

Dieter GRIMM

Constituții, curți constituționale și interpretarea constituțională la interfața dintre drept și politică¹

Traducere de Oana Ștefănescu și Lucian Bojin

Lucian BOJIN: Notă introductivă la articolul lui Dieter Grimm

Când am citit pentru prima oară textul profesorului Dieter Grimm, impresia cea mai puternică a fost regretul că nu am avut acces la un astfel de text pe vremea când eram student și mă confruntam cu materia dreptului constituțional. Cred, în continuare, că principala calitate a acestui articol este faptul că reprezintă o excelentă introducere în studiul dreptului constituțional. O astfel de caracterizare nu reduce cu nimic din meritele autorului și ale textului. Dimpotrivă, e nevoie de mult talent și o excelentă stăpânire a subiectului pentru a scrie un text cum este cel de față, care să poată fi citit, cu egale beneficii, atât de specialiștii consacrați ai materiei, cât și de cei care se întâlnesc pentru prima oară cu ea. Totuși, într-o cultură juridică cum e cea română, cu o tradiție nu foarte lungă și oricum fragmentată a reflecției în domeniul dreptului constituțional, cred că principalii beneficiari ai acestui text ar trebui să fie studenții din facultățile de drept. Dacă nu cumva mă înșel, la capătul lecturii acestui articol, studenții preocupați de dreptul constituțional ar trebui să înțeleagă foarte bine mizele dreptului constituțional, funcția sa principală, precum și punctele sale slabe, care se pare că îi sunt inerente, după cum ne explică profesorul Grimm. După o astfel de introducere, atitudinea față de dreptul constituțional ar trebui să fie una senină și rezervat optimistă, în contrast atât cu cinismul celor care cred că constituționalismul nu este altceva decât o manieră mai elegantă de negare a realității perpetuei omnipotențe politice, cât și cu idealismul netemperat al celor care văd în el soluția tuturor relelor unei societăți. În treacăt fie spus, cred că principala sarcină a învățământului juridic cu privire la dreptul constituțional nu este aceea de transmite informații amănunțite cu privire la varii instituții și autorități publice (retrogradându-l astfel la o specie de drept administrativ), ci tocmai cea de a genera o astfel de atitudine a viitorilor profesioniști în domeniul dreptului cu privire la funcția și efectivitatea dreptului constituțional.

Subiectul textului lui Dieter Grimm sunt curțile constituționale, în contextul relației dintre drept și politică. Autorul explică apariția curților constituționale, expune caracteristicile lor (în raport cu instanțele de drept comun), precum și principalele probleme și provocări cu care se confruntă. Dincolo de aceste aspecte, din text răzbate preocuparea dominantă de a explica rolul judecătorilor (și al dreptului, în general) în mecanismul

¹ „Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics”, apărută inițial în *B. Iancu* (ed.), *The Law/Politics Distinction in Contemporary Public Law Adjudication*, Eleven Publishing, 2009, p. 21-34. Revista și traducătorii mulțumesc profesorului Dieter Grimm și editurii Eleven Publishing pentru amabilitatea cu care au acordat dreptul de a publica traducerea textului.

complex de înlănțuire a puterii inventat de constituționalism. În cele de mai jos voi menționa pe scurt doar câteva din observațiile lui Grimm care dau valoare adăugată lucrării sale, încercând să nu răpesc prea mult din plăcerea lecturii articolului.

Prima chestiune care merită menționată este modul în care Dieter Grimm explică relația dintre drept și politică în cadrul constituționalismului. Aici, se impune însă o paranteză. Dreptul constituțional nu poate fi corect înțeles dacă este desprins de constituționalism ca teorie politică fondatoare a societăților occidentale moderne. Cred că educația noastră juridică este deficitară în special cu privire la acest aspect. Ea încearcă să prezinte dreptul constituțional ca pe una dintre numeroasele ramuri ale sistemului de drept (pozitiv). Însă, de și e neîndoielnic că dreptul constituțional face parte din acest sistem de drept, legăturile sale exterioare sunt mult mai greu de ignorat decât cele ale celorlalte ramuri de drept (care, prin practică îndelungată au ajuns la un tip de „internalizare” a rațiunilor lor externe). Dreptul constituțional nu este decât o excrescență a sistemului juridic care îi pre-exista, excrescență determinată și hrănită exact de constituționalism. Toate trăsăturile specifice ale dreptului constituțional își au astfel originea în constituționalism, adică în afara sistemului juridic, care este de aceea incapabil să le explice.

Pentru Dieter Grimm, rolul dreptului în cadrul constituționalismului este foarte simplu de explicat din perspectivă istorică. În epoca pre-modernă, relația dintre putere, drept și religie era una simplă și aparent armonioasă. Puterea și dreptul se legitimau prin religie, prin recursul la legile de origine divină. În această relație trilaterală, puterea politică era subordonată dreptului divin, care constituia însă și sursa legitimității puterii și pe care ea era chemată să îl aplice. Odată cu separația statului (adică a politicii și a dreptului) de religie, ca urmare a Reformei și războaielor religioase din secolele XVI și XVII, lucrurile se complică. Politica și dreptul încep să își construiască pentru prima oară o relație bilaterală. Într-o primă fază, puterea politică este cea care edictează legile, adică cea care construiește și domină dreptul. Apoi, odată cu Revoluția americană și cea franceză, este „reinstaurată” supremația dreptului asupra puterii politice, sub forma constituționalismului. Aceste fapte sunt, în fond, bine-știute. Pe lângă eleganța cu care simplifică și concentrează în două paragrafe istoria zbuciumată a apariției constituționalismului, marele merit al lui Grimm aici este și acela că ne reamintește că actul fondator al societății moderne (și care precedă democrația constituțională) este, de fapt, separația dintre stat și religie. În contextul actual, în care curente sociale dintre cele mai diferite insistă pentru recunoașterea sau re-atribuirea unui rol special religiei în mecanismul politic contemporan, memento-ul acesta este cât se poate de bine-venit.

O a doua remarcă de valoare excepțională a lui Grimm este cea în care explică cum a fost posibil ca dreptul să preia din nou supremația asupra puterii politice (de astă dată în absența fundamentului său divin). Aici, exprimarea lui Grimm (care rezumă într-o propoziție tot ceea ce este mai valoros în școala pozitivistă a dreptului) este memorabilă: „Soluția problemei a fost găsită în auto-reflexivitatea dreptului pozitiv”. Cu alte cuvinte, dreptul nu reglementează doar comportamente externe, ci reglementează însuși modul de formare și aplicare a sa, așa cum știm de la Austin și Kelsen. Pozitivismul juridic nu a fost întotdeauna un bun „coleg de drum” al constituționalismului, însă ideea subliniată de Dieter Grimm este, probabil, contribuția majoră a curentului pozitivist la teoria dreptului constituțional și cea care a permis „aclimatizarea” în Europa continentală a ideii de *rule of law* (distinctă de *rule by law*).

