

**Conférence des Cours constitutionnelles européennes
XIIème Congrès**

*Les relations entre les Cours constitutionnelles
et les autres juridictions nationales,
y compris l'interférence, en cette matière,
de l'action des juridictions européennes*

**Rapport* du
Tribunal constitutionnel
de la République portugaise**

I. Le juge constitutionnel, les autres juridictions et le contrôle de constitutionnalité

A. L'organisation juridictionnelle de l'Etat

1. Le système juridictionnel

1. Présenter de manière succincte, éventuellement au moyen de schémas, les différentes juridictions qui existent dans votre Etat et l'agencement de leurs compétences. Ceci vise autant les juridictions ordinaires que les juridictions administratives ou autres et autant les juridictions de l'Etat fédéral que les juridictions des Etats fédérés.

Aux termes de l'article 209° de la Constitution de la République portugaise (CRP), hormis le Tribunal constitutionnel, il existe les catégories suivantes de tribunaux :

- Le Tribunal Suprême de Justice et les tribunaux judiciaires qui correspondent à la juridiction de droit commun (civile, pénale, prud'hommale) ;
- Le Tribunal Suprême Administratif et les autres tribunaux administratifs et fiscaux qui correspondent à la « juridiction administrative et fiscale » ;
- Le Tribunal des Comptes.

La Constitution (article 209°, paragraphe 2), prévoit encore l'existence possible de :

- tribunaux maritimes;
- juridictions arbitrales;
- juridictions de paix.

En outre, pendant la durée de l'état de guerre, sont constitués des tribunaux militaires ayant pour compétence le jugement de crimes de nature strictement militaire¹.

Finalement, dans la mesure où le Portugal est un Etat unitaire (CRP, article 6°), il n'existe pas, bien évidemment, de possibilité de constituer des tribunaux qui relèvent des Etats fédérés. Dans le cadre actuel de la CRP, même les régions autonomes ne pourront pas constituer des tribunaux régionaux.

* Rapport élaboré par les assesseurs du Cabinet du Président du Tribunal constitutionnel, António de Araújo, Luís Miguel Nogueira de Brito et Joaquim Pedro Cardoso da Costa, sous la direction du Vice-Président du Tribunal constitutionnel, Luís Nunes de Almeida. Le présent rapport suit, de près, le questionnaire présenté par l'entité organisatrice (la Cour d'Arbitrage de Belgique) et il est actualisé jusqu'au 15/10/2001. Les arrêts du Tribunal constitutionnel cités, ceux de l'année 1998 ou ceux postérieurs, se trouvent également publiés sur le site officiel du Tribunal constitutionnel sur Internet (<http://www.tribunalconstitucional.pt>).

¹ A l'exception du cas mentionné dans le texte, les tribunaux militaires furent supprimés avec la révision de 1997, demeurant néanmoins provisoirement en fonction, aux termes de l'article 197 de la loi constitutionnelle n° 1/97 du 20 septembre 1997.

2. Le juge constitutionnel

2. *Quelle est la place du juge constitutionnel dans l'ordonnement juridique de l'Etat ? S'il fait partie du pouvoir judiciaire, quel est son statut au sein de ce pouvoir ?*

Il convient de mettre en relief, d'ores et déjà, le fait que le système de contrôle de constitutionnalité consacré par la Constitution de la République portugaise se caractérise par son haut degré de complexité, puisqu'il comprend divers types de contrôles : (a), le contrôle préventif ou *a priori* ; (b), le contrôle abstrait *successif* ou contrôle *a posteriori* ; (c) le contrôle concret ; (d) le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission.

En ce qui concerne le contrôle concret, la CRP définit une solution originale de compromis entre le modèle nord-américain de contrôle diffus (*judicial review of legislation*) et le modèle « autrichien » de contrôle concentré (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Il s'agit d'un système caractérisé comme étant « mixte » ou, si l'on préfère, « diffus à la base et concentré au sommet ». Il est « diffus à la base », parce que tous les juges de tous les tribunaux portugais ont « un accès direct à la Constitution », dès lors que la Constitution leur interdit l'application, pour les faits occasionnant un jugement, de normes qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou les principes qui y sont consignés (CRP, article 204°). Il est « concentré au sommet », parce que les décisions des tribunaux qui se prononcent en matière de constitutionnalité font l'objet de recours devant le Tribunal constitutionnel, qui statuera définitivement en tant qu'ultime instance.

Une fois cette présentation sommaire faite, on peut dire que :

- tous les juges de tous les tribunaux portugais sont, au bout du compte, des « juges constitutionnels » ; ou, si l'on préfère l'affirmation du député Vital Moreira lors de la création du Tribunal constitutionnel, au Portugal, « les juges ne sont pas mis hors la Constitution »². En effet, à eux revient le pouvoir-devoir de procéder, en premier lieu, au contrôle de constitutionnalité, leurs décisions faisant l'objet de recours devant le Tribunal constitutionnel.
- placé au sommet de la hiérarchie des tribunaux - du moins en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité - le Tribunal constitutionnel est un organe constitutionnel autonome qui occupe une position *a se* (intrinsèque) dans l'ordonnement juridictionnel portugais, comme il en résulte de l'article 209°, paragraphe 1, de la CRP, qui dispose que : « hormis le Tribunal constitutionnel, il existe les catégories suivantes de tribunaux (...) ».
- Si l'on voit les choses sous une perspective *organisationnelle*, le Tribunal constitutionnel échappe au « système » ou « au sous-système juridictionnel » (à « l'organisation des tribunaux »), en effet, il se profile comme un sous-système *a se* (intrinsèque), dans le cadre du système politique global : la Constitution, de fait, le rend autonome au travers d'un titre propre (le titre VI) dans le cadre de sa troisième partie (relative à « l'Organisation du pouvoir politique », elle ne le traite pas seulement comme un autre ordre de juridiction, à côté ou parallèle aux restants (*v.g.*, la juridiction de droit commun et la juridiction administrative), mais comme un autre organe de souveraineté, à côté (ou en plus) de ceux classiquement énoncés (le Président de la République, l'Assemblée de la République, le Gouvernement et les Tribunaux -tous et chacun - en général) ;
- cette position singulière du Tribunal constitutionnel au sein de l'ordonnement juridictionnel portugais ne permet, en aucune façon, de discuter la nature juridictionnelle de cet organe : tout d'abord, parce que la CRP l'intègre dans l'énumération des différentes catégories de tribunaux (article 209°) et, ensuite, parce qu'elle le qualifie comme « le Tribunal

² Cfr. *Diário da Assembleia da República*, II S, du 27-II-1982, p. 1330.

compétent pour administrer la justice dans les matières de nature juridico-constitutionnelle (article 221^o, italique ajouté)³.

B. Les compétences respectives du juge constitutionnel et des autres juridictions en matière de contrôle de constitutionnalité

1. Le contrôle des lois et des autres actes

§ 1er. La nature du contrôle

3. Quels sont les actes (de droit interne et de droit international) contrôlés par le juge constitutionnel au regard des normes supérieures que sont la Constitution, les principes à valeur constitutionnelle et éventuellement les dispositions de droit international ?

Au Portugal, le contrôle de constitutionnalité est un contrôle des normes juridiques. Les normes qui provoquent des différends en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité peuvent être contenues dans une loi ou dans d'autres actes des pouvoirs publics. Le Tribunal constitutionnel a affirmé, au travers d'une jurisprudence constante et répétée, que le contrôle de constitutionnalité est un contrôle des normes, et non un contentieux des décisions, quelle que soit leur nature. D'une manière générale, sont assujetties au contrôle de constitutionnalité les normes figurant dans :

- les traités internationaux et les accords en forme simplifiée ;
- les actes législatifs ou les actes ayant force de loi : les lois de l'Assemblée de la République, les décrets-lois du Gouvernement et les décrets législatifs régionaux ;
- les actes de nature réglementaire provenant du Gouvernement, des Gouvernements des Régions autonomes des Açores et de Madère, des organes des collectivités locales, de certaines autorités administratives (cas des gouverneurs civils dans les districts relevant de la partie continentale du Portugal), de certaines personnes morales de droit public et même, dans certaines hypothèses, de certaines entités non publiques quand elles disposent de pouvoirs normatifs qui leur ont été délégués par les entités publiques⁴.

Afin de déterminer l'objet du contrôle, le Tribunal constitutionnel utilise un concept très ample de « norme », en ayant recours à un critère simultanément *fonctionnel et formel*. Comme le Tribunal constitutionnel l'a déjà dit dans une jurisprudence constante et uniforme, constituent des « normes » n'importe quels actes des pouvoirs publics qui contiendraient une « règle de conduite » pour les particuliers ou pour l'Administration, un « critère de décision pour » cette dernière ou pour le juge, ou en général, un « paramètre d'évaluation de comportement ». Il s'agit, en effet, d'un concept simultanément formel et fonctionnel, qui ne comprend pas uniquement des préceptes de nature générale et abstraite, mais qui comprend aussi n'importe quelles normes publiques, d'effet externe, y compris celles qui ont un caractère individuel et concret, à partir du moment où elles figurent dans un acte législatif (étant donné, dans ce cas de figure, que l'unique paramètre de contrôle constitue la propre Constitution).

³ Cfr. José Manuel Cardoso da Costa, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 2^o ed. revue et mise à jour, Coimbra, 1992, pp. 18 et ss.

⁴ Cfr., António de Araújo et Joaquim Pedro Cardoso da Costa, *III Conferência da Justiça constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha - Relatório*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n^o 493, Lisbonne, 2000, pp. 36 et ss.

Sur la base de ce critère, le Tribunal constitutionnel a admis de contrôler la constitutionnalité des :

- *leis-medida* (*Massnahmengesetz* ou *leggi-provimento*) et des lois individuelles et concrètes;
- traités-contrats internationaux;
- *assentos* du Tribunal Suprême de Justice (arrêts de règlement);
- arrêts pour uniformisation de la jurisprudence du Tribunal Suprême de Justice (articles 732°-A et 732°-B du Code de procédure civile);
- normes créées par le juge (dans sa fonction d'interprète) « dans le cadre de l'esprit du système » (article 10°, paragraphe 3, du Code civil) pour combler les lacunes de la loi ;
- des règlements établis par les juridictions arbitrales volontaires;
- actes spécifiques ou *sui generis*, comme ceux qui fixent les règles nécessaires au fonctionnement et à l'organisation de l'Assemblée de la République, fruit de son autonomie normative interne;

Eu égard au critère *formel* et *fonctionnel*, il a été admis que pourront faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité :

- les normes comprises dans les statuts des associations d'utilité publique;
- les règlements édictés par les associations d'utilité publique ou par les autres entités privées bénéficiant d'une délégation de pouvoirs de la part des entités publiques (par exemple, certains règlements édictés par les sociétés concessionnaires d'ouvrages ou de services publics ou de fédérations sportives);
- les normes consuetudinaires (coutumières), dans la mesure et dans les domaines où elles sont admises en tant que source de droit interne (cf. les articles 3°, paragraphe 1, et 348° du Code civil);
- les normes émanant des organes compétents des organisations internationales auxquelles le Portugal participe, et qui sont en vigueur dans l'ordre juridique portugais en application de l'article 8°, paragraphe 3 de la CRP (question qui, il faut le souligner, n'a pas encore fait l'objet d'une décision de la part du Tribunal constitutionnel).

De leur côté, ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel :

- les actes politiques *stricto sensu* («actes de gouvernement»);
- les décisions juridictionnelles en elles-mêmes;
- les actes administratifs;
- les actes juridiques de droit privé, tels que les contrats, les statuts des associations privées, des sociétés, des coopératives ou des fondations soumises au droit privé⁵.

4. *Cette compétence est-elle exclusive ? Si non, quelles sont les autres juridictions compétentes en la matière ? Qu'en est-il des autres actes et décisions ?*

Le système de contrôle de constitutionnalité retracé par la CRP se définit de la manière suivante :

- en ce qui concerne le contrôle préventif, le contrôle abstrait *a posteriori* et le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, le Tribunal constitutionnel détient une compétence exclusive en matière de contrôle de constitutionnalité, en décidant *définitivement* en tant qu'*unique* et dernière instance ;

⁵ Cfr., António de Araújo et Joaquim Pedro Cardoso da Costa, *III Conferência...*, cit., p. 39.

- en ce qui concerne le contrôle concret, tous les tribunaux pourront procéder au contrôle de constitutionnalité, mais leurs décisions font l'objet - dans certains cas (CRP, article 280°, paragraphes 3 et 5), elle est obligatoire pour le Ministère Public - d'un recours devant le Tribunal constitutionnel, qui décidera *définitivement* en tant que *dernière* instance.

Donc, on pourra dire que, dans un premier temps, tous les tribunaux sont compétents en matière de contrôle de constitutionnalité. Cependant, le Tribunal constitutionnel dispose, dans un second temps, en exclusivité, du contrôle de constitutionnalité.

5. Le contrôle exercé par le juge constitutionnel est-il un contrôle préalable et/ou postérieur ?

La CRP et la Loi relative au Tribunal constitutionnel (LTC) prévoient, comme on l'a déjà dit, toutes les solutions. Ainsi est prévu :

- le contrôle préventif (abstrait *a priori*) (CRP, article 278°), qui porte sur les normes figurant dans les conventions internationales auxquelles l'Etat portugais va adhérer, sur les normes des actes qui vont être promulgués en tant que lois (de l'Assemblée de la République) ou sur celles des décrets-lois (du Gouvernement) et encore sur celles des actes régionaux (des Régions Autonomes des Açores et de Madère) ;

- le contrôle *a posteriori* comporte deux modalités : (a) le contrôle abstrait (CRP, article 281°), qui porte sur toutes les normes de l'ordonnement juridique portugais, qu'elles soient ou non en vigueur ; (b) le contrôle concret (CRP, article 280°, LTC, article 70°), qui prévoit le recours envers le Tribunal constitutionnel d'un ensemble diversifié de décisions des autres tribunaux en matière de contrôle de constitutionnalité.

6. Le contrôle exercé par le juge constitutionnel est-il un contrôle abstrait et/ou un contrôle concret ?

V. la réponse à la question 5.

§ 2. La saisine du juge constitutionnel

a. Les types de saisine

7. Quels sont les voies d'accès au juge constitutionnel (le recours en annulation, la question préjudicielle, la plainte constitutionnelle, autres voies) ? Quel est le nombre d'affaires pour chaque type de saisine ?

La CRP et la LTC prévoient, comme on l'a déjà mentionné, quatre voies d'accès au juge constitutionnel : le contrôle préventif, le contrôle abstrait *a posteriori*, le contrôle concret et le contrôle de l'inconstitutionnalité par omission. Les particuliers disposent simplement d'un accès au juge constitutionnel par le biais du contrôle concret de constitutionnalité, par l'intermédiaire de recours contre les décisions des autres tribunaux. Le contrôle concret comprend, essentiellement, deux grandes modalités de recours :

- les recours contre les décisions des tribunaux qui se refusent à appliquer des normes en raison de leur inconstitutionnalité - CRP, article 280°, paragraphe 1, alinéa a) ; - les recours contre les décisions des tribunaux qui appliquent les normes dont l'inconstitutionnalité est soulevée par les parties ou qui ont déjà été jugées inconstitutionnelles par le Tribunal constitutionnel - CRP, article 280°, paragraphe 1, alinéa b), et paragraphe 5.

Au-delà de ces deux modalités, la CRP, prévoit encore, dans son article 280°, paragraphe 2, le recours devant le Tribunal constitutionnel contre les décisions des tribunaux :

- qui se refusent à appliquer une norme figurant dans un acte législatif en raison de son illégalité pour violation d'une loi de valeur renforcée ;
- qui se refusent à appliquer une norme figurant dans un texte régional en raison de son illégalité pour violation du statut de la région autonome ou de la loi générale de la République ;
- qui se refusent à appliquer une norme figurant dans un texte émanant d'un organe de souveraineté en raison de son illégalité pour violation du statut d'une région autonome ;
- qui appliquent une norme dont l'illégalité aura été invoquée au cours du procès pour des motifs indiqués aux alinéas antérieurs.

En termes statistiques, on peut dire que, pendant l'année 2000, ont été prononcées dans le cadre du contrôle normatif de constitutionnalité les décisions suivantes :

- contrôle préventif (abstrait *a priori*) - 1 décision
- contrôle abstrait *a posteriori* - 22 décisions
- contrôle concret - 778 décisions
- contrôle de l'inconstitutionnalité par omission - 0 décisions

Ces chiffres révèlent le poids écrasant que le contrôle concret de constitutionnalité assume dans le cadre de l'activité du Tribunal constitutionnel. Il faut souligner, d'ailleurs, que ces chiffres ne divergent pas de ceux des années antérieures, ce qui exprime une tendance structurelle de la justice constitutionnelle portugaise ; il suffit, simplement, à titre d'exemple, de citer que 96% du total des décisions prononcées dans le cadre du contrôle normatif de constitutionnalité durant le triennat 1993-1996 concernaient le contrôle concret. D'une façon globale, on peut dire, que depuis l'entrée en fonction du Tribunal constitutionnel, qui a eu lieu en 1983, le contrôle concret représente *grosso modo* plus de 90% du total des décisions prononcées.

b. Le recours en annulation

8. Existe-t-il un recours direct devant le juge constitutionnel contre les lois ? Contre d'autres normes et actes ?

L'annulation d'actes normatifs en vigueur dans l'ordonnement juridique portugais - plus précisément, la déclaration d'inconstitutionnalité, avec force obligatoire générale, de n'importe quelles normes, conduisant à leur élimination de l'ordonnement juridique - est obtenue au travers du mécanisme du contrôle de constitutionnalité abstrait *a posteriori*.

9. Qui peut introduire ce recours et dans quels délais ?

Aux termes de l'article 281°, paragraphe 2, de la CRP, cette déclaration d'inconstitutionnalité peut être demandée par les personnes ou organismes suivants :

- le Président de la République ;
- le Président de l'Assemblée de la République ;
- le Premier Ministre ;
- le *Provedor de Justiça* (Médiateur) ;
- le Procureur Général de la République ;
- un dixième des députés de l'Assemblée de la République ;

- les Ministres de la République, les assemblées législatives régionales, les présidents des assemblées législatives régionales ou un dixième des députés des assemblées législatives régionales, quand la demande de déclaration d'inconstitutionnalité se fonde sur la violation des droits des régions autonomes ou quand la demande de déclaration d'illégalité se fonde sur la violation du statut de la région ou de la loi générale de la République.

Il faut encore clarifier le fait que - et ceci constitue une donnée intéressante du système de contrôle de constitutionnalité portugais - le Tribunal constitutionnel peut encore apprécier et déclarer, avec force obligatoire générale, l'inconstitutionnalité ou l'illégalité de toute norme, dès lors qu'il l'aura jugée inconstitutionnelle ou illégale dans trois cas concrets - c'est-à-dire, dans le cadre du contrôle concret de l'inconstitutionnalité (ou dans certains cas ayant généré une illégalité). Il existe, en effet, un mécanisme intéressant « de passage » du contrôle concret vers le contrôle abstrait - qui, néanmoins, ne s'opère pas de manière automatique, nécessitant d'être déclenché par le biais de l'introduction d'une requête (v.g. du Ministère Public) en ce sens. De plus, dans le cadre des procédures de « généralisation » des jugements d'inconstitutionnalité, le Tribunal constitutionnel n'est pas lié par ses décisions antérieures en la matière. Il peut juger une norme inconstitutionnelle dans le cadre du contrôle concret, dans trois cas, et ne pas déclarer, par la suite, son inconstitutionnalité dans le cadre du contrôle abstrait. Cela tient à une raison très simple : les décisions du Tribunal constitutionnel sont, dans le cadre du contrôle concret, rendues par les chambres, alors qu'elles le sont par l'assemblée plénière dans le cadre du contrôle abstrait. De cette manière, il est possible que les trois décisions qui fondent la requête de « généralisation » aient été prononcées seulement par une des chambres du Tribunal constitutionnel, les juges des deux chambres restantes n'ayant pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de constitutionnalité. Dans la mesure où l'assemblée plénière intervient, ces juges peuvent considérer que la norme en cause n'est pas inconstitutionnelle, une majorité se formant alors dans un sens contraire de celle qui résulte des décisions antérieures prises dans le cadre du contrôle concret.

