

NOMINATIONS POLITIQUES ET PRÉDILECTIONS IDÉOLOGIQUES. CONSIDÉRATIONS SUR LA LÉGITIMITÉ DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

Marius BALAN

Il serait difficile de surévaluer le rôle et l'importance de la juridiction constitutionnelle dans un État de droit, surtout dans le cas de la transition d'un régime totalitaire vers une démocratie constitutionnelle. C'est une des raisons pour lesquelles la pratique de l'instance constitutionnelle, les approches méthodologiques et l'argumentation des juges, leur attachement réel ou supposé envers les intérêts d'un groupe ou d'un parti, leurs prédilections idéologiques, tout comme les aspects biographiques et professionnels de leur passé font l'objet d'une préoccupation et d'une analyse minutieuse, point bienveillante, de la part des médias, de la classe politique ou de l'opinion publique. Il arrive assez souvent que les décisions inconvenables d'une instance constitutionnelle soient expliquées par les dessous biographiques ou professionnels d'un juge ou d'un autre, par une caractérisation globale et négative de la catégorie des juges constitutionnels ou de la caste des magistrats dans son ensemble, par des pressions politiques exercées sur les juges ou par le bornage idéologique ou les nostalgies communistes, point désintéressées, de ceux-ci. Vu la nature de leur fonction et les limites que la Constitution et la loi imposent à leur attitude, leur implication dans de pareilles polémiques est peu probable et moins efficace du point de vue de la transmission d'un message crédible. Rares sont les situations où la formule de Montesquieu, conformément à laquelle le pouvoir judiciaire est „en quelque façon nul” puisse être mieux et plus éloquemment illustrée et exemplifiée que par le caractère unilatéral de tous les débats publics au sujet des décisions à grand enjeu politique de la Cour Constitutionnelle, où la scène publique est occupée exclusivement par les critiques acerbes de l'instance et le discours public est centré sur la mise en évidence des tares et de la vulnérabilité politique de certains juges, et même sur le blâme de l'instance dans son ensemble.

En ce qui suit, nous allons essayer de démontrer, à partir d'une analyse comparatiste, que le mécontentement et le manque de confort provoqués par les décisions de l'instance de contentieux constitutionnel ne représentent pas un élément spécifiquement roumain ; on rencontre des critiques similaires, avec des variations des arguments et des accusations, également dans d'autres systèmes juridiques. On s'arrêtera surtout sur les exemples américain et allemand, dont les instances autorisées du contrôle de constitutionnalité des lois (Supreme Court et, respectivement, Bundesverfassungsgericht) ont souvent été et continuent d'être données pour exemple de réussite, digne d'être imité par tout État de droit.

On va ensuite examiner deux décisions récentes de la Cour Constitutionnelle de Roumanie (les Décisions no. 356 du 5 avril 2007 et no. 98 du 7 février 2008), qu'on peut, parmi bien d'autres, invoquer comme exemple de pratique inconséquente et discutable, fortement influencée par des pressions politiques, autant de la part des gouvernants que de l'opinion publique et des mass média. Dans la partie suivante on va analyser, dans une perspective comparatiste, la mesure où les réglementations et les pratiques de nomination des juges constitutionnels peuvent influencer, de façon positive ou négative, les décisions de l'instance constitutionnelle, aussi bien que le degré d'acceptation des jugements prononcés dans l'instance de contentieux constitutionnel par la classe politique et l'opinion publique.

Sans prétention de formuler des réponses à un problème tellement complexe, ayant un enjeu si élevé, et conscients de la vérité généralement valable que la science, conformément à la formule de Popper, n'offre jamais que le stade ultime de l'erreur humaine, nous allons énoncer et mettre en discussion quelques thèses qui peuvent constituer des repères ou des instruments utiles dans la démarche d'en trouver des solutions.

I. Le problème de la légitimation du contrôle judiciaire sur la constitutionnalité des lois a été mis en question et fortement débattu aux États-Unis, depuis même la prise d'attitude des Pères fondateurs¹, étant sans cesse réaffirmé, contesté² et reformulé au long du temps. Bien sûr, la pratique de la Cour Suprême américaine a varié d'une époque à l'autre. La période d'activisme judiciaire conservateur, évident à la fin du XIX^e siècle et aux premières décennies du XX^e, a été suivie d'une époque de réticence et d'acquiescement vis-à-vis des initiatives et des politiques de l'exécutif et de la majorité du Congrès, surtout à partir du deuxième mandat (1937-1941) du Président Franklin Delano Roosevelt. Depuis la fin des années '40³, la Cour s'est située sur des positions bien plus actives, en stimulant les facteurs politiques d'adopter des mesures en faveur des droits civils et de l'égalité des races⁴. L'énorme enjeu politique des nominations dans la fonction de juge suprême est devenu évident en spécial à l'occasion de la proposition de Robert H. Bork, par le président Ronald Reagan (1987), proposition rejetée par le Sénat des États-Unis, après des débats publics animés⁵. Ce qui a compté a été moins la carrière, la valeur professionnelle remarquable et la probité du candidat (indubitables), mais plutôt ses préférences politico-idéologiques (pour un exécutif autoritaire, anti-avortement, en défaveur du droit à la vie intime), qui ont dérangé les militants pro-avortement, les représentants des organisations féministes et anti-discrimination. Le fait que Bork avait antérieurement publié des ouvrages juridiques lui a été plutôt défavorable, car ceux-ci laissaient entrevoir ses préférences politiques conservatrices, de nature à attirer l'opposition véhémente de certains groupes de pression avec une large audience dans les mass média. La prépondérance, aux dernières décennies, des mandats

¹ L'approche classique de cette question, avec des conclusions favorables au contrôle judiciaire : Alexander Hamilton, in *The Federalist*, no. 78 (Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, with an Introduction, table of contents and index of ideas by Clinton Rossiter, New York, New American Library, 1961, pp. 423 et suiv.).

