

L'ENJEU POLITIQUE DE LA FIDÉLITÉ DU JUGE ENVERS LA CONSTITUTION ET LA LOI

Marius BALAN

Dans le contexte des approches positivistes, le concept moderne de loi acquiert, à partir le XIXe siècle, une signification plus restreinte : il ne s'agit plus que des actes édictés par l'État, qui ont été approuvés par le Parlement et sanctionnés par le monarque. Par ce fait, le concept de droit constitutionnel de la loi est essentiellement marqué par la perspective juridique des compétences et de la procédure.¹ A la différence du concept pré-moderne de *lex naturae*, où la loi apparaît comme résultat de la mise en évidence, par les moyens de la raison, d'un ordre naturel préexistant, la loi dans l'époque positiviste porte l'empreinte du volontarisme. La liberté et l'égalité des individus dans l'État et dans la société sont quand même garanties en quelque sorte par le caractère de généralité de la loi. La généralité, au sens de la mise en relation d'une situation de fait, décrite de manière abstraite, avec une certaine conséquence juridique sur une classe indéterminée de cas et de personnes, représente un principe purement formel et il n'offre pas la garantie de la justesse d'une norme. Le caractère général de la loi constitue, en même temps, un facteur qui confère de l'effectivité et du sens au principe de la séparation des pouvoirs dans l'État, en gardant la distance entre la décision abstraite du législatif et la décision concrète du juge.

Le problème est que l'architecture de l'édifice de l'État a bien changé aux dernières décennies, ce qui a affecté de façon majeure le système de contrôle réciproque et de contrepoids institué conformément au principe de la séparation des pouvoirs. Dans l'État industriel moderne, il revient au législatif non seulement le rôle d'établir des règles générales qui réglementent dans l'abstrait la conduite des acteurs politiques, économiques et sociaux, mais également l'autorité de redistribuer les ressources et les biens nationaux, de promouvoir certaines politiques au niveau social, culturel, de la protection de l'environnement, des minorités, de la lutte contre la discrimination et, non pas en dernier lieu, dans le domaine de la coopération internationale et de l'intégration européenne. Tous ces problèmes supposent un niveau majeur de décision politique, en nécessitant une analyse approfondie de certaines conjonctures concrètes de circonstances, une évaluation minutieuse des possibles conséquences et un examen laborieux de l'espace de manœuvre circonscrit par les normes constitutionnelles et par les limites hétéronomes, tenant du droit européen, de la réglementation.

La fidélité du juge envers la loi et la Constitution dépend en grande mesure autant de la méthode d'interprétation que du concept de Constitution agréée par les interprètes de la loi fondamentale. Ce qui, par certains, est vu comme décision politique du judiciaire, peut pour d'autres représenter une interprétation de la loi fondamentale fidèle à l'esprit qui avait animé ses pères fondateurs ou aux valeurs suprêmes consacrées par celle-ci. Il y a plus de trois décennies, Ernst Wolfgang Böckenförde² a classifié les positions méthodologiques relatives à l'interprétation de la Constitution en quatre catégories : a) la méthode herméneutique classique ; b) la méthode topique, orientée sur le problème (*topisch-problemmorientierte Methode*) ; c) l'interprétation de la Constitution orientée sur les sciences de la réalité et d) l'interprétation herméneutique-concrétisatrice de la Constitution.

a) La méthode herméneutique classique postule la nécessité d'interpréter la Constitution selon les mêmes méthodes que la loi, puisque la rédaction de la Constitution sous la forme d'une loi écrite

¹ Christian Starck, *Funktion der parlamentarischer Gesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, in idem, *Demokratischer Verfassungsstaat*, Mohr (Siebeck), Tübingen, 1993, pp. 17-32, à la p. 18; voir aussi: Ernst Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1958.

² Ernst Wolfgang Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik*, in idem, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993, pp. 53-88 (en ce qui suit, abrégé: E.W. Böckenförde, *Die Methoden...*).

représente une victoire de l'État de droit et le fondement de l'évidence et de la stabilité de celle-ci.³ L'interprétation doit être faite conformément au canon classique, élaboré à l'époque par Friedrich Karl von Savigny, qui inclut (uniquement) les méthodes grammaticale, logique, historique et systématique. Contre cette opinion on a apporté l'argument que, lorsqu'il a élaboré son canon interprétatif, Savigny n'a pris en considération que le droit privé, en négligeant son extension au domaine du droit public.

