

TENDANCES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE APRÈS L'ADHÉSION DE LA ROUMANIE À L'U.E.

Elena Simina TĂNĂȘESCU

1. Préparation constitutionnelle de la Roumanie en vue de l'adhésion à l'Union Européenne

Au niveau constitutionnel l'adhésion de la Roumanie à l'Union Européenne a été préparée bien avant la date butoir du 1^{er} janvier 2007 par la révision en 2003 de la Loi fondamentale. Plusieurs dispositions constitutionnelles ont été retouchées ou ajoutées au dispositif normatif afin de rendre possible non seulement la ratification du traité d'adhésion, mais aussi le fonctionnement ultérieur de la Roumanie au sein de l'organisation régionale supranationale. Ainsi, ont subi des modifications, entre autres :

- Art. 11 - ratification des traités internationaux - Les traités jugés incompatibles avec la Constitution peuvent être ratifiés uniquement après la révision adéquate de celle-ci.
- Art. 16 - droits exclusivement politiques - Dans le contexte de l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, les citoyens européens qui remplissent les conditions requises par la loi organique ont le droit d'élire et d'être élus dans les autorités de l'administration publique locale. Dans le contexte de l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, les citoyens roumains ont le droit d'élire et d'être élus au Parlement européen (nouvelle disposition).
- Art. 19 - extradition et expulsion - L'extradition des citoyens roumains peut être effectuée sur la base des conventions internationales auxquelles la Roumanie est partie, dans les conditions prévues par la loi et sur une base de réciprocité.
- Art. 136 - monnaie européenne - Dans le contexte de l'adhésion à l'Union européenne, la circulation et le remplacement de la monnaie nationale par celle de l'Union peuvent être reconnus par loi organique.

Également, une nouvelle disposition est venue s'ajouter au dispositif constitutionnel concernant l'exercice des compétences prévues dans les Traités de l'Union Européenne, lequel vise « l'exercice en commun avec d'autres États des compétences propres prévues dans les Traités fondateurs de l'UE » et n'est possible qu'après l'approbation expresse du Parlement, donnée en séance commune, et à une majorité de 2/3. Le Parlement, le Président, le Gouvernement et les tribunaux sont les garants constitutionnels de l'accomplissement de toutes les obligations assumées par la Roumanie en sa qualité de membre de l'UE. Le Gouvernement est obligé d'envoyer au Parlement tout projet d'acte normatif visant le droit communautaire, avant de le communiquer aux institutions communautaires.

2. Ratification des traités originaires de l'Union Européenne

a. Contrôle de constitutionnalité

Il est, peut-être, intéressant à noter, au passage, que, malgré la possibilité - qui a été introduite précisément par la révision constitutionnelle - d'un contrôle préalable de constitutionnalité portant sur les traités internationaux, ni le traité d'adhésion de la Roumanie à l'Union Européenne, ni le Traité portant sur une Constitution pour l'Europe, ni encore les Traités de Lisbonne n'ont pas été soumis à cette procédure, mais ils ont été directement ratifiés par le Parlement.

En effet, la corrélation des articles 11 et 146 de la Constitution révisée reprend dans le droit roumain le mécanisme français, espagnol ou encore allemand du contrôle préventif de la constitutionnalité de traités internationaux :

- L'objet du contrôle n'est pas un acte normatif déjà intégré dans l'ordre juridique interne, mais un qui devrait l'être un jour.¹ D'ailleurs, si un tel acte international n'aurait pas vocation à être introduit dans l'ordre juridique interne il manquerait l'intérêt pour introduire une saisine devant la Cour Constitutionnelle. Le contrôle de constitutionnalité vise le contenu normatif du traité international, et non pas le niveau formel de la loi de ratification. Ce contrôle doit porter sur tous les aspects d'inconstitutionnalité ; toutefois, si idéalement les moyens devraient être soulevés d'office par la Cour Constitutionnelle, en Roumanie la saisine est réservée aux présidents des deux chambres parlementaires, à 50 députés ou 25 sénateurs.
- La norme de référence est toute la Constitution, telle que rédigée au moment du contrôle, et non pas seulement les limites imposées par le pouvoir constituant originaire au pouvoir constituant dérivé. L'intangibilité de certaines dispositions constitutionnelles est imposée uniquement aux autorités internes, qui fonctionnent selon le principe de la suprématie du pouvoir constituant originaire, alors que le droit international public se place en dehors de ces raisonnements rigoureux, mais spécifiques uniquement à un ordre juridique hiérarchisé.
- La procédure est celle du contrôle préalable, les sujets de la saisine sont limités à la sphère parlementaire², à l'exclusion de certains sujets qui ont pu être impliqués dans le processus de ratification. Le caractère préalable vise, dans ce cas-là, l'applicabilité du traité international dans le système juridique roumain.
- La décision de la Cour Constitutionnelle doit être rendue avant la ratification proprement dite du traité. Selon l'article 147 de la Constitution, elle a « force juridique généralement obligatoire et s'applique uniquement pour le futur ».

Pour autant qu'elle soit déjà connue dans d'autres systèmes juridiques nationaux (le plus proche étant le système espagnol), cette procédure n'est pas exemptée de tout risque. Le fait que

¹ On doit remarquer une certaine différence entre la formulation de l'article 11 et celle de l'article 146 de la Constitution. Le premier parle seulement des traités internationaux qui ont besoin de la procédure de ratification pour être intégrés dans l'ordre juridique interne, alors que le deuxième emploie le vocable « *autres accords internationaux* », ce qui pourrait être interprété comme incluant aussi les négociations signés par le Chef de l'État. La loi organique de la Cour Constitutionnelle a apporté des clarifications, lorsqu'elle a précisé que la compétence de la juridiction est limitée uniquement aux traités « *avant leur ratification par le Parlement* ». Cela est parfaitement cohérent avec la compétence générale de la Cour Constitutionnelle roumaine, qui peut vérifier seulement la constitutionnalité des actes normatifs de réglementation primaire, et non pas les actes de la compétence des autorités d'application de la loi.