² On trouve un premier « réquisitoire » systématique au niveau doctrinaire contre la pratique de la Cour Suprême américaine – dont la tendance à la fin du XIX^e siècle était d'invalider les actes d'un législateur réceptif vis-à-vis des questions sociales – chez James Bradley Thayer, *The Origin and Scope of American Doctrine of Constitutional Law*, in „Harvard Law Review”, t. 7, pp. 129 et suiv. (1893). Un ouvrage classique du point de vue des réserves de principe envers l'activisme judiciaire : Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962.

³ Voir par exemple la décision de la Cour dans le cas *Shelley v. Kraemer* (334 U.S. 1 (1948)), où l'instance américaine, en mettant en pratique le XIV^e Amendement à la Constitution (la clause de l'égalité de protection, concernant pourtant les États seulement, et non les particuliers), formule la doctrine « de l'action de l'État » („state action doctrine”) qui annule les effets d'un contrat par lequel on interdisait à l'acheteur d'un immeuble la revente à des personnes « de couleur ». Le contrat comme tel, bien que discriminatoire, est valable, n'entrant pas sous l'incidence du texte exprès du XIV^e Amendement, mais sa mise en pratique implique « l'action de l'État », or l'action de celui-ci est prohibée, car soumise aux prévisions du respectif amendement.

⁴ La décision fondamentale en ce sens est celle adoptée dans le cas *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S., 483 (1953).

⁵ Voir Norman Vieira, Robert Gross, *Supreme Court Appointments : Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Southern Illinois University Press, 1998, surtout pp. 71 et suiv., et pp. 151 et suiv.

présidentiels américains, de paire avec le hasard biologique de la survenue aléatoire de la vacance de quelques postes de juges suprêmes nommés à vie ont eu pour conséquence qu'un plus grand nombre de juges de l'instance suprême américaine soient dernièrement nommés par des présidents républicains (John Rehnquist, remplacé en 2006 par John Glover Roberts, Antonin Scalia, John Paul Stevens, Clarence Thomas, David Hackett Souter, Anthony McLeod Kennedy, Sandra Day O'Connor, remplacée en 2006 par Samuel Alito). Après leur nomination, certains d'entre eux se sont fait remarquer par un déplacement vers le centre ou même vers la gauche de leurs positions vis-à-vis de certains problèmes-clé (l'égalité des races, l'avortement, la non-discrimination en fonction de l'orientation sexuelle, les pouvoirs fédératifs, les droits des États). Il s'agit de John Paul Stevens, Anthony MacLeod Kennedy, Sandra Day O'Connor et surtout de David Hackett Souter. Malgré tout ça, l'image de la Cour a gardé son caractère prépondérant conservateur, avec un évident *parti-pris* politique, comme à l'occasion du contentieux électoral survenu à la suite des élections du novembre 2000⁶. L'immense enjeu politique des nominations – à vie – à la Cour Suprême est également mis en évidence par le sérieux, la sévère rigueur et l'exhaustivité de l'examen des candidats proposés par le Président dans la Commission sénatoriale d'auditions, tel est le cas de l'assez récente nomination du juge John Roberts, qu'on a interrogé sur presque tous les problèmes juridiques décisifs de la pratique ancienne et récente de la Cour, sur ses positions et son interprétation de tout cas plus important, de même que sur ses conceptions politico-philosophiques vis-à-vis des questions perçus comme majeures dans la vie politique américaine⁷. De plus, l'insatisfaction d'un segment point insignifiant de l'opinion publique et de l'establishment académique vis-à-vis de la tendance générale des décisions de la Cour Suprême a déterminé, dans la dernière décennie, la promotion de certaines solutions visant un « constitutionnalisme populaire », accompli en dehors des instances, par lequel la Constitution soit « récupérée » de celles-ci, en invoquant l'autorité suprême et incontestée du peuple. De grands auteurs de droit constitutionnel américain plaident en faveur de cette idée⁸. On a, par exemple, affirmé que la loi fondamentale, la Constitution, est moins un ensemble de dispositions écrites (a set of written provisions), mais plutôt « un ensemble de principes aspirationnels » (a set of aspirational principles), exprimés dans le préambule de celle-ci, aussi bien que dans la Déclaration d'Indépendance⁹. Le même auteur, en manifestant sa réprobation vis-à-vis des opinions et des raisonnements de l'un des juges de la Cour Suprême, – Clarence Thomas – suggérerait que le peuple américain ne devrait pas considérer en tant que normes de droit à force de loi (as binding law) les décisions de la Cour prononcées à la suite d'une majorité de 5:4, lorsque le vote de Thomas en a fait la différence¹⁰.

⁶ Bush v. Gore, 531 U.S., 98 (2000). Voir également Jack M. Balkin, *Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics*, in „Yale Law Journal”, t. 110, Issue 8, pp. 1407-1458 (2001).

⁷ Les auditions ont duré quatre jours (12-15 septembre 2005), tous les membres de la Commissions ont adressé des questions concrètes et point complaisantes au candidat, et les textes des procès-verbaux totalisent des centaines de pages. Voir *The Hearings of Judge John G. Roberts*, document valable à <<http://www.asksam.com/ebooks/releases.asp?doc=786113&file=JGRHearing.ask>>.

⁸ Mark V. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1999; Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004; Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999.

⁹ Mark V. Tushnet, *op. cit.*, p. 11 et suiv.

¹⁰ Mark V. Tushnet, *Clarence Thomas: The Constitutional Problems*, in “George Washington Law Review”, t. 63, pp. 466 et suiv., p. 477, apud Scott D. Gerber, *The Court, the Constitution and the History of Ideas*, in “Vanderbilt Law Review”, t. 61, No.

