva legilor neconstituționale, această propunere a fost respinsă de Convenție. Motivele sunt contextuale. Textul Constituției trebuia să fie vag pentru a putea mulțumi pe

¹ Favoreu, L.; Gaïa, P.; Ghevoțian, R.; Mestre, J-L.; Pfersmann, O.; Roux, A.; Scoffoni, G., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2001, p. 191.

toată lumea: federaliști și anti-federaliști, oponenți sau adepți ai sclavajului, adepți ai modelului juridic anglo-saxon sau ai celui romano-germanic... Pentru a obține ratificarea Constituției constituantei din 1787 au fost dispuși să-i sacrifice uneori claritatea, acesta fiind cazul controlului de constituționalitate. Acest caracter suplă al Constituției s-a transformat apoi în principalul motiv al rezistenței sale. Astfel că, deși poate regretabilă, lipsa unei prevederi exprese a competenței judiciare de control de constituționalitate, însoțită de modul jurisprudențial de progres al dreptului american a facilitat în loc să împiedice impunerea controlului de constituționalitate.

Controlul de constituționalitate va fi impus de Curtea Supremă americană în pofida lipsei unui text constituțional. Dar nu Curtea este prima care formulează argumentele în favoarea acestei proceduri. Argumentele fuseseră formulate deja de Alexander Hamilton în *Federalist Paper*, culegere de articole publicate la începutul anului 1787 pentru a susține ratificarea Constituției de către cele treisprezece foste colonii. Astfel el susține caracterul de lege fundamentală al Constituției, obligația pe care o are judecătorul de a-i stabili semnificația și de a o aplica contra legilor contrare, principiu bazat pe superioritatea voinței constituante a poporului față de voința legislativă a Parlamentului:

"O Constituție este, de fapt, și astfel trebuie să o considere judecătorii, o lege fundamentală. În consecință, lor le revine sarcina de a-i stabili semnificația, ca și semnificația oricărui act provenit de la corpul legislativ. În cazul unui conflict ireconciliabil între aceste două acte, este clar că va prevala cel a cărui validitate este superioară; în alți termeni, Constituția trebuie să prevaleze asupra tuturor legilor, în același mod în care intenția poporului trebuie să prevaleze asupra intenției agenților săi."

Suveranitatea Parlamentului, tipică metropolei britanice, ca de altfel întregului continent european, era astfel negată și înlocuită cu suveranitatea populară. Separația puterilor devenea egalitară, iar Hamilton este foarte atent în a nu afirma vreă superioritate a judecătorilor față de celelalte organe ale statului:

"Singurul lucru pe care aceasta îl presupune este că puterea poporului este superioară și uneia și celeilalte și că, în cazul în care voința legiuitorului declarată în lege este în opoziție cu voința poporului, declarată în Constituție, judecătorul trebuie să se supună mai degrabă ultimei decât primei."

Afirmarea existenței unei ierarhii normative este astfel fundamentată pe ierarhizarea voințelor care stau la baza actelor normative. Principiul democratic este afirmat deplin în Statele Unite, spre deosebire de bătrânul continent care, dacă ne este permisă o exprimare hegeliană, nu era încă liber pentru că depindea încă de acel ceva de care ar fi vrut să se elibereze: monarhia absolută. Parlamentele europene sunt organe de protecție contra monarhului și abia apoi organe legiuitoare, iar această funcție protectoare le face să treacă drept infailibile. Americanii nu aveau de cine fugi în interior, deci păreau a fi mai bine situați pentru a realiza libertatea democratică, pentru a afirma deplin principiul superiorității demosului față de oricare dintre puteri și al superiorității manifestărilor de voință ale demosului față de manifestările voinței statului:

"Nici un act contrar constituției nu poate fi valid. A nega acest lucru înseamnă a declara că inferiorul este mai important decât principalul, că servitorul se situează deasupra stăpânilor săi, că reprezentanții poporului sunt superiori poporului însuși."

Hamilton prefigura astfel jurisprudența Curții Supreme din 1803. Practic aceasta reproducea fiecare etapă a raționamentului publicat în *Federalist Paper*, dându-i valoare precedentului obligatoriu.

C. Hotărârea Marbury v. Madison

Controlul de constituționalitate se impune în Statele Unite o dată cu hotărârea dată de Curtea Supremă în afacerea Marbury v. Madison în 1803. Dar unele tentative de control de constituționalitate existaseră înainte de 1803. Astfel în 1772 judecătorul Wythe, care a fost maestrul lui Thomas Jefferson, dădea o decizie în care arăta: "Dacă, ipoteză deplorabilă, o legislatură ar fi tentată să răstoarne limitele care-i sunt impuse de popor, eu însumi, din scaunul meu, împărțind justiția publică a țării, voi face față puterii legiuitoare și îi voi zice arătându-i Constituția: «Iată limita autorității voastre, puteți merge până aici, dar nu mai departe»."² În același spirit ferm, Curtea Supremă a statului New Jersey puneă chiar și mai tranșant problema controlului constituționalității legii, într-o speță rămasă celebră: Holmes v. Walton. În decizie Curtea refuza să recunoască validitatea unui act al Legislativului pe motiv ca el este contrar Constituției Statului New Jersey în ce privește dispozițiile reglementând judecata cu juriu. Astfel încă în 1780 se crease un precedent de control judecătoresc al constituționalității legilor. Cu toate aceste precedente anterioare, controlul de constituționalitate este ținut a începe o dată cu decizia Curții Supreme din 1803. Argumentele Curții, redactate de judecătorul John Marshall, Președinte al instanței supreme, erau în esență aceleași ca cele invocate de Hamilton în sprijinul introducerii procedurii în Constituție.

Faptele erau următoarele. În 1800 Jefferson era ales Președinte al Statelor Unite în locul lui Adams. Președintele federalist care părăsea funcția începe o campanie de numire a unor judecători federali adepți ai concepțiilor federaliste. Printre aceștia se numără John Marshall, dar și William Marbury, a cărui numire nu apucă însă să fie comunicată beneficiarului. Administrația, prin intermediul Secretarului de Stat jeffersonian James Madison refuză să urmeze procedura și să-l numească pe Marbury, chiar dacă o Lege din 1789, Judiciary Act, o obliga la aceasta. Marbury cere Curții Supreme să oblige noua Administrație să continue procedura de numire și să-l instaleze în poziția de judecător, conform legii. Curtea Supremă, în fruntea căreia se găsea un federalist, profită de situație pentru a da satisfacție noului Președinte, refuzând numirea lui Marbury, dar afirmând un principiu mult mai important pe care federaliștii nu reușiseră să-l impună în Constituantă: controlul de constituționalitate. Astfel ea declară că Judiciary Act este contrară Constituției Statelor Unite și că deci Curtea Supremă nu este competentă să oblige Administrația să-l numească judecător pe Marbury. Astfel Curtea, sub aparența unei obediențe față de Administrație, afirmă ceea ce o interesa cu adevărat: propria competență de a realiza controlul constituționalității legilor. Reacția Președintelui Jefferson este imediată, condamnând extinderea fără text a competenței Curții, pentru ca apoi, în 1820, să scrie alarmat: "Corpul judiciar al Statelor-Unite este un corp de mineri subtili lucrând în mod constant sub pământ pentru a mina fundamentele sistemului nostru federal"³. În schimb Tocqueville scria: "puterea acordată tribunalelor americane de a se pronunța asupra neconstituționalității legilor formează încă una dintre cele mai puternice bariere care au fost vreodată ridicate contra tiraniei ansamblurilor politice"⁴.

Argumentele juridice în favoarea controlului de constituționalitate invocate de Curtea Supremă erau în esență afirmarea caracterului necesar al interpretării normelor juridice de către judecător, afirmarea caracterului normativ, de lege, al Constituției, contra unei interpretări a acesteia ca act politic, afirmarea unei ierarhii normative în vârful căreia este situată această lege fundamentală și afirmarea unei obligații, nu a unui drept, pentru

² Ferdinand F. Stone, *Institutions Fondamentales du droit des Etats-Unis*, Paris, 1965, p. 47.

³ Idem, p. 53.

⁴ Citat dup[Stone, idem: p. 59.

judecător de a soluționa conflictele de norme și de a da prioritate Constituției, neaplicând legile contrare acesteia, considerându-le nule și neavenite:

"Aceia care aplică regula unor cazuri particulare trebuie în mod obligatoriu să o expună și să o interpreteze ... astfel că dacă o lege se opune Constituției ... tribunalul trebuie să determine care dintre regulile în conflict reglementează cazul: aceasta este esența datoriei judiciare. Din acel moment, dacă tribunalul decide să respecte Constituția și dacă aceasta este superioară legii, Constituția va fi cea care va reglementa cazul pentru care instanțele sunt sesizate."⁵

Judecătorul nu este astfel competent decât să aplice Constituția și, dacă legea este contrară ei, să nu aplice legea. Decizia lui nu creează nici o consecință asupra existenței juridice a legii. Ea rămâne în vigoare. Dar aceasta reprezintă o aparență înșelătoare. De fapt regula precedentului judiciar obligatoriu face ca legea să nu mai poată fi aplicată de nici o instanță judiciară dacă ea este declarată neconstituțională de către instanța supremă, iar administrația de factură judiciară, aflată sub controlul instanțelor ordinare, să fie în aceeași postură. Legea este practic abrogată, căci nimeni nu o mai poate aplica. Dificultatea de a introduce acest sistem în Europa a constat în primul rând în lipsa acestui efect al precedentului judiciar. În lipsa regulii precedentului obligatoriu, Europa a fost practic silită să dea controlul unei instanțe, judecătorești sau speciale, ale cărei hotărâri de neconstituționalitate să capete o valoare erga omnes, prin excepție de la valoarea relativă a lucrului judecat tipică celorlalte decizii judiciare.

2. Caracterele definitorii ale modelului american

Caracterele modelului american de justiție constituțională sunt următoarele: controlul este difuz, realizat de toate instanțele judiciare ordinare sub autoritatea Curții Supreme (A); controlul este în principiu concret, realizat ulterior aplicării legii și cu privire la un caz determinat aflat pe rolul unei instanțe, deci actual (B); controlul este realizat în principiu a posteriori, pe cale de excepție (C); în fine, controlul duce la o decizie care se bucură de autoritatea relativă a lucrului judecat (D).

