

LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ AU PORTUGAL

par Jorge MIRANDA (*)

1. *Le système portugais de garantie de la constitutionnalité.*

I. Le contrôle de la constitutionnalité des lois et d'autres actes normatifs par les tribunaux est une institutions juridique bien ancrée dans la tradition du droit constitutionnel portugais ⁽¹⁾.

Réclamé avec force déjà au siècle dernier (et ceci comme réaction contre le grand nombre d'ordonnances ayant force de loi prises par le Gouvernement en marge de l'Assemblée), il se voit consacré immédiatement après la proclamation de la République, dans la Constitution de 1911, où il prend la forme d'un contrôle diffus, incidentale et concret, assez proche du modèle américain.

Il sera ensuite repris par la Constitution de 1933 qui lui apporte quelques modifications, à l'aspect aussi bien positif (l'attribution aux tribunaux du pouvoir l'appréciation *ex officio*) que négatif (l'exclusion du contrôle de la constitutionnalité organique ou formelle pour ce qui concernait les actes promulgués par le Président de la République).

La pratique dans ce domaine, dans le cadre soit de l'une, soit de l'autre de ces Constitutions, ne fut, cependant, ni très intense, ni très féconde. Le nombre de normes légales, inappliquées par les juges en raison de leur non-conformité à la Constitution, fut assez réduit. Et ceci, non seulement à cause de l'instabilité politique et sociale de la république libérale ou du caractère autoritaire du régime qui lui succéda (de 1926 à 1974),

(*) Professeur cathédrique (ordinaire) de l'Université de Lisbonne.

(1) Pour une étude plus développée, v. notre *Manual de Direito Constitucional*, II vol., 3^{ème} édition, Coimbra, 1991, l'ouvrage collectif *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris, 1989; ou GOMES CANOTILHO et VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3^{ème} édition, Coimbra, 1993.

mais encore en raison de la difficulté bien connue d'adaptation du système diffus aux Etats « non-judicialistes » tels les Etats européens.

Il n'est donc pas étonnant que, lors de l'élaboration de la nouvelle Constitution démocratique, ait été soulevé le problème de la correction ou tout au moins du renforcement de la tendance vers une concentration des compétences (solution qui, soit dit en passant, avait déjà eu ses défenseurs dans la passé).

En 1976 fut créée la Commission constitutionnelle en tant qu'organe juridique de consultation du Conseil de la Révolution et comme cour d'appel. En 1982, la Commission et le Conseil était remplacés par une Cour constitutionnelle, semblable en tout à celles qui existaient déjà dans de nombreux pays européens — vrai tribunal de par les critères présidant à ses décisions et les garanties de son indépendance (article 205 et s., *maxime* 212 et 213 de la Constitution) mais ayant une composition particulière (articles 284 et 285) visant à assurer son rattachement direct au principe de la légitimité démocratique.

II. La création de la Cour constitutionnelle n'a pas entraîné avec elle la disparition pure et simple du contrôle diffus, c'est-à-dire, par voie incidentale. Les tribunaux continuent à avoir le pouvoir de se prononcer (article 207 de la Constitution) dans les cas de litiges soumis à leur jugement; il est, toutefois, possible de faire appel auprès de la Cour constitutionnelle, laquelle a le dernier mot en matière de constitutionnalité.

Par ailleurs, la Constitution prévoit, depuis 1976, à côté du contrôle concret, un contrôle abstrait. Mais, tandis que la procédure du contrôle concret est, par définition, déclenchée par l'une des parties à un litige en cours devant les tribunaux, l'initiative, dans le contrôle abstrait, est réservée à certains organes (notamment au Président de la République et au Président du Parlement) ou à des fractions des députés au Parlement (un dixième des députés).

Il est donc permis de dire que le système portugais de garantie de la constitutionnalité est un système mixte (contrairement à ce qui est le cas pour d'autres pays) et complexe (bien plus que dans d'autres pays).

III. Il y, donc, en ce moment quatre modalités de contrôle de la constitutionnalité au Portugal:

- a) contrôle préventif (nécessairement abstrait);
- b) contrôle successif abstrait;
- c) contrôle concret;
- d) contrôle de l'inconstitutionnalité par omission.

Ces divers types de contrôle et les formes de procédure correspondantes sont régis par la Constitution (article 207, 223 à 226 et 277 à 283) et par la loi organique de la Cour constitutionnelle (Loi 28/82, du 15 novembre) ⁽²⁾.

IV. La Cour constitutionnelle est, en raison de ses fonctions, le premier des tribunaux portugais tel qu'il est résulte de l'article 211 de la Constitution.

V. Tout comme d'autres organes analogues, la Cour constitutionnelle portugaise a vu sa composition fixée par la Constitution elle-même. En font partie des magistrats de carrière ainsi que d'autres juges. Leur désignation se fait avec interférence des organes politiques (à dire la vérité celle d'un seul organe, le Parlement, ce qui n'a pas de susciter de nombreuses critiques).

Les juges qui constituent la Cour sont au nombre de treize, dont dix sont désignés par l'Assemblée de la République à la

⁽²⁾ La Cour constitutionnelle est dotée d'autres compétences juridictionnelles (formellement ou matériellement) qui en font, outre une cour chargée de juger la constitutionnalité, également une cour de droit constitutionnel en général.