b) La méthode topique prend en considération le caractère fragmentaire, souvent indéterminé des normes constitutionnelles, en offrant ainsi une solution pour les imperfections de la méthode classique. Elle a été d'ailleurs considérée par Ulrich Scheuner comme « herméneutique spécifique du droit constitutionnel ». ⁴ Conformément à cette méthode, le problème prime sur la norme et le système, et l'interprétation juridique apparaît comme un processus ouvert d'argumentation, dont le critère d'orientation ne consiste pas dans un contenu normatif [*Norminhalt*] prescrit, qu'on va découvrir et ensuite appliquer. Tout au contraire, le contenu normatif (indéterminé) et le système dogmatique ne sont employés qu'en tant que points de vue – à côté d'autres –, pour résoudre le problème.⁵ Pour Theodor Viehweg, l'auteur qui a initié cette direction de pensée,⁶ la topique représente une technique (il préfère le terme grecque de « techne ») reprise et développée à partir de la rhétorique, un procédé à part de résoudre les problèmes, qu'il oppose à la pensée juridique systématique. Pour citer Horst Ehmke: « Puisqu'à la jurisprudence on n'offre pas le système, mais les problèmes, il n'est pas possible que d'un système construit avec anticipation découle une sélection des problèmes (qui écarte les problèmes que le système n'enregistre pas comme étant « métajuridiques »); au contraire, de tout problème donné doit découler une sélection des systèmes (où l'on va chercher jusqu'à trouver une solution adéquate, « juste »).⁷ Ainsi déterminé, le caractère ouvert de l'interprétation n'est pas lié à une certaine hiérarchie ou un certain ordre des arguments ou des points de vue, en rendant possible un « perfectionnement continu du droit », une « mise au clair créatrice et valorisante », une « élucidation utile », nécessaires dans le cas de la constitution, grâce à son ouverture structurale.

Proclamer le primat du problème / du cas sur la norme et le système conduit, dans le cas d'une application conséquente, à la mise en discussion de la validité normative des lois et de la constitution, qui se trouvent déchuées au rang de points de vue révélatrices pour le processus de résolution des problèmes.⁸

c) L'interprétation de la Constitution orientée sur les sciences de la réalité a comme point de départ la théorie de l'intégration élaborée par Rudolf Smend, initialement formulée comme réaction contre le positivisme constitutionnel de l'époque de la République de Weimar, afin de relâcher la démarche d'interprétation de la Constitution de l'espace restreint d'une technique juridique élaborée à partir des réglementations détaillées des lois ordinaires et pour l'encadrer dans le contexte d'ensemble d'une conception sur l'État et d'une théorie de la Constitution. Conformément à cette approche, le fondement et le critère de l'interprétation doivent résider dans le sens et la réalité de la Constitution (*Sinn und Wirklichkeit der Verfassung*) et non dans l'expression textuelle (*Wortlaut*) et la conceptualité dogmatique de celle-ci. Ce n'est que sur cette base qu'on peut déterminer de manière rationnelle et

³ Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, 2e édition, 1976, pp. 130 et suiv., cité par Ernst Wolfgang Böckenförde, *Die Methoden...*, p. 56.

⁴ *Pressefreiheit*, 1. Bericht von Professor Ulrich Scheuner, dans „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“, Walter de Gruyter, Berlin, Heft. 22 (1965), p. 38, note 111.

⁵ E. W. Böckenförde, *Die Methoden...*, p. 62.

⁶ En faisant recours à la tradition de la pensée médiévale, imprégnée de la philosophie d'Aristote, mise ensuite en discussion et disloquée par l'apparition des sciences naturelles modernes. La réévaluation de la topique au XX^e siècle est liée des ouvrages de Ernst Robert Curtius (voir son livre *Literatura europeană și Evul Mediu latin*, traduction par Adolf Armbruster et Alexandru Duțu, Maison d'Édition Univers, 1970; l'édition princeps originelle: *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, Franke, Bern, 1948).

⁷ Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, dans „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“, Walter de Gruyter, Berlin, Heft. 20 (1963), p. 55 en citant Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, C.H. Beck, München, 1953, pp. 16 et suiv., qui invoque N. Hartmann, *Diesseits von Idealismus und Realismus*, dans Kant-Studien, Bd. XXIX (1924), p. 160.

