

**FALIMENTUL BIPOLARITĂȚII**  
**“MODEL AMERICAN – MODEL EUROPEAN”, ÎN CALITATE DE CRITERIU**  
**ANALITIC DE CONTROL AL CONSTITUȚIONALITĂȚII**

Francisco Fernandez Segado

TABLA DE MATERII

1. Universalizarea justiției constituționale
2. Ultima „ ratio” a bipolarității: concepția „ legislator negativ” și reafirmarea kelseniană a principiului supunerii judecătorilor față de lege.
3. Perimarea polarității tradiționale „sistem american” versus „ sistem Kelsian-european”
4. Centralitatea modelului american în evoluția convergentă a celor două sisteme tradiționale de control al constituționalității.
5. Amestecul și hibridarea sistemelor actuale de control al constituționalității actelor puterii.

## 1. Universalizarea justiției constituționale

Unul din fenomenele cele mai remarcabile ale vieții constituționale din epoca actuală a fost universalizarea justiției constituționale. O asemenea universalizare poate fi considerată drept una din trăsăturile caracteristice ale ultimului sfert din secolul trecut dobândind atunci o înțelegere desăvârșită, pentru că s-a plasat în strânsă armonie cu universalitatea ideii de libertate, cu expansiunea fără frontiere fără precedent a unei credințe care vede în respectul demnității umane și a drepturilor fundamentale o regulă de guvernare ce trebuie să stea la baza oricărei forme civilizate de viață socială.

Această dezvoltare impresionantă a justiției constituționale are în mod inevitabil o incidență frontală asupra clasicei opoziții bipolare la care au fost multă vreme raportate (în vederea reînnoirii) diferitele sisteme de justiție constituțională: sistemul american și europa-kelsenian sau mai degrabă, de preferință, modelul din *Judicial Review of Legislation* și cel din *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

Enorma expansiune a justiției constituționale a declanșat un amestec și o hibridare a modelelor și s-a adăugat evoluției preexistente a convergenței progresive între elementele anterior opuse ale celor două sisteme tradiționale de control al constituționalității actelor puterii.

Rezultanta finală a celor expuse este pierderea utilității analitice a bipolarității „model american – model europa-kelsenian”. Să vorbim acum de un sistem european nu are niciun sens pentru că sunt mai multe diferențe între sistemele de justiție constituțională existente în Europa decât între unele dintre ele și cele din Statele-Unite.

## 2. Ultima „ratio” a bipolarității: concepția „legislatorului negativ” și reafirmarea kelseniană a principiului supunerii judecătorilor față de lege.

I. I. Nașterea în Europa a sistemului judiciar constituțional în Europa s-a produs, după cum se știe, în perioada de după primul război mondial. Pe de o parte, Constituția de la Weimar va încuraja o dezvoltare a jurisdicției constituționale care ne oferă, după cum observă și Simon, o imagine contradictorie și policromă.

Pe de altă parte, Constituția Republicii federale austriece (*Oktoberverfassung*) de la 1 octombrie 1920 va prevedea un nou sistem de control al constituționalității, capodopera lui Kelsen, care va fi diferit de modelul american nu numai prin atribuirea facultății de a verifica controlul constituționalității normelor generale unui organ special – Tribunalul constituțional – ci și printr-un ansamblu de trăsături de o importanță incontestabilă, strâns legate de natura deosebită de „legislatorul negativ” pe care Kelsen o va atribui Tribunalului constituțional.

II. La Weimar, concepția jurisdicției constituționale drept cale de rezolvare a conflictelor între organe supreme (*Organstreit*), care a fost transmisă până în zilele noastre, se va materializa de o manieră emblematică în acel *Staatsgerichtshof*<sup>\*</sup>, prevăzut de articolul 108 al Constituției.

În ceea ce privește controlul compatibilității normelor din *Länder* în comparație cu Dreptul *Reich-ului*, luat în considerație în alineatul doi al articolului 13 din Constituție, unde nu a fost desemnat organul competent pentru exercitarea sa, acesta va fi încredințat *Reichsgericht*<sup>\*\*</sup>-ului prin Legea din 1920.

Constituția de la Weimar a omis, însă, orice referință la controlul constituționalității materiale a legii, ceea ce nu trebuie nicidecum înțeles în

---

\* Tribunal de stat

\*\* Tribunal federal

sensul că gestionarea sa este ignorată sau este tratată cu indiferență. Dimpotrivă, unei aprinse discuții doctrinale asupra bazelor acestui control, i s-a adăugat ceea ce Sontheimer avea să numească «bătălia pentru examinarea jurisdicțională a legilor», dispută declanșată cu ocazia revendicării jurisdicționale a realizării unui control material al constituționalității legii devenit posibil prin precizarea din art. 109, alineatul 1 al Constituției – conform căruia „Toți germanii sunt egali în fața legii” – în măsura în care s-a considerat că acest principiu nu trebuia interpretat într-un sens pur formal, ci și ca principiu material, la origine, care se cuvine să fie legat de legislatorul însuși.

