

Les Cours constitutionnelles entre jurisprudence et légisprudence

Marius BALAN

Au premier abord, le rôle du juge dans un système juridique centré sur le droit écrit et dominé par une pensée positiviste est très simple : il va mettre en pratique la lettre du texte écrit, tel qu'il a été conçu par le législateur ; il n'est que « la bouche qui prononce les paroles de la loi »¹, pour citer la célèbre expression de Montesquieu. Lorsque le sens du texte est ambigu, on fait appel à l'interprétation grammaticale, si cela faillit, on recourt à l'interprétation logique, puis à celle systématique ou même à celle historique. Pour ceux qui sont disposés à transgresser le canon tracé par Savigny², on fait appel à l'interprétation téléologique, en essayant de déterminer la volonté – présumée – du législateur. Pour ceux dont l'audace frise la témérité, on pourrait utiliser l'interprétation objective, dans le sens que le juge établit ce que, de manière objective, le législateur est supposé avoir voulu.³ L'enjeu de cette question est encore plus sérieux lorsque le juge interprète la loi fondamentale.

Le risque que le juge constitutionnel se considère soi-même plus sage que le législateur, voire que le constituant, est présent toujours et partout. Un exemple éloquent en ce sens, ce sont les deux décisions « jumelles »⁴ que la Cour Constitutionnelle de Roumanie a prononcées il y a presque 7 ans, concernant la constitutionnalité des modifications opérées dans les règlements des deux Chambres du Parlement de Roumanie. La Cour a considéré, entre autres, comme étant inconstitutionnelles les dispositions de l'art. 25¹ alinéas (1) et (2) du Règlement de la Chambre des Députés⁵, avec le contenu suivant :

« (1) La révocation du président de la Chambre des Députés de sa fonction peut être proposée par la majorité des députés, lorsque la majorité politique de la Chambre des Députés change.

(2) La révocation du président de la Chambre des Députés de sa fonction peut être aussi proposée à la demande d'au moins un tiers du nombre total des députés, dans l'une des situations suivantes :

a) il viole les dispositions de la Constitution de la Roumanie ;

b) il viole gravement ou d'une manière répétée les dispositions du Règlement de la Chambre des Députés ou du Règlement des séances communes de la Chambre des Députés et du Sénat. »

En essence, le texte de la Constitution est aussi clair que possible : l'art. 64, relatif à l'organisation interne du Parlement, établit dans l'alinéa (2) que chaque chambre élit son bureau permanent, composé du Président de la Chambre en question, élu pour toute la période de son mandat, et des autres membres, élus au début de chaque session. La phrase finale énonce de manière explicite la possibilité de la révocation, avant l'expiration de leur mandat, de tous les membres des bureaux

¹ On retrouve cette formule dans le fameux Chapitre V (La Constitution d'Angleterre) du XI^e Livre de *De l'esprit des lois*,

² Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, T. I, 1840, pp. 212 et suiv.

³ Pour un plaidoyer en faveur de l'« interprétation objective », destinée à prévaloir sur celle « subjective », voir Günter Hirsch, *Auf dem Weg zum Richterstaat*, dans „Juristenzeitung“, no. 18/2007, pp. 853-856. Dans la conception de l'auteur (juge à la Cour Fédérale Suprême – Bundesgerichtshof – de l'Allemagne), en cas de conflit entre « droit et loi », la volonté du législateur historique doit céder devant les « critères objectif-téléologiques », car la loi peut être plus sage que le législateur ». Pour l'approche critique : Bernd Rütthres, *Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte*, dans „Juristenzeitung“, no. 9/2008, pp. 446-451 (caractérise l'augmentation du droit judiciaire comme étant une « modification clandestine de la Constitution »).

⁴ La Décision no. 601 du 14 novembre 2005, concernant le Règlement du Sénat et la décision no. 602 du 14 novembre 2005, concernant le Règlement de la Chambre des Députés (publiées, toutes les deux, au Moniteur Officiel I, no. 1027 du 18 novembre 2005).

