

**Teodor PAPUC**

## **leşirea din „semi-constituţionalism”\***

### **I. Introducere**

Prezentul articol are la bază discuţiile provocate de două decizii ale Curţii Constituţionale din România (în continuare, „Curtea”), discuţii în care instanţa de contencios constituţional a fost acuzată de un activism nepermis, manifestat prin depăşirea atribuţiilor sale expres prevăzute de textele legale şi implicit prin „adăugarea la lege”. Prima<sup>1</sup> dintre decizii vizează declararea ca neconstituţională a dezlegării date problemelor de drept judecate printr-o decizie a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie („I.C.C.J.”). Este cunoscuta controversă asupra insultei şi calomniei, care a condus, după câte s-au spus, la „un conflict inimaginabil”<sup>2</sup> între instanţa de contencios constituţional şi instanţa supremă. Tot atunci, Curtea „s-a comportat ca o instanţă superioară I.C.C.J. şi a anulat o hotărâre a acesteia dată cu trei ani în urmă”<sup>3</sup>. În cea de-a doua decizie<sup>4</sup>, Curtea a admis o excepţie de neconstituţionalitate ridicată de către I.C.C.J.<sup>5</sup>, statuând că dispoziţiile art. 5 C.pen. sunt constituţionale în măsura în care nu permit combinarea prevederilor din legi succesive în stabilirea şi aplicarea legii penale mai favorabile. Din nou – de data aceasta purtătorii de mesaj fiind profesori de drept – s-a spus că decizia Curţii ar fi neconstituţională<sup>6</sup> [sic!] şi că judecătorii constituţionali nu au voie să interpreteze legea şi nici deciziile I.C.C.J., pentru că ar afecta rolul Parlamentului de legislator exclusiv<sup>7</sup> şi ar adăuga la constituţie şi la lege.

Titlul articolului este inspirat de o conferinţă a profesorului Dieter Grimm<sup>8</sup>, în care acesta spunea că principii germani au dat constituţiei fără a fi convinşi de ideea de constituţionalism,

---

\* Autorul îi mulţumeşte domnului Profesor Valentin Constantin pentru sugestiile legate de redactarea articolului şi pentru a-i fi pus la dispoziţie cartea lui *John Ely*, *Democracy and Distrust*.

<sup>1</sup> DCC nr. 206 din 29 aprilie 2013 referitoare la excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art. 414<sup>5</sup> alin. (4) C.proc.pen. (M.Of. nr. 350 din 13 iunie 2013), prin care s-a constatat că „dezlegarea dată problemelor de drept judecate” prin Decizia I.C.C.J., Secţiile Unite nr. 8/2010 este neconstituţională, contravenind prevederilor art. 1 alin. (3), (4) şi (5), ale art. 126 alin. (3), ale art. 142 alin. (1) şi ale art. 147 alin. (1) şi (4) din Constituţie şi DCC nr. 62 din 18 ianuarie 2007 (M.Of. nr. 104 din 12 februarie 2007).

<sup>2</sup> *A.T. Neacşu*, Curtea Constituţională vs. Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, 3 mai 2013 ([www.juridice.ro](http://www.juridice.ro)).

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> DCC nr. 265 din 6 mai 2014 referitoare la excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art. 5 C.pen (M.Of. nr. 372 din 25 mai 2014).

<sup>5</sup> Secţia penală a acesteia, în dosarul nr. 5714/118/2012.

<sup>6</sup> *M.A. Hotca*, Este constituţională decizia Curţii Constituţionale privitoare la art. 5 din Codul penal?, 9 mai 2014 ([www.juridice.ro](http://www.juridice.ro)).

<sup>7</sup> (<http://raduchirita.ro/senzational-vezi-ce-au-decis-judecatorii-ccr-lovitura-dura-pe-care-o-primeste-orice-absolvent-de-facultate-decenta/>)

<sup>8</sup> *D. Grimm*, German and American Constitutionalism, A Comparison, in *The Berlin Journal*, American Academy in Berlin nr. 7/2003, p. 9.

fără a recunoaște drepturile prevăzute ca fiind drepturi naturale înnăscute și fără a le considera, în genere, drepturi ale omului, ci drepturi ale cetățenilor. Constituțiile lor nu erau învestite cu forța de a deroga de la legile vechi. Efectul le era unul limitat, iar constrângerea – în absența controlului judecătoresc – inexistentă. *Starea aceea echivala cu un „semi-constituționalism”*.

Pornind de la această remarcă, nu puteam să nu fac analogiile de rigoare cu situația noastră. Nu-mi propun să analizez deciziile Curții în sine, ci doar acuzele stereotipe din reacțiile care le-au urmat. La o prima vedere, observ că acestea vorbesc despre somnolență și regrete. Somnolență pentru că, deși s-au deschis de atâția ani frontierele, inclusiv pentru literatura juridică editată în Occident, iar internetul abundă de informații, unii observatori ai scenei politico-juridice de la noi vehiculează teorii demult depășite. Regrete pentru că, atunci când Curtea încearcă să dezvolte un anumit activism judiciar (stingher, în comparație cu cel al Curții Constituționale Federale germane, de exemplu), este acuzată de abuz de putere, imputându-i-se lipsa legitimității. Din acest motiv, susțin că subzistența deciziilor instanței supreme ce conțin interpretări neconstituționale pe motiv că textul Constituției nu prevede posibilitatea Curții de a le controla se cheamă semi-constituționalism. Tot semi-constituționalism se numește și sistemul în care o curte constituțională nu are voie să „adauge la lege”.

Așadar, prezentul articol vrea să demonstreze că legiferarea pozitivă a Curții nu constituie o noutate raportat la activitatea curților constituționale din democrațiile europene avansate, ci, din contra, o normalitate (II), că teoria „judecătorului-sclav al legii” este o teorie desuetă, consecvența unora, în acest caz, neputând atrage elogiul (III), și că garantarea efectivă a drepturilor omului trebuie să fie principala sarcină a instanțelor de contencios constituțional, ea netrebuind să fie blocată de prevederile constituționale lacunare (IV).

## **II. Montesquieu și Kelsen. De la judecătorul-sclav la legislatorul negativ... și mai departe**

Într-o decizie din 1987, Curtea Constituțională Federală germană sublinia că „judecătorii din Europa nu au fost niciodată doar *la bouche qui prononce les paroles de la loi*”<sup>9</sup>. Observația sugera că instanțele de contencios constituțional sunt factori activi, care dau formă și viață dreptului constituțional. Recent, un judecător de la aceeași Curte își începea opinia disidentă spunând că „în efortul de a salvarda principiul preeminenței dreptului, Curțile Constituționale pot să-și depășească competența judiciară”<sup>10</sup>.

Aserțiunile par a fi un sacrilegiu pentru cei care încă mai cred că judecătorii constituționali aplică textul legii fundamentale de o manieră silogistică, asemenea judecătorilor ordinari, supuși fiind constituantei precum vechii judecători voinței arbitrare a monarhului absolut. De fapt, este chiar viziunea revoluționarilor francezi, pentru care dreptul era pur și simplu pro-

<sup>9</sup> *Bundesverfassungsgericht*, decizia 2 BvR 687/ 85, *BVerfGE* 75, 223, din 8.04.1987 [Kloppenburger], §48. Citarea în franceză a cuvintelor lui Montesquieu aparține Curții Constituționale Federale germane.

<sup>10</sup> Opinia disidentă a judecătorului Lübke-Wolff, Curtea Constituțională Federală germană, Cauza 2 BvR 2728/13 et al. *OMT*, ordinul din 14 ianuarie 2014, parag. 2. ([www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20140114\\_2bvr272813en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20140114_2bvr272813en.html)).

dusul majorității legislative. Parlamentul adopta legile, fiind considerat organul statal suprem, în timp ce judecătorii le aplicau doar, apăsați de neîncrederea populară<sup>11</sup>.