A treia observație importantă este cea care explică, în termeni simpli, dar ilustrativi, caracteristica dreptului constituțional care face necesar controlul de constituționalitate a

legilor. Dieter Grimm afirmă că dreptul constituțional are o slăbiciune inerentă în comparație cu dreptul obișnuit. Pe când cel din urmă se aplică celor guvernați, adică celor „fără putere” (și, astfel, respectarea sa poate fi asigurată prin utilizarea puterii de coerciție a statului), cel dintâi se aplică guvernanților, adică celor care dețin, în principiu, puterea (în cazul de față, puterea de a legifera). Grimm afirmă: „Dacă aceștia nu se supun dreptului constituțional, nu există putere superioară care să îl impună”. Soluția la această problemă a fost găsită în controlul de constituționalitate, adică înzestrarea unei instanțe cu puterea de a controla dacă legile emise de politicieni respectă Constituția. Dieter Grimm conchide: „Dacă esența constituționalismului este subordonarea politicii față de drept, atunci esența controlului de constituționalitate este impunerea dreptului constituțional guvernanților”.

În continuare, profesorul Grimm vorbește despre justificarea independenței curților constituționale și despre faptul că aceasta are două fațete, una externă, dar și una internă. El consideră că independența jurisdicției constituționale este una „funcțională”, adică rolul său este acela de a îi „elibera pe judecători de influențe extrajuridice – dar nu pentru a le oferi omnipotență în luarea hotărârilor, ci pentru a le da posibilitatea de a judeca în conformitate cu dreptul”. În acest context, Dieter Grimm reamintește de importanța, mizele și riscurile procesului de recrutare a judecătorilor curților constituționale, o chestiune insuficient tratată în doctrina română de drept constituțional.

Partea a doua a articolului discută unele dintre dificultățile practice cu care se confruntă judecătorii curților constituționale în activitatea lor jurisdicțională. Aici, experiența lui Dieter Grimm ca judecător în Tribunalul Constituțional de la Karlsruhe își spune cuvântul. Teoreticianul elegant din prima parte lasă locul practicianului care reflectează asupra a ceea ce face (*reflective practitioner*). Grimm ne vorbește despre întrepătrunderea necesară dintre interpretarea și aplicarea dreptului. De asemenea, el scrie despre interpretare ca activitate nereglementată prin texte juridice și, în consecință, ca cea care permite judecătorilor înșiși o relativă marjă de mișcare față de textul dreptului constituțional, cu problemele de legitimitate care se ridică în acest context. Profesorul Grimm discută și despre importanța metodelor de interpretare și a curentelor în jurul cărora acestea se grupează, dedicând câte un spațiu destul de larg atât pozitivismului câtși originalismului. Apoi încearcă să extragă câteva caracteristici ale stilului de interpretare practicat de-a lungul timpului de Curtea Constituțională germană.

Partea finală a textului este dedicată discuției despre felul de a practica activitatea de control de constituționalitate, dominat de dihotomia între activismul judiciar și *judicial self-restraint*, o altă chestiune relativ neglijată de către doctrina română. Aici, Dieter Grimm are două observații interesante. Mai întâi precizează, în contrast cu opinia general dominantă, că activismul judiciar nu este neapărat sinonim cu politizarea curților, o idee care merită să fie serios aprofundată. A doua observație se referă la corelația dintre mecanismul de revizuire al constituțiilor (reglementat de constituțiile însele) și presiunea politică asupra curților constituționale. Profesorul Grimm este de părere că revizuirile constituționale pot fi necesare pentru a adapta textul Constituției la noile realități sociale și că atunci când procesul de revizuire este prea dificil de realizat, atunci sarcina adaptării cade pe umerii judecătorilor constituționali. De aceea, el apreciază că presiunea politică asupra judecătorilor din Curtea Supremă a Statelor Unite se explică exact prin dificultatea de a revizui Constituția americană. Și această idee, indiferent că o împărtășim sau nu, pare fertilă și ar merita aprofundată și în doctrina română.

Ideile selectate în această notă introductivă sunt doar câteva repere pentru un cititor român mai degrabă nefamiliarizat cu teoria constituționalismului. De aici și accentul mai

puternic pe care l-am pus asupra ideilor din prima parte a studiului. Pentru cercetătorul experimentat în drept constituțional, probabil că a doua parte a articolului oferă mai multe puncte de interes. Însă, sper că cititorii din ambele categorii să fie la fel de încântați de lectura textului, pe cât a fost și autorul acestei note.

I.

1. Înainte de sfârșitul celui de-Al Doilea Război Mondial, curțile constituționale sau curțile care efectuau control de constituționalitate erau o raritate. Deși fuseseră adoptate constituții cu mult timp înainte, o cerere la nivel global de control judiciar de constituționalitate a apărut numai după experiențele multitudinii de regimuri totalitare din secolul al 20-lea. Adunările constituante post-totalitare au considerat controlul judiciar drept o consecință firească a constituționalismului. Într-o hotărâre remarcabilă, Curtea Supremă a Israelului a statuat, în 1995, următoarele: „Controlul judiciar este sufletul constituției înseși. Înlăturarea controlului judiciar din constituție conduce la înlăturarea însă și a vieții acesteia... Prin urmare, dezvoltarea controlului judiciar de constituționalitate nu este deloc surprinzătoare. Majoritatea statelor democratice avansate se bucură acum de control judiciar²”. Bazându-se pe această tendință universală, Curtea Supremă a Israelului și-a rezervat competența de a efectua controlul judiciar de constituționalitate, deși nu a fost investită cu această competență în constituție.

Cu toate acestea, la fel cum tranziția de la regimurile absolutiste la constituționalism a modificat relația dintre drept și politică, această relație avea acum să fie modificată de apariția curților constituționale. Cât timp dreptul era considerat de sorginte divină, politica era subordonată dreptului. Puterea politică și-a derivat autoritatea din sarcina de a menține și de a asigura aplicarea dreptului divin, dar această autoritate nu includea dreptul de a legifera. Odată ce Reforma a subminat natura divină a ordinii juridice, conducând la războaiele religioase civile din secolele 16 și 17, inversarea raportului tradițional dintre drept și politică a fost considerată o condiție prealabilă pentru restaurarea păcii sociale. Conducătorul politic a dobândit puterea de a crea dreptul independent de adevărul religios contestabil. Dreptul a devenit un produs al politicii. Forța sa obligatorie nu mai era derivată din voința divină, ci din voința conducătorului. De-acum înainte a devenit drept pozitiv. Dreptul etern sau dreptul natural, în ciuda denumirii sale, nu mai era drept, ci filosofie.

Constituționalismul, așa cum a luat naștere în ultimul sfert al secolului al 18-lea, a fost o încercare de restaurare a supremației dreptului, chiar dacă sub condiția să nu existe o reîntoarcere la dreptul divin sau etern. Soluția problemei a fost găsită în auto-reflexivitatea dreptului pozitiv. Producția și aplicarea dreptului au fost ele însele supuse reglementării juridice. Pentru a atinge acest obiectiv, a fost necesară stabilirea unei ierarhii în cadrul sistemului juridic. Dreptul care reglementa legiferarea și aplicarea legilor trebuia să fie superior dreptului emanat de procesul politic. Pe de altă parte, din moment ce nu mai exista cale de întoarcere la dreptul divin, dreptul cel mai înalt era el însuși produsul unei decizii politice. Totuși, pentru a-și putea îndeplini funcția de a supune politica față de drept, legea superioară trebuia să aibă un alt izvor decât politica obișnuită. În concordanță cu teoria conform căreia, în absența unui fundament divin al autorității, unica legitimitate posibilă a puterii politice constă în consimțământul celor guvernați, acest izvor a fost găsit în popor.