² Peuvent saisir la Cour Constitutionnelle un des présidents des deux Chambres du Parlement, ou bien 25 sénateurs ou 50 députés. Cette limitation des sujets qui peuvent saisir la Cour pourrait être expliquée par le fait que ni le Président de la Roumanie, ni le Gouvernement n'aurait pu légitimement contester la constitutionnalité d'un traité international qu'ils ont négocié, respectivement, signé. À la différence, le Parlement, autorité représentative et délibérative, composée des représentants des divers courants et opinions politiques n'aurait pas le même type de problème, car, même si une majorité de ses membres ont été en faveur de la ratification, il peut toujours y avoir une minorité qui doit avoir la possibilité de s'exprimer effectivement.

la Cour Constitutionnelle ne peut pas se prononcer d'office sur les traités internationaux, tout comme elle le fait sur les lois constitutionnelles, laisse ouverte la porte à des « bavures d'inconstitutionnalité ». Dans l'absence d'une saisine ou dans le cas d'une saisine incomplète, la Cour Constitutionnelle ne peut pas remplir sa fonction de garant de la suprématie de la Constitution avant la ratification du traité. En vertu du *pacta sunt servanda*, et au regard des exigences de la sécurité juridique des relations internationales, le caractère obligatoire d'une décision rendue par un contrôle préalable exclut tout contrôle postérieur de constitutionnalité sur les traités internationaux concernés. Sur ce point l'article 147 de la Constitution est formel : « Dans le cas où la constitutionnalité du traité ou de l'accord international a été constatée conformément à l'article 146 lettre b), cet acte ne peut faire l'objet d'une exception d'inconstitutionnalité. Le traité ou l'accord international constaté comme inconstitutionnel ne peut pas être ratifié ». L'ordre juridique interne risque d'être perturbé donc sans qu'un remède puisse lui être apporté. Cet inconvénient a été apporté à la connaissance du pouvoir constituant dérivé par les experts de la Commission de Venise³, qui ont examiné le projet de loi constitutionnelle au début de l'année 2003, sans aucun écho.

b. Procédure de ratification

Un autre aspect intéressant de la Constitution roumaine par rapport au droit de l'Union Européenne est la procédure toute particulière par laquelle elle entend ratifier les traités communautaires. L'article 148 de la Loi fondamentale, lequel représente une clause communautaire générale, au même titre que celle prévue par la Constitution espagnole ou portugaise, qui précise non seulement le mécanisme d'adhésion de la Roumanie à l'UE, mais aussi la participation ultérieure du pays au sein de l'organisation supranationale, semble osciller entre deux procédures (législative ordinaire et de révision constitutionnelle), sans pour autant se laisser véritablement inspirer par aucune. L'alinéa 1 prévoit une procédure toute spéciale pour la ratification du traité d'adhésion de la Roumanie à l'Union Européenne: « L'adhésion de la Roumanie aux traités constitutifs de l'Union européenne, à fin de transférer certaines attributions envers les institutions communautaires, ainsi que d'exercer en commun avec les autres États membres des compétences prévues par ces traités, se réalise par une loi adoptée en séance commune de la Chambre des Députés et du Sénat, à une majorité de deux tiers du nombre des députés et des sénateurs ». Il résulte que la procédure d'insertion du droit communautaire originaire dans le droit roumain est tout à fait particulière. Elle est différente de toutes les autres procédures législatives consacrées par la Constitution. L'article 148 qualifie l'acte normatif de ratification du traité d'adhésion (et, par extension, les actes normatifs de ratification des traités modifiant les traités constitutifs) de loi, mais une loi qui, de par sa procédure d'adoption, se distingue et des trois autres catégories de lois établies par l'article 73 de la Constitution roumaine (loi constitutionnelles, organiques et ordinaires).

Selon le critère matériel cette loi n'est pas de nature constitutionnelle, car son contenu normatif ne vise pas directement une révision de la Constitution, mais la ratification d'un traité international. Même si une révision constitutionnelle s'avérerait nécessaire, elle devrait être préalable et faite par un acte juridique différent de celui de ratification; l'agencement des articles 11 et 148 de la Constitution en vigueur fait en sorte qu'une loi de ratification prévue par l'article 148 alinéa 1 ou 3 ne soit pas du même genre qu'une loi constitutionnelle.

Selon le critère formel (i.e. de par sa procédure d'adoption), la loi prévue par l'article 148 alinéa 1 ou 3 n'a pas besoin de la même majorité parlementaire que celle requise pour l'adoption d'une loi constitutionnelle. En matière de révision constitutionnelle l'article 151 prévoit : « Le projet ou la proposition de révision doit être adopté par la Chambre des Députés et par le Sénat, à une majorité d'au moins deux tiers du nombre des membres de chaque Chambre.

³ [http://www.coe.ro/pdf/CDL-AD\(2002\)021-e.pdf](http://www.coe.ro/pdf/CDL-AD(2002)021-e.pdf)

Si un accord n'est pas obtenu par la procédure de médiation, la Chambre des Députés et le Sénat, en séance commune, décident par un vote d'au moins trois quarts du nombre des députés et des sénateurs ».