Une décision importante, concernant également des aspects de la politique de nominations dans des fonctions judiciaires, a été prononcée assez récemment par la Cour Suprême américaine dans le cas *Republican Party of Minnesota v. White*¹¹. La décision visait la conformité par rapport à la Constitution d'une prévision du Code d'éthique des juges de Minnesota, prévision qui interdisait aux candidats à la fonction de juge de discuter en public des cas ou des problèmes qui, dans l'éventualité de leur nomination, pourraient faire l'objet d'un litige soumis à leur jugement. En d'autres mots, cette prévision empêchait les candidats de rendre manifestes leurs options ou leurs préférences politiques ou idéologiques, qui auraient pu constituer un argument en faveur de leur élection par des électeurs ayant des options ou des préférences similaires. Avec une majorité de 5:4, l'instance suprême s'est ralliée à l'avis du juge Scalia qui a considéré que la réglementation en question est incompatible avec le premier amendement de la Constitution américaine. La Cour a rejeté le point de vue des représentants de l'État de Minnesota, conformément auquel cette restriction avait pour but de garantir l'impartialité des juges. À l'avis de la Cour, l'impartialité concerne l'absence d'une prédisposition (« bias ») pour l'une des parties en litige, et non la préférence pour un certain genre de solutions ; puisque n'importe quelle des parties, située dans une position préférée ou refusée par le juge, est susceptible en mesure égale de perdre (ou de gagner), l'impartialité n'est pas altérée par ses opinions politiques, morales ou philosophiques. Il serait d'ailleurs surprenant que des personnes pas si jeunes (« no earlier than their middle ages ») n'aient pas des convictions claires et bien établies sur des questions constitutionnelles¹². Grâce au rôle qui revient aux juges américains dans l'interprétation de la Constitution et dans le contrôle du législatif, cette position équivaut – aux yeux des critiques – à l'adhésion aux positions du « réalisme juridique », dans le sens de l'assimilation sur le plan fonctionnel d'un acte de nomination d'un juge pro-avortement, contre les armes de feu, favorable à la liberté d'expression, avec l'adoption de certains actes législatifs exprimant les mêmes tendances. Bien que la perspective du « réalisme juridique » ait, sans doute, des mérites théoriques, ses conséquences pratiques au niveau de la nomination des juges selon leurs prédilections idéologiques peuvent être extrêmement graves¹³, en entraînant la compétition politique sur une pente descendante et en politisant trop la justice. Quelque naïve ou impossible de mettre en pratique qu'elle soit, l'idée d'un idéal absolu et apolitique de justice offre en quelque sorte un point de départ à l'activité du juge et assure les prémisses nécessaires, bien qu'insuffisantes, de l'impartialité.

En Allemagne, une moitié des juges de la Cour Constitutionnelle Fédérale sont élus par la Diète fédérale (Bundestag), et l'autre moitié par le Conseil Fédéral (Bundesrat) (l'art. 94, 1^{er} alinéa de la Loi Fondamentale), pour un mandat de 12 ans, qu'on ne peut pas prolonger ou renouveler et qui finit avant ce terme quand son titulaire accomplit ses 68 ans¹⁴. La Loi de la Cour Constitutionnelle Fédérale prévoit les conditions et la procédure d'élection des juges : des élections indirectes, par une Commission élective, dans le cas des juges élus par le Bundestag, qui doivent obtenir un vote favorable de la part de 8 des 12 membres de la Commission, et des élections directes, nécessitant le vote de deux tiers des membres du Bundesrat, pour les juges élus

4 (2008), pp. 1067-1126, p. 1073. Gerber précise également que, ultérieurement, Mark V. Tushnet a détaillé sa position dans l'ouvrage *Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, 2005, pp. 71-72 (ibid., loc. cit., p. 1073).

¹¹ 536 U.S., 765 (2002).

¹² Ibidem, pp. 778-779, où Scalia cite une opinion formulée par John Rehnquist dans le cas *Laird v. Thomson*, 409 U.S. 824, p. 835 (1972).

¹³ En ce sens, William P. Marshall, *Constitutional Law as Political Spoils*, in „Cardozo Law Review“, t. 26, No 2 (2006), pp. 525-541, aux pp. 540-541.

¹⁴ § 4, al. 1-3 de la Loi de la Cour Constitutionnelle Fédérale (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), adoptée en 1951, modifiée et republiée en 1993.

par cette chambre. Grâce à ce système, le résultat des élections a presque toujours été favorable à l'un des deux grands partis, chrétien-démocrate ou social-démocrate (qui totalisent deux tiers du nombre de membres du parlement bicaméral), qui se sont assurés une parité de la représentation dans l'instance suprême de droit constitutionnel. Cette pratique électorale a été caractérisée comme un « accord fondamental entre le CDU/CSU et le SPD » (les deux partis majoritaires), par lequel ceux-ci s'assurent réciproquement la satisfaction des préférences sur l'occupation des postes des juges élus. S'il arrive qu'un poste reste vacant, le parti auquel revient la nomination avance une proposition, et dans le cas où il n'y a pas des objections, le candidat proposé est choisi à l'unanimité. Si des objections apparaissent, le parti en question soit il les combat par des arguments, soit il formule une nouvelle proposition, et la procédure est refaite à partir de ce point, jusqu'à ce qu'on arrive à un accord sur la personne qui sera élue.¹⁵ Outre l'évident désavantage de permettre que deux grands partis monopolisent les nominations pour la Cour Constitutionnelle Fédérale, la pratique respective présente quand même l'avantage de stimuler les potentiels éligibles dans la fonction de juge constitutionnel de nuancer leurs opinions, en évitant les attitudes extrêmes et tranchantes, et en s'avérant en même temps ouverts et compréhensifs vis-à-vis des positions et des points de vue adverses. Dans le cas contraire, à cause d'une surenchère politique et idéologique des positions du propre parti, ils pourraient très facilement devenir inacceptables pour les représentants des autres formations politiques, en réduisant ainsi en poussière leurs chances d'être élus pour la fonction de juges constitutionnels.