Viziunea revoluționarilor francezi asupra judecătorilor, una de natură eminentemente pozitivistă, a fost indusă de opera baronului de Montesquieu – *Despre spiritul legilor*<sup>12</sup>. Ideea că „judecătorii națiunii nu sunt, [...] decât gura care rostește cuvintele legii, niște ființe neînsuflețite care nu-i pot modera nici forța, nici severitatea”<sup>13</sup> îi imaginează pe aceștia în genul unor automate care soluționează conflictele prin simpla încadrare a faptelor în dispozițiile legale relevante. Exact cum spunea Jacques Joseph Garat, unul dintre oratorii Tribunalului<sup>14</sup>, inspirat de același Montesquieu, atunci când s-a votat Codul civil francez: judecătorul este un aparat mecanic al legii și trebuie să rămână fidel literei acesteia<sup>15</sup>!

Numai că Montesquieu era membru al Parlamentului de la Bordeaux – curte cunoscută în perioada Frondei<sup>16</sup> pentru mazarinadele<sup>17</sup> sale. Există supoziția că baronul se număra printre parlamentarii frondeori<sup>18</sup>. Poziția lui, dar și influența asupra scenei politice franceze, a transformat *Despre spiritul legilor* într-o biblie a Parlamentului.

Cu ascendența în scrierile lui Cicero<sup>19</sup> și modelat după adagiul lui Sir Edward Coke – *Judex lex loquens*<sup>20</sup> (judecătorul este legea care vorbește), stigmatul baronului a acoperit multă vreme mințile juriștilor europeni și o mai face astăzi, în cazul unor doctrinari conștienți sau nu de acest fapt<sup>21</sup>, deși pe vremea sa nu existau curți constituționale.

Curios este și că peste ocean, în Statele Unite, ideile lui Montesquieu au fost citite într-o altă cheie. În anii 1780, mare parte din încrederea americanilor în adunările democratice alese a scăzut. Majoritatea americanilor considerau legislaturile statelor lor drept principala sursă a

<sup>11</sup> M. Rosenfeld, Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts, in I•CON vol. 2, nr. 4/2004, p. 642. A se vedea și V. Constantin, Despre controlul subsidiar al protecției drepturilor garantate de CEDO, în NRDO nr. 4/2012, p. 14 și 15.

<sup>12</sup> JHR și WTE, Les Juges Constituants, in European Constitutional Law Review nr. 6/2010, p. 171.

<sup>13</sup> Charles Louis de Secondat de Montesquieu, Despre spiritul legilor, în Cartea XI, Capitolul VI, trad. A. Roșu, Ed. Științifică, București, 1964, p. 203.

<sup>14</sup> Adunarea legislativă a Franței, fondată de Napoleon în 1799.

<sup>15</sup> K.M. Schönfeld, Rex, Lex et Judex, in European Constitutional Law Review nr. 4/2008, p. 274-275.

<sup>16</sup> 1643-1652. Nume dat perioadei în care Parlamentele franceze s-au împotrivit politicii cardinalului Mazarin și a Reginei Anne d'Autriche.

<sup>17</sup> Miile de pamflete și cântece îndreptate împotriva cardinalului Mazarin.

<sup>18</sup> K.M. Schönfeld, op. cit., p. 285, cu trimitere la introducerea lui T. Nugent din prima ediție engleză a lucrării lui Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (1750).

<sup>19</sup> Cicero, Pro Cluentio Oratio: „Magistrații sunt servitorii legii, iar judecătorii interpretii ei; în felul acesta suntem cu toții supușii legilor pentru a putea fi liberi”, apud K.M. Schönfeld, op. cit., p. 286.

<sup>20</sup> K.M. Schönfeld, op. cit., p. 288. Sir Edward Coke, judecător, a rostit adagiul în *Calvin's Case* (1608), cunoscut și sub numele de *Case of the Posnati*. Hotărârea din acest caz a stabilit că cei născuți în Scoția după Unirea Coroanelor sub James al VI-lea (1603) trebuiau considerați, în temeiul *common-law*-ului, subiecți de drept englez cărora li se aplica legea engleză.

<sup>21</sup> Mă limitez doar la a cita următorul enunț, pe care îl găsesc grăitor: „În acest mod, Curtea Constituțională a comis un grav abuz de putere și, în realitate, s-a substituit atât Parlamentului în activitatea de legiferare, cât și voinței națiunii (reprezentate de Parlament, ca autoritate direct reprezentativă), ceea ce reprezintă o uzurpare a puterii suverane a națiunii”, în C.-L. Popescu, Uzurparea de putere comisă de Curtea Constituțională în cazul cenzurării dispozițiilor legale privind deconspirarea poliției politice comuniste, în NRDO nr. 1/2008.

tiraniei și nedreptății din societate, văzând în judecători mijlocul de a le stăvili „sălbăticiile”<sup>22</sup>. William Plumer, fost senator și guvernator al New Hampshire, afirma în 1786 că însăși „existența” guvernelor americane alese a ajuns să depindă de judiciar: „este singurul corp care va efectua un control efectiv asupra unei Adunări numeroase”<sup>23</sup>. În scurt timp și influențați de „manipulările ingenioase”<sup>24</sup> ale teoriei „separației puterilor” a lui Montesquieu, judiciarul a dobândit o poziție importantă. Revoluția a început prin transformarea judecătorilor din anexe de temut ale coroanei, într-una dintre „cele trei puteri capitale ale Guvernului”: din magistrați neînsemnați supuși executivului regal colonial, într-o entitate independentă a unui guvern republican tripartit modern<sup>25</sup>.

Ceva mai târziu, în Europa, pentru a contracara ostilitatea sistemică împotriva judecătorilor adânc impregnată în conștiința publică, Hans Kelsen creează o teorie care să legitimeze controlul de constituționalitate<sup>26</sup>. El oferă un model de curte constituțională modernă. Parlamentele sunt legislatori pozitivi care legiferează în mod liber, în funcție de preferințele politice, fiind constrânși doar de regulile constituționale procedurale. Curțile constituționale reprezintă în schimb, în acest model, „legislatorii negativi”<sup>27</sup>. Când își exercită rolul de invalidare a legilor neconstituționale, acestea se subordonează întotdeauna constituției, fără a intra pe terenul legislativului sau pe cel al constituantei. Din acest motiv, Kelsen i-a numit pe judecătorii constituționali „legislatorii negativi” și nu „pozitivi”, pentru că ei nu pot crea și implementa *ex novo* dispoziții legale<sup>28</sup>. Dar Kelsen nu a avut în vedere în proiecția sa garantarea drepturilor prin textele de constituții, metodă pe care o considera periculoasă<sup>29</sup>. El asimila drepturile omului cu dreptul natural, semnalând că hotărârile privitoare la acestea ar elimina distincția dintre legislatorul negativ și cel pozitiv. Căutând să descopere înțelesul drepturilor și să stabilească domeniul lor de aplicare, judecătorii constituționali s-ar fi transformat în legislatori omnipotenți<sup>30</sup>.

<sup>22</sup> G.S. Wood, Comment, în A. Scalia, A Matter of Interpretation, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1997, p. 52.

<sup>23</sup> L.W. Turner, William Plumer of New Hampshire, 1759-1850, Chapel Hill, 1962, p. 34-35, apud G.S. Wood, op. cit.

<sup>24</sup> G.S. Wood, op. cit.

<sup>25</sup> Oscar și Mary Hanlin (eds.), The Popular Sources of Political Authority: Documents on the Massachusetts Constitution of 1780, Cambridge, Mass, 1966, p. 437, apud G.S. Wood, op. cit.

<sup>26</sup> A.S. Sweet, The politics of constitutional review in France and Europe, I•CON, vol. 5, nr. 1/2007, p. 83.