Il faut mentionner, en dernier lieu, qu'il n'existe aucun délai, quel qu'il soit, en matière de demande de déclaration d'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale devant le Tribunal constitutionnel, le contrôle pouvant même être sollicité pour les normes qui ne sont plus en vigueur et celles antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1976.

10. Le juge constitutionnel peut-il suspendre des lois ou d'autres normes ou actes ?

Non. La CRP et la LTC ne confèrent pas au Tribunal constitutionnel la possibilité de suspendre l'application des actes normatifs qui sont soumis à son contrôle, soit dans le cadre du contrôle concret, soit dans le cadre du contrôle abstrait *a posteriori* (la question ne se pose pas, bien évidemment, dans le cadre du contrôle abstrait *a priori*).

c. Le renvoi préjudiciel - l'exception d'inconstitutionnalité

Qui peut saisir le juge constitutionnel ?

11. Quelles sont les juridictions qui peuvent saisir le juge constitutionnel ? Au cas où toute juridiction est apte à poser une question, donne-t-on à la notion de juridiction une acception large ou au contraire restrictive ?

Il n'existe pas au Portugal un mécanisme de « renvoi préjudiciel » permettant de saisir le Tribunal constitutionnel. Les questions de constitutionnalité lui sont posées par le biais de recours intentés contre les décisions des tribunaux par les particuliers (parties au procès et/ou par le Ministère Public, le juge ne pouvant susciter *ex officio* une quelconque question de constitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel. Le juge peut - et doit, d'ailleurs, - susciter et résoudre lui-même les questions de constitutionnalité étant donné, qu'aux termes de l'article 204° de la CRP, il ne peut appliquer des normes qui enfreignent les dispositions ou les principes qui y sont consignés.

Au regard du concept de « juridiction », font l'objet de recours, les décisions juridictionnelles provenant :

- de n'importe quel tribunal, mais non de n'importe quel autre organe de résolution des conflits (cf. les arrêts n°s 211/86, 230/86 ou 389/96) ;
- de n'importe quelle juridiction arbitrale qui juge *stricto jure*, mais qui ne juge pas *ex aequo et bono*⁶.

12. Les juridictions ont-elles l'obligation de poser la question ?

Comme on l'a indiqué, les tribunaux n'ont pas la possibilité de poser officieusement des questions de constitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel. Si, d'aventure, ils estiment qu'une norme soumise à jugement enfreint les dispositions de la Constitution ou les principes qui y sont consignés, ils devront refuser de l'appliquer (CRP, article 204). Lorsque la norme dont l'application aura été refusée figure dans une convention internationale, dans un acte législatif, ou dans un décret réglementaire, le Ministère Public doit obligatoirement exercer un recours devant le Tribunal constitutionnel (CRP, article 280°, paragraphe 3). Le recours est direct devant le Tribunal constitutionnel et son introduction implique l'interruption des délais pour les recours ordinaires qui relèvent de la juridiction concerné.

13. Y a-t-il une possibilité de s'opposer, par une procédure d'objection, d'opposition ou de recours, à ce que tout ou partie d'une affaire soit soumise au juge constitutionnel par une décision de renvoi ? Dans l'affirmative, à qui appartient cette procédure et comment se déroule-t-elle ? Quelles en sont les conséquences ?

La réponse à cette question va d'une certaine manière souffrir de ce que qui a été dit dans la réponse aux questions 11 et 12. Le « renvoi préjudiciel » n'existant pas devant le Tribunal constitutionnel, il n'est pas nécessaire en la matière de parler des formes d'opposition au renvoi préjudiciel. On soulignera seulement que les parties à un procès donné ne peuvent s'opposer à l'introduction d'un recours devant le Tribunal constitutionnel, le défendeur peut, assurément, contester son admissibilité (v.g. dans le cadre de contre allégations), parce qu'il considère précisément que les conditions procédurales ne sont pas remplies.

14. Comment la saisine du juge s'opère-t-elle ? Quel est le rôle des parties dans l'élaboration de la question préjudicielle ? La question préjudicielle peut-elle être soulevée d'office ? Dans ce cas, y a-t-il réouverture des débats sur la question ?

⁶ Cfr. J. J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3° édition revue et mise à jour, Coimbra, Coimbra Editora, p. 1015 ; Armino Ribeiro Mendes, *I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha*, Rapport portugais, separata do *Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n° 71/72, 1997, p. 743.

Dans le cadre du contrôle concret de constitutionnalité, il existe, comme on l'a indiqué, deux grands types de recours :

- a) - les recours contre les décisions des tribunaux qui se refusent à appliquer des normes en raison de leur inconstitutionnalité - CRP, article 208°, paragraphe 1, alinéa a);
- b) - les recours contre les décisions des tribunaux qui appliquent des normes dont l'inconstitutionnalité aura été invoquée au cours du procès ou qui ont déjà été jugées inconstitutionnelles par le Tribunal constitutionnel - CRP, article 280°, paragraphe 1, alinéa b) et n° 5).

a) - constituent des présupposés des premières catégories de recours :

- le fait que le refus d'application ait lieu dans le cadre d'une *décision juridictionnelle*;
- le fait que le refus d'application ait pour objet *des normes juridiques*;
- le fait que la décision contestée ait refusé d'appliquer une norme (ou des normes) en raison de son inconstitutionnalité.

En plus de ces conditions, une condition formelle est exigée, à savoir que le requérant indique l'alinéa de l'article 70°, paragraphe 1 de la LTC, sur le fondement duquel le recours est introduit, ainsi que la norme qu'il prétend soumettre à l'appréciation du Tribunal constitutionnel (LTC, article 75° - A, paragraphe 1).

b) - D'autre part, constituent des présupposés de la seconde catégorie de recours :

- le fait que l'application ait lieu dans le cadre d'une *décision juridictionnelle*;
- le fait que l'application ait pour objet *des normes juridiques*;
- le fait que la décision faisant l'objet d'un recours ait effectivement appliqué la norme (ou les normes) reprochée d'être inconstitutionnelle;
- le fait que le requérant ait posé la question de la constitutionnalité «pendant le procès»;
- le fait qu'il ait épuisé les voies de recours ordinaires (LTC, article 70°, paragraphe 2);
- le fait que le recours soit *viable*, c'est-à-dire qu'il ne soit pas manifestement infondé;
- le fait que le requérant soit la même partie au procès qui ait soulevé la question de constitutionnalité (CRP, article 280°, paragraphe 4 ; LTC, article 72°, paragraphe 2).

Outre ces conditions procédurales, une condition formelle est exigée, à savoir que le requérant indique l'alinéa de l'article 70°, paragraphe 1 de la LTC sur le fondement duquel le recours est intenté, qu'il indique la norme dont il prétend soumettre la constitutionnalité au Tribunal constitutionnel (LTC, article 75°-A, paragraphe 1) et la norme ou le principe constitutionnel qui est considéré comme violé, ainsi que la pièce procédurale dans laquelle l'auteur de la requête a soulevé la question de l'inconstitutionnalité (LTC, article 75°-A, paragraphe 2).

15. Les juridictions qui posent la question se prononcent-elles sur la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité éventuelle de la norme en cause ?

Oui, conformément à ce qui a été antérieurement indiqué, (v. la réponse à la question 11), le juge *a quo* a le pouvoir-devoir de se prononcer et de résoudre, en premier lieu, la question de constitutionnalité. De cette manière, le juge qui refuse d'appliquer une norme en raison de son inconstitutionnalité, se prononce naturellement sur le problème de la conformité de cette norme à la Constitution. D'un autre côté, si le juge applique une norme, nonobstant le fait qu'une partie ait soutenu son inconstitutionnalité, il se prononce également sur la question de constitutionnalité. De plus, si la partie au procès soulève devant le juge un problème de constitutionnalité, le juge est obligé de se pencher sur ce problème, sous peine d'omission de

décision, ce qui constitue selon le code de procédure civile, un fondement de nullité de la décision juridictionnelle.

Néanmoins, il faut relever, les décisions des tribunaux *a quo* en matière de constitutionnalité peuvent faire l'objet de recours devant le Tribunal constitutionnel.

Le filtrage

16. Existe-t-il une procédure de filtrage qui permette au juge constitutionnel de limiter le nombre d'affaires ou d'accélérer leur traitement (irrecevabilité, réponse rapide, fin de non-recevoir, non-fondement manifeste, identité ou similitude de questions auxquelles le juge constitutionnel a déjà répondu) ? Quelle est la proportion d'affaires ainsi filtrées ?

Contrairement à ce qui se passe dans les autres systèmes, le Tribunal constitutionnel portugais ne dispose pas d'une *discretionary jurisdiction* qui lui permette de sélectionner, en accord avec des critères d'une importance fondamentale, les cas qui lui soumis pour jugement. Il ne possède pas, à proprement parler, un instrument similaire au *writ of certiorari* du Tribunal Suprême Fédéral des Etats-Unis.

Il existe, tout de même, des formes d'accélération procédurale, tout particulièrement des techniques de « flitrage » des recours dans le cadre du contrôle concret de constitutionnalité. Ainsi, la modification de la LTC réalisée en 1998 (Loi n° 13-A/98, du 26 février 1998) est venue introduire un nouveau et important mécanisme de filtrage des recours en inconstitutionnalité : la « décision sommaire » du rapporteur, que ce dernier prononce quand il estime qu'il ne peut connaître de l'objet du recours ou que la question à juger est simple, notamment parce qu'elle a fait l'objet d'une décision antérieure du Tribunal constitutionnel ou parce qu'elle est manifestement sans fondement, peut consister en un simple renvoi à la jurisprudence antérieure du Tribunal constitutionnel (LTC, article 78°-A, paragraphe 1). Le rapporteur peut encore prononcer une « décision sommaire » quand le requérant n'indique pas les éléments exigés par l'article 75-A de la LTC (LTC, article 78°-A, paragraphe 1). La décision sommaire du rapporteur peut faire l'objet d'une réclamation devant la conférence, laquelle se compose du Président ou du vice-président, du rapporteur et d'un autre juge de la chambre concernée, qui statuera définitivement lorsqu'il y a unanimité des juges qui composent la conférence. Lorsqu'il n'y a pas unanimité, cette décision appartient au plénum de la chambre (LTC, article 78°-A, paragraphes 3 et 4).

Jusqu'à l'année 1998, le rapporteur pouvait rédiger un exposé préliminaire de non admission du recours (ou un simple renvoi à la jurisprudence antérieure). Cependant, un arrêt devait être pris par l'ensemble des juges de la chambre. A partir de la modification de la LTC introduite par la Loi n° 13-A/98, du 26 février 1998, il est désormais possible de clôturer un procès par le biais d'un seul juge, l'intervention de ses pairs n'étant pas nécessaire (sauf en cas de réclamation devant la conférence, comme on l'a vu).

En termes statistiques, on peut avancer pour l'année 2000 les chiffres suivants :

- 690 recours ont été admis dans le cadre du contrôle concret;
- 474 décisions sommaires ont été prononcées;
- parmi ces 474 décisions sommaires, 119 ont fait l'objet d'une réclamation devant la conférence;

On ne peut pas affirmer que les 335 décisions sommaires qui n'ont pas fait l'objet d'une réclamation devant la conférence ont permis de clôturer, définitivement, plus de la moitié des 690 recours introduits devant le Tribunal constitutionnel pendant l'année 2000. Beaucoup de ces décisions sommaires ont pu être prononcées pour des affaires provenant de l'année antérieure. Néanmoins, le rapport entre le nombre de recours introduits et le nombre de décisions sommaires prononcées pourra fournir à un observateur externe une idée approximative de l'importance de ce nouvel instrument de rationalisation du travail du Tribunal constitutionnel. De plus, il est important de souligner la différence entre le nombre de décisions sommaires ne faisant pas l'objet d'une réclamation (355 décisions) et celles faisant l'objet d'une réclamation (119 décisions), ce qui illustre le fait qu'un important pourcentage de décisions en raison du fait qu'elles n'aient pas fait l'objet d'une réclamation devant la conférence, ont permis la conclusion active et rapide d'un nombre assez significatif de recours introduits devant le Tribunal constitutionnel.

L'étendue de la saisine du juge constitutionnel

17. Quelle est la portée des considérations d'inconstitutionnalité émises par la juridiction qui pose la question (la juridiction a quo) ? Le juge constitutionnel doit-il rencontrer ces considérations ou peut-il les ignorer ? Peut-il soulever d'office ou à la demande des parties devant lui des moyens d'inconstitutionnalité non envisagés par la juridiction a quo ou est-il limité par la décision de renvoi ? Le juge constitutionnel peut-il contrôler des normes non visées par la question préjudicielle mais liées à celles-ci ?

La matière dont est formulée la question renvoie à celle du système du « renvoi préjudiciel » qui, comme on l'a vu, n'est pas admis dans l'ordre juridique portugais.

Par rapport à cela, on doit simplement rappeler, qu'aux termes de l'article 79° C de la LTC, relatifs aux pouvoirs de cognition du Tribunal constitutionnel, ce dernier peut seulement juger inconstitutionnelle ou illégale la norme que la décision contestée aura, selon les cas, appliquée ou refusée d'appliquer, mais il peut le faire sur le fondement de la violation de normes ou de principes constitutionnels ou légaux différents de ceux dont la violation a été invoquée. En d'autres termes, le contrôle du Tribunal constitutionnel est limité aux normes invoquées dans le cadre de l'objet du recours, mais pas par les moyens invoqués par les requérants ou par le juge *a quo*. Ainsi, le juge *a quo* peut estimer que la norme X viole la norme ou le principe constitutionnel Y et le Tribunal constitutionnel peut conclure au caractère inconstitutionnel d'une telle norme en raison de la violation de la norme ou du principe constitutionnel Z.

18. Le juge constitutionnel est-il saisi de tous les aspects, tant de droit que de fait, du litige pendant devant la juridiction a quo ?

Non. Le contrôle exercé par le Tribunal constitutionnel est un simple contrôle des normes et non des décisions juridictionnelles en elles-mêmes. On doit souligner, tout de même, qu'en dépit du fait qu'il n'existe pas au Portugal des procédures du types de la « plainte constitutionnelle » (Verfassungsbeschwerde), du « recours d'amparo » ou de « l'action constitutionnelle de défense », la jurisprudence du Tribunal constitutionnel a permis d'atteindre de manière mitigée et de manière biaisée certains effets de ces techniques, tout particulièrement quant il admet le contrôle de normes dans le cadre d'une interprétation donnée – l'interprétation admise dans la décision faisant l'objet d'un recours. En effet, comme l'a admis le Tribunal constitutionnel, tout au long d'une jurisprudence abondante et

répétée, la question de l'inconstitutionnalité peut concerner aussi bien une norme (ou une partie de cette norme) que l'interprétation ou le sens qui lui a été donnée dans un cas concret et la manière dont elle a été appliquée (ou non appliquée) dans la décision faisant l'objet d'un recours (cf. par exemple, les arrêts n° 106/92, 151/94, 238/94, 612/94, 243/95, 342/95 ou 18/96).

Cette ouverture à un possible contrôle des normes dans une interprétation donnée engage, en effet, le Tribunal constitutionnel, sans abandonner le « référentiel normatif », dans une analyse des éléments de fait du recours. En d'autres termes, en appréciant la constitutionnalité d'une norme par rapport au sens qui lui a été donné dans la décision qui fait l'objet d'un recours, le Tribunal constitutionnel, procède, plusieurs fois, à la recherche du cadre factuel dans lequel se situe cette décision.

Dans tous les cas, on doit le répéter, cette possibilité n'implique pas, comme on l'a signalé, que le contrôle du Tribunal constitutionnel cesse d'être un pur contrôle du droit (ou des normes).

La pertinence de la question

19. Le juge constitutionnel peut-il reformuler la question afin de la rendre plus claire et de cerner davantage le débat constitutionnel ? Dans l'affirmative, quel usage est-il fait de cette faculté ?

Le Tribunal constitutionnel a considéré, à ce propos, dans le cadre d'une jurisprudence répétée, que le recours de constitutionnalité remplissait une *fonction instrumentale*. Comme il l'a affirmé dans l'arrêt n° 86/90, « le jugement de la question de la constitutionnalité remplit toujours une fonction instrumentale, on ne doit y recourir que si ce dernier présente une utilité pour la résolution de la question de fond. Autrement dit, le sens du jugement de la question de l'inconstitutionnalité devra être susceptible d'influencer la décision de cette question, en effet, dans le cas contraire, il s'agirait de résoudre « une hypothèse théorique » (en ce sens, cf., parmi les nombreux arrêts du Tribunal constitutionnel, les arrêts n°s 114/99, 358/99, 378/99, 480/99 ou 490/99).

Par ailleurs, le Tribunal constitutionnel a également affirmé qu'il ne doit connaître d'une question de constitutionnalité et se prononcer à son égard que lorsqu'elle celle-ci pourra se répercuter de manière utile dans le jugement de l'affaire où est né le recours. En raison de cela, il n'y aura pas intérêt à agir, si précisément la résolution du recours de constitutionnalité est seulement utile à la prévention de futurs litiges ou pour résoudre ces litiges dans l'hypothèse où ils viendraient à naître (cf. l'arrêt n° 272/94).

Finalement, si le juge *a quo* a fait référence à une question normative de constitutionnalité, mais que cette référence n'ait pas constitué le fondement de sa décision, sa *ratio decidendi*, parce qu'elle représente plutôt un *obiter dictum* ou un argument *ad ostensionem*, cela ne présente pas une utilité (ou *relevance*, en utilisant la terminologie italienne) pour le traitement de cette question par le Tribunal constitutionnel (cf., par exemple, les articles n° 341/87, 419/89, 14/91, 206/92 ou 379/96). De la même manière, si le juge *a quo* a utilisé deux fondements différents pour résoudre une telle question - étant donné qu'un seul prenait appui sur des motifs de constitutionnalité -, l'examen du recours ne présente pas d'utilité, vu que la

décision faisant l'objet d'un recours, quel que soit le jugement du Tribunal constitutionnel, demeurerait la même. Elle serait précisément établie sur l'autre fondement.

L'interprétation de la question

20. *Le juge constitutionnel peut-il reformuler la question afin de la rendre plus claire et de cerner davantage le débat constitutionnel ? Dans l'affirmative, quel usage est-il fait de cette faculté ?*

Si la demande d'introduction de recours ne contient pas tous les éléments exigés - qui ont été *grosso modo* énoncés à la réponse à la question 14. - le juge doit inviter le requérant à indiquer les données manquantes. Au regard de tous ces éléments, le juge constitutionnel, disposera clairement et de manière satisfaisante, d'un cadre dans lequel il doit se positionner pour résoudre le procès. Il lui est interdit de « reformuler » la question de constitutionnalité, dans la mesure où il ne lui est pas permis *d'altérer* l'objet du recours tel qu'il a été fixé par les requérants. Cependant, il peut, naturellement, délimiter l'objet du recours - par exemple, en excluant du champ de son appréciation des normes, dont il a demandé au Tribunal constitutionnel qu'il apprécie leur constitutionnalité, en raison du fait qu'il considère cette appréciation inutile (v. la réponse à la question 19).

