

Le rôle des Cours constitutionnelles dans la construction institutionnelle des régimes postcommunistes européens : l'exemple du chef d'Etat

VIIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25- 27 septembre 2008

Marion GARRIGUE-VIEUVILLE, docteur en droit public (CEREB-GRECCAP), Université Montesquieu-Bordeaux IV

L'atelier n°6 « Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs » permet d'envisager sous l'angle de son troisième axe de réflexion, un aspect tout à fait significatif de la conception de la séparation des pouvoirs dans les systèmes politiques des nouveaux Etats membres de l'Union européenne : celui du rôle que sont amenées à jouer les Cours constitutionnelles dans la construction et la consolidation des institutions et notamment leur influence sur l'institution du chef de l'Etat. Il est indéniable que le juge constitutionnel est venu compenser le déficit du jeu de la séparation des pouvoirs principaux, en contrôlant le pouvoir gouvernemental et sa majorité parlementaire. La nouvelle séparation des pouvoirs semble bien s'être déplacée du politique vers le juridictionnel ; les Cours constitutionnelles illustrent parfaitement cette mutation.

S'il est désormais bien établi de considérer que le Conseil constitutionnel français est un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics », tel qu'il s'est lui-même proclamé dans sa décision du 6 novembre 1962¹, ses homologues de l'Est de l'Europe sont elles-aussi des actrices incontournables des systèmes politiques. Si, à l'origine², le rôle du premier était souvent davantage interprété comme consistant à réguler le pouvoir normatif, les secondes quant à elles, dès leur avènement, sont vues comme pouvant contribuer à donner leur propre lecture de la séparation des pouvoirs et notamment à influencer sur le pouvoir gouvernemental.

Partant, au gré de leur jurisprudence, elles donnent quelque fois un éclairage nouveau, plus précis, plus profilé, sur le rôle du président postcommuniste. Elles le font d'autant plus que dès l'avènement des nouveaux Etats de droit, elles sont considérées comme les institutions les plus crédibles du point de vue démocratique...et ce, dans l'air ambiant du dogmatisme juridique est-européen de l'après chute du socialisme réel.

Pour bien comprendre l'impact des Cours constitutionnelles, il importe de dire quelques mots sur le contexte de leur intervention : il s'agit de l'effacement de l'institution présidentielle dans les régimes postcommunistes, à la fois par rapport au régime du socialisme réel, mais aussi par rapport à la période des débuts de la transition démocratique qui exigeait la valorisation du rôle présidentiel. En effet, la fragilité institutionnelle et politique impliquait une promotion de la fonction symbolique des présidents. L'effacement qui s'en est suivi peut s'expliquer par le fait qu'il participe d'un mouvement plus global qui vise à la normalisation des régimes politiques postcommunistes. Cette politique de « standardisation » s'est faite sous l'influence des pays européens observateurs des progrès démocratiques. Le « patrimoine constitutionnel européen » étant constitué de « standards à l'européenne » a été largement pris en compte par les constituants postcommunistes ; d'abord lors de la rédaction des premières

¹ CC, n°62-20 DC du 6 novembre 1962 ; Publiée au Journal officiel du 7 novembre 1962, p. 10778 ; G.D.J.C., p.279, note C. Franck ; Dalloz, 1963, jur., p.398, note L. Hamon.

² Très rapidement, le rôle du Conseil constitutionnel a été vu comme englobant également la régulation du rapport entre les organes de l'Etat. Voir G. KNAUB, « Le Conseil constitutionnel et la régulation du rapport entre les organes de l'Etat », *R.D.P.*, 1983, p.1150. Cette formule est empruntée à la décision même du Conseil constitutionnel du 23 septembre 1992.

constitutions, puis régulièrement au cours des années qui ont suivi, par des révisions constitutionnelles.

Les Cours constitutionnelles ont largement contribué à faire respecter cette évolution. Dans la mesure où la transition démocratique, à strictement parler, arrive à son terme dans un très grand nombre d'Etats, les Cours constitutionnelles se soucient davantage de l'esprit global³ du système et envisagent le président comme un élément du « puzzle » institutionnel et politique parmi d'autres⁴. Les Cours constitutionnelles cherchent ainsi à consolider l'esprit du régime parlementaire-type ; lequel implique un chef d'Etat plutôt effacé⁵. Assurément ce temps d'analyse met principalement en exergue le fonctionnement du régime : quand elles interprètent le régime comme « parlementaire », elles font du chef de l'Etat un chef de l'Etat parlementaire, c'est-à-dire plus effacé. La jurisprudence des années 2000 est donc souvent celle du rappel du contexte de l'élaboration des nouvelles Constitutions. Les Cours constitutionnelles, ici, procèdent de façon plus solennelle qu'en début de transition ; moins concrètes (moins terre à terre) et davantage « garantes ». Pour ce faire, elles consolident les caractères parlementaires des nouveaux régimes en insistant sur la spécificité du contexte de la transition ; lequel exige un pouvoir plus modéré que sous l'ancien régime.

Dans ce contexte qui vise à la « parlementarisation », à la « banalisation », voire à la « normalisation » des institutions en général et de l'institution présidentielle par ricochet, les Cours constitutionnelles, à travers leurs fonctions contentieuses et interprétatives, jouent le rôle d'un curseur, faisant pencher ci et là la balance des pouvoirs et donc l'équilibre des institutions.

En partant des exemples de certains Etats de droit est-européens, il nous a été permis d'observer que les Cours constitutionnelles participent de façon active au façonnement de l'institution présidentielle postcommuniste « nouvelle version ». Nous examinerons deux aspects essentiels d'intervention et d'influence des Cours : d'abord, il s'avère qu'à travers leur rôle de « curseur » en matière de répartition des compétences, elles sont plutôt favorables aux présidents (Section 1). Pourtant, elles sont également de véritables « figure d'autorité » au cœur des nouveaux systèmes politiques (Section 2).

Section 1. Les Cours constitutionnelles – protectrices de l'« effet utile » de l'institution présidentielle

Les Cours constitutionnelles doivent garantir non seulement le bon déroulement de la démocratisation des institutions qui mène à la « parlementarisation » de l'ensemble, mais aussi la transition démocratique en protégeant l'« effet utile » de l'institution présidentielle⁶.

³ D'ailleurs, les années de la consolidation se caractérisent principalement par des jurisprudences symboliques que par des décisions descriptives et interprétatives de la répartition des compétences. Aussi, la portée de la jurisprudence la plus récente apparaît comme plutôt préventive. Les Cours concourent à éviter la remise en cause des acquis parlementaires.

⁴ Alors que la phase de transition démocratique, à proprement dite, consistait davantage en un travail d'exploration dans la répartition des compétences de la part des Cours constitutionnelles, interprètes privilégiées des nouveaux textes constitutionnels.

⁵ Il en est résulté, par compensation, un renforcement mécanique de l'institution primo-ministérielle.

⁶ Nous nous sommes inspirés de la notion "d'effet utile du droit communautaire" et de l'article 10 du TCE, qui dispose que les " États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. *Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission* ». En appliquant un tel raisonnement aux Cours, il est permis de considérer qu'elles « facilitent aux Présidents l'accomplissement de leur mission de chef d'Etat », notamment dans les conditions d'exercice de la fonction présidentielle. Il est également possible de faire un parallèle avec la règle civiliste d'interprétation universellement reconnue qui veut qu'en présence de deux interprétations contraires ou de deux sens possibles des mêmes termes d'un contrat, on doive, dans le doute, préférer

Elles s'attachent, dans ce but, à interpréter les textes soumis à leur contrôle fidèlement à l'esprit de rationalisation qui irrigue les régimes parlementaires postcommunistes, dans la mesure où cette rationalisation est ici aussi synonyme d'effectivité, voire d'efficacité institutionnelle et politique...effectivité et efficacité étant les maîtres-mots de la transition démocratique.

Dès lors, la protection de l'effet utile de la fonction présidentielle, opérée par les Cours constitutionnelles, consiste d'une part, dans la possibilité d'étendre exceptionnellement le domaine d'intervention des présidents (§1) ; et d'autre part, consiste quelques fois dans une interprétation de la répartition des rôles au profit du président, en ce qui concerne les compétences qu'il est censé partager avec d'autres institutions (§2).

§1. Des extensions de compétences concédées

A travers un contrôle concret des pouvoirs présidentiels, les Cours constitutionnelles peuvent trouver l'occasion de confirmer l'arrière-plan symbolique de la fonction. Et ce, notamment quand c'est la stature présidentielle qui est visée ; à savoir la raison d'être de l'institution présidentielle. Les questions abordées ici concernent directement les prérogatives formelles destinées à l'accomplissement de cette fonction présidentielle. Aussi, alors même que la tendance est à la modération des profils présidentiels, il arrive fréquemment aux Cours constitutionnelles de protéger certaines des prérogatives que le président détient de sa qualité de chef d'Etat. Les hautes autorités constitutionnelles accordent dans ce but des extensions de compétences, en procédant à de généreuses interprétations du texte constitutionnel d'origine.

-Dans le domaine de la signature des accords internationaux, en particulier, certaines Cours constitutionnelles ont pu accorder des extensions de compétences⁷, par rapport à ce que consacre formellement la Constitution. Ainsi, le Tribunal constitutionnel polonais, dans un arrêt du 6 décembre 1994⁸, a-t-il permis au Président Lech Walesa de signer un accord diplomatique un peu particulier, avec une argumentation très opportune, puisque... Dans cette affaire, le Tribunal constitutionnel polonais a conclu qu'il ne pouvait pas contrôler la conformité de la « résolution du Parlement organisant les travaux de la Diète » concernant un acte autorisant le Président de la République à ratifier le Concordat de 1993 entre la Pologne et le Saint-Siège. Pour le tribunal constitutionnel, « *cette résolution est un acte individuel et de procédure à l'intention d'une Commission du Parlement, c'est-à-dire d'une résolution ponctuelle donnant mandat à l'organe en question de procéder d'une façon particulière dans une situation particulière* ».

-En matière de défense, la Cour constitutionnelle hongroise a décidé⁹ que le président n'a pas le pouvoir de commander¹⁰ les troupes de Hongrie : il ne peut que superviser leurs

l'interprétation qui conserve aux mots une certaine portée plutôt que celle qui les considère comme inutiles ou même absurdes. Ce " principe de l'effet utile ", appelé aussi " principe de l'effectivité " est consacré, notamment par l'article 1157 du Code civil français.

⁷ D'ailleurs, selon G. Trautmann, « L'accroissement temporaire des prérogatives présidentielles est bien connu dans les régimes parlementaires occidentaux » ; voir, G. TRAUTMANN, « Présidents et gouvernement dans les régimes postcommunistes », in S. MILACIC (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.109.

⁸ T. c. polonais, décision n° U5/94 du 6 décembre 1994 ; *Orzecznictwo Trybunalu Konstytucyjnego* (Recueil officiel), 1994, II, 109 ; POL-1994-3-021, *Codices*.

⁹ C. c. hongroise n°48/1991.

¹⁰ Si, selon l'article 29 de la Constitution, le « président est le Commandant en chef des armées », l'article 30 – dont le but est d'établir une liste énumérative des compétences présidentielles – ne fait pas état des prérogatives présidentielles en matière de défense.

actions et jouer le rôle d'un contre-pouvoir¹¹. Cette décision est un exemple parlant du rôle de curseur des Cours : tout en limitant, d'un côté et de façon explicite, les pouvoirs présidentiels en matière de défense – pour ce qui relève du commandement direct des forces armées, elle les étend, d'un autre côté, en lui reconnaissant des « pouvoirs de réserve », dont il peut faire usage de manière indépendante, quand de sérieux problèmes surviennent et nuisent au fonctionnement démocratique ordinaire.

-Ainsi, encore, **dans le domaine référendaire**, la Cour constitutionnelle slovaque a-t-elle autorisé, dans une décision du 15 mai 1997¹², le président de la République à poser une question soumise à référendum¹³, alors même que rien dans la Constitution n'évoque cette dérogation lui permettant de demander à changer le mode d'élection présidentielle¹⁴. La Cour a conclu que le Gouvernement n'a pas le pouvoir de contribuer à la tenue d'un référendum, quand il a été annoncé préalablement par le président de la République et qu'il ne peut pas aller à l'encontre de l'annonce faite par le Président (il s'agissait d'une annonce du Président M. Kovac). Pour régler le conflit de compétence¹⁵, elle affirme que « le Gouvernement slovaque n'est pas l'organe habilité à saisir la Cour au sujet des référendums¹⁶. La Cour déclare ainsi que la requête du Gouvernement est irrecevable au lieu de se prononcer sur la question de savoir si le président pouvait ou non poser la question du mode d'élection lors du référendum¹⁷. Dans la décision du 21 mai¹⁸ de la même année, cette Cour a d'ailleurs

¹¹ C'est ainsi que la décision n°41/1991 a été interprétée par J.-P. MASSIAS, in *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, P.U.F., Coll. Droit fondamental, Paris, 1999, p. 141. L'auteur se réfère à l'interprétation de S. ZIFCAK, in « Hungary's remarkable radical, constitutional court », *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe*, vol.3, n°1, 1992, p.33 et s.

¹² C. c. slovaque, décision n°II.ÚS.30/97 du 15 mai 1997 ; « Recours sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dans une situation de conflit » ; SVK-1997-2-004, *Codices*.

¹³ Dans un décret n°76/1997 Zz du 13 mars 1997, le président de la République avait annoncé un référendum portant sur quatre questions. La teneur de la 4ème question devait être débattue : « acceptez-vous que le président soit élu directement par les citoyens du pays conformément à la révision de la Constitution proposée ici ? ». Mais, le 22 avril 1997, le gouvernement slovaque avait adopté une résolution n°278 dans laquelle il était prévu que la décision du président de la République d'annoncer un référendum sur cette 4ème question était fondée sur une interprétation erronée de la Constitution. Il donna donc pour instruction au Ministère de l'Intérieur de ne pas livrer les bulletins de vote formulant cette question et demanda confirmation à la Cour constitutionnelle.

¹⁴ Si l'on s'en tient strictement au texte, l'article 93-1 de la Constitution énonce les raisons motivant un référendum obligatoire ; l'article 93-2 complète celui-ci, en stipulant qu' « il peut être également procédé à un référendum pour trancher d'autres questions d'importance cruciale et dans l'intérêt général ». Pour le gouvernement, en vertu de l'article 72 de la Constitution, « le Conseil national slovaque est le seul organe constitutionnel et législatif ». Ceci signifie qu'un référendum peut être organisé sur d'autres questions d'importance cruciale et d'intérêt général, mais jamais par une révision de la Constitution.