⁸ E.-W. Böckenförde, *Methoden...*, p. 63.

adéquate à l'objet, le contenu normatif de la Constitution. Pour Smend, le sens de la Constitution réside dans le fait que celle-ci représente l'ordre juridique du processus d'intégration, où l'État trouve sa réalité vitale (*Lebenswirklichkeit*). « Le sens du processus consiste dans la production, en permanence renouvelée, de la totalité vitale de l'État ». Un instrument important d'interprétation est donné par la détermination de manière intuitive et à l'aide des sciences socio-humaines (*Geisteswissenschaften*) des états de conscience, des constellations de valeurs et des processus d'intégration. On arrive par cela à une diffusion de la conscience – changeante – de la valeur spirituelle et des fluctuations axiologiques dans la Constitution ; celle-ci ne délimite donc plus, mais elle englobe les courants et les constellations axiologiques de l'esprit momentané de l'époque et elle doit par conséquent devenir un élément modelable, élastique, transformable, capable de se compléter lui-même (p. 72). Bref, nous avons affaire à une interprétation sociologique de la Constitution.

d) l'interprétation herméneutique-concrétisatrice de la Constitution tente, sans mettre en discussion le caractère ouvert de l'interprétation proclamé par la méthode topique, de récupérer la fidélité par rapport aux normes et la rationalité contrôlable de l'interprétation, en solutionnant ainsi la difficulté que la méthode topique n'avait pas surpassé. L'élément central est le concept de « concrétisation » et la recherche des éléments concrétisateurs. Conformément à cette conception – illustrée premièrement par Konrad Hesse – le point de départ est le renoncement à la fidélité envers un contenu normatif ou une volonté normative « en soi » préexistante, quand l'interprétation se limite à apprendre quel est ce contenu normatif. L'interprétation doit partir de l'idée que son « but » n'existe pas déjà de façon réelle. Les problèmes d'interprétation apparaissent toujours là – et seulement là – où la Constitution n'inclut pas des critères clairs et univoques, là où elle n'a pas encore statué. L'interprétation de la Constitution acquiert donc le caractère d'un complètement créateur du droit, au fond elle est concrétisatrice.

Le chemin de cette concrétisation est, en grandes lignes, le même que celui prescrit par la méthode topique, orientée sur le problème.

A l'avis d'**Ernst Wolfgang Böckenförde**, pratiquement toutes ces méthodes contribuent finalement à la déconstruction de la normativité de la Constitution. L'évolution comptant plusieurs décennies de la justice constitutionnelle a confirmé la thèse de Carl Schmitt, formulée en 1931,⁹ conformément à laquelle le contrôle de la constitutionnalité des normes exercé par les instances de contentieux constitutionnel (*verfassungsgerichtliche Normenkontrolle*) représente une interprétation authentique de la Constitution et, par cela, une légifération constitutionnelle.¹⁰

A des paramètres différents, c'est le cas également pour l'interprétation de la Constitution des États-Unis par la Cour Suprême de ce pays. Dans ce cas, la particularité de l'univers juridique de la common law confère un espace de manœuvre plus large à l'interprétation par les instances de la loi fondamentale, et l'ancienneté et la concision de beaucoup des dispositions constitutionnelles imposent de trouver des solutions qui transgressent parfois l'acception stricte du texte soumis à l'interprétation ou les intentions de ses auteurs. Par conséquent, les juges fédéraux et surtout ceux de la Cour Constitutionnelle sont contraints soit à se limiter strictement au texte constitutionnel (conformément aux exigences de certaines doctrines appelées „strict construction”, „textualisme” ou „originalisme”)¹¹, soit à faire recours à des méthodes d'interprétation plus laxistes de ce texte, dans le but de promouvoir des valeurs fondamentales („*fundamental values approach*”), inhérentes à une « constitution vive »,¹² en permanente transformation. Dans la première variante d'approche interprétative, les juges sont exposés au reproche d'être trop

⁹ Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931, pp. 42 et les suiv.

¹⁰ E.-W. Böckenförde, *Methoden...*, p. 87.

¹¹ Voir dans ce sens l'avis d'un *originalist* de premier ordre de la Cour Suprême américaine, le juge Antonin Scalia: *Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United State Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, dans idem, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1998, pp. 3-49.