<sup>27</sup> H. Kelsen, La garantie juridictionnelle de la Constitution, in Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1928, p. 226: „Dacă legislatorul (pozitiv) nu este obligat de Constituție și respectă doar procedurile prevăzute acolo pentru adoptarea legilor și doar principiile ori directivele generale, afară de regulile procedurale, activitatea legislatorului negativ de la jurisdicția constituțională, din contră, este determinată în mod absolut de Constituție. Iar acest lucru se întâmplă astfel atunci când sarcina sa tinde să se asemene cu cea a unei curți obișnuite: în principal să aplice dreptul și într-o mică măsură să-l creeze: este, așadar, o sarcină jurisdicțională prin excelență”.

<sup>28</sup> A.R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislators, in Comparative Law, General Report, XVIII International Congress of Comparative Law of the International Academy of Comparative Law, p. 2 ([www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com)) - rezumat.

<sup>29</sup> H. Kelsen, op. cit., p. 239-241. Cu mai mult de un secol înainte de a fi publicat studiul lui Kelsen, în America, James Madison se opunea includerii unei declarații a drepturilor în Constituție. Acesta și-a schimbat însă percepția corespondând cu Thomas Jefferson. S-a convins, în cele din urmă, că garantarea drepturilor pe cale judiciară se numără printre „precauțiile auxiliare” necesare contra tiraniei. A se vedea L.H. Tribe, M.C. Dorf, On Reading the Constitution, Harvard University Press, 1991, p. 6.

<sup>30</sup> A. Stone Sweet, op. cit., p. 83.

În ciuda poziției sale, majoritatea constituțiilor europene includ astăzi drepturi și libertăți. Controlul de constituționalitate a evoluat în mod progresiv, depășind concepția veche a judecătorilor-legislatori negativi. Au fost dezvoltate principii noi care, pe vremea lui Kelsen, nu făceau parte din agenda curților și a judecătorilor lor<sup>31</sup>. În acest sens, practica interpretării de drept constituțional din Europa și-a schimbat totalmente direcția, părăsind modelul deductiv. De vreme ce judecătorii constituționali europeni trebuie să aplice valori generale precum demnitatea umană sau să interpreteze vaste libertăți constituționale, ei nu se pot fundamenta pe argumentația silogistică. Acest tip de deducție ar putea fi potrivit pentru judecătorul ordinar, care găsește în Codul civil, de exemplu, norme detaliate. Judecătorii constituționali nu au un asemenea avantaj. Ei „pipăie” istoria, analizează valori și principii, interpretările lor sunt generoase și nu implică doar cunoștințe juridice, iar activismul începe să le semene tot mai mult cu cel al omologilor americani<sup>32</sup>. Mai ales că nicio constituantă nu va alătura prevederilor constituționale, sumare și înțelesul lor. Aici intervine libertatea și puterea de interpretare a judecătorilor constituționali, care dau sens „aranjamentelor de cuvinte”<sup>33</sup>. Realitatea cuvintelor rezidă în interpretare. De fapt, nu există o singură interpretare, ci mai multe, care țin fiecare de circumstanțele politice, juridice, culturale sau sociale specifice. Dacă se spune despre Convenția europeană a drepturilor omului că este „un instrument viu ce trebuie interpretat în lumina condițiilor actuale de viață”, de ce nu ar fi aplicabil acest postulat și constituțiilor care conțin, de asemenea, drepturi și libertăți fundamentale? Dacă judecătorii de la Strasbourg „adaugă la Convenție”<sup>34</sup>, în vederea garantării unor „drepturi reale și efective, iar nu teoretice și iluzorii”, de ce nu ar face-o și judecătorii constituționali? În realitate, interpretarea evolutivă a unui text constituțional, cu „riscul” adăugării de dispoziții noi, previne moartea acestuia<sup>35</sup>. În mod constant, judecătorii constituționali adaptează textele la cerințele noi generate de schimbările sociale. Constituția nu este un spațiu izolat, ci unul larg, „deschis neîntreruptei creații”<sup>36</sup>. Curțile sunt cele care anunță în spațiul public acceptarea a noi libertăți. Rațiunea publică este rațiunea curților constituționale<sup>37</sup>, condiția fiind, firește, ca deciziile lor să nu fie mostre ale patologiei controlului de constituționalitate. Însă acest pericol este practic unul inexistent pentru România, dat fiind statutul ei de membru al Uniunii Europene și de parte a Consiliului Europei.

Așadar, Europa a început să construiască, treptat, după cel de-al Doilea Război Mondial, o nouă logică a legitimității curților constituționale, fundamentându-se pe concepțiile „noului constituționalism”<sup>38</sup>, care nu are astăzi, ca ideologie politică sau ca teorie a statului, un rival

<sup>31</sup> A.R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, in *Comparative Law, General Report*, XVIII International Congress of Comparative Law of the International Academy of Comparative Law, p. 27 ([www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com)) – studiu complet.

<sup>32</sup> M. Rosenfeld, op. cit., p. 683.

<sup>33</sup> D. Rousseau, *The Constitutional Judge: Master or Slave of the Constitution?*, in *Cardozo Law Review* nr. 14/1992-1993, p. 776.

<sup>34</sup> Recunoașterea unui „drept la un mediu sănătos” din art. 8 al Convenției (*López Ostra c. Spaniei*, Marea Cameră, 1994, parag. 51) ar putea fi interpretat de pozitiviștii din România ca adăugare la lege.

<sup>35</sup> D. Rousseau, op. cit., p. 786.

<sup>36</sup> Idem, p. 786.

<sup>37</sup> J. Rawls, *Liberalismul politic*, Ed. Sedona, Timișoara, 1999, p. 217.

<sup>38</sup> A. Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Regatul Unit, 2000, p. 126. Potrivit acestui autor (în „The politics of constitutional review in France and Europe”, p. 74), preceptele „noului constituționalism” sunt următoarele: a) instituțiile statale

serios. În consecință, suveranitatea parlamentară nu mai este un principiu absolut. Eliberarea din chingile acestuia s-a făcut inclusiv datorită „dictatelor” curților europene supra-naționale. Curțile constituționale își asumă în prezent roluri care odinioară aparțineau doar puterii constituante sau legislativului.

### III. Monism, dualism, fundaționalism. Principiul *pro homine*

Bruce Ackerman enumera acum câțva timp trei curente de constituționalism: monismul, dualismul și fundaționalismul<sup>39</sup>.

Monismul, cu un „pedigree impresionant”<sup>40</sup>, presupune ca poporul să acorde autoritatea deplină a legiferării câștigătorilor ultimelor alegeri generale – dacă au avut loc în mod liber și corect. Doctrina acestei școli vedea în practica parlamentară britanică o versiune ideală: partidul Prim-ministrului este partidul câștigător în alegeri. Camera Comunelor îi acordă Guvernului Majestății Sale un sprijin ferm. Dacă poporul britanic nu este de acord cum decurge situația politică, votează opoziția la alegerile următoare. Până atunci, nici Camera Lorzilor, nici Regina și nici instanțele nu pot invalida deciziile legislative luate de majoritatea membrilor Camerei Comunelor. Numai că monismul britanic s-a dovedit a fi o speranță deșartă. Schimbarea a intervenit întâi în 1997, prin crearea unei Bănci naționale engleze independente, iar apoi în 2009, odată cu transferul funcțiilor judiciare ale Camerei Lorzilor către o Curte Supremă independentă, aptă să declare legile incompatibile cu Convenția europeană a drepturilor omului și interpretările Strasbourgului<sup>41</sup>.

Modelul dualist distinge între deciziile care pot fi luate într-o democrație: decizia poporului și cea guvernamentală. Decizia poporului intervine rar și în condiții constituționale speciale. Deciziile luate de guvern sunt puse în aplicare zilnic și tot în baza unor dispoziții constituționale speciale. Astfel, constituția de tip dualist urmărește ca deciziile zilnice ale guvernului să nu contravină rarelor decizii ale poporului<sup>42</sup>. Precum moniștii, dualiștii consideră că ultima autoritate constituțională este poporul.