Il faut mentionner, par ailleurs, comme on l'a signalé précédemment, qu'aux termes de l'article 79° C de la LTC relatif aux pouvoirs de cognition du Tribunal constitutionnel, ce dernier peut seulement juger inconstitutionnelle ou illégale la norme que la décision contestée aura, selon les cas appliquée ou refusée d'appliquer, mais il peut le faire sur le fondement de la violation de normes ou de principes constitutionnels ou légaux différents de ceux dont la violation a été invoquée. Le Tribunal constitutionnel bénéficie ainsi d'une large marge de pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les fondements de sa décision, mais il se trouve limité par le principe *do pedido* (par le contenu de la requête), ne pouvant apprécier la constitutionnalité que des normes indiquées par les requérants.

L'interprétation de la norme contrôlée

21. *Le juge constitutionnel doit-il respecter l'interprétation de la norme contrôlée donnée par la juridiction a quo ?*

Les choses doivent être vues de cette manière: si le Tribunal constitutionnel juge un recours de constitutionnalité qui a pour objet une norme dans le cadre d'une *interprétation donnée* (l'interprétation réalisée dans le cadre de la décision faisant l'objet d'un recours), il est subordonné à cette interprétation en ce qui concerne l'objet du recours.

La réalité est différente lorsqu'il est question des fondements de la décision, qu'il s'agisse de ceux de la décision faisant l'objet d'un recours ou de ceux de la décision du Tribunal constitutionnel. Même s'il confirme la décision du tribunal *a quo*, il n'est pas lié par sa motivation. Comme on l'a indiqué dans la réponse à la question 17., le Tribunal constitutionnel est totalement libre en ce qui concerne la détermination des fondements de la décision de constitutionnalité. Aux termes de l'article 79° C de la LTC, relatif aux pouvoirs de cognition du Tribunal constitutionnel, ce dernier peut seulement juger inconstitutionnelle ou illégale la norme que la décision contestée aura, selon les cas, appliquée ou refusée

d'appliquer, *mais il peut le faire sur le fondement de la violation de normes ou de principes constitutionnels ou légaux différents de ceux dont la violation a été invoquée*. Ainsi, le juge *a quo* peut considérer que la norme X viole la norme ou le principe constitutionnel Y, mais le Tribunal constitutionnel peut conclure qu'une telle norme est inconstitutionnelle en raison, cependant, de la violation de la norme ou du principe constitutionnel Z.

Il convient, par ailleurs, de souligner qu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 80° de la LTC, dans le cas où le jugement de constitutionnalité portant sur la norme que la décision a appliquée ou a refusée d'appliquer, est fondé sur une interprétation déterminée de la même norme, celle-ci doit être appliquée dans le procès avec la même interprétation.

Le jus superveniens

22. *Quelle est l'incidence d'une modification législative de la norme contestée intervenant après la décision de renvoi?*

Dans le cadre du contrôle concret, les modifications législatives n'ont aucune incidence particulière sur le traitement de la question de constitutionnalité. Le fait que la norme *sub judicio* soit abrogée n'empêche pas l'examen du recours. En effet, étant donné que la décision contestée est fondée sur cette norme, l'appréciation de la constitutionnalité de cette norme présentera toujours pour le Tribunal constitutionnel un intérêt.

En ce qui concerne le cadre du contrôle abstrait *a posteriori*, la survenance d'une modification législative fait perdre tout intérêt à l'examen du recours dans la mesure où le Tribunal constitutionnel peut, s'il en décidait ainsi, fixer la portée temporelle des déclarations de constitutionnalité avec force obligatoire générale (CRP, article 282°, paragraphe 4), en précisant, par exemple, que la déclaration n'a que des effets *pro futuro*. En effet, si le Tribunal constitutionnel considère, dans le cas où il se prononcerait en faveur de l'inconstitutionnalité, que sa déclaration n'aurait pas un effet rétroactif (*ex tunc*), il n'existe plus de justifications pour examiner la constitutionnalité de normes qui ne sont plus en vigueur. Pour l'avenir, une telle question n'aurait plus d'intérêt puisque la norme n'est plus en vigueur, et pour le passé elle n'aurait également plus d'intérêt puisque la déclaration d'inconstitutionnalité n'aurait pas d'effet rétroactif.

Il faut encore relever, à propos du principe *do pedido* (LTC, article 51°, paragraphe 5), que le Tribunal constitutionnel a précisé avec fermeté dans l'arrêt n° 57/95 le critère suivant : « dans les cas où les modifications subies par les normes (...) donnent lieu à d'autres normes, c'est-à-dire à des normes dotées d'une autre substance normative et ainsi que dans celles où les modifications, substantielles ou non, conduisent à ce que les normes figurent dans un autre précepte législatif, le Tribunal constitutionnel ne doit pas, en l'état actuel des choses, examiner la compatibilité des normes évoquées avec la Constitution (...) en raison du respect dû au principe *do pedido*; cependant il n'existe plus d'obstacle de procédure à l'examen de la question de l'inconstitutionnalité dans les hypothèses où les modifications des normes n'ont pas la capacité d'affecter leur substance originaires et celles où ses modifications ont pris corps dans le précepte législatif ; parce qu'ici la norme est essentiellement la même, le Tribunal constitutionnel pouvant alors examiner sa conformité à la Constitution ». En ce qui concerne le concept de norme «appréciable», le Tribunal constitutionnel a précisé que, «il ne s'agit pas de normes considérées de manière abstraite, mais de normes contenues et concrétisées dans un précepte ; en d'autres termes, lorsque le Tribunal constitutionnel apprécie la constitutionnalité

d'une norme juridique, il doit rattacher cette norme à un précepte concret qui constitue son support formel; la nécessité pour la norme objet du contrôle de se référer au précepte qui l'intègre résultant du *principe do pedido*; ce même principe empêchant le Tribunal constitutionnel d'analyser la question de la constitutionnalité d'une nouvelle norme - même si elle est de contenu identique à l'ancienne - concrétisée dans un précepte différent du précepte originaire».

Les parties

23. Les parties devant la juridiction a quo ou des tiers (personnes, institutions, autres juridictions, ...), peuvent-ils participer (volontairement ou obligatoirement) à la procédure devant le juge constitutionnel? Dans l'affirmative, sous quelles formes? De quelle manière sont-ils informés de la procédure devant le juge constitutionnel? Peut-on intervenir devant le juge constitutionnel au seul motif qu'on est partie devant un juge de fond à un procès similaire à celui qui a amené la juridiction a quo à poser la question préjudicielle?

Dans la mesure où il s'agit d'un recours en inconstitutionnalité, les parties participent naturellement et nécessairement à la procédure devant le Tribunal constitutionnel. Aux termes de l'article 72°, paragraphe 1, de la LTC, bénéficient de la légitimité pour présenter un recours devant le Tribunal constitutionnel :

- le Ministère Public;
- les personnes qui, conformément à la loi régissant la procédure dans le cadre de laquelle la décision a été prononcée, peuvent légitimement introduire un recours contre elle, respectant, par conséquent, les règles du « litige au principal » (civil, pénal, du droit du travail, administratif, etc.) d'où émerge le recours.

L'intervention des tiers n'est pas prévue - c'est-à-dire celle de personnes physiques ou morales qui ne soient pas parties au « litige dans le procès principal » - dans la procédure devant le juge constitutionnel. Autrement dit, la procédure devant le Tribunal constitutionnel ne présente pas, par rapport aux autres formes de procédures existantes en droit portugais, une quelconque spécificité.

Dès lors, les parties interviennent dans la procédure au travers de la présentation d'une requête introductive de recours devant le Tribunal constitutionnel (LTC, article 75°-A), qui doit être présentée devant le tribunal *a quo*. Par la suite, lorsqu'elles seront appelées intervenir, (v.g. quand le rapporteur estime qu'il n'y a pas lieu de prononcer une décision sommaire), elles produiront des allégations devant le Tribunal constitutionnel (LTC, article 79°). Si, d'aventure, le rapporteur prononce une décision sommaire, les parties peuvent présenter une réclamation devant la conférence (cf. la réponse à la question 16).

24. Le ministère d'avocat est-il prévu ? Si oui, sous quelle forme ? Existe-t-il un ministère public auprès du juge constitutionnel?

La constitution d'avocat est, en principe, obligatoire pour les recours présentés devant le Tribunal constitutionnel (LTC, article 83°, paragraphe 1). Seul peut plaider devant le Tribunal constitutionnel celui qui pourra le faire devant les Tribunaux Suprêmes portugais. Il convient, néanmoins, de rappeler que cette exigence n'a plus d'intérêt depuis la publication, en 1984, du nouveau statut de l'Ordre des Avocats, étant donné que tous les avocats peuvent plaider devant n'importe quelle juridiction, l'exigence d'une période minimale d'exercice (10 ans)

devant le Tribunal Suprême de Justice ayant disparu. Mais, si d'aventure, est réintroduire une norme réglementant l'exercice de la profession d'avocat auprès du Tribunal Suprême de Justice, ces exigences requises s'appliqueraient au Tribunal constitutionnel.

Par ailleurs, la notion « d'avocat » constitue un concept juridique précis : est avocat celui qui, conformément au statut de l'Ordre des Avocats, est inscrit en tant que tel sur la liste en vigueur de l'Ordre en question (cf. arrêt n° 294/97).

En dernier lieu, il faut le rappeler, aux termes de l'article 72°, paragraphe 1, alinéa a), de la LTC, le Ministère Public bénéficie de la légitimité pour présenter un recours devant le Tribunal constitutionnel, c'est-à-dire d'une légitimité propre et spécifique qui réside dans la défense objective de l'ordre constitutionnel. Aux termes de l'article 44° de la LTC, le Ministère Public est représenté près le Tribunal constitutionnel par le Procureur général de la République, qui peut déléguer ses fonctions au Vice-Procureur général ou à plusieurs Procureurs généraux adjoints.

Les incidents du procès constitutionnel

25. Le désistement devant la juridiction a quo ou le décès d'une partie devant le même juge intervenu après la décision de renvoi a-t-il une influence sur le déroulement du litige constitutionnel ?

Il convient de rappeler ce que l'on a dit : il n'existe pas un mécanisme de « renvoi préjudiciel » de la question de constitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel. De cette façon, la réponse à cette question est quelque sorte compromise.

Par ailleurs, on doit ajouter que le recours devant le Tribunal constitutionnel ne peut pas faire l'objet d'une renonciation (LTC, article 73°), dans la mesure où aucun citoyen ne peut prévoir - par exemple, par le biais d'une convention d'arbitrage - qu'il renoncera à l'avance à son droit de présenter un recours devant le Tribunal constitutionnel. Mais, comme cela est évident, hors les cas où le Ministère Public doit obligatoirement exercer un recours (CRP, article 280°, paragraphe 3 et 5), il n'existe pas d'obligation de présenter un recours devant le Tribunal constitutionnel. Dès lors, les parties peuvent laisser découler le délai d'introduction du recours devant le Tribunal constitutionnel, qui est d'une durée de dix jours (LTC, article 75°). Elles peuvent aussi après avoir présenté leur requête introductive de recours, ne pas produire des allégations, ce qui implique que ce recours soit jugé vide de contenu. De plus, sauf dans les cas où le recours est obligatoire, les parties peuvent abandonner le recours, en vertu du Code de procédure civile qui est applicable *ex vi* de l'article 69° de la LTC. La possibilité d'abandon du recours se déduit de l'article 78°, paragraphe 1 de la LTC, qui confère au rapporteur la compétence pour accueillir l'abandon du recours.

d. La plainte constitutionnelle (par exemple du type recours d'amparo, Verfassungsbeschwerde, ...)

L'objet de la plainte constitutionnelle

26. *Quel est l'objet de la plainte constitutionnelle ? Contre quels actes une telle plainte peut-elle être déposée ? Saisie d'une plainte constitutionnelle, le juge constitutionnel peut-il examiner les éléments de fait du litige ?*

Au Portugal, il n'existe pas un instrument analogue au recours d'*amparo* espagnol ou à la *Verfassungsbeschwerde* allemande, en dépit du fait que l'introduction d'un tel mécanisme ait été suggérée à de nombreuses reprises (v.g. dans certains projets de révision constitutionnelle présentés par certains partis). Pour autant, comme on l'a indiqué lors de la réponse à la question 18., le fait que le Tribunal constitutionnel admette le contrôle de normes dans le cadre d'une *interprétation donnée* (l'interprétation qui a été donnée dans la décision faisant l'objet d'un recours), permet, d'une certaine manière, d'atteindre certains effets de la plainte constitutionnelle.

La recevabilité de la plainte

27. *Qui peut déférer une plainte au juge constitutionnel ? De quelle manière ?*

Comme on l'a dit pour la réponse à la question 26, il n'existe pas au Portugal un instrument du type de la plainte constitutionnelle.

28. *Le recours au juge constitutionnel est-il subordonné à l'épuisement des voies de recours ?*

Après avoir souligné le fait que l'on est en train de parler d'un recours de constitutionnalité - et non d'une plainte constitutionnelle -, il convient de rappeler ce qui a été dit dans la réponse à la question 14. :

- les recours contre les décisions qui se refusent à appliquer des normes en raison de leur inconstitutionnalité sont des recours directs devant le Tribunal constitutionnel ;
- les recours contre les décisions qui appliquent des normes dont l'inconstitutionnalité aura été invoquée au cours du procès par les parties présupposent l'épuisement des voies de recours ordinaires (LTC, article 70°, paragraphe 2).

L'épuisement des voies de recours ordinaires vise à ce que le Tribunal constitutionnel ne soit amené à se prononcer qu'à l'encontre de décisions qui constituent le « dernier mot » de l'ordre de juridiction au sein duquel le tribunal a pris ces décisions, de manière à ce qu'il ne soit pas facile de soulever gratuitement des questions en inconstitutionnalité et de manière à économiser l'intervention du Tribunal constitutionnel (cf. l'arrêt n° 21/87). A ce propos, on observe les éléments suivants :

- sont assimilées à des recours ordinaires les réclamations adressées aux présidents des tribunaux supérieurs, en cas d'irrecevabilité ou de rétention du recours, ainsi que les réclamations concernant les ordonnances des rapporteurs pour la conférence (LTC, article 70°, paragraphe 3) ;
- on considère que tous les recours ordinaires sont épuisés lorsqu'il y a dénonciation, ou que le délai respectif a expiré sans que le recours ait été formé, ou qu'il est impossible de donner

suite aux recours formés pour des raisons d'ordre procédural (LTC, article 70°, paragraphe 4) ;

- les recours contre les décisions soumises à un recours ordinaire obligatoire ne sont pas, aux termes de la loi procédurale, recevables devant le Tribunal constitutionnel (LTC, article 70°, paragraphe 5) ;
- si la décision est susceptible de recours ordinaire, ne serait ce que pour l'uniformisation de la jurisprudence, la non introduction du recours devant le Tribunal constitutionnel ne porte pas atteinte au droit de le présenter contre toute décision ultérieure qui confirme la première (LTC, article 70°, paragraphe 6).

Le filtrage

29. Existe-t-il une procédure de filtrage qui permette au juge de limiter le nombre d'affaires ou d'accélérer leur traitement (sélection des affaires, irrecevabilité, réponse rapide, fin de non-recevoir, non-fondement manifeste, ...) ? Quelle est la proportion d'affaires filtrées ?

En ce qui concerne les mécanismes de filtrage - au sein desquels s'est détachée la décision sommaire du juge rapporteur car étant la procédure la plus représentative - v. la réponse à la question 16.

Les parties

30. Le plaignant participe-t-il à la procédure devant le juge constitutionnel ? Dans l'affirmative, sous quelles formes ? Qu'en est-il des autres parties ? Certaines autorités publiques peuvent-elles ou doivent-elles intervenir dans la procédure ?

En ce qui concerne le recours de constitutionnalité, v. la réponse à la question 23.

31. Le ministère d'avocat est-il prévu ? Si oui, sous quelle forme ? Existe-t-il un ministère public auprès du juge constitutionnel ?

En ce qui concerne le recours de constitutionnalité, v. la réponse à la question 24.

2. Le règlement des conflits entre juridictions

32. Le juge constitutionnel a-t-il pour mission de départager les compétences respectives des autres juridictions ? Dans l'affirmative, comment y procède-t-il ?

Le Tribunal constitutionnel n'a pas pour mission de régler les conflits de compétence positifs ou négatifs entre les tribunaux qui font partie de l'ordre juridictionnel portugais. Néanmoins, il convient de préciser que le Tribunal constitutionnel bénéficie d'une compétence pour délimiter sa propre compétence par rapport à celle des autres juridictions (*Kompetenz-Kompetenz*).

II. Les relations entre le juge constitutionnel et les autres juridictions

A. Le lien organique

33. *Quels sont les liens organiques entre le juge constitutionnel et les autres juridictions nationales (conditions d'accès, procédure de nomination,...) ?*

Il n'existe pas à proprement parler de liens organiques entre le Tribunal constitutionnel et les autres tribunaux. Ce qui vient d'être dit est encore valable lorsque l'on considère, ce qui paraît plus juste, que le Tribunal constitutionnel fonctionne, en ce qui concerne les matières de nature juridico-constitutionnelle, comme l'organe placé au sommet de la hiérarchie juridictionnelle.

En effet, bien que les décisions du Tribunal constitutionnel prononcées sur la base de recours introduits contre les décisions des autres tribunaux ont, pour ces derniers et quant aux matières de nature juridico-constitutionnelle, les mêmes effets typiques que les décisions prononcées par un tribunal de degré supérieur à l'égard d'un tribunal de degré inférieur, il n'en demeure pas moins que le Tribunal constitutionnel doit être regardé comme un tribunal spécial (cf. la réponse à la question 2).

Ainsi, le Tribunal constitutionnel constitue un tribunal que se trouve simultanément à l'intérieur et à l'extérieur de la hiérarchie juridictionnelle portugaise. Il est à l'intérieur de la hiérarchie juridictionnelle, plus précisément à son sommet, dans la mesure où tous les tribunaux qui ont le pouvoir-devoir d'opérer le contrôle de constitutionnalité (article 204° de la Constitution) se trouvent liés par les décisions du Tribunal constitutionnel qui sont prises, en dernière instance, dans le cadre du contrôle concret de constitutionnalité ou de légalité ainsi que par ses décisions positives d'inconstitutionnalité ou d'illégalité prononcées dans le cadre du contrôle abstrait. Mais, il se trouve également à l'extérieur de la hiérarchie juridictionnelle, que cela soit dans la perspective du contrôle abstrait *a priori* ou *a posteriori*, dans la perspective du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission ou encore dans celle de nombreuses autres compétences qui lui sont attribuées par la Constitution, dont beaucoup d'entre elles ne présentent même pas une nature juridictionnelle (cfr. l'article 223° de la Constitution).

Ce qui vient d'être dit ne signifie pas dire qu'il n'existe pas un lien entre le Tribunal constitutionnel et les autres tribunaux, notamment, en ce qui concerne la procédure de désignation des juges constitutionnels. Ce lien est simplement personnel et non organique. En effet, la qualité de juge constitutionnel ne peut être acquise selon les formes normales d'évolution de carrière au sein de la magistrature judiciaire ou en raison des fonctions remplies dans les autres tribunaux. Il n'en demeure pas moins que la qualité de juge n'est pas indifférente dans la perspective de la composition du Tribunal constitutionnel. Ainsi, aux termes de l'article 222°, paragraphe 1, de la Constitution le Tribunal constitutionnel est composé de treize juges, dix sont désignés par l'Assemblée de la République et les trois autres cooptés par ceux-ci. Or, selon le paragraphe 2 de ce même article, les six juges désignés par l'Assemblée de la République ou ceux cooptés sont obligatoirement choisis parmi les juges des tribunaux, les autres parmi les juristes.