¹² Voir Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, dans "Harvard Law Review", t. 120 (2007), pp. 1737-1812. Le terme apparaît pour la première fois dans un ouvrage qui critiquait le formalisme juridique de l'interprétation de la Constitution aux premières décennies du XX^e siècle: Howard L. McBain, *The Living Constitution*, The Workers Education Bureau Press, New York, 1927.

obéissants envers les pressions populistes et insensibles au danger de la tyrannie de la majorité, tandis que dans le deuxième cas on pourrait leur reprocher une arrogance anti-démocratique d'une élite auto-instaurée, qui croit savoir mieux que les représentants élus du peuple quelles sont les véritables valeurs consacrées par la loi fondamentale.¹³ La solution pourrait résider dans un moyen intermédiaire, un degré d'interventionnisme judiciaire orienté sur la promotion de la participation des citoyens à la vie démocratique et la consolidation du caractère représentatif de la démocratie.¹⁴ Dans une autre perspective¹⁵ l'identification d'une telle solution intermédiaire est illusoire. Le problème consisterait plutôt dans la perspective restreinte et déformatrice du positivisme juridique, guidé exclusivement par la structure formelle du texte de la loi. Donc, des problèmes fort divers et encore plus fort complexes sont encadrés en bloc à un texte sommaire et abstrait, tel le XIV^e Amendement de la Constitution des États-Unis, relatif à l'égalité de la protection par la loi. Le spécialiste constitutionnel dans ce domaine devrait donc se prononcer sur les étrangers, les enfants hors mariage, les membres des minorités raciales, les inculpés sans possibilités financières, les vétérans ou sur des problèmes spécifiques aux femmes. Selon l'expression de Richard Posner, les spécialistes en « droit constitutionnel ne connaissent que très peu du domaine proprement dit réglementé par ces normes (proper subject matter) – un complexe de phénomènes politiques, sociaux et économiques. Ils ne connaissent que des espèces. Mais une diète composée exclusivement des avis de la Cour Suprême, c'est une recette pour la malnutrition intellectuelle ». ¹⁶ Le problème d'interprétation correcte de la loi fondamentale serait donc non celui de rapport adéquat avec le texte constitutionnel, mais d'élargissement de l'horizon conceptuel restreint et formaliste du juriste, compte tenu des problèmes, des données et des solutions existantes dans des sciences tels économie, sociologie, science de l'administration ou politologie. De ce point de vue, la démarche de Posner ressemble considérablement à la méthodologie orientée sur les sciences de la réalité, promue en Allemagne par les adeptes de Rudolf Smend.¹⁷

Afin d'illustrer les considérations théoriques présentées ci-dessus, on va analyser deux décisions récentes et controversées de la Cour Constitutionnelle de Roumanie. Il s'agit de la décision no. 51 du 31 janvier 2008, relative à l'exception de non constitutionnalité des dispositions de la Loi no. 187/1999 concernant l'accès à son propre dossier et de la sortie du secret de la police politique communiste¹⁸, aussi bien que de la décision no. 415 du 14 avril 2010 relative à l'exception de non constitutionnalité de certaines dispositions de la Loi no. 144/2007 concernant la constitution, l'organisation et le fonctionnement de l'Agence Nationale d'Intégrité¹⁹. Les décisions mentionnées visaient les compétences majeures de deux importantes institutions post-décembristes, le Conseil National d'Étude des Archives de la Sécurité et l'Agence Nationale d'Intégrité, créées dans le but de répondre à des nécessités impérieuses de la société roumaine contemporaine : la confrontation avec le passé communiste et l'élimination des effets nocifs pour la vie politique démocratique des réseaux d'information de pouvoir hérités de l'époque du totalitarisme et la lutte contre la corruption par obliger une large catégorie de dignitaires et de fonctionnaires publiques d'être transparents sur leur situation financière et les revenus obtenus lors de

¹³ Voir un ouvrage classique dans le domaine: John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980. Bien qu'il apprécie de manière favorable l'attitude active de la Cour Suprême pendant la période d'exercice de la fonction de Président (Chief Justice) par Earl Warren (1953-1969), époque marquée par la prise de décisions historiques concernant les droits civils et l'égalité des races, Ely est très critique en ce qui concerne l'activisme judiciaires: „nous n'avons qu'invoquer fort, jusqu'à nous fâcher tout rouges, le fait que les législateurs ne sont pas entièrement démocratiques, c'est en vain, cela ne rendra pas les cours plus démocratiques que les législateurs" (*Ibidem*, à la p. 63).

¹⁴ C'est la solution que préfère John Hart Ely, dans l'ouvrage cité ci-dessus.

¹⁵ Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1995, surtout pp. 198-214.

¹⁶ Richard A. Posner, *op. cit.*, p. 208.