¹⁵ Elle avait considéré au préalable que la requête était recevable car la première condition de la recevabilité d'un recours portant sur un litige d'interprétation de la Constitution pour cause d'un différend entre le Gouvernement et une autre autorité de l'Etat était remplie.

¹⁶ Car, en ce qui concerne les référendums la situation du Gouvernement, en vertu de la Constitution, n'est énoncée que dans l'article 96-1 rédigé de la sorte : « Les projets de résolutions relatifs à la tenue d'un référendum peuvent être présentés au Conseil national de Slovaquie pour adoption, par les membres du Conseil en question ou par les membres du Gouvernement slovaque ». Aucune autre disposition constitutionnelle ne vise le Gouvernement pour ce qui est des questions se rapportant aux référendums. En vertu de la « loi n°564/1992 sur l'organisation des référendums », il existe « des organes spéciaux, les Commissions référendaires qui sont chargées de dépouiller le scrutin et d'en présenter les résultats (...), ce sont des organes autonomes (...) ».

¹⁷ Cette position est très équivoque, si ce n'est laconique. Le raisonnement de la Cour laissant entendre que si la requête est recevable, car la première condition de recevabilité sur la forme est remplie (« la recevabilité d'un recours portant sur un litige d'interprétation de la Constitution pour cause d'un différend entre le Gouvernement et une autre autorité de l'Etat »), le président n'est pas, apparemment vu comme étant parmi les organes qualifiés d'« autre autorité de l'Etat ». Elle évite ainsi soigneusement de se prononcer sur le fond.

¹⁸ C. c. slovaque, décision n° II.ÚS-31/97 du 21 mai 1997, *Zbierka Zákonov Slovenskej Republiky* (JO), 139/1997, Section 64 ; SVK-1997-2-005, *Codices*. En effet, il s'agit d'une nouvelle saisine, en plus du recours

confirmé sa position, d'une façon encore plus ambiguë car, cette fois-ci, elle a autorisé la tenue dudit référendum tout en affirmant que la quatrième question posée par le président était inconstitutionnelle¹⁹. Ceci n'empêchant pas que « tout référendum, une fois annoncé, doit se tenir comme prévu. Ni le Président de la République, ni aucune autre autorité de l'Etat n'est habilité à l'annuler avant qu'il ait eu lieu ». Dès lors, il apparaît que la décision de la Cour déclarant l'inconstitutionnalité d'une telle question et même d'un tel référendum n'a pas d'incidence sur la préparation et la tenue de celui-ci à partir du moment où il a été annoncé²⁰ à la population.

La Cour constitutionnelle roumaine, a eu, quant à elle, à résoudre une question d'interprétation mêlant le droit du Président de soumettre une question au référendum et la destitution du Président. Dans sa décision du 5 mai 1999²¹, elle conclut que « *la question figurant sur le bulletin de vote (à l'initiative du Président), par son contenu (souhaitez-vous que le Président Basescu soit suspendu ?), dans le cas d'un référendum organisé pour la suspension du président, ne méconnaît pas les dispositions de l'article 95-1 de la Constitution*²² », dans la mesure où « *le droit constitutionnel du président de la République d'avoir l'initiative du référendum sur certains problèmes d'intérêt général, ne peut pas être restreint, ni par la limitation de la possibilité de l'organisation de celui-ci antérieurement à la prise de certaines mesures, ni par l'obligation de proposer au Parlement les problèmes faisant l'objet du référendum, parce qu'il y a ainsi inobservation de l'article 90*²³ *de la Constitution relatif au référendum (...). Dans le cas de la suspension du président de la République, qui est en fait une révocation populaire, le Parlement ne peut pas faire une telle proposition de suspension, puisque le Président qui est élu par le peuple et non par le Parlement, n'est pas responsable devant le Parlement, mais devant le corps électoral qui l'a élu au suffrage universel (...). Le président est le seul justifié à établir des "problèmes d'intérêt national", sur lesquels il peut demander au peuple d'exprimer sa volonté par la voie du référendum* ». (décision confirmée le 11 juillet 2006²⁴, car, pour la Cour, « *il résulte sans*

précédent du Gouvernement, sur requête de 35 parlementaires, qui avait fait l'objet de la décision d'irrecevabilité du 15 mai 1997, *op.cit.*

¹⁹ Elle déclare que « la Constitution ne peut pas être révisée directement par référendum. Si un projet de révision de la Constitution est adopté à l'issue d'un référendum, il n'y a de validité constitutionnelle qu'en tant qu'ordre donné au Parlement de compléter ou de réviser la Constitution conformément aux résultats du scrutin ». Celle-ci a jugé que la quatrième question soumise à référendum conformément à la décision présidentielle de mars 1997 n'était pas conforme à la réglementation en vigueur, car « la Constitution ne contient aucune disposition autorisant que ce soit à joindre un projet de révision de la Constitution à une question soumise à référendum » (comme l'a pourtant fait le Président Kovac). La Cour a déclaré que cette adjonction présidentielle était contraire à l'article 2-3 de la Loi n°564/1992, qui dispose qu'« une adjonction à une question de ce genre ne peut viser qu'à expliquer des questions complexes » et qu'elle était subsidiairement contraire à l'article 100 de la Constitution, en vertu duquel « les modalités de la tenue d'un référendum sont définies par la loi ».

²⁰ Ce qui était le cas, puisque le Président avait fait une telle annonce par décret n°76/1997 Zz.

²¹ C. c. roumaine, décision n° 70/1999 du 5 mai 1999, relative aux objections d'inconstitutionnalité des dispositions des articles (...) de la *loi relative à l'organisation et au déroulement du référendum*, adoptée par la chambre des députés et des sénateurs lors des audiences du 22 février 1999, *Monitorul Oficial al României*, 221 du 19 mai 1999 ; ROM-2000-1-002, *Codices*.

²² Article 95-1 « S'il commet des faits graves violant les dispositions de la Constitution, le Président de la Roumanie peut être suspendu de sa fonction par la Chambre des Députés et par le Sénat, en séance commune, à la majorité des voix des députés et des sénateurs, après consultation de la Cour constitutionnelle. Le Président peut donner au Parlement des explications au sujet des faits qui lui sont imputés ».

²³ Article 90, « Le Président de la Roumanie, après avoir consulté le Parlement, peut demander au peuple d'exprimer, par référendum, sa volonté au sujet des problèmes d'intérêt national ».

²⁴ C. c. roumaine, décision n° 567/2006 du 11 juillet 2006, relative à l'exception d'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 12.1 de la *Loi n°3/2000 relative à l'organisation et au déroulement du référendum* ; *Monitorul Oficial al României*, 613/14.07.2006 ; ROM-2006-2-002, *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, Commission de Venise, Vol.2, Bruxelles, éd. Du Conseil de l'Europe, 2006, pp.326-327*. La Cour conclut que « (...) L'énumération limitative, par la loi, des situations considérées comme étant d'intérêt national, limite le

équivoque que l'article 90 de la Constitution établit la compétence exclusive du président pour ce qui est de déterminer les problèmes d'intérêt national devant être soumis au référendum, même si la consultation du parlement est obligatoire. Seul le président de la Roumanie a le droit de décider quels sont les problèmes d'intérêt national, le problème concret qui est soumis au référendum et la date de son déroulement »²⁵. Elle avait de surcroît considéré que « la détermination par la loi, des problèmes d'intérêt national²⁶, représente une méconnaissance du principe de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs au sein de la démocratie constitutionnelle et de l'article 73.3.d de la Constitution qui vise l'établissement par la loi, de certaines mesures techniques procédurales requises dans le processus de consultation du peuple par la voie référendaire ».

-Dans un tout autre domaine, **celui de la défense et de sécurité nationale**, la Cour constitutionnelle bulgare, en 1998²⁷, a consenti à une extension des compétences présidentielles de type *rationae temporis*. L'interprétation contraignante de la Cour a, en effet, permis d'étendre l'exercice des pouvoirs qui sont conférés au Président bulgare en matière de défense et de sécurité nationale du pays. Elle déduit de l'article 100 de la Constitution que le président est le commandant en chef des forces armées aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix. C'est-à-dire qu'il exerce ses prérogatives à n'importe quel moment et non plus seulement en cas de « danger imminent menaçant la défense et la sécurité nationale ». De la sorte, la Cour procède à un renforcement de la stature présidentielle, en lui donnant ce rôle clef non seulement quand les circonstances l'exigent, mais aussi en dehors des périodes le nécessitant ; faisant de lui le garant de la continuité du territoire en tout temps²⁸. Tout le

droit constitutionnel du président de la République de consulter le peuple par l'organisation d'un référendum. Il en va de même du principe de l'équilibre des pouvoirs au sein de la démocratie constitutionnelle ». Il s'agissait, ici, d'une saisine de l'Avocat du Peuple (Ombudsman) au sujet d'une exception d'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 12.1 de la Loi n°3/2000. Ce texte de loi définit les problèmes d'intérêt national au sujet desquels le Président de la République peut demander au peuple d'exprimer sa volonté par référendum. Dans l'argumentation de l'Avocat du Peuple, il était allégué que les attributions du Président de la République comprises, entre autres, dans les articles 80, 85 à 90 et 91 à 94 (La fonction de représentation et la fonction de médiation (art.80), la nomination du Gouvernement (art.85), la consultation du Gouvernement (art.86), la participation aux réunions du Gouvernement (art.87), les messages présidentiels (art.88), la dissolution du Parlement (art.89), le référendum (art.90), les attributions dans le domaine de la politique extérieure (art.91), les attributions dans le domaine de la défense (art.92), les mesures exceptionnelles (art.93) de la Constitution, sont exercées sans le concours des autres organes d'Etat, mais que les autres prérogatives présidentielles présupposent un tel concours. Et que cette seconde catégorie convient d'être respectée. Appartenir à l'une ou l'autre des catégories revient à la définition des pouvoirs qui nécessitent préalablement la consultation entre organes et les autres qui sont au final constitutifs de décision.

²⁵ Elle constate ensuite que c'est « l'énumération limitative, dans l'article 12.1 de la Loi, de certaines situations considérées comme étant des problèmes d'intérêt national, (qui) est de nature à limiter le droit constitutionnel du président de consulter le peuple. En effet, étant donné que, de l'écoulement du temps, l'intérêt national peut changer ; de nouvelles circonstances pouvant intervenir à tout moment, circonstances qui réclament l'organisation d'un nouveau référendum. **Toute énumération pourrait se transformer ultérieurement en une limitation qui affecte le droit constitutionnel du président de décider seul des problèmes au sujet desquels il souhaite consulter le peuple ».**

²⁶ Notons qu'il est difficile d'établir avec précision ce que recouvre l'expression « problèmes d'intérêt national », dans la mesure où la doctrine roumaine, elle-même, peine à en dessiner les contours ; se contentant la plupart du temps d'y faire seulement référence ; c'est notamment le cas de G. Vrabie, in *Etudes de droit constitutionnel*, Drept, Institutul European, Coll. Universitaria, n°41, 2003, p.104. Il est possible d'en déduire qu'il s'agit d'un domaine extrêmement vaste, laissé à l'appréciation souveraine du Président de la République. A titre d'exemple, le changement de la représentation proportionnelle à la majorité simple demandé par le Président pour les échéances électorales de 2008, relève de cette catégorie.

²⁷ C. c. bulgare, décision n°23 du 25 septembre 1998, A C n°14/98.

²⁸ Même s'il s'agit d'un rôle essentiellement formel entre les mains du président, le sujet est particulièrement sensible en Bulgarie, puisque quelques semaines plus tôt, dans une affaire en date du 25 août 1998 (C. c. bulgare, décision du 25 août 1998 ; BUL-1998-3-005, *Codices*), la Cour avait déjà procédé à une telle interprétation au-delà du texte formel de la Constitution. Elle avait déclaré qu'un tel rôle « (...) lui permet d'exiger de toute

raisonnement de la Cour repose sur l'esprit des articles 100-1 et 100-2 qui font du président de la République celui « qui incarne l'unité de nation » ; c'est cela qui justifie la protection un peu poussée de l'institution.

Dans le même état d'esprit, la Cour constitutionnelle estonienne, dans une décision du 3 juin 1994²⁹, a accordé au président de la République³⁰ (qui l'avait saisie) un pouvoir décrétale plus large en matière de circonstances exceptionnelles. Selon la Cour, « *l'autorité du président de la République, dans son pouvoir de décréter, est nécessaire pour assurer la continuité dans le fonctionnement du pouvoir législatif dans des situations où la procédure législative normale est empêchée* ». La Cour rappelle donc que la Constitution estonienne envisage deux conditions préalables pour que le Président exerce son pouvoir décrétale, d'abord quand l'Assemblée nationale n'est pas en mesure de se réunir, et ensuite, quand il existe des urgences nationales. Ce second cas est associé à l'état d'urgence ; laquelle doit être avérée. Si de telles conditions sont remplies, rien ne peut s'opposer à l'exercice du pouvoir décrétale présidentiel. Le président de la République assurant la continuité de l'Etat, il est censé pouvoir assurer la continuité du pouvoir législatif quand ce dernier est empêché.

§2. Une lecture du partage de certains pouvoirs plutôt en faveur des présidents

Conformément à leurs homologues de l'ancienne Europe, les Cours constitutionnelles ont en charge le contrôle de la répartition des compétences entre les organes de l'Etat³¹. Dans ce but, les Cours constitutionnelles postcommunistes, en raison de la jeunesse des systèmes politiques, accordent une attention toute particulière à la frontière formelle qui existe entre pouvoir propre et pouvoir partagé, ainsi qu'aux conséquences réelles de cette différence, sur les systèmes politiques³². Ce contrôle est en effet exigeant car une modification inconsidérée de la charge des organes peut engendrer un déséquilibre institutionnel et politique.

instance de l'Etat, toute information relative à la sécurité nationale ; et qu'il peut exprimer des avis et adresser des recommandations à toute instance de l'Etat et adopter des décrets liés à ses pouvoirs constitutionnels en matière de défense et de sécurité nationale, et ce, non seulement en cas de menace immédiate, mais aussi à tout moment ».

²⁹ C. c. estonienne, décision du 3 juin 1994 ; EST-III-4/A-4/94, *Codices*.

³⁰ Le recours du président était destiné à déclarer que l'article 2-2 de la Loi sur le président de la République est en violation avec l'article 109 de la Constitution, selon lequel « *le président a le pouvoir de prendre des décrets ayant force de loi qui nécessitent la signature du président de l'Assemblée nationale et du Premier ministre, quand des priorités d'urgence nationale l'exigent. Le Premier ministre aussi bien que le président de l'Assemblée nationale peuvent exprimer leur position en donnant ou non leur signature au décret présidentiel* ».

³¹ Pour une illustration de l'influence des juges constitutionnels sur l'exécutif à travers son pouvoir normatif, voir notamment F. RUEDA, *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel, Les exemples français, allemand et espagnol*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 98, 2007.