Seulement apparemment la majorité requise est la même – deux tiers. En fait, quantitativement le nombre des voix nécessaires pour l'adoption d'une loi prévue par l'article 148 alinéa 1 ou 3 est moindre. Pour une loi constitutionnelle il faut avoir deux tiers des membres de chaque Chambre du Parlement, ou bien trois quarts du nombre total des députés et sénateurs, alors que pour l'adoption d'une loi de ratification d'un traité originaire du droit communautaire il faut avoir deux tiers du nombre total des membres du Parlement (députés et sénateurs réunis). Un calcul mathématique montre que les chiffres sont différents : dans tous les cas il faut plus de voix pour l'adoption d'une loi constitutionnelle. La seule conclusion possible est que les lois prévues par l'article 148 alinéa 1 ou 3 ont une force juridique inférieure aux lois constitutionnelles, et, par conséquent, inférieure à la Constitution.

En revanche, la comparaison selon les mêmes critères avec les autres types de lois (organiques et ordinaires) du système juridique roumain confirme la supériorité de la force juridique des lois prévues par l'article 148 alinéas 1 ou 3. Selon l'article 76 de la Constitution, les lois organiques sont adoptées avec le vote de la majorité des membres de chaque Chambre alors que les lois ordinaires sont adoptées avec le vote de la majorité des membres présents de chaque Chambre.

On peut raisonnablement déduire que les lois d'insertion du droit communautaire originaire en droit roumain ont une force juridique inférieure à la Constitution et aux lois constitutionnelles, mais supérieure à toutes les autres sources du droit roumain.

3. La nature des rapports entre le système juridique communautaire et le système juridique roumain

Également intéressante est la manière dont le constituant roumain a entendu régler le difficile problème du rapport entre le droit interne et le droit communautaire. Au niveau général, la Constitution roumaine établit un rapport de type dualiste entre le droit international public (général) et le droit interne. Toutefois, elle organise une priorité d'application sur le droit interne seulement pour certaines dispositions de droit international public, et cela dans des dispositions à part, spécifiques pour chaque catégorie des normes auxquelles elle entend accorder cette primauté. Ainsi, en vertu de l'article 20 de la Constitution, « en cas de non-concordance entre les pactes et les traités portant sur les droits fondamentaux de l'homme auxquels la Roumanie est partie, et les lois internes, les réglementations internationales ont la primauté, sauf le cas des dispositions plus favorables prévus par la Constitutions ou les lois internes ». Sans que la pratique jurisprudentielle constitutionnelle roumaine ait fait une différence conceptuelle entre la suprématie interne de la Constitution et la priorité des certaines réglementations internationales sur les lois internes, les effets de l'article 20 de la Loi fondamentale sur le système normatif roumain ont été assez clairs : la Constitution a accepté et organisé elle-même la prévalence d'un système normatif (international) sur un autre (le droit interne) en vertu d'un acte de souveraineté qui n'affecte en rien la validité de la norme de droit interne qui se trouverait écartée par l'application prioritaire de la norme internationale non-concordante, d'autant plus que la priorité d'application ne subsiste que si la norme internationale est plus protectrice des droits fondamentaux. La même solution pratique a été mise en place au regard du droit communautaire aussi, sauf que l'article 148 alinéa 2 de la Constitution prévoit une primauté systémique⁴ du droit

⁴ L'opinion contraire, selon laquelle le droit communautaire aurait suprématie par rapport à tout le droit interne, y compris sur la Constitution nationale, a été exprimé par la doctrine de droit communautaire (I. Gâlea, M.A. Dumitraşcu, C. Morariu, *Tratatul instituind o Constituție pentru Europa*, All Beck, 2005, Bucureşti).

communautaire sur le droit interne : « Suite à l'adhésion, les dispositions des traités constitutifs de l'Union Européenne, ainsi que les autres réglementations communautaires à caractère obligatoire, ont priorité par rapport aux dispositions contraires contenues par les lois internes, avec l'observation des dispositions de l'acte d'adhésion ».

Suivant ce raisonnement, qui fait la différence entre la hiérarchie normative basée sur la force juridique de l'acte, spécifique au droit interne, et l'application en même temps de plusieurs systèmes normatives, spécifique aux zones de confluence entre le droit interne et le droit international, dans la doctrine roumaine on a déjà remarqué la différence de rédaction qui existe entre l'article 148 alinéa 2 de la Constitution nationale (« priorité des traités constitutifs et autres réglementations communautaires à caractère obligatoire ») et l'article I-6 du défunt Traité européen établissant une Constitution pour l'Europe (priorité du TECE et du droit adopté par les institutions de l'UE). Ainsi, le constituant roumain s'en est tenu à une conception limitative des compétences essentiellement d'attribution de l'UE et a effectué une transposition simple des règles générales régissant les rapports entre le droit international public classique et le droit interne dans la matière des rapports entre le droit roumain et le droit communautaire. L'article 148 alinéa 2 pose explicitement trois conditions non-négligeables à la priorité du droit communautaire :

- Seulement les « réglementations communautaires obligatoires » ont la priorité sur les lois internes – cela ne comporte pas forcément tout le droit dérivé adopté par les institutions de l'UE ;
- La priorité est donné seulement sur « les dispositions contraires des lois internes » (et non pas en cas de simple non-concordance, comme le fait l'article 20 de la Constitution nationale) – cela n'inclut pas tout le droit interne, et notamment la Constitution ;
- La priorité est accordée seulement « dans les conditions précisées par l'acte d'adhésion »
 - disposition sans aucune portée normative dans la mesure où le traité d'adhésion ne dispose rien à ce sujet.

4. Pratique jurisprudentielle de la Cour Constitutionnelle en matière de priorité du droit communautaire

Avec ce dispositif normatif quasi-baroque en matière de rapports entre le droit international et le droit interne, la Cour Constitutionnelle aurait dû être suffisamment bien munie d'instruments afin d'assurer la suprématie de la Loi fondamentale tout en respectant la priorité d'application du droit communautaire, dans l'esprit d'une correcte mise en œuvre de ce dernier. Pourtant, les deux premières années qui ont suivi l'adhésion de la Roumanie à l'UE semblent indiquer certaines hésitations de la part de la juridiction constitutionnelle, laquelle, d'un côté, se refuse d'avoir recours à la question préjudicielle envers la Cour de Justice de Luxembourg, et, de l'autre côté, s'apprête à des applications pour le moins surprenantes non seulement de l'article 148 de la Constitution roumaine, mais aussi directement du droit communautaire.

a. Confusion entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité (en droit communautaire) ?