¹⁷ Voir supra, p. 3, pt. c).

¹⁸ M.Of. I, no. 95 du 6 février 2008.

¹⁹ M. Of. I, no. 294 du 5 mai 2010.

l'exercice de leur fonction et l'organisation d'un mécanisme de contrôle de la conformité par rapport à la vérité des déclarations données en ce sens.²⁰

Dans tous les deux cas, la Cour Constitutionnelle a saisi la non constitutionnalité de certaines prévisions clés des lois analysées, en décomposant presque totalement ces autorités. Dans le cas du CNSAS,²¹ la décision mettait en doute même l'existence de l'autorité comme telle. Bien que les décisions de la Cour soient relativement succinctes, la présentation détaillée des arguments et du raisonnement des juges constitutionnels excède l'espace destiné à cet exposé. On se limitera à mettre en évidence quelques éléments communs aux deux décisions.

Dans un cas comme dans l'autre, la Cour a considéré que l'autorité instituée par la loi dont les dispositions ont été attaquées représente un organisme de juridiction, et l'activité déroulée par la respective autorité est une activité juridictionnelle, par conséquent les dispositions attaquées contreviennent aux spécifications de l'art. 21, alinéa. (2) de la Constitution, conformément auquel les juridictions administratives sont facultatives. Ainsi, dans le cas de la première décision, la Cour a mis en discussion la nature juridique du CNSAS, afin d'établir le caractère de cet organisme. Suite à l'examen des attributions du Conseil (la délivrance des certificats attestant l'appartenance ou la non-appartenance à la police politique, l'émission de décisions de collaboration concernant certaines catégories de personnes, d'office ou à la demande d'une large catégorie de personnes autorisées, la solution des contestations relatives aux décisions prononcées, leur publication dans le *Moniteur Officiel*), tout comme des règles de procédure instituées par la loi (considérées par la Cour comme étant spécifiques aux procédures juridictionnelles) la Cour a déduit que le CNSAS a un caractère juridictionnel. Selon la formule de la Cour : « Le caractère juridictionnel des attributions mentionnées résulte de l'autorité du Conseil et du Collège de se prononcer, par des actes à force juridique équivalente à celle des décisions judiciaires, sur des faits de violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, commis par les personnes examinées, faits qui s'inscrivent dans les prémisses de la responsabilité morale, juridique et politique de ceux-ci ». Par la suite, notre instance constitutionnelle a conclu : « La Cour Constitutionnelle constate que, par toutes ces déviations par rapport au statut constitutionnel de la justice et, surtout, par la confusion créée entre la fonction d'enquêter, celle de juger et celle de solutionner les attaques contre ses propres décisions, par le caractère non-contradictoire et non-publique des débats, par la limitation du droit de se défendre des personnes vérifiées, par le libre arbitre dans l'administration et l'évaluation des preuves, aussi bien que par la possibilité de prononcer, dans une même cause, un verdict nouveau, contraire à celui validé par les décisions définitives des instances judiciaires, la juridiction exercée par le Conseil National pour l'Étude des Archives de la Sécurité et par le Collège du Conseil se définit comme une juridiction extraordinaire, et la nature juridique des organismes qui l'exercent est celle des instances extraordinaires, interdites par l'art. 126 alinéa (5) de la Constitution de Roumanie.

²⁰ En ce qui concerne les rapports tendus, antinomiques par ailleurs, entre les exigences d'un État de droit qui fonctionne dans des conditions normales, et la nécessité de la lustration et de la déconspiration – avec les sanctionnements de rigueur – des services secrets communistes, voir Adam Czarnota, «Lustration, Decommunization and the Rule of Law», dans *Hague Journal of the Rule of Law*, t. 1 (2009), pp. 307-336. L'auteur souligne le fait que la proclamation rapide de l'État en train de transformation [post-communiste] dans un État entièrement démocratique, gouverné par la souveraineté de la loi (rule of law), assure pratiquement la libre activité des forces secrètes, informales, dans le cadre du nouveau État et de son économie. Instruits et conditionnés d'agir dans le secret et de s'impliquer dans des pratiques conspiratives, les membres de ces structures ne peuvent pas être dépistés et combattus que par des mesures de surveillance et de repression à large échelle. *Ibidem*, p. 313, en citant Maria Łoś et Andrzej Zybertowicz, *Privatizing the Police State. The Case of Poland*, Palgrave MacMillan, Houndmills, Basingstoke, 2000, p. 223.