Dacă ne este permis un *excursus*, ar trebui poate să amintim că în Germania de la sfârșitul sec. al XIX-lea și începutul sec. XX, au apărut teorii care apărau pretenția periculoasă de a recunoaște posibilitatea judecătorilor de a nu aplica legea în numele unor valori esențialmente exterioare sistemului juridic. Un astfel de caz avea să fie cel al Școlii libere a dreptului (*Freirechtsbewegung*), mișcare al cărui început coincide cu publicarea, în 1885, a operei lui Oskar von Bülow, *Gesetz und Richter* ( Legea și Magistratura) sau a teoriei unității poporului (*Volksgemeinschaft*), datoare pe plan juridic concepției romantice despre spiritul poporului (*Volksggeist*) pentru care Dreptul este un mod de viață al comunității populare.

După cele expuse, nu trebuie deloc să ne mirăm că la Congresul ținut la Münster în 1926 toți teoreticienii susținători ai *Volksgemeinschaft* postulează sfârșitul suveranității Legii. Așa cum ne reamintește Volpe, principiul egalității în fața Legii este înlocuit cu cel al egalității în fața lui Dumnezeu.

Cu puțin timp înaintea Congresului de la Münster, cu ocazia unei foarte cunoscute Hotărâri a celei de-a Cincea Camere civile din noiembrie 1925, *Reichsgericht*-ul avea să pună formal (decisiv) problema constituționalității materiale a Legii, decizând că subordonarea Judecătorului în fața Legii nu exclude ca judecătorul însuși să conteste validitatea unei Legi a Reich-ului sau a unor dispoziții ale sale, în măsura în care cele din urmă s-ar opune altor dispoziții pe care ar trebui să le considerăm preeminente și, din acest motiv, ar trebui să fie avute în vedere de Judecător.

III. Constituția austriacă din 1920 avea să consacre un nou sistem de control al constituționalității, potrivit concepției lui Kelsen. Acest mare jurist se afla pe o poziție radical antagonică celei susținute de teoria „comunității poporului” (*Volksgemeinschaft*). Poziția sa a fost clar expusă chiar la Congresul de la Münster spunându-i lui Kaufmann că era pozitivist. Kelsen avea să fie foarte clar avertizând asupra pericolelor romantismului juridic: consecințele sale ar însemna triumful celui mai radical subiectivism. Și mai mult de atât, tot la Congresul din 1926, Kelsen se referea la tendințele doctrinale care refuzau ideea că judecătorul ar trebui să se limiteze la a aplica Legea prin simple operațiuni logico-silogistice, legând aceste tendințe de cele mai hiper-conservatoare poziții. Astfel Kelsen va stabili o legătură între „tendința netă de a diminua valoarea și funcția autorității legislative pozitive” și „schimbarea culorii politice a organului legislativ”, constatând că „ordinea juridică a rămas aproape insensibilă la schimbările structurii politice care se manifestă în compoziția Parlamentelor”.

Kelsen refuza subiectivismul radical implicit din teoriile Școlii libere a dreptului și a unității poporului, revendicând cercetarea obiectivității și a raționalității pierdute în largi sectoare juridice și judiciare ale Germaniei de la Weimar.

La rândul său, susținând lipsirea instanțelor judecătorești de competența controlului constituționalității legilor, acest mare jurist vienez pretindea că va evita riscul unei „guvernări a judecătorilor”, pericol resimțit în sectoare largi ale doctrinei europene din vremea aceea, așa cum o arată lucrarea clasică a lui Lambert, în măsura în care această direcție era legată de poziții majoritar conservatoare, în caz contrar, pur și simplu antidemocratice.

Ar mai trebui să adăugăm ceva. Monopolul asumat de Curtea constituțională în ceea ce privește controlul constituționalității legilor și, pe deasupra, natura deosebită de „legislator negativ” care apare în concepția lui Kelsen despre acest organ, nu vor să evidențieze doar competența pe care Curtea constituțională era chemată să și-o asume raportată la puterea legislativă; dincolo de toate acestea, această concepție evidențiază foarte

clar că modelul de control conceput de Kelsen nu era încurajat(susținut, inspirat) de o atitudine de neîncredere față de Parlament, ci dimpotrivă, de dorința de a-l întări, protejându-l față de Judecători.