B. Le lien procédural

34. Existe-t-il des liens procéduraux entre le juge constitutionnel et la juridiction qui le saisit ou contre laquelle la plainte est déposée (par exemple, un dialogue de juge à juge, afin de préciser ou d'affiner la question)? Dans l'affirmative, quel usage est-il fait de cette faculté?

L'intervention du Tribunal constitutionnel ne s'effectue pas à titre préjudiciel, par le biais de la formation d'une requête présentée par un autre tribunal afin qu'il apprécie une question particulière de constitutionnalité, comme c'est le cas du mécanisme du renvoi préjudiciel prévu à l'article 234° du Traité de Rome. Ainsi, il n'existe aucune possibilité de « dialogue entre les juges ».

Le Tribunal constitutionnel a seulement des contacts avec les autres juridictions dans le cadre du contrôle concret. Or, dans ce domaine, comme on l'a signalé, les questions de constitutionnalité soulevées devant le Tribunal constitutionnel proviennent de recours introduits, par les particuliers ou le Ministère Public, contre les décisions de justice, le juge saisi de l'affaire ne pouvant soulever officiellement une quelconque question de constitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel (v. la réponse à la question 11). Ainsi, le « dialogue des juges » est remplacé, dans l'économie du système portugais, et dans le respect du principe du contradictoire, par la possibilité offerte au Tribunal constitutionnel, dans le cadre du contrôle concret, d'inviter le requérant à produire, dans l'hypothèse où il ne l'aurait pas fait, les éléments requis qui doivent figurer dans la requête introductive du recours (cfr., article 75-A, paragraphes, 1, 2 et 5, de la LTC) ou encore de l'inviter à perfectionner les conclusions des allégations respectives (article 78°-B, paragraphe 1, de la LTC).

Lorsque le recours devant le Tribunal constitutionnel est présenté devant le tribunal qui a prononcé la décision faisant l'objet d'un recours, il appartient à ce dernier d'apprécier la recevabilité de celui-ci (article 76° de la LTC). Par ailleurs, le requérant a la possibilité de faire une réclamation devant le Tribunal constitutionnel contre l'ordonnance qui déclare le recours irrecevable (article 77° de la LTC). Il convient de souligner tout particulièrement que la décision du Tribunal constitutionnel a force de chose jugée quant à la recevabilité du recours (cf. l'article 77°, n° 4, de la LTC).

C. Le lien fonctionnel

§ 1. Le contrôle et ses effets

35. Les décisions du juge constitutionnel constituent-elles toujours un précédent contraignant pour les autres juridictions?

En ce qui concerne cette question, il convient de souligner que les décisions du Tribunal constitutionnel ne constituent pas un précédent contraignant pour les autres juridictions, ce qui va de pair avec la non admission dans l'ordre juridique portugais du système des précédents contraignants.

De toute façon, même si la règle du précédent contraignant n'est pas admise dans les relations entre le juge constitutionnel et les autres juridictions, il n'en demeure pas moins que des mécanismes sont, en droit portugais, consacrés qui tendent à assurer, dans le cadre du contrôle

concret, une uniformisation de la jurisprudence relative aux décisions d'inconstitutionnalité prises par différents tribunaux et par le propre Tribunal constitutionnel.

Ainsi, dans le cadre du contrôle concret de la constitutionnalité, il est possible d'introduire un recours, recours qui doit être obligatoirement exercé par le Ministère Public, contre les décisions des tribunaux : qui (i) appliquent une norme déjà jugée inconstitutionnelle ou illégale par le Tribunal constitutionnel ; (ii) qui appliquent une norme déjà jugée inconstitutionnelle par la Commission constitutionnelle⁷, dans les termes précis où son appréciation est demandée devant le Tribunal constitutionnel ; (iii) qui refusent d'appliquer une norme figurant dans un acte législatif sur le fondement qu'elle est contraire à une convention internationale, ou qui l'appliquent, mais de manière non conforme à ce qui a été précédemment décidé sur la question par le Tribunal constitutionnel. Il convient, encore, de souligner que dans ce dernier cas, le recours se limite aux questions de nature juridico-constitutionnelle et juridico-internationale contenues dans la décision qui fait l'objet d'un recours, alors que dans les autres cas les recours se limitent à la question de l'inconstitutionnalité soulevée (cfr. l'article 280°, paragraphe 3, de la CR et l'article 72°, paragraphe 3, de la LTC).

Le recours est obligatoire pour le Ministère Public quand la norme dont l'application aura été refusée figure dans une convention internationale, un acte législatif ou un décret réglementaire (cfr. l'article 280°, paragraphe 3, de la CR et l'article 72°, paragraphe 3 de la LTC).

Outre ces mécanismes d'uniformisation de la jurisprudence constitutionnelle, il existe également un mécanisme qui vise à assurer l'uniformisation de la jurisprudence au sein même du Tribunal constitutionnel. Dans ce cadre, lorsque le Tribunal constitutionnel vient à juger la question de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité d'une façon différente de celle préalablement adoptée pour la même norme par l'une de ses chambres, cette décision est susceptible de recours (recours qui est obligatoire pour le Ministère Public quand il intervient dans le procès comme demandeur ou défenseur) devant l'assemblée plénière du Tribunal constitutionnel (cfr. article 79°, paragraphe 1, de la LTC).

En dernier lieu, il convient de mentionner que le Tribunal constitutionnel peut apprécier et déclarer, avec force obligatoire générale, l'inconstitutionnalité de toute norme, dès lors qu'il l'aura jugée inconstitutionnelle dans trois cas concrets, c'est-à-dire dans le cadre du contrôle concret de l'inconstitutionnalité (cfr. la réponse à la question 9).

L'existence de mécanismes d'uniformisation de la jurisprudence ajoutée au fait que tous les tribunaux portugais constituent des « juges constitutionnels », comme on l'a déjà signalé (cfr. la réponse à la question n° 2), permet de caractériser l'ensemble des décisions du Tribunal constitutionnel comme étant des « précédents persuasifs » à l'égard des autres juridictions⁸.

36. Quels sont les modes de contrôle du juge constitutionnel (annulation, rejet, déclaration de constitutionnalité, déclaration d'inconstitutionnalité, arrêts interprétatifs, réserves d'interprétation, annulation d'une décision juridictionnelle, constat de lacune, constat de

⁷ Pendant la période de transition constitutionnelle (1976-1982), c'est-à-dire, avant la création du Tribunal constitutionnel, le contrôle concret de la constitutionnalité revenait, en dernier lieu, à la Commission constitutionnelle, organe qui fonctionnait aux côtés du Conseil de la Révolution.

⁸ Sur ce concept, cfr. Richard Bronaugh, « Persuasif Precedent », in Laurence Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 217 et ss.

validité limitée, ...) ? Distinguez éventuellement pour les types de saisine (le recours en annulation, le renvoi préjudiciel, la plainte constitutionnelle).

Comme on l'a déjà mentionné (cfr. les réponses aux questions 2 et 7), la CRP et la LTC prévoient quatre voies d'accès au juge constitutionnel qui correspondent à autant de voies procédurales consacrées par le droit du contentieux constitutionnel portugais, à savoir : la procédure de contrôle préventif, la procédure de contrôle abstrait *a posteriori*, la procédure de contrôle concret et la procédure de contrôle de l'inconstitutionnalité par omission (cfr. les réponses aux questions 2 et 7). Par conséquent, il convient d'indiquer les modes de contrôles ou les types de décisions qui seraient susceptibles d'être prononcées par le Tribunal constitutionnel dans chacune de ces voies procédurales.

(i) Les décisions du Tribunal constitutionnel prises dans le cadre du contrôle préventif (abstrait *a priori*)

Outre les décisions de nature procédurale (non examen du recours pour extemporanéité, par exemple), le Tribunal constitutionnel peut choisir, dans le cadre du contrôle préventif, entre deux types de décisions : se prononcer pour l'inconstitutionnalité ou ne pas se prononcer pour l'inconstitutionnalité de tout ou partie de la norme soumise à son appréciation :

- dans le cas où le Tribunal constitutionnel se prononce pour l'inconstitutionnalité d'une norme figurant dans un quelconque décret ou accord international, le texte doit obligatoirement faire l'objet d'un veto de la part du Président de la République.

- si le Tribunal constitutionnel ne se prononce pas pour l'inconstitutionnalité, cette décision n'a pas force de chose jugée, l'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale⁹ étant susceptible d'être déclarée dans le cadre de la procédure de contrôle abstrait *a posteriori*.

Dans le cas où le texte normatif a fait l'objet d'un veto pour motif d'inconstitutionnalité, il ne peut plus être promulgué ou signé sans que l'organe qui l'a approuvé l'expurge de la norme jugée inconstitutionnalité ou, s'il y a lieu, « le confirme à la majorité à la majorité des deux tiers des députés présents, dès lors qu'elle est supérieure à la majorité des députés effectivement en fonction » (article 279°, paragraphe 2 de la CR). Le Tribunal constitutionnel a déjà également accepté que des textes régionaux soient susceptibles de confirmation par l'assemblée législative concernée (cfr. l'arrêt n° 151/93).

Dans le cas où le texte est confirmé (à la majorité des deux tiers), le Président de la République (ou le Ministre de la République) n'est pas obligé de promulguer (ou de signer) l'acte. Il en va différemment dans le cas où le texte ayant fait l'objet du veto politique de la part du Président de la République ou du Ministre de la République est confirmé, cas dans lequel la promulgation ou la signature est obligatoire (cfr. les articles 136°, paragraphe 2 et 3, et 233°, paragraphe 3 de la CR).

Si l'organe auteur du texte au sein duquel se trouvait la norme objet de la déclaration d'inconstitutionnalité amende ce texte, le Président de la République ou le Ministre de la République, selon les cas, pourront demander à nouveau l'appréciation préventive de la constitutionnalité de ses normes » (article 279°, paragraphe 3, de la CR)¹⁰.

⁹ De telles situations ont lieu, même si rarement : voir les arrêts n° 187/88, n° 256/90, n° 473/92 et n° 225/95, in respectivement, *Acórdãos*, 12° vol., pp. 55 et ss. ; *Acórdãos*, 16° vol., pp. 7 et ss. ; *Diário da República*, I Série-A, n° 18, du 22 janvier 1993 ; *Acórdãos*, 31° vol., pp. 37 et ss.

¹⁰ Une telle situation a déjà eu lieu : cfr., par exemple, les arrêts n° 456/93 et 334/94, in *Diário da República*, I Série-A, n° 212, du 9 Septembre 1993, et II Série, n° 200, supplément du 30 Août 1994.

Si le Tribunal constitutionnel ne se prononce pas pour l'inconstitutionnalité du texte, et dans la mesure où le Président de la République et le Premier ministre n'exercent pas leur droit de veto politique, le Président de la République ou le Ministre de la République doivent promulguer ou signer les actes en cause¹¹.

(ii) Les décisions du Tribunal constitutionnel prises dans le cadre du contrôle abstrait *a posteriori*

En ce qui concerne les décisions finales du Tribunal constitutionnel prises dans le cadre du contrôle abstrait *a posteriori*, ces mêmes décisions peuvent admettre la thèse de l'inconstitutionnalité (décisions positives d'inconstitutionnalité), en déclarant avec force obligatoire générale, l'inconstitutionnalité de la norme ou des normes objet du recours, ou rejeter la thèse de l'inconstitutionnalité (décisions négatives d'inconstitutionnalité).

Après la publication de la déclaration d'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale dans la Série I du Journal officiel [cfr. les articles 122°, paragraphe 1, alinéa g), de la CR et 3°, paragraphe 1, alinéa a), de la Loi organique relative au Tribunal constitutionnel - LTC], la déclaration produit, en principe, des effets dès l'entrée en vigueur de la norme déclarée inconstitutionnelle ou illégale et entraîne la remise en vigueur des normes qu'elle aurait éventuellement abrogées (article 282°, paragraphe 1 de la CR). La règle générale est, en effet, celle de la non validité *ab initio* ou *ex tunc* (nullité), bien que les affaires déjà jugées ne soient pas remises en cause, sauf décision contraire du Tribunal constitutionnel quand la norme concernera le droit des sanctions publiques (la matière pénale, la matière disciplinaire, les actes illicites en matière administrative, c'est-à-dire « les infractions à l'ordre social » et quand son contenu sera moins favorable au prévenu (article 282°, paragraphe 3, de la CR).

Le Tribunal constitutionnel pourra encore attribuer aux effets de l'inconstitutionnalité (ou de l'illégalité) une portée plus restrictive qu'il n'est prévu, en règle générale, aux paragraphes 1 et 2 de l'article 282 de la CR, quand des raisons de sécurité publique, d'équité ou d'intérêt public d'importance exceptionnelle qui devra être motivée l'exigeront (article 282°, paragraphe 4).

L'importance de l'article 282°, paragraphe 4, de la CR consiste dans les possibilités de conditionnement ou de conformation (de « manipulation ») qu'il offre au Tribunal constitutionnel en ce qui concerne les effets des déclarations d'inconstitutionnalité, ce qui lui permet d'exercer des pouvoirs qui tendent vers des pouvoirs normatifs¹². De cette manière, si le Tribunal constitutionnel articule les effets prévus aux paragraphes 1 et 2 de l'article 282° avec les effets « de portée plus stricte » auxquels se réfère le paragraphe 4 de ce même article, il peut décider qu'une de ses décisions aura des effets *pro futuro* ou *ex nunc* ce qui n'implique pas la remise en vigueur de la norme ou des normes abrogées par la norme déclarée inconstitutionnelle.

¹¹ Les exemples de veto politique qui ont suivi les déclarations de non inconstitutionnalité dans le cadre du contrôle préventif (abstrait *a priori*) concernent les textes appréciés dans les arrêts n° s 1/91 et 13/95, in respectivement, *Acórdãos*, 18° vol., pp. 7, et *Diário da República*, II Série, n° 34, du 9 février 1995.

¹² Cfr. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3° édition, Coimbra, 1999, p. 952.

Les décisions qui ne déclarent pas l'inconstitutionnalité ou l'illégalité (décisions négatives) n'ont pas la force de chose jugée, la question de constitutionnalité pouvant à nouveau être posée dans le futur¹³.

(iii) Les décisions du Tribunal constitutionnel prises dans le cadre du contrôle concret

Les décisions prononcées dans le cadre des recours relevant du contrôle concret n'ont pas force obligatoire générale, ni un effet *erga omnes*. Elles n'ont d'effet qu'à l'égard des parties au recours et à l'égard des tiers intéressés au procès (article 74°, paragraphes 1, 2 et 3 de la LTC). En effet, la décision rendue a l'autorité de la chose jugée relativement à la question de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité soulevée.

Dans l'hypothèse où le Tribunal constitutionnel accueille totalement ou en partie le recours, il abroge la décision objet d'un recours (système de la cassation), le tribunal saisi de l'affaire devant réformer la décision de la question principale - ou la faire réformer par un tribunal de degré inférieur - conformément au jugement sur la question de l'inconstitutionnalité (ou de l'illégalité) - article 80°, paragraphe 2, de la LTC.

L'article 80°, paragraphe 3, de la LTC prévoit, afin d'éviter qu'il ait inconstitutionnalité (ou illégalité), la possibilité pour le Tribunal constitutionnel de fixer une interprétation de la norme appliquée par le tribunal saisi ou celle dont l'application a été refusée. Cette interprétation conforme à la Constitution lie le tribunal saisi.

(iv) Les décisions prises par le Tribunal constitutionnel dans le cadre du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission

Le Tribunal constitutionnel peut prononcer des décisions positives, où l'inconstitutionnalité par omission est vérifiée, ou des décisions négatives, où l'inconstitutionnalité par omission n'est pas vérifiée. Dans le premier cas, le Tribunal constitutionnel doit porter à la connaissance de l'organe législatif compétent l'omission législative (article 283°, paragraphe 2).

Il résulte de ce qui a été exposé antérieurement, que dans chaque types de contrôle de constitutionnalité, ou voies procédurales, admis par la Constitution portugaise, peuvent être prononcées, dans les procédures de contrôle qui leur correspondent, des décisions quant au fond positives ou négatives.

Ainsi :

- dans le cadre du contrôle préventif (abstrait *a priori*) de la constitutionnalité, le Tribunal constitutionnel peut se prononcer pour l'inconstitutionnalité des normes (imparfaites) qui ont

¹³ C'est ce qui est arrivé avec la question de la propriété des pharmacies et celle des indemnités relatives aux nationalisations et aux expropriations, pour lesquelles, en dépit du fait que les arrêts n°s 76/85 et 39/88, publiés respectivement, in *Acórdãos*, 5° vol., pp. 71 et ss., et 11° vol., pp. 233 et s, n'aient pas prononcé l'inconstitutionnalité de certaines normes, de nouveaux recours ont été introduits contre ces normes dans le cadre du contrôle abstrait de la constitutionnalité, les décisions antérieures du Tribunal constitutionnel ayant, dans tous les cas, été confirmées ; dans le premier cas, par l'arrêt n° 187/2001 (*Diário da República*, II s., 26/06/2001), et dans le second cas, par l'arrêt n° 452/95, publié in *Acórdãos do Tribunal constitucional*, 31° vol., pp. 135 et ss.

été soumises à son appréciation, ou ne pas se prononcer pour l'inconstitutionnalité (article 279°, paragraphe 1, de la CR) ;

- dans le cadre du contrôle abstrait *a posteriori* de la constitutionnalité, le Tribunal constitutionnel peut déclarer, avec force obligatoire générale, l'inconstitutionnalité de la norme ou des normes objet du recours, ou ne pas déclarer cette inconstitutionnalité (articles 281° et 282° de la CR) ;

- dans le cadre du contrôle concret de la constitutionnalité, le Tribunal constitutionnel peut juger inconstitutionnelle(s) la norme ou les normes objet du recours, ou ne pas juger cette norme ou ces mêmes normes inconstitutionnelle(s) (articles 280° de la CR et 80° de la LTC) ;

- dans le cadre du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, le Tribunal constitutionnel vérifie l'existence d'une inconstitutionnalité par omission ou ne vérifie pas une telle existence (articles 283°, paragraphe 2, de la CR et 68° de la LTC).

Néanmoins, en plus de ces décisions « extrêmes », positives ou négatives, il existe encore des décisions dont le contenu est, en quelque sorte, intermédiaire entre les décisions d'inconstitutionnalité et de non inconstitutionnalité. Dans ce cadre, on peut relever les décisions interprétatives, les décisions d'inconstitutionnalité partielle, les décisions appellatives, les décisions de simple appréciation et les décisions intégratives ou additives et substitutives. Cependant, toutes ces décisions ne sont pas admises en droit constitutionnel portugais.

(i) Les décisions interprétatives

En droit portugais, le Tribunal constitutionnel dispose de la faculté de prononcer des décisions de nature interprétative, sa pratique jurisprudentielle se fondant en la matière sur l'article 80° de la LTC.

Bien qu'elles se présentent comme des décisions intermédiaires entre les décisions de constitutionnalité et celles de non constitutionnalité, les décisions interprétatives finissent toujours par acquiescer, comme le souligne Luís Nunes de Almeida¹⁴, une de ces formes « extrêmes » dans le cadre du contrôle concret.