²¹ Pour une critique argumentée et détaillée de cette décision, avec prise en considération des faiblesses et des inconvénients de la loi attaquée, aussi bien que du contexte politique particulier et des problèmes généraux de la lustration, voir Bogdan Iancu, «Post-Accession Constitutionalism with a Human Face: Judicial Reform and Lustration in Romania», dans *European Constitutional Law Review*, tome 6, no. 1 (2010), pp. 28-58, surtout pp. 47 et suiv.

A notre avis, les arguments de la Cour sur l'effet, équivalent à celui des décisions judiciaires, des décisions du Conseil ne sont pas totalement sans pertinence. Le Conseil, non seulement qu'il constate un fait incontestable (l'existence ou l'inexistence d'un engagement de collaboration ou des dénonciations), mais il se prononçait aussi sur le caractère de « police politique » de la collaboration, avec des conséquences sur le droit de détenir de diverses fonctions, à partir de celle de Président, membre du Gouvernement, parlementaire, et jusqu'à celle de conseiller local, recteur, doyen, chef de département etc. D'une part, l'évaluation du caractère de police politique d'une collaboration implique une analyse laborieuse des actes dans le dossier, des déclarations et des arguments de la personne en question, des circonstances judiciaires, politiques, professionnelles, familiales ou purement personnelles où l'on a donné ces déclarations, expertise que le Conseil lui seul peut offrir. D'autre part, les conséquences importantes d'ordre juridique, professionnel et matériel d'une décision de collaborer réclament le transfert du pouvoir décisionnel à un autre organisme, qui n'est pas obligatoirement une instance judiciaire. Concentrer dans un même organisme les attributions d'enquête (plus les ressources documentaires afférentes), avec la possibilité d'investiguer le passé consigné par la Sécurité de tout dignitaire, fonctionnaire ou leader politique important, sur la demande de n'importe quel citoyen ou d'office, et l'attribution de prononcer de décisions dont la gravité dépasse considérablement celle d'une amende contraventionnelle pour dépassement de la limite de vitesse, cueillette de fleurs d'un parc ou trouble de l'ordre public, donne naissance à un foyer de pouvoir arbitraire et invite les organismes de décision à abuser du pouvoir, dans des buts personnel. A titre d'exemple, la loi allemande similaire, concernant la police politique de l'ancienne RDG établit une liste restreinte de personnes qui aient accès aux dossiers STASI, habilite l'organisme équivalent au CNSAS avec la vérification formelle des déclarations de (non) collaboration sous l'aspect de l'existence d'un engagement. Si cet engagement existe (et il est reconnu par la personne en question), l'Autorité transmet à l'employeur le dossier personnel ce celle-ci et la documentation afférente, pour que l'employeur établisse la loyauté du fonctionnaire envers « l'ordre politique constitutionnelle libéral-démocratique », à la lumière des actes et de faits qui résultent du dossier. Il faut préciser ici que la loyauté envers ttt « l'ordre politique constitutionnelle libéral-démocratique » a été mise en discussion bien avant par la Cour Constitutionnelle Fédérale allemande, qui a une jurisprudence cohérente et articulée en matière. Bien que ce système implique une activité que notre Cour Constitutionnelle qualifierait, également, comme juridictionnelle et donc non-constitutionnelle, il présente l'avantage de séparer le moment de l'enquête de celui de la décision et de rendre possible une sentence qui prenne en considération de manière impartiale et objective la personne, les actes et l'attitude de celui en question.

D'autre part, dans l'évaluation du caractère juridictionnel du Conseil, la Cour a eu comme point de départ le texte exprès de la loi (« un organisme autonome, à personnalité juridique, soumis au contrôle du Parlement » ; art. 7, alinéa (2) de la loi), s'est montrée réticente envers cette qualification, a examiné les attributions du Conseil, en constatant que certaines pourraient être subsumées à l'activité juridictionnelle et elle a noté que d'autres attributions d'ordre juridictionnel manquent. La conclusion de la Cour : le CNSAS est un organisme juridictionnel non-constitutionnel dans son ensemble (ce qui implique, logiquement, la conséquence de sa suppression) et pas un organisme administratif autonome ayant des attributions éventuellement non constitutionnelles. Il est vrai que cette solution est facilitée par les dispositions en quelque sorte bizarres de l'art. 21 alinéa (4) de la Constitution, introduites à l'occasion de la révision de 2003, qui avaient provoqué dès le début des réactions critiques.²²

En tout cas, pour arriver à la conclusion de la non-constitutionnalité de la loi CNSAS, la Cour n'a pas insisté sur la possibilité d'un conflit entre les dispositions de la loi et les normes constitutionnelles relatives à la dignité de la personne, au droit à la vie privée et à la défense.