Ca urmare a faptului că Kelsen consideră că anularea unei legi nu poate consta în simpla neaplicare la un caz concret, așa cum se întâmplă în *judicial review* americană – „ a anula o lege, afirmă Kelsen, înseamnă a stabili o normă generală” – în măsura în care anularea are același caracter de generalitate ca normă pe care o anulează, Curtea constituțională va fi transformată într-un organ al puterii legislative, în „legislator negativ”, chemat cu siguranță să colaboreze, ca s-o spunem oarecum impropriu, cu această putere, ca urmare a reafirmării de către acest organ a principiului subordonării Judecătorilor față de Lege fără nicio fisură, ceea ce implica, fără îndoială, o întărire a organului parlamentar față de puterea judiciară. În rest, din această caracterizare a Curții constituționale ca „legislator negativ”vor deriva diferențele cele mai accentuate între cele două modele – cel din Statele –Unite și cel european – kelsenian.

În ultimul rând, se cuvine să nu uităm că divergențele dintre cele două modele de control al constituționalității legii, emanând din premise istorico-politice și ideologice opuse, constituie ultima *ratio* (rațiune) a bipolarității lor. Sistemul american își găsește rațiunea de a fi în voința de a stabili supremația puterii judiciare în raport cu celelalte puteri, îndeosebi cu puterea legislativă, ceea ce constituie un act de încredere în Judecători, care nu se înscriu într-o carieră birocratică, și, cel puțin la nivelul statelor, cea mai mare parte dintre ei sunt aleși, și, în atitudinea de neîncredere față de legiuitor. *Verfassungsgerichtsbarkeit*-ul kelsenian reprezintă, dimpotrivă, un act de neîncredere în Judecători, destinat salvagădării principiului de securitate juridică și restabilirii supremației Parlamentului, pus serios în pericol de bătălia începută de sectoare importante ale lumii juridice în favoarea controlului jurisdicțional (difuz) al constituționalității legilor, ceea ce implică lăsarea unui instrument extrem de important în viața unui stat de Drept în mâinile unei caste judiciare, într-o mare măsură de sorginte aristocratică.

### 3. – Perimarea tradiționalei polarități „sistem american” versus „sistem european-kelsenian”

I. – Într-o caracterizare foarte bine cunoscută, Calamandrei a adus o conotație printr-o serie de binoame opuse celor două mari sisteme de control al constituționalității: sistemul difuz (*Judicial Review of Legislation*) și sistemul concentrat (*Verfassungsgerichtsbarkeit*-ul kelsenian).

Sistemul difuz era caracterizat ca fiind *incidental* ( nu poate fi formulat decât pe cale prejudicială care face parte dintr-o controversă concretă), *special* (decizia de neconstituționalitate nu duce decât la negarea aplicării legii la un caz concret) și *declarativ* (decizia de neconstituționalitate determină prin efectul declarației de neconstituționalitate o certitudine în sensul că este vorba de o nulitate preexistentă. Deci, decizia are efecte *ex-tunc*.

Sistemul concentrat, în afară de faptul că este exercitat doar de „ un singur organ constituțional special”, se caracterizează ca fiind *principal* ( controlul este propus ca temă principală și separată a cererii, cerând în mod direct controlul unor norme legale, fără a aștepta să fie oferită ocazia unei controverse speciale), *general* (declarația de neconstituționalitate duce la invalidarea legii cu efecte *erga omnes*, făcând-o să-și piardă pentru totdeauna forța general-normativă) și *constitutiv* (decizia de neconstituționalitate dezlănțuie efectul de anulare sau de ineficiență *ex nunc*, valabil pentru viitor dar care respectă în ceea ce privește trecutul validitatea legii neconstituționale.

Virtualitatea didactică a adjectivelor «difuz» și «concentrat» este extinsă; nu există nicio îndoială în această privință. Totuși, nu se poate spune astăzi că ele reflectă realitatea instituției avute în vedere, și de aceea valoarea sa explicativă este destul de îndoielnică.

În plus, chiar din punct de vedere istoric, se dovedește că întreaga vigoare practică a postulatelor teoretice pe care se baza bipolaritatea sistem difuz/ sistem concentrat a fost mai degrabă slabă și că o anumită relativizare a unora din trăsăturile sale cele mai caracteristice nu a întârziat să se producă. Nu va trebui ca noua concepție să fie așteptată de către constituanții de după cel de-al doilea

război mondial, deși cu începere din acest moment evoluția spre relativizarea binoamelor precedent menționate se va intensifica în mod apreciabil. Într-adevăr, foarte importanta reformă constituțională austriacă din 1929 va produce fisuri în presupusa soliditate a diferențelor dintre binoame. După părerea lui Cappelletti pe care o împărtășim, după această reformă, sistemul austriac –kelsenian are deja un caracter hibrid.

II. Prima din trăsăturile care diferențiază cele două modele se referă la organul legitimat pentru a face controlul. Se știe perfect că în sistemul american toate organele judiciare pot să se pronunțe asupra constituționalității legilor cu ocazia controverselor sau litigiilor care le sunt supuse. În sistemul austriac-kelsenian, un organ *ad hoc* se ocupă cu punerea în practică a controlului constituționalității care este astfel monopolizat de Curtea constituțională.