Ainsi, dans le cadre du contrôle concret, le Tribunal constitutionnel a aussi bien prononcé des décisions interprétatives sous la forme de décisions d'inconstitutionnalité, que sous la forme de décisions de non inconstitutionnalité. Il a également affirmé que, afin de faire une interprétation conforme à la Constitution, il lui appartient de déterminer, quelles sont les interprétations qui invalident la norme et celles qui lui garantissent une survie valable dans l'ordre juridique, en jugeant de manière expresse ou implicite certaines interprétations constitutionnelles et d'autres non constitutionnelles¹⁵.

Dans le cadre des procédures de contrôle abstrait, le Tribunal constitutionnel n'est pas confronté de manière immédiate à une interprétation de la norme réalisée précédemment par un autre tribunal. Par conséquent, il est très souvent délicat de déterminer avec exactitude les hypothèses dans lesquelles on se trouve en face d'une décision interprétative proprement dite, dans la mesure où le Tribunal constitutionnel procède toujours, et nécessairement, à une

¹⁴ Cfr. « A Justiça constitucional no Quadro das funções do Estado », in *Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Inconstitucionalidade de Normas*, VII Conferência dos Tribunais europeus, Lisbonne, 1987, pp. 123-124.

¹⁵ Cfr. Luís Nunes de Almeida, *ob. et loc. cit.*

interprétation préalable de la norme afin d'en établir le sens et la portée, avant de vérifier sa conformité à la Constitution.

Dans divers cas, le Tribunal constitutionnel a hésité entre prononcer une décision interprétative ou déclarer une inconstitutionnalité partielle, celui-ci penchant normalement en faveur de ce dernier type de décisions, ce qui tient peut-être davantage à « des raisons d'ordre pragmatique qu'à un quelconque motif d'ordre théorique : en effet, seules les déclarations d'inconstitutionnalité bénéficient d'une force obligatoire générale »¹⁶, néanmoins, on observe également des cas où le Tribunal constitutionnel n'hésite pas à prononcer une décision interprétative dans le cadre du contrôle abstrait *a posteriori* lorsqu'il fixe l'interprétation d'une norme conforme à la Constitution en tant que base d'une décision négative d'inconstitutionnalité (voir l'arrêt n° 517/99¹⁷). Dans de tels cas, la décision interprétative adoptée dans le cadre du contrôle abstrait, même si elle prend la forme d'une décision de non inconstitutionnalité, permettra aux parties, dans le cadre d'un recours en inconstitutionnalité, de contester l'interprétation d'une autre juridiction qui est contraire à celle qui a été adoptée par le Tribunal constitutionnel et d'obtenir ainsi une décision positive d'inconstitutionnalité dans le cadre du contrôle concret.

(ii) Les décisions d'inconstitutionnalité partielle

Dans la mesure où, en droit constitutionnel portugais, le contrôle de constitutionnalité a pour objet les normes et non les préceptes ou les textes qui en sont le support, une décision d'inconstitutionnalité partielle qui n'affecte pas la totalité de la norme, mais seulement une partie de cette dernière, peut prendre forme.

Le Tribunal constitutionnel peut d'ailleurs déclarer ou prononcer l'inconstitutionnalité *d'une partie ou d'un segment idéal* de la norme. Il peut encore déclarer ou prononcer l'inconstitutionnalité d'une norme pour sa partie qui établit une certaine prévision ou une réglementation, on parle alors d'inconstitutionnalité partielle horizontale, ou il peut déclarer ou prononcer l'inconstitutionnalité d'une norme en tant qu'elle est applicable ou dans la mesure où elle est applicable à certaines situations ou catégories, hypothèse dans laquelle on parle d'inconstitutionnalité partielle verticale.

Finalement, la décision d'inconstitutionnalité peut être partielle en ce qui concerne l'application de la norme pendant une période de temps donnée (inconstitutionnalité *ratione temporis*). Ainsi, dans l'arrêt n° 148/94¹⁸ (portant sur la Loi des Droits d'Inscription de l'Enseignement Supérieur Public, Loi n° 20/92, du 14 Août 1992), l'article 6°, paragraphe 2, de ce texte a été déclaré inconstitutionnel, « dans la mesure où, conjugué avec l'article 16°, paragraphe 2, de ce même texte, il permet, pour les années universitaires 1993-1994, 1994-1995 et suivantes, que le pourcentage qui sert à déterminer le montant des droits universitaires soit fixé au-dessus de 25% ».

(iii) Les décisions *appellatives*

Il n'est pas constitutionnellement admis que le Tribunal constitutionnel prenne des décisions appellatives, ou des décisions de délégation, ou constructives. Au sein de la doctrine, on

¹⁶ Cfr. Luís Nunes de Almeida, *ob. cit.*, p. 125.

¹⁷ *Diário da República*, II s., du 11/11/99.

¹⁸ *Diário da República*, I s.-A, du 03/05/94.

utilise encore les termes proches, de décisions d'injonction ou directives. Au travers de ces sentences, le Tribunal constitutionnel tranche dans le sens de la non constitutionnalité, bien qu'ayant diagnostiqué l'existence d'une inconstitutionnalité par rapport à laquelle il invite seulement le législateur, dans un certain délai, à procéder à l'abrogation ou à l'amendement de la norme considérée comme douteuse.

Dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité par omission, l'admissibilité de décisions intermédiaires dans lesquelles le Tribunal constitutionnel n'admet pas l'existence actuelle de l'inconstitutionnalité par omission, mais reconnaît qu'une telle inconstitutionnalité est en voie d'existence paraît également problématique. Comme Luís Nunes de Almeida l'a fait remarquer, une telle possibilité présupposerait une réponse affirmative à la question de savoir si le Tribunal constitutionnel est compétent pour apprécier la question du temps ou de l'opportunité des mesures législatives nécessaires à l'exécution des normes constitutionnelles¹⁹.

(iv) Les décisions de simple appréciation ou de simple reconnaissance ?

Il ne semble également pas possible d'admettre que le Tribunal constitutionnel puisse prononcer des décisions de simple appréciation ou des décisions reconnaissant seulement l'inconstitutionnalité, sans en tirer les conséquences prévues par la Constitution et par la LTC. Il en va seulement dans l'hypothèse du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, où la décision finale du Tribunal constitutionnel se traduit par une simple reconnaissance de l'existence ou de l'inexistence de l'omission législative (article 283°, paragraphe 2, de la CR).

Ainsi, en ce qui concerne le contrôle abstrait *a posteriori*, l'article 282° admet uniquement la restriction des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, mais pas la suppression totale de ces effets.

En ce qui concerne le contrôle concret de la constitutionnalité, le Tribunal constitutionnel doit, quand il examine l'objet du recours, confirmer ou abroger la décision du tribunal saisi, ne pouvant pas, en principe, se limiter à reconnaître l'existence de l'inconstitutionnalité, sans en tirer les conséquences nécessaires. Il est à noter que si le Tribunal constitutionnel estime que sa décision serait inutile au regard de l'objet du recours, ce dernier serait annulé, en faisant appel à la nature instrumentale du recours (par exemple, si la constitutionnalité d'une norme pénale d'incrimination est discutée, la survenance d'une amnistie qui supprime la responsabilité pénale du demandeur ou du défendeur implique, en principe, la suppression du recours pour inutilité *superveniente* (postérieure), cette question n'aboutissant pas à une décision finale de simple reconnaissance d'inconstitutionnalité).

(v) Les décisions intégratives ou additives ou substitutives

La CR et la LTC ne prévoient pas la possibilité pour le Tribunal constitutionnel de se substituer au législateur ou de combler les lacunes découlant d'une déclaration d'inconstitutionnalité avec force obligatoire générale.

¹⁹ *Ob. cit.*, p. 128.

Cependant, dans des cas peu nombreux, le Tribunal constitutionnel a, dans le cadre du contrôle abstrait *a posteriori*, pris des décisions à caractère normatif qui comblent les lacunes de la réglementation (décisions *intégratives*, *accumulatives* ou *additives*).

Dans l'arrêt n° 103/87²⁰, la norme qui privait les agents en tenue de la police de la sécurité publique (*Polícia de Segurança Pública*) du droit de présenter des plaintes auprès du *Provedor de Justiça* (Médiateur) contre les actions ou les omissions des pouvoirs publics responsables de ladite police, lorsque de telles plaintes n'avaient pas pour objet la violation de leurs droits, libertés ou ne leur portaient pas atteinte, a été déclarée inconstitutionnelle, avec force obligatoire générale. De là découle, pour les agents de la PSD, un élargissement normatif de leur faculté de présenter des plaintes.

Dans l'arrêt n° 12/88²¹, le Tribunal constitutionnel a, à l'abri de la procédure de *généralisation* prévue par l'article 281°, paragraphe 3, de la CR, déclaré l'inconstitutionnalité de la norme qui disposait que certaines pensions dues au titre des accidents du travail devaient être réactualisées en accord avec certaines dispositions légales, selon qu'elles aient été fixées avant ou après une certaine date, une telle déclaration comprenant une disposition moins favorable pour les bénéficiaires antérieurs à cette date limite. Dans la pratique, une telle décision a conduit à l'augmentation de certaines pensions.

Dans l'arrêt n° 359/91²², le Tribunal constitutionnel a élargi un régime légal à des situations non prévues par la loi, en jugeant inconstitutionnel le sens des paragraphes 2, 3, et 4 de l'article 1110 du Code Civil (légitimé par le Tribunal Suprême de Justice dans le cadre d'un arrêt de fixation de la jurisprudence) en vertu duquel le droit au transfert du bail relatif au logement qui y est prévu n'était pas applicable aux unions de fait, même si de ces dernières naissaient des enfants mineurs.

Dans l'arrêt n° 143/95²³, il a été demandé au Tribunal constitutionnel qu'il déclare l'inconstitutionnalité, avec force obligatoire générale, de la norme du statut de l'Ordre des Avocats qui prévoyait l'incompatibilité entre l'exercice de la profession d'avocat et l'activité de fonctionnaire ou celle d'agent d'un quelconque service public, exception faite des enseignants dans les matières juridiques. Le Tribunal constitutionnel en est venu à déclarer l'inconstitutionnalité, avec force obligatoire générale, de cette norme pour sa partie qui considère l'exercice de la fonction d'avocat incompatible avec celle d'enseignant dans des matières qui ne sont pas juridiques, ceci pour violation du principe d'égalité. En dépit du fait que la décision prenne la forme d'une déclaration d'inconstitutionnalité partielle, elle a, dans les faits, abouti à un élargissement de l'exception contenue dans la partie finale de la norme en question, en venant englober tous les enseignants qu'ils dispensent ou pas des matières juridiques.

De l'analyse de la jurisprudence ainsi résumée, il en résulte que l'utilisation des décisions de caractère additif par le Tribunal constitutionnel s'est limitée aux cas dans lesquels les normes qui sont soumises à son appréciation contiennent des clauses d'exception. C'est précisément dans l'élimination totale ou partielle de ces clauses d'exception, et par conséquent dans l'élargissement du régime-règle (de principe), que réside le contenu intégratif ou additif des décisions du Tribunal constitutionnel. Les décisions disposant du contenu ci-dessus résumé

²⁰ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 9°, pp. 83 et ss..

²¹ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 11°, pp. 135 et ss..

²² *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 19°, pp. 189 et ss..

²³ *Acórdãos do Tribunal constitucional*, vol. 6°, pp. 153 et ss..

ont encore pour trait commun, d'un point de vue substantiel, de concrétiser le principe d'égalité consacré à l'article 13° de la CR.

37. *Quels sont les effets juridiques des arrêts du juge constitutionnel (ex nunc, ex tunc, erga omnes, inter partes ; ...), isolément, sur le procès d'origine et sur tous les autres procès devant les juges de droit commun, sur d'autres normes, actes administratifs -réglementaires ou individuels - ou décisions juridictionnelles, ... (existe-t-il, par exemple, une procédure de réexamen, ...) ? Le juge constitutionnel peut-il limiter ou maintenir les effets dans le temps ?*

Comme il résulte de la réponse donnée à la question antérieure, la question des effets juridiques des décisions du Tribunal constitutionnel se pose surtout dans le cadre des procédures de contrôle abstrait *a posteriori* et concret. En effet, en ce qui concerne les procédures de contrôle de l'inconstitutionnalité par omission, la déclaration d'inconstitutionnalité ne dispose pas d'effet juridique direct, le Tribunal constitutionnel ne pouvant se substituer au législateur pour créer le régime légal manquant. Par ailleurs, en ce qui concerne les procédures de contrôle préventif, la problématique des effets juridiques des décisions du Tribunal constitutionnel n'est pas à ce titre particulièrement importante, étant donné que ces recours ont pour objet des textes normatifs non encore en vigueur. Il faut encore ajouter, comme on l'a déjà mentionné, que le prononcé par le Tribunal constitutionnel de l'inconstitutionnalité d'un texte normatif, dans le cadre du contrôle préventif (*a priori*), n'empêche pas sa confirmation postérieure, lorsque un tel cas se présentera, cette dernière décision n'empêchant pas également à son tour une éventuelle décision d'inconstitutionnalité postérieure dans le cadre du contrôle abstrait *a posteriori* ou concret.

La question des effets juridiques des décisions du Tribunal constitutionnel dans le cadre des procédures de contrôle abstrait *a posteriori* et concret a déjà été traitée dans la réponse à la question antérieure. Néanmoins, il conviendra d'aborder, de manière sommaire, la question de savoir si le pouvoir de limitation des effets prévu au paragraphe 4 de l'article 282° de la CR peut seulement être exercé par le Tribunal constitutionnel quand il y a lieu d'une décision ayant un effet *erga omnes*, comme il en découle d'une interprétation déclarative de la norme en cause, ou si, au contraire, ce pouvoir peut également être exercé dans le cadre du contrôle concret, diffus ou concentré. Même si l'opinion majoritaire au sein de la doctrine nationale est favorable à la première solution, certains estiment que « rien n'empêche d'avoir recours à la limitation des effets dans le cadre du contrôle concret (diffus ou concentré), étant donné qu'il n'existe pas de raisons majeures qui imposent une solution contraire²⁴ ». Néanmoins, il ne paraît pas exister des raisons majeures qui justifient de prendre des distances avec l'opinion dominante qui a été approuvée par le Tribunal constitutionnel. D'une part, il n'est pas certain que la solution qui consisterait à admettre la limitation des effets du recours dans le cadre du contrôle de concret soit favorable au fonctionnement de l'exigence de l'intérêt à agir pour le jugement de la question de constitutionnalité. D'autre part, pour les cas où est en cause une décision d'inconstitutionnalité relative à des normes pénales dont le contenu est plus favorable à l'accusé, il existe un doute sur la question de savoir si l'application du régime plus favorable à l'accusé doit s'appuyer sur le recours relatif au régime de limitation des effets prévu à l'article 282°, paragraphe 4, de la CR, ou si, au contraire cette application découle directement du principe prévu aux articles 29°, paragraphe 4 et 282°, paragraphe 3, de la seconde partie de la Constitution. Il faut encore ajouter que l'application du régime de limitation des effets prévu à l'article 282°, paragraphe 4, de la CR, impliquerait, dans le cadre

²⁴ Cfr. Rui Medeiros, *A decisão de Inconstitucionalidade, Os Autores, os efeitos e o Conteúdo da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, Lisbonne, 1999, p. 863.

du contrôle concret, une augmentation de la complexité du système des recours devant le Tribunal constitutionnel.

38. L'autorité des décisions du juge constitutionnel est-elle toujours respectée ? Rencontre-t-elle parfois de la résistance de la part des institutions ou juridictions ? Les autres juridictions éprouvent-elles parfois des difficultés à mettre en œuvre les décisions du juge constitutionnel ?

On peut vérifier que les décisions du Tribunal constitutionnel sont respectées tant par les autres juridictions, dans le cadre du contrôle abstrait, que par le législateur, dans le cadre du contrôle concret. Etant donné que la question est posée sous l'angle des relations entre le juge constitutionnel et les autres juridictions, la problématique de l'exécution des décisions du Tribunal constitutionnel par le législateur sera mise de côté.

En ce qui concerne la question du respect par les autres juridictions des décisions du juge constitutionnel, il convient de distinguer deux problèmes : d'une part, la question se pose de savoir dans quelle mesure la jurisprudence du Tribunal constitutionnel est admise par les autres tribunaux, étant donné qu'ils ont, comme on l'a dit précédemment, tous compétence pour examiner la constitutionnalité des normes juridiques ; d'autre part, la question se pose de savoir comment les tribunaux qui respectent les décisions du Tribunal constitutionnel, dans le cadre de procédure de contrôle concret, réforment leurs décisions conformément à ce qu'a jugé le juge constitutionnel pour la question de constitutionnalité. En ce qui concerne le premier aspect, comme il l'a déjà été souligné, les décisions du Tribunal constitutionnel fonctionnent comme des « précédents persuasifs » à l'égard des autres tribunaux. En ce qui concerne le second aspect, comme il l'a déjà été mis en relief, les décisions du Tribunal constitutionnel ont autorité de chose jugée à l'égard du procès en ce qui concerne la question de constitutionnalité qui y a été soulevée. Même s'il est possible d'affirmer, d'une manière générale, que l'admission de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel par les autres tribunaux ou que le respect de ses décisions par ces derniers s'effectue sans grandes difficultés²⁵, il existe néanmoins des situations dans lesquelles un tel cas de figure ne se vérifie pas, tout particulièrement lorsque le Tribunal constitutionnel procède à la fixation de l'interprétation de la loi conforme à la Constitution dans un cas concret²⁶.

De toute façon, il existe des manières d'assurer le respect des décisions du Tribunal constitutionnel par les autres tribunaux. Avant tout, il convient, à ce propos, de mentionner, les mécanismes d'uniformisation de la jurisprudence précédemment évoqués. De plus, en ce qui concerne de manière spéciale la question du respect par le tribunal saisi des décisions du Tribunal constitutionnel dans le cadre d'une procédure de contrôle concret de la constitutionnalité, le Tribunal constitutionnel a admis des recours de constitutionnalité lorsque, ayant abrogé (modifier, révoquer, annuler) la décision du tribunal *a quo* et demandé à ce qu'elle soit reformulée en harmonie avec ce qu'il avait décidé antérieurement quant à la question de constitutionnalité, est constaté le non respect de ce qui a été décidé par lui en

²⁵ Cfr. António Rocha Marques, « O Tribunal Constitucional e os outros Tribunais : A Execução das Decisões do Tribunal constitucional », in AA. VV., *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Editora Notícias, Lisbonne, 1993, p. 470.

²⁶ A ce propos, il convient de mentionner un cas de figure dans lequel les tribunaux de droit commun ont refusé, de manière répétée, de suivre l'interprétation de la loi adoptée par le Tribunal constitutionnel, ce qui a motivé l'introduction de cinq recours devant le Tribunal constitutionnel sur la même question, cfr., Luís Nunes de Almeida, « La compétence d'appel du Tribunal constitutionnel du Portugal sur les décisions des cours ordinaires », in *Conférence internationale - Relations entre les cours constitutionnelles et les autres juridictions (Sarajevo, les 18 et 19 mars 2000)*, Sarajevo, 2001, pp. 63-64.

rapport avec cette question. Ainsi, il est possible d'intenter un recours devant le Tribunal constitutionnel qui est fondé sur la violation de la chose jugée relative à la décision antérieurement prise par lui (en ce sens, voir les arrêts n°s 532/99 et 340/00²⁷).