⁵ Dans la décision no. 602/2005, sur la plainte d'inconstitutionnalité de certaines dispositions prévues dans le Règlement de la Chambre des Députés ; la décision « jumelle » no. 601/2005 a déclaré comme inconstitutionnelles les dispositions correspondantes de l'art. 30, alinéas (1) et (2) du Règlement du Sénat.

permanents. Progressivement, la Cour a créé un nombre de règles de jurisprudence afin de limiter la possibilité de la révocation des présidents des deux chambres.⁶ En conséquence, la révocation ne pouvait être faite qu'à la demande du parti auquel le président de la Chambre appartenait, ou comme sanction pour la violation de la loi ou des règlements. A l'appui de cette jurisprudence contrevenant non seulement à l'autonomie du Parlement, mais aussi bien aux dispositions expresses de la Constitution qui prévoient la possibilité de la révocation des présidents de la Chambre – sans statuer aucune condition en ce sens – la Cour a postulé la thèse d'un « statut juridique distinct » de ceux-ci par rapport aux autres membres des bureaux permanents. En même temps, elle invoque le danger de l'instabilité perpétuelle dans le cas où l'on admettrait la révocation de celui-ci par une majorité changée « contre la volonté de l'électorat qui a défini la majorité politique des Chambres ». A l'avis de la Cour, « vu que le texte de la Constitution n'établit pas d'autres distinctions outre celles prévues dans l'art. 64, il résulte que la révocation d'un membre du Bureau permanent avant l'expiration du mandat peut être décidée soit comme sanction juridique pour des violations graves de l'ordre de droit, soit pour des raisons indépendantes de sa mauvaise conduite dans l'exercice de ses attributions, par exemple la perte du support politique du groupe parlementaire l'ayant proposé ».⁷ Pratiquement, notre instance constitutionnelle a construit un droit subjectif du président d'une Chambre du Parlement de ne pas être révoqué par la majorité sans l'accord du parti l'ayant proposé ou comme sanction juridique « pour des violations graves de l'ordre de droit » en conférant à ce droit subjectif la protection due à un droit fondamental, dont l'exercice ne peut être limité ni même par la majorité parlementaire.⁸ Animée par d'évidentes prédilections et par des animosités politiques, la Cour a adopté sa décision à partir non de la lettre de la loi, mais du résultat désiré avec anticipation, dans la perspective duquel elle a interprété le texte de la loi fondamentale par une lecture sélective et tendancieuse.⁹ Il y a bon nombre de cas où notre Cour constitutionnelle a prononcé des décisions controversées¹⁰; on pourrait

⁶ Voir la décision no. 46/1994 (le Moniteur Officiel no. 131 du 27 mai 1994) et la décision no. 62/2005 (le Moniteur Officiel no. 153 du 21 février 2005).

⁷ La phrase soulignée se distinguait tant par l'incohérence de la formulation que par son manque de logique. On ne comprend pas pourquoi « l'absence des autres distinctions » du texte de l'art. 64 de la Constitution (on ne précise pas l'alinéa, mais nous supposons qu'il s'agit du second, le seul qui mentionne les membres des bureaux permanents) devrait conduire à la conclusion de la révocabilité d'un membre du bureau permanent soit « à titre de sanction juridique », soit « pour des raisons indépendantes de sa mauvaise conduite dans l'exercice de ses attributions, par exemple la perte du support politique du groupe parlementaire l'ayant proposé ». Deuxièmement, la phrase est formulée comme distinction entre deux situations différentes et non comme une énumération limitative.

⁸ Il est fort probable que dans la mémoire de la plupart des juges qui ont contribué à l'adoption de cette décision (nommés grâce au support du Parti Social Démocrate, parti auquel appartenaient les présidents des deux Chambres à cette époque-là) persistât le contexte dans lequel la majorité hostile aux deux présidents s'était formée par la « réorientation » d'un petit parti (le Parti Humaniste Roumains, ré-intitulé en 2005 le « Parti Conservateur »), parti qui est entré au Parlement sur des listes électorales communes avec le PSD. Par un concours atypique de circonstances, en décembre 2004, juste après les élections, une majorité formée du PSD et de ses alliés a désigné les présidents des chambres (membres du PSD), et ensuite, sous l'effet de la victoire remportée dans le deuxième tour des élections présidentielles par l'adversaire du PSD, Traian Băsescu, une nouvelle majorité s'est formée par la réorientation politique des alliés du PSD.

⁹ Ce qui est intéressant c'est qu'en août 2012, la Cour, dans une formule substantiellement différente (seulement 3 sur 9 juges de la Cour étaient encore en fonction), ne s'est pas prévaluée des précédents nets de 2005 pour invalider les révocations intempestives des présidents des deux Chambres lors de la crise de juillet. D'autant plus que les présidents révoqués appartenaient au Parti Démocrate-Libéral, à savoir à la zone politique qui avait soutenu la nomination d'au moins quatre des neuf juges de la Cour (note insérée par l'auteur ultérieurement à la date où cette communication a été présentée à la Table Ronde).

