

RAPPORT PROVISOIRE
PORTUGAL
LA LEGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL

VASCO PEREIRA DA SILVA

1-QUEL ÉTAT DE LA PENSÉE SUR LA LÉGITIMITÉ DU JUGE
CONSTITUTIONNEL ?

Il y a quelques jours seulement, le 8 août 2025, la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt, à la suite de la demande du président de la République dans le cadre du contrôle préventif de constitutionnalité, concernant le décret de l'Assemblée de la République qui visait à modifier la loi n° 23/2007 du 4 juillet sur le régime juridique d'entrée, de séjour, de sortie et d'éloignement des étrangers du territoire national. Dans cet arrêt, la Cour s'est prononcée en faveur de l'inconstitutionnalité de 4 des 5 normes signalées par le chef de l'État comme inconstitutionnelles (relatives au droit au regroupement familial et aux conditions limitatives de son exercice, ainsi qu'aux limitations du droit d'accès au tribunal pour contester les décisions administratives), contenues dans ledit décret.

Le décret avait été approuvé le 16 juillet 2025 à l'Assemblée de la République, avec les votes favorables de la majorité gouvernementale l'« Alliance démocratique » (« Aliança Democrática ») formée par le « Parti social-démocrate » (« Partido Social-Democrata ») et le « Centre démocratique social - Parti populaire » (« Centro Democrático Social – Partido Popular ») et du parti (« Suffit ») (« Chega ») (parti d'extrême droite, qui a obtenu la deuxième place au scrutin général lors des dernières élections), l'abstention de l'« Initiative libérale » (« Iniciativa Liberal ») et les votes contre du « Parti socialiste » (« Partido Socialista »), « Libre » (« Livre »), « Parti communiste portugais » (« Partido Comunista Português »), « Bloc de gauche » (« Bloco de Esquerda »), « Parti des animaux et de la nature » (« Partido Animais e Natureza ») et « Ensemble pour le peuple » (« Juntos pelo Povo »). L'objectif des partis proposant, à la suite des élections, était de supprimer le régime précédent (approuvé par l'ancienne majorité du PS), qu'ils considéraient comme « trop ouvert » à l'entrée et au séjour des étrangers sur le territoire portugais.

Indépendamment de la discussion juridique que cette décision pouvait et devait susciter, comme c'est le cas dans une société ouverte et démocratique, ce qui s'est ensuivi a été une véritable « bataille rangée » de nature politique contre l'action de la Cour constitutionnelle et du président de la République. S'ils arguments politiques avancés étaient essentiellement les suivants : la décision avait été prise à la majorité et non à l'unanimité des juges ; les arguments

utilisés par les juges qui avaient voté en faveur de l'inconstitutionnalité étaient « politiques » et reposaient sur des « convictions personnelles », ainsi que sur le prétendu manque de légitimité du tribunal, étant donné que le mandat du président du tribunal et de certains autres juges avait expiré, même s'ils n'avaient pas été remplacés entre-temps par l'organe compétent, à savoir l'Assemblée de la République.

Le parti « Chega » était le plus virulent et a même convoqué une manifestation devant le palais de Belém pour protester contre l'action du président de la République. Plus modérés, les partis au pouvoir ont déclaré « ne pas être d'accord », tout en affirmant qu'ils « accepteraient » la décision de la Cour. Le Premier ministre a déclaré qu'il ne « renoncerait pas à l'objectif visé, même si la formulation de la loi devait être légèrement modifiée en raison de la décision de la Cour ». Et pendant une ou deux semaines supplémentaires, le « cirque médiatique » contre la Cour et le président s'est poursuivi.

Mais deux semaines plus tard, tout est revenu à la normale, comme si rien ne s'était passé. La manifestation contre le président de la République n'a jamais eu lieu, la question de la décision de la Cour constitutionnelle a cessé de faire partie du discours du moment et, pendant la période de vacances parlementaires, la discussion au Parlement sur les modifications à apporter au décret, ainsi que la décision concernant le vote de nouveaux membres pour la Cour constitutionnelle, afin de remplacer ceux dont le mandat a expiré, ont été reportées à la rentrée (cette dernière décision reportée *sine die*, car elle dépendra des négociations entre les partis, afin d'assurer la majorité des deux tiers nécessaire à l'Assemblée de la République pour l'élection correspondante). En un mot, « la paix et le calme » constitutionnels sont revenus, jusqu'à la prochaine décision de la Cour, où tout recommencera et se répétera une fois de plus.

