

Portugal : Constitution et pratiques anticonstitutionnelles

La Constitution joue aux échecs avec la réalité pour garantir son application (VERSION PROVISOIRE)

I

Réfléchir, dans la science du droit, aux pratiques anticonstitutionnelles

À l'instar du film d'Ingmar Bergman, « Le Septième Sceau » (« Det Sjunde Inseglat », Suède, 1957), dans lequel un chevalier médiéval joue quotidiennement aux échecs avec la Mort elle-même afin de préserver et de prolonger sa survie, la Constitution formelle joue elle aussi quotidiennement aux échecs avec la Constitution matérielle pour garantir sa propre survie. Le résultat de cette partie d'échecs peut être : 1) la victoire de la Constitution, auquel cas la réalité se soumet au texte fondamental, qui conserve pleinement sa vigueur ; 2) un match nul entre les deux adversaires, lorsqu'il y a impasse entre le « texte » et la « pratique » constitutionnelle, la seconde prévalant sur le premier, mais uniquement pour des questions qui ne remettent pas en cause le contenu essentiel de la Constitution, ce qui donne lieu à une dérogation constitutionnelle ; 3) la victoire des faits sur la loi fondamentale, ce qui correspond à l'échec et à la « mort » de la Constitution, qui soit devient une réalité purement nominale ou « fictive », dépourvue de toute dimension normative, soit doit être remplacée par une autre.

En effet, le droit constitutionnel doit être compris comme une science de la culture, ce qui implique non seulement la valorisation du texte (« law in the books »), mais aussi de la réalité qui lui est sous-jacente (« law in action »), englobant à la fois la constitution formelle et la constitution matérielle. En effet, « la Constitution ne se limite pas à être un ensemble de textes juridiques ou un simple recueil de règles normatives, mais elle est plutôt l'expression d'un certain degré de développement culturel, un mode d'autoreprésentation propre à un peuple, le miroir de son héritage culturel et le fondement de ses espoirs et de ses aspirations » (HÄBERLE)¹.

Ainsi, ce qui relève du droit constitutionnel, ce ne sont pas seulement les normes contenues dans la loi fondamentale, mais aussi toutes leurs « concrétisations » et « cristallisations culturelles », à savoir la réglementation législative et réglementaire, la jurisprudence dans son évolution continue (ce qui oblige à prendre en compte tant les positions dominantes que minoritaires, les motifs des arrêts comme ceux des opinions dissidentes, l'existence ou non de courants jurisprudentiels), les coutumes et les pratiques administratives, les positions (et les débats) de la doctrine juridique, les agissements et les positions des acteurs intervenant dans les procédures et processus publics les plus divers, voire les discours politiques, les informations relayées par les médias, les réactions de l'opinion publique, les œuvres artistiques et littéraires. Tous ces facteurs (et bien d'autres encore) à caractère juridico-culturel doivent être pris en compte et combinés dans l'interprétation (et l'application) de la Constitution, laquelle, dans une « société ouverte

¹ PETER HÄBERLE, «Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura», Tecnos, Madrid, p. 34.

», ne doit pas être considérée comme une tâche exclusive des « juristes et professionnels du droit », mais doit plutôt incomber à la « société ouverte des interprètes de la Constitution » (HÄBERLE)².

Ce n'est qu'en tenant compte à la fois de la norme et de la réalité culturelle environnante – c'est-à-dire de la Constitution au sens formel et au sens matériel – que l'on peut comprendre que « le même texte présente des contenus différents dans chacune des cultures où il apparaît », en se modifiant et en se transformant « tant en fonction du temps que de l'espace » (HÄBERLE)³.

Les constitutions « vivantes » se caractérisent par leur « ouverture dans le temps et dans l'espace », car leur contenu matériel se concrétise et se recrée à chaque moment historique et dans chaque circonstance concrète, dans le cadre d'une relation constante (et inéluctable) d'« amour / haine », ou de « conflit / compromis », entre les valeurs, les principes, les normes juridiques et la réalité constitutionnelle, en état d'évolution permanente.

Ainsi, la Constitution n'est pas seulement le résultat de réalités historiques et circonstanciées, mais aussi la manière d'y réagir ; c'est donc à elle-même qu'incombe la tâche de construire (ou non, dans le cas des constitutions « ratées ») l'Histoire elle-même. Dans ce « jeu constitutionnel » d'interactions permanentes, on observe un entrelacement entre l'« Histoire (publique) » et les « histoires (privées) », puisque, dans un État démocratique et de droit, la Constitution est construite et animée au quotidien par chacun des citoyens qui – à l'instar du « bourgeois gentilhomme » de MOLIÈRE – « passent toute leur vie à faire du droit constitutionnel sans le savoir »⁴ ...