³² Les Cours ont dû faire preuve d'une certaine pédagogie pour expliquer ce qu'impliquait le contreseing. Dans cette perspective, la Cour constitutionnelle bulgare a souvent été saisie de demandes interprétatives. Dans une décision du 25 juillet 1996 (décision n°13, A.C., n°11/96), elle devait répondre à une demande interprétative contraignante sur le point de savoir si « *le décret émanant du président de la République en vertu de l'article 129, al.2 doit être contresigné et si oui par qui ?* » et « *Quelle est l'importance juridique du contreseing du décret présidentiel et est-ce que le refus du contreseing porte atteinte à sa validité ?* ». A la première question, la Cour a répondu que « *Les décrets du président de la République, énumérés dans le texte de l'article 102, al.3 de la Constitution concernent les pouvoirs discrétionnaires et pour cette raison le contreseing n'est pas nécessaire, sachant que leur énumération n'est pas exhaustive* » (...), « *les décrets sur la nomination des présidents des Cours suprême de cassation, Cour suprême administrative et du procureur général, sur proposition du Conseil supérieur judiciaire, ne doivent pas être contresignés car ils ne concernent pas le domaine du pouvoir exécutif - dont les actions sont soumises à un contrôle parlementaire - , mais concernent le pouvoir judiciaire (...)* ». A la seconde question, la Cour a conclu au fait que « *le contreseing du décret du président de la République par le Premier ministre ou par le ministre compétent est un acte par lequel le gouvernement accepte le décret et partage la responsabilité qui en découle, y compris la responsabilité politique devant l'Assemblée nationale*

Dès lors, les Cours constitutionnelles procèdent à des interprétations en faveur des présidents, à l'occasion de litiges mettant en jeu des pouvoirs qui sont réellement partagés (1) ainsi qu'à l'occasion de conflits relatifs à des pouvoirs qui ne sont partagés que sur le plan formel (2).

1. La préservation des authentiques pouvoirs partagés

Ces pouvoirs partagés authentiques sont ceux qui sont véritablement partagés entre les institutions, c'est-à-dire qu'ils nécessitent une réelle collaboration entre le Président et le Gouvernement et/ ou le Premier ministre. Ces compétences « à double-entrée » sont encadrées par la plupart des Cours constitutionnelles³³. Il s'agit d'un contentieux typique, particulièrement utile, notamment en période de transition démocratique qui permet de contribuer à la transparence des rouages institutionnels. Nous prendrons appui, ici, sur l'exemple de la Cour constitutionnelle lituanienne dans la mesure où le régime lituanien est considéré comme étant formellement un régime de type mixte : mettant en place un régime parlementaire, mais procédant à l'élection du président au suffrage universel direct.

-Les prérogatives véritablement partagées entre le Président et le Parlement : Un tel raisonnement apparaît de façon incidente dans la jurisprudence de la Cour qui, à l'occasion d'une décision rendue le 10 janvier 1998³⁴, précise l'étendue des prérogatives respectives et collaboratrices du Président et du Parlement en matière de formation d'un nouveau Gouvernement (investiture, nomination). Elle déclare que « *dans le modèle parlementaire de formation du gouvernement, le chef de l'Etat nomme à la tête du gouvernement la personne dont la candidature a été approuvée par le Parlement et tient ainsi compte du résultat des élections législatives* ». La Cour souligne ainsi que le gouvernement - composé du Premier ministre et des ministres – est un organe collectif du pouvoir exécutif ayant des compétences générales. Il est formé par le Président et le *Seimas*, dont les rôles et les tâches sont toutefois différentes. Le Président participe au processus de gouvernement en sa qualité de chef d'Etat et en exerçant les fonctions prévues par la Constitution. Le *Seimas* agit en tant que représentant du peuple et le Gouvernement est responsable devant lui. La Cour a estimé que les motifs de démission du gouvernement figurant à l'article 101 de la Constitution sont limitatifs : soit le gouvernement a la confiance du parlement, soit il ne l'a pas³⁵.

selon la procédure établie du contrôle parlementaire (...) ». C'est dans le même état d'esprit que le Tribunal constitutionnel polonais apprécie l'étendue du contreseing ministériel. Il précise, notamment dans une décision du 23 mars 2006, que « *le contreseing du Premier ministre est, en principe, une condition de validité des actes officiels édictés par le président de la République* ». Voir T. c. polonais, décision n° K 4/06 du 23 mars 2006, *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej*, 2006, n°51, point 377 ; *Orzecnictwo Trybunalu Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy*, 2006, n°3A, point 32 ; POL-2006-1-006, *Codices et Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Commission de Venise, éd. Du Conseil de l'Europe, 2006, 1, pp.118-120.

³³ Sauf par exemple, la Cour constitutionnelle estonienne (voir C. c. estonienne, décision n°3-4-1-8-05 du 25 mai 2005 ; tendant à l'invalidation de la résolution n°799 du Président de la République (L. Meri) en date du 21 mars 1995, par laquelle K.-M. Vaher a été démis de ses fonctions de ministre de la Justice, ainsi que la résolution n°804 du président de la République, en date du 31 mars 2005 par laquelle A. Ansip a été nommé Premier ministre). Car la loi sur la procédure de la Cour constitutionnelle en matière de recours constitutionnels, en vigueur depuis le 24 mai 1993, ne l'autorise pas à examiner les recours soumis par des citoyens contre les résolutions du Parlement ou du président de la République (Ils ne peuvent le faire que devant les juridictions administratives).

³⁴ C. c. lituanienne, décision n°19/97 du 10 janvier 1998, « Programme du gouvernement », *JO* 5-99 du 14 janvier 1998, h ; LTU-1998-1-001, *Codices*.

³⁵ En revanche, en ce qui concerne la question spécifique de la passation des pouvoirs du gouvernement dans le cas de l'élection d'un nouveau Président de la République, la Cour précise qu'elle se fait soit après de nouvelles élections au *Seimas*, soit après les élections présidentielles. Elle conclut que « l'extinction des pouvoirs dévolus à

Concernant cette fois les nominations des juges du domaine judiciaire, la même Cour s'est attachée à préserver la parcelle d'autonomie détenue par le président lituanien, tel que définie par la loi. Dans un arrêt du 21 avril 1998³⁶ elle a protégé le droit pour le Président (V. Adamkus) de recommander une personne pour faire fonction de procureur général³⁷ ; constatant qu'en vertu de la loi en vigueur, le Président était en droit de soumettre au *Seimas* la candidature au poste de procureur général et le *Seimas* celui de délibérer sur cette candidature, pour l'approuver ou non. Mais ce dernier ne pouvait pas, lui-même, nommer quelqu'un d'autre sans violer les attributions du Président de la République. Finalement, la Cour conclut qu'« *en vertu de la loi sur les Cours et les Tribunaux et en vertu de la loi sur le Ministère public, le Président était en droit de soumettre au Seimas des candidatures au poste de Procureur général. Le Seimas ne pouvait donc pas nommer quelqu'un d'autre, sauf sur recommandation du Président de la République. Celui-ci ayant proposé un décret pour qu'une personne en particulier, établie et choisie par lui, fasse office de Procureur général, le Seimas a porté atteinte aux pouvoirs reconnus au Président de la République en la nommant directement ; alors que le Seimas devait seulement délibérer sur le cas présenté : soit le refuser soit l'accepter* ». Dans une autre affaire en date du 21 décembre 1999³⁸, elle a protégé les droits du Président dans le domaine de ses relations avec le pouvoir judiciaire, en invalidant plusieurs dispositions de la Loi sur les tribunaux, qui limitaient le droit du président, notamment celui de proposer et de nommer des juges³⁹. Dans un contentieux plus récent, la Cour lituanienne a confirmé sa jurisprudence⁴⁰. La Cour constitutionnelle a mis

l'un des artisans de la formation du gouvernement entraîne nécessairement la passation de ces mêmes pouvoirs. Toutefois, les normes constitutionnelles attribuent une portée différente à l'extinction des pouvoirs du président et de ceux du *Seimas*. En cas de passation des pouvoirs après élection présidentielle, le même gouvernement doit être chargé par le nouveau président de la République de continuer à exercer ses fonctions. Aussi, si le gouvernement devait démissionner, le Président de la République pourrait charger un autre de ses membres d'exercer les fonctions de Premier ministre.

³⁶ C. c. lituanienne, décision n° 13/97 du 21 avril 1998, *Valstybės Žinios*, 39-1044 du 24 avril 1998 ; LTU-1998-1-005, *Codices*.

³⁷ Par un décret du 17 février 1997, le Président de la République avait recommandé que le *Seimas* destitue V. Nikitinas et charge le substitut A. Paulauskas d'assurer les fonctions en attendant la nouvelle nomination. Par sa résolution du 25 février 1997, le *Seimas* a démis le procureur et a chargé le substitut d'assurer temporairement les fonctions de procureur général. Pourtant, le requérant soutient que cette nomination provisoire viole les prérogatives du président de la République de recommander une personne pour faire fonction de procureur général.

³⁸ C. c. lituanienne, décision n° 16/98 du 21 décembre 1999, « Loi sur les tribunaux », *Valstybes Žinios*, 1999, Nr.109-3192 ; LTU-1999-3-01, *Codices*.

³⁹ Selon l'article 84-11 de la Constitution, le Président de la République propose au Parlement les candidatures des juges à la Cour suprême et, une fois ceux-ci nommés, recommande au Parlement la candidature de l'un d'eux pour la présidence de ladite cour. Il nomme, avec l'approbation du Parlement, les juges de la Cour administrative et parmi eux le président. Il nomme les juges et présidents des tribunaux de districts et de cantons et décide de leur mutation. Dans les cas prévus par la loi, il propose au Parlement la révocation des ces juges. La Cour met cet article en relief avec l'article 112-5 de la Constitution, lequel dispose qu'« *une institution spéciale des juges, prévue par la loi, adresse au Président de la République des recommandations concernant la nomination des juges, leur avancement, leur mutation ou leur révocation* ». Selon l'article 30 de la loi contestée, le rôle de cette institution spéciale est rempli par le Conseil des juges. La Cour constitutionnelle juge que « *les recommandations de cette institution ont des effets juridiques : si elle ne fait aucune recommandation, le président ne peut pas prendre de décisions concernant les nominations, l'avancement, la mutation ou la révocation des juges* ».

⁴⁰ C. c. lituanienne, décision du 9 mai 2006 ; *Valstybės Žinios*, 51-1894, du 11 mai 2006 ; LTU-2006-2-006, *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Commission de Venise, éd. Du Conseil de l'Europe, 2006, 2, pp.293-295. Par cette décision, elle précise que « La Constitution permet la mise en place d'un collège spécial de juges. Il doit être composé uniquement de juges et il fait office de contre-pouvoir au président de la République, qui est un membre du pouvoir exécutif ». Le 19 février 2004, un groupe de parlementaires avait demandé à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur la constitutionnalité de certaines dispositions de la « loi sur les juridictions » ; arguant que, d'après cette loi, « lorsque le juge d'une juridiction lituanienne atteint l'âge de 65

particulièrement en avant le fait que le collège est un contre-pouvoir important au président de la République, membre du pouvoir exécutif. Si le Président de la République saisit le collège sur une question de renvoi d'un juge, soit parce qu'il a atteint l'âge de la retraite, soit parce qu'il a été reconnu coupable par une juridiction, le collège doit s'assurer de la véracité de la situation. Si celle-ci l'exige, le collège n'a d'autre choix que de recommander au président de la République de révoquer le juge. La Cour a conclu que « l'article 90.3 de la loi sur les juridictions, qui permet au président de la Cour suprême de proposer au Président de la République le renvoi d'un juge de la Cour suprême est contraire à la Constitution ». La Cour est d'avis que cette disposition constitue une extension infondée des pouvoirs du président de la Cour suprême. Elle entrave également les pouvoirs du président de la République pour décider de la composition de la magistrature, après avis du collège, comme les définit l'article 112.5 de la Constitution.

-Les prérogatives véritablement partagées entre le Président et le Premier ministre. Dans une décision du 23 novembre 1999⁴¹, la Cour lituanienne examina un conflit de compétences faisant ressortir la répartition des pouvoirs entre Président et Premier ministre. En effet, elle devait donner son interprétation de l'article 8-2 de la « Loi sur le Gouvernement de la République de Lituanie ». Cette loi dispose qu' « après l'élection d'un nouveau Parlement, le Gouvernement restitue ses pouvoirs au Président de la République le jour où le Parlement nouvellement constitué tient sa première session ». La Cour indique que cet article est conforme à la Constitution, car, « lorsque le Parlement nouvellement élu tient sa première session, le mandat des anciens députés prend fin dès le début de la session. Dès cet instant, l'ancien Parlement, c'est-à-dire l'un des acteurs par lesquels le Gouvernement est habilité à agir, cesse d'exister ». C'est pour cette raison que le Gouvernement restitue ses pouvoirs au Président de la République le jour où cessent les pouvoirs de l'ancien Parlement⁴².

ans, l'institution qui l'a nommé peut allonger la durée de ses fonctions de 5 ans supplémentaires et qu'un juge dans cette situation doit présenter une requête devant le président de la République pour demander l'extension de son mandat ». Les requérants ont fait remarquer qu'aucune obligation ne pèse sur l'institution qui accorde cette extension de mandat, car elle n'est liée par aucun critère formel qui lui permettrait de prendre une telle décision. Dans certaines circonstances, des pressions pourraient être exercées sur un juge dont le mandat arrive à expiration (...). En outre, la Constitution prévoit qu'un collège spécial des juges, institué par la loi, se prononce sur la nomination, la promotion, la mutation et la révocation des juges. Des moyens ont été soulevés sur les pouvoirs que la « loi sur les juridictions » accorde au président de la Cour suprême : il peut choisir des candidats pour les fonctions judiciaires au sein de la Cour suprême, les recommander au président de la République et conseiller celui-ci sur la nomination ou le renvoi du président d'une chambre de la Cour suprême. Il a été invoqué que des pouvoirs restreignaient la compétence du collège spécial des juges pour conseiller le président de la République sur des questions liées aux carrières judiciaires. La Cour d'appel lituanienne avait d'ailleurs saisi la Cour constitutionnelle le 15 avril 2005. Elle faisait remarquer que, d'après la Constitution, un collège spécial des juges institué par la loi doit conseiller le président de la République sur la nomination ou le renvoi des juges. Cependant, l'article 57-3 de cette loi dispose que le président de la République peut rejeter la requête du juge et refuser d'allonger la durée des fonctions, sans consulter le Conseil des juridictions. Cela pourrait menacer l'équilibre institutionnel entre le président de la République et le pouvoir judiciaire, tel que défini par la Constitution. Le président ne peut donc pas décider d'approuver ou de rejeter la requête sans prendre l'avis du Conseil des juridictions.