§ 2. L'interprétation par le juge constitutionnel

a. La réception de la jurisprudence des autres juridictions par le juge constitutionnel dans l'exercice de sa propre compétence

39. Le juge constitutionnel se considère-t-il lié par les interprétations données à l'acte contesté par la Cour de cassation, la Cour suprême ou d'autres juridictions (théorie du droit vivant, par exemple) ? Le juge constitutionnel peut-il néanmoins donner une autre interprétation ?

Au Portugal, le problème du « droit vivant », c'est-à-dire l'interprétation jurisprudentielle prédominante et consolidée dans une norme au sein d'une juridiction déterminée, notion qui fut élaborée par le Tribunal constitutionnel italien en tant que base des relations entre la juridiction constitutionnelle et les autres juridictions, se pose de manière différente suivant que se trouve en cause le contrôle concret ou le contrôle abstrait.

Dans le cadre du contrôle abstrait, dans lequel le Tribunal constitutionnel n'est pas confronté à une norme ayant déjà fait l'objet d'une interprétation (par un autre tribunal), le Tribunal constitutionnel tend à prendre en considération, dans le cadre de son activité, l'interprétation, jurisprudentielle ou administrative, qui prédomine en ce qui concerne l'application de la norme, lorsque une telle interprétation existe.

Déjà, dans le cadre du contrôle concret, le Tribunal constitutionnel contrôle toujours, en raison de la nature du type de contrôle en cause, non seulement la constitutionnalité de la loi, mais également la constitutionnalité même de l'interprétation de la loi auquel a procédé le juge *a quo*, comme il en résulte, d'ailleurs, de l'article 80°, paragraphe 3, de la LTC. Cette caractéristique du contrôle concret n'en soulève pas moins des difficultés quant à la distinction entre l'interprétation de la loi, qui est contrôlée par le Tribunal constitutionnel, et l'application de la loi, qui échappe à ce contrôle. D'une manière générale, il est possible d'affirmer que la distinction entre une question d'interprétation de la loi et une question d'application de la loi ne pose pas de grandes difficultés par rapport aux normes juridiques susceptibles d'une application syllogistique, prenant appui sur le modèle du syllogisme judiciaire. Néanmoins, cette distinction devient plus complexe lorsque est en cause l'application d'un principe juridique, d'une norme au contenu indéterminé ou une clause générale comme la clause de bonne foi²⁸.

De toute manière, il appartient au Tribunal constitutionnel de se prononcer définitivement sur les termes de la distinction évoquée entre l'interprétation et l'application de la norme. La configuration du Tribunal constitutionnel réalisée par l'ordre juridique portugais n'est pas à ce titre étonnante. Il n'est pas seulement un tribunal suprême au regard du fait que ses décisions ne font pas l'objet de recours. Il est également le tribunal suprême des tribunaux suprêmes portugais (bien que disposant d'une compétence spécifique et qu'il se situe hors des différents

²⁷ *Diário da República*, II s., du 27/03/2000, respectivement.

²⁸ Cfr. à ce propos, « Entretien avec M. José Manuel Cardoso da Costa », (in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 10, 2001, p. 41) et les arrêts du Tribunal constitutionnel n°s 205/99, 655/99 et 383/00 (publiés dans ces mêmes *Cahiers...*, pp. 46 et ss., 50 et ss. et 55 et ss., respectivement).

ordres de juridiction) au regard du fait que lui est reconnue une compétence pour apprécier sa propre compétence, au travers de la faculté qu'il a de décider au final de l'admissibilité des recours introduits devant lui par le biais d'une réclamation, comme on l'a vu dans la réponse à la question 34, et de la possibilité dont il dispose d'examiner les recours relatifs à la manière dont sont exécutées ses décisions²⁹.

b. Les effets de l'interprétation du juge constitutionnel et la réception de la jurisprudence du juge constitutionnel par les autres juridictions dans l'exercice de leur propre compétence

40. L'interprétation des normes constitutionnelles et des normes législatives donnée par le juge constitutionnel s'impose-t-elle aux autres juridictions ? Que se passe-t-il en cas de non-respect de l'interprétation du juge constitutionnel ?

L'interprétation des normes constitutionnelles et législatives donnée par le Tribunal constitutionnel s'impose, dans le domaine du contrôle concret, aux autres juridictions qu'à l'égard du procès dans le cadre duquel un recours a été introduit devant le Tribunal constitutionnel - cfr. la réponse à la question 36.

L'interprétation des normes constitutionnelles et l'interprétation conforme à la Constitution des normes législatives donnée par le juge constitutionnel dans le cadre d'une procédure de contrôle abstrait constitue « un précédent persuasif » (cfr. la réponse à la question 35) pour les autres juridictions. Il en va de même pour l'interprétation d'une norme constitutionnelle ou législative donnée par le juge constitutionnel dans le cadre d'un recours de constitutionnalité, dans le cadre de procédures de contrôle concret, en rapport avec d'autres procès dans lesquels la même question de constitutionnalité viendrait à être soulevée.

Le non-respect de l'interprétation donnée par le juge constitutionnel peut donner lieu à l'application des mécanismes d'uniformisation de la jurisprudence constitutionnelle (cfr. la réponse à la question 35). Dans le cas où ce non-respect concerne une décision du Tribunal constitutionnel qui a abrogé, dans le cadre d'une procédure de contrôle concret, la décision du tribunal faisant l'objet d'un recours saisi ou qui a demandé qu'elle soit reformulée conformément à ce qui a été décidé par lui, un nouveau recours peut être introduit devant le Tribunal constitutionnel.

41. Le juge constitutionnel peut-il déclarer qu'une norme n'est constitutionnelle que dans l'interprétation précise qu'il donne ? Cette interprétation peut-elle s'écarter de celle du « droit vivant » ? Dans l'affirmative, quel usage est-il fait de cette faculté ?

Voir la réponse à la question 39.

42. Quels sont les effets, pour les autres juridictions, d'un arrêt purement interprétatifs ?

Comme on l'a précédemment mentionné, les décisions interprétatives du Tribunal constitutionnel revêtent toujours la forme de décisions d'inconstitutionnalité ou de non

²⁹ Cfr. Miguel Galvão Teles, « A Competência da Competência do Tribunal constitucional », in AA. VV., *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional)*, Coimbra, 1995, p. 120.

inconstitutionnalité. Ces décisions ont, dans le cadre des procédures de contrôle concret, des effets semblables à ceux des autres décisions, étant donné que l'interprétation donnée par le Tribunal constitutionnel lie le tribunal saisi devant lequel un recours avait été introduit (cfr. les réponses aux questions 36 et 39).

Plus complexe est la question de savoir dans quelle mesure une décision interprétative prise dans le cadre du contrôle abstrait *a posteriori* et qui revêt la forme d'une décision négative d'inconstitutionnalité lie les autres juridictions. Dans ces cas de figure, la question pourra seulement, en principe, être jugée par le Tribunal constitutionnel lorsque elle aura été soulevée par une des parties dans le cadre d'un procès concret ultérieur.

III. L'interférence des juridictions européennes

A. Le juge constitutionnel et les autres juridictions face à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

43. Le juge constitutionnel est-il tenu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ? Dans le cas où cette jurisprudence ne s'impose pas, influence-t-elle l'action du juge constitutionnel ?

Contrairement à ce qui se passe pour les relations entre le juge constitutionnel et le juge communautaire (cfr., *infra*, questions 46 et ss.), les questions relatives aux relations entre la Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Tribunal constitutionnel ne soulèvent pas, dans le domaine des droits fondamentaux des personnes, un problème de « délimitation » ou de « frontière » entre la compétence des tribunaux internes et celle d'une instance judiciaire supranationale, mais plutôt un problème de « concurrence » nécessaire entre ces deux juridictions. La question centrale qui pourra se poser est celle de l'éventuelle divergence entre les jurisprudences respectives de ces deux instances, ou alors celle de leur influence réciproque.

Le juge constitutionnel - qui comprend également, comme on l'a vu, le juge ordinaire - n'est pas tenu par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, sauf dans l'hypothèse où une décision de cette Cour doit, aux termes de la Convention européenne des Droits de l'Homme³⁰, être respectée par l'Etat portugais et, par conséquent, pas son juge constitutionnel. Néanmoins, dans la mesure où il n'est prévu aucun mécanisme de procès de révision de la décision juridictionnelle interne (y compris celle du Tribunal constitutionnel), ayant la force de chose jugée, que la Cour Européenne des Droits de l'Homme considère comme violant la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la portée pratique de cette subordination s'estompe de manière significative. Dans ces cas, la décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme aura pour unique conséquence d'attribuer à la partie lésée

³⁰ L'adhésion du Portugal à la Convention Européenne des Droits de l'Homme - au travers de la Loi n° 65/78, du 13/10/1978 - a produit des effets à partir du 09/11/1978, et a compris, dès le début, l'acceptation de la compétence de la Commission Européenne des Droits de l'Homme ainsi que celle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. En contrepartie, la Portugal a formulé huit réserves à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, dont six ont été, néanmoins, retirées au travers de la Loi n° 12/87, du 07/04/1987.

une réparation raisonnable, aux termes de l'article 41 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme³¹.

Néanmoins, la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme est fréquemment prise en compte par le juge constitutionnel (lequel prend également en compte, ce qui n'est pas rare, la jurisprudence constitutionnelle comparée³²), en tant qu'important élément auxiliaire d'interprétation.

La Constitution portugaise comprend un catalogue de droits fondamentaux extrêmement développé et détaillé, et peut être plus exhaustif que les instruments internationaux de protection des Droits de l'Homme. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant qu'une telle Constitution ne figure pas au titre de celles qui nécessitent une clarification ou un complément de leurs dispositions et de leurs principes fondamentaux par le biais du recours à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Pourtant, nombreux sont les cas dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel où celui-ci a pris en compte, pour l'interprétation des normes constitutionnelles dont l'application lui incombe directement, la Convention Européenne des Droits de l'Homme et la doctrine jurisprudentielle établie par ses instances de contrôle.

Il s'agit, fréquemment, de cas concernant les garanties procédurales - soit dans le domaine civil soit, surtout, dans le domaine du procès pénal - qui se situent dans le champ d'application de l'article 6° de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (droit à un « jugement équitable » et les principes qui en découlent). Dans ces cas de figure, le Tribunal constitutionnel a affirmé et souligné que si la Constitution ne consacre pas expressément, sous cette formule, le droit à un « procès équitable » - il faut noter, cependant, qu'à partir de la dernière révision de la Constitution (1997), l'article 20°, paragraphe 4, se réfère désormais de manière expresse à cette formule -, un tel droit était implicitement contenu dans le principe consacré à l'article 20 ° relatif à la « garantie d'accès au droit et à la protection juridictionnelle » (v., par exemple, les arrêts n°s 529/94, 223/95 et 352/98³³). Ainsi, le Tribunal constitutionnel a procédé à un développement du principe constitutionnel qui va dans le sens la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Cependant, le Tribunal constitutionnel n'en est pas resté là, étant donné que dans certains de ces cas, on observe, en surplus, le recours aux précédents de la jurisprudence de la Commission ou de la Cour Européenne des Droits de l'Homme invoqués à l'appui de la décision à laquelle le Tribunal constitutionnel aboutit: v. p. ex., l'arrêt n° 222/90³⁴, ou, plus récemment, les arrêts n°s 547/98³⁵ - dans lequel le Tribunal constitutionnel a invoqué l'affaire *Kamasinski* (Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 19/12/1989) à l'appui de son jugement de non inconstitutionnalité de la disposition du Code de procédure pénale portugais qui n'exige pas la remise à l'accusé étranger d'une traduction écrite d'accusation, étant donné qu'il est satisfait à cette exigence par le biais de l'octroi d'un délai raisonnable pour connaître le contenu d'une telle pièce d'accusation³⁶ -, les arrêts 517/2000 et 581/2000 -

³¹ Cfr. Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada*, 2° éd., Coimbra Editora, 1999, p. 308.

³² Le récent arrêt n° 187/2001 relatif à la question de la propriété des pharmacies déjà cité sert d'exemple.

³³ Publiés, respectivement, dans les *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 29 et 30, et dans le *Diário da República*, II s., du 14/07/1998.

³⁴ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol., 16.

³⁵ *Diário da República*, II s., du 15/03/1999.

³⁶ Dans l'arrêt n° 632/99, qui a traité une thématique proche, il a également été fait appel à la décision du 09/12/1991 de la Commission Européenne des Droits de l'Homme (selon laquelle la Convention Européenne des

qui invoquèrent l'affaire *Saraiva de Carvalho* (Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 22/04/1994) en renfort des jugements de non inconstitutionnalité qu'ils ont prononcé³⁷.

L'exemple vraisemblablement le plus flagrant de ce que l'on peut considérer être une convergence - de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, dans le cadre de son orientation générale, en matière de droits fondamentaux et de celle des instances chargées de veiller à la sauvegarde de ces droits dans le cadre européen - trouve sa source, toutefois, dans les récents arrêts n° s 345/99 et 412/2000³⁸, dans lesquels le Tribunal constitutionnel s'est directement appuyé sur l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme relative à l'affaire *Lobo Machado*³⁹, du 20/02/1996, afin de juger inconstitutionnelle (en raison de la violation du droit à un procès équitable - cfr. maintenant l'article 20°, paragraphe 4, de la CRP), même si avec des votes dissidents, la norme qui prévoyait la présence exclusive et la possibilité d'intervention du représentant du Ministère Public dans les séances de jugement du Tribunal Administratif Suprême et du Tribunal Administratif Central. Dans la première décision, le Tribunal constitutionnel a expressément affirmé que : « au regard des raisons invoquées par les organes juridictionnels de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et de la volonté historiquement claire du constituant de suivre la jurisprudence européenne dans le sens du développement des droits fondamentaux prévus de la même manière dans la Convention et dans la Constitution, il y a lieu de réviser la jurisprudence antérieure à la révision constitutionnelle de 1997 ». La norme en question a été, d'ailleurs, déclarée inconstitutionnelle, avec force obligatoire générale, par l'arrêt n° 157/ 2000⁴⁰. Il faut ajouter que la Cour Européenne des Droits de l'Homme a également confirmée sa jurisprudence, même si cette dernière a fait l'objet d'opinions dissidentes, dans l'affaire *Kress*, du 07/06/2001, où elle considère que la présence du *Commissaire du Gouvernement* dans les séances devant le Conseil d'Etat français (mais non l'absence de notification au requérant des conclusions du Commissaire du Gouvernement) est contraire à la l'article 6°, paragraphe 1, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Droits de l'Homme « ne garantit pas expressément à l'accusé le droit d'être informé, dans une langue qu'il comprend, de la nature et de la cause de l'accusation qui est portée contre lui », le prévoyant seulement en matière pénale - article 6° § 3) afin de fonder le jugement de non constitutionnalité de certaines dispositions du Code de procédure civile qui permettent l'assignation, dans un pays étranger (signataire de la Convention de La Haye du 15/11/1965), d'une société ayant son siège dans ce pays, au travers d'une lettre recommandée avec accusé de réception, même si elle est rédigée en portugais. Le Tribunal constitutionnel a estimé que « si l'on réfléchi à la valeur de l'utilisation du portugais dans les actes judiciaires, l'assignation, sans sa traduction dans la langue du pays où elle est faite, ou dans une des langues véhiculées par la Convention de La Haye, ne porte pas atteinte au droit, de la personne assignée, à un procès équitable; ... prenant pour modèle un défenseur qui agit avec soin et diligence, il sera de toute façon inacceptable que, ayant reçu une lettre, avec avis de réception, la partie ne cherche pas à connaître le sens de la communication et que cette lettre soit tout simplement archivée ».

³⁷ Dans le premier arrêt était en cause la confrontation entre la disposition du Code de procédure civile qui prévoit la possibilité pour le juge « d'inviter n'importe quelle partie à combler les insuffisances ou les imprécisions de l'exposition des faits allégués » et, en autres, le principe d'impartialité des tribunaux et celui du procès équitable. Dans le second arrêt, certaines dispositions du Code de procédure pénale (celles qui donnent compétence au Ministère Public pour conduire et réaliser l'enquête et prononcer l'accusation, même dans les hypothèses où la personne lésée est le Ministère Public, son organe supérieur, ou son président) ont été accusées, en autres, de violer le droit au procès équitable.

³⁸ *Diário da República*, II s., 17/02/2000 et 21/11/2000.

³⁹ D'autres questions des juridictions européennes ayant été également examinées, tout spécialement les affaires *Borgers*, du 30/10/91 et *Van Orshoven*, du 25/06/1997.

⁴⁰ *Diário da República*, I s., 10/05/2001.

Il faut encore mentionner le fait que la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme trouve un écho au sein des décisions des autres tribunaux portugais⁴¹.

La question de l'applicabilité de l'article 6°, paragraphe 1, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme aux procédures devant les juridictions constitutionnelles, en ce qui concerne le Tribunal constitutionnel portugais, n'a jamais été examinée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (bien que le Gouvernement portugais ait soutenu devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme la non applicabilité de cet article⁴²). En effet, jusqu'à présent, bien que les recours fondés sur la lenteur de la justice portugaise aient été nombreux devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme⁴³, ils n'ont jamais eu pour fondement spécifique la lenteur des décisions du Tribunal constitutionnel⁴⁴. Mais, il y a déjà

⁴¹ Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção...*, cit., p. 52, mentionne, par exemple, les arrêts du Suprême Tribunal de Justice du 14/02/1996 et du 07/11/1996 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n°s 454, p. 507 et 461, p. 54), relatifs respectivement à la question de la présence de l'accusé, objet d'une détention préventive, dans l'audience de jugement devant le Suprême Tribunal de Justice et à celle de l'expulsion des étrangers.

⁴² En effet, dans l'affaire *Ruiz-Mateos v. Espagne*, du 23/06/1993, le Gouvernement portugais et le Gouvernement allemand ont présenté des observations écrites. Le Portugal a soutenu, notamment, qu'une procédure devant un Tribunal constitutionnel ne devait pas entrer en ligne de compte dans le calcul de la période à examiner (afin de déterminer si il y a violation du droit au juge dans un délai raisonnable), et que - en raison de leur nature, de leur structure et de leurs compétences - les Cours constitutionnelles échappent au dispositif de l'article 6°, paragraphe 1, de la Convention Européenne des droits de l'Homme.

⁴³ Tout particulièrement ces dernières années. Il faut noter que, si jusqu'à l'année 1998, le Portugal n'a été partie au procès que dans 17 cas prononcés par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, ce nombre a connu une augmentation exponentielle à partir de cette date. En effet, le nombre de condamnations prononcées par la Cour Européenne des Droits de l'Homme à l'encontre de l'Etat portugais sur le fondement de recours pour violation du droit à ce que sa cause soit entendue dans « un délai raisonnable » contenu à l'article 6° de la Convention Européenne des droits de l'Homme est significatif de cette augmentation. De 1999 à 2001, la Cour Européenne des droits de l'Homme a tranché 53 procès dans lesquels le Portugal était partie. Sur ces 53 procès, 49 procès dans lesquels la plainte était fondée sur la lenteur de la justice (12 en 1999, 18 en 2000 et 19 en 2001, jusqu'au 15 octobre 2001) ont débouché, soit à une condamnation du Portugal, soit à un accord amiable - et aboutissant d'une manière ou d'une autre toujours au versement d'une indemnisation au plaignant -, le cas *Oliveira Modesto et autres*, tranché le 08/06/1997, se détachant des autres dans la mesure où le Portugal a été condamné à payer la somme considérable de 109.800.000\$00 à 122 requérants, qui étaient employés dans une entreprise de Aveiro ayant fait faillite (soit 900.000\$00 à chacun).