Dans la partie d'échecs avec la réalité, la Constitution adopte diverses « stratégies », destinées à prévenir l'apparition d'inconstitutionnalités et à garantir la « victoire », c'est-à-dire à permettre sa survie et son application. Parmi les « stratégies de jeu » les plus importantes, théorisées par la science du droit constitutionnel, figurent les suivantes : la création de systèmes complets et efficaces de contrôle de la constitutionnalité des lois ; la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, ainsi que la théorisation des limites de la révision constitutionnelle ; l'élargissement des sources du droit, notamment par l'admissibilité de la coutume en tant que source de droit.

Les systèmes de contrôle constituent un instrument préventif très important contre l'apparition d'inconstitutionnalités. Le système portugais de contrôle de la 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, fruit d'une combinaison véritablement originale. Ainsi, le système présente les modalités suivantes de contrôle de la 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 ; d) le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, inspiré du modèle de l'ancienne Yougoslavie.

² PETER HÄBERLE, «Teoria de la C. como C. de la C.», op. cit., p. 42.

³ PETER HÄBERLE, «Teoria de la C. como C. de la C.», op. cit., p. 45.

⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, « A Cultura a que tenho Direito – Direitos Fundamentais e Cultura », Almedinas, Coimbra, 2007.

Mais le législateur constitutionnel a combiné toutes ces influences de manière originale, donnant ainsi naissance à un modèle autonome, tant parce qu'il a puisé et réorganisé des contributions tirées de tous les autres modèles, que parce qu'il a réélaboré ces éléments à sa manière. On pourrait dire, avec une pointe d'ironie, que le législateur constituant a suivi la recette 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 lui confère une saveur véritablement originale et « typique ». Le « cozido à portuguesa » s'apparente ainsi à tant d'autres « ragoûts nationaux », présents dans la gastronomie de nombreux pays européens (et au-delà), mais il n'en présente pas moins un authentique « goût portugais », découlant de la combinaison particulière 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 !⁵

Même si l'on peut affirmer que le système portugais de contrôle de la constitutionnalité est assez complet et qu'il a bien fonctionné, cela ne signifie pas pour autant qu'il ne puisse jamais y avoir d'inconstitutionnalités isolées. D'une part, le système ne porte que sur les actes législatifs, laissant de côté les actions relevant des autres fonctions de l'État ; d'autre part, il est toujours possible qu'une situation se présente dans laquelle la réalité constitutionnelle l'emporte sur la loi fondamentale, dans la partie d'échecs dont nous avons parlé, en introduisant la « force normative des faits » et en provoquant une dérogation constitutionnelle.

La théorie du pouvoir constituant, issue du constitutionnalisme français, vise à subordonner le pouvoir constitué au texte constitutionnel, en cherchant à préserver pour l'avenir la « victoire » de la Constitution. Associée à cette théorisation, la question des limites de la révision constitutionnelle (formelles, art. 284 de la CRP, et matérielles, art. 288 de la CRP) s'est posée par la suite, visant à écarter les modifications constitutionnelles dictées par les changements de la réalité constitutionnelle en raison de la « victoire dans la partie d'échecs ».

Les limites matérielles de la révision se veulent toujours absolues (à l'instar du pouvoir constituant) ; cependant, la nécessité de permettre l'actualisation des textes constitutionnels, pouvant même donner lieu à des « transitions constitutionnelles », a conduit la majorité de la doctrine portugaise à admettre leur nature relative, qu'elle adopte ou non la méthode du double processus de révision (J. MIRANDA, REBELO DE SOUSA). Pour ma part, j'adopte le point de vue du chanteur-compositeur brésilien VINICIUS DE MORAES, et je considère que les limites constitutionnelles, à l'instar des amours, « sont éternelles tant qu'elles durent ». Et que les clauses de limitation ne servent qu'à permettre de distinguer ce qui relève encore de la « modification de la Constitution

⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, «The Originality of the Portuguese System of Constitutional Review», in LUCA MEZZETTI (ed.), «Diritto Processuale Costituzionale e Diritti Umani», «Seminario Giuridico della Università di Bologna», CCCXLIX, Bologna University Press, 2026, p. 547-562; VASCO PEREIRA DA SILVA / RUI TAVARES LANCEIRO, « Le Contrôle de Constitutionnalité des Décisions de Justice au Portugal », in 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 e ss. (disponível na Internet: <http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>).