L'existence d'une instance de contentieux constitutionnel, ayant de vastes compétences en ce qui concerne l'examen de la conformité des actes du législateur par rapport à la Loi Fondamentale, a été de nature à conférer un intérêt théorique et pratique particulier, ainsi bien qu'un enjeu politique majeur, au problème de l'interprétation de la Constitution¹⁶ et du lien du juge à la loi. Une des principales idées émanées de ces débats se réfère au fait que les approches d'ordre sociologique, psychologique ou de théorie des systèmes, bien qu'elles offrent une perspective inédite et intéressante, en facilitant la compréhension de l'acte de justice, ne peuvent pas se substituer à la méthodologie juridique dans la formulation solide d'une décision judiciaire et dans l'établissement du sens du texte de la loi fondamentale ou de la loi en général. En reprochant au positivisme juridique de négliger les influences d'ordre factique qui déterminent les résultats d'une décision judiciaire, des pareilles approches faillent à leur tour par ignorer une dimension spécifique au droit : la normativité.¹⁷

¹⁵ Wilhelm Karl Geck, *Wahl und Status des Bundesverfassungsrichter*, § 57, in Josef Isensee, Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, *Demokratie – Bundesorgane*, Heidelberg, C.F. Müller, 1996, pp. 697 et suiv., à la p. 705, l'auteur citant Klaus Kröger, (*Richterwahl*, in Christian Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz : Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 94), en affirmant aussi que les observations de celui-ci sont également valables pour la décennie suivante.

¹⁶ Pour une analyse systématique du problème, en grande mesure encore valable, voir Ernst Wolfgang Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, in „Neue Juristische Wochenschrift“, 26. Bd., 1976, colonnes 2089-2099. Quant au problème du lien du juge à la Constitution et à la loi en général, voir Gerd Roellecke, Christian Starck, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, in „Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer“, Bd.34 (1975), Walter de Gruyter, Berlin, 1976, pp. 1-143.

¹⁷ Christian Starck, in Gerd Roellecke, Christian Starck, *op. cit.*, pp. 51 et suiv., surtout p. 58.

Aux dernières années, une polémique¹⁸ s'est déclenchée autour du lien du juge à la loi et la mesure où celui-ci a la liberté de choisir la méthode d'interprétation de la loi et de la Constitution. La discussion ne se limite, bien sûr, au contentieux constitutionnel, mais elle implique également la justice constitutionnelle, l'un des participants actifs au débat (Winfried Hassemer) étant, jusqu'en 2008, vice-président de la Cour Constitutionnelle Fédérale de l'Allemagne. Dans ce pays, les avertissements concernant l'arbitraire et l'imprédictibilité du contentieux constitutionnel et de la justice en général n'ont pas fait défaut¹⁹, étant formulés même par de renommés juges constitutionnels (Willi Geiger,²⁰ Wolfgang Zeidler, Roman Herzog). Ce qui est à remarquer c'est le fait que la discussion concerne en moindre mesure les parti-pris des

¹⁸ Voir B. Rüthers, *Auf dem Weg zum Richterstaat*, in: „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ (en ce qui suit, abrégé: FAZ) du 2 Novembre 2000, p. 12; *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?* in „Juristenzeitung“ (par la suite, abrégé: JZ), 2002, pp. 365-371; *Diener oder Herren?* in FAZ, le 2 février 2005, No 27, p. 7; *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in JZ, no 2/2006, pp. 53-60; *Zwischenruf aus der methodische Wüste : „Der Richter wird's schon richten“*, in JZ, no 19/2006, pp. 958-960; voir, également, pour le même auteur, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6. Aufl., Tübingen, J.C.B. Mohr, 2005 ; idem, *Entartetes Recht*, 3. Aufl. München 1990.) ; Günter Hirsch, *Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt*, in „DIE ZEIT“ no 41/2003 ; idem, *Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung – Der Richter im Spannungsverhältnis zwischen Erster und Dritter Gewalt*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, C.F.Müller 2003 ; idem, *Rechtsstaat oder Richterstaat*, in FAZ du 30 avril 2007, p. 8 ; idem, *Auf dem Weg zum Richterstaat?*, in JZ, no 18/2007, pp. 853-858 ; voir aussi les opinions du Président de la Cour du Land (Rhénanie de Nord-Westphalie) d'Osnabrück et Président de l'Association Allemande des Magistrats (Deutscher Richterbund) Wolfgang Arenhövel, au cours des débats juridiques de la « Revue de politique juridique », dans „Zeitschrift für Rechtspolitik“ (en ce qui suit, abrégé : ZRP), no 2/2005, pp. 69 f. ; W.Hassemer, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, in ZRP, No 7/2007, pp. 213-219.

¹⁹ Voir, en ce sens, une prise de position récente qui synthétise les points de vue et les arguments de plusieurs parties : Bernd Rüthers, *Zbor continuat cu vizibilitate zero sau amurgul metodologic al justiției? – Considerații privind practica interpretativă a instanțelor federale supreme* (le titre original : *Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? – Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte*), in « Les Annales Scientifiques de l'Université ‚Alexandru Ioan Cuza‘ de Iași », la série Sciences Juridiques, t. LV (2009), en cours de parution.