Însă primatul suveranității populare este contestat de școala fundaționaliștilor<sup>43</sup>. Această școală nu neagă totalmente rolul guvernării, ci manifestă doar un angajament profund în privința drepturilor fundamentale. Membrii ei susțin că legea fundamentală vizează în primul rând protecția drepturilor. Pentru fundaționaliști, spune Ackerman<sup>44</sup>, Constituția este mai întâi protectoare de drepturi, iar apoi democratică, spre deosebire de modelul dualist, în care

---

sunt stabilite printr-o constituție scrisă, iar autoritatea lor derivă din aceasta; b) constituția atribuie puterea supremă poporului, prin intermediul alegerilor; c) exercițiul autorității publice, inclusiv al celei legislative, este legitim atât timp cât se conformează cu dreptul constituțional; d) constituția prevede pentru drepturi un sistem de justiție constituțională care să le garanteze; și e) curțile constituționale nu au doar sarcina, ci sunt pe deplin îndrituite să administreze acest sistem de justiție.

<sup>39</sup> B. Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, vol. 99, nr. 3/1989, p. 453-547.

<sup>40</sup> Idem, p. 462. Printre reprezentanții acestei școli se numără Woodrow Wilson, Oliver Wendell Holmes, John Ely.

<sup>41</sup> B. Ackerman, *Meritocracy v. Democracy*, in *London Review of Books*, vol. 29, nr. 5/2007, p. 9.

<sup>42</sup> B. Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, vol. 99, nr. 3/1989, p. 461.

<sup>43</sup> Idem, p. 466.

<sup>44</sup> Idem, p. 468.

ordinea este inversată. Rawls, de exemplu, nu acceptă distincția dintre dualism și fundaționalism<sup>45</sup>.

Ackerman mai susține că modelul fundaționalist nu este aplicabil sistemului constituțional american<sup>46</sup>. Constituția americană nu a prevăzut legi mai presus de revizuirea populară subsecventă. Spre exemplu, Constituția originală prevedea existența sclaviei, dar nimic nu a împiedicat generațiile următoare să reconsidere chestiunea. Fundaționaliștii consideră în schimb că amendamentele aduse valorilor fundamentale sunt dezastruoase din perspectiva morală<sup>47</sup>. Ei stabilesc în constituții valori imuabile, fără a ignora aspirațiile prezentului. Constituțiile sunt instrumente vii, iar toate interpretările de drept constituțional pornesc de la acele valori. Tipicul unei astfel de constituții este legea fundamentală germană, care proclamă o lungă listă de drepturi fundamentale ce nu pot fi revizuite, chiar dacă majoritatea germanilor ar dori-o. Practica aceasta se datorează unui trecut politic nefast.

Ruperea de trecutul nazist al germanilor seamănă întrucâtva cu înlăturarea regimului de tristă amintire de la noi. Cu privirile îndreptate înapoi, germanii au situat demnitatea umană și respectarea drepturilor omului la baza operei lor constituționale, consacrand în legea fundamentală din 1949 așa-numita „clauză de eternitate”. Clauza enumeră valori de bază, șirul cărora este deschis de inviolabilitatea demnității umane. Pentru că ceea ce separa regimul nazist de democrația vestică era totala ignorare a demnității umane și încălcarea crasă a drepturilor omului. Constituția noastră prevede, de asemenea, câteva limite ale revizuirii. Ea mai aduce aminte, chiar de la început, că „România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor [...] reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate”. Ceea ce separa regimul comunist român de democrația vestică și de majoritatea românilor era aceeași ignorare a demnității umane și a drepturilor omului. Iar ceea ce induce filosofia ambelor constituții – germană și română – este garantarea efectivă a drepturilor omului, în lumina conceptului de „demnitate”. În Germania i s-a spus *Verfassungsstaat*<sup>48</sup>, idee ce presupune ca autoritățile statale să-și organizeze politica și să-și evalueze obiectivele prin aplicarea valorilor și principiilor constituționale, fără a exclude vreun domeniu de la controlul de constituționalitate. În acest sens, Curtea germană manifestă un activism absolut firesc, care o transformă adesea în legislator pozitiv și o face, probabil, invidiată în întreaga Europă. Ea adaugă, inevitabil, la lege, conturând de multe ori viitoarele sarcini ale legislativului<sup>49</sup>. Numai că pornește de la principiul progresismului și de la cel al prevalenței drepturilor omului (*pro homine*). Așa fiind, sub tutela sa, legea fundamentală a devenit, în a doua jumătate a secolului XX, ceea ce Carl Schmidt ar numi o „constituție totală”<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> J. Habermas, J. Rawls, Despre liberalismul politic, Ed. Tact, Cluj, 2012, p. 90, nota de subsol 41. A se vedea și J. Rawls, Liberalismul politic, *op. cit.*, p. 217-225.

<sup>46</sup> B. Ackerman, Constitutional Politics/Constitutional Law, in The Yale Law Journal, vol. 99, nr. 3/1989, p. 469.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> M. Rosenfeld, *op. cit.*, p. 639.

<sup>49</sup> C. Tomuschat, Die Karlsruher Republik, in Die Zeit, 13 mai 2010 ([www.zeit.de/2010/20/P-oped-Verfassungsgericht](http://www.zeit.de/2010/20/P-oped-Verfassungsgericht)). Articolul este unul cu tentă critică, însă infirmă faptul că judecătorul de astăzi ar mai fi „gura care rostește cuvintele legii”.

<sup>50</sup> M. Kumm, Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law, in German Law Journal nr. 7/2006, p. 343.

Pornind de la prezumția că instanța de contencios constituțional nu încalcă niciodată Constituția pe care este chemată să o apere, deci implicit de la prezumția că orice decizie de declarare a neconstituționalității unui act normativ de către Curte urmărește garantarea drepturilor fundamentale, nu găsim nicio explicație viabilă din perspectivă juridică care ar putea demonstra că judecătorii constituționali nu pot să declare ca neconstituțională o decizie a I.C.C.J., pentru că nu scrie în Constituție. Garantarea efectivă a drepturilor omului reprezintă rațiunea existenței sale. Interpretarea evolutivă a atribuțiilor Curții, având la bază principiul *pro homine*, impune și controlul asupra deciziilor I.C.C.J., deși nu este scris nicăieri<sup>51</sup>. Se poate oare ca lipsa de prevedere a constituantei să limiteze garantarea drepturilor fundamentale? Nu. „Copii rebeli”? Mai degrabă niște „părinți fondatori” neprevăzători.

Criticii activismului judecătorilor constituționali din România invocă adesea faptul că puterea statală pleacă de la popor și că „Parlamentul este organul reprezentativ suprem al poporului român și unica autoritate legiuitoare a țării”, după cum face vorbire art. 61 alin. (1) din Constituție<sup>52</sup>. Nefiind reprezentativă, Curtea nu ar avea legitimitatea necesară să adauge la lege. Ei confundă însă reprezentarea „politică” cu cea „argumentativă”. Parlamentul îi reprezintă pe cetățeni în mod *politic*, iar curtea constituțională în mod *argumentativ*<sup>53</sup>. Judecătorii constituționali trebuie să tempereze situațiile în care „majoritățile se impun fără scrupule, în care emoțiile domină dezbaterile, în care banii și relațiile domină și conduc la comiterea unor greșeli grave”<sup>54</sup>. Curtea acoperă hibeile constituționale. Ea rupe identitatea „guvernați-gubernanți”, drepturile și libertățile fundamentale nemaifiind la discreția ultimilor<sup>55</sup>. Doar cu exercitarea rolului ei de apărător al poporului împotriva reprezentanților săi politici, însă dintr-o poziție a obiectivității, se poate vorbi despre o instituționalizare veritabilă a drepturilor omului într-un stat constituțional democratic<sup>56</sup>. *Ab absurdo*, ignorând tipurile de reprezentativitate, dacă și judecătorii ar trebui să fie aleși (pentru a fi, vorba criticilor, la fel de reprezentativi precum Parlamentul), este de presupus că-și vor sacrifica independența în procesul electoral<sup>57</sup>.