⁴¹ C. c. lituanienne, décision n° 17/98 du 23 novembre 1999, *Valstybės Žinios*, 101-2916 du 26 novembre 1999 : « Loi sur le Gouvernement de la République de Lituanie » ; LTU-1999-3-013, *Codices*.

⁴² Par ailleurs, la Cour confirme qu' « en vertu de l'article 96-2 de la Constitution, les ministres sont directement placés sous l'autorité du Premier ministre. Cela signifie qu'un ministre ne dépend d'aucun autre acteur et qu'en vertu de la Constitution, seul le Premier ministre et, dans certains cas prévus par la Constitution, le président de la République, peuvent donner des instructions aux ministres ». Par exemple, selon l'article 84-7, le président « accepte la démission du Gouvernement et le cas échéant le charge de continuer à exercer ses fonctions ou charge un des ministres d'exercer les fonctions de Premier ministre jusqu'à ce qu'un nouveau Gouvernement soit formé. Il accepte la démission individuelle des ministres et peut les charger d'exercer leurs fonctions jusqu'à ce qu'un nouveau ministre soit nommé ».

2. La préservation du pouvoir présidentiel de décision

Il existe un domaine qui recouvre ce que la doctrine appelle les « pouvoirs de décision ». Il s'agit d'un domaine dans lequel les pouvoirs présidentiels sont soumis à l'obligation du contreseing ministériel, mais sont des pouvoirs faisant du président, finalement et globalement, le décideur final. Le contreseing y apparaît davantage comme une formalité pour le président que comme une contrainte. L'analyse de la jurisprudence des Cours constitutionnelles permet d'arriver à cette conclusion. Ainsi, certains pouvoirs exécutifs « partagés » s'avèrent être de « faux pouvoirs partagés », dans la mesure où ils préservent très largement la capacité de décision des présidents. De tels pouvoirs concernent notamment la signature de certains accords internationaux, le droit de nomination à certains postes et en matière de droit de la défense.

Dans une affaire, rendue le 6 juin 1996⁴³, la Cour constitutionnelle bulgare est venue protéger le statut constitutionnel du chef d'Etat⁴⁴. Le conflit de compétences en question a permis à la Cour d'élargir la portée de la question qu'elle devait trancher. Elle est venue protéger l'autonomie normative de l'institution présidentielle, en considérant qu'avec de telles dispositions législatives « *le législateur fait dépendre l'exercice de ce pouvoir de la volonté de l'organe suprême exécutif* ». Or, selon la Cour, « *une telle décision législative n'a pas de fondement constitutionnel. Le Conseil des ministres a le droit de saisir le chef de l'Etat en lui soumettant une proposition, mais cette initiative ne peut pas constituer une condition obligatoire, car une telle exigence rabaisse le statut constitutionnel du chef de l'Etat et est contraire à l'article 98 de la Constitution* ». L'argument le plus intéressant de la Cour est celui qui fait référence à l'esprit même dans lequel la Constitution a été rédigée : « en examinant le débat et le vote, on peut constater catégoriquement que la volonté réelle du législateur constitutionnel au moment de la création de la disposition de l'article 98 exclut toute possibilité que le pouvoir du président de la République soit exercé sous la pression de certaines conditions ».

Sur la notion de « nomination du Président sur proposition du Gouvernement », la Cour constitutionnelle bulgare (décision du 28 mars 2002⁴⁵), a donné un éclairage intéressant sur la répartition des compétences entre le Président et le Gouvernement en matière de nomination des représentants diplomatiques⁴⁶. L'interprétation demandée à la Cour était censée répondre à la question de savoir si les propositions en question sont des actes administratifs proprement dits et si elles sont soumises à un contrôle de légalité, aussi et

⁴³ C. c. bulgare, décision n°8 du 6 juin 1996, A.C., n°7/96.

⁴⁴ Cette décision était rendue sur une requête du président de la République qui tendait à faire constater l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 34, point 1 et 2, ainsi que l'article 35 al.1 de la Loi sur l'organisation administrative et territoriale (LOATRB). Il découlait des dispositions contestées la mise en place d'une procédure selon laquelle le changement de nom d'une localité et d'une agglomération d'importance nationale, s'effectue, certes, par un décret du président de la République, mais sur proposition du Conseil des ministres. Cette proposition y était présentée comme préalablement obligatoire pour l'exercice du pouvoir présidentiel.

⁴⁵ C. c. bulgare, décision n°2 du 28 mars 2002, A.C., n°2/2002.

⁴⁶ Saisie par le procureur général, pour qu'elle donne une interprétation contraignante de l'article 98, point 6 et de l'article 100, al.2 (concernant l'expression « proposition du Conseil des ministres »), ainsi que de l'article 129, al.2 (concernant l'expression « proposition du Conseil suprême judiciaire »). D'une part, en effet, « le Président de la République est chargé de nommer et de révoquer de leurs fonctions les représentants diplomatiques, les représentants permanents de la Bulgarie auprès des organisations internationales et le haut commandement des forces armées » (art.98, al.6 et art.100, al.2). D'autre part, « le président de la Cour suprême de cassation, le président de la Cour suprême administrative et le procureur général sont nommés et révoqués par le Président de la République sur proposition du Conseil supérieur judiciaire » (art.129, al.2).

notamment dans les cas où le Président de la République émet un décret sur leur base. La Cour considère que « *les propositions dont il est question dans lesdites dispositions constitutionnelles peuvent et doivent être définies comme des actes préparatifs non autonomes. Dès lors, les propositions en question ne possèdent pas les caractéristiques des actes administratifs et sont hors du champ de contrôle de légalité, auquel sont normalement soumis les actes administratifs* »⁴⁷.

Ainsi, les nombreux contrôles de la répartition des rôles pour l'exercice des pouvoirs partagés démontrent, semble-t-il, que le personnel politique cherche à exploiter les ambiguïtés des textes constitutionnels. Les conclusions des Cours permettent de pointer la différence qui existe entre la lettre du texte fondamental et la pratique qu'il convient d'en faire. De surcroît, une émancipation des Cours est rapidement apparue, faisant d'elles des actrices prééminentes de la transition démocratique.

Section 2. Les Cours constitutionnelles : « nouvelle figure d'autorité »

Les Cours constitutionnelles est-européennes disposent tout d'abord, de compétences de contrôle indéniables de l'institution présidentielle et des titulaires des fonctions, ce qui leur donne, dans une certaine mesure, les traits de censeurs des présidents (§1). Partant, elles sont également amenées à jouer de plus en plus le rôle d'arbitre entre les pouvoirs (§2).

§1. Les Cours constitutionnelles, censeurs des présidents

Dans affaire du 22 septembre 1997⁴⁸, la Cour constitutionnelle bulgare est d'avis que « *le président de la République, qui en tant que chef d'Etat incarne l'unité du peuple, est élu au suffrage universel direct par les électeurs et n'est soumis ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif – qui n'ont pas le droit de contrôler son activité précédente et présente (...)* »⁴⁹. Ainsi, la Cour constitutionnelle bulgare protège l'institution présidentielle contre les possibles ingérences des pouvoirs exécutif et législatif de l'Etat. Pourtant, elle soumet l'institution présidentielle à son propre contrôle, puisqu'elle ajoute « *L'activité du président de la République ne peut être contrôlée que par la Cour constitutionnelle, en présence des conditions déterminées par la Constitution* ».

C'est ainsi que peut être illustré et résumé le rôle de censeur de certaines Cours constitutionnelles est-européennes. Elles font respecter la séparation des pouvoirs, le bon fonctionnement du régime parlementaire, tout en protégeant largement les prérogatives présidentielles...mais toujours sous contrôle explicite des nouvelles garantes de l'Etat de droit. C'est-à-dire que d'une certaine façon elle se pose en autorité de régulation des institutions, comme hiérarchiquement supérieure au pouvoir exécutif, au pouvoir législatif, mais aussi au chef de l'Etat lui-même.

Cela s'avère être particulièrement le cas lors de leur interprétation des motifs de vacance présidentielle (1), mais aussi lors des procédures de destitution (2).

⁴⁷ Car, pour la Cour, « *la sécurité juridique et les fonctions publiques extrêmement importantes, (...) exige une stabilité des décrets de leur nomination et de révocation ; que cette stabilité ne peut pas dépendre d'une décision ultérieure rendue par une Cour dans le cadre d'un contrôle de légalité* ».

⁴⁸ C. c. bulgare, décision n°10 du 22 septembre 1997, A.C., n°14/97.

⁴⁹ Elle a donc déclaré l'inconstitutionnalité de l'article 3, al.1, point 1 et 3 de la Loi sur l'accès aux documents des anciens services de sécurité de l'Etat, en vertu desquels le président de la République, le vice-président et les membres de la Cour constitutionnelle sont inclus dans la liste des personnes soumises à un contrôle concernant leur appartenance aux anciens services de sécurité de l'Etat.

1. La vacance présidentielle⁵⁰

Les autorités destinataires de la décision de démission⁵¹ du chef de l'Etat peuvent varier selon les textes constitutionnels, mais le plus souvent, ce sont les Cours constitutionnelles⁵² qui examinent ces circonstances.

Selon l'article 131 de la Constitution albanaise, c'est la Cour constitutionnelle qui est l'organe compétent pour recevoir la démission du président de la République et vérifier les causes de son impossibilité à accomplir ses devoirs, justifiant une démission ou le renoncement à son mandat. Cela est également le cas en Bulgarie, où la démission du président (ou celle du vice-président), est présentée devant la Cour constitutionnelle (article 97, alinéa 1 de la Constitution). La Cour constitutionnelle bulgare estime d'ailleurs que lorsqu'elle est saisie d'une demande de démission, elle « vérifie simplement que cette demande résulte de la libre volonté du président ou du Vice-président, car *la mise en lumière des motifs ou des considérations politiques ne ressortent pas de ses prérogatives* »⁵³. Elle a eu ainsi eu l'occasion de constater la démission du vice-président, Blaga Nikolova Dimitrova, à l'occasion d'une décision du 6 juillet 1993⁵⁴.

Si la Cour constitutionnelle n'est pas toujours la destinataire privilégiée de la démission du chef de l'Etat, elle entre en jeu en revanche, fréquemment, pour apprécier les motifs d'incapacité fondés généralement sur l'état de santé du chef de l'Etat. Certaines Cours constitutionnelles⁵⁵ sont ainsi en charge de la constatation de la fin du mandat présidentiel.

-Par exemple, dans sa décision du 26 novembre 1999⁵⁶, la Cour constitutionnelle croate s'est reconnue compétente pour décider que le président de la République est, temporairement, dans l'incapacité de remplir ses obligations. Cette décision a sur la base de la Loi constitutionnelle relative à l'incapacité temporaire du président de la République de

⁵⁰ Ces constitutions postcommunistes ne sont pas plus, ni moins originales que celles des vieilles démocraties parlementaires de par le monde. Elles sont cependant quelques fois plus prolixes dans le domaine de la vacance présidentielle ; notamment concernant les causes et les modalités mises en œuvre. Les motifs de vacance présidentielle sont énumérés par les textes constitutionnels. Il s'agit de la démission, du décès, de l'empêchement temporaire, ou définitif, de l'incapacité à exercer les fonctions présidentielles. Cette question de la vacance du pouvoir présidentiel a un intérêt indéniable pendant le mandat présidentiel d'origine car il s'agit d'assurer la continuité de la fonction présidentielle. Elle est en outre indispensable de savoir précisément ce que la constitution prévoit dans le laps de temps qui existe entre deux élections ; c'est-à-dire jusqu'à quel moment le Président sortant exerce son mandat.

⁵¹ Dans la plupart des constitutions postcommunistes, la démission du chef de l'Etat est considérée comme une cause de cessation des fonctions ; et donc de vacance de la présidence de la République.

⁵² Dans d'autres Etats, la démission n'est pas systématiquement et obligatoirement présentée devant la Cour constitutionnelle. Ainsi, en Hongrie, celle-ci doit être soumise à l'Assemblée nationale par une déclaration du chef de l'Etat devant cette dernière ; article 31, al.3 de la Constitution : "*The President of the Republic may resign from office by addressing a statement to this effect to the Parliament. A statement of acceptance on behalf of the Parliament is required for the resignation to be valid. Within a period of fifteen days the Parliament may request that the President of the Republic reconsider the decision. Should the President of the Republic stand by the decision, the Parliament may not deny recognition of his resignation*". De la même façon, en République tchèque, la démission est présentée au président de la Chambre des députés (article 61 de la Constitution). Enfin, en Pologne, le chef de l'Etat peut renoncer à son mandat devant le Président de la Chambre des représentants (article 61 de la Constitution).

⁵³ C. c. bulgare, décision n°2 du 13 décembre 1991, A.C., n°24/91.

⁵⁴ C. c. bulgare, décision n°11 du 6 juillet 1993, A.C., n°15/1993. Son mandat a donc été suspendu avant terme.

⁵⁵ En revanche, en Pologne et selon l'article 131 de la Constitution, la constatation de l'incapacité permanente pour raisons de santé appartient à l'Assemblée nationale.

⁵⁶ C. c. croate, décision n° U-VIII-1017/1999 du 26 novembre 1999; CRO-1999-3-019, *Codices*.

remplir ses obligations⁵⁷. Le 25 novembre 1999, le gouvernement a adressé à la Cour une proposition visant à constater que le Président était temporairement dans l'incapacité de remplir ses obligations de président de la République. Il fondait sa proposition sur un avis médical rendu par le Conseil de consultation médicale du 25 novembre.

-En Bulgarie également, le mandat du président peut prendre fin, avant terme, en cas d'incapacité durable d'exercer le mandat pour raison de maladie grave (selon l'article 97, alinéa 2). Le constat d'un tel empêchement est donc fait par la Cour constitutionnelle, laquelle est en effet compétente pour examiner l'exactitude de la situation présidentielle. Aussi, aux termes de l'alinéa 2, elle constate l'existence des circonstances justifiant la suspension des fonctions de président ou de Vice-président de la République. Ces circonstances sont énumérées à l'alinéa 1 de l'article 97 ; il s'agit de la démission ou de l'incapacité persistante due à une grave maladie⁵⁸. Interprétant cet article 97 alinéa 1, la Cour constitutionnelle bulgare a décidé, dans sa décision n°2/1991 que la désignation du président en activité comme candidat aux élections présidentielles suivantes, ne peut être considérée au regard de la lettre et de l'esprit de la Constitution, comme un motif susceptible de mettre fin à son mandat de façon anticipée. L'opinion de la Cour constitutionnelle, relativement au critère qu'elle applique lorsqu'elle est invitée à exercer la compétence que lui confère l'article 97 alinéa 2 sur la démission du président de la République, offre une nouvelle illustration de sa philosophie. En effet, cela consiste à affirmer son respect à l'égard de ce qui relève du domaine politique et à éviter toutes interférences avec les responsabilités spécifiques des autres institutions. Elle affirme à cette occasion que sa compétence se limite à l'établissement de l'existence des différentes hypothèses énumérées dans le texte fondamental bulgare.