Acest monopol, deși din punct de vedere formal nu este alterat, va face obiectul unei modulări odată cu reforma constituțională austriacă din 1929 menționată anterior. Într-adevăr, reforma lărgea legitimarea sesizării. Curtea administrativă și Curtea supremă au fost abilitate să sesizeze Curtea Constituțională (*Verfassungsgerichtshof. VfGH*) asupra chestiunilor de constituționalitate ridicate în legătură cu legile pe care trebuiau să le aplice. Orice parte a unui *litis* sau controversă de care s-ar ocupa unul din cele două organe jurisdicționale superioare putea să ridice excepția de neconstituționalitate a unei legi aplicabile la un caz concret, dar chestiunea constituțională propriu zisă trebuia să fie examinată de organul jurisdicțional superior, care adoptă o decizie în acest sens.

În definitiv, fără a rupe formal monopolul controlului constituționalității care aparține deci, numai Curții Constituționale, reforma constituțională din 1929 îi altera sensul, transformându-l oarecum în monopol de refuz în măsura în care cele două organe jurisdicționale ordinare superioare, care erau legitimate să prezinte Tribunalului constituțional „cererea pertinentă” înainte de a sesiza Curtea constituțională, trebuiau în mod logic să efectueze o primă judecată de constituționalitate.

II. Constituționalismul european de după cel de-al doilea război mondial a mers în profunzime în acest sens. Așa cum subliniază Pizzorusso, una din



noutățile emergente din experiențele justiției constituționale de după cel de-al doilea război mondial este constatarea posibilității de a combina tehnica controlului difuz (de tip american) cu tehnica controlului concentrat (de tip austriac- kelsenian) prin folosirea procedurii *pregiudizialità*, altfel spus prin mijlocirea facultății organelor jurisdicționale obișnuite, pe care anumite sisteme o recunosc, nu de a decide de o manieră autonomă asupra chestiunilor constituționale, ci pentru a le supune deciziei Curții constituționale, norme de violare a Constituției, norme care ar trebui să fie aplicate într-un *litis* concret formulat în fața organelor jurisdicționale.

Germania, Italia și Spania ne oferă un bun exemplu de aplicare a acestei tehnici. Se poate spune același lucru despre Austria, unde o nouă reformă constituțională din 1975 a ajuns să legitimeze toate organele jurisdicționale de apel sau recurs, ceea ce avea să aibă o enormă importanță în cazul în care un apel pe lângă Curtea supremă nu era prevăzut. Dacă se observă că un apel contra unei sentințe pronunțate la prima instanță este totdeauna posibil, se poate înțelege că reforma din 1975 a creat în momentul aplicării sale posibilități practic nelimitate de control al constituționalității legilor.

În definitiv, această instituție juridică de drept procesual a sfârșit prin a implica toți judecătorii în procesul de control al constituționalității legilor relativizant astfel primul binom diferențial care separă cele două mari modele.

**III.** O a doua diferență între cele două sisteme privește caracterul incidental sau principal al controlului. În sistemul din *Judicial Review of Legislation*, legea suspectă de neconstituționalitate nu este susceptibilă de contestare directă. Neconstituționalitatea presupusă nu poate fi invocată decât ca problemă incidentală, a cărei rezolvare depinde de decizia care trebuie adoptată a propo de afacerea (cauza) principală de către Judecătorul competent prin mijlocirea căruia se înscrie într-o controversă concretă. Controlul are deci un caracter incidental.

În sistemul european- kelsenian al *Verfassungsgerichtsbarkeit*, procedura în fața Curții constituționale începe prin introducerea unei sesizări (recurs). Ne

găsim astfel confrunțați cu o procedură de contestare directă, pe cale principală. Contestarea nu este legată de existența unui *litis*, facilitând astfel "anularea" de legi neconstituționale care pot totuși să nu provoace controverse, cel puțin un anumit interval de timp.

În 1942, Kelsen susținuse că diferența cea mai mare între sistemele american și austriac consta în procedura prin care o lege putea fi declarată neconstituțională de organul competent, subliniind faptul că, în principiu, în sistemul american doar violarea interesului unui particular putea antrena procedura de control constituțional. Este adevărat că în sistemul american controlul a fost întotdeauna legat de existența prealabilă a unei controverse. Curtea Supremă ( *Supreme Court*) a refuzat solicitările Congresului de a emite o opinie asupra unor chestiuni constituționale atunci când nu trebuia să decidă într-un veritabil *case sau controversy*.

Dar în afară de aceasta, receptarea constituțională a chestiunii neconstituționalității în anumite sisteme europene de după al doilea război mondial implică introducerea unui element incidental într-un sistem concentrat în care controlul are caracter principal. Este important pentru că , așa cum ne atrage atenția Pizzorusso, se va atribui un caracter „concret” controlului realizat de Curtea constituțională când se ivește o problemă de neconstituționalitate. Această concretizare a manierei de a pune problema neconstituționalității coexistă cu caracterul abstract al judecății efectuate de Tribunalul constituțional. Ultimul nu va înceta să confrunte în abstract două norme juridice, elucidându-și compatibilitatea sau contradicția printr-un ansamblu de operațiuni logico-silogistice.