Ar fi util de repetat că art. 61 alin. (1) pare o manifestare amnezică raportat la art. 1 alin. (3) din Constituție, care spune că România este stat de drept. Dacă statul de drept are înțelesurile

---

<sup>51</sup> „Cu siguranță că nu există nimic în textul constituției [americane] care s-o proclame singura sau ultimul punct de referință. Și chiar dacă ar fi existat, o atare proclamație de auto-referință ar fi ridicat problema regresului infinit și ar fi lăsat, în plus, fără răspuns întrebarea referitoare la cum trebuie adaptat înțelesul ei”. *L.H. Tribe*, Comment, în *A. Scalia*, op. cit., p. 77. Nu există nimic în Constituție care să proclame textul acesteia a fi punctul-limită al destinației.

<sup>52</sup> În Statele Unite, dezbaterile cu același obiect – conformitatea activismului judiciar cu teoria democrației, distinge între *interpretivism* și *noninterpretivism*. Potrivit doctrinei interpretiviste, judecătorii care hotărăsc asupra chestiunilor de constituționalitate trebuie să se circumscrie normelor statuate sau deduse implicit din Constituția scrisă. *Noninterpretivismul* presupune ca judecătorii „să depășească setul de referințe și să aplice norme ce nu pot fi descoperite strict între cele patru colțuri ale actului normativ” (*J.H. Ely*, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980, p. 1). Cele două doctrine se regăsesc și în dihotomia Textualism-Intentionalism/Dynamism.

<sup>53</sup> *R. Alexy*, *Drepturi fundamentale și drepturi ale omului*, în *Drepturile Omului la întâlnirea dintre culturi* (coord. *Jörn Rüsen, Hans-Klaus Keul, Adrian-Paul Iliescu*), Ed. Paralela 45, Pitești, 2004, p. 46.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>55</sup> *D. Rousseau*, op. cit., p. 790.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>57</sup> *M. Kumm*, *Representativeness and Independence of Courts*, în *Courts, Social Change and Judicial Independence*, European University Institute, Florența, 2012, p. 53.



„preeminenței dreptului” din Preambulul Convenției europene a drepturilor omului, atunci toate autoritățile au o legitimitate politică egală<sup>58</sup>, fiecare dintre ele contribuind la conturarea voinței generale.

Prin urmare, modelul pe care îl sugerează Constituția României este unul fundaționalist, asemenea celui german. Curtea germană, un tipar intelectual demn de urmat, dă dovadă de un activism natural, ca și alte curți europene (VI). Cele ce se aseamănă se vindecă prin leacuri asemănătoare. Este un motiv pentru care nu trebuie criticat activismul Curții din România.

#### **IV. Moduri de legiferare pozitivă de către curțile constituționale. Iluzia „neadăugatului la lege”**

Se spune<sup>59</sup> că instanțele de contencios constituțional guvernează în măsura în care creează drept. Aproape tot ce reprezintă astăzi drept constituțional în Europa este construit de curțile constituționale, prin jurisprudența lor.

##### **a) Interacțiunea cu puterea constituantă**

Cea mai importantă dintre expresiile rolului de legislator pozitiv al curților constituționale este interacțiunea cu puterea constituantă, prin „adăugarea la Constituție”. Curțile pot adăuga la Constituție mai ales atunci când interpretează prevederile din domeniul drepturilor fundamentale. Menținerea vie a Constituției a făcut ca în Franța, de exemplu, unde legea fundamentală nu includea un catalog al drepturilor fundamentale, Consiliul Constituțional să dea valoare juridică Preambulului Constituției din 1958<sup>60</sup>, creând ceea ce Louis Favoreu numea *le bloc de constitutionnalité*<sup>61</sup>. În acest caz, Consiliul a declarat neconstituțională legea specială care stabilea procedura dobândirii capacității juridice de către asociații, cu motivarea că Preambulul Constituției din 1946 făcea trimitere la „principiile fundamentale recunoscute de legile Republicii”, printre care se număra și principiul libertății de asociere. Prin urmare, asociațiile trebuiau să poată fi constituite în mod liber și să fie lăsate să-și dezvolte activitățile doar în baza unei declarații prealabile, a cărei validitate nu putea fi supusă controlului vreunei autorități administrative sau judecătorești. Astfel, Consiliul Constituțional a decis că principiile constituționale fundamentale se regăseau nu doar în Preambulul Constituției din 1958, ci și în cel al Constituției din 1946, și eventual în Declarația drepturilor omului și a cetățeanului din 1789.

Și Curtea Federală Supremă din Elveția a dedus drepturi fundamentale nescrise din Constituția de la 1874, care mai apoi au fost incluse în Constituția din 1999. Deciziile relevante au vizat dreptul de proprietate (ZBl 62/1961, 69, 72 – 1960), libertatea de exprimare (BGE 87 I 114, 117 – 1961), dreptul la libertate personală în sensul dreptului la integritate fizică și mintală (BGE 89 I 92, 97 – 1963), libertatea de a vorbi în limba maternă (BGE 91 I 480, 485 – 1965), dreptul la existență și asistare, care presupune o minimă asistență

<sup>58</sup> A se vedea *V. Constantin*, Câteva note în legătură cu cazul *Voiculescu c. României*, în NRDO nr. 2/2008, p. 51.

<sup>59</sup> *A. Stone Sweet*, The politics of constitutional review in France and Europe, op. cit., p. 75.

<sup>60</sup> Decizia nr. 71-44 din 16 iulie 1971 a Consiliului Constituțional francez.

<sup>61</sup> *L. Favoreu*, Le principe de Constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, in *Recueil d'étude en Hommage a Charles Eisenman*, Paris, 1977, p. 34, apud *A.R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 48.

gubernamentală în caz de nevoie (BGE 121 I 367, 370-1995), libertatea de asociere, incluzând dreptul de a organiza demonstrații publice (BGE 96 I 219, 223 – 1970) ș.a.<sup>62</sup>

Curtea din Polonia a contribuit la expansiunea drepturilor omului, în special după 1989. Au fost recunoscute, pe cale jurisprudențială, dreptul la protecția vieții umane înainte de naștere (Decizia din 28 mai 1997, K 26/96, OTK ZU 1997/2/19), dreptul la protecția vieții private (Decizia din 24 iunie 1997, K21797, OTK ZU 1997/12/23), neretroactivitatea legilor (Decizia din 22 august 1990 K7/90, OTK 1990), protecția drepturilor câștigate (Decizia din 25 februarie 1992 K3/9, OTK 1992), prevederile pentru o „legislație decentă” (Decizia din 15 decembrie 2008 P57/07, OTK ZU 2008/10A/178), principiul proporționalității (Decizia din 26 aprilie 1995 K11/94, OTK 1995)<sup>63</sup>.

Una dintre deciziile cele mai importante sub acest aspect este cea a Curții din Germania, unde art. 2 alin. (1) din Legea Fundamentală („Fiecare persoană are dreptul să-și dezvolte liber personalitatea”) a fost interpretat de o manieră extensivă, în sensul că fiecare persoană este liberă să facă sau să se abțină de la a face ceea ce vrea<sup>64</sup>. Potrivit deciziei, art. 2 alin. (1) garantează, odată cu libera dezvoltare a personalității, și *dreptul general la libertate* (sau *de acțiune*), acesta din urmă trebuind să fie în consonanță cu ordinea constituțională – în măsura în care nu lezează drepturile altora sau nu contravine bunelor moravuri. S-a exemplificat, în deciziile ulterioare<sup>65</sup>, că *dreptul general la libertate* ar include dreptul de a călări în pădurile publice sau dreptul de a hrăni porumbeii din parcuri.