A. Un control difuz realizat de toate tribunalele sub autoritatea Curții Supreme

O primă trăsătură a modelului american de control de constituționalitate este că acesta este realizat de judecătorul ordinar, indiferent de poziția acestuia în ierarhia judiciară. Opțiunea pentru competența judiciară generalizată le-a părut fondatorilor sistemului american naturală. Astfel Jhon Marshall afirma: "unde vom căuta protecție împotriva unei încălcări a Constituției, dacă nu se vrea să se dea această putere autorității judiciare?"⁶. "Formația judecătorului, obișnuințele sale spirituale îl incită la imparțialitate. În fine, procedura jurisdicțională cu publicitatea sa, dezbaterile contradictorii, obligația de a motiva sentința, sunt tot atâtea garanții ale unei soluții echitabile"⁷. Un alt motiv al acordării acestei puteri de control puterii judecătorești îl reprezintă faptul că ea creează o echilibrare a rolului celor trei puteri în stat. În teoria clasică, puterea judecătorească este în mod evident cea mai puțin influentă dintre cele trei puteri. O dată cu această atribuție de control de constituționalitate ea capătă o forță considerabilă. Trebuie însă evitat ca ea să devină o

⁵ Marbury v. Madison, 5 US (1 Cranch), 137 (1803).

⁶ Stone, 1965: p. 35.

⁷ Burdeau, Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., Paris, 1966, p. 97.

autoritate politică, căci "nimic nu este mai periculos în stat decât existența autorităților oficioase"⁸.

Controlul de constituționalitate este așadar difuz în sistemul american pentru că este realizat de oricare judecător federal sau statal. Judecătorul sesizat în primă instanță este competent să se pronunțe asupra oricărei probleme: civilă, penală, administrativă sau constituțională. Rolul Curții Supreme este de a asigura o interpretare definitivă, autorizată și uniformă a Constituției. Ea acționează ca instanță care are facultatea de a reforma în apel toate deciziile curților de apel ale Statelor Unite, care la rândul lor sunt competente să reformeze toate hotărârile curților de district, deci practic ea poate tranșa în ultimă instanță toate afacerile care au ca sursă dreptul federal. Pe de altă parte, ea poate reforma în apel toate deciziile curților supreme ale statelor federate ca și toate hotărârile date de instanțele federale specializate. Dar, pe lângă acest rol de instanță de apel propriu ierarhiei judiciare, ea poate fi sesizată direct pe calea unui writ of certiorari, mijloc care permite celui care a pierdut procesul în fața unei jurisdicții inferioare să solicite Curții Supreme reformarea hotărârii expunându-și motivele. Dar Curtea are o putere discreționară de a tria cazurile în care se pronunță pe această cale, alegând doar acele probleme care îi par importante. Cazurile în care ea este obligată să judece apelurile sunt rare⁹. În cele mai multe cazuri ea are puterea de a selecta afacerile: astăzi ea reține mai puțin de 2% din afaceri, din care 40% sunt de natură constituțională¹⁰. "Potrivit «Regulilor Curții Supreme», cauzele care pot conduce Curtea la a acorda beneficiul unui writ of certiorari sunt: 1. probleme importante atingând legislația federală asupra cărora Curtea nu s-a pronunțat anterior; 2. interpretări contradictorii ale legilor federale făcute de curțile inferioare; 3. decizii ale curților inferioare în conflict cu cele date anterior de Curtea Supremă; 4. și poziția diferită a instanțelor inferioare în ceea ce privește cursul normal al procedurilor judiciare. Curtea Supremă poate, desigur, să ajungă la revizuire în funcție de alte motive sau să o refuze în ciuda existenței uneia sau mai multora din rațiunile precizate"¹¹. Jurisdicția de apel a Curții Supreme americane este în același timp imperativă și discreționară. În materia controlului de constituționalitate ea este obligată să se pronunțe "atunci când sunt în joc probleme constituționale importante, mai ales când o lege a Congresului este considerată neconstituțională de către o curte federală sau de Curtea Supremă a unui stat, sau când o lege a unui stat a fost declarată neconstituțională de către o curte federală de apel, sau când constituționalitatea sa este contestată în fața Curții Supreme a unui stat"¹². În celelalte situații jurisdicția ei ca instanță de apel este discreționară.

B. Un control concret

Controlul de constituționalitate este în cadrul modelului american de justiție constituțională un control concret. Aceasta înseamnă că el este realizat după ce aplicarea legii a produs un conflict juridic concret și un litigiul juridic particular. În lipsa unui caz concret cererea de analiză a constituționalității unei legi nu poate fi primită. Dar acest caracter concret al nu este definit de sistemul juridic american. Constituția se rezumă la a firma că puterea judiciară tranșează toate cazurile concrete, în drept și în echitate, care s-ar

⁸ Idem, p. 97.

⁹ Allan R. Brewer Carias, *La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire*, în *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 976-977.

¹⁰ Favoreu, L.; Găia, P.; Ghevontian, R.; Mestre, J-L.; Pfersmann, O.; Roux, A.; Scoffoni, 2001, p. 195.

¹¹ Brewer Carias, 2001: p. 977-978.

¹² Brewer Carias, 2001: p. 977.

putea naște sub imperiul prezentei Constituții, a legilor Statelor Unite sau a tratatelor încheiate ... În aceste condiții, caracterul concret este interpretat atât în termenii separației puterilor cât și în termenii interesului de a acționa. Principiul general este că instanța supremă nu se pronunță litigiilor eventuale sau abstracte. Astfel pentru a fi primită cererea trebuie ca recurentul să justifice un interes de a acționa (standing), maturitatea suficientă a afacerii (ripeness), prejudiciul trebuind să se fi produs sau producerea lui să fie suficient de certă, și caracterul încă actual al litigiului (mootness). Caracterul concret și actual al litigiului trebuie judecat în raport cu norma a cărei constituționalitate este pusă sub semnul întrebării. Astfel că poate fi judecată constituționalitatea legii doar dacă această decizie "este absolut necesară pentru tranșarea cazului concret".¹³ Consecințele acestui caracter concret al controlului sunt unele limite pe care Curtea Supremă americană și le-a impus. Astfel ea refuză să dea avize consultative celorlalte puteri în materia interpretării Constituției sau a legilor în raport cu aceasta. De asemenea Curtea refuză să tranșeze afaceri politice, adică acele afaceri care prin natura lor nu se pretează unei soluții judiciare¹⁴.

C. Un control exercitat în principiu a posteriori, pe cale de excepție

În sistemul american de justiție constituțională nu există decât control a posteriori. Aceasta înseamnă că el nu poate purta decât asupra legilor promulgate și publicate. Acest caracter al controlului este legat dar nu identic cu caracterul său concret. El poate foarte bine să fie a posteriori dar să se producă înainte de aplicarea efectivă a legii, cu toate că în cadrul unui caz concret, adică aflat pe rolul instanțelor, care opune părțile, exclusă fiind intervenția sa într-o procedură amiabilă, necontradictorie. Această modalitate a controlului este mai rar utilizată decât procedura excepției de neconstituționalitate. Astfel, problema constituționalității poate fi ridicată în cadrul unei cereri de injocțiune. Dacă judecătorul dă curs unei astfel de cereri atunci el poate obliga un agent public să nu aplice legea considerată neconstituțională sub sancțiunea sfidării Curții. Este vorba deci de o procedură care permite invocarea neconstituționalității înainte ca legea să fie aplicată, dar după ce ea este promulgată și publicată. Există aici desigur un anumit grad de abstractizare a controlului, dar aceasta nu înseamnă că el devine cu adevărat abstract. Partea trebuie și de această dată să invoce prejudicierea sa într-un drept particular de către legea neconstituțională. Cetățenii nu au dreptul să ceară judecarea neconstituționalității unei legi în interesul ansamblului societății. Astfel Curtea Supremă americană arată expres că nu este suficient ca legea să fie nulă, "trebuie ca ea (partea) să fi suferit sau să fie pe punctul să sufere în mod direct un prejudiciu prin faptul aplicării acesteia, și nu doar ca ea să-i fie vag victimă, cu același titlu ca și colectivitatea"¹⁵.

Un anumit grad de abstractizare a controlului este întâlnit și în cazul judecării declaratorii care conduce judecătorul la a se pronunța asupra drepturilor părților și, dacă este cazul asupra constituționalității unei legi de care depind aceste drepturi. Dar controlul rămâne de fiecare dată a posteriori, chiar dacă nu mai are același grad de concretețe ca în cazul procedurii excepției de neconstituționalitate.

O altă formă de control abstract în sistemul american este cel datorat contestării directe și manifeste a legii în cadrul contenciosului relativ la libertățile Primului Amendament (de exprimare, de conștiință, a religiei și a asocierii). Astfel "Curtea Supremă a Statelor Unite a judecat în mod constant, după decizia *Thornhill* din 1940, că un text care extinde puterile autorităților publice (puteri admisibile în general din punct de vedere

¹³ *Burton v. United States*, 196, US 283, 295, citat după Brewer Carias, 2001: p. 987.

¹⁴ *Baker v. Carr*, 1962, 369 US 186.

¹⁵ *Frothingham v. Mellon*, 262 US 447 (1923), p. 488.

constituțional) în sfera activităților protejate de Primul Amendament este lovit de o formă de exces de putere (*overbroad*) și, datorită acestui fapt, manifest neconstituțional, fără a trebui să fie nevoie a se demonstra dacă sau cum zisul text a fost aplicat unor cazuri concrete"¹⁶.