² A se vedea *C.A. 6821/93 United Mizrahi Bank Ltd. c. Migdal Village 49(4) PD 221 (1995)* (Curtea Supremă a Israelului).

Poporul a luat locul conducătorului ca suveran, la fel cum anterior conducătorul îl înlocuise pe Dumnezeu. În ciuda acestui fapt, rolul suveranității populare era redus la adoptarea constituției, în vreme ce exercițiul puterii politice era încredințat reprezentanților poporului care puteau acționa doar în baza și în limitele constituției.

Pe cale de consecință, se poate afirma că însăși esența constituționalismului constă în a asigura subordonarea politicii față de drept. Această funcție diferențiază dreptul constituțional de dreptul obișnuit în multe privințe. În primul rând, obiectul lor este diferit. Obiectul dreptului constituțional este politica. Dreptul constituțional reglementează formarea și exercitarea puterii politice. Destinatarul dreptului constituțional sunt titularii puterii. În al doilea rând, dreptul constituțional și dreptul obișnuit au izvoare diferite. Având în vedere faptul că dreptul constituțional creează puterea politică legitimă, el nu poate fi un produs al acestei puteri. Din contră, dreptul constituțional este creat de popor sau crearea sa este atribuită poporului. Pe cale de consecință și, în al treilea rând, crearea dreptului constituțional este diferită de crearea dreptului obișnuit. De obicei, un organ special formulează dreptul constituțional, iar adoptarea acestuia este supusă unei proceduri speciale, în care fie decide poporul, fie, dacă decide un organ reprezentativ, atunci este necesară o super-majoritate.

În al patrulea rând, dreptul constituțional diferă de dreptul obișnuit din punct de vedere al rangului ierarhic. Dreptul constituțional este dreptul cu rangul cel mai înalt. În cazul unui conflict între dreptul constituțional și dreptul obișnuit (sau norme de aplicare a dreptului obișnuit), dreptul constituțional prevalează. Ceea ce constituția a hotărât nu mai este deschis deciziei politice. În această situație, regula majorității nu este aplicabilă. Acest lucru nu înseamnă o juridicizare totală a politicii. O astfel de juridicizare ar însemna sfârșitul politicii și transformarea sa în simplă administrație. Dreptul constituțional determină cine are dreptul să ia decizii politice și ce norme procedurale și substanțiale trebuie respectate pentru ca aceste decizii să aibă forță obligatorie. Totuși, constituția nu determină anticipat nici *input*-ul și nici *output*-ul procedurilor reglementate constituțional. Constituția reglementează procesul de luare a deciziilor, dar lasă deciziile însele în sfera procesului politic. Constituția este un cadru pentru politică și nu un substitut pentru politică.

În fine, dreptul constituțional este caracterizat de o anumită slăbiciune în comparație cu dreptul obișnuit. Dreptul obișnuit este creat de cei care guvernează și este aplicabil poporului. Dacă cei guvernați nu se supun, cei care guvernează sunt îndreptățiți să recurgă la forța de coerciție. Din contră, dreptul constituțional este creat de, sau, cel puțin, atribuit poporului și este aplicabil celor care guvernează. Dacă aceștia nu se supun dreptului constituțional, nu există o putere superioară care să îl impună. Această slăbiciune a dreptului constituțional poate varia în funcție de rolul pe care îl are constituția. În ceea ce privește funcția sa de a crea structura instituțională a statului, puterea publică va urma, de regulă, aranjamentul constituțional. În ceea ce privește rolul său de a reglementa exercițiul puterii politice, respectarea constituției nu este garantată. Dovezile istorice concrete sunt abundente în acest sens.

2. Această slăbiciune a dreptului constituțional este cea care a dat naștere controlului de constituționalitate în Statele Unite ale Americii la scurt timp după apariția constituționalismului, iar în Europa și în alte părți ale lumii abia după căderea dictaturilor fasciste, rasiste, socialiste și militare, începând în anii '50 și culminând în anii '90. Deși multe dintre aceste sisteme aveau constituții, impactul lor a fost unul minimal, iar a invoca drepturi constituționale putea fi periculos pentru cetățeni. În lumina acestor experiențe, curțile constituționale au fost considerate, în general, drept un complement necesar al constituționalismului.

Dacă esența constituționalismului este subordonarea politicii față de drept, atunci esența controlului de constituționalitate este impunerea dreptului constituțional guvernanților. Acest lucru presupune controlul judiciar al măsurilor politice – inclusiv al legislației. Cu toate acestea, curțile constituționale sau curțile care efectuează control de constituționalitate nu pot să compenseze pe deplin această slăbiciune a dreptului constituțional. Din moment ce puterea de a folosi forța fizică rămâne în mâine guvernului, curțile sunt neajutorate atunci când politicienii refuză să respecte constituția sau nesocotesc hotărârile judiciare.

Exceptând această situație, care este rar întâlnită într-o democrație liberală funcțională și cu un sens înrădăcinat al supremației dreptului, există o mare diferență între un sistem politic care adoptă controlul de constituționalitate și unul care nu îl adoptă. Chiar și o clasă de guvernanți care este în general dispusă să se conformeze constituției va răspunde subiectiv la întrebarea referitoare la ce anume interzice sau impune constituția într-o anumită situație. Politicienii tind să interpreteze constituția în lumina intereselor și a scopurilor lor politice. Într-un sistem fără control de constituționalitate, interpretarea majorității prevalează, de obicei. Pe termen lung, acest lucru va compromite ceea ce constituționalismul a clădit. În contrast, într-un sistem care beneficiază de control de constituționalitate, există o instituție care nu urmărește scopuri politice, ai cărei membri nu sunt supuși procesului electoral și care este specializată în interpretarea profesionistă a constituției. Prin urmare, este mai puțin subiectivă și poate să impună prevederile constituționale majorității alese. Și mai important este efectul preventiv al controlului de constituționalitate. Simplul fapt al existenței curților constituționale obligă majoritatea politică să își pună problema constituționalității unei măsuri politice destul de devreme în cursul procesului politic și într-o manieră destul de neutră. Ea își va evalua propriile planuri politice din perspectiva curții constituționale.

Poate Kelsen, pe care Curtea Supremă a Israelului l-a citat aprobator în opinia *Mizrachi*, a exagerat atunci când a spus că o constituție fără control de constituționalitate este ca și inexistentă. Există câteva democrații cu tradiție în care constituția contează, deși nu există control de constituționalitate. În aceste cazuri, valorile constituționale au devenit parte integrantă din cultura juridică și politică în așa fel încât este mai puțină nevoie de garanții instituționalizate. În majoritatea statelor însă, în special în acelea care au adoptat de curând democrația constituțională, adevărul este că o constituție nu ar conta prea mult în politica de zi cu zi dacă nu s-ar bucura de sprijinul unui agent special care să impună politicii constrângerile stabilite de constituție. Impactul minor al drepturilor fundamentale înainte să existe control judiciar de constituționalitate probează aceste afirmații.