Avec le recul, des phénomènes similaires se sont souvent répétés ces dernières années, notamment depuis les arrêts rendus dans le cadre de la « jurisprudence de crise » de la Cour constitutionnelle portugaise (2011-2014¹), qui semble avoir été la dernière occasion où des arguments juridiques ont été discutés dans le cadre d'un débat salutaire entre des constitutionnalistes de divers horizons politiques et juridiques ayant des opinions divergentes sur une question controversée². Depuis lors, le débat est devenu exclusivement politique, de nature réactive et de courte durée, même si l'on peut dire que la répétition du phénomène, en ce mois d'août, a été plus intense que d'habitude, peut-être parce que le parti qui a contribué à cette montée de l'animosité, le « Chega », espère

¹ Voir VASCO PEREIRA DA SILVA, «Portugal - Table Ronde : Juge Constitutionnel et Interprétation des Normes », dans INSTITUT LOUIS FAVOREU, « Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle - n° XXXIII – 2017 », Economica / Presses Universitaires d' Aix-Marseille, Paris / Aix-en-Provence, 2018, p. 417 et suivantes ; MARIANA CANOTILHO / RUI LANCEIRO, « La “jurisprudence de crise” : une jurisprudence sur les Droits Sociaux ? » dans DAMIEN CONNIL / DIMITRI LÖHRER, «40 Ans d' Application de la Constitution Portugaise», Institut Universitaire Varennes, 2017, p. 209.

² Voir les textes publiés par les différents courants d'opinion à l'occasion de ce débat : GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO / LUÍS PEREIRA COUTINHO (coord.), « O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos », Almedina, Coimbra, 2014 ; JORGE REIS NOVAIS, « Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos », Almedina, Coimbra. 2014 ; RUI MEDEIROS, « A Constituição Portuguesa num Contexto Global », Universidade Católica Editora, 2015.

nommer pour la première fois un juge à la Cour constitutionnelle, en raison des derniers résultats électoraux.

Je pense également que cette « politisation » accrue, et la contestation qui en découle, des décisions de la justice constitutionnelle, que l'on observe dans de nombreux autres états d'Europe, est le résultat de la montée en puissance des partis populistes, voire de leur accession au pouvoir, que l'on constate depuis quelques années. D'ailleurs, si l'on examine certaines expériences populistes européennes (par exemple en Hongrie et en Pologne, à l'époque où le « Pis » contrôlait entièrement le pouvoir), la contestation de la justice constitutionnelle n'est qu'une étape vers le contrôle total du pouvoir judiciaire, instrument nécessaire à la conquête et au maintien efficaces du pouvoir. Cela signifie que la « lutte pour la Constitution », qui est à l'origine des systèmes démocratiques et de l'État de droit, revêt désormais une importance et une dimension accrues en ces temps troublés de crise des systèmes politiques.

2- QUELS ÉLÉMENTS DE LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL?

Caractéristiques générales du système portugais de contrôle de constitutionnalité

Le système portugais de contrôle de constitutionnalité, créé par la Constitution de 1976, s'inspire d'une part des différents modèles les plus importants du droit comparé, et d'autre part, donne naissance à un nouveau système, résultat d'une combinaison véritablement originale³. Ainsi, le système présente les modalités suivantes de contrôle de constitutionnalité :

- a) le contrôle préventif ou *a priori*, inspiré du modèle français ;
- b) le contrôle abstrait successif ou *a posteriori*, inspiré du modèle autrichien ;
- c) le contrôle concret, inspiré du modèle américain ;

³ VASCO PEREIRA DA SILVA / RUI TAVARES LANCEIRO, « Le Contrôle de Constitutionnalité des Décisions de Justice au Portugal », dans MARTHE FATIN-ROUGE STEFANINI / CATERINA SEVERINO, « Le Contrôle de Constitutionnalité des Décisions de Justice : Une Nouvelle Étape après la QPC ? », Confluence des Droits - Droits International, Comparé et Européen, Aix-en-Provence, 2017, pp. 245 et suivantes (disponible sur Internet : <http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>).

d) le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, inspiré du modèle de l'ancienne Yougoslavie⁴.

Mais le législateur constitutionnel a combiné toutes ces influences de manière originale, donnant ainsi naissance à un modèle autonome, tant par le fait d'avoir recherché et réorganisé les contributions tirées de tous les autres modèles que par le fait d'avoir retravaillé ces éléments à sa manière. On pourrait dire, avec ironie, que le législateur constitutionnel a suivi la recette culinaire du « cozido à portuguesa », plat typique de la cuisine nationale, qui résulte de la cuisson, dans un même récipient, d'une grande diversité de viandes et de saucisses, ainsi que d'une grande diversité de légumes, auxquels s'ajoute encore le riz, ce qui donne un goût vraiment original et « typique ». Le « cozido à portuguesa » ressemble ainsi à tant d'autres « pot-au-feu nationaux » présents dans la gastronomie de nombreux pays européens (et autres), mais il n'en présente pas moins un « goût portugais » authentique, résultant de la combinaison distinctive des ingrédients, des assaisonnements et des modes de cuisson. Il en va de même pour le système portugais de contrôle de la constitutionnalité des lois !