Controlul cel mai utilizat în sistemul american este cel pe calea excepției de neconstituționalitate. Această excepție poate fi ridicată de oricare din părțile unui litigiu concret aflat pe rolul unei instanțe. Este vorba de o cale defensivă de control de constituționalitate, în sensul că ea este concepută ca un mijloc de apărare a drepturilor părților și nu ca o acțiune împotriva unei legi. Controlul are ceea ce s-a numit «caracter incident». Considerând textul susceptibil de a fi aplicat în speță contrar Constituției, partea cere judecătorului să nu-l aplice în cauza respectivă, fără ca aceasta să însemne anularea legii, ci doar aplicarea legii superioare în ierarhia normativă: Constituția. «Excepție» vine așadar de la a excepta: partea cere să fie exceptată de la aplicarea legii.

Instanța americană nu poate invoca din oficiu neconstituționalitatea legii. Ea trebuie să aștepte ca una din părți să ridice excepția. Iar acela care invocă neconstituționalitatea trebuie să fie efectiv parte în proces. Apoi partea care invocă inconstituționalitatea trebuie să o dovedească. Legea este prezumată de Curte a fi constituțională, iar sarcina probei, ca și în procedura curentă, aparține celui care afirmă:

"Prezumția trebuie în mod efectiv să fie în favoarea validității legilor, cel puțin atât timp cât contrariul nu va fi clar demonstrat"¹⁷. "A prezuma validitatea oricărei legi aprobate de corpul legislativ nu este decât o manifestare a respectului față de înțelepciunea, integritatea și patriotismul zisului corp legislativ"¹⁸.

De altfel procedura de judecare a excepției de neconstituționalitate este procedura judiciară obișnuită, sistemul american necreând reguli procesuale speciale pentru contenciosul constituțional. Instanța tranșează asupra regulii aplicabile și nu asupra anulării legii contrare Constituției. Chiar dacă motivul care duce la neaplicarea legii și la aplicarea directă a Constituției este că legea contrară acesteia din urmă este «nulă și neavenită», soluția instanței privește doar soluționarea conflictului în aplicarea legilor cauzei respective și nu conflictul abstract de legi.

"Noi nu avem propriu-zis puterea de a controla și de a anula legile Congresului pentru că ele sunt neconstituționale. (...) Exercițiul puterii constă în a verifica și a determina legea aplicabilă conflictului"¹⁹.

De aceea, dacă există o altă posibilitate de rezolvare a cauzei, care să nu facă apel la neconstituționalitatea legilor, Curtea trebuie să evite problema neconstituționalității, care trebuie să aibă caracter efectiv excepțional:

"Curtea nu se va pronunța asupra unei probleme constituționale, chiar corect ridicată în dosar, dacă există o altă bază care permite reglarea afacerii ... și deci, dacă o afacere poate fi tratată bazându-se pe una din cele două baze, una comportând un aspect constituțional, cealaltă sprijinindu-se pe interpretarea legii sau pe dreptul comun, Curtea nu va statua decât în baza acesteia din urmă"²⁰.

În concluzie, controlul de constituționalitate este în cazul modelului american de justiție constituțională, un control a posteriori, realizat de regulă pe calea excepției de neconstituționalitate, ridicat de una din părțile unui conflict juridic dedus judecății, care,

¹⁶ Stone, 1998: p. 229; Cour suprême des Etats-Unis, *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

¹⁷ *Cooper v. Telfair*, 4 Dallas (4.US) 14 (1800).

¹⁸ *Ogden v. Saunders*, 12 Wheaton, 213 (1827), citate după Brewer Carias, 2001: p. 994.

¹⁹ *Frothingham v. Mellon*, 262, US 447 (1923).

²⁰ *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 US 288 (1936).

dacă nu există o altă cale de soluționare a cauzei, va de naștere unei decizii de neaplicare a legii contrare Constituției în cauza concretă dedusă judecării și cu privire la părțile aflate în proces.

D. Autoritatea relativă a lucrului judecat a deciziilor

Deciziile de control de constituționalitate pronunțate în cadrul controlului difuz, de tip american, au valoarea relativă a lucrului judecat, adică produc efecte în casus și inter partes. Ele nu au o valoare diferită de restul deciziilor judiciare, așa cum se întâmplă în cazul controlului de constituționalitate realizat de o instanță specializată. Aceasta înseamnă că decizia dată într-o cauză nu poate nici profita, nici aduce prejudicii altui individ sau altei proceduri. Ea nu se poate aplica altei cauze. Cu alte cuvinte, decizia nu are nici un efect cu privire la existența legii, dar nici cu privire la aplicabilitatea ei în altă cauză decât cea care a determinat hotărârea de neconstituționalitate.

Acest efect relativ al hotărârilor judiciare de control de constituționalitate a fost corectat în sistemul american de regula precedentului sau de doctrina stare decisis. Precedentul este autoritatea pe care o poate avea o decizie judiciară în cazurile analoge celui în care a fost pronunțată. Potrivit doctrinei amintite, în dreptul anglo-saxon dacă există drept legal într-o materie decizia are valoarea relativă a lucrului judecat (res judicata). Precedentul are în acest caz o valoare de sursă interpretativă a dreptului²¹. Dacă însă legea nu există sau ea se dovedește insuficientă atunci autoritatea deciziei este generală, asemănătoare autorității legii; ea este aplicabilă practic erga omnes. Judecătorul nu mai are atribuția de a aplica regula de drept, ci de a degaja regula de drept²². Acest efect este obținut prin regula precedentului care presupune că decizia dată este obligatorie pentru instanțele inferioare în grad sau de același grad cu cea care a pronunțat-o. Decizia leagă și instanța care a pronunțat-o, deși această a doua regulă este la fel de strictă ca prima și se aplică diferit în dreptul englez și în cel american²³. Decizia unui judecător trebuie să fie conformă regulii de drept rezultată din totalitatea deciziilor precedente²⁴. Precedentul nu este decizia în ansamblul său, ci *ratio decidendi* al acesteia, adică principiul juridic în virtutea căruia o cauză este rezolvată, motivele care determină direct soluția, esența raționamentului judiciar. *Ratio decidendi* trebuie distins de *obiter dicta*, adică de ceea ce judecătorul declară fără ca aceasta să fie absolut necesar. Doar *ratio decidendi* este obligatorie, *obiter dicta* având doar o valoare persuasivă. Cea mai importantă problemă în dreptul anglo-saxon este astfel cea a distincțiilor. Judecătorul trebuie mai întâi să decidă dacă este în prezența unui caz similar cu cel în care există un precedent, ceea ce poate avea o importanță decisivă și poate să constituie o operă creatoare²⁵. Judecătorul trebuie să distingă între *ratio decidendi* și *obiter dicta*, luând în considerare doar principiul juridic, și apoi să distingă între deciziile care sunt pertinente și deci constituie un precedent și deciziile date din eroare sau inadecvate (*per incuriam*) și care nu constituie precedent. Această operație este cu necesitate creatoare, asigurând dezvoltarea jurisprudenței și evitând ca regula precedentului să devină o simplă aplicare automată a soluțiilor deja date. Deci, conforma regulii precedentului obligatoriu, "decizia judecătorească într-un caz concret devine obligatorie pentru luarea deciziilor în alte cauze similare prin faptul că norma individuală care le reprezintă se generalizează.

²¹ H. Brun, G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, Les Editions Yron Blais inc., Cowanville, Quebec, 1990, p. 24.

²² R. David, C. Janffret-Spinari, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1992, p. 306.

²³ Idem., p. 351-353.

²⁴ Y.A. Jolowicz, *Droit anglais*, Dalloz, Paris, 1992, p. 42.

²⁵ Vezi Hans Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, Humanitas București, 2000: p. 303.

Această generalizare, adică formularea normei generale, poate fi făcută de către instanța care creează precedentul, însă poate fi lăsată și în seama celorlalte instanțe legate de precedent"²⁶. Sistemul american practică în fapt această a doua cale. Kelsen o preferă pe prima.

Aplicând această doctrină în materia controlului de constituționalitate, se ajunge la a impune decizia de neconstituționalitate tuturor instanțelor când ea este pronunțată de Curtea Supremă. Astfel legea este practic neaplicabilă, căci orice cerere făcută în baza ei nu va fi primită de instanțe, iar actele administrative fiind controlabile de instanțele ordinare se va obține o inaplicabilitate a legii neconstituționale de către administrație. Astfel efectul inter partes este oarecum înșelător în sistemul constituțional american.

Totuși această regulă a precedentului obligatoriu este departe de a fi absolută. Mai întâi instanța supremă nu se consideră ea însăși în mod strict legată de propriile precedente și, mai apoi, această regulă a obligativității precedentului este slăbită chiar în ceea ce privește aplicarea sa de către instanțele inferioare. Astfel, instanța supremă a rupt în materie constituțională multe din precedentele sale estimând că continuitatea deciziilor este mai puțin importantă decât adaptarea textelor constituționale unor realități noi:

Regula precedentului obligatoriu "este de obicei o practică înțeleaptă, căci, în cea mai mare parte a cazurilor, este mai important să stabilești o regulă aplicabilă decât să stabilești o regulă în mod corect ... Dar în cazurile care pun în cauză Constituția federală, a cărei modificare de către puterea legislativă este practic imposibilă, această Curte a casat adesea cele mai vechi decizii ale sale. Curtea se adaptează lecțiilor experienței ..." ²⁷. "Ajunghând la această concluzie, nu suntem indiferenți față de avantajul pe care îl prezintă continuitatea deciziilor în materie constituțională. Cu toate acestea, o dată conștientă de eroarea din trecut, această Curte nu s-a simțit niciodată constrânsă la o continuitate. În materie constituțională, unde corecțiile (sistemului) depind de amendamente și nu de intervenția legislativului, această Curte, de-a lungul întregii sale istorii, și-a exercitat liber dreptul său de a reexamina fundamentele deciziilor sale constituționale" ²⁸.

Dar regula obligativității precedentelor create de Curtea supremă a cedat adesea teren chiar în ceea ce privește aplicarea ei de către instanțele inferioare. Astfel obligativitatea precedentului creat de Curtea Supremă depinde de natura contestației pentru care constituționalitatea legii a fost pusă sub semnul întrebării. Adică, dacă contestația și deci decizia poartă asupra validității legii, atunci regula precedentului obligatoriu trebuie strict respectată de instanțele inferioare. Dacă însă contestarea constituționalității unei legi este legată strict de situația particulară care duce la o interpretare particulară, fără ca această interpretare particulară să fie susceptibilă de generalizare, atunci ea poate să continue să fie aplicată valid altor cauze chiar dacă fusese declarată neconstituțională.