Ses compétences sont les suivantes:

I. Compétences relatives au Président de la République: constater la mort et l'empêchement physique du Président de République, ainsi que la cessation de ses fonctions pour motif de départ irrégulier à l'étranger ou pour condamnation pour délit de responsabilité;

II. Compétences relatives aux procédures électorales: entre autres, juger des recours en matière d'élections;

III. Compétences relatives aux partis politiques: dont enregistrer les partis, apprécier la légalité de leur symboles et signes distinctifs, prendre note des coalition qu'ils forment entre eux et vérifier leurs comptes;

IV. Compétences relatives aux organisations à idéologie fasciste: décréter l'extinction des organisations qui adoptent une idéologie fasciste;

V. Compétences relatives aux référendums locaux et nationaux: vérifier au préalable leurs constitutionnalité et la légalité;

VI. Compétences relatives au contrôle de la fortune des titulaires de charges publiques: enregistrer leurs déclarations de biens et de revenus et organiser la procédure d'accès à ces mêmes informations de la part de tous ceux qui auront fait preuve d'un intérêt justifiable (Loi no. 4/83, du 2 avril).

majorité des deux tiers des députés présents, dès lors que celle-ci est plus élevée que la majorité absolue des députés en exercice effectif de fonctions; et trois sont cooptés par les dix premiers.

Six des juges nommés par le Parlement ou cooptés doivent obligatoirement être choisis d'entre les juges des autres tribunaux et les restants parmi des juristes.

Le mandat des juges a une durée de six ans et il est renouvelable. Le Président est élu par la Cour d'entre ses propres membres.

Il incombe à la Cour constitutionnelle d'élire son président et son vice-président, d'élaborer les règlements internes nécessaires à son fonctionnement régulier, d'approuver le budget annuel, d'arrêter pour chaque année, et ceci à son début, les jours et heures auxquels se tiendront ses séances ordinaires.

VI. La Cour constitutionnelle fonctionne en séances plénières et par sections, selon la matière sur laquelle elle est appelée à se prononcer (Loi no. 28/82, article 40 et s.).

Il existe deux sections, non spécialisées, chacune se composant du président de la cour et de six autres juges, d'après une distribution faite par la cour elle-même au début de chaque année judiciaire. La Cour constitutionnelle siège au moins une fois par semaine en séance et elle siège aussi extraordinairement toutes les fois qu'elle est convoquée à cet effet par le Président, à son initiative ou à la demande de la majorité des juges en exercice.

Les séances plénières ou de section ne peuvent se tenir que si la majorité des membres en exercice effectif de fonctions est présente, et les délibérations sont prises à la majorité des voix des juges présents.

Le Président ou, le cas échéant, le vice-président, ont une voix prépondérante, ce qui signifie qu'en cas de partage la position qui l'emporte est celle à laquelle il aura accordé sa voix.

2. *Objet du contrôle: actes normatifs.*

I. Le contrôle de la constitutionnalité dans l'actuel droit portugais est, d'abord, un contrôle de règles juridiques et non d'actes; ou, encore, dans une autre perspective, il s'agit d'un contrôle d'actes normatifs et non pas d'actes non normatifs, tels les actes politiques ou de gouvernement, les actes administratifs

et les actes juridictionnels (articles 207, 277, 278, 279, 280, 282, 283 et 288, alinéa 1).

Les actes politiques ou de gouvernement, à l'exception du référendum national et local (article 225, no. 2, alinéa f) échappent au contrôle juridictionnel. Ils peuvent seulement faire l'objet d'un examen de la part de l'Assemblée de la République dans le cadre de la compétence générale de celle-ci pour veiller sur la mise en oeuvre de la Constitution (article 165, alinéa a), laquelle, toutefois, ne comprend pas le pouvoir d'annuler ou de déclarer inconstitutionnels ces actes.

Ceci ne veut, évidemment, pas dire que les actes politiques ne doivent pas, pour être valides, se conformer à la Constitution. Et, au demeurant, comme si elle voulait compenser, la Constitution considère juridiquement inexistants les actes politiques qui la violent gravement: c'est le cas quand les lois et les décrets ne sont pas été promulgués, signés ou contre-signés (articles 140 et 143, no. 2) ou bien lorsqu'il s'agit de la dissolution inconstitutionnelles d'un organe collégial fondé sur le suffrage direct, en particulier, l'Assemblée de la République (articles 116, no. 5 et 175, no. 2).

En ce qui concerne les actes administratifs, ils peuvent être inconstitutionnels, soit parce qu'ils violent directement des dispositions de la Constitution, soit parce qu'ils se fondent sur une loi inconstitutionnelle — mais les tribunaux compétents sont les tribunaux administratifs (articles 214 et 268, no. 4 et 5), et non la Cour constitutionnelle.

Et en ce qui concerne les actes juridictionnels son contrôle est fait par voie d'appel vers les tribunaux supérieurs.