Cela signifie que le législateur constitutionnel portugais a utilisé le droit constitutionnel comparé comme source juridique afin de rechercher un système plus adapté à la logique de la séparation des pouvoirs découlant du système politique adopté (semi-présidentiel), ainsi qu'aux contraintes de la société portugaise. En d'autres termes, il a adopté une méthode de droit constitutionnel sans frontières, qui ne se limite pas à la réalité nationale, mais s'appuie également sur les contributions du droit comparé, du droit européen et du droit mondial⁵.

Dans le système complexe ainsi défini, le Tribunal constitutionnel a la compétence exclusive de contrôler la constitutionnalité en matière de contrôle préventif, abstrait, successif et par omission. Mais en ce qui concerne le contrôle concret de la

⁴ Cf., à ce sujet, cf., *par exemple* et pour tous, J. M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3e éd., Almedina, 2007 ; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7e éd., 2003, pp. 887 et suivantes ; J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4e éd. révisée, Coimbra Editora, pp. 879 et suivantes ; R. MEDEIROS, *Constitution portugaise annotée*, t. III, Coimbra Editora, 2007, pp. 738 et suivantes ; J. MIRANDA, *Manuel de droit constitutionnel*, t. VI, Coimbra Editora, 4e éd., 2013, pp. 11 et 50 et suivantes ; IDEM, *Constituição Portuguesa Anotada*, t. III, Coimbra Editora, 2007, pp. 702 ss. ; C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, t. II, Coimbra Editora, 2e éd., 2011, pp. 21 ss.

⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Direito Constitucional e Administrativo Sem Fronteiras», Almedina, Coimbra, 2019.

constitutionnalité, la Constitution portugaise contient une solution originale de compromis entre le modèle américain de contrôle diffus (*judicial review of legislation*) et le modèle « autrichien » de contrôle concentré (*Verfassungsgerichtsbarkeit*).

Ce système de contrôle concret a été qualifié de « mixte » ou « diffus » à la « base » et « concentré » au « sommet »^{6 /7}. Il est « diffus à la base », car la compétence en matière de contrôle est attribuée à tous les juges, quel que soit le tribunal, comme le prévoit l'article 204 de la Constitution, qui stipule que dans les affaires soumises à leur jugement, les juges doivent s'abstenir d'appliquer des règles qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou les principes qui y sont consignés. Il en découle donc que tous les juges de tous les tribunaux portugais sont, en vertu de la Constitution, des « organes de justice constitutionnelle »⁸.

Mais le système portugais est également « concentré au sommet », car toutes les décisions des tribunaux en matière de constitutionnalité sont susceptibles de recours devant le Tribunal constitutionnel⁹, qui statue en dernière instance, ce recours étant, dans certains cas, obligatoire pour le ministère public (article 280, paragraphes 3 et 5, de la Constitution)¹⁰. Il n'existe donc pas au Portugal de mécanisme de « renvoi préjudiciel » comme moyen d'accès à la Cour constitutionnelle¹¹. Toutes les questions de constitutionnalité sont toujours soulevées par le biais d'un recours contre les décisions des tribunaux, formé par les parties à la procédure (particuliers et/ou ministère public), aucun juge ne pouvant soulever *d'office* devant la Cour constitutionnelle une question de constitutionnalité^{12 /13}.

⁶ Cf. M. LÚCIA AMARAL, « Problemas da *Judicial Review* em Portugal », dans *Themis*, année VI, n° 10, 2005, pp. 67-90, p. 74 ; C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, pp. 329-330 ; VITAL MOREIRA, « A fiscalização concreta no quadro do sistema misto de justiça constitucional », dans *Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo*, 2003, p. 846.

⁷ Cf. les arrêts du Tribunal constitutionnel n° 169/92, paragraphe 8, 200/98, paragraphe 10, et 195/2010, paragraphe 13.

⁸ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 917.

⁹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1014-1015.

¹⁰ Cf. J. MIRANDA, *Manuel*, VI, p. 268.

¹¹ Cf. M. DOS PRAZERES BELEZA, « Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial », dans *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012, pp. 89-99 ; R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, p. 742.