O problemă distinctă a efectului deciziei de neconstituționalitate în sistemul american este de a ști când începe acest efect. Doctrina clasică consta în a considera că deciziile de neconstituționalitate produc efecte ex tunc și pro preterito, adică retroactive. Dacă judecătorul consideră legea care ar fi fost incidentă în speță neconstituțională atunci ea este considerată ca și cum nu ar fi fost existentă niciodată, deci în imposibilitate de a fi produs vreodată vreun efect valabil. Legea considerată neconstituțională:

"Nu a avut niciodată existență constituțională; ea este literă moartă, și nu are mai multă virtute sau utilitate decât n-ar fi fost niciodată adoptată" ²⁹.

²⁶ Kelsen, 2000: p. 303.

²⁷ *Burnet v. Cronado Oil and Gas Co.*, 285 US 393 (1932) p. 406.

²⁸ *Smith v. Allwright*, 321 US 649 (1944).

²⁹ *Venhorn's Lessee v. Dorrance*, 2 Dallas, 304 (1795)

Efectele concrete ale unei astfel de doctrine a efectului retroactiv al deciziilor de neconstituționalitate sunt clar definite un secol mai târziu de către Curtea Supremă în afacerea *United States v. Realty Co.* (1895):

"Orice lege constituțională nu este o lege; ea nu conferă drepturi; ea nu impune obligații; ea nu acordă protecție; ea nu creează funcții; ea este din punct de vedere legal la fel de inoperantă ca atunci când nu ar fi fost niciodată adoptată"³⁰.

Dar efectele adesea prea drastice ale acestei doctrine, mai ale în ceea ce privește efectele deja produse sub imperiul legii neconstituționale, au făcut ca ea să fie treptat corectată de Curtea Supremă americană. Curtea preferă acum să precizeze expres dacă decizia sa de neconstituționalitate produce efecte retroactive și să determine întinderea acestora.

"Pârâțul pretinde că metoda noastră de a regla cazurile precedente demonstrează că un principiu absolut de retroactivitate este prevalent în domeniul deciziilor de natură constituțională. Noi credem, cu toate acestea, că Constituția nici nu interzice, nici nu impune efectul retroactiv. (...) Admițând premiza potrivit căreia nu ne este nici prescris nici interzis de a aplica retroactiv o decizie, trebuie atunci să decidem pro sau contra verificând antecedentele principiului în cauză, scopul și incidența sa și dacă aplicarea este facilitată sau împiedicată de acestea"³¹.

3. Difuzarea modelului american

Modelul american de control de constituționalitate s-a răspândit mai întâi în America Latină, apoi în unele țări europene, în Australia și chiar în Japonia. Printre țările europene care au adoptat modelul american de justiție constituțională s-a numărat și România. Dar în acest proces de răspândire el a fost adesea și substanțial adaptat, chiar deformat. Vom vedea acum care sunt principalele corecții aduse acestui model, lăsând la o parte deocamdată sistemul românesc, creat jurisprudențial începând cu 1912 și reformat constituțional în 1923, pentru că de el ne vom ocupa pe larg într-un capitol separat.

A. Condițiile răspândirii modelului american

Noi credem cu fermitate că exportul modelelor normative este imposibil fără denaturarea lor. Normativitatea depinde de climatul cultural, economic, social în care se aplică. Cultura juridică însăși determină pervertirea modelului original. Dar această deformare a modelului nu este neapărat un rău. Adaptarea poate să-l facă eficient, ceea ce este de esența însăși a normei juridice. Modelul american de control de constituționalitate nu face excepție. Transformările pe care el le-a suferit în procesul de implementare a făcut ca unele sisteme care inițial s-au inspirat din el să devină mixte adică să-l combine în așa proporție cu elemente ale modelului european sau originale încât să nu mai fie practic recognoscibil.

Climatul cultural juridic american era în momentul impunerii controlului de constituționalitate și este și astăzi unul aparte. Publicul are o încredere enormă în judecători. Independența acestora, moștenită de la cei britanici este un element cheie al acestei încrederi. Apoi regula precedentului obligatoriu este esențială pentru introducerea eficienței a sistemului. În lipsa culturii acestei reguli, introducerea unor elemente de centralizare a sistemului de control de constituționalitate este practic inevitabilă. Pe de altă parte, puterea politică însăși a fost dispusă în Statele Unite să admită intervenția judecătorilor: problemele

³⁰ 163 US 427 (1895), p. 439.

³¹ *Linkletter v. Walker*, 381 US 618 (1965).

de legitimitate nu s-au pus niciodată la fel de acut ca în Europa, unde istoria a atârnat greu, trecerea de la regimurile monarhice absolute sau mai nou de la comunism la regimurile constituționale fiind însoțită de o reticență firească față de judecătorii care exercitau deja funcțiile judiciare atât din partea publicului cât și din partea politicianilor. Astfel istoria a împiedicat practic modelul difuz de control. În fine, cetățenii americani aveau și și-au dezvoltat o cultură a apelului la judecător pe care cu greu o întâlnești în alte părți. Starea economică este și ea o explicație, dar desigur nu singura a acestui civism mediat judiciar.

B. Alterările suferite de modelul american

a. Concentrarea controlului de constituționalitate. Transpunerea modelului american de control de constituționalitate în America Latină a dus uneori la o relativă concentrare a sistemului prin crearea unui sistem mixt care combină controlul difuz cu controlul concentrat, în ambele forme controlul rămânând însă concret. Este cazul sistemelor de control de constituționalitate din Venezuela și Brazilia³².

În Venezuela există un control de constituționalitate difuz al tuturor actelor statului, mai puțin cele judiciare sau administrative pentru care este prevăzută o altă procedură de control, stabilit în baza art. 20 din Codul de procedură civilă, care permite tuturor tribunalelor competente în cazul concret să declare inaplicabilitatea actelor normative ale statului în cauză datorită incompatibilității lor cu Constituția. Alături de acest sistem, Constituția a creat o competență a Curții supreme de justiție de a declara nulitatea legilor și a celorlalte acte normative pentru neconstituționalitate în urma exercitării unei *actio popularis*, acțiune în neconstituționalitate ce poate fi intentată de orice persoană fizică sau juridică care are capacitatea deplină de ași exercita drepturile. Este vorba deci de un contencios principal și nu incident ca în Statele Unite, pe cale de acțiune și nu pe cale de excepție, dar care rămâne concret și nu abstract, deci a posteriori. Sistemul cunoaște chiar și un control preventiv de constituționalitate, influența modelului european fiind evidentă.

În Brazilia există de asemenea, pe lângă controlul difuz de constituționalitate introdus în secolul al XIX-lea, un control concentrat realizat de Curtea supremă federală perfectat de Constituția din 1988. Sesizarea instanței se face pe calea unei acțiuni, care poate fi de trei tipuri: acțiune în intervenție, acțiune generică și acțiune pentru omisiunea puterilor publice.

Concentrarea sistemului de control de constituționalitate poate cunoaște și o altă variantă: înființarea unui tribunal specializat dar care face parte din sistemul organelor judiciare ordinare, adică un tribunal specializat dar nu special, sistem de control ce coexistă cu un control difuz de constituționalitate. Acesta este cazul Portugaliei, care păstrând controlul difuz a introdus un Tribunal constituțional în cadrul puterii judiciare, care poate face un control pe cale de acțiune și de asemenea un control preventiv.

Alte sisteme, cum sunt cele din Columbia sau Guatemala au ajuns în timp să combine chiar controlul difuz de constituționalitate introdus după modelul american cu Curți constituționale create după modelul european.

Alte sisteme care inițial fuseseră marcate de modelul american de justiție constituțională, introducând un control difuz, au renunțat la controlul difuz concentrând competența controlului în beneficiul instanței supreme ordinare. Astfel, România care introdusese controlul difuz chiar pe cale judiciară, a reformat sistemul în 1923 pentru a da competența controlului doar Curții de Casație în secțiuni reunite.

³² Brewer Carias, 2001, p. 1012- 1026.

b. Introducerea unui control pe cale de acțiune. Cum deja s-a văzut din cele expuse mai sus, există o tendință de a completa controlul incident, defensiv, pe cale de excepție cu un control ofensiv, principal, pe cale de acțiune. Uneori controlul difuz este însă combinat doar cu controlul pe cale de acțiune. Este cazul judecății amparo (protecție) în Mexic, care există încă din 1847 (art. 25 din Actele de Reformă). Pentru a exercita acțiunea, care poate fi intentată în fața oricărui tribunal federal de către un particular, nu este nevoie să existe un act de aplicare al legii, pârât fiind organul suprem al statului care a intervenit în procedura de formare a legii. Cu toate acestea controlul rămâne concret în sensul că doar legile care îl afectează direct pe reclamant pot fi atacate.

c. Relativa abstractizare a controlului. O tendință de depășire sau de completare a controlului concret rezultă evident din introducerea controlului pe cale de acțiune sau a tribunalelor specializate. Ea poate fi însă și mai accentuată. De exemplu, în Canada Guvernul federal poate să ceară Curții supreme să dea avize consultative asupra oricăror probleme constituționale, ceea ce este clar contra modelului american în care Curtea refuză să admită existența unei atribuții consultative tocmai pentru că ar face rabat de la caracterul concret al controlului. Proceduri de control abstract care coexistă cu controlul concret și difuz de tip american au fost introduse în Venezuela începând din 1945 sau în Brazilia o dată cu acțiunea generică directă creată pentru prima dată în 1946...

d. Consecințele alterării modelului american asupra efectelor deciziilor de neconstituționalitate. Introducerea unor alterări ale modelului american a dus și la crearea unor efecte speciale ale deciziilor judiciare de neconstituționalitate. Astfel, la o extremă se situează Argentina, unde deciziile de neconstituționalitate ale Curții supreme nu sunt obligatorii pentru tribunalele inferioare. Chiar dacă o tentativă de a obliga tribunalele să respecte precedentul creat de instanța supremă a existat în 1949, ulterior textul a fost eliminat, și astăzi tribunalele au puterea absolută de a da decizii autonome în materie. În aceeași situație sunt și tribunalele mexicane. Situate la cealaltă extremă, unele instanțe supreme care exercită un control concentrat care coexistă cu cel difuz, cum este cazul Venezuelei, pronunță în cazul sesizării pe calea unei *actio popularis* decizii obligatorii *erga omnes*.