¹⁰ Voir en ce sens, pour ne citer que quelques cas plus connus, la Décision no. 1/1996 (M. Of. 213 du 9 septembre 1996) relative au nombre des mandats de Président de Monsieur Iliescu, la décision no. 73/1995 (M. Of. no. 177 du 8 août 1995) sur les maisons nationalisées ; les décisions no. 665/2007 (M. Of. no. 547 du 10 août 2007), 1133/2007 (M. Of. no. 851 du 12 décembre 2007) et 472/2008 (M. Of. no. 336 du 30 avril 2008), concernant, toutes, la Loi de la responsabilité ministérielle, la décision no. 51/2008 (M. Of. no. 95 du 6 février 2008), la décision no. 62/2007 (M. Of. no. 104 du 12 février 2007) sur les infractions d'insulte et de calomnie, ou la décision no. 1/2012 (M. Of. no. 53 du 23 janvier 2012) sur l'euthanasie des chiens errants. Pour certaines décisions ce sont les solutions qui sont controversées, pour d'autres l'argumentation, et dans quelques cas, toutes les deux.

adresser le même reproche à presque toute autre instance de contentieux constitutionnel.¹¹ Le problème consiste non seulement dans le résultat désagréable d'une solution, mais surtout dans le signal négatif induit au système juridique considéré dans son ensemble. Dans la conception classique sur le droit, le juge est celui qui rationalise le droit, qui trouve un sens et une logique dans un ensemble disparate et souvent incohérent de normes abstraites. Une image en quelque sorte schématique présente l'adoption des lois comme étant un processus dominé par des facteurs politiques, par des intérêts et par des majorités politiques fluctuantes, maintenu entre des limites supportables par le contrôle neutre et professionnel des juges constitutionnels qui veillent au respect des valeurs intangibles consacrées dans la loi fondamentale. Ce système fonctionne de manière assez satisfaisante dans l'État de droit. L'aspect positif de ce fonctionnement ne consiste pourtant dans son résultat (i.e. obtenir une solution juste et bénéfique), mais plutôt dans la limitation d'un pouvoir, souvent déraisonnable et politiquement égoïste, par les détenteurs d'un pouvoir différent, que n'animent pas nécessairement de nobles idéaux. Du point de vue formel, les juges semblent avoir toujours raison ; les décisions qu'ils adoptent sont prises dans le respect des règles procédurales et d'une terminologie formelle d'un langage avec lequel, par la nature même de leur profession, ils sont familiarisés. Les décisions des législateurs sont souvent intempestives, prises après des délibérations pressées et superficielles, voire sans délibération, sous la pression de certains intérêts ou appréhensions électorales ou personnelles. C'est pourquoi l'État de droit voit d'un bon œil le phénomène de la « judiciarisation »¹² du droit et de toute la vie d'État. Une règle de droit n'est positivement consacrée que par une décision judiciaire. L'idéal de l'État de droit est que tout rapport de l'individu avec ses semblables et avec les autorités de l'État soit établi par des droits subjectifs garantis dans la justice. Que cela est illusoire ou inutile dans les conditions concrètes de l'État administratif modern, dans lequel l'individu est, en grande mesure, à la discrétion de fournisseurs de services, publics ou privés, envers lesquels une procédure judiciaire représente une lutte absolument inégale et sans perspectives, sans enjeu même, c'est un fait connu depuis longtemps.¹³ L'élaboration des normes juridiques dans la perspective d'un contrôle judiciaire dans le contentieux constitutionnel et d'une mise en pratique contrôlée par les instances de droit commun suite à la plainte des individus dont les droits subjectifs sont protégés ou affectés par ces normes obture considérablement la perception et la compréhension des facteurs politiques réels influence la rédaction des lois. Aussi important, cette vision usuelle implique une déconsidération de la « dignité du législatif ».¹⁴ Selon Jeremy Waldron, « Non seulement que nous n'avons pas le modèle normatif ou aspirationnel de législation nécessaire, mais, de plus, notre jurisprudence est envahie par une imagerie qui présente l'activité législative comme étant une transaction, un courtage de chevaux, marché de bétail, favoritisme des intérêts, éviscération des porcs, c'est-à-dire presque toute autre chose sauf adoption de décisions politiques à partir de principes. Et non sans raison. Parce qu'on représente la législation dans des couleurs horribles afin de rendre crédible l'idée de contrôle judiciaire (judicial review) (...) et de réduire au silence ce qui, au cas contraire, représenterait pour nous l'inconfort vis-à-vis des difficultés „contra-majoritaires” que, considère-t-on, un contrôle judiciaire impliquerait parfois ».¹⁵