II. En deuxième lieu, le contrôle de la constitutionnalité porte sur toute loi ou tout acte normatif de l'Etat, des régions autonomes et du pouvoir local (articles 3, no. 3, et 277, no. 1). Il porte donc sur:

a) les dispositions constitutionnelles introduites moyennant une révision de la Constitution et d'éventuelles dispositions transitoires — car celles-ci, bien qu'ils ne s'agisse pas de règles constitutionnelles originelles, peuvent être entachées d'inconstitutionnalité;

b) les dispositions de droit international conventionnel reçues dans l'ordre interne portugais (article 8), et en principe,

aussi les normes émanant des organes compétents des organisations aux-quelles le Portugal soit partie — comme c'est le cas pour les normes de droit de la Communauté Européenne ⁽³⁾;

c) les actes législatifs — lois, ordonnances et décrets législatifs régionaux;

d) les dispositions contenues dans les décrets normatifs du Président de la République — ceux par lesquels l'état de siège ou d'urgence est déclaré (articles 19 et 141) et les décrets nommant les ministres et secrétaires d'Etat et déterminant le nombre, la désignation et les attributions de leurs ministères et secrétariats d'Etat, ainsi que les formes de coordination entre eux (article 186, no. 3);

e) les dispositions réglementaires internes du Parlement et d'autres organes collégiaux;

f) les normes réglementaires et les normes internes de l'Administration quand elles sont directement contraires à la Constitution;

g) les dispositions contenues dans les décisions des tribunaux auxquelles la loi confère force obligatoire générale (article 122, no. 1, alinéa g) — sont dans ce cas les décisions rendues par la Cour Suprême de Justice (la Cour de Cassation) et la Cour des Comptes.

En revanche, le contrôle de la constitutionnalité ne recouvre pas les dispositions issues de l'autonomie privée ou de l'autonomie collective, telles celles qui ont pour source des conventions collectives de travail (article 56, no. 4), étant donné que la contradiction entre ces dispositions et la Constitution ne rentre pas dans le domaine de l'inconstitutionnalité; il est donc uniquement possible de saisir les tribunaux compétents en la matière et selon les procédures légales générales.

III. Troisièmement, le contrôle porte aussi bien sur les dispositions de droit postérieures à la Constitution (ou à une révision constitutionnelle) que sur des dispositions antérieures, c'est-à-dire, il s'agit d'un contrôle d'inconstitutionnalité originarie d'inconstitutionnalité survenante après coup.

⁽³⁾ Avec les difficultés que l'on sait à l'égard de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Cependant, jusqu'à maintenant le problème ne s'est pas posé.

La question de l'examen du droit antérieur ne présentait pas grand intérêt soit dans la Constitution de 1911, soit dans celle de 1933, soit par rapport aux lois constitutionnelles publiées entre 1974 et 1976, car, dans toutes, le contrôle se réduisait à une connaissance diffuse de la constitutionnalité par tous les tribunaux. En revanche elle a pris une énorme importance (tout comme cela avait été le cas en Italie et en Allemagne) pendant la première phase de l'actuelle Constitution en raison de l'existence d'un contrôle concentré attribué au Conseil de la Révolution et à la Commission constitutionnelle. Le problème fut finalement résolu par la jurisprudence dans un sens positif et, par la suite, à travers la révision constitutionnelle de 1982 (article 282).

IV. Quatrièmement, le contrôle porte sur des dispositions approuvées — quoique non encore publiées lorsqu'il s'agit de contrôle préventif; et sur des dispositions déjà publiées, déjà pourvues d'efficacité juridique (article 122, no. 2), même si elles ne se trouvent pas forcément déjà en vigueur, dans le cas du contrôle successif.

Et il peut même exister un contrôle de dispositions abrogées ou périmées, puisque il est possible pour les lois de continuer à produire des effets juridiques après qu'elles aient cessé d'être en vigueur.

V. La Constitution distingue entre contrôle de la constitutionnalité et contrôle de la légalité à ses articles 280, 281 et 282 (tout comme le faisait le texte primitif à l'article 236), mais légalité veut ici dire conformité des lois régionales à la loi générale de la République et conformité des lois émanant d'un organe de souveraineté au statut d'une région ou d'une loi quelconque à une loi de valeur renforcée (statut de région autonome, loi organique, loi budgétaire, etc.).

La loi organique de la Cour constitutionnelle, après 1989, a aussi attribué compétence à la Cour pour juger — mais seulement en contrôle concret — la conformité des lois ordinaires portugaises avec un traité international en vigueur dans l'ordre interne (article 70, no. 1, alinéa i). C'est un problème très complexe que nous ne traiterons pas ici.

En ce qui concerne la contradiction entre un règlement et la loi, l'organe compétent pour statuer en la matière avec force

obligatoire est en principe, la Suprême Cour Administrative en raison des lois du contentieux administratif.

VI. Sixièmement, le contrôle porte sur la présence ou non dans l'acte normatif d'un quelconque vice et de toute espèce d'inconstitutionnalité. Actuellement il n'est pas nécessaire de déterminer si l'inconstitutionnalité est matérielle, organique ou formelle, pour savoir la compétence qui revient aux organes de contrôle ou les effets de leurs décisions.

La seule exception concerne l'inconstitutionnalité organique ou formelle de traités internationaux régulièrement ratifiés; cette dernière ne faisant pas obstacle à la mise en application de leurs dispositions dans l'ordre juridique portugais dès lors qu'elles le sont également dans l'ordre juridique de l'autre partie, sauf si l'inconstitutionnalité découle de la contravention d'une règle fondamentale (article 277, no. 2).