Cu toate acestea, simpla existență a unei curți constituționale nu este suficientă pentru a garanta că politicienii respectă constituția. La fel cum constituționalismul este o realizare aflată în continuu pericol, și controlul de constituționalitate este continuu sub amenințare. Politicienii, deși au consimțit inițial la existența controlului de constituționalitate, descoperă curând că exercitarea acestuia de către curțile constituționale reprezintă adesea un obstacol pentru ei. Constituțiile stabilesc restricții pentru politică, iar curțile constituționale există pentru a asigura impunerea acestor restricții. Nu orice cred politicienii că este necesar – fie pentru ei, fie pentru partidul din care provin, fie pentru ceea ce ei consideră a fi interesul comun – poate fi făcut atâta timp cât curțile însele nu apreciază că este în acord cu constituția. Prin urmare, politicienii ar prefera o curte constituțională care, ca să ne exprimăm diplomatic, cel puțin nu este adversară, în general, obiectivelor și planurilor lor. Însă pot exista și interese

specifice ale politicianilor privind anumite cazuri supuse curții constituționale de care depinde implementarea unei anumite politici.

Totuși, orice ingerință politică în procesul judiciar ar submina întreg sistemul de democrație constituțională. Tocmai datorită acestui fapt judecătorii trebuie protejați împotriva influențelor sau presiunilor politice. Linia de demarcație trasată în baza principiului separației puterilor între diferitele organe ale statului este importantă în special în privința puterii judiciare. Independența puterii judiciare este indispensabilă pentru funcționarea unui sistem constituțional, prin urmare, ea însăși și are nevoie protecție constituțională. Dacă e adevărat că atunci când actorii politici refuză să se supună deciziilor lor, curțile constituționale sunt neputincioase, este chiar mai adevărat că ele sunt inutile atunci când nu pot să ia decizii independente de politică. Protecția cea mai eficientă a independenței justiției este, desigur, o convingere adânc înrădăcinată a politicianilor că orice ingerință în procedurile judiciare este inacceptabilă, susținută de un sprijin puternic pentru constituție din partea populației. Însă, o atare protecție nu există de la sine. Dimpotrivă, sunt necesare garanții speciale în acest scop. Independența justiției trebuie să fie garantată nu doar împotriva oricărei încercări de a influența în mod direct decizia într-o cauză, ci și împotriva unor încercări mai subtile de a exercita presiuni asupra justiției. Acesta este motivul pentru care constituțiile garantează, în general, inamovibilitatea judecătorilor și deseori un salariu satisfăcător, dacă e să menționăm doar câteva modalități.

O problemă specială în acest context o reprezintă recrutarea judecătorilor curților constituționale sau ai curților care exercită control de constituționalitate. Din moment ce aceste curți dețin o parte din puterea publică, judecătorii au nevoie de legitimitate democratică. Dacă ei nu sunt aleși direct de către electorat, o circumstanță ea însăși problematică raportată la independența justiției, atunci implicarea, într-o anumită măsură, a autorităților alese ale statului în procesul de recrutare a lor pare inevitabilă. Însă, orice implicare a acestora dă naștere tentației de a alege sau de a numi judecători deferenți. Recrutarea judecătorilor este flancul descoperit al independenței justiției. O curte constituțională care reflectă pur și simplu interese politice va putea cu greu să păstreze distanța necesară față de politică. Prin urmare, garanțiile împotriva politizării curților sunt de o importanță vitală.

Majoritatea statelor unde există control de constituționalitate au anumite prevederi speciale pentru alegerea sau numirea în funcție a judecătorilor constituționali. În ipoteza în care aceștia sunt aleși de către parlament este prevăzută, de obicei, o majoritate calificată, asemănătoare celei cerute pentru revizuirea constituției. Acest lucru înseamnă că majoritatea și minoritatea trebuie să cadă de acord cu privire la același candidat, fapt ce determină ca numirile partizane să fie puțin probabile. Alte state preferă un sistem mixt de alegere și numire, prin împărțirea dreptului de a selecta judecătorii constituționali între diferitele organe ale statului. În alte state, actori non-politici sunt implicați în proces, de pildă, reprezentanții profesiei juridice. Este greu de spus care sistem este mai bun. Dar nu este greu de observat că, pentru ca constituționalismul să fie funcțional, trebuie limitat riscul de a avea o curte constituțională docilă din punct de vedere politic.

3. Independența justiției este garanția constituțională împotriva amenințării din partea politicianilor la adresa exercitării corecte a funcției judecătorilor. Ea este îndreptată împotriva încercărilor de a determina judecătorii să nu aplice legea, ca să se conformeze așteptărilor politice. O astfel de amenințare este externă. Dar am fi naivi dacă am crede că aceasta este singura la care este expusă funcționarea unui sistem constituțional. Există și o amenințare

internă, care vine chiar de la judecători. Aceasta se manifestă în două forme. Prima constă în înclinația de a urma în mod voluntar, indiferent de motive, așteptări politice sau chiar liniile unui partid. Cealaltă constă în tentația de a judeca conform propriilor preferințe politice sau propriilor idei cu privire la ceea ce este drept sau nedrept, în loc de a urma standardele constituționale. Garanția constituțională a independenței justiției îi apără pe judecători împotriva politicii, dar nu apără sistemul constituțional și societatea împotriva judecătorilor care, din alte rațiuni decât cele legate de presiunea politică directă, sunt dispuși să încalce sau să distorsioneze legea.

Așadar, este necesar ca independența externă să fie acompaniată de independența internă. Garanția constituțională a independenței justiției nu este un privilegiu personal pentru a putea decide după bunul plac, ci este o exigență funcțională. Rolul ei este să permită judecătorilor să își îndeplinească funcția, adică să aplice legea indiferent de interesele și așteptările părților într-o cauză sau de forțe politice sau sociale influente. Ea îi eliberează judecători de influențe extrajuridice – dar nu pentru a le oferi omnipotență în luarea hotărârilor, ci pentru a le da posibilitatea de a judeca în conformitate cu dreptul. Justificarea independenței față de influențe extrajuridice este aceea de a asigura deplină eficacitate obligațiilor juridice pe care le au judecătorii. Supunerea față de drept este corolarul necesar al independenței justiției. La fel ca și în privința independenței externe, trebuie luate măsuri pentru a asigura și independența internă.

Totuși, întrucât independența internă este o chestiune ce ține, în mare parte, de etica profesională și de caracterul individual, posibilitățile dreptului sunt limitate. Comportamente grave, precum corupția pot fi, desigur, interzise și incriminate ca infracțiuni. Dar experiența demonstrează că este greu să lupți împotriva corupției din sistemul judiciar atunci când corupția este obișnuită printre politicieni și în societate. Aceasta pare să constituie o problemă serioasă în unele dintre noile democrații. În același sens, pare justificată și pedepsirea „pervertirii justiției”. Însă nu e ușor de distins între „pervertirea justiției” și interpretarea greșită sau discutabilă a legii. De aceea, condamnările pentru fapta de „pervertire a justiției” sunt rare³. Însă incriminarea corupției și a „pervertirii justiției” și înlăturarea judecătorilor care au comis astfel de infracțiuni nu constituie o încălcare a independenței magistraților.