II. Modelul european de justiție constituțională

1. Originile modelului european de justiție constituțională

Despre modelul european de justiție constituțională se poate vorbi practic abia după al doilea război mondial. Aceasta nu înseamnă că înainte nu au existat țări europene care să cunoască controlul de constituționalitate, ci că acestea au introdus controlul după modelul american. De aceea vom studia mai întâi acest control european după modelul american, pentru ca apoi să vedem care sunt originile intelectuale ale modelului european și mai ales contribuția decisivă a lui Hans Kelsen, pentru ca abia apoi să vedem care sunt elementele de identificare ale acestui model de justiție constituțională și care sunt etapele evoluției și difuzării acestuia.

A. Un control european după modelul american

Europa a cunoscut controlul de constituționalitate și înainte de introducerea controlului concentrat printr-o instanță specializată în 1920. Au existat modele de control difuz, inspirate de sistemul american, în Portugalia, Grecia, Elveția și România. Astfel,

Constituția Portugaliei din 1911 introduce un sistem difuz de control de constituționalitate, chiar dacă acesta este combinat cu un control concentrat realizat de Tribunalul constituțional. Acest sistem nu este direct influențat de sistemul american, ci prin intermediul unui sistem influențat direct de acesta din urmă, sistemul brazilian instituit prin Constituția din 1891³³. Acest sistem european de control difuz este păstrat în Portugalia. Astfel, Constituția din 1982 afirmă în art. 207: "În afacerile cu care sunt sesizate tribunalele nu vor putea aplica norme care contravin dispozițiilor Constituției sau violează principiile pe care aceasta le consacră". Prin această dispoziție, Constituția transformă controlul de constituționalitate într-o *obligație* pentru tribunale, instituind un control de constituționalitate extins la toate actele normative, care poate fi exercitat din oficiu, cu efecte *inter partes*, *ex tunc* și *pro praeterito*.

Grecia a instituit un sistem de control de constituționalitate foarte asemănător controlului existent în Statele Unite încă din secolul al XIX-lea. În Grecia "puterea tribunalelor de a controla constituționalitatea legilor și de a refuza aplicarea dispozițiilor legale pe care le consideră neconstituționale rezultă dintr-o practică complementară Constituției"³⁴. Această practică este dezvoltată mai întâi mai timid, conferind tribunalelor doar puterea de a controla constituționalitatea externă, până în 1871, poziția Curții supreme fiind că puterea tribunalelor nu include posibilitatea de a controla conținutul legilor "pentru că este imposibil ca puterea care reprezintă suveranitatea statului să acționeze ilegal"³⁵. Apoi instanța supremă își schimbă optica, devenind mai decisă și afirmând că este posibil controlul conținutului legii, dacă legea "intră în mod vădit în contradicție cu o dispoziție superioară a Constituției". Acest control nu poate fi exercitat decât într-un caz concret și doar dacă legea este incidentă în cauză. Sistemul grecesc, chiar dacă cunoaște și elemente de originalitate (vezi de exemplu sistemul de unificare a practicii în materia controlului de constituționalitate), a fost astfel vădit tributار concepției americane și nu celei europene privitoare la controlul de constituționalitate.

Elveția a introdus controlul de constituționalitate în 1874. Recursul individual pentru violarea drepturilor constituționale putea fi îndreptat în această țară "contra tuturor actelor unui canton, indiferent că era legislativ, administrativ sau jurisdicțional, ca și contra oricărui act al Federației, cu excepția totuși a legii federale, excepție care era totuși de importanță restrânsă într-o epocă în care cvasi-totalitatea legilor erau cantonale"³⁶. Pe lângă acest recurs în fața instanței supreme federale, sistemul elvețian va fi completat de tribunalele ordinare, care se vor recunoaște competente să verifice pe cale incidentă constituționalitatea oricărui act public, indiferent de faptul că era legislativ, executiv sau jurisdicțional, cu excepția legii federale³⁷. Astfel Elveția a trecut la o combinație originală între modelul american de control difuz și modelul european de control concentrat.

În România sistemul controlului de constituționalitate a fost de asemenea difuz, concret și cu efecte *inter partes*, începând după 1912, când, prin Jurnalul nr. 909 din 2 februarie 1912, Tribunalul Ilfov își ia singur dreptul de a controla constituționalitatea legilor, pe calea excepției. Argumentația deciziei este în esență următoarea. Atribuția puterii judecătorești este aplicarea legii; or Constituția este la rândul ei o lege; deci puterea judecătorească are dreptul să soluționeze și conflictele dintre legile ordinare și legea

³³ Vezi Bon, Pierre, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris, 1989, p. 31.

³⁴ Spiliotopoulos, citat după Brewer-Carias, 2001: p. 969.

³⁵ Decizia nr. 198 din 1847.

³⁶ Fromont, Michel, *La diversité de la justice constitutionnelle en Europe*, în *Mélanges Ardant*, 1999, p. 47.

³⁷ Idem., p. 48.

fundamentală; or supremația acesteia din urmă fiind de necontestat instanța urmează să-i dea întâietate; având competență generală de a aplica legea, instanța este obligată să soluționeze orice speță, deci și pe cele ce implică un conflict între Constituție și legea ordinară și, ca urmare, dreptul de a controla constituționalitatea legii nu trebuie să-i fie dat expres; numai dacă acest drept i-ar fi interzis expres de lege, instanța nu ar putea să-l exercite³⁸. Curtea de Casație, respingând recursul declarat pe motivul necompetenței judecătorului de a controla constituționalitatea legii, reia motivarea de mai sus. Se instituie astfel principiul că instanțele, indiferent de grad, pot efectua controlul constituționalității legilor. Acest sistem va dura până la adoptarea Constituției din 1923. În această perioadă sistemul românesc se caracterizează printr-un control exercitat de totalitatea organelor judecătorești, unificarea jurisprudenței făcându-se prin exercitarea căilor de atac. Este vorba deci nu doar de un sistem de control de constituționalitate după model american, ci și introdus într-o manieră identică celei utilizate de Curtea Supremă a Statelor Unite. Constituția din 1923 consacră expres principiul controlului constituționalității legilor, dar restrângând sfera instanțelor competente și dând doar Curții de Casație posibilitatea de a judeca constituționalitatea legilor (Art. 103 din Constituția din 1923 și art. 29 din Legea pentru Curtea de Casație și Justiție din 18 decembrie 1925). Sistemul controlului difuz este astfel părăsit în favoarea unui sistem concentrat realizat de instanța supremă ordinară.

B. Bazele teoretice ale controlului european de constituționalitate: influența lui Hans Kelsen

Modelul european de control de constituționalitate a fost impus pentru prima oară în Europa centrală sub influența unui mare jurist austriac: Hans Kelsen. Acesta este primul care dă sistematicitate unei idei care astăzi pare aproape naturală: «construcția în trepte a ordinii de drept»³⁹. Două tipuri de raporturi constituie sistemul ierarhiei normelor juridice: raporturile de validitate și raporturile de conformitate. Primul tip de raport presupune că "o normă este valabilă fiindcă și în măsura în care a fost produsă într-un mod determinat de o altă normă" Astfel că "ordinea de drept nu este un sistem de norme de drept aflate pe același plan, egale, ci o construcție în trepte din mai multe straturi. Unitatea sa este asigurată de interdependența care reiese din aceea că valabilitatea unei norme, produsă conform unei alte norme, se bazează pe această din urmă normă, a cărei producere este determinată la rândul ei de altă normă; un regres care se sfârșește în cele din urmă în norma de bază presupusă. Norma de bază ipotetică - în acest sens - este prin urmare motivul de valabilitate suprem, pe care se bazează unitatea acestei interdependențe de producere"⁴⁰. Celălalt tip de raport între norme, cel de conformitate, presupune că norma inferioară în ierarhie nu poate avea un conținut care să contrazică conținutul normei superioare. Astfel "Constituția producătoare de norme generale poate determina și conținutul unor legi ulterioare; iar constituțiile pozitive fac acest lucru destul de frecvent, prescriind sau excluzând anumite conținuturi". Pentru Kelsen, catalogul drepturilor și libertăților fundamentale, care constituie o componentă tipică a constituțiilor moderne, "nu este în esență decât o încercare de a nu permite apariția unor (...) legi"⁴¹. Prin intermediul acestor două tipuri de raport care structurează relațiile între norme dreptul își reglează propria producere.

³⁸ Focșeneanu, E., *Istoria Constituțională a României (1859-1991)*, Humanitas, 1992, p. 45-47.

³⁹ Idem, p. 271-332.

⁴⁰ Idem, p. 272.

⁴¹ Idem, p. 274.

Două idei fundamentale reies din această construcție în trepte a ordinii juridice. Mai întâi că Constituția este motivul suprem de validitate a ordinii juridice și deci că toate normele sistemului trebuie să fie conforme cu ea, altfel spus că ea se bucură de o supremație formală dublată de o supremație materială. Mai apoi, că "Constituția scrisă are caracterul unor norme de drept obligatorii în mod obiectiv"⁴². Această concepție distruge două idei care multă vreme fuseseră relativ dominante în mentalitatea europeană: cea a caracterului politic al Constituției și cea a suveranității legislative, reflex al conceperii legii ca expresia supremă a interesului general. Altfel spus, în baza concepției kelseniene, suveranității legiuitorului îi este substituită suveranitatea poporului, iar principiului legalității ca fundament al ordinii juridice îi este substituit principiul constituționalității.