⁴⁴ Contrairement à ce qui s'est passé, par exemple, pour le Tribunal constitutionnel allemand (cfr. les affaires *Pammel, Probstmeier*, toutes deux du 01/07/1997, et *Klein*, du 27/07/2000, dans lesquelles la Cour Européenne des Droits de l'Homme a conclu à la violation du droit à ce que sa cause soit entendue dans « un délai raisonnable » qui figure à l'article 6°, paragraphe 1, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ainsi que les affaires *Süßmann*, du 16/09/1996, et *Gast and Popp*, du 25/02/2000, où il a été décidé - en dépit de la réaffirmation de l'applicabilité de l'article 6°, paragraphe 1, aux procédures introduites devant le Tribunal constitutionnel - que, dans ces cas concrets, il n'y avait eu de violation de la Convention). Sur cette jurisprudence polémique de la Cour Européenne [cfr. encore, outre l'affaire *Ruiz-Mateos*, les affaires *Krcmár et autres c. République Tchèque*, du 03/03/2000, *Trickovic c. Slovénie*, du 12/06/2001, et *Rodríguez Valin c. Espagne* et *Díaz Aparicio c. Espagne*, les deux du 11/10/2001 ; voir également, néanmoins, l'affaire *Pierre-Bloch c. France*, du 21/10/1997, dans laquelle la Cour Européenne des Droits de l'Homme a considéré l'article 6°, paragraphe 1, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme non applicable - dans la mesure où n'est en cause aucun droit « de caractère civil » et aucune « accusation en matière pénale » - en ce qui concerne un recours introduit devant le Conseil constitutionnel dans lequel cet organe a prononcé la perte de mandat d'un député et son inéligibilité pour une durée d'un an en raison d'irrégularités en matière de comptes électoraux et de financement de partis politiques], Konrad Kruis (ancien juge du Tribunal constitutionnel allemand) a récemment affirmé de manière très critique que : « *The relationship between the European Court of Human Rights and the Federal Constitutional Court is harmonic. The only point of discussion could be found in the opinion of the European Court that an individual complaint to the Federal Constitutional Court forms part of the domestic legal remedies. In my opinion it is desirable that Strasbourg abandons this point of view. That way, the European Court would become more effective. The procedure of the complaint of unconstitutionality could then be understood as an extraordinary legal remedy which in the same way as the individual complaint to the Court in Strasbourg does not fall under the time-guarantee of Article 6 ECHR. The Federal Constitutional Court would in*

eu des recours présentés devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme à la suite de décisions du Tribunal constitutionnel (cfr., infra, question 45).

44. Le juge peut-il fonder sa décision sur une disposition de la Convention européenne et, ce faisant, écarter éventuellement l'action du juge constitutionnel ?

Une telle possibilité pourrait difficilement se présenter. En effet, ou bien le juge *a quo applique* la norme accusée par quelqu'un de violer la Convention (considérant qu'elle ne viole pas la Convention Européenne des Droits de l'Homme), ou bien il *n'applique pas* la norme estimant qu'elle viole la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Dans ces deux cas, un recours est toujours possible devant le Tribunal constitutionnel, dans les termes ci-dessus analysés.

En effet, dans le premier cas, ce recours sera fondé sur les articles 280°, paragraphe 1, alinéa b), de la CRP, et 70°, paragraphe 1, alinéa b) de la LTC⁴⁵ :

- soit parce que l'accusation de violation du droit consacré par la Convention Européenne des Droits de l'Homme est accompagnée d'une accusation d'inconstitutionnalité (ce qui sera le plus probable), le silence du juge *a quo* sur cette dernière question étant indifférent dans la mesure où l'application de la norme (expressément accusée d'être inconstitutionnelle) présuppose un jugement de constitutionnalité.

- soit, même dans le silence du requérant sur les problèmes concernant la question de la Constitution portugaise, parce que le droit provenant de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, reproduit aussi, très probablement (cf. *supra*, question 43), le catalogue des droits fondamentaux de la CRP, ce qui peut permettre de considérer comme implicitement remplie le devoir de soulever la question de constitutionnalité durant le procès qui incombe à celui qui prétend intenter un recours contre les décisions négatives d'inconstitutionnalité.

Dans le second cas, même si le juge ne se prononce pas sur la conformité de la norme avec la Constitution, ce recours (que le Ministère Public doit obligatoirement exercer, suivant les cas, aux termes de l'article 280°, paragraphe 3, de la CRP, si la norme dont l'application a été refusée figure dans une convention internationale, un acte législatif ou un décret réglementaire, et de l'article 72°, paragraphes 3 et 4 de la LTC), sera fondé sur :

- ou sur les articles 280°, paragraphe 1, alinéa a), de la LTC, dans la mesure où le jugement relatif à la violation du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme emporte implicitement et nécessairement un jugement d'inconstitutionnalité, puisque la CRP contient des normes ou des principes identiques à ceux de la Convention Européenne des Droits de

*this way be liberated from the pressure that it experiences due to the possible reproach of too long procedures : this problem frequently arises with difficult questions of fundamental importance. Insofar, the same applies for the Federal Constitutional Court in Strasbourg ; it is not really known for quick functioning either. In view of the different sources of law, it is inconsistent to consider the complaint of unconstitutionality - being an extraordinary legal remedy - as part of the ordinary domestic legal remedies. As the European Convention only has the status of ordinary law in Germany, i.e. sorting under the constitutional law, the Federal Constitutional Court does not control whether or not it is respected by the lower courts ; that just falls within the jurisdiction of Strasbourg » [« Relations between the European Court of Human Rights and the (German) Federal Constitutional Court », in *Conférence internationale - Relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions* (Sarajevo, les 18 et 19 mars 2000), Sarajevo, 2001, pp. 134-135].*

⁴⁵ Ou alors, s'il s'agit d'une norme que le Tribunal constitutionnel a lui-même jugé inconstitutionnelle, le recours sera fondé sur les articles 280°, paragraphe 5, de la CRP et 70°, paragraphe 1, alinéa g) de la LTC, (à cela est indifférent le fait que le juge *a quo* se réfère seulement à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et qu'il ne se prononce pas sur la question de la constitutionnalité ou sur la décision d'inconstitutionnalité du Tribunal constitutionnel). Dans cette hypothèse, d'ailleurs, le Ministère Public doit obligatoirement exercer un recours.

l'Homme (ce qui sera le cas le plus probable, au regard de l'étendue et la densité du catalogue des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution portugaise - Partie I de la Constitution) ; - ou dans l'hypothèse contraire (qui demeure rare), sur l'article 70°, paragraphe 1, alinéa i), de la LTC, qui prévoit la possibilité d'introduire un recours devant le Tribunal constitutionnel contre les décisions des tribunaux « qui se refusent à appliquer une norme figurant dans un acte législatif sur le fondement qu'elle est contraire avec une convention internationale » ; on note que, dans cette hypothèse, néanmoins, le Tribunal constitutionnel n'examinera que des « questions de nature juridico-constitutionnelle et juridico-internationale contenues dans la décision qui a fait l'objet d'un recours » (cfr., article 71°, paragraphe 2, de la LTC), ce qui, en accord avec la doctrine⁴⁶, comprend seulement la question de la position reconnue par la Constitution aux conventions internationales au sein de l'ordre juridique portugais et celles de savoir si la Convention est en vigueur dans l'ordre juridique international et si elle lie l'Etat portugais - et non la question de savoir si la convention en cause est ou non violée par la norme légale (législative) concrète⁴⁷.

Quoi qu'il en soit, l'intervention du Tribunal constitutionnel ne pourra pas, dans la majorité des cas⁴⁸, être écartée (il n'est, d'ailleurs, pas connu d'exemples relatifs à des situations du type de celles décrites), et elle ne le pourra, en aucune manière, dans les cas les plus importants. Ceci n'est pas surprenant, si l'on considère le rôle décisif attribué par la Constitution au Tribunal constitutionnel en matière de défense des droits fondamentaux. Dans le cadre d'une perspective extrême - qui exigerait de faire franchir un pas au Tribunal constitutionnel qu'il n'a lui-même pas franchi - celui-ci serait, dans tous les cas, compétent, si l'on part d'une conception substantielle des droits fondamentaux, selon laquelle on reconnaîtrait que la Convention Européenne des Droits de l'Homme fait partie du bloc de constitutionnalité, ce qui implique que la question de sa violation par le droit interne portugais serait toujours une « question constitutionnelle ».

La question plus générique qui consiste à savoir si le juge constitutionnel peut fonder, en exclusivité, sa décision sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme - c'est-à-dire au-delà des hypothèses de coïncidence entre les normes de celle-ci et les normes constitutionnelles - est liée, précisément, à la possibilité de reconnaître, dans le cadre de la Constitution portugaise, une véritable nature constitutionnelle à la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

A ce propos, il convient de rappeler de nouveau le contenu de l'article 16°, paragraphe 1, de la CRP qui prévoit que : « les droits fondamentaux consacrés par la Constitution n'excluent aucun des autres droits provenant des lois et des règles de droit international applicables ». A cette déclaration s'ajoute, dans le paragraphe 2 de cette disposition, l'affirmation selon laquelle « les normes constitutionnelles et légales se rapportant aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ».

⁴⁶ Cfr. José Manuel Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, cit., note 27, pp. 26-27 et « Entretien... », cit., p. 41.

⁴⁷ Ainsi, dans cette hypothèse qui est rare, on dirait que le juge ordinaire ne peut écarter l'intervention du juge constitutionnel, cependant cette intervention ne comporterait plus l'analyse de la violation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme par la loi.

⁴⁸ Seuls demeurent, semble-t-il, les cas rarissimes de « non application » par le juge ordinaire de la norme réglementaire en raison de la violation d'un droit fondamental consacré par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui ne trouve pas d'équivalent dans l'immense catalogue des droits fondamentaux de la CRP.

Le sens de cet article a été fréquemment souligné : il révèle « l'ouverture » du catalogue des droits qui lui correspond et la conception ou la caractérisation « matérielle » des droits fondamentaux (en tant que droits, ils sont l'expression de la dignité humaine ou une exigence de la dignité humaine).

Faut-il reconnaître une « pleine » compétence au Tribunal constitutionnel pour appliquer les conventions internationales se rapportant aux droits fondamentaux étant donné que la Constitution étend le catalogue des droits fondamentaux à ceux consacrés par ces conventions qui font partie intégrante de l'ordre juridique portugais, ce qui leur confère un statut de source « privilégiée » (par rapport aux conventions internationales en général, qui sont intégrées à l'ordre interne, aux termes de l'article 8^o, paragraphe 2, de la CRP) ? En d'autres termes, faut-il considérer que la Convention Européenne des Droits de l'Homme fera partie du « bloc de constitutionnalité » à partir du moment où le Tribunal constitutionnel pourra et devra avoir recours à elle en tant que critère *autonome* et *direct* pour le jugement de la constitutionnalité des normes légales internes ?

Cette question a souvent été envisagée par le Tribunal constitutionnel⁴⁹, mais jusqu'à présent, il n'a pas franchi le cap de la reconnaissance de la valeur « autonome » de la Convention Européenne des Droits de l'Homme en tant que paramètre servant pour le jugement de constitutionnalité⁵⁰ (en tant que source « directe » de ses décisions) - d'un autre côté, il n'a

⁴⁹ Parmi les cas les plus récents, cfr., par exemple, les arrêts précités, n^os 352/98 (on l'on peut lire : « si la *Convention Européenne des Droits de l'Homme* doit être mise en perspective dans le sens de son application directe dans l'ordre juridique national, il est nécessaire de ne pas oublier que, si des préceptes constitutionnels relatifs aux droits fondamentaux on a déduit, dans tous leurs volets... l'étendue et le sens qui peut être se trouve dans cette *Convention*, cette dernière, en effet, ne lui ajoutant rien, l'utilisation de la *Convention* est, en effet, absolument dénuée de sens ») et tout spécialement, en montrant de manière claire la « retenue » du Tribunal, 223/95 [où il est affirmé : « à l'image de ce que le Tribunal constitutionnel a déjà eu l'occasion de dire à propos d'autres principes juridiques du droit international ... on peut également dire qu'on ne trouve rien dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme (*recte*, dans son article 6^o) qui ne soit déjà consacré dans la Constitution de la République portugaise (principalement, dans son article 20^o) ; pour cette raison, le droit à *un procès équitable* et le principe d'*égalité de moyens* qui découlent de l'article 6^o de cette Convention, seront ici pris en considération seulement en tant qu'éléments aidant à la clarification du sens et de la portée de la *garantie de l'accès au droit* et à la *protection juridictionnelle* consacrée à l'article 20^o de la Constitution, et non en tant que « paramètre autonome » d'un jugement de constitutionnalité ; comme c'était le cas auparavant, le Tribunal constitutionnel ... ne ressent pas le besoin de décider dans ce cadre si, en matière de droits fondamentaux, le contrôle de constitutionnalité comprend (ou non) l'appréciation de la conformité des normes internes aux principes juridiques du droit international intégrés au sein de l'ordre interne »]. Pour ce qui est de la jurisprudence plus ancienne voir, par exemple, les arrêts n^os 222/90 (précité), 14/84 et 99/88 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vols. 2 et 11). Proviennent de ce dernier arrêt les affirmations suivantes : « il est à l'avance exclu qu'il faille pour la réponse à la question *sub judice* considérer de manière autonome la Déclaration [la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme] et la Convention [la Convention Européenne des Droits de l'Homme] évoquées, c'est-à-dire indépendamment des principes et des normes constitutionnelles qui pour la question sont déterminants ; ... cela veut dire que c'est surtout à la lumière des normes et principes constitutionnels mentionnés que devra être résolue la question posée ; et ce n'est éventuellement que dans ce cadre que les instruments internationaux invoqués pourraient être pris en compte en tant qu'éléments aidant à la clarification du sens et de la portée de ces normes et principes ; il en irait différemment si on les considérait comme des paramètres autonomes d'un jugement de constitutionnalité ; pour autant, cette procédure serait, sans aucun doute, assurément admissible, ou même recommandable, au regard de ce qu'indique l'article 16^o de la Constitution ».

⁵⁰ Cfr. José Manuel Cardoso da Costa, « A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais » (rapport portugais à la 8^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes - Ankara, Mai/1990), in *Boletim do Ministério da Justiça*, n^o 396 (également publié à la *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1990, vol. 2, n^o 6-8) ; António Vitorino, « Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem : concorrência ou complementaridade ? », (rapport portugais à la 9^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes - Paris, Mai/1993), in *Revista da Faculdade de Direito de*

pas expressément exclu une telle possibilité, observant prudemment, surtout dans la jurisprudence récente, le silence sur la question (il a même déjà été affirmé qu'il existe « un subtil changement dans notre jurisprudence, parce que, de plus en plus, elle évite de dire, d'une façon claire, que la Convention européenne n'est pas un étalon de contrôle direct »⁵¹). De plus, comme on l'a vu précédemment, le Tribunal constitutionnel n'a jamais cessé de reconnaître à la Convention Européenne des Droits de l'Homme un important rôle de « source *auxiliaire* » aidant à l'interprétation, à la clarification, voire au développement du contenu des préceptes et des principes constitutionnels qui concernent les droits fondamentaux.

45. *Faut-il avoir intenté une procédure devant le juge constitutionnel avant de pouvoir s'adresser à la Cour européenne des droits de l'Homme (épuisement des voies de recours internes) ?*

A la question de savoir si le recours devant le Tribunal constitutionnel doit être regardé comme intégrant les voies de recours internes dont l'épuisement est exigé pour l'admission des recours introduits devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (article 35°, paragraphe 1, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme), la doctrine a dans sa majorité apporté une réponse négative⁵². La jurisprudence des instances de contrôle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme a également confirmé un tel point de vue. En effet, la majorité des recours intentés contre le Portugal devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, et appréciées par elle, n'ont pas fait l'objet d'une appréciation antérieure devant le TC.

Cette manière de voir n'est pas surprenante : comme on l'a vu, un instrument du type de la « plainte constitutionnelle » n'est pas consacré au Portugal et le recours de constitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel est limité à la question de la constitutionnalité, ce qui traduit le fait que la justice constitutionnelle au Portugal consiste essentiellement en un contrôle de constitutionnalité des normes. L'exigence de l'introduction d'un recours devant le Tribunal constitutionnel, en tant que règle, afin de pouvoir accéder à la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'aurait alors pas de sens. En effet, le recours introduit devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour violation du droit qui y est consacré peut être fondé sur des comportements de l'Etat portugais qui ne se traduisent pas par l'édiction de normes, mais plutôt sur des actes administratifs ou des sentences judiciaires. En tant qu'exemple récent, on peut citer l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta*, du 21/12/1999 : dans cette affaire, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a examiné un recours (pour lequel elle a conclu à la violation des articles 8° et 14° de la Convention Européenne des Droits de l'Homme) intenté contre le Portugal, et qui était fondé sur le fait que le Tribunal *da Relação* de Lisbonne avait attribué l'autorité parentale à l'ex femme du requérant, et non à lui, au seul motif que ce dernier était homosexuel. Dans ce cas, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a seulement apprécié un critère jurisprudentiel appliqué par ce Tribunal *da Relação*, et non une norme quelconque qui aurait pu être antérieurement soumise à un jugement de constitutionnalité de la part du TC. La récente affaire *Almeida Garret, Mascarenhas Falcão et autres*, du 11/01/2000, sert également d'exemple à un autre propos: la Cour Européenne des

Lisboa, vol. XXXIV, 1993, p. 111-179 (et *Conseil constitutionnel*, Paris, 1993, pp. 493 et ss) ; et José Manuel Cardoso da Costa, « Le Tribunal constitutionnel portugais et les juridictions européennes », in Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold et Luzius Wildhaber, *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Protecting human rights : the european perspective - Mélanges à la mémoire/Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Colónia, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 193-211, II^{ème} partie.

⁵¹ Cfr. José Manuel Cardoso da Costa, « Entretien... », cit., p. 42.

⁵² Voir, par exemple, António Vitorino, « Protecção constitucional ... », cit., p. 170.

Droits de l'Homme, après avoir examiné un recours fondé sur le retard du paiement de l'indemnisation pour expropriation dans le cadre de la réforme agraire, a reconnu qu'il y avait eu violation de l'article 1^o de Protocole n^o 1 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; antérieurement à cela, un recours avait été introduit devant le Tribunal constitutionnel, qui s'était, néanmoins, prononcé (Arrêt n^o 283/95) dans le sens de l'irrecevabilité du recours en raison, précisément, du fait qu'aucune question relative à la objet la constitutionnalité de normes n'ait été soulevée.

Ainsi, on ne peut pas dire que les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans lesquels le Portugal est partie, impliquent un contrôle direct par la Cour Européenne des Droits de l'Homme des décisions du TC.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait pas eu des affaires jugées par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, pour lesquelles il y ait eu une décision antérieure du TC, quant au fond. Tel fut, par exemple, le cas de l'affaire *Saraiva de Carvalho*, dans laquelle la Cour Européenne des Droits de l'Homme, après avoir examiné un recours portant sur le fait que le juge auteur de l'ordonnance d'accusation et le juge qui préside au jugement au sein du tribunal constitué en formation collégiale soit la même personne, a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6^o de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Le Tribunal constitutionnel s'était prononcé, sur la même affaire, dans son arrêt n^o 219/89, pour la non inconstitutionnalité (de la norme qui permettait une telle coïncidence de personnes) parce que l'ordonnance d'accusation, en se maintenant dans les limites de l'accusation, avait une simple fonction de garantie.