Dans un premier temps, saisie avec une exception d'inconstitutionnalité portant sur une loi qui avait été adoptée avant le 1^{er} janvier 2007, date de l'adhésion effective de la Roumanie à l'Union Européenne, la Cour Constitutionnelle s'est prononcée après cette date, et sa décision n°59/2007 témoigne fortement l'impact que cet événement a pu avoir sur son raisonnement. Dans cette affaire, la Cour avait été saisie par un contrôle *a priori* avec l'inconstitutionnalité d'une loi qui approuvait des mesures d'exemption du paiement des obligations fiscales pour les petites et moyennes entreprises de l'industrie de la bière. Les auteurs de la saisine ont invoqué la méconnaissance du principe constitutionnel d'équité et de proportionnalité dans l'imposition fiscale (article 53 de la Constitution) et de l'obligation de l'État d'assurer la protection de la concurrence loyale (article 135 de la Constitution) ; à aucun moment ils n'ont fait référence au

droit communautaire, bien que l'adhésion de la Roumanie à l'UE aille produire ses effets dans un délai de moins d'un mois à compter de leur saisine. Après avoir constaté que l'obligation de l'État d'assurer la protection de la concurrence loyale n'est qu'une garantie pour la liberté concurrentielle, laquelle se trouve réglemantée au niveau de la loi, la Cour Constitutionnelle remarque, en fait, que la loi critiquée entend réglemantée dans le domaine de l'aide d'État, lequel est fortement influencé par le droit communautaire, notamment par les articles 87-98 du Traité portant sur la Communauté Européenne. Sur cette base, elle va se lancer dans un véritable contrôle de conformité de la loi nationale avec le droit communautaire, en vertu, selon elle, d'une compétence qui lui serait reconnue par l'article 148 de la Constitution : « Considérant que, à partir du 1^{er} janvier 2007 la Roumanie a adhéré à l'UE, la Cour va examiner la législation interne dans le domaine des aides d'État et sa compatibilité avec la législation de l'UE parce que, selon l'article 148 alinéa 2 de la Constitution, « suite à l'adhésion, les dispositions des traités constitutifs de l'Union Européenne, ainsi que les autres réglemantations communautaires à caractère obligatoire, ont priorité par rapport aux dispositions contraires contenues par les lois internes ». La Cour constate que, puisque l'ordonnance d'urgence réglemantée uniquement les procédures nationales dans le domaine de l'aide de l'État, en abrogeant les dispositions de droit matériel de la loi pertinente, la compatibilité de cette aide avec la libre concurrence est établie par l'application directe des dispositions de l'article 87 du TCE. [...] Dans l'application des articles 87-89 du TCE la Commission Européenne a adopté le Règlement n°70 du 12 janvier 2001 portant sur les aides d'État pour les petites et moyennes entreprises, qui prévoit leur compatibilité, dans certaines conditions, avec le marché commun. La Cour Constitutionnelle estime que les aides d'État prévues par la loi critiquée peuvent être compatibles avec le marché commun, sur la base de l'article 87 alinéa 3 du TCE, étant donné que ces aides sont destinées à maintenir en activité des petites et moyennes entreprises de tradition dans la production de la bière, qui se trouvent en difficulté économique et sont soumises au processus de restructuration. [...] La Cour retient que les aides d'État prévues par la loi critiquée ne sont pas de nature à affecter les relations commerciales avec les autres producteurs internes et, d'autant plus, avec les autres États membres de l'UE ». Ce raisonnement de nature économique est fondée sur une information qui a été demandée par la Cour Constitutionnelle auprès du Conseil de la Concurrence, lequel qui a fait savoir à la Cour que les entreprises qui pourraient bénéficier de ces aides représentent pas plus que 10% du marché national de la bière. Cela semble suffisant à la Cour Constitutionnelle pour apprécier que les aides d'État peuvent être compatibles avec les dispositions de l'article 87 alinéa 3 du TCE, bien qu'elle admet aussi que « la Commission Européenne est compétente d'établir la compatibilité des aides d'État avec le fonctionnement du marché commun ». Toutefois, elle estime que ce n'est qu'après le 1^{er} janvier 2007 que l'autorité nationale de contact doit notifier la Commission Européenne.

Et la Cour Constitutionnelle se sent obligée de faire une remarque de plus : elle entend exercer son contrôle uniquement dans les limites de la saisine, mais, « puisque la loi critiquée a transité du système normatif antérieur dans celui actuel, lequel interfère avec la législation de l'UE, la Cour prend acte de l'application directe des dispositions des articles 87-98 du TCE, étant donnée que, dans l'état actuel des choses, il n'y a pas une réglemantation nationale de droit matériel portant sur les aides d'État » ; donc elle décide qu'on n'est pas en présence de l'hypothèse normative de l'article 148 alinéa 2 de la Constitution concernant l'application prioritaire des réglemantations communautaires. « De l'autre côté, même si cela excède le contrôle de constitutionnalité, la Cour constate que les dispositions de la loi critiquée doivent être mises d'accord avec les dispositions nationales sur l'aide d'État et corrélées avec les dispositions des articles 87-98 du TCE. » En conclusion, puisque l'irrégularité constatée ne vise pas une méconnaissance de la Constitution, mais une absence de corrélation entre des lois internes entre elles et avec le droit communautaire pertinent, une majorité de sept juges de la Cour Constitutionnelle a décidé que la loi critiquée est constitutionnelle.