-En Lituanie également, la Cour constitutionnelle se prononce sur l'état de santé du président ; état de santé qui ne lui permettrait plus d'exercer ses fonctions (en vertu de l'article 88, al.6 de la Constitution). Il s'agit d'un simple avis consultatif transmis au Parlement ; puisque la cessation des fonctions présidentielles doit être votée par le Parlement à la majorité des 3/5^e.

Cette hypothèse relative à la santé du président n'est pas anodine. Elle peut servir d'argument à l'opposition politique ; dans la mesure où cet empêchement engage l'organisation de nouvelles élections présidentielles. Aussi, la Cour constitutionnelle croate, dans une décision du 26 novembre 1999⁵⁹ est intervenue pour protéger la continuité des fonctions présidentielles et anticiper une situation de vide au sommet de l'Etat. En effet, la Loi constitutionnelle relative à l'incapacité temporaire du Président de la République avait été adoptée le 24 novembre 1999⁶⁰, pour combler le vide du texte constitutionnel originel. Le Gouvernement était à l'initiative de cette loi. Elle lui permettait de faire constater, par la Cour constitutionnelle, l'empêchement temporaire du président de remplir ses obligations de chef d'Etat en s'appuyant sur l'Avis rendu par le Conseil de consultation médicale du 25 novembre 1999. La Cour se déclara compétente pour décider que le président n'était pas en mesure d'exercer son mandat⁶¹.

La Macédoine nous fournit un autre exemple probant. En effet, la Cour constitutionnelle décide de l'applicabilité de l'une des conditions de cessation des fonctions du président (en vertu des pouvoirs que lui confie l'article 82-2 de la Constitution). Aussi, à la

⁵⁷ Loi adoptée le 24 novembre 1999 et publiée au journal officiel n°123/1999.

⁵⁸ En cas de décès ou de condamnation pour haute trahison ou violation de la Constitution, les fonctions présidentielles sont également suspendues, mais, cette fois-ci, indépendamment de tout constat par la Cour.

⁵⁹ C. c. croate, décision U-VIII-1017/1999 du 26 novembre 1999 ; CRO-1999-3-019, *Codices*.

⁶⁰ Loi constitutionnelle du 24 novembre 1999, publiée au Journal Officiel, *Nrodne novine*, 123/1999.

⁶¹ Le Président croate, Franjo Tudjman, est d'ailleurs décédé quelques jours plus tard.

suite de la disparition du Président Boris Trajkovski dans un accident d'avion, elle déclara dans une décision du 6 mars 2004⁶² que cet événement avait mis fin à son mandat de président de la République. Elle avait d'ailleurs déjà eu l'occasion de se prononcer sur une question d'empêchement présidentiel à accomplir définitivement ou temporairement ses fonctions, dans une décision du 18 novembre 1998⁶³ dans laquelle elle avait jugé que les dispositions de l'article 82 de la Constitution qui prescrivent les cas d'intérim du président de la République par le président de l'Assemblée nationale⁶⁴, que sont les cas de décès, de démission, d'incapacité permanente de remplir ses fonctions, d'expiration du mandat, ne peuvent s'appliquer dans l'hypothèse d'un voyage officiel du chef de l'Etat.

Ensuite, des délais sont prévus pour organiser de nouvelles élections, afin de limiter, dans le temps, l'intérim du pouvoir présidentiel. Dès lors l'interprétation que feront les Cours constitutionnelles des motifs d'incapacité du titulaire, permettra d'engager rapidement ou non le processus de lancement des nouvelles élections. Ainsi, la Cour constitutionnelle albanaise est compétente pour vérifier, à la demande de l'Assemblée, les causes de l'incapacité du président de la République (article 91, alinéa 2). Dans les cas où cette incapacité est avérée, le poste du président est déclaré vacant ; et de nouvelles élections doivent se tenir dans les dix jours suivant la déclaration d'incapacité. Ces dispositions constitutionnelles illustrent parfaitement le cas où le texte ne prévoit pas précisément de quel type d'incapacité il s'agit. Les cas de vacance sont précisément prévus et anticipés, mais les raisons sont bien plus floues et laissées à l'appréciation de la Cour ; laquelle dispose donc d'une marge de manœuvre significative et qui révèle par ailleurs son rôle d'arbitre en concurrence avec celui du président.

Enfin, il existe un cas de figure plus spécifique consistant à constater l'intérim suite à une procédure de destitution engagée contre le président. Ainsi, la Cour constitutionnelle de Roumanie est compétente pour constater l'existence des circonstances qui justifient l'intérim, mais aussi pour donner un avis consultatif, à la demande du Parlement, sur toute proposition de suspension du président roumain (en vertu de l'article 144-e et 144-f de la Constitution). La Cour a d'ailleurs eu l'occasion de statuer sur ces deux aspects. Elle a été appelée à se prononcer sur l'existence des circonstances justifiant l'intérim et elle a donné son avis sur une proposition de suspension des fonctions du président de la République (conformément à l'alinéa f de l'article 144, en vertu de l'article 95, alinéa 2). Elle a ainsi eu à apprécier dans un arrêt du 20 avril 2007⁶⁵, dès après le vote parlementaire de la suspension des fonctions du Président Traian Basescu, ces circonstances justifiant l'intérim. Compte tenu de l'arrêté du Parlement⁶⁶, la suspension a été décidée en vertu des dispositions de l'article 95 de la Constitution et des articles 66-68 du Règlement des séances communes de la Chambre des Députés et du Sénat. Dès lors, le président de la Chambre des Députés a sollicité la Cour constitutionnelle pour qu'elle se prononce sur l'existence de circonstances justifiant l'intérim ;

⁶² C. c. macédonienne, décision du 6 mars 2004 ; MKD-2004-1-001, *Codices*.

⁶³ C. c. macédonienne, décision n°U.br.141/97 du 18 novembre 1998 ; MKD-1998-3-007, *Codices*.

⁶⁴ La loi électorale macédonienne a par ailleurs été modifiée le 8 mars 2004 et oblige l'intérimaire à organiser une nouvelle élection présidentielle dans un délai de quarante jours suivant le début de l'intérim.

⁶⁵ Cette décision de la Cour constitutionnelle de Roumanie, intitulée « concernant la constatation de l'existence des circonstances qui justifient l'intérim dans l'exercice de la fonction de Président de la Roumanie », est la première de l'année. Elle est publiée au Journal Officiel (*Monitorul Oficial*) de la Roumanie, n°269 du 20 avril 2007.

⁶⁶ La suspension des fonctions du Président roumain Traian Basescu, qui a été décidée suite à la procédure de destitution lancée à son endroit, sera plus précisément envisagée dans le chapitre suivant de ce titre. Le Président Basescu considérait que le Parlement avait suspendu ses fonctions « sans constater l'existence des faits graves de violation de la Constitution pour lesquels il pouvait être suspendu ».

circonstances qui, si elles étaient établies, justifieraient d'octroyer la fonction de Président intérimaire à N. Văcăroiu, Président du Sénat au moment des événements. Tel fût ainsi le cas, jusqu'au référendum rétablissant le Président Basescu dans ses fonctions.

Enfin, s'ajoutent à l'incapacité présidentielle de poursuivre son mandat, existent deux autres possibilités plus originales. Celles-ci sont par ailleurs intéressantes dès lors qu'est pris en compte le contexte transitionnel ; d'une part, il s'agit de la question de la continuité du mandat présidentiel entre deux mandats et d'autre part, il s'agit de la question du renouvellement « exceptionnel » du mandat présidentiel. Sur la première question, la Cour constitutionnelle bulgare a donné son interprétation. Dans une décision du 13 décembre 1991⁶⁷, elle estime que lorsque le président de la République pose sa candidature aux élections présidentielles, ses pouvoirs ne doivent pas être suspendus. Ainsi la rupture dans la continuité de la fonction n'est pas entamée. Celui-ci garde donc l'étendue de ses compétences jusqu'à l'investiture de son successeur, ou jusqu'à sa propre succession. Sur la deuxième question, il semble que les Cours constitutionnelles soient également chargées de constater si le président est en mesure d'effectuer un nouveau mandat⁶⁸. Cette problématique concerne exclusivement la première vague démocratique, c'est-à-dire les premiers présidents élus, immédiatement après la chute du régime socialiste. En effet, certains présidents avaient déjà effectué un mandat avant d'être « démocratiquement et librement » élus, c'est-à-dire avant l'adoption des nouvelles Constitutions. C'est ainsi que le Président roumain Iliescu avait été autorisé à représenter sa candidature pour un « troisième mandat »⁶⁹.

2. Responsabilité présidentielle : immunités et destitution

a. Les immunités présidentielles

Voué à être « l'élément stable des institutions », le chef d'Etat postcommuniste doit œuvrer pour la stabilité des institutions et de l'Etat dans leur ensemble. Il était donc prévisible que les Constitutions postcommunistes le mettent à l'abri de poursuites judiciaires de droit commun ; en lui octroyant un certain nombre d'immunités. Il s'agit ici d'une protection plutôt classique du titulaire des fonctions présidentielles. Les immunités, dont il est question ici, couvrent pour l'essentiel le domaine pénal, civil et administratif. D'après J. Delfont⁷⁰, c'est parce que « la logique qui sous-tend les immunités se rapproche de la raison d'Etat, si on définit celle-ci comme l'ensemble des principes régissant son fonctionnement et visant sa conservation », que les Constitutions postcommunistes cherchent à éloigner⁷¹ le plus possible

⁶⁷ C. c. bulgare, décision A.C., n°24/1991 du 13 décembre 1991. Il s'agit de l'une des toutes premières décisions de la Cour constitutionnelle bulgare.

⁶⁸ Les cas les plus connus se situent en dehors du champ délimité, ils concernent, pour l'essentiel les premiers dirigeants de la CEI. Pour des développements plus complets, voir notamment M.-E. BAUDOUIN, *Justice constitutionnelle et Etat post-soviétique*, op. cit., pp.185 et s.

⁶⁹ Il fût en effet le Président de la Roumanie de 1990 à 1992 ; de 1992 à 1996 ; et enfin de 2000 à 2004. Il arguait que les deux premières années de sa présidence ne constituaient pas un véritable mandat présidentiel ; notamment car il n'avait pas été exercé dans le cadre de la nouvelle Constitution démocratique du 8 décembre 1991.

⁷⁰ J. DELFONT, *Responsabilité pénale et fonction politique*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 41, 2006, p.23.

⁷¹ Sur le caractère de moins en moins exceptionnel et limitatif de la levée des immunités présidentielles, il paraît opportun de considérer que certaines réformes constitutionnelles sont en cours de discussion dans les États qui souhaitent justement renforcer les pouvoirs du Parlement dans la procédure de levée de l'immunité présidentielle. En Macédoine par exemple, un amendement proposé sur recommandation du GRECO du Conseil de l'Europe, vise à transférer cette procédure du Gouvernement vers le Parlement. Si de telles initiatives ne sont

le titulaire des fonctions présidentielles de la justice ordinaire. Car, à travers la protection du président, « il faut voir un renforcement du crédit de l'Etat, lui permettant d'atteindre plus sûrement son but »⁷². C'est d'ailleurs pour cela que les Cours s'attachent à préserver l'effectivité de ces immunités.

Les constitutions postcommunistes prévoient un système d'immunité pénale du chef de l'Etat, distinct des cas classiques de destitution, comme le fait par ailleurs la Constitution française. Dans leurs modalités, elles prévoient que le chef de l'Etat ne peut être mis en détention, ni faire l'objet de poursuites pénales⁷³ ou de poursuites administratives⁷⁴ ; sauf, dans certains cas, sur autorisation de la Cour constitutionnelle⁷⁵. Cette immunité n'est que temporaire dans la grande majorité des cas. Il est en effet fréquent que le président redevienne un citoyen ordinaire après son mandat et se voit appliquer les règles de droit pénal.

La marge de manœuvre des Cours constitutionnelles dans ce domaine tient notamment au fait qu'elles sont amenées à interpréter les griefs qui sont retenus à l'encontre du président. La Cour constitutionnelle serbe, par exemple, est autorisée à décider de l'étendue de l'immunité présidentielle (en vertu de l'article 119 de la Constitution). C'est ainsi que, formellement, le président bénéficie de la même immunité que les députés. Il n'est pas tenu responsable pour ses votes et opinions personnelles, exprimés pendant son mandat⁷⁶. Concrètement, cela signifie aussi que l'immunité ne concerne que ce domaine, qui relève par ailleurs plus de l'irresponsabilité politique. Aussi, le texte n'est-il pas clair concernant tous les autres catégories d'agissements, qu'ils soient avant le mandat, ou pendant le mandat et effectués en dehors de l'exercice des fonctions. Le chef de l'Etat roumain bénéficie, lui-aussi, de la même protection que ses ministres⁷⁷.

Aussi, pour éviter des attaques par trop incessantes contre le chef de l'Etat par les parlementaires, certaines Cours ont tendance à interpréter largement les immunités de celui-ci. L'exemple de la Cour constitutionnelle lituanienne est significatif. Dans une décision du 8 mai 2000⁷⁸, elle a relevé que l'immunité présidentielle était extrêmement étendue lorsque le président est en fonction. Elle conclut qu'aucune forme d'opérations de police, y compris les opérations clandestines impliquant la simulation d'un acte délictueux, ne peut être mise en œuvre concernant le président de la République. Dans un arrêt du 19 juin 2002, elle a rappelé sa position, en constatant que le « statut juridique du Président de la République en tant que chef de l'Etat est particulier et diffère de celui des autres fonctionnaires de l'Etat ».

De la même façon, les Cours des dispositions constitutionnelles peuvent protéger le chef de l'Etat en prévoyant un système d'immunité pénale spécial s'adressant à la personne

pas confirmées à l'avenir, elles prouvent tout de même que le domaine de l'irresponsabilité du président postcommuniste n'est plus aussi sacré.

⁷² F. MEINECKE, M. CHEVALLIER (trad.), *L'idée de la raison d'Etat dans l'histoire des temps modernes*, Genève, Droz, 1973, pp.12-13.

⁷³ Bulgarie (art.103, al., 4).

⁷⁴ En Lituanie, l'art.86, al.1 ajoute à la liste des immunités l'impossibilité pour le Président de la République de faire l'objet de poursuites administratives ; en République tchèque, l'article 65, al.1 de la Constitution le protège aussi contre les contraventions.