O încălcare mai subtilă a funcției judecătorului este intenția sau predispoziția de a interpreta dreptul într-o manieră care favorizează anumite convingeri politice sau un partid ori un candidat la o funcție politică, fie în general, fie într-un caz individual. Aceasta este, de obicei, deghizată sub forma unei argumentații juridice care maschează faptul că este posteroară deciziei luate de la bun început. O astfel de situație nu este întotdeauna intenționată. Nu este imposibil ca judecătorii să se auto-amăgească cu privire la motivele conduitei lor judiciare. Problema este că acest tip de încălcare a funcției judiciare nu apare doar în unele dintre noile democrații. El poate fi observat și în state cu o democrație constituțională solidă. Hotărârea

³ Infracțiunea de „pervertire a justiției” (*Rechtsbeugung*) este definită în Codul Penal German, par. 339, după cum urmează: „Un judecător, un alt funcționar public sau un arbitru care, în cursul gestionării sau soluționării unei chestiuni juridice, se face vinovat de o pervertire a bunului mers al justiției în beneficiul sau în detrimentul unei părți, va fi sancționat cu o pedeapsă privată de libertate de la unu la cinci ani” (Traducere neoficială a Ministerului Federal de Justiție din Germania). A se vedea, de ex., S. Ziemann, „Case-Reports-Judge Schill Case (BGHSt 47, 105, 4 Sept. 2001)”, în R.A. Miller & P.C. Zumbansen (eds.), *Annual of German & European Law* vol. 458, nr. 1 (2003) (Nota editorului în original).

Curții Supreme a Statele Unite în cauza *Bush v. Gore*⁴ din anul 2000 poate servi drept exemplu. Rareori va exista o sancțiune juridică în aceste situații. Totuși, ele pot determina critici publice sau chiar pierderea încrederii în justiție, consecințe față de care nicio curte nu poate să rămână indiferentă.

II.

1. Dreptul își datorează existența unei decizii politice. Rațiunile politice sunt legitime în procesul de legiferare. Cu toate acestea, într-o democrație constituțională, politica nu mai are niciun rol când vine vorba de aplicarea dreptului. Aplicarea dreptului este o chestiune care ține de sistemul juridic, în interiorul căruia motivele politice nu sunt legitime. Din acest motiv, distincția dintre drept și politică este de importanță crucială. Dar dacă aplicarea dreptului și, în particular, controlul de constituționalitate, ar fi o operațiune politică în sine, în așa fel încât orice încercare de a separa dreptul de politică la nivel instituțional ar fi zădărnicită la nivelul aplicării dreptului? Acesta este o întrebare serioasă și nu trebuie confundată cu abuzul de putere judiciară care corespunde refuzului intenționat de a aplica legea sau aplicării intenționat greșite a legii.

Desigur, controlul de constituționalitate este în mod inevitabil politic, în sensul că obiectul și efectul hotărârilor curților constituționale sunt politice. Aceasta se datorează chiar funcției dreptului constituțional, care este aceea de a reglementa formarea și exercițiul puterii politice, precum și funcției curților constituționale, care constă în impunerea dreptului constituțional asupra politicii. O curte constituțională este un organ al statului. A excepa chestiunile politice de la controlul judiciar ar însemna sfârșitul controlului de constituționalitate. De aceea, ceea ce ne putem întreba este doar dacă operațiunile pe care judecătorii le realizează în scopul interpretării și aplicării dreptului constituțional la chestiunile politice, sunt de natură politică sau juridică.

Această problemă apare deoarece orice analiză a procesului de aplicare a dreptului la situații concrete ilustrează faptul că textul de lege nu poate determina integral hotărârile judiciare. Unul dintre motive îl reprezintă faptul că dreptul, în general, și dreptul constituțional, în particular, nu este nici ferit de lacune și de contradicții, nici întotdeauna clar și lipsit de ambiguitate. Nici nu ar putea fi altfel având în vedere că un sistem juridic este produsul unor epoci diferite, care reacționează la o varietate de provocări, inspirat de interese diferite sau de concepții diferite cu privire la justiție, și care depinde de utilizarea limbajului obișnuit. A acoperi lacunele, a armoniza prevederile contradictorii, a le conferi suficientă precizie pentru a putea soluționa o problemă concretă sunt sarcini ale celor care aplică dreptul, în ultimă instanță ale tribunalelor, care, la rândul lor, profită de eforturile depuse de știința dreptului.

Dar chiar și în ipoteza în care prevederile ar fi formulate în modul cel mai clar și mai coerent posibil, ele pot totuși să ridice probleme atunci când trebuie soluționat un caz concret. Această incapacitate de a garanta o deplină pre-determinare a hotărârilor judiciare, chiar și în situația unor prevederi aparent clare, este inerentă dreptului deoarece o lege este, prin definiție, o regulă generală aplicabilă unui număr nedeterminat de cazuri care vor apărea în viitor. De aceea, ea trebuie formulată în termeni mai mult sau mai puțin abstracti. În consecință, întotdeauna va rămâne un spațiu gol între norma generală și abstractă, pe de o parte, și cazul concret individual, pe de altă parte. Judecătorul trebuie să descopere sensul normei generale în

⁴ 531. U.S. 98 (2000).

cazul dat. Această misiune este realizată prin interpretare, care întotdeauna precede aplicarea normei. Norma generală trebuie concretizată într-o regulă mai specifică înainte de a decide asupra cazului particular.

Întocmai ca sarcina acoperirii lacunelor, a armonizării prevederilor contradictorii, sau a clarificării normelor ambigue, concretizarea normelor conține un element de creativitate. De aceea, aplicarea normei este întotdeauna, într-o anumită măsură, o interpretare a normei. Acest lucru este indiscutabil. Ceea ce diferă de la caz la caz este gradul. El depinde de un număr de variabile. Cea mai importantă dintre acestea este precizia unei norme. O normă enunțată restrictiv lasă mai puțin loc unei interpretări, pe când o normă enunțată în termeni abstracti, sau chiar vagă, pretinde multă concretizare înainte de a fi aplicată la un caz individual. De obicei, o constituție conține mai multe norme vagi decât, de pildă, Codul de procedură civilă. Acesta este cazul, mai cu seamă, în ceea ce privește principiile generale și drepturile fundamentale, chiar dacă este mai puțin adevărat în ceea ce privește normele de organizare și cele procedurale. O altă variabilă este vechimea normei. Cu cât o normă este mai veche, cu atât sunt mai multe problemele care nu au fost prevăzute sau nu au putut fi prevăzute de legislator – ceea ce ridică întrebări legate de înțelesul său și de aplicabilitatea sa.