Cette décision a connu aussi l'opinion séparée de deux juges, qui estiment, pour leur part, que la loi critiquée méconnaît des principes du droit communautaire, tel que la protection juridique du

marché commun et de la libre concurrence, et, sur cette base, elle enfreint aussi les dispositions de l'article 148 de la Constitution, car « les facilités fiscales dont bénéficient les petites et moyennes entreprises de l'industrie de la bière représentent ni plus ni moins que des aides d'État ».

La décision n°59/2007 n'était pas la première dans laquelle le droit communautaire avait été invoqué devant la Cour Constitutionnelle roumaine. Dans quelques décisions disparates⁵, rendues après le 5 mai 2005 (date de la ratification par le Parlement roumain du Traité d'adhésion de la Roumanie à l'UE) mais avant le 1^{er} janvier 2007 (date de l'entrée en vigueur du même Traité), la juridiction avait constamment refusé de se prêter au jeu du contrôle de constitutionnalité de la transposition des directives dans le droit national ou de vérifier la conformité de la loi interne avec le droit communautaire originaire. Dans toutes ces instances elle a procédé à une interprétation de la loi interne à la lumière du droit communautaire applicable⁶, afin de dégager le sens réel de l'acte normatif vérifié, mais elle s'est bien gardée dans les limites d'un authentique contrôle de constitutionnalité, en comparant le contenu normatif ainsi dégagé de la loi nationale à la Constitution, sans empiéter sur le droit communautaire. En procédant de cette manière, la Cour Constitutionnelle a correctement invoqué le principe de l'application des lois dans le temps, et a fait savoir que l'article 148 alinéa 2 devient applicable uniquement lorsque le système normatif de l'UE devient lui-aussi applicable dans le droit interne roumain, ce qui ne coïncide pas avec la ratification seulement par la Roumanie du traité d'adhésion.

Mais en faisant cela la Cour n'a pas profité pour interpréter en détail le contenu normatif de l'article 148 alinéa 2 de la Constitution. Ainsi, elle n'a pas souligné le domaine d'application qui est spécifique à cette disposition constitutionnelle, à savoir la zone de potentielle contrariété entre le droit interne et le droit communautaire obligatoire. Elle n'a pas précisé non plus la sphère des destinataires de cette norme constitutionnelle, laquelle vise uniquement les autorités publique chargées d'édicter et appliquer les lois internes, c'est-à-dire toutes les autorités nationales qui ont des compétences normatives, réglementaires ou de mise en exécution, et non pas la juridiction constitutionnelle elle-même, qui est investie par la Constitution uniquement avec la fonction de garant de la suprématie de la Constitution. En vue de réaliser sa mission, la Cour Constitutionnelle ne peut que trancher sur des éventuelles contrariétés entre des « réglementations communautaires à caractère obligatoire » et la Constitution, et ce sur la base des dispositions expresses de la Loi fondamentale qui lui permet de contrôler la constitutionnalité des traités internationaux. Comme il résulte de sa loi organique et de sa propre jurisprudence, assez constante à ce sujet, la Cour Constitutionnelle n'est pas compétente pour connaître les conflits entre les lois internes, ni entre les lois internes et le droit étranger ou d'autres systèmes normatifs. La compétence d'attribution, limitée et strictement précisée, dont dispose la Cour Constitutionnelle de la Roumanie ne lui permet pas d'examiner toute contrariété entre des actes normatifs, mais au contraire, l'oblige à se limiter uniquement aux potentiels conflits entre les actes normatifs de réglementation primaire roumains et la Constitution nationale. Dans cette logique, l'article 148 de la Constitution ne s'adresse pas à la Cour Constitutionnelle, mais aux autorités nationales qui sont investies avec la mise en application du droit communautaire, à savoir le Parlement, le Président, le Gouvernement et les autorités judiciaires. La Cour Constitutionnelle n'est pas et ne peut pas être une autorité d'application du droit communautaire

⁵ Décision n°408/2005, décision n°517/2005, décision n°586/2006, décision n°308/2006.

⁶ À titre accessoire, il pourrait être question ici de l'éventuel recours à la question préjudicielle lorsque la Cour Constitutionnelle s'apprête à déduire le sens de la loi interne à la lumière du droit communautaire, mais cela ne semble pas obligatoire non plus, dans la mesure où, par la réponse qu'elle pourrait donner à une éventuelle question préjudicielle, la Cour de Justice serait obligée non pas d'interpréter le droit national, mais uniquement d'interpréter le droit communautaire afin de permettre au tribunal national de mieux le comprendre pour pouvoir appliquer le droit interne.

pour la simple raison qu'elle est compétente uniquement de vérifier la compatibilité du système normatif interne avec la Loi fondamentale.⁷

En procédant à une analyse approfondie de la loi critiquée et de sa compatibilité avec le droit communautaire pertinent la Cour Constitutionnelle n'a pas seulement transgressé les limites constitutionnelles de sa compétence, mais elle s'est même substituée à la Commission Européenne dans l'appréciation que seulement cette dernière est investie à faire en matière de régularité (économique et juridique) des aides d'État. Que l'acte interne critiqué ne soit pas en accord avec d'autres réglementations nationales, ainsi qu'avec le TCE, n'est pas un problème de constitutionnalité, comme constaté à juste titre par les juges constitutionnels qui ont signé l'opinion majoritaire, mais cela ne répond pas à la question qui leur avait été posée et qui consistait à leur demander si l'acte critiqué serait en accord avec la Constitution. De ce point de vue, en opérant une substitution du type de contrôle effectué, et en remplaçant la norme de référence constitutionnelle par une autre, communautaire, les juges majoritaires ont abdiqué de leur mission et n'ont pas rendu justice constitutionnelle.