3. *Le contrôle preventif.*

I. Le contrôle preventif a pour finalité essentielle d'empêcher (ou, pour le moins, de difficulter) que des dispositions nettement inconstitutionnelles — et seulement celles-ci — restent en vigueur; ce qui n'exclut pas l'examen postérieur d'autres dispositions de la part des organes compétents. Il se justifie uniquement en tant qu'instrument de défense de la Constitution contre les violations évidentes et grossières provenant des actes normatifs plus importants.

C'est pour cette raison que sont seulement objet du contrôle preventif les dispositions contenues dans des traités et accords internationaux; dans des lois, décrets-lois et décrets législatifs régionaux; et dans des décrets réglementaires régionaux de réglementation des lois générales de la République.

Pour le même motif, le contrôle preventif n'est jamais automatique. Il dépend de l'initiative de certains organes, à savoir, le Président de la République; en ce qui concerne les lois des régions autonomes des Azores et de Madère, les Ministres de la République (substitués dans les régions du Président); et quant aux lois organiques (*) aussi le Premier Ministre ou un quart des Deputés.

(*) Lois concernent certaines matières politiques plus sensibles, comme les

II. Le contrôle est réglé de façon assez complexe (articles 278 et 279 de la Constitution); il y a lieu de faire diverses distinctions selon le type d'acte et selon l'issue de l'examen auquel elle est soumise (constatation de conformité ou de non conformité à la Constitution).

Dans ses traits essentiels, le régime en est le suivant:

a) l'initiative de la saisine doit être antérieure à la promulgation (des lois et des décrets-lois), ou à la signature (des décrets et résolutions d'approbation d'accord internationaux ou des décrets législatifs régionaux), ou à la ratification (des traités);

b) il y a des délais très courts pour la saisine et pour la décision (huit et vingt-cinq jours, respectivement);

c) quand la Cour se prononce dans le sens d'inconstitutionnalité, les effets communs sont, selon les cas, l'impossibilité de promulgation, de signature ou de ratification et le renvoi devant l'organe dont elle émane;

d) la rélaboration de la loi en question moyennant l'élimination des dispositions considérées inconstitutionnelles est permise, sauf, évidemment, lorsqu'il s'agit de traités et accords internationaux;

e) dans le cas de lois du Parlement ou de décrets législatifs régionaux, si l'Assemblée ou les assemblées législatives régionales les confirment par une majorité des deux-tiers, sans éliminer les dispositions en question, le Président de la République ou les Ministres de la République ont la *faculté* ⁽⁵⁾ de les promulguer ou de les signer (selon les cas);

f) la décision dans le sens de la non deconformité à la Constitution ne fait pas obstacle à l'exercice immédiat du veto politique (articles 139 et 235), ni précluse le contrôle successif postérieurement.

4. *Le contrôle successif abstrait de l'inconstitutionnalité par action.*

I. Le contrôle successif abstrait, concentré et par une voie principale est la caractéristique par excellence du modèle autri-

élections, le régime d'état de siège, la défense nationale, le référendum national ou l'organisation de la Cour constitutionnelle.

(5) Mais non le devoir, contrairement à ce qu'il arrive en cas de veto politique (art. 139).

chien de garantie de la constitutionnalité et on le retrouve dans tous les pays possédant une Cour constitutionnelle, avec des différences plus ou moins grandes en ce qui concerne les personnes ou les organes qualifiés pour prendre l'initiative de la saisine.

II. Le pouvoir d'initiative est distribué de façon différente selon les diverses hypothèses prévues dans l'article 281, no. 1 et 2.

Il y a des organes qui peuvent demander la vérification et la déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité, de toute norme et en invoquant toute et chaque raison. D'autres organes et groupes peuvent demander la vérification et la déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité uniquement pour certaines règles et en invoquant certains motifs.

Au déjà de la saisine cinsi prévue, il y a une autre voie di acces au contrôle successif abstrait: c'est à partir de l'article 281, no. 3. Nous y parlerons plus tard.

III. Nous disons un *pouvoir* d'initiative (et non un *droit* d'initiative) pour faire ressortir le caractère éminemment public et objectif de la saisine. Notre Constitution ne prévoit par un droit de recours d'inconstitutionnalité au sens étroit ou subjectif du mot, quelque chose comme l'« amparo » ou la « Verfassungsbeschwerde », et l'action populaire ne peut pas inclure aussi la défense de la Constitution, car la déclaration d'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale n'est possible que dans les termes prévus à l'article 281.

Ceci ne veut, toutefois, pas dire que les organes titulaires du pouvoir ne soient pas habilités à l'exercer soit spontanément, d'office, soit aussi à la suite de l'exercice du droit de pétition de la part de citoyens ou de groupe de citoyens car ce droit a également pour but la défense de la Constitution (article 52, no. 1, actuel, dans la ligne de l'article 17 de la Constitution de 1822 — notre première Constitution). Et c'est seulement ce motif qui justifie l'intervention — dans ce cas et lorsqu'il s'agit d'inconstitutionnalité par omission — du « Provedor de Justiça », c'est-à-dire de l'*ombudsman*, en sa qualité d'organe constitutionnel de défense des droits des citoyens (article 23).