Simplul fapt că dreptul nu pre-determină complet deciziile în cazuri individuale nu este suficient pentru a transforma aplicarea dreptului dintr-o operațiune juridică într-una politică. Ea rămâne o operațiune juridică atât timp cât ceea ce judecătorul adaugă la textul legii în cursul procesului de interpretare își are baza în text și poate fi derivat din acesta într-o manieră rezonabilă și argumentativă. În caz contrar, ea devine o operațiune politică. Așadar, este necesar să distingem argumentele juridice de cele non-juridice, fie ele politice, economice sau religioase. Această distincție poate fi făcută numai în interiorul sistemului juridic. Niciun alt sistem nu poate să determine care argument este juridic sau nu. În interiorul sistemului juridic distincția dintre un argument juridic și unul non-juridic este dată de metodologie. În acest scop, metodologia încearcă să elimine, pe cât posibil, influențele subiective din interpretarea dreptului. Acesta este motivul pentru care distincția dintre operațiunile juridice și cele non-juridice în aplicarea dreptului legii este, în mare măsură, o chestiune care depinde de metoda juridică.

Spre deosebire de textul de lege, care este produsul unei decizii politice și, prin urmare, nu depinde de judecători, metodologia juridică este, în schimb, un produs al considerațiilor juridice. Ea apare în procesul de interpretare și de aplicare a dreptului sau este dezvoltată de doctrina juridică, dar nu este impusă în mod autoritar. Aceasta înseamnă că metodologii diferite pot coexista, la fel cum pot coexista diferite versiuni ale unei orientări metodologice. Metoda este o chestiune de opțiune în cadrul unui sistem juridic. Toate încercările legislatorilor de-a lungul istoriei de a interzice interpretarea sau de a impune o anumită metodă s-au dovedit zadarnice. Au fost ele însele supuse interpretării. Dar faptul că nu există o singură metodă impusă autoritar nu înseamnă că metodologia poate justifica orice soluție și își pierde, în acest fel, efectul de disciplinare a judecătorilor. Așa cum, de-a lungul istoriei, anumite sisteme juridice au avut, fiecare, perioadele lor de popularitate, la fel și fiecare dintre metodologii are câte o perioadă în care este utilizată cu predilecție. De obicei, există un nucleu de argumente și operațiuni acceptate și un număr de argumente și operațiuni care sunt considerate inacceptabile. Măsura în care o metodă poate reuși să elimine toate elementele subiective din interpretare este o problemă controversată. Au existat și încă există metode care pretind că au această capacitate.

2. O metodă influentă de-a lungul istoriei, care a promis să elimine influențele subiective, a fost pozitivismul juridic, nu în calitatea sa de teorie a validității dreptului opusă teoriilor dreptului natural, ci în calitatea sa de teorie a interpretării juridice. În această accepțiune, pentru un pozitivist norma juridică se rezumă strict la text, iar singurele instrumente pentru a descoperi sensul textului sunt filologia și logica, adică nu istoria legislativă, nici motivele sau intenția legislatorului, nici valorile pe care se bazează norma, nici realitatea socială în care au apărut problemele pe care norma trebuia să le rezolve și în care norma urma să-și producă efectele și nici consecințele pe care le-ar putea determina interpretarea. Nu poate exista decât un singur sens corect al normei, iar acesta rămâne valabil atâta timp cât norma este în vigoare, indiferent de schimbările contextului.

Problema pozitivismului a fost, pe de o parte, că nu și-a putut îndeplini promisiunea de a înlătura toate influențele subiective de la interpretare. Astfel de influențe au fost, mai degrabă, introduse în mod clandestin în interpretare, de cele mai multe ori în legătură cu definirea noțiunilor folosite de legislator. Pe de altă parte, pozitivismul a împiedicat adaptarea dreptului la schimbările sociale prin interpretare. Din moment ce realitatea socială în care norma avea să-și producă efectele a fost considerată irelevantă pentru interpretare, pozitivistul nu putea nici măcar să perceapă schimbarea socială. Bineînțeles, pozitivistul nu ar fi negat că, datorită schimbărilor sociale, nu era exclus ca norma juridică să nu-și îndeplinească obiectivul sau să producă rezultate disfuncționale. Dar aceste chestiuni se consideră că intrau în sfera de preocupare a legislatorului și nu a celui însărcinat să aplice legea. Tocmai acesta este neajunsul care a contribuit, în mare parte, la declinul pozitivismului după vasta schimbare socială care a avut loc ca urmare a Revoluției industriale și a Primului Război Mondial.

Mai există încă o teorie influentă a interpretării care pretinde că preîntâmpină toate influențele subiective, și anume originalismul. Spre deosebire de pozitiviști, originaliștii cred că doar o metodă istorică este potrivită pentru determinarea sensului unei norme juridice. Cel care aplică dreptul nu poate să atribuie unei norme, în special unei norme constituționale, un alt sens decât cel avut în vedere de autorii normei. Uneori, originalismul se înfățișează sub o formă rigidă care exclude din sfera de aplicabilitate a unei norme oricare fapt pe care autorii nu l-ar fi putut avea în vedere. Dacă Primul Amendament al Constituției Statelor Unite protejează libertatea presei, atunci celui care aplică dreptul nu i-ar fi permis să extindă pe calea interpretării aria de protecție a acestei libertăți la radio sau TV. Alteori, originalismul se înfățișează sub o formă mai sofisticată. Aceasta îi permite celui care aplică dreptul să se întrebe dacă autorii normei ar fi inclus în sfera de aplicabilitate un fapt nou, dacă acesta le-ar fi fost cunoscut la momentul la care legea a fost adoptată. În acest caz, ar fi admisibil din punct de vedere metodologic ca, prin interpretare, radio și TV să fie incluse în sfera de protecție a Primului Amendament. Dar, la fel ca și pozitivistul, originalistul nu este pregătit să accepte că poate exista mai mult decât o singură interpretare corectă a normei și că interpretarea se poate modifica în mod legitim atunci când circumstanțele în care este făcută se schimbă.

Problema originalismului este, în primul rând, de ordin practic. În majoritatea cazurilor este dificil, dacă nu chiar imposibil, de știut care a fost sensul inițial avut în vedere sau intenția inițială. Este cu atât mai dificil dacă în procesul de elaborare a constituției sunt implicate mai multe persoane, dintre care multe poate nu și-au exprimat propria poziție sau propria intenție. În consecință, determinarea intenției sau sensului inițial este de multe ori un proces foarte selectiv, în cadrul căruia declarațiile unora dintre actori sunt scoase în evidență și atribuite tuturor. Cel de-al doilea neajuns este acela și cu cel al pozitivismului. Posibilitatea de a adapta normele

juridice la schimbarea socială este extrem de restrânsă, dacă nu chiar imposibilă. În cazul în care schimbarea socială are un impact negativ asupra constituției, singurul remediu posibil ar fi revizuirea textului, lucru ce poate fi extrem de complicat într-o țară, precum Statele Unite. Constituția tinde să se pietrifice, în contradicție cu teoria constituției vii.

Deși este greu de găsit pozitivisti sau originaliști în Germania, ar fi greșit să credem că aceste metodologii prezintă doar un interes istoric. Pozitivismul, sau, mai precis, interpretarea literală rigidă, joacă încă un rol important în unele țări post-comuniste și în unele părți din America Latină. În Statele Unite, originalismul are o poziție puternic consolidată, ca reacție la activismul judiciar al Curții Supreme din epoca Warren, în anii '50 și '60. În Germania, concepția conform căreia există o metodă juridică aptă să excludă orice element subiectiv din sfera interpretării normelor juridice nu mai găsește susținere. Același lucru este adevărat și în ceea ce privește pentru majoritatea autorilor americani. Însă consecințele care derivă din această premisă sunt considerabil diferite în cele două țări. Un curent de gândire foarte puternic în Statele Unite, Critical Legal Studies, susține că nu doar actul de legiferare este o operațiune politică, ci la fel sunt și interpretarea și aplicarea legii, singura diferență fiind aceea că legislativul operează într-un context politic, în vreme ce judecătorii operează într-un cadru judiciar. Ca și corolar, interesul academic asupra dreptului se îndreaptă în direcții diferite. Întrebarea pe care mulți juriști americani sunt înclinați să o pună este: Cum vor decide curțile? Întrebarea dominantă în Germania ar fi: Care este decizia corectă?