¹² Cf. M. GALVÃO TELES, « A competência da competência do Tribunal Constitucional », dans *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colloque à l'occasion du 10e anniversaire du Tribunal constitutionnel*, Coimbra Editora, 1995, pp. 105 et suivantes, pp. 112-113.

¹³ Cf. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 596/2003, par. 6.

Systeme entierement juridictionnel

Le systeme de controle de la constitutionnalite releve entierement des organes juridictionnels¹⁴. Conformement a l'article 209 de la Constitution, outre la Cour constitutionnelle, les categories de tribunaux suivantes sont incluses : a) la Cour supreme de justice et les tribunaux judiciaires de premiere et deuxieme instance, qui correspondent a la « juridiction commune » (civile, penale, du travail) ; b) la Cour administrative supreme et les autres tribunaux administratifs et fiscaux, qui correspondent a la « juridiction administrative et fiscale » ; et la Cour des comptes. Le paragraphe 2 de la meme disposition constitutionnelle prevoit egalement la possibilite d'existence de tribunaux maritimes, de tribunaux arbitraux et de juges de paix¹⁵. Tous ces tribunaux sont soumis a l'obligation de ne pas appliquer de norme inconstitutionnelle, conformement a l'article 204 de la Constitution. Leurs decisions dans ce domaine peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal constitutionnel.

Composition de la Cour Constitutionnel au Portugal

En tant qu'organe du pouvoir judiciaire, le Tribunal constitutionnel a toutefois une composition mixte, puisqu'il est compose de 13 juges, dont 10 sont designes par l'Assemblee de la Republique et trois sont cooptes par ceux-ci (article 222, paragraphe 1, de la Constitution). Le choix des 13 juges de la Cour constitutionnelle porte obligatoirement sur 6 juges des autres tribunaux, les 7 autres devant etre des juristes (n° 2). Il est egalement important de noter que le mandat des juges de la Cour constitutionnelle est de neuf ans et n'est pas renouvelable (article 222, n° 3).

Ces regles visent a introduire un equilibre entre une composante de representation politique au sein d'un organe judiciaire, consacrant ainsi « une legitimite de titre

¹⁴ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constitution annotee de la Republique portugaise*, II, p. 941-942 ; C. LOPES DO REGO, *Les recours de controle concret dans la loi et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle*, Almedina, 2010, pp. 22 et suivantes.

¹⁵ En outre, pendant la duree de l'etat de guerre, il est prevu la constitution de tribunaux militaires competents pour juger les crimes de nature strictement militaire.

comparable à celle des titulaires des organes de la fonction politique de l'État » et une « légitimité d'exercice assimilable à celle des juges des tribunaux en général » (JORGE MIRANDA)¹⁶.

La Cour constitutionnelle se situe au sommet de la hiérarchie des tribunaux en matière de contrôle de constitutionnalité et est autonomisée, par la Constitution, par rapport aux autres tribunaux¹⁷, dans un titre spécifique (le titre VI) de sa partie III (relative à « l'organisation du pouvoir politique »)¹⁸. Outre celui-ci, tous les tribunaux ont le pouvoir et le devoir de contrôler la constitutionnalité (article 204 de la Constitution), mais ils sont tous également liés par les décisions qui, dans les procédures de contrôle concret de la constitutionnalité et de la légalité, sont toujours rendues en dernier ressort par le Tribunal constitutionnel, ainsi que par les déclarations d'inconstitutionnalité ou d'illégalité prononcées par celui-ci dans le cadre de procédures de contrôle abstrait.

3- QUELLES FRAGILITÉS DANS LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL ?

De mon point de vue, les faiblesses relatives à la légitimité du juge constitutionnel, compte tenu de la réalité européenne actuelle et en particulier de la situation portugaise, se situent à quatre niveaux : la composition des tribunaux, le statut des juges, la procédure constitutionnelle et les paramètres de contrôle.

Du point de vue de la composition du tribunal, l'adoption d'un système mixte, avec des juristes élus qui n'étaient pas juges et des juges de carrière élus par le Parlement, me semble être la meilleure solution, car elle permet de concilier les avantages de la représentation des partis politiques présents au Parlement avec ceux des juges de carrière qui, en raison de la profession qu'ils exercent, sont habitués à agir de manière neutre et impartiale (même s'ils peuvent être plus ou moins proches d'une force politique donnée).

Quant à la manière de combiner ces juges, je pense que JORGE MIRANDA a raison lorsqu'il propose que la compétence pour la nomination des juges revienne non seulement à l'Assemblée de la République, mais aussi au président de la République, qui

¹⁶ JORGE MIRANDA, « Commentaire de l'article 222 de la Constitution », dans JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, « Constitution annotée de la République portugaise », tome III, Coimbra Editora, Coimbra, p. 253.