¹¹ Pour ne citer qu'un exemple : la fameuse décision de la Cour Suprême dans le cas *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)) par laquelle on a déclaré le caractère inconstitutionnel d'une loi de l'État qui sanctionnait du point de vue pénal l'avortement, solution élevée au rang de « surprécédent » dans la doctrine est aussi critiquable que possible du point de vue de l'interprétation de la Constitution et de l'argumentation. Voir en ce sens John Hart Ely, *The Wage of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, dans „Yale Law Journal”, Vol. 82 (1973), pp. 920-949.

¹² Voir en ce sens Adolf Merkel, *Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens*, dans « Österreichisches Verwaltungsblatt », 8. Jahrgang, 1937, pp. 174-182, étude reprise dans Hans R. Klecatsky, René Marcic, Herbert Schambeck (éd.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, t. 2, Franz Steiner Verlag - Verlag Österreich G.m.b.H., 2010, pp. 1599-1615, la p. 1609. L'auteur cité mentionne la nécessité d'une « judiciarisation » (Justizförmigkeit) générale de toute la vie de l'État, comme une condition de la liberté personnelle.

¹³ Voir en ce sens l'ouvrage classique de Ernest Forsthoﬀ, *Der Staat der Industriegesellschaft – dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, München, 1971.

¹⁴ Voir en ce sens Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, New York (The John Robert Seeley Lectures), 1999.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 1-2.

Dans une étude assez récente,¹⁶ le professeur belge Luc J. Wintgens apporte une approche inédite, celle de la liberté illimitée en principe, sur le fait que la théorie du droit a été, et l'est encore, presque exclusivement axée sur l'activité judiciaire, et beaucoup moins sur la législation. L'explication pourrait consister en cela que le raisonnement juridique est axé sur la soumission aux normes, d'où qu'elles proviennent. Cette soumission aux normes, Wintgens la désigne comme « légalisme »¹⁷. Il distingue entre le « fort légalisme » (strong legalism) et le « faible » (weak legalism). Le « fort » légalisme se caractérise par « représentationnalisme », atemporalité, instrumentalisme déguisé, étatismes et, enfin, par une méthode scientifique d'étude du droit.¹⁸ L'auteur belge considère que cette forme du légalisme tend à exclure toute forme de théorisation en ce qui concerne la législation. La législation est un problème de politique, qui est, à son tour, une question d'options. Vu le caractère discutabile de toute option, la théorie qui en fait son objet est d'emblée condamnée à l'échec. La solution fournie par légalisme consiste dans l'« épistémologisation » du problème, « en faisant de la raison pratique une branche de la raison théorique ». Tout ce qu'il faut faire c'est connaître les règles concernant les droits et les devoirs. Par conséquent, le juge devient l'acteur principal dans le cadre du système juridique, et le législateur devient l'acteur principal dans le cadre du système juridique, tandis que le législateur agit « derrière la scène » de ce système. Le contenu réel du droit public concernerait, depuis Rousseau, l'établissement des institutions, et non le contenu des décisions que celles-ci adoptent.¹⁹ Wintgens conteste cette approche, s'appuyant sur le concept de liberté. En l'absence d'une limitation externe de la liberté, les sujets agissent conformément à leurs propres conceptions, ayant le choix entre de diverses limitations, car toute action implique le renoncement à certaines options, présentes avant l'action. Ces limitations, l'auteur les appelle « conceptions *de* la liberté » (conceptions *of* freedom) ; elles constituent des concrétisations de la liberté, des déterminations du nombre infini de variantes possibles, ce sont des limitations de la liberté opérées par le sujet de droit lui-même. La limitation extérieure de l'activité des sujets se réalise par des « conceptions *sur* la liberté » (conceptions *about* freedom). Il s'agit de ces limitations-là nécessaires à l'exercice de la liberté des autres. La liberté comprend également une dimension morale, en contrepoids de sa dimension politique. Dans les théories contractuelles (Hobbes, Rousseau) spécifiques au « fort » légalisme,²⁰ la dimension politique prévaut sur le sens moral de la liberté, de sorte que les « conceptions *sur* la liberté » sont prioritaires par rapport aux « conceptions *de* la liberté » (conceptions *of* freedom). Wintgens propose un légalisme « faible », à partir d'un modèle de contrat social désigné en tant que « modèle compromis » (trade-off model). Conformément à celui-ci, les sujets n'assignent pas au souverain un but général. Tout au contraire, la liberté est négociée séparément pour chaque cas de limitation externe de la liberté. On caractérise la justification de la législation comme étant un processus de « pesée » et de contrebalancement des limites morale et politiques de la liberté. Il faut y avoir un cadre principiel (principled framework) applicable au caractère raisonnable de la législation, qui justifie les limitations externes de la liberté. Les limitations externes sont soumises à un processus de légitimation permanente.²¹ Le cadre évoqué par Wintgens inclut quatre principes: de l'alternativité, de la densité normative, de la temporalité et de la cohérence.