În cele din urmă, în spatele celor două concepții stă câte o atitudine diferită cu privire la autonomia dreptului. Adeziunea la curentul Critical Legal Studies nu prea lasă loc să se recunoască autonomia sistemului juridic. În schimb, în Germania este general acceptată măcar o relativă autonomie a dreptului. Această concepție recunoaște, pe de o parte, că dreptul este un produs politic. El ia naștere din procesul legislativ, unde argumentele politice sunt cele dominante. Pe de altă parte, odată adoptat, dreptul se detașează de politică. Este competența legislatorului să decidă dacă o normă juridică rămâne, sau nu, în vigoare. Dar atât timp cât este în vigoare, aplicarea normei nu se face pe criterii politice. Aceasta nu este doar o diferență între cadrul instituțional al deciziilor politice și al celor judiciare. Există și o raționalitate specifică al sistemului juridic, care este diferită de raționalitatea sistemului politic.

Această diferență nu rămâne fără consecințe în domeniul recrutării judecătorilor și al conduitei acestora. În cazul în care interpretarea și aplicarea legii este considerată o operațiune politică, atunci preferințele și afilierile politice ale judecătorilor sunt importante, în schimb ele nu prezintă o importanță la fel de mare atunci când este recunoscut efectul neutralizator al raționalității juridice. Gradul de politizare al justiției este legat de această diferență. Totodată, ea explică preocuparea constantă pe care constituționaliștii americani, precum și societatea americană, o au pentru așa-numita dilemă a caracterului „anti-majoritar”⁵ sau nedemocratic al controlului judiciar, preocupare care este mai mult sau mai puțin absentă în Germania și în alte țări unde consacrarea controlului de constituționalitate a fost o reacție la experiența regimurilor nedemocratice.

O privire din interior asupra unei curți constituționale poate confirma măsură în care doctrina și metodologia au capacitatea să concilieze diferențele ideologice. În perioada în care

⁵ În original, „the counter-majoritarian difficulty” – o problemă mult discutată sub acest nume în doctrina de drept constituțional american și care se referă la faptul că instanțele judiciare nu au legitimitate democratică și, pe cale de consecință, nu ar fi în poziția de a controla activitatea legislativului, care este democratic ales (de către majoritate) (N. trad.).

mi-am exercitat mandatul de judecător constituțional am putut observa că deciziile nu urmăreau, neapărat, obținerea unui anumit rezultat pre-determinat⁶. Argumentele juridice contau cu adevărat și s-a întâmplat adesea ca membrii curții să își schimbe opinia ca urmare a punctelor de vedere exprimate în cadrul deliberărilor. Desigur, această constatare personală raportată la o singură curte nu poate fi generalizată. Dar, cu certitudine, ea demonstrează cât de important este ca judecătorii să își indice motivele deciziei. Este adevărat că pot exista motive bune pentru rezultate diferite, dar este, de asemenea, adevărat că nu orice rezultat poate fi susținut cu argumente juridice.

3. Care este metoda care ghidează Curtea Constituțională din Germania atunci când se pronunță în materie de conflicte constituționale? Indicațiile din partea Curții însăși sunt rare, iar atunci când apar într-o motivare, ele nu îmbracă forma unei explicații sistematice și coerente. Rareori curțile pun în discuție probleme metodologice, cu atât mai puțin descriu în motivările lor ce metodă au urmat. Metoda este practică, dar nu dezvoltată teoretic. Aceasta înseamnă că ea trebuie dedusă din felul în care, de obicei, o curte ajunge la deciziile pe care le pronunță. Mai degrabă decât să afirme ce metodă a urmat, Curtea menționează ce metode a evitat. Nu există nici pozitiviști, nici originaliști în jurisdicția constituțională din Germania, dar aceasta nu înseamnă că textul constituțional este neglijat, sau că argumentele istorice sunt absente⁷.

În termeni foarte generali, metoda poate fi descrisă ca fiind teleologică sau funcțională. Normele constituționale sunt privite ca expresii ale unor valori sau ale unor principii pe care societatea a vrut să le consacre la cel mai înalt nivel. La rândul lor, aceste valori determină concretizarea acelor dispoziții constituționale care sunt aplicabile la un caz concret. Scopul interpretării este de a da cel mai larg efect acestor valori sau principii care stau la baza textului. Ori de câte ori trebuie determinat sensul unei prevederi constituționale față de o problemă concretă, Curtea se întreabă care este obiectivul care trebuie să fie urmărit de către prevederea constituțională sau care este funcția pe care trebuie să o îndeplinească în societate. De ce media se bucură de libertate de exprimare? De ce familia se bucură de protecție specială din partea statului? De ce sunt limitate puterile parlamentului atunci când puterea legislativă este delegată executivului? De ce sunt obligate partidele politice să se organizeze în mod democratic și să-și dezvăluie sursele de finanțare și cheltuielile?

Rezultatul căutării acestor valori este important. Există diferențe semnificative în ceea ce privește libertatea de exprimare în media, după cum ideea care stă la baza sa este aceea de a oferi posibilitatea patronilor de trusturi de presă și jurnaliștilor să aducă la cunoștință propriile opinii unui public mai larg, sau ideea de a permite acestor patroni să obțină un profit cât mai mare, sau dacă această libertate este menită să permită destinatarilor individuali să își formeze o opinie proprie și, astfel, să garanteze că societatea obține informațiile de care are nevoie pentru a se autoguverna. În primele două cazuri, reglementarea media ar putea ridica o problemă de constituționalitate, în vreme ce, în al treilea caz, reglementarea media ar putea fi, în schimb, chiar o obligație constituțională. În ipoteza unui conflict între valori protejate constituțional, Curtea nu stabilește o ierarhie între acestea, ci încearcă să le armonizeze într-o

⁶ În original, „decisions were not necessarily result-driven” (N.trad.).

⁷ A se vedea *Cazul închisorii pe viață*, (1977) 45 *BverfGE* 187: „Nici istoria inițială, nici ideile și intențiile autorilor nu sunt de o importanță decisivă în interpretarea unei prevederi particulare din Legea fundamentală. Din momentul adoptării Legii fundamentale, sensul pe care noi îl atribuim conținutului, funcției și efectului drepturilor fundamentale a fost aprofundat”, în *D.P. Kommers*, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 307 (1997) (Nota editorului).

manieră în care ambele să-și mențină cât mai mult din conținut. Astfel, punerea în balanță devine un instrument important pentru Curte atunci când se pronunță pe probleme din domeniul drepturilor fundamentale.