», dans une logique de continuité et de transition (même si elle comporte des ruptures matérielles), de ce qui relève de la « changement de constitution », dans une logique de discontinuité et de révolution.

De nos jours, on assiste à une transformation de la théorie des sources du droit public (tant constitutionnel qu'administratif), qui tend à passer de la vision formelle, légaliste et nationale des débuts à une nouvelle dimension matérielle, celle des sources sans frontières, qui combine l'intégration de normes, de principes et de « standards » décisionnels globaux, internationaux, européens, constitutionnels, de planification et de réglementation, contractuels et individuels, au sein d'un processus complexe et doté de multiples niveaux de création et de manifestation du droit⁶.

En droit administratif, cette conception moderne de la légalité implique non seulement la subordination à la loi émanant du Parlement, mais aussi à l'ensemble de l'ordre juridique, ce qui signifie que la légalité doit être comprise au sens de la juridicité. L'expression « principe de la légalité » (« Grundsatz der Rechtsmässigkeit der Verwaltung ») a été créée et diffusée par la doctrine allemande et, au Portugal, elle a été popularisée, entre autres, par ROGÉRIO SOARES⁷. Mais d'autres conceptions tout aussi larges et matérielles de la légalité ont également été défendues, comme celle du « bloc légal » (« bloc légal », dont parlait HAURIOU⁸), ou celle du « bloc de constitutionnalité » (« bloc de constitutionnalité », d'EMERI / SEURIN⁹ et de LOUIS FAVOREU¹⁰), ou encore, dans une logique faisant le lien entre le droit constitutionnel et le droit administratif, du « constitutionnalisme à plusieurs niveaux » (INGOLF PERNICE)¹¹.

Comme le prévoit l'article 3, paragraphe 1, du Code de procédure administrative, les « organes de l'administration publique doivent agir dans le respect de la loi et du droit ». Il s'agit d'une formulation très heureuse, car elle met en correspondance le principe de légalité et celui de juridicité. Ainsi, le principe de légalité ne se limite pas à la subordination à la loi, mais s'étend à celle-ci et au droit, c'est-à-dire au principe de juridicité. Et l'ensemble du droit lie l'administration, à tous ses niveaux. Au niveau

⁶ VASCO PEREIRA DA SILVA, «Festre de von Prof. Dr. Dr h.c. (Hannover) Vasco Pereira da Silva, anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Juristischen Fakultät der LUH am 2. November 2018», in .HILMAR FENGE/CLAAS FRIEDRICH GERMELMANN/ BERND H. OPPERMAN/ VASCO PEREIRA DA SILVA (Ed.), «International Legal Studies IV», Universitätsverlag Halle Wittenberg, Halle in der Saale, 2019, p. 232-253

⁷ En droit allemand, voir notamment MATHIAS JESTAEDT, « Masstäbe des Verwaltungshandelns », dans ERICHSEN / EHLERS, «Allgemeines Verwaltungsrecht», 14e éd., De Gruyter, 2010, p. 329. Au Portugal, voir ROGÉRIO SOARES, «Interesse Público, Legalidade e Mérito», Coimbra, 1955 ; VIEIRA DE ANDRADE, «Lições de Direito Administrativo», Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 57; M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS, «Direito Administrativo Geral», I, D. Quixote, p. 155; VASCO PEREIRA DA SILVA. . «Do Princípio da Legalidade à Juridicidade. O Sentido Atual das Fontes em Direito Público», in «Osservatorio sulle Fonti», Anno X, Fascicolo 3/ 2017 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>).

⁸ MAURICE HAURIOU, « Précis de droit administratif et de droit public », Paris, Dalloz, 2002 [1993], p. 577.

⁹ EMERI / SEURIN, « Vie et droit parlementaire », dans « Revue de droit public », n° 86, 1970, p. 678.

¹⁰ LOUIS FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », dans « Mélanges Charles Eisenmann », Paris, Cujas, 1977, p. 35.