Ar fi absurd să se susțină că activismul de acest gen reprezintă o patologie a controlului de constituționalitate. Toate „deviațiile” de mai sus au fost considerate legitime, curțile urmărind să protejeze efectiv drepturile cetățenilor. În studiile de specialitate se invocă adesea<sup>66</sup>, pentru a exemplifica opusul activismului firesc al curților constituționale, deci cazurile de patologie a controlului de constituționalitate, situația instanței de contencios constituțional din Venezuela. Printr-o decizie din 2008<sup>67</sup>, aceasta a ignorat efectele hotărârilor Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului cu privire la cazul unor foști judecători eliberați din funcție ilegal, acuzând-o de uzurparea puterilor Curții Supreme, de vreme ce chiar art. 31 din Constituția Venezuelei stabilea obligația statului de a executa deciziile organismelor internaționale în materie de drepturile omului. Instanța nu s-a oprit aici, ci a solicitat executivului venezuelean să procedeze la denunțarea Convenției inter-americane a drepturilor omului.

Un alt mod de a adăuga la constituție este reprezentat de cazurile în care instanțele de contencios constituțional rezolvă „conflictele de natură constituțională”. În România, aceste conflicte au loc periodic. A spune că în astfel de spețe curțile nu adaugă la constituție este o dovadă a ignoranței. Dau ca exemplu o decizie a Curții Constituționale a Slovaciei, ce a fortificat poziția Președintelui în întreaga arhitectură constituțională și a transformat regimul politic slovac din unul parlamentar clasic, într-unul semi-prezidențial: „chiar dacă Guvernul Republicii Slovace este organul executiv suprem (art. 108), poziția constituțională a

<sup>62</sup> A.R. Brewer-Carías, op. cit., p. 51.

<sup>63</sup> Idem, p. 51 și 52.

<sup>64</sup> BVerfGE 6, 32, 1957. A se vedea Selecții de decizii ale Curții Constituționale Federale a Germaniei, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 76.

<sup>65</sup> BVerfGE 39, 1, 1974 și, respectiv BVerfGE 54, 143 (147), 1980 apud. M. Kumm, op. cit., p. 348.

<sup>66</sup> Idem, p. 56 și 57.

<sup>67</sup> Guvernul Venezuelei c. Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului, Decizia nr. 1939 din 18 decembrie 2008.

Președintelui Republicii este de fapt dominantă raportat la poziția guvernului”. Chestiunea în discuție era dacă Președintele avea obligația constituțională de a desemna membrii guvernului în baza propunerii Prim-ministrului. Curtea a mai menționat că, „pentru a crea un echilibru în puterea executivă, Constituția Republicii îi fixează Președintelui doar obligația de a lua în considerare propunerea Prim-ministrului, nu și obligația de a o îndeplini”<sup>68</sup>.

În fine, nu și în cele din urmă, trebuie amintită o decizie a Curții Constituționale Federale germane, în care s-a verificat constituționalitatea dislocării de trupe militare în alte state. Deși nicăieri în Constituție nu scria acest fapt, Curtea a statuat că dislocarea trupelor necesita, în prealabil, acordul legislativului. Mai mult, ea a emis niște măsuri provizorii, dispunând ca legislativul și executivul să procedeze în conformitate cu acestea, până la adoptarea unei legi care să stabilească de o manieră mai detaliată „procedura participării legislatorului în adoptarea deciziilor privind activitatea trupelor germane în misiunile militare”<sup>69</sup>.

O altă posibilitate de „adăugare la Constituție” este situația în care curțile stabilesc momentul în care încetează să mai producă efecte legile declarate neconstituționale. Instanțele de contencios constituțional instituie în aceste cazuri o *vacatio sententiae*<sup>70</sup>, spunând când își vor înceta efectele legile neconstituționale, prin amânarea producerii efectelor propriilor decizii. Exemplul spaniol îl ilustrează pe deplin, deși nici Constituția și nici legea de organizare a Tribunalului constituțional nu prevedeau ceva în această privință. Tribunalul a amânat efectele unei decizii de-ale sale până când comunitățile autonome spaniole își vor fi exercitat atribuțiile legislative<sup>71</sup>.

#### **b) Guvernând prin intermediul principiului proporționalității**

Reprezentarea argumentativă a curților constituționale se fundamentează inclusiv pe metodologia de interpretare adoptată<sup>72</sup>. Modul de interpretare al testului de proporționalitate (bazat, în ultimă etapă, pe o judecată de ordin moral) le face în acest sens mai reprezentative decât în cazul unei interpretări originaliste. Pilon important al dreptului constituțional, testul proporționalității a fost aplicat pentru întâia oară, în acest domeniu, în decizia *Apothekenurteil*<sup>73</sup> a Curții Constituționale Federale a Germaniei<sup>74</sup> și este exercitat în prezent

<sup>68</sup> Decizia nr. I. ÚS 39/93 a Curții Constituționale slovace, în *Ján Svák și Lucia Berdisová*, Slovak National Report, p. 4, apud *A.R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 62.

<sup>69</sup> *BveffGE* 90, 286 (390), 1994 apud *Ch. Behrendt*, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 354 [teza de doctorat poate fi găsită și pe ([orbi.ulg.ac.be/handle/2268/997](http://orbi.ulg.ac.be/handle/2268/997))].

<sup>70</sup> *Allan R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 88.

<sup>71</sup> Decizia TCS nr. 195/1998, apud *Allan R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 94.

<sup>72</sup> *M. Kumm*, op. cit., p. 54.

<sup>73</sup> *BverfGE* 7, 377, 1958, Selecții de decizii ale Curții Constituționale Federale a Germaniei, p. 366: au fost contestate condițiile ce trebuiau îndeplinite pentru deschiderea unei noi farmacii, prevăzute de art. 3 alin. (1) din Legea privind activitatea farmaciilor (să fie de interes public, să asigure aprovizionarea populației cu medicamente, să aibă o bază economică sigură și să nu afecteze baza economică a farmaciilor învecinate, astfel încât acestea să nu mai poată respecta prevederile legale), raportat la art. 12 alin. (1) din Constituție (libertatea de alegere a profesiei, care cuprinde și libertatea exercitării acesteia). La analiza atentă a Curții Constituționale Federale, limitarea accesului la o anumită profesie urmărea doar să-i protejeze de concurență pe cei care o profesau deja, făcându-se abstracție de potențialul conflict cu principiul echității și aducându-se astfel o atingere gravă dreptului invocat. Guvernul Bavariei Superioare a făcut trimitere la interesul general. Curtea Constituțională Federală a reținut că „este incontestabil faptul că sănătatea populației reprezintă un important bun al comunității și că pentru

în aproape fiecare control de constituționalitate. Acesta cuprinde trei etape: oportunitatea, necesitatea și punerea în balanță. În etapa oportunității se examinează dacă există o legătură rațională între ingerință și scopul urmărit. Odată satisfăcută această condiție, instanțele de contencios constituțional verifică apoi, în etapa necesității, dacă ingerința ar putea fi mai puțin restrictivă sau dacă ar putea fi chiar evitată. În cazul în care răspunsul este afirmativ, atunci interesul ce se dorește a fi asigurat prin ingerință nu prevalează, principiul proporționalității fiind nesocotit. În cazul în care răspunsul este negativ, urmează etapa punerii în balanță. Aici se determină care dintre cele două sau mai multe valori în discuție are prioritate în circumstanțele concrete ale cazului. În alte cuvinte, întrebarea este dacă ingerința în cazul unui drept este justificată în lumina beneficiului protecției unui drept sau unui interes concurent. Cele două componente sunt comparate. Una dintre ele trebuie să primeze. Aici intervin argumentele de ordin moral.