²⁰ W. Geiger, in „Deutsche Richterzeitung“ 1982, p. 325: « Le résultat concret (à lire : d'un procès) est devenu tout à fait imprévisible. En tout cas, on peut affirmer avec assez de certitude : si tu crois obtenir tout ce qui te revient conformément à ta conviction, tu te trompes. Dans ce cas, voilà un conseil utile également au dégrèvement des instances : si possible, n'intentes-tu aucun procès ; par la transaction extrajudiciaire (außergerichtliche Vergleich) ou par jeter les dés le litige est solutionné plus rapidement, moins coûteux et, en cas de doute, aussi correctement que par une décision judiciaire. Ce qui signifie, en tout sérieux: dans les circonstances qui existent à présent dans la République Fédérale, il est illusoire de prétendre aux instances de faire de la justice ». La citation a été rendue d'après Bernd Rüthers, loc. cit.

juges ou les pressions politiques exercées sur eux,²¹ bien que il y en a eu assez, et surtout la méthodologie et l'argumentation des instances suprêmes, y compris de la Cour Constitutionnelle. C'est une chose apparemment surprenante, vu que la Cour Constitutionnelle Fédérale est fameuse grâce à la solidité, l'acribie et l'érudition de ses jugements, qui représentent souvent des amples exposés de théorie et de littérature juridique, en passant en revue toutes les idées et les arguments révélateurs pour la respective solution, étendues souvent sur des dizaines ou mêmes des centaines de pages²². Dans ce contexte-ci, un relâchement méthodologique, de nature à offrir au juge une grande liberté d'interprétation du texte de la loi, « tout comme un pianiste, plus ou moins virtuose » dans l'interprétation de sa partition pourrait être dangereux, parce qu'il lui confère une liberté de reformulation du droit qui excède ses compétences instituées par la Loi Fondamentale. On pourrait même arriver à une transformation « furtive » de la Constitution, par l'augmentation du droit judiciaire et par la pratique méthodologique des instances suprêmes²³.

Cette brève présentation de la situation des instances de contentieux constitutionnel et des problèmes généraux du contrôle de constitutionnalité, aux États-Unis et en Allemagne, illustre le fait que, même quand le contrôle de constitutionnalité a des racines profondes dans la culture politique et la pratique institutionnelle d'une nation, ne font pas défaut les décisions controversées, les inconséquences méthodologiques et les accusations de *parti-pris* politique ou de préférences idéologiques. La virulence des accusations dépend plutôt de l'ampleur et de l'importance de l'enjeu politique, de la scission qu'un certain problème provoque dans l'État ou la société et en moindre mesure de la solidité de la tradition judiciaire ou de l'honorabilité ou de l'impartialité des représentants de la justice. Il ne faut pourtant pas nier ou minimaliser l'importance et la signification de pareilles contestations, il ne faut pas les voir comme des simples manifestations d'une frustration politique de ceux qu'une décision ne satisfait pas. Dans un État de droit démocratique et constitutionnel, le danger ne consiste pas dans les attaques directes et manifestes contre ses principes constitutifs, mais plutôt dans l'érosion lente et permanente de la croyance dans la légitimité et l'efficacité de ses institutions fondamentales.

²¹ Un exemple fameux quant à l'adoption des décisions sous la pression des facteurs politiques et des mass media est donné par les décisions de la Cour Constitutionnelle Fédérale sur la constitutionnalité des lois de ratification des traités conclus par la RFA avec l'URSS et la Pologne dans le cadre de l'ainsi dite « politique orientale » (*Ostpolitik*) du chancelier Willy Brandt. Des problèmes constitutionnels majeurs étaient provoqués par la reconnaissance officielle des frontières de l'Allemagne d'après la guerre, aussi que la reconnaissance du gouvernement de la RDA. Par sa décision du 7 juillet 1975, l'instance allemande a, au bout du compte, déclaré que les lois de ratification sont compatibles avec la Loi Fondamentale ((*Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen* = Le Recueil de décisions de la Cour Constitutionnelle Fédérale), t. 40, pp. 141 et suiv. Le recueil de décisions sera cité par la suite sous l'abréviation : BVerfGE). Voir aussi Eckart Klein, *Bundesverfassungsgericht und die Ostverträge*, Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen, Bonn, 1985.

²² Voir en ce sens l'ample, l'érudite et la rigoureuse argumentation de la décision sur le caractère anticonstitutionnel du KPD (le parti communiste d'Allemagne), in BVerfGE, t. 5, pp. 85 et suiv.

²³ Bernd Rütters, *Zbor continuat cu vizibilitate zero sau amurgul metodologic al justiției? – Considerații privind practica interpretativă a instanțelor federale supreme* (travail cité dans la note 19), p 1. La comparaison du juge avec un virtuose du piano appartient à Günter Hirsch, cité par Rütters.