¹¹ INGOLF PERNICE, cf. « Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously », dans R. Hofmann & S. Kadelbach (dir.), « Law Beyond the State. Past and Futures », Francfort/New York : Campus Verlag, 2016, p. 151 ; INGOLF PERNICE, « The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action », Humboldt-Universität zu Berlin, WHI-Paper 2/09, <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0209.pdf>.

supralégal, on constate la subordination de l'administration au droit constitutionnel, au droit européen, au droit international et au droit mondial. Au niveau légal, dans notre ordre juridique, l'administration est tenue de se conformer à la loi (de l'Assemblée de la République), au décret-loi (du gouvernement) et au décret législatif régional (des Assemblées des régions autonomes). Au niveau infralégal, l'administration est liée par ses propres actes, qu'il s'agisse de plans et de règlements, de contrats ou encore d'actes administratifs.

En ce qui concerne l'élargissement des sources du droit constitutionnel, il convient de prendre en compte deux phénomènes : l'ouverture aux sources de droit transnationales ou sans frontières (droit international et européen) et l'ouverture à la pertinence de la coutume (même si celle-ci n'est que complémentaire, comme le veut la tendance dominante).

En ce qui concerne la question des nouvelles sources transnationales, les prémisses traditionnelles sur lesquelles reposait cette question ont été modifiées en raison des transformations modernes du droit international public et du droit constitutionnel, notamment en matière de droits de l'homme ou de droits fondamentaux¹². D'une part, les individus sont désormais considérés comme des sujets autonomes des relations internationales, auxquels l'ordre juridique international confère directement et immédiatement des droits subjectifs, ainsi que le droit d'accès de ces mêmes individus aux tribunaux internationaux pour leur défense, même contre les agissements des États dont ils relèvent. D'autre part, les Constitutions ont intégré le droit international et établi les règles de son application interne, tout en procédant à la réception ou au renvoi vers des déclarations des droits ou d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en en faisant le critère d'interprétation et d'application des droits fondamentaux nationaux.

Nous assistons donc à un double phénomène de « constitutionnalisation » : 1) de l'ordre international, qui crée des mécanismes d'application et de protection identiques à ceux des constitutions nationales ; 2) de l'ordre constitutionnel, qui intègre, reconnaît et fait des normes internationales le critère d'évaluation de ses propres normes constitutionnelles. En d'autres termes, nous sommes confrontés à l'« internalisation » du droit international et à l'« externalisation » du droit constitutionnel (cf. HERDEGEN / MASSING / POSCHER / GÄRDITZ, 2021¹³), qui convergent toutes deux vers une dimension constitutionnelle sans frontières, ce qui impose une modification de la configuration des sources du droit¹⁴.

En droit constitutionnel, l'élargissement des sources est également lié à l'admissibilité de l'inclusion de la coutume, qui, bien qu'étant une réalité traditionnelle dans les systèmes anglo-saxons, n'était pas admise dans les pays dotés d'une constitution formelle, de type français. Ce qui s'est produit dans les pays dotés d'une constitution formelle, où la source législative de la loi fondamentale continue de prévaloir, c'est la

¹² VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Cultura a que tenho Direito – D. F. e cultura», Almedina, Coimbra, 2007, p. 42 e 43.

¹³ HERDEGEN / MASSING / POSCHER / GÄRDITZ, «Vorwort», in HERDEGEN / MASSING / POSCHER / GÄRDITZ, «Handbuch des Verfassungsrechts – Darstellung einer Transnationaler Perspektive», Beck, München, 2021, p. IX.

¹⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, « Green Constitution : The Right to the Environment », dans : CREMADES / HERMIDA (dir.), « Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism », Springer, 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_160-1.

prise en compte de la coutume en tant que source complémentaire du droit, afin de parer à des situations exceptionnelles qui, sans cela, seraient inconstitutionnelles et de les intégrer. Dans cette optique de complémentarité de la coutume, on admet généralement assez facilement les coutumes qui sont conformes (« *secundum constitutionem* ») ou qui vont au-delà (« *praeter constitutionem* ») du texte (comme c'est le cas pour JORGE MIRANDA), bien que rares soient ceux qui admettent l'existence de coutumes allant à l'encontre (« *contra constitutionem* ») le texte même de la loi fondamentale (comme c'est le cas pour PAULO OTERO).

Pour reprendre la terminologie des échecs, on pourrait dire que, dans ces cas où la coutume est considérée comme une source de droit, la Constitution se verrait privée d'une pièce majeure (la tour ou la reine) par la réalité, dans les cas de coutumes conformes ou supraconstitutionnelles, et nous serions confrontés à la menace d'un « échec au roi » (surmontable), s'il s'agissait de l'admissibilité de l'émergence d'une coutume inconstitutionnelle. Ce qui signifie qu'il y aurait toujours, au minimum, la création d'une impasse ou d'une dérogation constitutionnelle, synonyme d'une « égalité » dans la partie, quand ce ne serait pas même la cause d'un « échec et mat » contre la Constitution, tout dépendant de l'importance de cette coutume inconstitutionnelle dans le cadre des règles et principes de la loi fondamentale en vigueur.