Aceasta constituie o nouă dovadă a întrepătrunderii progresive a elementelor unui sistem cu ale celuilalt, dovadă care se accentuează dacă remarcăm că în anumite țări, cum este cazul Germaniei, judecătorii ordinari (?) au controlat progresiv constituționalitatea legilor preconstituționale, și că în alte state, de pildă Spania, aceleorași organe jurisdicționale ordinare le revine, prin controlul legalității, și controlul constituționalității normelor infralegale.

V. O ultimă și dublă diferență atinge extinderea și natura efectelor deciziilor prin care se declară neconstituționalitatea unei norme juridice.

În modelul american, în sens strict, Judecătorul nu anulează legea, ci declară o nulitate preexistentă, motiv pentru care se limitează la neaplicarea legii pe care o consideră în contradicție cu Constituția (sentință declarativă). În armonie cu acest aspect, efectele declarației sunt retroactive (*ex tunc*) și, ținând cont de caracterul incidental al cererii, sunt limitate la cazul concret (*inter partes*).

În *Verfassungsgerichtsbarkeit*, organul căruia îi este încredințată anularea legilor neconstituționale nu exercită la drept vorbind o veritabilă funcție jurisdicțională. Plecând de la diferența, pe care Kelsen o consideră decisivă, între funcția jurisdicțională și cea legislativă – în timp ce ultima crează norme generale, prima nu crează decât acte individuale -, magistrul de la Școala din Viena rezolvă problema sensului anulării unei legi decisă de Tribunal. „Aplicând Constituția la un fapt concret de producție legislativă și ajungând la anularea legilor neconstituționale, va susține Kelsen, Tribunalul constituțional nu stabilește o normă generală ci o anulează, adică pune *actus contrarius* corespunzător producției juridice, altfel spus, acționează în calitate de „legislator negativ”. În definitiv, decizia Tribunalului de a anula o lege are același caracter cu o lege prin care se abrogă o altă normă legală. Este un act de legislație negativă și, în consecință, cu efecte *erga omnes* și cu excluderea efectului retroactiv al deciziei judiciare. Deci are efecte numai pentru viitor (*ex nunc*).

Prima relativizare care trebuie notată în raport cu acest cuplu de binoame caracteristice atât unui sistem cât și celuilalt se referă la sistemul american. Înainte de toate, să amintim că baza Dreptului de creație judiciară în totalitatea sa, caracteristică sistemelor de *common law*, se află în regula precedentului (*the rule of precedent*), care stabilește baza obligației care apasă asupra judecătorului de a se limita în sentințele sale la precedentele judiciare sau la normele elaborate anterior de organele jurisdicționale (*stare decisis et quieta non movere*). Astfel, deși formal efectele se limitează la

părțile din *litis*, incidența principiului *stare decisis* poate ajunge la alterarea considerabilă a acestei caracteristici. Stabilirea legăturii cu precedentul se accentuează mai mult în privința jurisprudenței organelor jurisdicționale superioare. Astfel, existența unei Curți supreme unice, ca în cazul Statelor-Unite, spre deosebire de alte țări precum Germania), și obligația de a respecta deciziile pronunțate de Tribunalele ierarhic superioare, acordă sistemului american, în legătură cu problema de care ne ocupăm acum, o operativitate asemănătoare celei a unui control pe cale principală, sfârșind, indirect, prin a extinde efectele, care devin *erga omnes*, situație analogă celei a abrogării Legii, foarte diferită de cea a unei simple neaplicări a legii într-un caz particular. După afirmațiile lui Cappelletti dacă o Lege nu este aplicată de Curtea supremă americană din cauza faptului că a fost considerată neconstituțională, legea va continua, formal, să facă parte din sistemul juridic, dar regula lui *stare decisis* o va face literă moartă.

VI. În sistemul european-kelsenian, cum am constatat anterior, efectul *erga omnes* al deciziei estimatorii de neconstituționalitate operează cu efecte *ex nunc*, respectând în privința trecutului validitatea legii declarată neconstituțională. Totuși, dacă această caracteristică a fost menținută în Austria, nu se poate spune la fel de alte țări europene.

În Germania, când Tribunalul constituțional federal ajunge la concluzia că o lege este incompatibilă cu *Grundgesetz*, îi declară nulitatea ceea ce înseamnă, după doctrina tradițională, că norma neconstituțională nu este valabilă chiar din momentul creerii sale, în consecință este inexistentă. Prin urmare, nulitatea este readusă la momentul creației normei și acest lucru explică faptul că este definită ca nulitate *ex tunc*. Reglementarea germană reflectă deci doctrina germană a nulității normei începând cu momentul creerii sale și este opusă reglementării austriece, care permite întârzierea efectelor nulității până la un moment ulterior.