Ce pouvoir publique d'initiative est un pouvoir fonctionnel, quoique son exercice ne soit pas obligatoire. On ne peut pas dire qu'un seul de ces organes soit tenu de demander la vérification et la déclaration d'inconstitutionnalité, quand celle-ci, d'un point

de vue uniquement juridique, est évidente; les organes en question, qui sont presque tous politiques, sont guidés essentiellement par des critères politiques de définition de l'intérêt général qui peuvent leur déconseiller de le faire.

IV. Les demandes de vérification de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité peuvent être présentées en tout temps (article 62, no. 1 de la Loi no. 28/82).

V. Deux postulats ou principes fondamentaux régissent le contrôle abstrait-préventif et répressif (tout comme, *mutatis mutandi*, le contrôle concret): celui de la spécification des règles et celui de la saisine (article 51, no. s 1 et 5 de la Loi no. 28/82). Bien qu'étroitement liés, si le premier concerne de plus près l'organe ou personne qui saisit la Cour, le second porte sur l'activité de la Cour constitutionnelle elle-même.

La demande de vérification de la constitutionnalité ou de la légalité d'une règle juridique doit spécifier, outre les règles dont la Cour est saisie, les dispositions ou principes constitutionaux qu'elles sont censées violer.

Cependant, la Cour n'est pas tenue de se circonscrire aux vices dénoncés ou aux dispositions ou principes constitutionaux invoqués. Quoique la saisine doive toujours être fondée, la Cour peut prononcer l'inconstitutionnalité ou l'illégalité sans pour autant devoir accepter la fondamentatation présentée. Faisant usage de la liberté de jugement inhérente à sa fonction de juger (*jura noum curia*), elle peut prendre sa décision sur la base de règles constitutionnelles (ou légales) différentes de celles sur lesquelles se fondait la saisine. Ce qui ne lui est pas permis, c'est de déclarer inconstitutionnelles ou illégales des dispositions dont elle n'ait pas été saisie.

5. *Le contrôle concret.*

I. Les tribunaux portugais, *tous les tribunaux*, ont le pouvoir et le devoir de contrôler, lors des litiges qu'ils sont appelés à juger, la constitutionnalité des lois applicables et de ne pas les appliquer s'ils les croient inconstitutionnelles (articles 207).

Il y a lieu, cependant, de recourir auprès de la Cour constitutionnelle de ces décisions dans les termes généraux des lois de

procédure et, dès lors que se trouvent remplies les conditions préalables prévues dans la Constitution et dans la Loi no. 28/82.

II. La Cour constitutionnelle peut donc être saisie, en recours, de trois sortes de décisions des tribunaux:

1) des décisions refusant l'application d'une règle en invoquant son inconstitutionnalité ou son illégalité (article 280, no. 1, alinéa a), et no. 2, alinéas a b et c de la Constitution);

2) des décisions appliquant une règle au sujet de laquelle ait été suscitée, au cours du procès, la question de savoir si elle était conforme à la Constitution ou à la loi (article 280, no. 1, alinéa b), et no. 2, alinea d);

3) des décisions appliquant une règle ayant déjà été jugée par la Cour constitutionnelle comme non conforme à la Constitution ou à la loi ou ayant été jugée inconstitutionnelle par la Commission constitutionnelle (article 280, no. 5, de la Constitution et article 70, no. 1, alinéas f et g, de la loi no. 28/82).

III. Le refus d'application à tenir en compte ne doit pas forcément être explicite; il peut être un simple refus implicite.

Les recours de décisions du second type doivent être repoussés quand ils sont clairement dénués de fondement (article 76, no. 2, *in fine*, de la Loi no. 28/82), ce qui semble exiger du tribunal *a quo* un jugement pour déterminer s'ils sont raisonnables ou viables de degré différent de celui qui lui est demandé pour les autres.

La nécessité d'harmoniser les jugements rendus et de défendre l'autorité de la Cour constitutionnelle expliquent qu'on puisse recourir du troisième type de décisions.

Les recours des décisions du premier et du dernier type peuvent être des recours directs devant la Cour constitutionnelle, et ils le sont nécessairement quand c'est la Cour constitutionnelle qui doit obligatoirement être saisie du recours.

Les recours de décisions du second type exigent que soient d'abord épuisés les voies de recours ordinaires: ils sont uniquement admis pour les décisions dont il n'y a pas lieu de faire appel par voie ordinaire, ou bien parce que la loi ne le prévoit pas, ou bien parce que toutes les voies de recours admises ont été épuisées (article 70, no. 2). Cette solution se fonde sur la nécessité ou l'opportunité de rendre plus difficiles ou de filtrer les

questions; par contre, elle présente le désavantage ou le risque de faire trainer longuement les procès.

IV. Peuvent saisir de recours la Cour constitutionnelle le Ministère Public et les personnes qui, d'accord avec la loi réglant le procès au cours duquel la décision a été rendue, soient qualifiées pour le faire (article 72, no. 1, de la Loi no. 28/82).

Par delà le pouvoir d'office de chaque juge portugais de vérifier l'inconstitutionnalité, l'attribution de légitimité en la matière au Ministère Public confère au recours devant la Cour constitutionnelle un caractère mixte; il n'a pas seulement une finalité subjective de défense des droits et intérêts des personnes, il possède également une finalité objective de défense de l'intégrité de l'ordre juridique.