În aplicarea testului de proporționalitate, curțile devin în mod necesar „legislatori asistenți”. Mai mult, când adoptă legi sau când iau decizii, legislativul, respectiv executivul trebuie să aibă în vedere respectarea testului de proporționalitate, ca și cum l-ar aplica judecătorii constituționali. Cu certitudine, proporționalitatea în sine constituie un mod de guvernare al judecătorilor<sup>75</sup>. Acest fapt devine cu atât mai clar când o măsură este declarată neconstituțională pentru că nu respectă principiul proporționalității, iar legislativul sau executivul pun în executare apoi cerințele judecătorilor constituționali, modificându-i conținutul. De exemplu, Curtea Constituțională Federală a Germaniei a statuat într-o decizie din 1981 referitoare la art. 1579 din Codul civil german care stabilea regimul pensiei alimentare că legislatorul trebuie să stabilească un nou regim al acesteia, având în considerare principiul proporționalității<sup>76</sup>. Cerința a fost îndeplinită.

Un caz interesant este cel al Croației. Curtea Constituțională a statuat într-o decizie că statul este obligat să adopte legile care privesc drepturi și libertăți individuale utilizând mijloace oportune și proporționale. Constituția Croației din 1990 se referea la principiul proporționalității doar în art. 17, articol privitor la limitarea drepturilor și libertăților în situații de urgență. Însă acest articol nu impunea principiul proporționalității la general. Pentru circumstanțele obișnuite, până la modificarea din 2000<sup>77</sup>, se aplica art. 16, în care se statua că drepturile și libertățile pot fi limitate doar „prin lege și pentru a proteja drepturile și libertățile altora, ordinea, morala și sănătatea publică”, fără a se pomeni proporționalitatea. Curtea a început să dezvolte treptat aplicarea principiului proporționalității în toate situațiile, dând indicații clare legislativului cu privire la limitele care pot fi aduse drepturilor și libertăților persoanelor. Altfel spus, a „adăugat la Constituție”<sup>78</sup>.

---

protecția acestuia s-ar putea justifica limitări ale libertății individului; dar nu poate fi contestat nici faptul că aprovizionarea regulată, cu medicamente, este indispensabilă pentru sănătatea populației...”, stabilind neconstituționalitatea art. 3 alin. (1) din Legea privind activitatea farmaciilor.

<sup>74</sup> K. Möller, Proportionality: challenging the critics, I•CON, vol. 10, nr. 3/2012, p. 709.

<sup>75</sup> A. Stone Sweet, The politics of constitutional review in France and Europe, p. 76.

<sup>76</sup> BVerfGE 57, 381, 1981, apud. C. Behrendt, op. cit., p. 263.

<sup>77</sup> „Orice limitare a libertăților sau drepturilor trebuie să fie proporțională cu natura necesității restricționării în fiecare caz în parte”.

<sup>78</sup> De asemenea, în Grecia, Consiliul de Stat a recunoscut expres rangul constituțional al principiului proporționalității, ca un corolar al principiului preeminenței dreptului [Hotărârea Consiliului de Stat nr. 2112/1984, ToS1985, 63(64)] – A.R. Brewer-Carias, op. cit., p. 53.

### c) Curtea Constituțională – legislator asistent

De multe ori, instanțele de contencios constituțional aleg să nu declare neconstituționale anumite legi, dându-le o interpretare în conformitate cu Constituția și menținându-le valide. Este o aplicație a principiului salvagădării legilor, principiu general valabil în dreptul constituțional comparat<sup>79</sup>. Salvagădarea legilor, în vederea evitării declarării lor drept neconstituționale, se face prin intermediul deciziilor interpretative. Astfel, când o prevedere legislativă comportă două interpretări, una constituțională și una neconstituțională, curțile o aleg pe prima. Dar această sarcină a curților nu presupune legiferarea pozitivă. Înrudite cu acest tip de decizii sunt deciziile aditive, unde curțile adaugă adesea la lege, pentru a nu le declara neconstituționale. Deciziile aditive se manifestă mai ales pe terenul protecției drepturilor omului. Spre exemplu, referindu-se la o prevedere a Codului penal care îi pedepsea pe cei care refuzau să-și îndeplinească serviciul militar din motive de conștiință cu pedeapsa închisorii de la 2 la 4 ani, Curtea Constituțională italiană a constatat că aceasta era contrară dreptului la egalitate în fața legii. În fapt, același Cod stabilea o pedeapsă de la 6 luni la 2 ani pentru o situație similară, în cazul celor care refuzau să-și îndeplinească serviciul fără motiv sau invocând motive insignifiante. Consecința declarării neconstituționalității acestei prevederi a fost uniformizarea pedepselor pentru ambele cazuri, prin decizia Curții, de la 6 luni la 2 ani<sup>80</sup>. Tot pentru a înlătura tratamentul discriminatoriu, în 1993, Tribunalul Constituțional spaniol a extins prevederile legale referitoare la beneficiarii pensiilor în materie de securitate socială, de la „fiicele și surorile” unei anumite categorii, la „fiii și frații” acestora<sup>81</sup>. În Germania, Curtea a intervenit direct în Legea Partidelor Politice, scăzând pragul de voturi necesar a fi acumulat pentru rambursarea costurilor privind campania electorală, de la 2,5% la 0,5%, pentru că nu fusese respectat principiul egalității de șanse<sup>82</sup>.

Pe lângă clasica declarare a neconstituționalității legilor existente, realitatea a înregistrat și un control al omisiunilor sau abținerilor legislatorului. Spre exemplu, ipostaza în care Constituția face trimitere la obligația reglementării unui anumit domeniu printr-o lege specială, iar Parlamentul nu adoptă o asemenea lege, încălcând dezideratul constituantei. În România, a fost perpetuată o asemenea situație până la intrarea în vigoare a Codului penal din 2009, care a reglementat, într-un final, infracțiunea de înaltă trădare, menționată în art. 96 al Constituției. Curțile verifică, uneori, aceste omisiuni, care pot fi absolute – când legislatorul nu a adoptat deloc o lege, sau relative – când legea adoptată nu acoperă chestiunile necesare pentru îndeplinirea scopului constituantei<sup>83</sup>. În aceste cazuri, curțile obligă, practic, parlamentele, să legifereze sau să amendeze legile incomplete. Spre exemplu, Constituția Germaniei stabilește egalitatea de tratament pentru copiii din căsătorie și pentru cei din afara căsătoriei. Curtea Constituțională Federală a somat legislatorul printr-o decizie din 1969, după alte

---

<sup>79</sup> *A.R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 68. Studiul face trimitere la o opinie a judecătorului Brandeis de la Curtea Supremă a Statelor Unite: „Atunci când este pusă în discuție validitatea unui act al Congresului sau când apare chiar un dubiu serios cu privire la constituționalitatea acestuia, un principiu de bază spune că ea, Curtea, va stabili dacă legea în sine poate susține, în mod rezonabil, evitarea acestui dubiu” – *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 346-48 (1936).

<sup>80</sup> Decizia CCI nr. 409 din 6 iulie 1989, apud *A.R. Brewer-Carías*, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, op. cit., p. 73.

<sup>81</sup> Decizia TCS nr. 3/1993 din 14 ianuarie 1993 apud *A.R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 76.

<sup>82</sup> *BVerfGE* 24, 300 (342 f.), apud *A.R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 76.

<sup>83</sup> *A.R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 117.

decizii în care l-a atenționat cu privire la existența unei situații discriminatorii, să completeze art. 1712 C.civ. în sensul eliminării stării de inegalitate între copiii din căsătorie și cei din afara ei până la sfârșitul sesiunii legislative din toamna aceluși an, fapt care s-a și întâmplat<sup>84</sup>. Activismul acesta aduce a „adăugare la lege”, ce-i drept una camuflată.