Mais l'aspect intéressant de cette décision consiste dans le fait que l'opinion minoritaire non plus n'a pas saisi l'occasion de rendre justice à la Constitution, car, selon les juges minoritaires, l'application directe du droit communautaire qui est invoquée par les juges majoritaires signifie qu'entre le droit interne et le droit communautaire il y a bel et bien contradiction, et donc, on est en présence de l'hypothèse normative prévue par l'article 148 alinéa 2 de la Constitution, contrairement à ce qu'ont soutenu les juges majoritaires. Si on ne peut pas être plus d'accord avec les juges minoritaires sur le point concernant la contradiction entre la loi critiquée et les dispositions de l'article 87 du TCE, on est aussi contraints de remarquer que cela ne dit rien sur la constitutionnalité de cette loi. Car le raisonnement des juges minoritaires a ceci d'erroné : puisque la loi critiquée est contraire au droit communautaire, elle est contraire aussi à l'article 148 alinéa 2 de la Constitution. Or l'article 148 n'établit aucun standard de constitutionnalité, il se contente uniquement de préciser une seule et unique règle concernant l'application du droit communautaire, et ce à chaque fois qu'il entre en conflit avec le droit interne, à savoir la primauté. Si l'application du droit international public général en droit roumain est réglée selon des mécanismes variables, selon que les normes internationales sont plus favorables à la protection des droits fondamentaux ou selon qu'il s'agisse des normes internationales de droit commun, en ce qui concerne le droit communautaire le constituant a décidé d'entériner la règle de la priorité systémique (primauté) du droit communautaire sur le droit interne. À ce sujet, il faut souligner ce qui peut paraître un truisme : la suprématie de la Constitution, ainsi que la hiérarchie des actes normatifs d'un système juridique national qui s'en suit, concernent plutôt le processus d'édiction des normes juridiques, alors que la priorité d'application ou la primauté du droit communautaire se réfèrent plutôt à leur mise en exécution. Par ailleurs, les effets juridiques de ces deux types de corrélation entre le droit interne et le droit international sont différents : alors que la suprématie - qui suppose une relation hiérarchique entre la Constitution et les autres normes subjacentes - entraîne l'invalidation de la norme inférieure qui serait contraire à la Constitution, la priorité d'application - à qui l'éventuel positionnement des normes concernées lui est complètement indifférent - ne détermine que l'absence des effets juridiques dans le cas concret de la norme ainsi écartée, sans pour autant l'invalider ; la norme ainsi écartée reste donc valable et susceptible à pleinement produire tous ses effets juridique lors

⁷ Cela ne veut pas dire que la Cour Constitutionnelle ne peut pas collaborer avec la CJCE, y compris à travers le mécanisme de la question préjudicielle, mais, jusqu'à présent, bien qu'elle s'est considéré investie de vérifier la compatibilité du droit national avec le droit communautaire, elle a constamment refusé de demander l'avis de la CJCE sur le contenu normatif du droit communautaire qu'elle emploi couramment comme norme de référence.

d'une éventuelle autre application dans l'hypothèse où elle ne se heurterait plus à la norme du droit communautaire qui l'a rendu inapplicable dans le premier cas.

Paradoxalement, cette interprétation de l'article 148 alinéa 2 de la Constitution semble avoir été utilisée par les juges majoritaires, lesquels, pourtant, n'ont pas rendu une décision de constitutionnalité, alors qu'elle semble avoir été ignorée par les juges minoritaires, dont le raisonnement en droit communautaire est précis et correct. Quoi qu'il en soit, l'interprétation des actes normatifs nationaux qui sont déférés au contrôle de constitutionnalité à la lumière du droit communautaire pertinent semble avoir eu gain de cause au sein de la Cour Constitutionnelle, laquelle, par la suite, s'en est tenue à cette vision spéciale des rapports entre droit national et droit communautaire, et s'est même aventurée dans un contrôle de compatibilité du droit national avec le droit communautaire, originaire tout comme dérivé.

Ainsi, l'attitude ambiguë que la Cour Constitutionnelle semble entretenir avec le droit communautaire a été confirmée dans deux autres décisions (n°547/2008 et n°1104/2008), dans lesquelles elle entame même un contrôle de conformité du droit interne avec le droit communautaire dérivé. On se doit de souligner, encore une fois, que cette manière de procéder nous apparaît comme transgressant les limites de la compétence d'attribution de la juridiction constitutionnelle, chargée uniquement d'un contrôle abstrait, de vérification de la conformité de actes normatifs internes avec la Loi fondamentale, sans passer à l'application des actes contrôlés ; par ailleurs, une telle forme de contrôle concret de constitutionnalité revient à une immixtion inconstitutionnelle et illégale dans les attributions des tribunaux ordinaires, chargés eux d'appliquer les lois internes et le droit communautaire en égale mesure. Après avoir justifié la constitutionnalité de l'acte normatif qui avait été déduit à son contrôle, dans une deuxième phase distincte de son raisonnement la Cour s'emploie à justifier aussi la conformité du même acte normatif interne avec le règlement communautaire relevant pour le cas d'espèce. Elle va jusqu'à affirmer que, loin de contredire ledit règlement, « les textes légaux lui donnent substance, et concrétisent, dans l'esprit de la volonté du législateur communautaire, les dispositions plus générales contenues dans ce règlement ». Toutefois, il faut aussi remarquer que dans ces deux dernières décisions la Cour Constitutionnelle s'est employé à effectuer - d'abord et pleinement - le contrôle de constitutionnalité et - uniquement en subsidiaire et par la suite - le contrôle de compatibilité avec le droit communautaire, ce qui représente une avancée qui mérite d'être saluée par rapport aux débuts de sa jurisprudence en la matière, due, très probablement, à l'expérience qu'elle a acquise au fil du temps et de saisines.