⁷⁵ Article 105 de la Constitution croate; en Lituanie (art.83 de la Constitution).

⁷⁶ C'est également le cas en Moldavie (art.81, al.2), puisque « Le Président de la République peut bénéficier d'une immunité contre les poursuites civiles contre toutes opinions personnelles exprimées dans l'exercice de son mandat ».

⁷⁷ En Roumanie (art.84, al.2), la Constitution renvoie à l'article 72, alinéa 1 nouveau, applicable aux ministres.

⁷⁸ C. c. lituanienne, décision n°12/99 [Affaires jointes] du 8 mai 2000 ; LTU-2000-2-005, *Codices*. « Si le recours n'est pas envisageable à l'encontre du Président, il l'est à l'encontre d'autres personnes telles que les députés ».

du président, en tant que celle-ci est inviolable⁷⁹. Une protection contre les poursuites pénales doit être prévue et accordée par un dispositif législatif séparé. Ainsi, en Hongrie, pour toutes les violations qui ne relèvent pas d'une offense ayant un lien avec ses activités officielles durant l'exercice de ses fonctions, les poursuites ne pourront reprendre qu'à la fin de son mandat⁸⁰. Pour les faits commis après l'entrée en fonction, la Cour constitutionnelle peut recourir aux règles de la procédure pénale pour examiner les faits en cause. Si, après l'introduction du dossier par un commissaire aux charges, désigné parmi les membres du Parlement, la Cour conclut à la culpabilité du chef d'Etat, celui-ci sera déchu de ses fonctions. Aussi, le président de la République hongrois jouit-il d'un véritable privilège de juridiction durant l'exercice de son mandat, mais pas d'une véritable immunité dans l'exercice de ses fonctions.

Assurément les constitutions postcommunistes protègent largement le titulaire des fonctions présidentielles pour ce qui ne relève pas en premier chef des actes accomplis dans le but d'exercer ses fonctions. D'ailleurs les Cours constitutionnelles entendent bien se faire l'interprète d'une telle protection.

b. La destitution

Les Cours constitutionnelles ont un rôle central en matière de destitution, puisqu'elles interprètent, orientent et quelque fois tranchent en la matière⁸¹. Elles organisent⁸², selon un schéma classique, le processus de destitution. Généralement prudentes vis-à-vis des hypothèses de suspension des fonctions du chef de l'Etat, elles optent pour une attitude constructive dans la définition des motifs de destitution. Plusieurs exemples illustrent cette hypothèse.

Ainsi, *in abstracto*, la Cour constitutionnelle bulgare a rendu une décision très significative, à plusieurs égards, le 21 décembre 1995⁸³. Celle-ci était saisie d'une requête tendant à interpréter l'article 92 alinéa 1 de la Constitution. Il était reproché au président d'avoir exprimé publiquement sa préférence ou son attitude négative à l'égard de personnages politiques ou de partis. La question posée était de savoir si de telles déclarations n'étaient pas contraires à l'article 92 alinéa 1 de la Constitution qui dispose que « *le président est le chef de l'Etat. Il doit veiller à l'unité de la nation et doit représenter l'Etat dans ses relations internationales* ». Son interprétation du texte a pu donner un éclairage nouveau sur les motifs de destitution, car elle a estimé que le chef de l'Etat n'est pas un organe d'Etat dépolitisé et qu' « *il peut émettre des actes ayant des conséquences politiques considérables et une grande signification politique* ». Cette décision a également permis à la Cour de renforcer sa position de contrôle puisqu'elle déclara que « *décider si le Président de la République bulgare, par ces actes ou agissements, enfreint la Constitution, est une question de jugement concret de la part*

⁷⁹ Article 31-A de la Constitution hongroise : « *The person of the President of the Republic is inviolable; protection from criminal prosecution shall be granted by a separate law.* ». Dans le même sens, la protection pénale et administrative du Président lituanien est portée sur sa *personne*, selon l'article 87 alinéa 1 de la Constitution.

⁸⁰ Article 32 al.2 de la Constitution hongroise.

⁸¹ Notons qu'en l'occurrence, la prudence manifestée par les Cours, à l'égard des hypothèses de destitution, montre davantage une volonté de protéger la fonction présidentielle que le titulaire des fonctions présidentielles lui-même.

⁸² C'est à l'intérieur même de leur règlement intérieur que les détails relatifs à l'organisation et que les conditions du jugement se trouvent établis.

⁸³ C. c. bulgare, décision du 21 décembre 1995, A.C., n°27/95.

d'une Cour constitutionnelle, sur la base d'une accusation soulevée conformément à l'article 103 de la Constitution ».

Mais c'est plus souvent à l'occasion des procédures de destitution, c'est-à-dire *in concreto*, que le rôle des Cours constitutionnelles est le plus manifeste. L'intervention de ces cours peut être différente et graduelle selon les Etats ; leur rôle allant du simple avis consultatif jusqu'à la prise de décision finale, en passant par l'obtention de leur accord, liant cette fois les autorités co-décisionnaires pour la poursuite de la procédure.

- un avis consultatif. La Cour constitutionnelle roumaine, en vertu de l'article 144, alinéa f, est compétente pour donner un avis consultatif sur toute proposition de suspension du Président de la République⁸⁴. Cet avis ne lie cependant pas l'Assemblée, qui peut décider de continuer la procédure de destitution, en soumettant la proposition au vote parlementaire. C'est ainsi qu'elle donna un avis défavorable au mois de juillet 1994⁸⁵, à l'occasion d'une saisine tendant à la destitution du Président I. Iliescu. Il était accusé d'avoir violé de façon grave et répétée certaines dispositions de la Constitution, notamment celles relatives à l'indépendance de la Justice et d'avoir tenté d'influencer son bon fonctionnement en faisant pression sur les juges⁸⁶. Le 5 juillet 1994, la Cour constitutionnelle roumaine estima que la proposition de suspension n'était pas fondée, compte tenu du fait que la législation en vigueur spécifiait elle-même que les problèmes en question tenaient au domaine de la législation et non pas au domaine des instances judiciaires. Pour la Cour⁸⁷, les propos du chef de l'Etat avaient davantage porté sur des faits matériellement contestables que sur un quelconque empêchement d'agir en justice des citoyens, comme le prétendaient les requérants. *De facto*, les critiques du Président n'étaient plus considérées comme relevant du domaine des « violations de la Constitution »⁸⁸. En 1999, à l'occasion d'une seconde affaire⁸⁹, la Cour constitutionnelle avait été saisie par le Président I. Iliescu afin qu'elle se prononce sur la constitutionnalité de la Loi relative à l'organisation et au déroulement du référendum du 22 février 1999, laquelle permet de soumettre directement la suspension de sa fonction à référendum. L'apport de cette jurisprudence est indéniable : « (...) *Le référendum national constitue le moyen de consultation et d'expression directe de la volonté souveraine du peuple à l'égard de la révision de la Constitution (...) et de la suspension définitive du président de la Roumanie de sa fonction (...)* ». Enfin, en 2007, la Cour constitutionnelle, dès cette étape de l'avis consultatif⁹⁰, fit montre d'une certaine indulgence vis-à-vis du Président T. Basescu. Il

⁸⁴ La Constitution roumaine, notamment, comme il a été vu précédemment, prévoit qu'en vertu de l'article 95 alinéa 2 la demande de suspension du Président, en vue de la destitution, peut être présentée par 1/3 au moins du nombre des députés et des sénateurs, s'ils considèrent que le chef de l'Etat a commis des faits graves, en violation des dispositions de la Constitution.

⁸⁵ Recueil de décisions et d'arrêts de la Cour constitutionnelle pour l'année 1994, Bucarest, *R.A. Monitorul Oficial*, 1994, p.359 et s.

⁸⁶ Ce dernier était accusé d'avoir soutenu que les demandes faites par les anciens propriétaires n'auraient pas dû être déclarées recevables par les instances judiciaires en l'absence de réglementation par la loi sur la restitution des biens nationalisés. Le Président roumain avait clairement déclaré, dans une réunion publique, que certaines décisions judiciaires constituent une immixtion dans l'activité législative. Déclaration suite à laquelle 167 députés et sénateurs avaient demandé la suspension du chef de l'Etat.

⁸⁷ Ainsi, elle jugea que : « (...) *bien que le problème des maisons nationalisées fasse l'objet de débats parlementaires et constitue un domaine expressément réservé à la loi, tout de même certaines instances judiciaires ont procédé à la solution de cette question par la restitution des biens et des maisons nationalisées et l'évacuation des locataires avant et en l'absence d'une réglementation légale* »

⁸⁸ Les demandes furent donc rejetées en l'absence de motifs sérieux nécessaires à la mise en œuvre de l'article 95. Le Parlement avait accepté l'avis de la Cour constitutionnelle et rejeté la demande de suspension.

⁸⁹ Pour de plus amples références sur cette arrêt, voir V. GIONEA, « Le président face au Gouvernement », in *2^{ème} Journée franco-roumaine de droit constitutionnel*, Bucarest, 27, 28 et 29 octobre 1993, pp.1-21.

⁹⁰ Avis consultatif de la Cour constitutionnelle roumaine, n°1 du 5 avril 2007, publié au Journal Officiel (*Monitorul Oficial*) de la Roumanie, Partie I, n°258 du 18 avril 2007.

lui était reproché d'avoir violé la Constitution roumaine en ayant adopté, tout au long de son mandat et à de nombreuses reprises un comportement se révélant être plus partisan que neutre. L'avis était quelque peu ambigu car il ne faisait pas clairement la lumière sur le point de savoir si le Président avait véritablement violé l'obligation formelle de neutralité politique. Pourtant, sans prendre position, la Cour a considérablement assoupli cette obligation de neutralité⁹¹, pourtant exigée par la Constitution, pour préciser que « *la Constitution n'interdit pas au président de garder des liens avec le parti politique qui l'a soutenu lors des élections, ou avec d'autres partis politiques. Une telle interdiction ne serait pas dans l'esprit de la Constitution (...)* ». Cette position de la Cour aura eu le mérite de dessiner les contours de la notion de « faits graves »⁹², dans la mesure où elle indiquait que les faits invoqués à l'encontre du Président Basescu ne pouvaient en aucun cas (par leur nature et leurs conséquences), être qualifiés de graves⁹³ et donc être susceptibles d'entraîner une suspension par le Parlement. Aussi déclara-t-elle que « (...) *peuvent être considérés comme faits graves de transgression des réglementations de la Constitution, les actes de décision ou le fait de se soustraire à la réalisation de certains actes décisionnels obligatoires, par lesquels le Président de la Roumanie empêcherait le fonctionnement des autorités publiques, supprimerait ou restreindrait les droits et les libertés des citoyens, troublerait l'ordre constitutionnel ou d'autres faits de la même nature qu'ils auraient ou qu'ils pourraient avoir des effets similaires* »⁹⁴.

-un vote est quelque fois exigé pour la ratification de la procédure de destitution. Dans le chapitre VII du Règlement intérieur⁹⁵ de la Cour slovène⁹⁶, les articles 63 à 67 relatent avec précision le « parcours » de la destitution devant la Cour. Cette dernière se prononce sur la mise en accusation du président de la République à la majorité des voix de l'ensemble des députés. L'ordonnance proposant la mise en accusation du président, telle qu'elle est adressée à la Cour, doit comporter un exposé sur la violation de la Constitution ou des graves violations de la loi reprochées ; ainsi que des preuves présentées à l'appui de ces allégations. Aucune ordonnance de mise en accusation du président de la République ne peut être adoptée entre l'annonce de l'élection à la présidence de la République et la proclamation des résultats, pour ne pas compromettre le bon déroulement des « premières » élections présidentielles

⁹¹ Nous verrons d'ailleurs que cette position protectrice de la Cour constitutionnelle est un indice de la protection dont fait l'objet le Président Basescu et qui reflète une personnalisation évidente du pouvoir en Roumanie aujourd'hui.

⁹² Pour des approfondissements sur cette question, voir V.GIONEA, « Limite de la séparation des autorités dans l'Etat, dans la consolidation de l'Etat de droit », in *3^e Journées franco-roumaines de Droit constitutionnel*, 20-24 septembre 1994, Paris, p.10 et s.

⁹³ Selon la Cour, il est évident qu'un fait, C'est-à-dire une action ou une inaction, par lequel on transgresse les réglementations de la Constitution, est « grave » par rapport à l'objet de l'empiètement. « Dans la réglementation de la procédure de suspension de la fonction de Président, la Constitution ne se limite pas à cette définition car, si tel était le cas, l'expression "faits graves" n'aurait pas de sens ». (...) « En analysant la distinction comprise dans le texte cité et en prenant en compte le fait que la loi fondamentale est un acte juridique normatif », la Cour constitutionnelle constate que « n'importe quel fait de transgression des réglementations de la Constitution ne peut pas justifier la suspension, mais seulement les "faits graves", dans le sens complexe que cette notion comprend dans la science et dans la pratique du droit. D'un point de vue juridique, la gravité d'un fait est appréciée par rapport à la valeur préjudiciée, ainsi que par rapport à ses conséquences nuisibles, produits ou potentiels, aux moyens employés, par rapport à la personne de l'auteur du fait et non pas, en dernier lieu, par rapport à la position subjective de celle-ci, au but dans lequel il avait commis le fait ».

⁹⁴ L'avis de la Cour ne fût pas suivi par le Parlement. Finalement, c'est la décision votée par le parlement qui a été désavouée par le peuple lui-même par la voie du référendum, puisque celui-ci a choisi de maintenir le Président Basescu à la tête de l'Etat.

⁹⁵ *Official Gazette*, R.S., n°15/94.

⁹⁶ La procédure suivie devant de la Cour constitutionnelle de Slovénie illustre la tendance quasi générale des régimes postcommunistes.

libres (qui avaient été tant attendues). La Cour transmet cette ordonnance au président de la République, lequel a le droit de présenter ses observations. Une audience publique est tenue par cette dernière au cours de laquelle l'accusation est soutenue par un représentant de l'Assemblée nationale dûment mandaté. C'est à la majorité des 2/3 que la Cour pourra décider si le président de la République sera suspendu ou non de ses fonctions, jusqu'à l'adoption de la décision définitive sur la mise en accusation. Remarquons au préalable que le président a le droit d'assister à cette audience publique. Dans le cas où la Cour estime la requête de mise en accusation non fondée, elle rend un verdict d'acquiescement. En revanche, lorsqu'elle établit qu'une violation de la Constitution ou une violation grave de la loi a été commise, la Cour peut aussi décider de mettre fin aux fonctions du président de la République. Ces deux décisions sont prises à la majorité des 2/3 de tous les juges. Enfin, dans le domaine des poursuites pénales, la Cour constitutionnelle peut repousser sa décision jusqu'à ce qu'un jugement ait été rendu dans ladite procédure pénale. Si, en cours de procédure de destitution, le chef de l'Etat décide de partir ou se voit contraint de le faire par l'expiration de son mandat, la Cour doit mettre fin à la procédure de destitution, sauf si l'accusé ou l'Assemblée nationale font une demande en sens contraire. Suivant une procédure similaire, la Cour constitutionnelle de Lituanie a procédé à la première et dernière destitution connue à ce jour dans un pays est-européen, celle du Président Rolanda Paksas⁹⁷. Dans un avis du 31 mars 2004⁹⁸, la Cour a affectivement donné son feu vert aux députés pour organiser le vote de destitution, en le reconnaissant coupable de trois des six chefs d'accusation portés contre lui.