En revanche, la tendance subjectiviste prend le dessus lorsqu'il s'agit de faire appel de décisions appliquant des règles au sujet desquelles aient été suscitée la question de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité en cours de procès: dans ce cas seule la partie ayant suscité la question peut engager le recours (article 280, no. 4); il semble que même le Ministère Public n'y soit pas habilité.

V. Encore dans une ligne de finalité objectiviste, le Ministère Public est tenu de recourir dans les deux cas suivants:

a) quand la règle dont l'application a été refusée est contenue dans une convention internationale, dans un acte législatif ou dans un décret réglementaire (article 280, no. 3);

b) quand est appliquée une règle précédemment jugée inconstitutionnelle ou illégale par la Cour constitutionnelle (article 280, no. 5) ou une règle que la Commission constitutionnelle avait précédemment jugée non conforme à la Constitution (article 72, no. 3, de la Loi no. 28/82).

VI. Le sens objectif en est encore renforcé par le fait qu'il n'est pas possible de renoncer au droit de saisine de la Cour constitutionnelle (article 73, de la Loi no. 28/82). Dans la procédure civile le principe en est inverse et on va jusqu'à admettre la renonciation préalable si elle provient des deux parties (article 681 du code de procédure civile).

VII. Les recours devant la Cour constitutionnelle sont limités à la question de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité (ar-

ticle 280, no. 6, de la Constitution, article 71, de la Loi no. 28/82).

La décision rendue par la Cour a autorité de la chose jugée dans le procès en cours uniquement quant à la question de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité suscitée en l'espèce (article 80, no. 1, de la Loi no. 28/82).

D'une part, la question de la conformité à la Constitution ne peut être relevante en la matière, ne peut faire l'objet d'une décision soit de la part du tribunal *a quo*, soit de la part de la Cour constitutionnelle, que dans la mesure où elle est inséparable du litige en train d'être jugé et qu'il s'agit d'une question préjudicielle par rapport à la question principale qui doit être tranchée. Et c'est pour le cas concret que son existence et son origine sont affirmées: le jugement porte sur la conformité ou non-conformité de la règle dans son application au cas concret.

D'autre part, la question d'inconstitutionnalité qui fait l'objet du recours est la question qui a été effectivement l'objet de la décision dont il est recouru et non une autre quelconque: que ce soit la question principale ou une autre question d'inconstitutionnalité (même si elle est en rapport avec cette dernière), ou la question de l'inconstitutionnalité en abstrait ou en tant qu'en thèse. C'est au sujet de la question concrète de l'inconstitutionnalité — sur laquelle un tribunal s'est déjà prononcé — qu'est appelée à décider la Cour constitutionnelle.

VIII. Si la Cour constitutionnelle rend une décision favorable, même si ce n'est que partiellement, l'affaire sera renvoyée devant le tribunal qui l'avait jugée afin que celui-ci réforme sa décision ou la fasse réformer en conformité avec le jugement portant sur la question de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité (article 80, no. 2, de la Loi no. 28/82).

La Cour constitutionnelle ne remplace donc pas la décision dont il est recouru par celle qui devrait être rendue et, encore moins l'annule-t-elle. Le système adopté est un système intermédiaire, dans lequel la Cour constitutionnelle ordonne au tribunal dont le jugement est contesté de rendre une nouvelle décision et lui en fixe au préalable le contenu.

Dans les cas où le jugement de constitutionnalité ou de légalité portant sur une règle que la décision dont il a été interposé recours avait appliquée ou avait refusé d'appliquer a pour base une certaine interprétation de la même règle, celle-ci doit être

appliquée avec cette interprétation-là dans l'affaire en question (article 80, no. 3). Voilà la consécration du principe de l'interprétation conforme à la Constitution.

Une fois définitive la décision de non-admissibilité ou de rejet du recours, la décision dont il est recouru le devient également si toutes les voies de recours ordinaire ont été épuisées, ou, si ce n'est pas le cas, commencent alors à compter les délais pour ces recours (article 80, no. 4).

6. *Le passage du contrôle concret au contrôle abstrait.*

I. La Constitution fait avec raison la séparation entre jugement d'inconstitutionnalité dans le cas concret et déclaration ayant force obligatoire générale — notamment pour éviter une influence excessive d'une relation ou situation de la vie des personnes, plus ou moins individualisée et irreproducible quant aux circonstances et intérêts qui l'entourent, sur l'examen de la constitutionnalité dans la perspective globale du système juridique.

Et il ne saurait en aller autrement étant donné le modèle de contrôle concret adopté et le régime de compétence interne et de fonctionnement de la Cour constitutionnelle, lequel confie aux sections — non spécialisées — le pouvoir de décider des recours et à l'assemblée plénière celui d'émettre la déclaration ayant force obligatoire générale (article 226, no. 2 de la Constitution et article 70 de la Loi no. 28/82).

Toutefois, une séparation absolue se comprendrait difficilement — non seulement pour une raison d'économie (il ne se justifierait pas de multiplier à l'infini les décisions de la Cour constitutionnelle et celles des autres tribunaux au sujet des mêmes questions de droit), mais encore en vertu d'un principe de sécurité juridique et d'égalité de traitement accordé aux personnes placées dans les conditions identiques (de façon à ce que toutes soient, dans la pratique, traitées de forme identique).