b. Le mandat européen d'arrestation est constitutionnel en Roumanie

Car ces dernières n'ont pas manqué, notamment par rapport à un sujet sur lequel se sont prononcées aussi d'autres juridictions constitutionnelles, à savoir le mandat européen d'arrestation. Ainsi, cinq décisions de la Cour Constitutionnelle ont porté sur le même objet, bien qu'avec certaines variations : la constitutionnalité de la procédure d'arrestation et de remise de la personne arrêtée par les autorités nationales, notamment au vu des garanties offertes par la Loi fondamentale à la liberté individuelle, tout comme les droits processuels fondamentaux. Les saisines ont fait valoir que la procédure d'arrestation et celle de remise de la personne, telles que prévues par la loi interne qui a transposé la décision-cadre n°2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002, ne semblent pas garantir le niveau de protection juridique que les dispositions constitutionnelles réclament lorsqu'il s'agit du bien-fondé de l'accusation en matière pénale qui risquerait de nuire à la liberté individuelle ; aussi, elles paraissent moins protectrices que la Constitution en matière du droit à la défense, droit à un procès équitable, restriction de l'exercice de certains droits et libertés, voire l'universalité des droits et libertés de l'être humain (article 15 alinéa 1 de la Constitution). En outre, certains requérants ont aussi fait valoir que la loi roumaine ne saurait pas transposer correctement la décision-cadre européenne, dans la mesure où elle ne reprend pas les garanties qui sont assurées par cette dernière aux droits fondamentaux des citoyens européens, lesquels ont valeur des principes généraux du droit au sein de l'Union Européenne selon l'article 6 du TUE.

Sur le fond, toutes ces requêtes ont mis en avant l'aspect qui avait justifié un certain malaise de la part des pays membres lors de l'adoption de la décision-cadre sur le mandat européen d'arrestation, à savoir le fait que l'arrestation d'une personne sur la base d'un mandat dont la validité et le bien fondé ne peuvent pas être remis en cause et vérifiés par les autorités judiciaires de l'État qui porte la responsabilité de son exécution, même au sein d'une communauté d'États qui se trouve dans une coopération judiciaire consentie et bien avancée⁸, risque de poser de sérieuses difficultés par rapport aux garanties offertes au niveau européen à la liberté individuelle. Les réticences qu'ont pu formuler certains États par rapport à cette véritable révolution dans le domaine de l'extradition, qui consiste à « judiciariser » entièrement un processus autrement long et compliqué avec une phase diplomatique et exécutive suivie par la suite de la phase proprement-dite judiciaire, tiennent aussi bien au principe de non-extradition des nationaux, qu'à celui de la double incrimination. Comme on a vu auparavant, la Roumanie a éliminé le premier obstacle par la révision constitutionnelle de 2003. Quant au deuxième, il est à la discrétion de chaque État qui doit y prêter une attention particulière lors de la transposition de la décision-cadre dans la législation nationale. En plus, comme la première affaire Pinochet⁹ l'a justement rappelé, le principe de la double incrimination est une coordonnée qui dépend du temps, dans ce sens que la double incrimination doit avoir joué au moment où l'offense a été accomplie et non pas au moment où l'extradition est demandée ou la remise accomplie. Finalement, l'impression qui demeure, d'une insuffisante protection juridique offerte à l'être humain par le nouvel instrument de coopération judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE, est due au fait que la simple participation de tous ces États aux mécanismes de la CEDH, avec tous les instruments et sauvegardes juridiques qu'elle puisse fournir pour les droits et libertés de l'être humain, ne semble pas offrir ni assez de garanties, ni assez institutionnalisées pour un traitement approprié de l'individu qui devrait être remis entre les mains d'un autre État. Cette impression ne peut être que renforcée par la relative pauvreté des références, dans le texte même de la décision-cadre, au texte de la CEDH ou à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. De surcroît, la référence qui existe ne semble pas adresser ce problème d'une manière convaincante : l'article 1 paragraphe 3 prévoit que « La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne ». Toutefois, dans ce contexte il semble approprié de se rappeler que la jurisprudence de la CEDH met la barre assez haut pour qu'un État puisse refuser une demande d'extradition pour cause de possible méconnaissance des droits prévus par les articles 5 et/ou 6 de la CEDH lors de sa remise.¹⁰

De toutes ces discussions la Cour Constitutionnelle ne semble pas s'en être inspirée ; elle a préféré trancher les questions qui lui ont été posées uniquement par le biais de la comparaison simple avec les dispositions pertinentes de la Constitution roumaine. Si dans une première décision n°400/2007 elle se montre assez hésitante par rapport à la nature juridique du droit communautaire, en affirmant que « la mise en exécution du mandat européen d'arrestation est accomplie selon le droit procédural pénal roumain, avec la condition du respect de la

⁸ Le préambule de la décision-cadre parle d'un « haut degré de confiance entre les États membres », mais le dit « principe de la confiance mutuelle » ne peut pas être appréhendé sans un certain criticisme, notamment à travers la pratique de la CEDH en matière de droits de la défense ou du procès équitable.

⁹ Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), Weekly Law Reports n°2/1999, p. 827. Dans le même sens, voir aussi C. Warbrick, *Extradition Law Aspects of Pinochet*, International and Comparative Law Quarterly n°3/1999, p. 958.