-certaines Cours jouent surtout un rôle dans la phase finale de la destitution, en procédant elles-mêmes au vote de la destitution. Ce rôle est fondamental, dans la mesure où, elles doivent préalablement examiner si les faits reprochés au chef de l'Etat sont bien des actes de violation de la loi ou de la Constitution⁹⁹. Certaines cours peuvent, en outre, à un stade intermédiaire, décider que le président de la République ne peut provisoirement exercer ses fonctions¹⁰⁰, jusqu'à une décision sur sa mise en accusation. Elles ont donc le pouvoir de décider de la destitution du président, dont les conséquences *a minima* sont la perte de la fonction présidentielle et *a maxima* l'inéligibilité, pour le futur, à la présidence de la République, comme c'est le cas en République tchèque¹⁰¹.

§2. Les Cours constitutionnelles comme arbitres concurrents des présidents

La construction de la fonction arbitrale du président postcommuniste a suivi un cheminement chaotique dans la mesure où la réflexion menée autour d'un tel rôle ne faisait pas appel à la culture de l'aire géopolitique considérée. Venant pallier les insuffisances des textes en terme de définition du rôle d'arbitre, les Cours constitutionnelles interviennent sur la fonction présidentielle, à la fois dans la construction de l'institution et dans l'évolution de son rôle. Il s'agit d'une véritable concurrence¹⁰² qui se développe du côté des juges

⁹⁷ En effet, la destitution du Président R. Paksas reposait essentiellement sur l'argument extensif de sa violation du serment d'investiture, comme il a été vu supra.

⁹⁸ C. c. lituanienne, Avis du 31 mars 2004, cas n°14/04, www.lrkt.lt.

⁹⁹ Article 31-A, al.6 de la Constitution. Hongroise, par exemple.

¹⁰⁰ En Slovénie (art.109 de la Constitution), à ce droit décisif pour la Cour, de suspendre ou non les activités présidentielles jusqu'à ce qu'elle ait rendu son verdict, s'ajoute le droit exclusif de pouvoir décider du bien-fondé de l'accusation ou de la relaxe de l'accusé.

¹⁰¹ République tchèque (art.65, al.2 de la Constitution).

¹⁰² Notons que cette concurrence n'est pas à proprement parler inédite. En effet, le Tribunal constitutionnel allemand, lui-aussi, peut être amené à trancher les conflits entre organes constitutionnels. Il a déjà statué sur la constitutionnalité de la dissolution du *Bundestag* en 1983. Ainsi que le décrit P. LAUVAUX, in *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, P.U.F., Coll. Droit Politique et théorique, 3^{ème} éd., 2004, pp.685-686. le

constitutionnels postcommunistes, en matière de résolution des conflits institutionnels. Comme l'affirme C. Doldur¹⁰³, les Cours peuvent être des instances « régulatrices du jeu démocratique », notamment car l'une de leurs missions premières est de préciser le contenu des nouvelles Constitutions.

Cette concurrence en matière d'arbitrage est perceptible de façon incidente (1) à l'occasion de l'activité contentieuse ou doctrinale, mais elle est manifeste aussi de façon frontale (2).

1. Une concurrence incidente : le dessin des contours de l'arbitrage présidentiel

Si le président de la République est un régulateur du « marché politique ou institutionnel » à l'instar de la norme régulatrice dans un régime de liberté et de concurrence, si les pouvoirs constitutionnels, notamment législatif et exécutif, sont ainsi régulés conformément au principe et à l'esprit de l'équilibre, c'est-à-dire de la séparation des pouvoirs, dans le postcommunisme, les chefs d'Etat « nouvelle vague » sont largement amputés de leur fonction arbitrale ou régulatrice, par les nouveaux pouvoirs et les nouvelles compétences des Cours constitutionnelles, notamment *via* leurs interventions préventives ou « répressives » sanctionnant toute inconstitutionnalité.

Que ce soit à travers leur jurisprudence ou même leurs doctrines dominantes, les plus hautes institutions constitutionnelles ont une influence sur le rôle du chef de l'Etat et particulièrement sur l'arbitrage¹⁰⁴. En effet, l'arbitrage plus ou moins clairement exprimé par les constitutions va faire l'objet d'interprétation, de clarification et les Cours constitutionnelles vont y trouver l'opportunité d'intervenir de façon fréquente et décisive.

Le président de la Cour constitutionnelle roumaine de 1998 à 2006, C. Doldur, a lui-même conclu que le chef de l'Etat roumain devait être vu comme un arbitre, dans la mesure où il veille au respect de la Constitution et au bon fonctionnement des autorités publiques. Dans ce but, le président exerce la fonction de médiation entre les pouvoirs de l'Etat ainsi qu'entre l'Etat et la société, qui s'effectue notamment quand les autorités de l'Etat n'arrivent pas à « dépasser les dissensions » - conformément à l'analyse de V. Gionea¹⁰⁵, tout aussi bien qu'entre l'Etat et la société quand les « collectifs importants de citoyens ne sont pas satisfaits dans leurs revendications par les autorités publiques ». Le président de la Cour clôt sa démonstration en précisant que le président de la République assure, par son arbitrage, le

Bundestag est un « tribunal régulateur des autres organes ». C'est d'ailleurs l'article 93-1 de la Loi Fondamentale qui attribue à ce tribunal la connaissance des litiges entre organes constitutionnels fédéraux. L'existence de cette compétence permet à K. Loewenstein de qualifier le pouvoir judiciaire en Allemagne fédérale de « plus haut arbitre de la dynamique de puissance politique », in H. LAUFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess Tübingen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, p.14. Voir également E. CARPENTIER, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, L.G.D.J., 2006.

¹⁰³ C'est ainsi que C. DOLDUR analyse le rôle de la Cour constitutionnelle roumaine à partir de l'enseignement qu'il tire de la pensée de D. ROUSSEAU, in *Droit constitutionnel et institutions politiques, La Vème République*, Paris, éd. Eyrolles, 1992, p.109. Voir C. DOLDUR, « La contribution de la Cour constitutionnelle roumaine à la sauvegarde de la primauté de la Constitution – des réalisations et des perspectives », in *YCTAB, Lex superior, Mélanges P. Nikolic*, Belgrade, Association de droit constitutionnel de Serbie, 2004, p.92.

¹⁰⁴ Les procédures de destitution qui ont été déclenchées à l'encontre de certains présidents postcommunistes ont également été l'occasion de faire le point sur leur rôle d'arbitre et ses limites, notamment en Roumanie. Cf supra.

¹⁰⁵ V. GIONEA, « Le président face au gouvernement et au parlement », *Les journées constitutionnelles franco-roumaines*, Rapport des 27-28-29 octobre 1993. V. Gionea a été président de la Cour constitutionnelle roumaine de 1992 à 1995.

fonctionnement de l'autorité de l'Etat et la continuité dans l'Etat, conformément aux lois¹⁰⁶. Cependant, elle n'a pas tranché la question de l'attitude partisane dont était accusé le Président T. Basescu lors de la procédure de destitution enclenchée à son encontre en 2007. Notons que le Parlement, du fait qu'il dispose du pouvoir de déclencher la procédure, s'était placé, lui-aussi, dans une position de protection du rôle d'arbitre du président, puisqu'il s'était appuyé sur le motif du non respect de l'obligation d'a-partisme à l'endroit du président et du non respect de son rôle d'arbitre. Cependant, dans une décision de 2005¹⁰⁷, la Cour avait dénaturé quelque peu la conception stricte de l'arbitrage, en affirmant que « *la fonction de médiateur du chef de l'Etat, prévue par l'article 80 de la Constitution, impose l'impartialité du président. Mais elle n'exclut pas la possibilité qu'il détient d'exprimer son opinion sur le mode qui lui semble le plus optimal de résolution d'éventuelles divergences. Le droit à l'expression de son opinion est garanti dans les mêmes conditions qu'aux parlementaires, dans la mesure où le régime juridique d'immunités du chef d'Etat est déclaré semblable à celui des membres du Parlement (...)* ».

Dix ans plus tôt et conformément à la position de son homologue roumaine, la Cour constitutionnelle bulgare, dans une décision de 1995¹⁰⁸ (dans laquelle elle devait apprécier les motifs possibles de destitution du Président de la République), précisait que « *le chef de l'Etat n'est pas un organe dépolitisé et qu'il peut émettre des actes ayant des conséquences politiques considérables et une grande signification politique* ». Ainsi, la cour se déclarait compétente pour contrôler si le président a le droit ou non d'exprimer publiquement sa préférence ou sa défiance à l'égard de personnes politiques ou de partis. Elle estima, alors, qu'une telle attitude serait contraire à l'article 92 de la Constitution qui fait de celui-ci le garant de l'unité de la nation et le représentant de l'Etat dans ses relations internationales. Le chef de l'Etat bulgare doit donc se garder de manifester une attitude partisane quelconque. Il doit se placer au dessus des tendances politiques et un comportement contraire, dont l'appréciation peut être portée devant la Cour constitutionnelle, peut être sanctionné par le processus ultime de la destitution, en vertu de l'article 103 de la Constitution.

Dans une décision du 23 septembre 1991¹⁰⁹, la Cour constitutionnelle hongroise, alors qu'elle était saisie afin de préciser l'étendue des compétences présidentielles en matière de défense, a consacré, elle-aussi et de façon implicite, le rôle d'arbitre du président de la République, à partir du moment où de sérieux problèmes se produisent dans le fonctionnement démocratique de l'Etat. Aussi, si dans des circonstances ordinaires le président n'a que des pouvoirs limités en matière de défense¹¹⁰, il possède ce que la Cour appelle un domaine « réservé » de compétences, qu'il peut utiliser de façon indépendante quand les circonstances l'exigent. Dans ce cadre, il peut dissoudre le Parlement – si celui-ci exprime un vote de défiance vis-à-vis du Gouvernement –, peut convoquer le Parlement face à une situation d'urgence nationale, peut refuser la nomination d'un ministre ou d'un haut fonctionnaire malgré la proposition faite par le Premier ministre – soit pour des motifs légaux, soit que cette nomination mette en péril le « fonctionnement démocratique »¹¹¹. Dans cette

¹⁰⁶ « Au-dessus » des institutions pour pouvoir agir de façon indépendante, dans la mesure du possible dans le but de contribuer à la continuité du pouvoir d'Etat, le Président roumain n'est pas pour autant « au-dessus » des lois.

¹⁰⁷ C. c. roumaine, décision n°53/2005 ; *Monitorul Oficial* n°144 du 17 février 2005.

¹⁰⁸ C. c. bulgare, décision du 21 décembre 1995 ; A.C., n°27/95.

¹⁰⁹ C. c. hongroise, décision n°41/1991 du 23 septembre 1991.

¹¹⁰ Selon la cour, les pouvoirs du Président hongrois en tant que commandant en chef des forces armées se limitent à « l'orientation générale » et ne comprennent pas la direction même des forces armées, qui revient au Gouvernement.

¹¹¹ Les pouvoirs de nomination consistent pour le Président à nommer les personnes proposées par le Gouvernement, sauf si les nominations mettent en danger le fonctionnement démocratique des institutions concernées.

décision, tout en confirmant l'irresponsabilité politique du Président de la République, la Cour donne une interprétation restrictive des compétences qu'il détient en tant que commandant en chef des armées et de l'étendue de ses pouvoirs de nomination.

Si cela peut être interprété comme la résurgence d'une certaine forme d'autorité du président du fait de cette marge d'appréciation du « danger concernant le fonctionnement des institutions », c'est son rôle de chef d'Etat, en tant qu'arbitre qui ressurgit malgré tout, derrière une restriction posée par la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle lituanienne, dans un arrêt du 19 juin 2002¹¹², est venue protéger, de façon indirecte, la conception arbitrale du rôle du président, en interprétant certaines dispositions relatives au pouvoir législatif de ce dernier, notamment le droit qui lui est accordé d'apposer son veto législatif. Elle interprète les dispositions de l'article 71-2 de la Constitution « *quand le président ne renvoie pas, ne signe pas la loi adoptée par le Seimas dans les temps prévus, celle-ci entre en vigueur après signature par le président de la chambre et sa promulgation officielle* », comme ne pouvant pas être le droit pour le président de la République de ne pas signer la loi et de ne pas la renvoyer au *Seimas* pour un autre examen ; le seul but de l'article précité étant de considérer cette possibilité de refus présidentiel pour des raisons objectives. Dès lors, la Cour constitutionnelle condamne la pratique que le président pourrait en faire pour des raisons politiques, notamment quand il est resté inactif.

Plus largement et plus indirectement, une certaine concurrence peut naître à travers des positions prises à l'occasion des contrôles de constitutionnalité opérés.

Ainsi en Lituanie, la Cour constitutionnelle a déclaré que le contrôle exercé sur le passé des agents de l'Etat était inconstitutionnel ; fondant sa décision non pas sur le principe même du contrôle, mais sur la circonstance que ce soit le président qui puisse avoir une possibilité de saisine. Cette décision, rendue le 10 mars 1999¹¹³, repose sur des arguments historiques¹¹⁴. Par contre, la Cour a jugé que « la Constitution ne permet pas au président de la République de décider des questions restreignant les droits de l'homme et les libertés. Par conséquent, il n'y a pas de condition préalable constitutionnelle pour qu'une loi autorise le président de la République à constituer une Commission pouvant décider de questions de cet ordre. Il n'est possible de restreindre des droits et libertés que par la loi et en prévoyant la garantie d'une possibilité de recours devant les tribunaux (...) ». Ainsi, « les dispositions de la

¹¹² C. c. lituanienne, décision du 19 juin 2002, *Valstybes žinios*, 2002, Nr.65-2515.