Pornind de la aceste premize, Kelsen construiește o teorie a soluționării conflictelor între norme din categorii diferite, teorie care are ca element intrinsec problema determinării organului care controlează respectarea raporturilor de producere normativă. Astfel, pentru Kelsen, "întrebarea dacă o normă produsă de un organ de drept corespunde normei superioare care-i determină producerea sau conținutul nu poate fi despărțită de întrebarea referitoare la cine este împuternicit de ordinea de drept să răspundă la întrebarea premergătoare"⁴³. Astfel că, în ceea ce privește controlul de constituționalitate, întrebarea centrală devine ce organ trebuie să fie competent să controleze constituționalitatea legilor. Kelsen va opta pentru soluția unei instanțe specializate, rupând astfel Europa de tradiția americană care conferea atribuția de control instanțelor ordinare. Motivele acestei opțiuni sunt multiple, dar principalul pare să fie absența în Europa a regulii precedentului obligatoriu care dădea coerență modelului american. În lipsa acestei reguli sistemul nu poate să producă o jurisprudență clară și certă în materia controlului constituționalității legilor, ceea ce ar face dreptul incert, deci imprevizibil. Totuși Kelsen nu exclude cu totul controlul difuz, dar cantonează instanțele ordinare în exercițiul controlului de constituționalitate externă, de validitate. Astfel el afirmă că "verificarea constituționalității legilor de către organele responsabile de publicarea legilor sau de aplicarea lor este limitată doar până la un anumit punct și nu poate fi exclusă complet, că aceste organe trebuie să decidă cel puțin chestiunea dacă ceea ce se pretinde în mod subiectiv a fi lege a fost stabilit de organul numit în acest scop de Constituție"⁴⁴, deci are și obiectiv acest sens. În măsura în care legea este însă valid introdusă în ordinea juridică, controlul constituționalității sale va fi, potrivit teoriei kelseniene, acordat unei instanțe specializate care are ca rol să reducă la minim defazarea între validitate și conformitate. Această instanță specializată apare ca un «legiuitor negativ» a cărui activitate este întru totul determinată de Constituție. Atunci când ea anulează o lege pentru că este constituțională, ea nu face a în fond decât să sancționeze o depășire a competențelor legiuitorului care exercită atribuții ale puterii constituante.

"Preferința dată astfel unei jurisdicții constituționale unice antrenează un anumit număr de consecințe. Contenciosul constituțional fiind special și independent de orice alt proces, obiectul direct și unic al controlului este cu necesitate constituționalitatea legii. Contestarea sa nu se face prin excepție, cu ocazia unui alt litigiu adus în fața unui judecător ordinar, ci *pe cale de acțiune*, reclamantul luând inițiativa să aducă direct legea în fața unui tribunal special care are drept misiune exclusivă să o judece. În consecință, judecătorul, statuând nu în legătură cu un caz particular, ci asupra legii luate în ea însăși, *in abstracto*, decizia sa nu poate să aibă decât o *autoritate absolută*, impunându-se *erga omnes*"⁴⁵.

⁴² Idem, p. 273.

⁴³ Idem, p. 321.

⁴⁴ Idem, p. 329.

⁴⁵ Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchretien, Paris, 1998., p. 22.

Modelul de justiție constituțională propus de Hans Kelsen se opune astfel punct cu punct modelului american.

2. Elementele de identificare ale modelului european

Modelul european de justiție constituțională introdus pentru prima oară în Cehoslovacia și Austria în 1920 sub influența directă a lui Hans Kelsen, care de altfel a și fost judecător al instanței constituționale austriece până la revizuirea constituțională din 1929 ca afectând independența Curții îl face să părăsească această funcție, se caracterizează prin existența unui control de constituționalitate concentrat, realizat de o instanță constituțională specializată (a), prin existența unui control abstract (b), prin prezența controlului pe cale de acțiune declanșat de autorități publice sau politice (c) și prin autoritatea absolută de lucru judecat a deciziilor (d). Acest model ideal nu este întâlnit în stare pură nicăieri, ceea ce a antrenat o critică a teoretizării unui «model european», care culminează cu afirmarea existenței unei pluralități de modele (e).

A. Un control concentrat realizat de o jurisdicție constituțională specializată

Modelul european de control de constituționalitate presupune existența unei jurisdicții care are monopolul aprecierii constituționalității legilor și care este situat în afara sistemului jurisdicțional ordinar.

Monopolul acordat instanței constituționale specializate implică excluderea oricărui control de conformitate a legilor cu Constituția realizat de instanțele ordinare. Totuși, cum afirma chiar Kelsen, acest monopol nu afectează capacitatea instanțelor ordinare de a aprecia validitatea normei, instanța neputând fi ținută de un act care nu are calitatea de normă juridică, fiind deci obligată să verifice caracterul obiectiv al unui act care subiectiv se declară normă juridică. Acest monopol presupune în principiu că instanțele ordinare nu au dreptul să trieze ele cauzele care ajung pe rolul curții specializate. Totuși, în foarte multe sisteme instanțele ordinare îndeplinesc un rol de filtrare, decidând cel puțin când nu este cazul sesizării pentru că instanța specializată s-a pronunțat deja sau pentru că legea contestată nu are incidență în cauză. În primul caz însă, instanța ordinară va fi obligată să invoce în decizia sa decizia instanței constituționale care rezolvă problema constituționalității, iar în al doilea caz să nu folosească legea contestată pentru a soluționa cauza aflată pe rolul său.

Modelul european tipic de justiție constituțională presupune situarea instanței constituționale în afara sistemului jurisdicțional. Acest element distinge sistemul de control de constituționalitate european de sistemele unde controlul de constituționalitate este concentrat dar este realizat prin intermediul instanței supreme ordinare sau prin intermediul unei camere a acesteia. Jurisdicția constituțională europeană tipică este una care este angajată «cu normă întregă» să facă control de constituționalitate. Așadar unicitatea organului de control nu este suficientă, mai trebuie ca el să fie scos din rândul organelor sistemului judiciar, pentru a fi făcut un organ constituțional distinct de cele trei puteri ale teoriei clasice a separației puterilor, fiind astfel un arbitru constituțional între aceste puteri.

B. Existența unui control abstract

Am văzut că în sistemul american controlul de constituționalitate este cu necesitate concret. Sistemele europene nu exclud cu totul controlul concret. Elemente de control concret sunt întâlnite în cazul controlului pe calea trimerii de către instanțele ordinare a cauzei unei instanțe constituționale în cazul unui litigiu concret aflat pe rolul lor.

Elemente de control concret sunt prezente și acolo unde există proceduri de recurs direct contra actelor legislative pentru violarea drepturilor fundamentale sau, chiar mai accentuat acolo unde acest recurs direct la instanța constituțională poate fi exercitat și contra actelor de executare sau jurisdicționale pe motiv de neconstituționalitate. Astfel caracteristica distinctivă a modelului european, care distinge modelul de cel american, este nu absența controlului concret, ci prezența unui control abstract, adică a unui control care nu este exercitat pentru a rezolva un litigiu particular, un control care presupune rezolvarea unui conflict nu între două părți, ci între două norme, independent de un conflict particular. Suntem deci în prezența unui control abstract când instanța constituțională nu soluționează o afacere determinată, ci doar compatibilitatea unei norme inferioare cu Constituția. Nu aplicabilitatea normei este judecată de instanța constituțională, ci norma însăși. Contenciosul constituțional european de inspirație kelseniană este deci un contencios al normelor.

C. Existența unui control pe cale de acțiune declanșat de autorități politice sau publice

Modelul european presupune, spre deosebire de modelul american, un control de constituționalitate exercitat *a priori*. Această variantă presupune un mod de sesizare politică a organului de control. Unele sisteme nu cunosc decât această modalitate (cel francez), pe când altele combină sistemul cu un control a posteriori care presupune un grad mai mic sau mai mare de concretețe. Controlul a priori este util pentru că el împiedică intrarea în vigoare a unor legi neconstituționale, nepermițând crearea unor situații juridice care ar fi contrare dreptului. Momentul promulgării este ales pentru a departaja acest tip de control de cel a posteriori pentru că între adoptare și promulgare legea nu este perfectă din punct de vedere juridic, neputând produce încă efecte, iar voința Parlamentului este deja clar exprimată. Sesizarea instanței competente se face în cazul acestui control de către un organ al statului sau de către o autoritate politică, un grup parlamentar sau un anumit număr de deputați și senatori, de exemplu. El este și un mijloc de juridicizare a vieții politice, un mijloc prin care opoziția se raportează la majoritate, care prezintă avantajul că argumentele politice partizane, cu toată violența ce le este caracteristică, sunt înlocuite cu argumente juridice. Constituția devine, datorită prezenței acestui mijloc de control a constituționalității legilor, fundamentul comportamentelor politice în raporturile majoritate-opoziție.

Controlul abstract la sesizarea unei autorități publice sau politice poate fi realizat uneori și a posteriori, pe cale de acțiune. "Este vorba de un control declanșat de responsabili ai Executivului, de parlamentari sau de organele diverselor comunități autonome. În anumite țări, acest control trebuie să fie exercitat într-un termen destul de scurt (treizeci de zile în Italia, trei luni în Spania, de exemplu) ceea ce tinde să îl apropie de controlul de tip preventiv (*a priori*)"⁴⁶.

D. Autoritatea absolută de lucru judecat a deciziilor

O altă trăsătură care distinge modelul european de justiție constituțională de modelul american este autoritatea absolută de lucru judecat a deciziilor organului de control. În logica sistemului kelsenian, o lege care este contrară Constituției nu poate subzista în ordinea juridică. În aceste condiții o decizie a instanței constituționale care statuează în abstract asupra constituționalității unei legi nu poate decât să producă efecte *erga omnes*, adică față de toți. Sigur că aceste efecte nu sunt tipice decât controlului abstract, așa încât gradul de trecere către proceduri de control concret este proporțional cu

⁴⁶ Favoreu..., 2001: p. 204.

relativizarea efectelor deciziilor. Autoritatea absolută a lucrului judecat înseamnă că decizia organului de control al constituționalității produce efecte asupra legii înseși și nu doar asupra aplicării ei într-un caz concret. Aceasta înseamnă că trăsătura tipică a controlului european de constituționalitate este că el este un control obiectiv.