¹⁰ CEDH, arrêt Soering c. Royaume Uni, le 7 juillet 1989.

prééminence du droit international », et elle admet telle qu'elle le principe de la reconnaissance réciproque des décisions pénales sans plus de commentaires, dans une deuxième n°419/2007 elle tente de s'expliquer et rajoute « les auteurs de la saisine partent d'une prémisse erronée, à savoir le fait que le tribunal d'exécution devrait se prononcer sur le bien fondé de la mesure disposée par l'autorité judiciaire étrangère. Le mandat européen d'arrestation est une mesure concrète qui met en œuvre le principe de la reconnaissance réciproque des décisions de justice dans le domaine du droit pénal. [...] Le juge roumain va décider sur l'arrestation de la personne sollicitée uniquement après avoir vérifié, au préalable, que toutes les conditions nécessaires portant sur le mandat européen d'arrestation ont été réunies ». En même temps, la juridiction constitutionnelle roumaine semble, implicitement, donner raison sur le fond aux requérants lorsqu'elle affirme, et ce dans un considérant qui allait devenir de principe, « qu'on ne peut pas mettre le signe de l'égalité entre l'atteinte portée à la liberté individuelle suite à un mandat européen d'arrestation et celle qui est faite suite à un mandat d'arrestation provisoire émis par le juge roumain dans les conditions du Code de procédure pénale ». Toutefois, la Cour Constitutionnelle affirme que « l'arrestation disposée suite à la mise en œuvre d'un mandat d'arrestation européen remplit toutes les exigences d'un procès équitable, la personne concernée ayant à sa disposition tous les garanties de procédure spécifiques à un procès équitable ».

Lorsque des requérants ont entendu valoriser une petite « faille » qu'ils ont cru apercevoir dans le raisonnement de la Cour, et ils ont argumenté dans le sens d'une méconnaissance du principe d'égalité, car, selon les propres dires de la Cour Constitutionnelle, suite à la transposition de la décision-cadre en Roumanie il existe deux catégories de personnes en détention provisoire, ceux de droit commun, et ceux issus de la mise en œuvre d'un mandat européen d'arrestation, la Cour Constitutionnelle a préféré se taire (décisions n°443/2007 et n°583/2007).

Lorsque, enfin, toute la procédure du mandat européen d'arrestation transposée en droit roumain a été contestée non seulement pour méconnaissance des droits fondamentaux des citoyens roumains - tels qu'inscrits dans la Constitution nationale -, mais aussi pour non-transposition des garanties des droits fondamentaux de citoyens européens, comme le prévoit expressément l'article 1 paragraphe 3 de la décision-cadre, dans la décision n°1127/2007 la Cour Constitutionnelle s'est reprise et a affirmé que « la mesure de l'arrestation provisoire disposée en vue de la remise d'une personne envers un État membre de l'UE constitue une mesure privative de liberté, temporaire, en parfait accord avec l'article 23 de la Constitution roumaine [garantissant la liberté individuelle – n.n.], qui satisfait toutes les exigences constitutionnelles de l'article 21 [garantissant le libre accès à la justice et le droit à un procès équitable – n.n.] » et qui garantit à la personne concernée tous les droits de la défense. Par ailleurs, à titre de comparaison seulement, la Cour Constitutionnelle roumaine a tenu à rappeler que la Cour Constitutionnelle polonaise a déclaré que le mandat européen d'arrestation était contraire au principe de la non-extradition des nationaux, lequel, en Pologne à l'époque, ne comportait aucune dérogation (comme c'est le cas en Roumanie). Par la suite, la Constitution polonaise a été révisée et la possibilité d'extrader les nationaux y a été inscrite. En revanche, en Allemagne la transposition initiale a été jugée inconstitutionnelle « non pas parce que la loi nationale ne permettait pas aux tribunaux de vérifier le bien-fondé de la mesure provisoire ou de la décision de justice rendue dans l'État requérant, mais parce que cette loi nationale n'a pas tenu compte de la nécessité de respecter les droits fondamentaux, y compris le droit de bénéficier d'une voie de recours, situation qui n'est pas propre à la loi roumaine, comme il a été clairement démontré ».

En conclusion, malgré l'impression de flou qui continue à flotter sur le mandat européen d'arrestation, la loi de transposition de la décision-cadre pertinente en droit roumain, selon la Cour Constitutionnelle, est et reste constitutionnelle.

Dans une seule décision (n°419/2007) la Cour Constitutionnelle a laissé l'impression qu'elle allait entrer aussi dans un contrôle de la manière dans laquelle la transposition de cette décision-cadre a été faite en Roumanie (« la Cour retient que le législateur roumain a mis en œuvre d'une manière exacte les dispositions de la Décision-cadre du Conseil n°2002/584/JAI du

13 juillet 2002, suivant les principes et les lignes directrices qui sont à sa base »), mais elle s'est arrêtée net et n'a plus poursuivi cette voie dans le reste de cette jurisprudence.

5. Conclusion

Malgré la clarté du dispositif normatif pertinent, la pratique constitutionnelle de la priorité d'application du droit communautaire en droit roumain semble poser des difficultés notamment à l'autorité chargée d'être le gardien de la suprématie de la Constitution. Alors que d'autres cours constitutionnelles européennes ont clairement fait savoir que le principe de « la précaution démocratique » était plus important que « la docilité absolue au droit international »¹¹, la Cour Constitutionnelle roumaine semble encore hésitante. Cette attitude ambiguë ne semble pas pourtant laisser de la place au questionnement, plus que légitime, qui viserait l'éventualité d'une révision constitutionnelle - implicite et non-conforme à la procédure préétablie – réalisée par la juridiction constitutionnelle elle-même au cas où la norme communautaire serait préférée en dépit de la Loi fondamentale, déclarée suprême dans le système normatif roumain et dont le gardien en est précisément la Cour Constitutionnelle.

¹¹ Paul Martens, « Sur le juge constitutionnel (discours prononcé à l'occasion de la XII-ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes en juin 2002) », Revue française de droit constitutionnel n°(53)1/2003, p. 12.