¹¹³ C. c. lituanienne, décision n°24/98, *Valstybės Žinios*, 23-666, 10 mars 1999 ; LTU-1999-2-006, *Codices*. Le 16 juillet 1998, le *Seimas* a adopté la *Loi sur l'évaluation du Comité de Sécurité de l'État (CSE)* de l'Union soviétique (NKVB, NKGB, MGB, KGB) et les activités actuelles des agents permanents de cette organisation. Cette loi prévoit des restrictions concernant les activités actuelles ses agents. Elle prévoit également des cas où les restrictions ne sont pas appliquées aux anciens agents de la CSE. La procédure de mise en œuvre des dispositions de la loi a été fixée par la loi sur l'application de la loi sur l'évaluation du CSE et de ses activités (...) adoptée le même jour. Selon les requérants, cette loi permet au *Seimas* de rendre la Justice, fonction qui ne lui est pas confiée par la Constitution. Dès lors la Cour a indiqué que « article 33-1 de la Constitution, qui prévoit que tous les citoyens ont le droit dans des conditions égales d'occuper un emploi dans une administration de l'Etat, n'est pas absolu (...). La République a de bonnes raisons de se méfier des anciens agents permanents du CSE et doit s'assurer de leur loyauté et de leur fiabilité. Les restrictions ne sont donc pas contraires au droit de choisir librement un travail – consacré à l'article 48-1 de la constitution. La loi indique seulement certaines fonctions, entreprises, institutions ou organisations de certains secteurs d'activités, qui, de l'avis du législateur, sont particulièrement importants pour la Société et pour l'Etat ».

¹¹⁴ « A partir de 1990, dans les Etats d'Europe centrale et Orientale, on a commencé à vérifier dans le cadre de procédure légales, si les personnes occupant des fonctions importantes dans l'économie ou la politique, candidates à ces fonctions, avaient ou avaient eu des liens avec les services secrets des anciens régimes communistes. Si l'existence et le degré de cette collaboration avec les services secrets étaient établis pour des hauts-fonctionnaires ou des agents de l'Etat, candidat ou en poste, leur droit de choisir librement un travail, qui est la règle générale dans les services de l'Etat, était soit limité dans le temps, soit supprimé ».

loi selon lesquelles les décisions concernant la non-application des restrictions aux agents permanents de la CSE adoptées par une Commission de trois personnes, qui est constituée par le président de la République et dont les règles de fonctionnement ont été confirmées par lui, et qui, au surplus, ne garantissent pas la possibilité d'un recours devant les tribunaux, sont inconstitutionnelles ».

2. Une concurrence plus frontale : la valorisation de leurs compétences arbitrales

Les Cours constitutionnelles sont consacrées formellement ou se dressent, elles-mêmes quelque fois en instance de régulation et d'interprétation. En effet, les Cours constitutionnelles interviennent pour protéger le principe même de l'arbitrage présidentiel et en préciser le contenu, mais, à travers cette fonction interprétative, elles se placent souvent davantage dans la situation d'arbitre concurrent.

-Dans les textes. L'article 160 de la Constitution slovène précise à l'alinéa 9 que la « Cour constitutionnelle juge des litiges en matière de compétences, entre l'Assemblée nationale, le président de la République et le Gouvernement ». De même, la dernière révision constitutionnelle roumaine de 2003¹¹⁵ a profondément modifié l'équilibre des pouvoirs, en instaurant, notamment à l'article 146 (b), une compétence possible de la Cour constitutionnelle pour trouver la solution des « conflits juridiques de nature constitutionnelle entre les autorités publiques, sur demande du président de la République, du président de l'une des deux Chambres, du Premier ministre ou du président du Conseil supérieur de la magistrature »¹¹⁶. Les modifications apportées à l'article 144 (devenu 146) de la Constitution expriment mieux le rôle de gardien de la suprématie de la Constitution confié à la Cour et lui attribuent plus de compétences de contrôle, soulignant ainsi son rôle et son importance dans le maintien de l'équilibre institutionnel de l'Etat. Auparavant, cette compétence de régler les conflits d'attribution ne s'appliquait pas au règlement des conflits institutionnels entre les différentes branches du pouvoir (comme par exemple entre le Gouvernement et le président de la République)¹¹⁷. Dans le même esprit, la Cour constitutionnelle bulgare est chargée de résoudre les conflits concernant les compétences entre l'Assemblée nationale, le président de la République et le Conseil des ministres (...)»¹¹⁸. Ensuite, la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine a la compétence exclusive de régler tout différend découlant de la Constitution, entre les entités de la fédération ou entre la Bosnie-Herzégovine et une entité, ou encore entre les institutions de Bosnie-Herzégovine, en vertu de l'article VI.3.a. de la

¹¹⁵ Cette révision constitutionnelle roumaine de 2003, attribuant à la Cour constitutionnelle le soin de trancher les conflits qui pourraient survenir entre les autorités politiques du pays, souligne « le rôle et l'importance de la Cour dans le maintien de l'équilibre institutionnel de l'Etat », ainsi que l'exprime E. TANACESCU, « Roumanie », *A.I.J.C.*, Chron., 2004, p.184.

¹¹⁶ Notons que la Cour était plutôt réfractaire à l'attribution de cette compétence arbitrale. En ce sens, elle s'aligne davantage sur la position de la Commission de Venise pour la démocratie par le droit. Pour une illustration, voir notamment deux avis de la Commission : CDL-AD(2002)012 et CDL-AD(2003)004. A l'occasion du contrôle de constitutionnalité du premier projet de loi constitutionnelle, elle considérait qu'« était inconstitutionnelle la disposition qui risquait de faire d'elle un arbitre des conflits politiques », dans la mesure où la formule « statuant sur les conflits de compétence entre les autorités publiques » était jugée trop vague et trop imprécise par les juges constitutionnels. Pour des précisions, se reporter au texte intégral de la décision n°148 du 16 avril 2003, publiée par le *Monitorul oficial* n°317, du 12 mai 2003.

¹¹⁷ De ce fait, selon une décision n°36/1992 (VI.10) AB, les affaires de ce genre étaient examinées dans le cadre des autres compétences de la Cour, par le biais du contrôle *a posteriori* des normes et l'interprétation abstraite de la Constitution, notamment.

¹¹⁸ Il s'agit d'une compétence que la Cour constitutionnelle exerce après que le sujet de discorde ait été préalablement débattu entre les organes mentionnés, eux-mêmes. Ce rôle apparaît dans la Loi sur la Cour constitutionnelle bulgare adoptée le 30 juillet 1991, chapitre 3, article 12 et alinéa 1-3.

Constitution. Enfin, en Hongrie, la Cour constitutionnelle est compétente pour régler les conflits en relation avec la sphère d'autorité de chaque organe de l'Etat selon la Loi constitutionnelle n°XXXII de 1989, amendée par la Loi LXXVIII en 1994.

-Dans la jurisprudence même des Cours. Une décision récente de la Cour lituanienne, en date du 6 juin 2006¹¹⁹, donne un éclairage très intéressant sur le rôle que les juges de la Cour entendent se donner : en tant que Cour constitutionnelle, elle est un organe du pouvoir d'Etat, au même titre que le Gouvernement, le Parlement et le président de la République. Les requérants faisaient remarquer que l'article 5-1 de la Constitution dispose que le pouvoir d'Etat est exercé en Lituanie par le Parlement, par le président de la République, par le gouvernement et ses ministres, ainsi que par les tribunaux. Selon la Cour, *« la supposition avancée par les requérants que la Cour constitutionnelle n'était pas un tribunal et n'exerçait donc pas le pouvoir d'Etat, est en contradiction avec la notion de pouvoir et avec les pouvoirs de la Cour constitutionnelle fixés par la Constitution. Ainsi en est-il du pouvoir de décider si les actes législatifs d'autres institutions qui exercent le pouvoir d'Etat (dont le parlement, le président de la République et les ministres) sont contraires à des actes normatifs supérieurs, notamment à la Constitution. Elle peut ôter à ces actes leur force de loi et les éliminer définitivement de l'ordre juridique. Le fait que seule la Cour constitutionnelle a le pouvoir constitutionnel d'interpréter la Constitution et de prendre des décisions obligatoires pour toutes les institutions qui élaborent et exécutent les lois ne laisse aucun doute sur le fait qu'elle est une institution qui exerce le pouvoir d'Etat »*. Dans le même ordre d'idée, la Cour constitutionnelle bulgare s'est reconnue compétente pour juger si les décisions du président de la République sont constitutionnelles ou non, dans une décision du 21 décembre 1995¹²⁰. La requête des députés visait à demander l'interprétation de l'article 92, al.1 de la Constitution. Cette interprétation est voulue en liaison avec des questions portant sur le droit du président de la République d'exprimer publiquement sa préférence ou son attitude négative à l'égard de personnes politiques ou de partis politiques, comme violant cet article 92. La Cour a statué que *« le chef de l'Etat n'est pas un organe d'Etat dépolitisé et qu'il peut émettre des actes ayant des conséquences politiques considérables et d'une grande signification politique. Aussi, décider si le président, par ces actes ou agissements enfreint la Constitution est une question de jugement concret de la part de la Cour constitutionnelle sur la base d'une accusation soulevée conformément à l'article 103 de la Constitution »*.

Ainsi, dans ce cadre, elles sont amenées à déterminer les relations entre les institutions et notamment le rôle et la place du chef d'Etat. Ainsi, également, en déterminant la place et le rôle des présidents, au sein des institutions, elles précisent le rôle d'arbitre et s'installent elles-mêmes dans une position d'arbitre ; « surclassant » le premier ou agissant en arbitre ayant le « dernier mot ».

Finalement, les Cours constitutionnelles peuvent être amenées à déplacer certains équilibres institutionnels et ce, à travers les divers contrôles opérés : contrôles de constitutionnalité des questions soumises à référendum et plus largement contrôles des lois a priori (considérés comme ayant un « caractère plutôt politique parce que l'intervention de la Cour, avant que le texte n'ait force de loi, est de nature à se transformer en une implication directe dans le processus législatif, par excellence politique »¹²¹), contrôles sur les opérations

¹¹⁹ C. c. lituanienne, décision n°65-2400 du 6 juin 2006, *Valstybės Žinios*, 12/06 concernant le statut de la Cour constitutionnelle ; LTU-2006-2-009 du 6 juin 2006 ; *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Commission de Venise, éd. Du Conseil de l'Europe, 2006, 2, pp.297-298.

¹²⁰ C. c. bulgare, décision n°25 du 21 décembre 1995, A.C., n°27/95.

¹²¹ Ce point de vue est défendu par C. DOLDUR, *op.cit.*, p.93.

électorales (opérations référendaires et résultats), auxquels s'ajoute le contrôle du respect des conditions entourant le mécanisme de la dissolution, ainsi que l'accord qu'elles peuvent avoir à donner aux révisions constitutionnelles ; même s'il s'avère que dans la grande majorité des cas susvisés, cette intervention est dépendante d'une saisine.

Aussi, si les Cours jouent quelque fois le rôle d'un arbitre, elles ne peuvent le faire que sur la base d'une saisine, c'est-à-dire d'une habilitation constitutionnelle préalable. Leur marge de manœuvre est dès lors dépendante voire peu autonome. Ceci est par ailleurs confirmé par la Cour constitutionnelle hongroise, laquelle a éclairci une zone d'ombre qui entourait sa compétence à régler les conflits d'attribution. Elle explique, que « la compétence de la Cour constitutionnelle de régler les conflits d'attribution¹²² ne s'applique pas au règlement des conflits constitutionnels entre les différentes branches du pouvoir, tels qu'ils peuvent survenir entre le Gouvernement et le président de la République ». Mais, tout en prenant le soin de préciser que « De ce fait, les affaires de ce genre sont examinées dans le cadre des autres compétences de la Cour, telles que le contrôle a posteriori des normes et l'interprétation abstraite de la Constitution »¹²³.

La construction de la fonction arbitrale du président postcommuniste a suivi un cheminement chaotique dans la mesure où la réflexion menée autour d'un tel rôle ne faisait pas appel à la culture de ces pays. Venant pallier les insuffisances des textes en termes de définition du rôle d'arbitre, les Cours constitutionnelles ont trouvé là un moyen direct d'intervenir sur la fonction présidentielle, à la fois dans la construction de l'institution et dans l'évolution de son rôle. Mais si une certaine concurrence des Cours constitutionnelles se développe, elle n'est cependant pas encore au point d'éclipser définitivement le président dans son rôle d'arbitre politique entre les institutions¹²⁴.

Les Cours constitutionnelles apparaissent dans la nouvelle et véritable séparation des pouvoirs comme des « contre-pouvoirs ». En effet, comme le démontre F. Hourquebie¹²⁵, la fonction de régulation (revêtue par les Cours constitutionnelles est-européennes) se scinde en deux autres : l'exercice du contrôle des acteurs et l'interpellation de ces acteurs. Une telle position donne à ces Cours un rôle qui peut apparaître comme relativement concurrent de celui du chef de l'Etat. Leur légitimité est accrue dans des régimes qui sont aujourd'hui encore en recherche de stabilité et d'effectivité démocratique. Elles agissent dans un contexte bien spécifique. D'une certaine façon, c'est le déficit historique de légitimité des institutions de l'Etat en général et du président de la République en particulier, qui a été compensé par l'instauration de Cours constitutionnelles, garantes de l'Etat de droit¹²⁶. De la sorte, en tant

¹²² Le règlement des conflits d'attribution, *stricto sensu*, s'applique à des « affaires de moindres importance », telles que des conflits entre un secrétaire général de mairie et le service d'hygiène public (Décision n°911/F/1998.AB) ou entre le secrétaire général de mairie et l'inspection pour la protection de l'environnement (Décision n°503/F/1997.AB.).

¹²³ C. c. hongroise, décision n°36/1992 (VI.10.).AB.

¹²⁴ Ainsi, comme l'atteste le juge polonais, L. Garlicki, le Tribunal constitutionnel polonais n'a pas encore eu l'occasion de faire jouer sa compétence en matière de conflit entre organes constitutionnels. Voir notamment les rapports d'activité de l'ancien juge constitutionnel polonais dans les chroniques annuelles de l'A.I.J.C.

¹²⁵ F. HOURQUEBIE, Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.206 et s.

¹²⁶ Leur composition (mode de recrutement etc...) et leur place en dehors du système politique, les désignent comme institution formellement indépendante et légitime. Contrairement à ce qui se fait en Europe occidentale il existe, dans la grande majorité des textes constitutionnels postcommunistes, des exigences constitutionnelles imposées aux membres de ces cours afin de garantir leur impartialité Voir notamment F. VASILESCU, « Développements récents du parlementarisme : Rapport présenté à l'occasion du XIVème Congrès international

que garantes de la bonne application des textes constitutionnels, mais aussi de leur interprétation, elles peuvent sembler relayer l'institution présidentielle à un rôle de garant de la constitution, plus occasionnel voire second.