În această privință, se cuvine să amintim că pentru a evita inconvenientele provenind din vidul juridic antrenat de anularea unei norme,

Însuși Kelsen ar susține oportunitatea amânării efectelor anulării până la expirarea unui anumit termen stabilit în momentul publicării deciziei de anulare. Coerent cu această perspectivă, alineatul 3 din art. 140 al Constituției austriece a habilitat Tribunalul constituțional să prevadă o prorogare pentru intrarea în vigoare a efectelor hotărârii de anulare, prorogare care nu putea depăși șase luni, dar care astăzi poate ajunge și la optsprezece luni, a cărei rațiune de a fi este de a permite Parlamentului să înlocuiască legea repusă în discuție cu una nouă conformă Constituției înainte ca anularea să devină efectivă.

De o anumită manieră, și în Italia se poate vorbi de efecte *ex tunc*. Soluția urmată în Belgia este analogă. În această țară, Curtea de arbitraj (*La Cour d'arbitrage*) a reamintit de mai multe ori dubla bătaie temporală a decizilor sale : „ Hotărârile de anulare date de Curte au autoritate absolută de lucru judecat începând cu publicarea acestora în Monitorul belgian (*le Moniteur belge*). Dar, anularea are, pe alocuri, efect retroactiv, ceea ce implică faptul că norma anulată, sau partea anulată a normei, trebuie considerată ca și cum nu ar fi existat niciodată”.

În Spania, se admite în zilele noastre de o manieră destul de generalizată că decizia de neconstituționalitate a unei norme legale implică nulitatea și, prin aceasta, efectul *ex tunc* , în limitele legal stabilite: imposibilitatea de a revizui procese ale căror decizii să aibă forța de *res iudicata*, cu excepția proceselor penale sau în contencios-administrativ relative la o procedură de sancțiune în care, în urma nulității normei aplicate, ar urma o reducere a pedepsei , a sancțiunii sau a excluderii, dispensă sau limitare a responsabilității, prin aplicarea principiului retroactivității unor legi penale mai blânde.

În definitiv, asupra acestui punct concret, soluția cel mai des adoptată în sistemele europene este net mai apropiată de cea consacrată de modelul american decât de cea apărută de Kelsen.

**4. – Locul central al modelului american în evoluția convergentă a celor două sisteme tradiționale de control al constituționalității.**

I. Apropierea dintre cele două mari sisteme de control al constituționalității nu permite doar să se descopere o anumită unitate a celor două modele istorice, ci, așa cum foarte bine o observă Pizzorusso, o opinie împărtășită și de alte sectoare doctrinale ne aduce revelația că sistemul american este cel care ne este prezentat având o poziție cu adevărat centrală, fără a implica modelul concentrat european-kelsenian mai mult decât modificările structurale în comparație cu sistemul american.

Aceast loc central al sistemului american nu este fortuit, ci este răspunsul la unele circumstanțe istorice concrete, care au legătură cu faptul că în Germania și în Italia principala amenințare a libertăților într-o perioadă istorică crucială a fost legislatorul, ceea ce va explica concepția constituanților din cele două țări în perioada de după cel de-al doilea război mondial asupra unui mecanism de control al constituționalității legilor destinat să evite o legislație arbitrară care să pună în pericol drepturile și libertățile.

La aceasta se va adăuga o concepție asupra Constituției foarte apropiată de a Statelor-Unite, adică o concepție în care Constituția apare ca ansamblu complex de norme de aceeași natură ca legea dar cu o forță capabilă să declanșeze invaliditatea normelor opuse legii constituționale, așa cum sublinia Corwin într-o lucrare clasică.

Plecând de la aceste premise – concepția asupra Constituției ca *lex superior* și caracterul „limitat” al puterilor constituite -, (magistral expuse de Hamilton în articolul LXXVIII din *The Federalist Papers*), constituanții germani și italieni și-au centrat atenția a – în proiectul de creare a unui control de constituționalitate a legilor atât pe modelul din *Judicial Review of Legislation* cât și pe cel din *Verfassungsgerichtsbarkeit* elaborat de Constituția austriacă din 1920, a cărei influență a fost resimțită de constituționalismul dintre cele două războaie.

Totuși, în realitate se pare că atât în Italia cât și în Germania s-a optat mai mult pentru modelul austriac –kelsenian, opțiune care se extinde prin dificultatea de a prelua sistemul originar american, plin de convenții, de practici și subînțeleșuri, ca produs viu al unei istorii proprii și perfect

singulare, dar care în ceea ce este esențial, s-a limitat, tocmai din acest motiv, la formula structurală a jurisdicției concentrate. Altfel spus, constituții germani nu optează pentru modelul kelsenian al „legislatorului negativ”, ci pentru modelul american de jurisdicție. Bine înțeles, în *Bonner Grundgesetz*, nu este lipsit de semnificație faptul că tribunalul constituțional apare pe prima poziție în lista organelor care integrează Puterea judiciară în norma de deschidere a capitolului consacrat Jurisdicției.