II. En examinant la Cour Constitutionnelle de Roumanie,²⁴ on peut de prime abord observer que l'évolution politique et électorale de l'État roumain y a joué un rôle important. La Cour a été fondée en 1992, étant composée de 9 juges (dont trois nommés pour un mandat de 9 ans, trois pour un mandat de 6 ans et les autres trois à 3 ans) ; tous les 3 ans elle est renouvelée de trois juges (l'un nommé par le Président de la Roumanie, le deuxième par le Sénat et le troisième par la Chambre des Députés), nommés pour un mandat unique de 9 ans. Donc, on a fait des nominations en 1995, 1998, 2001, 2004 et 2007. Les circonstances où la scène politique a été dominée, dans la première décennie et demie d'après 1989, par un seul parti politique (Le Front du Salut National, devenu en 1992 Le Front Démocrate du Salut National, en 1993 Le Parti de la Démocratie Socialiste de Roumanie, et depuis 2001 Le Parti Social Démocrate) a influencé la composition de la Cour Constitutionnelle. La nomination des juges de la Cour est généralement survenue dans des années où ce parti gouvernait, détenait la majorité dans le Parlement et, par M. Ion Iliescu²⁵ exerçait la fonction suprême dans l'État. Donc, un président social-démocrate (ou démocrate-social) et un Parlement où la même couleur politique était majoritaire ont nommé des juges à la Cour Constitutionnelle en 1992, 1995, 2001 et 2004. Les nominations faites dans les autres années (1998 et 2007) ont modifié un tiers de la structure de la Cour, sans pourtant affecter la majorité, formée de juges nommés pendant le gouvernement du même parti. Il faut également observer que, depuis 1998, la Cour a en permanence inclus un juge appartenant au parti de la minorité magyare, UDMR (Kozsokar Gabor, et à partir de 2007, Puskás Valentin Zoltan). Les deux juges magyars ont été, antérieurement à leur nomination, parlementaires de l'UDMR, pendant un ou plusieurs mandats. Bien que l'UDMR ait été partenaire de gouvernement du PSD, les juges magyars ont été nommés par des majorités autres que celle du PSD, les sociaux-démocrates en préférant de promouvoir des candidats du sein de leur parti (quand même, l'image d'une nomination en masse de juges constitutionnels ayant des CVs de politiciens sociaux-démocrates serait exagérée). Pour les premières nominations après 1990 on a préféré des professeurs de droit (Ioan Muraru, Antonie Iorgovan, Costică Bulai, Viorel Mihai Ciobanu, Ion Deleanu, Nicolae Popa) ou des spécialistes en sciences juridiques (Vasile Gionea, député PNȚCD, de l'Institut de Recherches Juridiques, nommé par Ion Iliescu)).

²⁴ I. Muraru et E.S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice/ [Droit constitutionnel et institutions politiques]*, t. II, C.H. Beck, București, 2006, pp. 251-266; Genoveva Vrabie et Marius Balan, *Organizarea politico-etatică a României/ [L'organisation politico-étatique de la Roumanie]*, Iași, Institutul European, 2004, pp. 245-297 ; Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale/ [Institutions et procédures constitutionnelles]*, C.H. Beck, București, 2006, pp. 810-904. Pour une analyse détaillée des dispositions du V^e Titre de la Constitution (La Cour Constitutionnelle), voir Ioan Muraru, le commentaire des art. 142-147, in Ioan Muraru et Elena Simina Tănăsescu (coord.), *Commentaire du 1^{er} art.*, no 29, in Ioan Muraru et Elena Simina Tănăsescu, *Constituția României. Comentariu pe articole/ [La Constitution de Roumanie. Commentaire par articles]*, C.H. Beck, București, 2008, pp. 1369-1424. Voir aussi Ioan Muraru et Mihai Constantinescu, *Curtea Constituțională a României/ [La Cour Constitutionnelle de Roumanie]*, Éditions Albatros, București, 1997 ; Ion Deleanu, *Justiția Constituțională/ [La Justice Constitutionnelle]*, Éditions Lumina Lex, București, 1995.

²⁵ La forte évidence de l'association de M. Ion Iliescu avec le PSD est le mieux illustrée par le fait que, dans la presse et le discours public, il est considéré comme le « fondateur » de ce parti, bien que, aux moments-clé de son apparition et de ses transformations successives - 1992 : la séparation du FDSN de FSN, 1993: le changement de titulature en PDSR, 2001: la formation du PSD par la fusion avec l'insignifiant Parti Social Démocrate Roumain – M. Ion Iliescu était Président de l'État et donc incompatible avec la qualité de membre d'un parti politique.

Il faut souligner que, bien que la Cour Constitutionnelle ait prononcé, lors de sa première décennie, des décisions²⁶ susceptibles d'être critiquées sous l'aspect de la soumission obséquieuse par rapport aux intérêts politiques du parti de gouvernement, les reproches adressés à l'instance ont été moins véhéments. L'instance de contentieux constitutionnel n'a pas été perçue comme facteur indépendant par rapport au pouvoir politique, et les décisions en faveur de celui-ci ont été acceptées avec une sorte de résignation. Le terrain de débats de la confrontation politique était la compétition électorale, et le gagnant de cette confrontation allait établir, en fonction de la majorité parlementaire et des leviers de pouvoir de l'exécutif, les politiques publiques, sans s'attendre à des ingérences de la part du pouvoir judiciaire ou de la justice constitutionnelle. Le fait que la Cour Constitutionnelle a déclaré comme non-constitutionnelle une disposition de la loi (conformément aux prérogatives accordées expressément par la Constitution) a été à même de déterminer le chef du Gouvernement d'adresser, en 1995, une lettre alarmée aux présidents des deux chambres du Parlement, en leur demandant que le Parlement « analyse la Décision no. 1/1995 de la Cour Constitutionnelle » dans toutes ses conséquences et d'adopter, conformément à ses prérogatives inaliénables, une résolution adéquate, destinée à remettre l'ordre constitutionnel dans les paramètres établis par l'Assemblée Constituante, paramètres consacrés par le Référendum populaire »²⁷.

La nouvelle attribution conférée à la Cour Constitutionnelle de Roumanie, à la suite de la révision en 2003 de la loi fondamentale, celle de solutionner « les conflits juridiques de nature constitutionnelle entre les autorités publiques » (l'art. 146, let. e)) a fait notre instance de contentieux constitutionnel se confronter à des problèmes à fort enjeu politique, surtout après 2007, dans le contexte de la dissolution de l'alliance politique et gouvernementale entre le Parti National Libéral et le Parti Démocrate, ayant pour corollaire le déclenchement de conflits politiques entre le Président et le Gouvernement.