E. De la modelul european de control de constituționalitate la o pluralitate de modele de control de constituționalitate în Europa

Potrivit lui Michel Fromont⁴⁷, modelul european s-a transformat într-o pluralitate de modele, deoarece gradul de abstractizare a justiției constituționale variază de la o țară la alta, ca și gradul de concentrare al controlului de constituționalitate, ceea ce pune în cauză chiar trăsăturile distinctive ale așa-zisului «model european». "Studiul diferitelor forme de justiție constituțională în Europa dezvăluie diversitatea extremă a acestora (...), o gamă de combinații care este uimitor de variată și care merge de la o extremă, sistemul american, la o altă extremă, sistemul francez"⁴⁸. Astfel, în ceea ce privește diversitatea gradelor de abstractizare a justiției constituționale în Europa, Fromont găsește că există sisteme europene care practică exclusiv justiția constituțională concretă, unele direct după modelul american, cum ar fi Norvegia sau Danemarca și, cel puțin în ce privește actele normative, Suedia, altele care au deformat modelul american, cum se întâmplă cu Grecia, unde sistemului difuz și concret îi este adăugată o Curte supremă specială care are rolul de a unifica practica divergentă a instanțelor supreme ale ordinilor judiciare distincte prezente în sistemul jurisdicțional, sau cu Elveția, unde deși există o oarecare concentrare a controlului, aceasta rămâne concret, recursul individual la Tribunalul constituțional pentru violarea drepturilor garantate constituțional fiind evident o formă de control european concret, și, în fine, alte sisteme care au dezvoltat proceduri originale de control concret, cum ar fi cel italian, în care chiar dacă constituționalitate legilor este judecată doar de Curtea Constituțională, aceasta decide în funcție de datele litigiului aflat pe rolul instanței ordinare, neputând decide *ultra petita*, decizând doar în vederea soluționării problemelor concrete, ceea ce i-a făcut pe juriștii italieni să vorbească de control de microconstituționalitate, chiar dacă decizia se bucură apoi de autoritatea absolută a lucrului judecat. Chiar atunci când există în sistem un control abstract, în cele mai multe țări europene controlul concret este dominant. datele statistice oferite de Fromont par a fi relevante în acest caz. Astfel, pentru a cita doar câteva, Curtea Constituțională austriacă judecă anual aproximativ 400 de sesizări de neconstituționalitate provenite de la judecătorii sesizați într-un litigiu concret care au ca obiect legi sau acte administrative normative, 40 de sesizări făcute de indivizi care se consideră lezați în drepturile lor și 4000 de recursuri pentru violare unui drept fundamental printr-un act administrativ. În Germania, unde Curtea Constituțională Federală poate fi sesizată cu cereri de control abstract de către Guvernul Federal, de Guvernul unui Land sau de o treime din membrii Bundestagului, acest tip de sesizare nu a fost utilizată din 1951 până în 1996 decât de 72 de ori, în timp ce trimiterile prejudiciare ale instanțelor ordinare sunt în aceeași perioadă în număr de 993, iar recursurile individuale contra unui act al statului pentru violarea unui drept fundamental în număr de 90082. Este evident că predominant este controlul concret și nu cel abstract.

În ceea ce privește gradul de concentrare al controlului de constituționalitate, acesta diferă la fel de semnificativ de la o țară la alta. Există doar rarisim o concentrare a controlului de constituționalitate a actelor de aplicare a legilor. Chiar și în Franța, prototipul

⁴⁷Fromont, Michel, *La diversité de la justice constitutionnelle en Europe*, în *Mélanges Ardant*, 1999: p. 47-59.

⁴⁸Idem., p. 59.

controlului abstract a priori, controlul constituționalității actelor de aplicare este difuz, putând fi făcut de jurisdicțiile administrative. În ceea ce privește concentrarea controlului constituționalității legilor, nici aceasta nu este completă. există, în cele mai multe țări europene o situație intermediară: judecătorul ordinar trebuie să se asigure că legea aplicabilă litigiului dedus judecătii este constituțională, dar, în caz de dubiu este obligat să facă apel la o instanță specializată.

Așadar, două din caracterele distinctive ale «modelului european» par a fi negate de realitate. Totuși această afirmație nu trebuie absolutizată, de altfel noi afirmând nu că modelul european este abstract, ci că, pe lângă controlul concret, există și un control abstract. De fapt cele două modele de justiție constituțională tind să se întâlnească undeva la mijloc, cel american tinzând să realizeze din ce în ce mai mult un control abstract și preventiv, cel european să admită proceduri din ce în ce mai legate de caz care să completeze controlul abstract și preventiv, cu un control concret și permanent, conștient pare-se că modul aplicării normei poate duce la apariția unor motive de neconstituționalitate care nu pot fi totdeauna sesizate în momentul controlului abstract.

3. Marile etape ale evoluției modelului european de justiție constituțională

Am văzut că începuturile controlului de constituționalitate în Europa datează din secolul al XIX-lea. Dar modelul european nu este introdus decât după primul război mondial. Succesul este doar efemer, trebuind să trecem printr-o a doua conflagrație mondială pentru ca acest model să se impună și să așteptăm anii 70 pentru ca el să se consolideze în aproape toate statele Europei occidentale. Generalizarea modelului la nivelul întregii Europe, cu doar câteva state care rămân atașate modelului american sau refuză controlul, se produce abia după 1989, odată cu căderea blocului comunist, care, deși a cunoscut câteva experiențe de control de constituționalitate, a rămas ostil în esență față de acesta.

A. Introducerea modelului european după primul război mondial

Primul tribunal constituțional separat de instanțele ordinare creat în Europa a fost cel cehoslovac, instituit prin Constituția din 29 februarie 1920. Acest sistem urma practic punct cu punct doctrina lui Kelsen. Astfel, supremația Constituției este afirmată expres (art. I, 1), instanțele ordinare erau cantonate în verificarea corectei publicări a legilor (control de validitate sau constituționalitate externă, art. 102), iar controlul de conformitate al legilor cu Constituția era monopolizat de Tribunalul constituțional special creat de Constituție și reglementat de Legea din 9 martie 1920. Sesizarea acestuia era făcută pe cale de acțiune de Camerele Adunării Naționale, Curtea supremă, Tribunalul administrativ suprem și Tribunalul electoral (art. 9 din Legea Tribunalului constituțional), judecata făcându-se în abstract, independent de o cauză concretă, deciziile fiind obligatorii *erga omnes, ex nunc și pro futuro*, începând cu data publicării deciziei (art. 20 din legea Tribunalului constituțional). Acțiunea putea fi introdusă într-un termen de trei ani de la publicarea legii, Tribunalul neavând nici o putere *ex officio* (art. 12 din Legea Tribunalului constituțional).

Tot în 1920 este înființat și Tribunalul constituțional austriac, direct sub influența lui Hans Kelsen, care a fost membru al acestei instanțe specializate până în 1929. Caracterele generale ale acestei jurisdicții constituționale sunt aceleași ca cele remarcate în cazul Tribunalului constituțional cehoslovac. Totuși, "contrar cazului cehoslovac unde tribunalul constituțional era conceput exclusiv ca judecător constituțional, Tribunalul constituțional austriac combină funcțiile de control de constituționalitate a legilor cu alte

puteri legate de probleme politice sau organice"⁴⁹. Aceste atribuții sunt legate de conflictele actuale sau potențiale între eșaloanele statale rezultate din federalism, de acțiunile îndreptate contra patrimoniului statului dacă acestea nu pot fi rezolvate printr-o procedură judiciară ordinară, de referendum sau alegeri, de acuzațiile contra organelor supreme ale federației bazate pe răspunderea lor constituțională... Tribunalul constituțional austriac nu este competent să controleze doar actele legislative, ci și tratatele și actele de executare a legilor. Și în acest punct sistemul austriac îl urmează îndeaproape pe Kelsen, care acorda prioritate distincției acte juridice general/acte juridice particulare față de distincția acte administrative normative/acte legislative și astfel justifica controlul constituționalității actelor de executare, conștient fiind că constituționalitatea acestora este indirectă:

"Fără îndoială că regulamentele nu sunt ... acte imediat subordonate Constituției; iregularitatea lor constă în mod imediat în ilegalitate și doar într-un mod mediat în neconstituționalitate. Dacă, cu toate acestea, noi propunem să extindem și față de acestea competența jurisdicției constituționale, nu o facem atât în considerarea relativității ... opoziției între constituționalitatea directă și constituționalitatea indirectă, cât în considerarea frontierei naturale între actele juridice generale și actele juridice particulare"⁵⁰.

În perioada interbelică, și alte țări s-au inspirat din modelul austriac. Spania celei de-a doua Republici instituie, prin Constituția din 9 decembrie 1931, un Tribunal al garanțiilor constituționale, dar controlul concentrat și abstract după model austriac instituit de Constituție este transformat într-un control concret pe calea excepției de constituționalitate de Legea organică a Tribunalului din 1933 și repede abandonat, căci în 1936, odată cu abrogarea Constituției, Spania renunță cu totul la controlul de constituționalitate. Republica de la Weimar introduce și ea controlul deși cu o intensitate mai scăzută și, în fine, Irlanda instituie un control de constituționalitate în Constituția din 1 iulie 1937. Dar sistemul european este departe de a se consolida în această perioadă. "Profundele crize politice pe care le traversează aceste țări și ascensiunea generală a fascismului în Europa nu permit, nici acestor constituții în general nici noilor mecanisme de control al legii, să «funcționeze» normal; rapide, textele nu mai sunt aplicate și valul se retrage tot atât de repede pe cât se dezvoltase; el va lăsa totuși urme în spiritele oamenilor"⁵¹.