Le principe de l'alternativité exige que la limitation externe de la liberté soit justifiée en tant qu'alternative de l'interaction sociale échouée. A la différence du légalisme « fort », où le souverain régleme pour prévenir *a priori* les conflits, mais avec mise en péril des pratiques sociales où

¹⁶ Luc J. Wintgens, *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, dans „Ratio Juris”, vol. 19, No. 1 March 2006, pp. 1-25.

¹⁷ Par « légalisme », Wintgens comprend ce modèle-là de pensée juridique, prédominant depuis le XVII^e siècle et jusqu'au milieu du XX^e siècle, conformément auquel la conduite normative est une question de conformation aux règles (rule-following), d'où qu'elles proviennent (Wintgens, loc. cit., à la p. 4). Le concept est repris d'après Judith Shklar, *Legalism, Law, Moral and Political Trials*, Cambridge, Harvard University Press, 1964.

¹⁸ Wintgens, *op. cit.*, loc. cit., pp. 4-5.

¹⁹ *Ibidem*, loc. cit., p. 5.

²⁰ Les arguments sont à trouver dans *ibidem*, loc. cit., pp. 7-9. Essentiellement, les conceptions positivistes portent sur un souverain autorisé par un mandat général, ayant un objectif général et absolu du système juridique dans son ensemble (la sécurité personnelle chez Hobbes, l'égalité chez Rousseau), en représentant à la fois une justification *a priori* de toute limitation externe et ultérieure de la liberté de l'individu.

²¹ *Ibid.*, loc. cit., p. 10.

l'interaction existe de manière non-conflictuelle et peut résister par elle-même, en niant ou en limitant l'autonomie des sujets, dans le cas du légalisme « faible » le souverain peut intervenir, mais seulement lorsqu'il peut démontrer que sa limitation externe est à préférer à une limitation interne en tant que raison d'agir, si l'interaction sociale échoue.²²

Le principe de la densité normative admet qu'une limitation externe n'est justifiée que dans la mesure où elle influence la densité de l'impacte normatif. Les réglementations de l'État présentent des degrés variables de « densité normative », dont la punition constitue le degré maximum, dans les conditions où il y a des possibles techniques alternatives de régulation, par exemple l'information, la catégorisation, des stimulants (du type déductions fiscales), l'autoréglementation par des codes de conduite, des accords etc. Tandis que le principe de l'alternativité vise la justification de la réglementation en tant que telle, celui de la densité normative impose la justification d'une réglementation punitive, dans le contexte de l'existence de l'alternative des techniques réglementatrices plus « relâchées ».²³

Le principe de la temporalité met en évidence le caractère historique de toute règle et de toute justification de celle-ci. Par conséquent, toute limitation externe doit survenir « au moment opportun ». En deuxième lieu, ce qui était correct à un moment donné peut ultérieurement devenir inadéquat ; la justification des limitations externes est un processus continu, qui implique aussi bien la conscientisation du fait que les limitations externes doivent tenir le pas avec les nouvelles circonstances. Les limitations externes, tombées peut-être en désuétude, doivent être réexaminées en permanence dans la perspective des deux principes précédents.²⁴

Le principe de la cohérence exige la justification des limitations externes de la liberté dans la perspective du système judiciaire vu comme un tout. On assimile souvent la cohérence avec la non-contradictorialité ; il y a quand même des différences. La cohérence demande que « le tout ait un sens », c'est une question de degré, tandis que dans la non-contradictorialité il s'agit de « être ou ne pas être » : un système comporte ou non des contradictions internes. Wintgens différencie quatre niveaux de cohérence :