Structura pentru care s-a optat în cele din urmă - o jurisdicție concentrată- nu va înceta niciodată să aibă consecințe importante de procedură , precum concepția unei acțiuni directe de neconstituționalitate a unei legi, care, deși copiază concepția kelseniană a tribunalului ca „legislator negativ”, de fapt, în anumite cazuri – de ex. efectele *erga omnes* – sunt impuse de necesitatea de a articula monopolul de refuz al Tribunalului constituțional și raportul necesar al acestuia cu celelalte organe jurisdicționale.

Cele expuse anterior nu trebuie să ne facă să pierdem din vedere faptul că concepția kelseniană a „legislatorului negativ” a servit de veritabilă „idee-forță” care multă vreme a impregnat concepția avută asupra Curților constituționale; în ciuda relativizării acesteia, „jarul” acestei idei continuă să exercite o acțiune încă fierbinte.

II. Această concepție constituțională atât de apropiată de cea a Statelor-Unite – o Constituție concepută ca *higher Law* a cărei ultimă forță se află într-un ansamblu de valori superioare cărora li se adaugă o declarație a drepturilor, într-un ansamblu de norme cărora li se subordonează toate puterile statului, inclusiv puterea legislativă – explică și rolul nou care va fi asumat de organele puterii judiciare în cadrul constituțional. Desigur, spre deosebire de sistemul american, subordonarea față de lege continuă să fie un principiu indiscutabil, pentru că nu judecătorilor (germani sau italieni) le revine obligația de a nu aplica o lege când o consideră contrară Constituției,

Însă acest lucru nu împiedică întărirea considerabilă a rolului constituțional al judecătorilor.

În rezumat, faptele istorice din anii dinaintea celui de-al doilea război mondial, care revelează că legislatorul este dușmanul cel mai periculos al ordinii juridico-constituționale a drepturilor, vor încuraja o cotitură radicală în gândirea constituanților germani și italieni. În consecință, în cursul deceniilor care au urmat – pentru a încerca să eviți pericolele e nevoie de mai mulți ani – s-a acordat o atenție deosebită constituționalismului american, adică unei Constituții ce stabilește valori materiale, care trebuie impuse tuturor puterilor publice, inclusiv legislatorului, și în acest scop, în vederea unei apropieri nete de modelul anglo-saxon, se va considera necesar să se consolideze în mod apreciabil rolul constituțional al judecătorilor, judecători care să nu mai trezească suspiciunile din Germania Weimarului, și care vor asuma, chiar subordonați fiind legii, o funcție importantă în privința controlului constituțional al legilor.

În acest context nou se înțelege că, deși într-o anumită măsură din rațiuni de ordin practic, pe linia kelseniană controlul constituționalității continuă să se situeze – pe linia modelului Kelsian - în cadrul unei structuri unice, Curtea constituțională, care va avea ultimul cuvânt pentru cine i se adresează. Nu se mai consideră necesară transformarea Curții în „legislator negativ” văzută ca și colaborator al "legislatorului pozitiv" și totul față de puterea judiciară. Practica Curților constituționale nu a făcut altceva decât să avanseze în acest sens, certificând falimentul modelului kelsenian al legislatorului negativ.

## **5. Amestecul și hibridarea sistemelor actuale de control al constituționalității actelor puterii.**

I. Opțiunea constituanților din primele texte constituționale elaborate imediat după cel de-al doilea Război mondial în favoarea unui model constituțional care să țină pasul cu Constituția americană, cu consecințele care au decurs în raport cu controlul constituționalității și la care am făcut deja aluzie, va încuraja hibridarea modelului kelsenian, care, în ceea ce



privește esențialul, va continua să ofere structura sa centralizată, cu control difuz, hibridare care se manifestă în cel mai semnificativ mod în crearea unei instituții juridice - ceea ce în Italia se numește *questione di legittimità costituzionale* -, care va introduce o variantă destinată producerii unor consecințe importante asupra nucleului esențial al jurisdicției constituționale.

Este adevărat că *Verfassungsgsnovelle* austriacă din 1929 introdusese această instituție, dar, așa cum am arătat, existau diferențe sensibile atât în ceea ce privește organele legitimate (doar cele două organe jurisdicționale supreme) cât și în ceea ce privește rațiunea lor de a fi (a apropia legitimarea de o *actio popularis*, chiar dacă s-a făcut indirect).