De là que la Constitution ait lancé un pont entre les deux en créant la possibilité (dans certaines conditions) d'une déclaration d'inconstitutionnalité (ou d'illégalité) ayant force obligatoire générale lorsque un certain nombre de décisions concrètes allant dans ce sens ont été rendues.

II. Selon l'article 281, no. 3, la Cour constitutionnelle vérifie et déclare, avec force obligatoire générale, l'inconstitutionna-

lité ou l'illégalité d'une quelconque règle du moment qu'en trois cas concrets elle l'ait jugée non conforme à la Constitution ou à la loi.

Aux termes de l'article 82 de la Loi no. 28/82, la vérification dépend à partir d'alors d'une initiative — de la part d'un des juges ou du Ministère Public — et, par la suite, elle est soumise au régime général du contrôle abstrait successif, avec, entre autres, la possibilité que l'organe dont émane la règle soit entendu et que des éléments et des informations complémentaires soient ainsi obtenus. Donc à ce moment un nouveau procès est engagé et la Cour doit former une nouvelle décision.

Il va de soi que, si à l'issue du nouveau procès de contrôle abstrait successif qui va se dérouler autonomement — quoique n'ignorant pas les cas concrets — la Cour constitutionnelle vient à établir qu'il y a inconstitutionnalité, elle *est tenue* de déclarer celle-ci, sans hésiter, avec force obligatoire générale.

7. *La déclaration d'inconstitutionnalité ayant force obligatoire générale.*

I. Si dans le contrôle préventif — de par la nature même des choses — une décision de non inconstitutionnalité n'a aucun effet sur l'avenir de la règle, la même est vraie, dans le contrôle successif, en ce qui concerne le jugement négatif auquel peut aboutir la Cour constitutionnelle.

Il revient à la Cour de déclarer — et il ne peut lui être demandé que de le déclarer — l'inconstitutionnalité, non pas la constitutionnalité ou la non-inconstitutionnalité; tout le procès engagé devant elle est organisé dans une telle perspective.

Les décisions de rejet de l'inconstitutionnalité (pour employer une expression d'origine italienne) n'entraient aucune conséquence.

C'est ce qui découle de l'objectif de garantie auquel obéit le contrôle. Seule cette conception est compatible avec la défense de la Constitution; elle seule évite que de telles décisions viennent à acquérir pour ainsi dire force constitutionnelle du fait qu'elles ne peuvent pas être réformées; elle seule garantit pleine liberté de jugement à la Cour constitutionnelle et aux restants tribunaux; elle seule peut empêcher la fraude contre la Constitution que serait le fait d'un quelconque organe ou institution deman-

der l'examen d'une certaine loi pour, une fois obtenue une décision de non-inconstitutionnalité, empêcher qu'à un autre moment, devant une quelconque juridiction ou devant la Cour constitutionnelle elle-même — celle-ci présentant la même ou une autre composition — la règle en question vienne à être contestée.

Cette exclusion de tout effet ou conséquence de la décision de non-inconstitutionnalité s'étend, au demeurant, non seulement aux organes chargés de juger, mais encore — ce qui pourrait peut-être ne pas être tenu pour indispensable — aux organes et personnes habilités à saisir de l'affaire le Tribunal. Il n'existe jamais perclusion du droit de demander la vérification et la déclaration d'inconstitutionnalité d'une règle donnée, y compris quand les fondements invoqués sont les mêmes.

II. La déclaration d'inconstitutionnalité pour sa part pose des problèmes plus compliqués.

A l'exemple d'autres Constitutions (ou des lois organiques de Cours constitutionnelles), la Constitution portugaise vise le sujet *ex professo* à son article 282, édictant un ensemble de règles, les unes communes à toutes les déclarations d'inconstitutionnalité et d'illégalité et d'autres différentes selon que l'inconstitutionnalité ou l'illégalité est originaire ou subséquente.

Sont règles communes:

1) la rétroactivité de la décision (les effets *ex tunc*) et, par conséquent, son caractère déclaratif de la nullité de la règle inconstitutionnelle ou illégale;

2) l'exception, en principe, de la chose jugée, comme limite posée à la rétroactivité;

3) la possibilité attribuée dans certains cas à la Cour constitutionnelle de fixer des effets de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité d'une portée plus limitée que celle prévue en général par la Constitution.

Sont règles spécifiques de la déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité originaire:

1) elle produit ses effets depuis l'entrée en vigueur de la règle déclarée inconstitutionnelle ou illégale;

2) elle remet en place reprimée, la règle que la règle déclarée inconstitutionnelle ou illégale a éventuellement abrogée.

Sont règles spécifiques de la déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité subséquente:

- 1) elle produit ses effets depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle règle inconstitutionnelle ou légale;
- 2) elle ne remet en place aucune règle antérieure.

III. La fixation des effets de l'inconstitutionnalité vise à les adapter aux situations de la vie, à en mesurer bien la portée et à courber une rigidité excessive qu'ils pourraient avoir; elle a pour but, en dernier ressort, d'éviter que la Cour constitutionnelle, pour échapper à des conséquences trop lourdes de la déclaration, n'en vienne à ne pas se décider pour l'existence d'inconstitutionnalité. Toutefois, elle court, de ce fait, le risque de s'approcher trop de l'attitude propre au législateur ou même de confondre jugement juridique et jugement politique.