¹⁷ L'article 209, paragraphe 1, de la Constitution dispose qu'« outre la Cour constitutionnelle, il existe les catégories de tribunaux suivantes (...) ».

¹⁸ Cf. J. MIRANDA, *Manuel*, VI, pp. 185-188, 203.

sont les deux organes du pouvoir politique directement élus, dans le cadre d'un système communément qualifié de semi-présidentiel¹⁹.

En ce qui concerne le statut des juges, je considère que la décision du législateur constitutionnel portugais d'établir des mandats d'une durée supérieure à celle de la législature et de n'autoriser qu'un seul mandat est appropriée, car cela permet de distinguer ce qu'est un tribunal de ce qu'est la composition concrète du Parlement à un moment donné. Mais je pense qu'il est nécessaire de clarifier la règle (jusqu'à présent seulement implicite) selon laquelle, jusqu'à son remplacement par l'Assemblée de la République, le juge continue d'exercer pleinement ses fonctions (ce qui doit être clairement établi par une norme juridique). Cela afin d'éviter les arguments soulevés lors de la « crise constitutionnelle » susmentionnée en août de cette année.

Du point de vue de la procédure, je suis favorable à une plus grande subjectivisation du contrôle constitutionnel (jusqu'à présent purement objectif ou de légalité, même s'il existe un contrôle concret de l'inconstitutionnalité qui introduit un « minimum » de dimension subjective), notamment par l'introduction d'un mécanisme similaire à la « Verfassungsbeschwerde » allemande ou au recours en « amparo » espagnol. En effet, à mon avis, seule cette transformation en un processus de défense des droits ou subjectif serait susceptible de conférer une plus grande légitimité au système, en permettant aux particuliers d'accéder directement à la justice constitutionnelle en y participant activement, et d'accroître son efficacité également grâce à cette participation.

Enfin, en ce qui concerne les paramètres de contrôle, le juge constitutionnel doit prendre en considération et appliquer, dans son action quotidienne, tant les normes et les principes du droit constitutionnel que ceux du droit européen et mondial, en se posant en véritable juge constitutionnel multiniveau. À une époque marquée par un retour au nationalisme exacerbé, seul un juge multiniveau, attentif à ce qui se passe sur le plan juridique, tant dans son pays qu'en Europe et dans le monde, est véritablement en mesure de rendre la justice, en se plaçant au-dessus des contraintes circonstancielles existant dans chaque pays.

À titre d'exemple de ce qu'une décision constitutionnelle à plusieurs niveaux peut accomplir, voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le changement climatique. (BVerfG, arrêt de la première chambre du 24 mars 2021 – 1 BvR 2656/18, n° 1-2). Bien qu'il s'agisse d'une décision rendue par une juridiction nationale (la Cour constitutionnelle fédérale allemande) sur l'inconstitutionnalité d'une loi allemande, tout le reste est d'ordre mondial. L'arrêt traite d'une question mondiale (la lutte contre le changement climatique), applique des normes juridiques internationales (notamment les accords de Paris), établit le devoir des autorités allemandes d'agir pour protéger l'environnement au niveau international, accorde aux citoyens étrangers non résidents en Allemagne (en l'occurrence, un citoyen népalais et un autre du Bangladesh) le droit de

¹⁹ J. MIRANDA, «Constituição da República Portuguesa Anotada», tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, p. 251-256, mx. p. 254.

comparaître devant la Cour constitutionnelle pour défendre leurs droits fondamentaux, considérant que ces droits sont également protégés par la Constitution allemande ».

Or, à mon avis, les arrêts de ce type, de nature juridique globale ou multiniveaux, peuvent constituer un instrument fondamental pour la défense de la Constitution, en l'absence de disposition législative ou lorsqu'il existe des lois locales restrictives ou limitatives, en créant une base juridique plus large et plus solide, issue d'une source juridique constitutionnelle européenne ou mondiale, pour la défense de l'État de droit et des droits fondamentaux²⁰.

²⁰ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Commentary to a Multilevel Court Decision for a Multilevel Public Law Professor. An Hommage to Jacques Ziller», in Diane Fromage (ed.), «Jacques Ziller a European Scholar», European University Institute, Florence, 2022, p. 242; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Uma Sentença Verde Sem Fronteiras. Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão sobre Alterações Climáticas», in *Católica Law Review*, volume VIII, n^o. 1, jan. 2024, pp. 199-210.