Maxima metodologică conform căreia scopului normei constituționale în discuție trebuie să i se asigure cel mai larg efect duce la o altă consecință care caracterizează atitudinea față de metodologie a Curții constituționale germane: cel mai larg efect nu poate fi determinat fără a cunoaște segmentul de realitate socială în care norma constituțională își va produce efectele. Normele juridice sunt formulate având în vedere o anumită configurație a realității sociale. Alături de text și de scop, acest context social este constitutiv pentru sensul normei juridice. Dar spre deosebire de text și de scop, care sunt determinate de legislator și rămân neschimbate cât timp norma este în vigoare, contextul este supus schimbării sociale. În consecință, o interpretare care a servit cel mai bine acestui scop în anumite condiții ar putea să n-o mai facă în cazul unor împrejurări schimbate.

Dacă cele de mai sus sunt corecte, adeviziunea la curentul originalist ar putea duce la rezultate nesatisfăcătoare. Ar putea chiar să ignore complet funcția normei și să producă rezultate disfuncționale. Jurisprudența Curții se caracterizează prin aceea că are în vedere realitatea socială pentru a asigura că dreptul va face față noilor provocări și că își va păstra, totodată, forța normativă față de noile probleme. Curtea merge chiar cu un pas mai departe și se întreabă care sunt consecințele probabile în lumea reală ale alternativelor posibile de interpretare și optează pentru cea interpretare ale cărei consecințe sunt mai apropiate de scopul normei. Ea reacționează în acest fel la noile amenințări la adresa libertăților protejate constituțional, acelea care iau naștere din progresele științifice și tehnologice și din utilizarea lor comercială și, astfel, lărgeste aria de protecție a drepturilor fundamentale.

În concluzie, această metodă înzestrează constituția cu o mare relevanță practică. Un număr semnificativ de principii inovative importante își datorează existența acestei abordări, cum ar fi principiul proporționalității, efectul orizontal al drepturilor omului, obligația constituțională a legislativului de a proteja drepturile fundamentale împotriva actorilor privați sau forțelor sociale. Între timp acestea au fost adoptate în multe constituții noi sau în jurisprudența multor curți constituționale. Totuși, tocmai această interpretare dinamică a Curții constituționale germane este cea care ne întoarce la problema separației dreptului de politică. Care este momentul la care o nouă interpretare echivalează cu o revizuire a constituției? Bineînțeles că, în sens formal, o revizuire implică o schimbare a textului constituției. Aceasta nu poate fi făcută de către o curte. Într-un sens mai substanțial, însă, schimbările sensului unui anumit text pot avea un impact mai mare decât schimbările textului.

Legea fundamentală germană a fost revizuită formal de 52 de ori în aproape șaiszeci de ani. Cu toate acestea, schimbările produse pe calea interpretării, în mod special în materia drepturilor fundamentale, au avut cu siguranță un impact similar, dacă nu chiar unul mai mare. Putem vorbi despre un moment în care interpretarea se transformă dintr-o operațiune juridică într-una politică? Răspunsul nu poate fi unul diferit față de cel dat anterior. Atâta timp cât interpretarea derivă din text într-o manieră juridic acceptabilă, ea rămâne în sfera dreptului. Consecințele politice pot fi, însă, grave. Orice conținut nou pe care o curte îl derivă din norme constituționale schimbă echilibrul dintre organele politice ale statului și sistemul judiciar, de cele mai multe ori în favoarea celui din urmă. Uneori, acest lucru este denumit imperialism judiciar. Se impune, însă, să distingem între intenție și efect. Intenția curții este, de obicei, aceea de a da efect exigențelor constituționale. Deseori, rezultatul constă într-o o

creștere a puterii judiciare căreia îi corespunde o pierdere a puterii legislativului. Totuși, pare destul de dificil să convingi curțile să nu pună în aplicare ceea ce pentru ele rezultă din constituție.

În această situație, mulți autori recurg la *judicial self-restraint*⁸ ca remediu. Totuși, *judicial self-restraint*, oricât de recomandabilă ar putea fi, nu este decât un apel la etica profesională, și nu o regulă juridică. Din punct de vedere descriptiv, putem distinge între curți activiste și curți deferențiale. Însă din punct de vedere normativ, nu se poate găsi niciun criteriu operațional pentru o astfel de distincție. Sunt prea mulți factori în joc, și de multe ori o analiză atentă relevă că o interpretare care pare a fi una extrem de curajoasă este bine întemeiată în contextul circumstanțelor în care a fost făcută. În plus, nu este deloc clar, sub nicio formă, dacă există vreo legătură între *judicial self-restraint* și gradul de politizare al curților. De pildă, Curtea Constituțională a Germaniei este mai activistă decât Curtea Supremă a Statelor Unite, dar este mai puțin politizată.

Puterea de a revizui constituția este un instrument mai promițător pentru limitarea expansiunii puterii judiciare. Curțile se supun textului legilor. Schimbarea textului este în sfera de acțiune a politicii. Puterile politice pot „reprograma” sistemul judiciar ori de câte ori ele nu îi aprobă jurisprudența. Există însă o diferență importantă între instanțele obișnuite și cele constituționale. Dacă legislativul apreciază că interpretarea legii este contrară intenției legislative, el poate schimba legea cu o simplă majoritate. Curțile constituționale aplică în schimb constituția a cărei revizuire este, de regulă, mai dificilă. Iar organele politice ale statului pot corecta sau „reprograma” curțile constituționale numai prin revizuirea constituțiilor. Prin urmare, ar trebui ca revizuirile să nu fie prea dificil de realizat. Acolo unde sunt foarte dificil de realizat, precum în cazul Statelor Unite, sarcina adaptării constituției la noile provocări cade pe umerii judecătorilor și îi face să fie mai politizați. Dacă judecătorii se eschivează de la această sarcină, spre exemplu, din considerații metodologice, precum originalismul, iar procedura de revizuire este extrem de dificilă, forța normativă a constituției va avea de suferit.

Revizuirile sunt un corectiv extern pentru puterea curților. Cu toate acestea, există și un corectiv intern: Chiar dacă este adevărat că doar în interiorul sistemului juridic se poate defini ce este și ce nu este acceptabil din punct de vedere juridic, o astfel de definire nu se face o singură dată și pentru totdeauna, iar judecătorii nu sunt singurii actori care iau parte în acest proces. Prin urmare, este extrem de important ca instanțele constituționale să fie angrenate într-un discurs activ care să evalueze și readapteze constant chestiuni, precum diviziunea funcțiilor între structurile politice și cele juridice ale statului, metodele juridice acceptabile sau corectitudinea interpretărilor. Independența justiției nu este amenințată atunci când judecătorii sunt receptivi la reacția pe care societatea o are la adresa deciziilor lor.

⁸ (În original). „Judicial self-restraint” desemnează atitudinea judecătorilor (în general a celor de la instanțele supreme sau constituționale) care, în mod voluntar, se abțin să î și folosească puterea de a determina, pe cale de interpretare, efecte ale normelor care nu au fost urmărite de legislator. „Judicial self-restraint” este opus, îndeobște lui „Judicial activism” (activismul judiciar) care desemnează atitudinea contrară, aceea de a utiliza la maximum această putere (N.trad.).