Selon l'article 282, no. 4, quand la sécurité juridique, des raisons d'équité ou d'intérêt public d'importance exceptionnelle et qui doit être fondamenté, l'exigent, la Cour constitutionnelle peut fixer les effets de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité ayant une portée plus limitée que celle qui est prévue en général — à savoir, en réduisant la portée de l'application rétroactive de la déclaration (qui, à la limite, peut ne produire d'effets que pour l'avenir) et, en ce qui concerne l'inconstitutionnalité d'origine, en évitant la remise en vigueur d'une règle déjà abrogée.

Dans les motifs invoqués pour prendre en considération la portée des effets, sont citées des raisons purement juridiques — la sécurité et l'équité, la première d'incidence plus objective et la seconde plus subjective — et une qui ne l'est pas — l'intérêt public d'importance exceptionnelle; c'est pour cela que cet intérêt doit être fondamenté.

8. *Le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission.*

I. L'inconstitutionnalité par omission d'actes législatifs ou de règles législatives (selon l'angle qu'on préfère) est un phénomène juridique lié à la structure de certaines règles constitutionnelles, qui peut surgir par rapport à une quelconque Loi Fondamentale. Cependant, son importance varie selon les conceptions politiques et juridiques dominantes: dans les Constitutions libérales elle ne présente pas un grand intérêt, quoiqu'elle y ait sa place; par contre, dans les Constitutions programmatiques du vingtième siècle, elle a tendance à jouer un rôle important.

Par ailleurs, les formes et les effets du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission s'éloignent de ceux qui sont propres de l'inconstitutionnalité par action puisque l'inconstitutionnalité par omission se situe aux frontières de la liberté d'édicter qui est la prérogative du pouvoir législatif et du devoir de légiférer auquel il est soumis dans certains cas. De là la difficulté d'introduction de rouages juridictionnels, du moins quant l'inconstitutionnalité est totale, et l'inefficacité relative des résultats.

Il ne nous semble pas, pour autant, légitime de contester *a priori* la nature d'inconstitutionnalité que prend la violation de règles inconstitutionnelles par omission législative. Ce qui est possible, c'est que l'ordre juridique n'ait pas les moyens ou même *ne doive pas* avoir les moyens pour réagir (en vertu d'autres principes qui prévalent sur celui de la correction des omissions).

II. Ce contrôle n'est pas de caractère préventif, ni substitutif. Il n'est pas de caractère préventif, sa nature est celle d'un contrôle *a posteriori* car la Cour constitutionnelle n'intervient pas dans la formation de quel acte que ce soit et elle ne peut agir qu'en conséquence d'une omission aux effets juridiques qu'elle doit reconnaître au préalable. Il n'est pas de caractère substitutif puisque la Cour ne peut pas prendre les mesures qu'elles juge nécessaires, même quand l'organe législatif auquel la vérification a été communiquée, ne surmonte pas l'ommission.

Il serait, néanmoins, erroné d'assimiler la *vérification de l'existence d'inconstitutionnalité par omission* à la déclaration d'inconstitutionnalité (par action), car seule cette dernière a des effets juridiques précis ou spécifiques, et non la première.

La vérification de l'existence d'inconstitutionnalité par omission ne modifie pas l'ordre juridique, ce n'est qu'un élément — à ajouter sans doute à d'autres — susceptible d'amener les organes législatifs à changer leur comportement de négatif en positif.

Et cela est ainsi par un besoin d'équilibre entre le principe de garantie de la Constitution, incarné dans la Cour constitutionnelle, et le principe démocratique incarné dans les organes législatifs — car la République Portugaise est un Etat de *droit démocratique*.

III. De la lettre, de l'esprit et du contexte de l'article 283 découlent les présupposés ou conditions de fonctionnement de

l'institution, lesquels correspondent, chacun d'eux, à des moments d'inquisition de la part de l'organe de contrôle. Ces conditions sont les suivantes:

a) que le non respect de la Constitution découle de la violation d'une règle précise et donnée;

b) qu'il s'agisse d'une règle constitutionnelle ne pouvant être mise en oeuvre en elle-même, sans que d'autres mesures soient prises;

c) que, dans les circonstances concrètes de la pratique législative, manquent les mesures législatives nécessaires pour que la règle en question puisse être mise en oeuvre.

IV. Le pouvoir d'initiative de la vérification de l'existence d'inconstitutionnalité par omission appartient à moins d'organes que le pouvoir homologue concernant l'inconstitutionnalité par action: il revient uniquement au Président de la République, au « Provedor de Justiça » et, quand est invoquée une infraction aux droits des régions autonomes, aux présidents des assemblées régionales (article 283, no. 11).

V. Quant à la procédure à suivre, la Loi no. 28/82 renvoie au régime de contrôle abstrait successif de l'inconstitutionnalité par action (article 67).

A noter la nécessité d'entendre l'organe, dans ce cas non pas celui qui est l'auteur de la règle, mais plutôt celui qui *devrait être* l'auteur de la règle manquante, l'organe que la Cour constitutionnelle juge compétent pour prendre la mesure législative qui permettrait de mettre en oeuvre la règle constitutionnelle.