O pregnantă „adăugare la lege” a avut loc în Cehia și s-a datorat incapacității legislativului de a adopta un act normativ care să reglementeze problema chiriilor. În anul 2000, Curtea a considerat legea care impunea controlul chiriilor pentru apartamente neconstituțională, invalidând decretele ministrului Finanțelor care stabileau creșterea acestora. Curtea a amânat însă efectele deciziei, pentru a-i oferi legislatorului timp să adopte un mecanism care să soluționeze problema chiriilor în mod echitabil. Parlamentul nu s-a conformat. Curtea a continuat să anuleze decretele ministrului de Finanțe, ca urmare a excepțiilor de neconstituționalitate ridicate în fața sa. Într-o decizie din 2006<sup>85</sup>. Curtea a criticat inactivitatea Parlamentului care menținea o stare de neconstituționalitate și a ordonat instanțelor ordinare să hotărască asupra creșterii chiriilor, în funcție de circumstanțe, pentru a preveni discriminările<sup>86</sup>. Altfel spus, „adăugare la lege” și „instigare la adăugare la lege”.

În privința indicațiilor date legislativului, Curtea germană este cunoscută mai ales pentru stabilirea de termene fixe sau rezonabile în vederea operării modificărilor legislative care se impun<sup>87</sup>. Aceeași Curte stabilește uneori regulile care trebuie respectate, până la adoptarea noilor prevederi legislative<sup>88</sup>. Practica rezultă din interpretarea extensivă a art. 35 din legea ei de funcționare, care prevede că „În deciziile sale, Curtea poate statua de către cine trebuie executate acestea; în cazurile particulare, ea poate specifica și modalitățile de executare”<sup>89</sup>. Astfel, Curtea și-a asumat rolul de legislator auxiliar, acționând precum o „instituție de reparație parlamentară”<sup>90</sup>. În această privință, cea mai importantă decizie a sa datează cu anul

<sup>84</sup> Idem, p. 130.

<sup>85</sup> Decizia din 28.02.2006, Pl. ÚS 20/05: „lunga inactivitate a Parlamentului Republicii Cehie constând în eșecul de a adopta o reglementare legală specială care să definească cazurile în care proprietarii sunt îndrituiți să mărească unilateral chiria, plata pentru serviciile referitoare la folosirea apartamentelor și modificarea condițiilor unui contract de locațiune, este neconstituțională și încalcă o serie de drepturi fundamentale”, apud *A.R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 136.

<sup>86</sup> „În baza acestui fapt (al inactivității legislativului), Curtea Constituțională, în rolul său de protector al Constituției, nu-și poate limita funcția la rolul de legislator negativ, ci trebuie, în cadrul unui echilibru al puterilor caracteristic statului drept fundamentat pe respectarea drepturilor și libertăților omului și cetățenilor [...] să creeze spațiu pentru salvagardarea drepturilor și libertăților fundamentale. Prin urmare, instanțele ordinare, în ciuda lipsei cadrului normativ specific, trebuie să decidă creșterea chiriilor, în funcție de circumstanțele locale, pentru a preveni discriminarea sus-menționată. Dat fiind faptul că asemenea cazuri implică identificarea și aplicarea legilor ordinare, acțiuni care nu țin de atribuțiile Curții Constituționale, [...] Curtea se abține de la a indica o procedură specifică de luare a deciziilor, acordând această sarcină instanțelor ordinare. Curtea statuează că trebuie să se evite arbitrarul; hotărârile trebuie să se fundamenteze pe argumente raționale care să cântărească toate circumstanțele cazului, precum și pe aplicarea principiilor și uzanțelor firești ale vieții sociale, pe concluziile învățământului juridic și pe practica constantă a Curții Constituționale”, apud *A.R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 136.

<sup>87</sup> *C. Behrendt*, op. cit., p. 288 și urm.

<sup>88</sup> Idem, p. 333.

<sup>89</sup> ([www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/BJNR002430951.html](http://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/BJNR002430951.html))

<sup>90</sup> *A.R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 157.

1975 și se referă la reforma Codului penal, și anume la dezincriminarea parțială a avortului<sup>91</sup>. Curtea a considerat neconstituționale prevederile art. 218a din Codul penal, impunând legislativului stabilirea unor reguli mai precise: „[E.] În interesul clarității legii (*Rechtsklarheit*), este potrivit pentru Curte, în conformitate cu art. 35 din Legea sa de funcționare, să stabilească o reglementare provizorie a fi aplicată până la noile prevederi ale legislativului”<sup>92</sup>.

## V. Concluzii

Afirmând faptul că judecătorii constituționali pot adăuga la lege și la Constituție, am adus în discuție câteva exemple de activism al unor curți din Europa. Am arătat că există, de câteva decenii, o tendință a judecătorilor constituționali de a-și asuma roluri care aparțin fie constitutivei, fie legislatorului. Am mai susținut că activismul lor este unul legitim, atât timp cât urmărește garantarea efectivă a drepturilor fundamentale. Garantarea efectivă a drepturilor fundamentale presupune, atunci când este necesar, o interpretare evolutivă, pentru că și societatea evoluează.

Sunt curios cum își închipuie progresul dreptului constituțional cei care văd o curte constituțională înlănțuită. Cum argumentează faptul că nimeni nu învinuiește judecătorii de la Strasbourg de procedee *ultra vires*, de „adăugat la Convenție”, când ea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, nu este altceva decât o curte constituțională a Europei. Cum nu se întreabă de ce Parlamentul nu modifică legile organice sau ordinare în care a intervenit Curtea Constituțională prin activismul ei atât de damnat.

De vreme ce dreptul constituțional tinde să se uniformizeze, nu trebuie să mire pe nimeni că judecătorii din România mai trag cu ochiul la munca judecătorilor germani, de exemplu, sau la deciziile altor curți europene. Într-o Europă unită este greu de susținut că unele soluții sunt aplicabile strict în cazul unui sistem.

S-a spus că e încă devreme ca judecătorii români să acționeze așa cum o fac omologii lor din vest, dată fiind tranziția democratică din România<sup>93</sup>. Că ea, Curtea Constituțională a României, a descoperit activismul judiciar la câțiva ani de la fondare, pe când Curtea Supremă a Statelor Unite a așteptat din 1803 până la New Deal. Probabil, prin conversie, unitatea de măsură pentru așteptare, mai bine zis momentul propice pentru început, în cazul Curții din România, ar fi învierea lui Silviu Brucan (specialistul în trecerea la capitalism, care profeța la rândul său douăzeci de ani pentru înfiriparea democrației românești).

Se revarsă oare viciile tranziției și asupra științei de carte a profesorilor de drept din România? În anumite cazuri, poate că da. Bine ar fi ca pentru restul cazurilor, porțile Curții să fie deschise. O soluție este schimbarea modalității de selecție a judecătorilor, prin alegerea lor doar de către Parlament, *cu majoritate calificată*. Oponenții politici vor cădea de acord, întâi la masa rotundă a comisiei juridice reunite, iar apoi în plen, asupra candidaturilor propuse. Cum majoritățile calificate se realizează greu, riscul ca la Curte să ajungă politicieni nepregătiți se va diminua.

*Quis custodiet ipso custodiam?* Cine va veghea, adică, asupra corectitudinii gardienilor constituționali din România? Instituțiile europene și, atunci când nu este posibil, legea morală de pe cerul judecătorilor.

<sup>91</sup> *BVerfGE* 39, 1, (68), 1975, *A.R. Brewer-Carías*, op. cit., p. 157.

<sup>92</sup> ([www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html))

<sup>93</sup> *S. Tănăsescu*, *Constitutional Review or Judicial Activism?*, in *Law Review*, vol. III, issue 2/2013, p. 33.