B. Justiția constituțională în Europa după al doilea război mondial

Abia după al doilea război mondial justiția constituțională după model european câștigă teren. Și nu este deloc întâmplător că țările care se atașează primele și cel mai decis de modelul european de control de constituționalitate sunt cele traumatizate de experiența fascistă. Astfel, conștinse de practica politică sub regimurile fasciste sau militariste că doctrina infailibilității legii și cea a suveranității legislative a parlamentului sunt ineficiente în tentativa de protejare a democrației și a drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanelor, fiind ușor de pervertit în mijloace de represiune, noile sisteme constituționale se dotează cu mecanisme clare și precise de control al constituționalității legilor, un control care face din judecătorul constituțional pivotul sistemului democratic și principalul garant al drepturilor și libertăților, și astfel garantul nerepetării tristei experiențe totalitare. Astfel, Austria reînființează instanța constituțională în 1945, Japonia se dotează cu un mecanism de

⁴⁹ Brewer Carias, 2001: p. 1101.

⁵⁰ Kelsen, Hans, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*, Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1928, p. 230.

⁵¹ Rousseau, 1998: p. 24.

control de constituționalitate în 1947, Italia instituie o Curte constituțională în 1948, iar Germania în 1949. Acest teren câștigat va fi consolidat în anii 70.

C. Consolidarea modelului european în anii 70

Modelul european de justiție constituțională se consolidează și tinde să se generalizeze la nivelul Europei occidentale în anii 70. Doar câteva state rezistă acestui val puternic de legitimare a instanțelor specializate în control abstract de constituționalitate: Marea Britanie, prea atașată doctrinei suveranității parlamentare, Olanda, Elveția și țările scandinave, care rămân puternic influențate de modelul american. Chiar Franța, atât de reticentă multă vreme controlului judiciar, care înfiinșase un Consiliu constituțional ca «jurisdicție politică», cum se exprima Duverger, cedează tentației controlului jurisdicțional în 1971, când Consiliul își schimbă radical poziția jurisprudențială și în sistemul constituțional. Control existent deja în unele țări ale Europei occidentale este reformat și aprofundat, iar țările din Sud, ieșite de sub regimurile dictatoriale se atașează imediat controlului de constituționalitate concentrat. Astfel, Constituția Greciei din 1976, cea a Portugaliei din 1976 și cea a Spaniei din 1978, instituie instanțe specializate în controlul de constituționalității, chiar dacă în primele două state controlul difuz subzistă. În 1980 Belgia se dotează la rândul ei cu o Curte de arbitraj competentă să controleze constituționalitatea legilor. Controlul devine astfel generalizat, iar modelul european, chiar dacă diversitatea nu cedează cu totul, devine dominant.

D. Evoluția controlului de constituționalitate în Europa centrală și răsăriteană în perioada comunistă și după 1989

Statele comuniste europene au fost inițial contra oricărei forme de control judiciar al constituționalității legilor. Doctrina socialistă postula o identitate, desigur ineficientă, între organul controlat și organul de control al constituționalității legilor, acordând această competență exclusiv reprezentanței naționale. Unitatea puterii, postulată de doctrina marxistă în interpretarea ei sovietică, excludea orice alt fel de control, pentru că excludea o posibilă discrepanță între voința reprezentanților poporului și acesta din urmă.

Acest model de control parlamentar a fost pus sub semnul întrebării chiar în interiorul blocului comunist, în anumite țări comuniste controlul de constituționalitate devenind în timp o funcție specifică și independentă. Astfel, grație unei evoluții lente a ideilor juridice, unele țări au introdus înainte de 1989 instanțe specializate de control de constituționalitate: Yugoslavia în 1963, Cehoslovacia în 1968 și Polonia în 1982. Aceste instanțe par să dovedească o posibilă integrare a modelului european de justiție constituțională în structura statelor socialiste, căci tribunalele create sunt situate în afara aparatului jurisdicțional ordinar, judecătorii sunt numiți de o autoritate politică, iar curțile au monopolul competenței de control al constituționalității legilor, dar controlează, așa cum estima Kelsen, și actele normative infra-legislative. Totuși, câteva elemente de diferențiere între jurisdicțiile constituționale occidentale și cele din Europa comunistă arată că această integrare a modelului european de control de către sistemele socialiste era în bună măsură iluzorie. Astfel Curțile constituționale din Est nu erau veritabile jurisdicții independente. Dacă jurisdicția constituțională de tip european este definită pornind de la faptul că este un organ care se pronunță asupra unei probleme juridice, cu autoritatea lucrului judecat, ale cărei declarații de neconstituționalitate sunt obligatorii erga omnes, atunci curțile constituționale din statele socialiste, chiar dacă îndeplineau prima condiție, nu le îndeplineau pe celelalte. Astfel "în Yugoslavia și în Cehoslovacia, Curtea constată mai întâi neconformitatea legii cu Constituția, trimite apoi decizia sa Adunării care dispune de un

termen de 6 luni pentru a adopta modificările de natură să facă constituțională legea, în lipsa căreia Curtea constată printr-o decizie că legea a încetat să mai fie în vigoare. În Polonia, parlamentarii dispun chiar de puterea de a trece dincolo de declarația de neconstituționalitate pronunțată de Tribunalul constituțional, respingând hotărârea printr-un vot cu majoritatea de 2/3, cel puțin jumătate din deputați trebuind să fie prezenți, vot care se impune judecătorilor constituționali"⁵². Decizia putea fi deci pusă în discuție, nebucurându-se cu adevărat nici de autoritatea lucrului judecat, nici de obligativitate erga omnes. Pe de altă parte, independența membrilor Curților constituționale din Europa de Est, ca și independența funcției jurisdicționale, erau mai mult iluzorii. Concluzia este că, deși acest model socialist de justiție constituțională are multe în comun cu cel european occidental, reprezentând în mod cert un progres față de auto-controlul parlamentar, el rămâne limitat, căci logica statului socialist se opune prea radical logicii Curții constituționale. A trebuit astfel să așteptăm o revoluție politică pentru ca Europa centrală și răsăriteană să-și reafirme atașamentul față de controlul judiciar al constituționalității legilor și să îmbrățișeze ferm modelul european al acestui control⁵³.

În Europa centrală și răsăriteană de după 1989 "controlul de constituționalitate devine ... un element distinctiv și caracteristic al unui regim democratic, cu același titlu ca și separația puterilor, independența puterii judiciare, libertatea sufragiului și pluralismul partidelor politice și al mijloacelor de expresie"⁵⁴. De aceea, toate țările europene ieșite de sub dictaturile totalitare de stânga au înființat, în forme diverse, dar toate inspirându-se din caracterele generale ale modelului european de justiție constituțională, Curți constituționale, ca instanțe separate de puterea judecătorească, organizând un control concentrat de constituționalitate, chiar acolo unde tradiția controlului difuz sau a controlului concentrat prin intermediul instanței supreme ordinare era veche și consistentă, cum se întâmplă și în România. Opțiunea pentru modelul european este datorată mai multor factori. Mai întâi unei anumite neîncrederi în instanțele ordinare, prea obișnuite cu obediența de regimurile răsturnate în 1989, și dificultății de a schimba rapid componența acestora, pe de o parte datorită lipsei de juriști, regimurile comuniste nefiind tocmai fiefurile acestei profesii, și, pe de altă parte, faptului că judecătorii în funcție aveau, cel puțin în unele sisteme, o experiență bună, cel puțin în domeniul dreptului privat. Mai apoi pentru că modelul preventiv și abstract părea mai benefic cel post factum și concret unor societăți lipsite de o autentică elită politică instruită în spiritul apărării interesului general și a libertății individuale, ceea ce o făcea vulnerabilă în fața obișnuințelor totalitare, chiar dacă era animată de cele mai multe ori de bune intenții. În fine, pentru că experiența europeană de factură kelseniană era mai aproape spiritului pozitivist al doctrinei dreptului socialist, care marcaseră cel puțin o jumătate de secol pregătirea juriștilor din aceste țări. Succesul acestei grefări a modelului european de justiție constituțională este încă de demonstrat, căci societățile Europei centrale și răsăritene sunt profund marcate de prezența decisivă a grupurilor care sunt capabile să creeze același tip de atașament sentimental și politic ca și națiunea, sunt profund dependente de valoarea politică a grupurilor primare de identificare. Acest lucru marchează eventualul succes al justiției constituționale, care aici, mai mult decât oriunde alt undeva trebuie să joace rolul de pacificator social. Tensiunile atașamentelor primare pot să fragilizeze tentativa de mediere universalistă a Curților constituționale în spațiul european

⁵² Idem, p. 28

⁵³ Pentru analiza justiției constituționale în țările socialiste europene vezi Massias, Jean-Pierre, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'est*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1998, p. 217-315

⁵⁴ Rousseau, 1998: p. 29.

post-comunist, dar "factorii care pot fragiliza dezvoltarea activității Curților sunt în același timp aceia care-o fac indispensabilă"⁵⁵. Un lucru este astfel cert: democrația post-comunistă nu se poate dispensa de controlul de constituționalitate și, cel puțin într-o fază tranzitorie, nu-și poate permite să nu adopte modelul european de justiție constituțională.

E. Difuzarea modelului european în alte spații culturale

Modelul european de justiție constituțională cunoaște astăzi o răspândire extra-europeană importantă. El a marcat în mod direct unele sisteme latino-americane, cum ar fi Panama și Costa Rica, sau indirect, prin crearea unor sisteme mixte, care cunosc un control concentrat care coexistă însă cu cel difuz instituit sub influența modelului american. Aceste sisteme mixte sunt practic regula pe continentul sud-american⁵⁶. Modelul european a fost de asemenea introdus în unele țări asiatice (Coreea de Sud, Tailanda) și pe continentul african, mai ales în țările Maghrebului, aflate sub influența sistemului constituțional francez (Maroc, Tunisia, Algeria, Mauritania). dar aceste experiențe extra-europene de control concentrat nu sunt nici pe departe unitare și nici prea eficiente. Controlul de constituționalitate după modelul european cunoaște deci o răspândire destul de mare, dar cu intensități diferite.

Concluzia care se impune este videntă: modelele de justiție constituțională au o evoluție contradictorie. Pe de o parte, modele tind să ajungă la o relativă convergență, pe de altă parte, transpunerea practică a sistemelor în diversele state afiliate celor două modele tradiționale fac o asemenea particularizare a acestora încât se poate afirma că modele sunt pe cale de dispariție.

⁵⁵ Idem, p. 31.

⁵⁶ Vezi Brewer Carias, 2001: p. 935-1167.