Une première décision²⁸ se réfère au conflit juridique de nature constitutionnelle apparu entre le Président de Roumanie et le Gouvernement de Roumanie, au sujet du refus du président de nommer dans la fonction de ministre des affaires étrangères le candidat proposé par le premier, M. Adrian Cioroianu. Dans l'argument du Gouvernement on affirmait que l'attribution du Président de faire des nominations dans des fonctions publiques, suite aux propositions faites par d'autres autorités justement pour ainsi assurer la solennité des nominations, vu l'importance de

²⁶ Voir, par exemple, la Décision no 73/19 juillet 1995 (« Le Moniteur Officiel de Roumanie », I^{ère} Partie, no 177 du 8 août 1995), sur la constitutionnalité de la vente aux des maisons nationalisées aux locataires, au détriment des propriétaires qui sollicitent leur restitution, ou la Décision no 1/1996, sur la constitutionnalité d'une troisième candidature de M. Ion Iliescu pour la fonction de Président de Roumanie, dont la structure argumentative a été réitérée par la Décision no 3/2000. Pour l'opinion contraire, voir les thèses – rigoureusement argumentées – de l'opinion séparée du Président de la Cour Constitutionnelle, Lucian Mihai, par rapport à la Décision de la Cour Constitutionnelle no 3/24 octobre 2000 sur la contestation de la validité de la candidature de M. Ion Iliescu pour la fonction de Président de Roumanie, publiée dans le « Moniteur Officiel », no 552/8 novembre 2000 (et aussi dans *Curtea Constituțională. Decizii și hotărâri – 2000/ [La Cour Constitutionnelle. Décisions et arrêts - 2000]*, pp. 924-938, pp. 930-936).

²⁷ Lettre publiée dans le « Bulletin Semainier du Gouvernement de Roumanie », no 17 du 24-30 janvier 1995, p. 12, conformément à Antonie Iorgovan, *Odiseea elaborării Constituției României/ [L'Odyssée de l'élaboration de la Constitution de la Roumanie]*, Maison d'Éditions de l'Union „Vatra Românească”, Târgu Mureș, 1998, p. 2.

²⁸ La Décision no 356/5 avril 2007, publiée dans le « Moniteur Officiel de Roumanie », I^{ère} Partie, no 322 du 14 mai 2007.

ces fonctions, ne transforme pas le Président en organe de censure, ne lui confère pas le droit de veto, ne l'implique pas dans la prise de décision. Le point de vue du Président était que la nomination d'un ministre n'est pas un acte purement formel, et que le Président n'est pas obligé de nommer automatiquement un ministre proposé de façon unilatérale par le premier ; le Président possède une légitimité élective, qui lui confère le droit d'apprécier lui-même la capacité d'une personne de devenir membre du Gouvernement. Après avoir analysé les dispositions de la Constitution, de la loi d'organisation et de fonctionnement du gouvernement, aussi bien que les textes révélateurs des Règlements des Chambres, la Cour a établi que, tout comme le Parlement n'exerce pas le droit de veto, mais son activité consiste à vérifier si le candidat remplit les conditions conformes à la fonction, de même, le Président de Roumanie n'a pas le droit de veto contre la proposition faite par le premier ministre, mais il a le droit de vérifier si le candidat correspond à la fonction et peut demander au premier ministre de formuler une autre proposition de candidat pour la fonction en question. En tout cas, le refus de la candidature doit être justifié. Par conséquent, la Cour a décidé que, dans l'exercice de ses attributions prévues par l'art. 85, al. (2) de la Constitution, le Président de Roumanie n'a pas droit de veto, mais il peut demander au premier ministre de renoncer à sa sollicitation, s'il constate que la personne proposée ne remplit pas les conditions légales pour exercer la fonction de membre du Gouvernement.

La deuxième décision²⁹ a été adoptée à partir d'un ensemble de circonstances presque identique à celui qui s'est trouvé à la base de la première décision. Le conflit juridique de nature constitutionnelle a été déclenché par le refus du Président de Roumanie de désigner dans la fonction de Ministre de la Justice la candidate proposée par le premier ministre, Mme Norica Nicolai. Cette fois-ci, la décision a été prononcée avec une majorité de votes et a été accompagnée par une opinion séparée, signée par les juges Tudorel Toader et Puskás Valentin Zoltan. Dans ce cas, la Cour affirme que, « à ce qu'on a montré, dans l'exercice de sa compétence prévue par l'art. 85, al. (2) de la Constitution, le Président de Roumanie peut ne pas accepter la proposition du premier ministre de nommer quelqu'un dans une fonction vacante de ministre et lui demander de reformuler sa proposition. Il faut remarquer que cette fois-ci la Cour ne parle pas de l'inaccomplissement des conditions légales par la personne proposée pour la fonction, en admettant implicitement qu'il peut y avoir d'autres raisons qui justifient le refus de la nomination. En invoquant l'argument que la Cour n'a pas le droit de laisser se perpétuer le blocage de l'activité gouvernementale concernant la justice, sous prétexte que l'art. 85, al. (2) de la Loi Fondamentale ne mentionne pas combien de fois le Président de Roumanie peut solliciter au premier ministre de formuler une autre proposition, ni l'obligation du premier ministre de faire une proposition différente de celle initiale », tout comme le fonctionnement optimal des autorités publiques, avec le respect du principe de séparation des pouvoirs, sans blocages institutionnels, en tant que l'une des conditions de l'accomplissement des objectifs fondamentaux de l'État roumain, la Cour a statué que, par analogie à une autre situation de possible blocage institutionnel, dans le cas du refus du Président de promulguer une loi, le Président de Roumanie, sans droit de veto, peut demander une seule fois au premier ministre, à base d'arguments, de faire une proposition de nomination de quelqu'un d'autre dans la fonction de ministre.