Pegoraro însuși vizualizează un fel de al treilea model, un *tertium genus*, care ar rezuma caracteristicile modelului american și al celui kelsenian, conținând o mixtură de formule și mecanisme procedurale al căror numitor comun ar consta în rămânerea controlului constituționalității în mâinile unui organ centralizat, elementul "difuz" aflându-se în faza introducerii procesului, și nu în faza de decizie. Totuși, nici măcar identificarea acestui *tertium genus* nu ar epuiza clasificarea variatelor sisteme de control reglementate de normele juridice din zilele noastre de sistemele nationale de drept. Dovada este că însăși doctrina avansează existența unui *quartum genus* care ar îngloba țări precum Grecia, Portugalia și unele țări latino-americane, unde, în esență, se poate remarca coexistența controlului difuz și al controlului concentrat, dacă putem în continuare să facem referință la această bipolaritate.

Bineînțeles, în condițiile în care constituanții și legislatorii concepeau sistemele de justiție constituțională respective în scopul de a atinge maximumul posibil de armonie și raționalitate, nu există nicio îndoială, după spusele lui Pizzorusso, că ar fi trebuit să se apuce de combinarea elementelor caracteristice celor două modele tradiționale. Totuși, în majoritatea cazurilor, sistemele pozitive în materie sunt rezultatul stratificării textelor normative, al orientărilor politice, al propriei evoluții istorice deosebite, al influențelor culturale, pe scurt al unui ansamblu de variabile dificil de

trimis spre criterii raționale raționale univoce. De aici și dificultățile, am spune insurmontabile, de a da viață unui *tertium genus* compus din suma sau hibridarea celor două modele bipolare.

**II.** În prezent, nu pretindem să facem o analiză cazuistică a sistemelor de justiție constituțională din epoca noastră, ci numai să schițăm într-un parcurs foarte sumar, anumite trăsături caracteristice ale acestor sisteme, cu scopul esențial de a arăta cum ele primesc caracteristici proprii unui sistem istoric sau celuilalt, amestecându-le uneori în mod confuz, împiedicând astfel, în mod aproape insurmontabil, orice tentativă de sistematizare care continuă să ia ca referință tipologia tradițională.

Un mare număr de sisteme de justiție constituțională europo-occidentale reflectă observația precedentă. În Austria, în Germania, în Italia, în Spania, în Belgia, există o coexistență a unui control anterior al legii, cu un control efectuat cu ocazia aplicării sale la un *litis* (afacere) concret, provocat de judecătorul care trebuie să soluționeze litigiul și care trebuie să rezolve controversa concretă; acest control este, în anumite cazuri ( de ex. în Italia), procedura cea mai importantă de control al constituționalității.

În alte țări ale Europei de Vest întâlnim particularități mai mari. Este cazul Portugaliei. În Portugalia, deja de la Constituția din 1911, ieșită din Revoluția din 1910, care a abolit monarhia, s-a înrădăcinat sistemul american al *judicial review*. Constituția din 1911 nu numai că a încurajat introducerea modelului american pentru prima dată în Europa, ci va face ca Portugalia să fie prima țară europeană care s-a dotat cu mecanisme jurisdicționale de control al constituționalității, cu excepția Elveției.

Controlul difuz avea să fie menținut în Portugalia, chiar în Constituția lui Salazar din 1933, ca și în cea din 1976, în vigoare în momentul actual, și care a făcut obiectul a numeroase reforme, dintre care una, cea mai importantă în ceea ce privește justiția constituțională , este cea din 1982.

Constituția în vigoare, în tradiția istorică portugheză, are în vedere controlul difuz , dispunând ca Curțile să nu poată aplica faptelor care sunt supuse judecății sale norme care se abat de la dispozițiile Constituției și de la

principiile consemnate în ea. Totușim în același timp, Legea supremă crează o Curte constituțională ( după reforma din 1982) ale cărei rezoluții prevalează față de cele ale altor Curți sau ale oricărei alte autorități. Canotilho a caracterizat global sistemul portughez de control al constituționalității legilor ca sistem *misto complexo* în care toate Curțile, fără excepție, sunt organe ale justiției constituționale.

Cum putem deduce din cele precedente, Portugalia, mai mult decât orice altă țară constituie un exemplu de mixtură și conjuncție de elemente din fiecare dintre modelele istorice. Exemplele ar putea să se multiplice în noile democrații din Europa de Est și din America latină.

După părerea noastră, această panoramă a Dreptului comparat, care nu a pretins nicidecum să fie ehaustivă, este totuși suficientă pentru a ilustra cu o anumită claritate dificultățile considerabile, dacă nu chiar imposibilitatea absolută de a prelua sisteme foarte eterogene și plurale de justiție constituțională din epoca noastră într-o clasificare tradițional susținută în funcție de o variabilă principală, din care emană altele cum este cazul celei care are sarcina de a diferenția tradițional sistemul din *Judicial Review of Legislation* de sistemul kelsenian (calificat drept european), cu mari pretenții de generalitate, neconfirmat de realitate.