II

Traiter les pratiques inconstitutionnelles en droit positif

Il est désormais temps d'évoquer une situation importante d'impasse constitutionnelle découlant de la dérogation aux règles de la Constitution de 1976 qui créent les régions administratives sur l'ensemble du territoire continental. Ce qui, pour reprendre les règles de notre partie d'échecs, signifie une victoire de la réalité constitutionnelle sur le texte de la Constitution elle-même, conduisant à une situation de « match nul » entre les deux adversaires, car ni les normes n'ont été retirées de la Constitution, ni les régions administratives n'ont été créées (et, à mon sens, elles ne pourront l'être, à moins d'être modifiées dans le cadre d'une révision constitutionnelle).

La Constitution portugaise, telle que révisée en 1997, a mis en place un système véritablement kafkaïen en ce qui concerne les régions administratives¹⁵. Ces régions sont créées par la Constitution, mais elles n'existent pas. Cela tient au processus de création complexe, en quatre étapes, prévu par la Constitution, qui se déroule comme suit :

¹⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, « La Décentralisation Politique et Juridique au Portugal », in SYLVIA CALMES-BRUNET / ADRIAN SAGAR, « Fédéralisme Décentralisation et Régionalisation en Europe – Perspectives comparatives », Editions l'Épilogue (« L'Unité du Droit »), Toulouse / Rouen, 2017, pp. 65 et ss.

- 1er moment : La Constitution institue des régions administratives pour l'ensemble du territoire national. Mais cela ne signifie rien, car elle ne crée pas réellement de régions : la Constitution « gère mais ne crée » rien. La constitution des régions dépend d'autres étapes, tant sur le plan législatif que politique.

- 2e étape : celle de l'existence légale. Il faut une loi organique (c'est-à-dire une loi renforcée, approuvée à la majorité absolue des députés) qui doit créer simultanément toutes les régions, de manière uniforme et simultanée (on ne commence pas par créer les régions que l'opinion publique considère généralement comme les plus appropriées et les plus prêtes, comme dans le sud, l'Alentejo ou l'Algarve, par exemple). C'est donc compliqué.

- 3e étape : nécessité d'organiser un référendum, qui est en fait un double référendum (« deux en un »). Il faut demander aux citoyens s'ils sont pour ou contre, d'une part, la régionalisation du Portugal et, d'autre part, la création d' , leur propre région administrative. Ce référendum doit également être approuvé par la majorité des électeurs votants, ce qui n'est pas simple. Et on peut envisager ici un autre problème, à savoir la possibilité que les réponses données aux deux questions soient divergentes (oui/non ou non/oui).

- 4e étape : Après tout cela, il faut encore une loi portant création de chacune des régions administratives.

Il s'agit donc d'un processus trop complexe pour la création des régions administratives, ce qui explique pourquoi celles-ci n'existent pas encore à ce jour.

Le référendum a eu lieu le 8 novembre 1998. Les résultats ont été les suivants : 60 % contre la régionalisation, 35 % pour (avec des réponses cohérentes aux deux questions). Il est difficile de cerner toutes les raisons possibles de ce référendum négatif, mais parmi celles-ci figuraient certainement la confusion entre régions administratives et régions autonomes, la crainte de voir apparaître des « petits États sur l'ensemble du territoire », ainsi que l'affirmation du poids politique des communes, qui ne voyaient pas d'un bon œil la possibilité d'avoir une entité administrative intermédiaire entre elles et l'État.

La complexité du processus de régionalisation empêche sa mise en œuvre, et continuera de l'empêcher, à moins qu'une révision constitutionnelle ne soit entreprise pour modifier les modalités de création des régions. Certains commentateurs vont même jusqu'à considérer que le débat public entre régionalistes et anti-régionalistes mène à une impasse politique et affirment que le véritable objectif du législateur constitutionnel était à la fois de créer et d'empêcher la régionalisation, et que cet objectif a donc été atteint. Mais au-delà de la politique, il est regrettable que l'on soit parvenu à sortir de cette impasse constitutionnelle car, à mon avis, le Portugal aurait besoin d'au moins un niveau régional de décentralisation administrative.