La motivation des solutions différentes adoptées dans un intervalle si court est évidente pour ceux qui sont au courant des événements politiques des dernières années. Dans le premier cas, la décision a été prise après que le Président de Roumanie, en dépassant les véhémentes objections formulées publiquement, a pourtant nommé M. Adrian Cioroianu dans la fonction de Ministre des Affaires Étrangères. La décision, apparemment favorable à la position du Gouvernement, inclut quand même certaines réserves sur les motifs, suivies d'une formulation nette dans le dispositif de la décision. Lors d'un examen plus attentif, on peut pourtant observer que l'instance s'est réservé un

²⁹ La Décision no 98/7 février 2008, publiée dans le « Moniteur Officiel de Roumanie », I^{ère} Partie, no 864 du 22 décembre 2008.

certain espace de manœuvre : en statuant que le Président peut demander au premier ministre de renoncer à sa proposition de nomination si le candidat ne remplit pas les conditions légales en vue de la nomination, la Cour n'a pas précisé que ce serait la seule situation où le Président aurait le droit de refuser la nomination. Quant à la deuxième décision, la Cour a exploité cet espace de manœuvre, en évitant toutefois de prononcer une solution entièrement favorable au Président, et elle a préféré de compléter la Constitution, en stipulant une règle concernant la possibilité de refuser une seule fois la nomination et, implicitement, l'obligation d'accepter sans conditions (sauf le cas d'inaccomplissement des conditions légales) la deuxième proposition. Il faut remarquer que dans les deux situations, la Cour a préféré de se maintenir au niveau des considérations formelles, en évitant avec précaution d'examiner le problème de fond, c'est-à-dire si un candidat concret est, conformément ou malgré les circonstances invoquées par le Président, apte ou non d'exercer la fonction de ministre.

Par le prononcé des deux décisions, la Cour a réussi à éviter les accusations de parti-pris politique, en adoptant des solutions qui ont partiellement satisfait en égale mesure les deux parties impliquées dans la dispute, même au prix d'une certaine inconséquence. Il est pourtant évident que l'instance de contentieux constitutionnel a pris ses décisions sous la pression des mass média et des facteurs politiques, étant préoccupée plutôt de trouver une solution acceptable pour le cas présent et concrète que de statuer une solution de principe.

III.

1^{er} thèse. L'absence d'une méthodologie rigoureuse, élaborée et conséquente est la cause principale des critiques graves dont est susceptible une instance de contentieux constitutionnel.

2^e thèse. Remédier ce défaut (l'absence de la méthodologie adéquate) ne suffit pas pourtant pour éliminer ou atténuer considérablement les critiques qu'on peut adresser à la Cour Constitutionnelle.

3^e thèse. Loin d'être antinomique par rapport à la légitimation du pouvoir politique, la juridiction constitutionnelle dispose d'un instrument propre de légitimation, la légitimation par discours.

4^e thèse. La légitimation par discours dépend de la capacité des juges constitutionnels d'apporter des arguments solides, accessibles et crédibles en faveur de leurs décisions, aussi bien que de l'intérêt et de la réceptivité de la société, des classes politiques et des élites culturelles vis-à-vis du discours juridique.

5^e thèse. Malgré les défauts et les aspects à critiquer de la pratique de la Cour Constitutionnelle, la critique dont elle fait l'objet est plutôt l'expression et la conséquence du manque d'une culture du dialogue dans la société roumaine, aussi bien que de l'absence des aptitudes d'articuler, suivre, recevoir et critiquer un discours public cohérent.

6^e thèse. Les diverses solutions constitutionnelles et légales de nomination des juges constitutionnels ont un impacte limité sur le caractère général des futures solutions prononcées par la Cour.

7^e thèse. La sélection des juges constitutionnels, et des magistrats en général, doit avoir en vue les critères de l'expérience professionnelle, plutôt que ceux d'une affinité idéologique supposée ou réelle. Evidemment, il ne faut pas s'attendre ou désirer qu'une chambre majoritairement libérale nomme comme juge constitutionnel un candidat ayant une affiliation idéologique socialiste, par exemple. Il est pourtant désirable que, parmi plusieurs candidats dont les professions idéologiques de foi sont favorables au parti majoritaire, et dont il faut en tout cas suspecter la sincérité, on préfère ceux qui réussissent à mieux articuler la manière dont ils envisagent les solutions pour des cas futurs hypothétiques, et qui démontrent de la façon la plus convaincante la validité de la solution préconisée.

8^e thèse. Il n'y a pas des solutions normatives pour la sélection de juges neutres, indépendants, impartiaux et compétents. Les textes constitutionnels et légaux peuvent, au mieux, éliminer une partie des mauvaises variantes, mais la décision ultime sur le choix d'une personne implique

toujours un haut degré d'évaluation politique discrétionnaire de la part des autorités habilitées à faire la nomination.

9^e thèse. Malgré tous les désavantages qu'elle implique, la solution de la nomination politique, par les majorités des Chambres ou par le Président, des juges de la Cour Constitutionnelle, l'influence du facteur politique et des calculs anticipés des partis politiques constituent un mal nécessaire, qu'on peut atténuer mais non éliminer par des exigences supérieures d'ordre professionnel, académique et moral dans la sélection des juges.

10^e thèse. Dans la mesure où elle exprime des convictions profondes, structurées sur une solide armature intellectuelle, consolidée par des arguments solides et éloquents, l'affiliation idéologique des juges de la Cour est plutôt un élément positif, de nature à offrir un certain degré de prédictibilité aux décisions de celle-ci.

11^e thèse. Sans nier ou relativiser le rôle de facteur d'équilibre des pouvoirs dans un État de droit, de « gardien de la Constitution », l'instance de contentieux constitutionnel est elle-même la résultante du jeu de forces politiques de l'État et de la société. La solution la plus fiable pour l'optimisation de ses résultats reste l'épure du climat politique de l'État et de la société.