Quant à la deuxième décision, au-delà d'une argumentation un peu plus ample sur les ingérences de la loi attaquée dans la sphère de la liberté protégée par le droit à la vie personnelle, privée et de famille

²² Voir Ioan Muraru, Viorel Mihai Ciobanu, Commentaire à l'art. 21, in Ioan Muraru et Elena Simina Tănăsescu, *La Constitution de Roumanie. Commentaire par articles*, C.H. Beck, București, 2008, pp. 175-194, aux pp. 183 et suiv.

(art. 26 de la loi fondamentale), et sur le problème de la présomption de licéité de la fortune (art. 44, alinéa (8)), le centre de poids de l'argumentation s'est situé toujours sur le terrain de la nature juridictionnelle de l'ANI. Selon la formule de la Cour : « Vu les règles de procédure prévues par la Loi no. 144/2007 et les solutions que l'Agence peut adopter, la Cour constate que certaines des activités déroulées par les inspecteurs d'intégrité ont un caractère juridictionnel. Ainsi, conformément à l'art. 46 de la Loi no. 144/2007 et à la suite des activités de recherche et de vérification, en se créant une confusion entre la fonction d'enquête et celle de décision, l'inspecteur d'intégrité – sur le fondement de sa libre évaluation dans l'administration des preuves, par une mesure qui ne respecte pas la contradictorialité – décide qu'une partie de la fortune n'est pas justifiée et, par conséquent, prononce un verdict, « dit la loi » (*iuris dictio*), activité permise seulement aux instances judiciaires, conformément à l'art.126 alinéa(1) de la Loi fondamentale, qui affirme que « *La justice est faite par la Haute Cour de Cassation et de Justice et par les autres instances judiciaires prévues dans la loi* ».

Dans ce cas également, à notre avis, on ne peut pas contester l'existence de déficiences dans l'organisation de l'ANI et dans sa manière de fonctionnement. Le problème, croyons-nous, ne réside pas dans la supposée nature juridictionnelle de cette autorité. Dans les conditions d'un degré de corruption considéré fort élevé, de l'impopularité et du manque de professionnalisme de la classe politique, de la radicalisation des opinions comme effet à la crise économique, la possibilité de mettre dans l'agenda du débat médiatique la situation de certains politiciens incommodes pour les gouvernants ou qui ne sont pas agréés par les facteurs de décision de l'Agence ou par leurs souteneurs ou leurs proches, confère à cette institution un pouvoir redoutable. Ce pouvoir est indirect, médiatique, mais extrêmement redoutable dans la compétition politique et il devrait être rigoureusement limité. L'avantage symbolique et psychologique de la sanction par compromission publique d'un nombre réduit de politiciens corrompus et de l'imposition de coûts électoraux aux partis qui leur ont promu ou accepté ne doit pas être sous-estimé, surtout dans les conditions où, pendant plus d'une décennie, l'opinion publique a été horripilée par le spectacle de l'exhibition vulgaire et arrogante de l'impunité de certains politiciens qui n'essaient même pas de cacher leur mépris envers la loi. Mais, d'autre part, il n'existe pas et il ne peut pas exister des garanties que les personnes habilitées avec des attributions de contrôle des fortunes, nommées par des politiciens, selon des critères politiques, seraient radicalement différents par rapport à ceux qu'ils contrôlent. La compromission publique et crédible des adversaires constitue une arme redoutable, enviée par beaucoup, et il serait une naïveté de s'attendre que les partis et les politiciens s'abstiennent de l'utiliser. Le fait que les institutions d'une démocratie parlementaire fondée sur les principes de l'État de droit et de la séparation des pouvoirs ont été conçues à partir de la thèse de la nature imparfaite et corruptible de l'homme, et surtout de ceux qui prennent les décisions et gouvernent, représente depuis longtemps un lieu commun de la pensée politique et il serait valable également, pourquoi pas, dans le cas de l'ANI.

Dans ce cas également, ce qu'on peut critiquer c'est la méthodologie interprétative. La Cour s'est écartée du champ de la confrontation réelle d'intérêts entre les facteurs politiques en question, en préférant une interprétation strictement formelle en apparence à des textes abstraits.