- le degré 0, élémentaire, spécifique à tout discours, universel et que le temps n'affecte pas ;
- le 1^{er} degré, qui implique également une dimension temporelle : par exemple, celui-là propre à une pratique judiciaire qui suit fidèlement les pratiques antérieures ;
- le 2nd degré, qui implique la justification d'un écart par rapport aux précédents, au nom de la cohérence du système entier, vu comme un tout ;
- le 3^e degré, qui ajoute au système juridique une dimension théorique. Une solution correspond à ce niveau de cohérence lorsqu'elle prend en considération aussi bien la perspective de la théorie du droit, et même des aspects des autres disciplines (économie, sociologie, politologie etc.).²⁵

La perspective de Wintgens, qui propose des limitations supplémentaires de l'activité du législateur²⁶ n'offre pas, bien sûr, une solution universelle d'éliminer les incohérences des instances suprêmes ou constitutionnelles qui interprètent ou qui appliquent la loi fondamentale. Quand même, elle offre un cadre d'évaluation sur des critères raisonnables et objectifs de l'activité de tous les nomothètes. Le problème ne réside pas obligatoirement dans le manque d'appétence des juges suprêmes pour la théorie ou même pour la philosophie,²⁷ mais plutôt dans l'absence d'une théorie générale²⁸ qui

²² Ibid., loc. cit., pp. 10-11.

²³ Ibid., loc. cit., pp. 11-13.

²⁴ Ibid., loc. cit., pp. 13-15.

²⁵ Ibid., loc. cit., pp. 15-21.

²⁶ Au-delà des limitations imposées par le respect des droits de l'homme. Dans sa vision, celles-ci ne représenteraient qu'une protection négative de certains traits essentiels de la liberté, tandis que la perspective de la jurisprudence serait plus adéquate au caractère réflexif de la liberté, en arrivant à une implémentation positive de l'autonomie morale du sujet de droit.

²⁷ Voir en ce sens Dan Claudiu Dănișor, *Curtea Constituțională a României în capcana nefilosofării*, dans „Curierul Judiciar”, no. 7/2010, pp. 363-366. L'auteur demande l'adhésion implicite et nécessaire de la Cour Constitutionnelle à une idéologie libérale, en lui apportant des critiques pour la non-conformité des solutions par rapport aux exigences du libéralisme.

²⁸ Pour un système cohérent de formalisation juridique du domaine des droits fondamentaux, voir Robert Alexy,

fournisse un algorithme juridiquement formalisé (et non idéologiquement justifié) pour l'adoption de solutions cohérentes par les instances suprêmes ou de contentieux constitutionnel. L'abandon d'un paradigme iusnaturaliste et l'adoption d'une manière de penser axée sur la suprématie du texte écrit et de la certitude de la loi positive implique le risque que, périodiquement, pour des raisons diverses (prédilections idéologiques, intérêts ou idiosyncrasies personnelles des juges, le conformisme aux courants d'opinion prédominants, des pressions politiques etc.) les instances offrent des solutions, justifiables peut-être dans un contexte plus large, mais en contresens par rapport à la logique stricte du texte. La jurisprudence (particulièrement par la discussion sur les niveaux de cohérence) est une première tentative de percevoir ce phénomène et de le formaliser du point de vue juridique.

Curțile constituționale între jurisprudență și legisprudență

Rezumat

Miza politică tot mai mare a deciziilor instanțelor de contencios constituțional a determinat punerea în discuție și contestarea atât a legitimității controlului judecătoresc ca atare, cât și a modului concret de numire a judecătorilor constituționali. Totuși, dreptul a rămas în mare măsură axat pe procesul judiciar, știința dreptului fiind privită ca o profeție asupra a ceea ce va decide instanța supremă (O.W. Holmes). În contextul amplificării și accelerării considerabile a producției de norme juridice de către o categorie tot mai largă de entități instituționale, o deplasare a centrului de greutate a investigației științifice către procesul legislativ – așa cum argumentează promotorii conceptului de „legisprudență” – impune reconsiderarea noțiunii de drept, precum și a procesului de legitimare a autorităților nomotetice.

Constitutional Courts between Jurisprudence and Legisprudence

Abstract

The increasing political stake of constitutional court decisions generates challenges and disputes on both the legitimacy of judicial review as such and the systems of appointment of constitutional justices. However, legal theory remains focused on the patterns of judicial process as long as jurisprudence is considered as a prophecy of what the highest court will do in fact (O.W. Holmes). Given the substantial increase and acceleration of the output of legal rules, a switch of emphasis in scientific research toward the legislative process would be highly appropriate. According to the followers of “legisprudence” the role and scope of legal rules and of legitimacy of nomothetic bodies are to be reconsidered.