Pour synthétiser, on remarque que les deux décisions de la Cour, attaquées avec acharnement au moment de leur prononciation, peuvent être, quand même, soutenues par certains arguments solides. Ce qui est le plus problématique c'est surtout l'argumentation dans le sens de la non constitutionnalité déterminée par l'institution d'une juridiction extraordinaire, interdite par l'art. 126, alinéa (5) de la Constitution ou d'une juridiction administrative obligatoire, interdite par l'art. 21, alinéa (4). Les risques de non constitutionnalité des réglementations attaquées ne visent que de manière incidente ces aspects et ne se limitent pas à l'usurpation des droits fondamentaux tels ceux évoqués ci-dessus (que la Cour a traité assez expéditivement). Le problème réside dans la possibilité d'exercer de manière arbitraire, illimitée et imprédictible d'un pouvoir indirect, avec de graves conséquences professionnelles et politiques sur ceux en question, dans les conditions de l'inexistence d'un système de norme et de précédents (comme dans le cas des procédures contraventionnelles), qui tracent le chemin et qui délimitent le parcours de l'exercice des attributions conférées aux nouvelles autorités. Il est juste que l'instance constitutionnelle se rende compte de ses risques, mais il est contreproductif qu'elle le fasse par une argumentation lapidaire et

parfois forcée, de nature à éroder justement la légitimation dont jouit par excellence une cour constitutionnelle : la légitimation par discours.

Cette difficulté met en question le problème de la méthodologie de l'interprétation de la Constitution. Bien sûr, la méthodologie d'interprétation ne peut pas être normativement prescrite par le législateur, ni explicitement assumée par une instance. On observe pourtant que dans ce cas la méthodologie herméneutique classique s'avère limitée. L'interprétation de la Constitution selon les mêmes méthodes que la loi obligerait la Cour à l'extension forcée des effets d'une disposition de la loi fondamentale, afin de solutionner des situations similaires à celles évoquées ci-dessus, en engendrant des accusations d'arbitraire judiciaire ou de préférences politiques ou idéologiques.

Nous considérons que l'interprétation herméneutique-concrétisatrice offre une série d'avantages, car elle a comme point de départ un concept plus réaliste de la loi fondamentale. La concrétisation et la précision réciproques, de la norme à partir de la situation de fait et de la situation de fait à partir de la norme, donne la possibilité d'une argumentation solide et pertinente, qui légitime de manière évidente et qui rende crédibles les institutions de l'État de droit.

Une méthodologie orientée sur les sciences réelles, avec la prise en considération de l'économie, de la politologie et de la science et de l'administration présenterait les plus grands avantages, autant du point de vue de l'amélioration de la transparence du processus décisionnel, que de celui de mise en évidence des données et des circonstances qui ont contribué à la prise d'une décision, en contribuant ainsi à une prédictibilité supérieure de la justice constitutionnelle.

Par conséquent, la fidélité du juge envers la constitution et la loi ne constitue pas premièrement un problème de perception exacte du sens originare d'un texte légal et constitutionnel et ni de refus des préférences politiques et idéologiques qu'un magistrat pourrait avoir. Cette fidélité implique plutôt la reconnaissance et l'implémentation rigoureuse de la décision politique du constituant et du législateur, décision qu'on ne peut comprendre justement qu'en tenant compte des faits d'ordre politique, social, économique et culturel envisagés par l'acte normatif interprété.

Miza politică a fidelității judecătorului față de Constituție și de lege

Rezumat

Interpretarea textului legii și, mai ales, a textului Constituției are o clară valență politică, oricât de riguros și de consecvent ar fi respectate exigențele metodologiei juridice. Problemele interpretării legii sunt probleme constituționale. Într-un stat democratic de drept, o parte considerabilă a confruntării politice este canalizată în direcția unei soluționări jurisdicționale, iar decizia politică tinde să fie substituită prin decizie judecătorească. Corolarul acestui proces îl reprezintă grevarea politică a discursului juridic și a actului de interpretare a legii fundamentale. Orice soluție, oricât de riguros argumentată, va fi întotdeauna suspectă de partizanat politic sau de predilecții ideologice. Lucrarea de față susține teza că nu există opțiuni metodologice apte de a pune judecătorii la adăpost de reproșul politizării justiției. Singurul remediu îl constituie cristalizarea în timp a unor practici politice și instituționale coerente și predictibile, prin cooperarea loială a tuturor factorilor de putere.