C'est également ce qui s'est produit dans la récente affaire *Lopes Gomes da Silva*, du 28/09/2000, dans lequel la Cour Européenne des Droits de l'Homme a conclu au fait que la condamnation pour abus de liberté de la presse prononcée à l'encontre du directeur d'un journal quotidien (auteur d'un éditorial très critique sur un potentiel candidat à certaines élections locales) représentait une violation du droit à la liberté d'expression consacré à l'article 10^o de la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁵³. Dans le même cas, le Tribunal constitutionnel (Arrêt n^o 113/97⁵⁴) - soulignant que tant la Constitution, que l'article 10^o de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, prévoient certaines limites à l'exercice de la liberté d'expression - n'avait pas jugé inconstitutionnelle la norme de l'article 164^o, paragraphe 1, du Code pénal (délit de diffamation), en ce qui concerne l'interprétation qui admet qu'une intention dolosive (*dolo eventual*) est un élément subjectif qui satisfait à ce type de comportement, lorsque l'agent a agi dans le cadre de la liberté d'expression, d'information et de la presse.

On sait que l'intervention des deux instances, nationale et européenne, de protection des droits fondamentaux ne se situent pas exactement sur le même plan, étant donné que, au Portugal, le Tribunal constitutionnel - dans la mesure où, comme on l'a vu, il n'existe pas un mécanisme du type de la « plainte constitutionnelle » - est cantonné à l'appréciation de la

⁵³ La Cour Européenne des Droits de l'Homme a précisément affirmé que, « les écrits du requérant, en particulier les expressions utilisées, pourraient paraître polémiques, mais ils ne contenaient pas une attaque personnelle gratuite, parce que son auteur leur a donné une explication objective ; ... dans ce domaine, le débat politique déborde fréquemment de son cadre vers le plan personnel : ce sont là les risques du jeu politique et du libre débat d'idées qui garantissent une société démocratique ; ... la liberté du journaliste comporte également une certaine dose d'exagération, de provocation ; ... la condamnation du journaliste ne constituait pas un moyen proportionné par rapport à la finalité légitime visée étant donné l'intérêt que présente pour la société démocratique d'assurer et de maintenir la liberté de la presse ».

⁵⁴ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 36.

constitutionnalité des normes, ne pouvant ainsi contrôler la constitutionnalité de leur « application » ni, si ce n'est de manière très limitée (dans la mesure où il lui appartient de contrôler la constitutionnalité de « l'interprétation » des normes opérée par les autres tribunaux - cfr., *supra*, question 39), les critères jurisprudentiels utilisés dans les espaces de pouvoir discrétionnaire judiciaire laissés par le législateur. Même ce dernier cas montre que la question que doivent résoudre le Tribunal constitutionnel et la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'était pas exactement la même. Mais, quoi qu'il en soit, il révèle également que la convergence jurisprudentielle, ci-dessus mentionnée, relative à l'interprétation des droits fondamentaux consacrés simultanément par la Constitution et par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ou à leurs limites, connaît, même à l'heure actuelle, des exceptions⁵⁵.

B. Le juge constitutionnel et les autres juridictions face à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes

46. Le juge constitutionnel est-il tenu par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ? Dans le cas où cette jurisprudence ne s'impose pas, influence-t-elle l'action du juge constitutionnel ?

Aux termes du Traité sur l'Union Européenne, les juges nationaux - tous, et, par conséquent, le Tribunal constitutionnel (dans la mesure où, pour les questions qu'il lui appartient de juger, il ait à procéder à l'interprétation des normes du droit communautaire) - sont tenus par l'interprétation du droit communautaire menée jusqu'à son bout par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) et sont également « des juges communautaires », en ce sens qu'ils leur appartient de veiller à la primauté du droit communautaire interprété conformément à cette jurisprudence. Ceci est encore plus manifeste lorsque les tribunaux posent une question préjudicielle donnant lieu à une décision de la CJCE qui lie directement le tribunal qui l'a posé, pour l'affaire dans laquelle elle a été soulevée ; mais elle vaut également pour toutes les autres mêmes affaires, à l'égard de tous les autres tribunaux, même lorsque l'interprétation donnée du droit communautaire résulte d'une question préjudicielle posée par un tribunal d'un autre Etat.

En ce qui concerne l'influence de la CJCE : on ne peut pas dire que la référence à la jurisprudence de la CJCE soit très fréquente dans les décisions du Tribunal constitutionnel. Néanmoins, il est possible de mentionner, en tant qu'exemples récents, les arrêts (précités) n° 412/2000 [dans lequel le Tribunal constitutionnel a analysé (comme cas analogue à celui de la présence du Ministère Public dans les séances du Suprême Administratif) le statut de l'Avocat-Général près la CJCE, et la façon comme la CJCE l'a interprété, dans l'ordonnance du 04/02/2000 (Procès C-17/98), qui a estimé non admissible la présentation d'observations écrites par les parties suite aux conclusions de l'Avocat-Général] et n° 187/2001, qui n'a pas déclaré l'inconstitutionnalité des normes qui réservent la propriété des pharmacies aux

⁵⁵ Il faut souligner que l'arrêt cité *Lopes Gomes da Silva* a été récemment publié dans la *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Année 11, n° 1, Jan.- Mars/2001 (pp. 131-144), accompagné de l'«Anotação - A informação, a honra, a crítica e a pós-modernidade (ou os equilíbrios instáveis do nosso desassossego)», de José de Faria Costa (*Idem*, pp. 144-155), où l'auteur - qui a participé au procès en tant que *conseiller* du Gouvernement portugais - le commente notamment dans les termes suivants : « Ce que l'on critique, ce n'est pas en elle-même la décision de la Cour. Ce que l'on critique, c'est l'absence intolérable d'un critère matériel qui justifie cet acte. Ce que l'on critique, c'est un désert concernant l'argumentation. Ce que l'on critique, c'est la manifestation d'un pouvoir qui n'accepte aucun débat qui justifierait la confrontation théorique/pratique, débat que l'adoption d'une doctrine ou d'une idée permet toujours. Ce que l'on critique, c'est le fait d'avancer comme élément de référence - ou d'auto-référence, dirions nous - le cas précédent pour cette même motivation légitimante» (cfr. p. 153).

pharmaciens [arrêt dans lequel fut citée la jurisprudence de la CJCE relative au principe de proportionnalité en tant que limite à l'action du législateur - précisément dans les arrêts du 13/11/1990 (proc. C-331/98), du 12/11/1996 (proc. C-84/1994, affaire du « temps de travail ») et du 13/05/1997 (proc. C-233/94, affaire de la « garantie des dépôts d'argent ») - et, tout spécialement l'affirmation de la CJCE (figurant dans cette dernière décision) selon laquelle le Tribunal de Justice ne peut, quand la situation est complexe d'un point de vue économique, en opérant un jugement de conformité au principe de proportionnalité, « remplacer l'appréciation du législateur communautaire par sa propre appréciation ; du reste, il ne peut que censurer l'option normative du législateur lorsqu'elle sera manifestement erronée ou lorsque les inconvénients qui en découlent pour les agents économiques seront disproportionnés par rapport aux avantages qu'elle présente »]⁵⁶.

La jurisprudence spécifique aux matières touchant au droit communautaire n'est également pas très abondante. Outre les arrêts antérieurement cités, on peut seulement mentionner l'arrêt n° 184/889⁵⁷, dans lequel le Tribunal constitutionnel a reconnu un « effet direct » aux règlements du Conseil et, surtout, le principe (qui coïncide avec la doctrine jurisprudentielle établie par la CJCE) selon lequel il appartient au droit constitutionnel interne de déterminer les modalités « d'application » de ces mêmes règlements (c'est-à-dire, l'organe compétent et la forme adéquate ou nécessaire).

47. Le juge constitutionnel a-t-il déjà été saisi ou pourrait-il saisir la Cour de Justice des Communautés européennes ? En cas de non-application des dispositions internes incompatibles avec le droit communautaire, quel est le rôle du juge constitutionnel et des autres juridictions ?

A) Comme on le sait, l'article 234° du Traité sur l'Union Européenne dispose que la Cour de Justice des Communautés européennes est compétente pour décider, à titre préjudiciel, de l'interprétation de ce Traité ainsi que de la validité et de l'interprétation des actes adoptés par les institutions de la Communauté ou par la Banque Centrale Européenne. La question préjudicielle ici prévue est un instrument au service de la primauté ou de la prééminence de l'ordre juridique communautaire. En effet, comme l'a affirmé le Tribunal constitutionnel, « autoriser le juge national à interpréter seul des normes du droit communautaire conduirait, dans un délai plus ou moins long, à consentir que l'unité du droit communautaire soit rompue, instituant à la place de " la règle commune " un ensemble de règles déformées par les pratiques juridictionnelles nationales.... Avec la question préjudicielle, on prétend aboutir à une interprétation uniforme du droit communautaire au sein de l'ensemble de la Communauté »⁵⁸.

Mais, le juge national dispose d'une pleine compétence pour appliquer le droit communautaire au cas concret soumis à jugement. Afin d'appliquer correctement les dispositions du Traité ou les actes normatifs édictés par les institutions communautaires, il

⁵⁶ Il faut encore mentionner en ce qui concerne l'influence du droit communautaire sur la jurisprudence constitutionnelle portugaise, l'arrêt n° 93/2000, dans lequel le Tribunal constitutionnel a considéré, dans le cadre du contrôle obligatoire préventif (*a priori*) de la constitutionnalité et de la légalité du référendum local, qu'était non admissible d'un point de vue légal la question (dans la façon que le Tribunal l'avait interprétée) posée aux citoyens d'un certain *município*, ayant pour objet la réalisation ou non de « corridas » avec mise à mort, interdites par la loi portugaise. Le Tribunal constitutionnel a, concernant cette interdiction, souligné qu'elle ne violait pas la Constitution portugaise, et qu'elle n'était pas interdite par le Traité sur l'Union Européenne [ni par l'article 151° n°s 1 et 4 (ancien article 128°) - relatif à la diversité culturelle en Europe -, ni, bien au contraire, par le Protocole annexé au Traité, « relatif à la protection et au bien-être des animaux »].

⁵⁷ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 13-I.

⁵⁸ Cfr., l'arrêt n° 163/90 du Tribunal constitutionnel (voir *infra*).

pourra, s'il a des doutes sur l'interprétation de ce droit, qui sont susceptibles de figurer dans certains des alinéas de l'article 234°, poser de manière opportune la question et la soumettre à la Cour de Justice des Communautés européennes.

Le Tribunal constitutionnel n'a jamais procédé à une demande de « renvoi préjudiciel » devant la CJCE. Néanmoins, il a déjà clairement qu'il était disposé à faire usage de cet instrument. Dans l'arrêt n° 163/90⁵⁹, il a reconnu que l'obligation qui consiste à « renvoyer à titre préjudiciel » devant la CJCE la « question préalable » en cause s'impose également à lui, à partir du moment où est en cause une question d'interprétation (ou de validité) et, par conséquent, une question relative à l'effet d'une norme de droit communautaire⁶⁰. On relève également que, dans l'arrêt n° 606/94, le Tribunal constitutionnel a clairement affirmé que les conditions de recevabilité d'un recours de constitutionnalité sont totalement distincts, et ne dépendent en rien, de ceux du renvoi préjudiciel⁶¹.

⁵⁹ Publié dans les *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 16, et commenté par J.L. Cruz Vilaça/L.M. Pais Antunes/Nuno Piçarra « Droit constitutionnel et droit communautaire. Le cas portugais », in *Rivista di Diritto Europeo*, 1991, n° 2, pp. 308 et ss.. Voir également Rui Moura Ramos, « Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária » (in *Das Comunidades à União Europeia*, Coimbra, 1994, p. 233).

⁶⁰ Il a affirmé dans cet arrêt que « les parties peuvent soulever devant le juge national la question préjudicielle, cependant, seul le juge peut provoquer l'intervention de la Cour de Justice des Communautés ; en effet, la procédure de renvoi à titre préjudiciel implique un dialogue entre le juge national et le juge communautaire, elle est ainsi une procédure sans parties ; ... la question préjudicielle n'a de justification que lorsque la question de l'interprétation d'une norme communautaire est pertinente : c'est-à-dire, lorsque le cas *sub judice* doit être tranché en accord avec cette règle, et que l'opinion de la Cour de Justice des Communautés Européennes se révèle nécessaire pour sa résolution ». Dans ce cas d'espèce, néanmoins, le Tribunal constitutionnel a considéré qu'une « question d'interprétation » d'une norme de droit communautaire n'était même pas soulevée. Cfr. encore les arrêts récents n°s 658/99, 240/2000 et 278/2000, pour lesquels, parmi tant d'autres proches, des demandes en renvoi préjudiciel ont été refusées. Dans le premier arrêt, la demande était liée à la validité d'une interprétation d'une norme légale interne déterminée par rapport à un Règlement communautaire. Dans cette espèce, le Tribunal constitutionnel a refusé de procéder au renvoi dans la mesure où n'était en cause aucune question relative à l'interprétation d'une norme communautaire. Selon lui, étant donné que la norme contestée figurait dans un texte légal interne, la question soulevée, telle qu'elle avait été esquissée dans le procès-verbal, n'était pas assimilable « à un problème d'interprétation des actes adoptés par les institutions communautaires ou par la Banque Centrale Européenne, la compatibilité d'une telle norme avec ces actes ne devait pas être examinée ». Dans le second arrêt, le Tribunal constitutionnel n'a pas considéré que l'on avait soulevé des doutes importants sur le point de savoir si des normes internes déterminées étaient non conformes ou non valides en prenant pour référence n'importe quelles normes de l'ordre juridique communautaire, précisément celles du Traité sur l'Union Européenne. Dans l'arrêt n° 278/2000, n'était en cause « ni l'interprétation du Traité d'Amsterdam, ni la validité et l'interprétation des actes adoptés par les institutions communautaires ou par la BCE, ni, encore moins, l'interprétation des statuts des organismes créés par le Conseil européen, ce qui revient à dire que la matière du présent recours ne peut faire l'objet d'un renvoi préjudiciel à l'abri du dispositif de l'article 234° du Traité d'Amsterdam ».

⁶¹ *Acórdão do Tribunal Constitucional*, vol. 29. Il s'agit d'un cas où le requérant avait demandé à ce que l'instance soit suspendue en raison du fait que la question à résoudre dans ce procès (problème de la légalité de certaines normes de droit interne par rapport à des normes d'un Règlement communautaire et des normes du Traité de Rome) avait déjà été soulevée, en tant que question préjudicielle, dans un autre procès pendent devant un tribunal portugais, ce qui, selon lui, justifie qu'il faille surseoir à statuer, étant donné que, pour la résolution de son procès, il faudrait prendre en compte la décision de la CJCE qui serait prise dans le cadre d'une telle demande de décision préjudicielle. Le Tribunal constitutionnel ne lui a pas donné raison : « la décision que la Cour de Justice des Communautés Européennes viendrait éventuellement à prendre pour n'importe quel autre procès, même s'il porte sur un cas matériellement similaire ou identique, peut ne pas être considérée comme dommageable pour la décision à prononcer ; en effet, même s'il n'est pas discutée ici de l'existence d'un effet *erga omnes* provenant de la décision de la Cour de Justice des Communautés européennes, on ne peut que reconnaître que la décision que ce Tribunal constitutionnel sera amené à prendre dans le cadre du recours en examen dépend de présupposés par rapport auxquels la décision de la Cour de Justice des Communautés européennes, quelle qu'elle soit, est totalement neutre ou indifférente ; en raison de cela il ne paraît pas possible d'affirmer, tout court, une telle relation qui porte préjudice ». Dans le même procès, le Tribunal constitutionnel

Existerait-il une obligation de procéder au « renvoi préjudiciel » devant la Cour de Justice des Communautés Européennes ? Il est clair qu'aux termes de l'article 234° du Traité sur l'Union Européenne, il y a un devoir de renvoi, qui incombe aux tribunaux nationaux qui statuent en tant que dernière instance, lorsque la question à résoudre dépend de l'interprétation du droit communautaire (en d'autres termes, le tribunal national qui statue en tant que dernière instance a le devoir de renvoyer devant la CJCE la question préjudicielle soulevée, à moins qu'il ne constate que cette question n'est pas pertinente, celui-ci étant toujours le juge de cette pertinence⁶²).

Néanmoins, on peut poser la question - abordée *infra* - qui est liée avec celle de la possible obligation⁶³, qui incombe principalement au Tribunal constitutionnel, de procéder au renvoi préjudiciel devant la CJCE de la question de l'interprétation et de la validité de la norme de droit communautaire, dès l'instant où cette norme risque d'être jugée inconstitutionnelle par la juridiction nationale (et en admettant la légitimité de ce jugement).

B) La seconde question (celle du rôle du juge constitutionnel et des autres juridictions dans le contrôle de la compatibilité des normes internes avec le droit communautaire) est une des deux questions décisives pour ce qui est des relations entre le droit interne et le droit communautaire. L'autre question est liée à la possibilité d'opérer un contrôle de constitutionnalité des normes communautaires⁶⁴.

Toutes les deux peuvent, il est clair, se poser sur deux plans distincts, même s'ils sont liés entre eux : le premier a trait à la relation entre les normes de droit « matériel » communautaires et internes; le second a trait à l'articulation entre les mécanismes communautaires de contrôle juridictionnel et les instruments de garantie juridictionnels internes (précisément ceux qui résident dans l'intervention du Tribunal constitutionnel, organe créé par la Constitution pour assurer sa protection, et dotée par elle, pour ce faire, d'une légitimité privilégiée). Il s'agit, sur tous les plans, d'harmoniser ou de rendre compatible deux ordres juridiques distincts (ayant des organes juridictionnels suprêmes distincts), dont l'interpénétration « défie la conception hiérarchique du droit »⁶⁵.

s'est prononcé (arrêt n° 365/96) sur la curieuse question (déterminante, dès lors, pour la délimitation de sa compétence) de savoir si le Traité de Rome pouvait recevoir le qualificatif de « loi de valeur renforcée ». Le Tribunal constitutionnel a donné une réponse clairement négative à cette question - se considérant ainsi incompétent - en se basant sur le fait que le concept de « loi de valeur renforcée » présuppose de manière non équivoque un acte normatif de droit interne. Il faut noter que le Tribunal constitutionnel peut seulement se prononcer sur cette question dans les termes exacts où elle a été soulevée par le requérant ; ainsi, dans ce cas, il ne lui appartenait pas d'apprécier - et il ne l'a pas fait - la question, en général, des relations entre le droit international, principalement du droit communautaire, qu'il soit originaire ou dérivé, et le droit interne portugais.
⁶² Comme l'affirme A. Barbosa de Melo, «le juge national non seulement peut, mais doit, seul, considérer la question comme non pertinente pour une demande de renvoi » (*Notas de Contencioso Comunitário*, Coimbra, 1986, p. 130).

⁶³ Que l'on peut clairement intégrer dans « le devoir jurisprudentiel » (*dever prudencial*) de renvoi auquel se réfère A. Barbosa de Melo, *Notas...*, cit., pp. 131 et ss..

⁶⁴ On suit de près José Manuel Cardoso da Costa, « O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias », in *Ab Uno Ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, Coimbra Editora, 1998, pp. 1363-1380 (dont la version française, mise à jour, est publiée in José Manuel Cardoso da Costa, *Le Tribunal constitutionnel portugais et les juridictions européennes*, cit., 1^{ère} partie).

⁶⁵ Cfr. Miguel Póiares Maduro, « O "superavit" democrático europeu », in *Análise Social*, vol. XXXVI (n°s 158-159), Printemps-Eté/2001, pp. 119-152 (tout spécialement « Paradoxo III - A Competência das Competências ou Quem decide quem decide ? », pp. 144 et ss.), p. 144. Voir également Matthias Kumm, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice and the Fate of the European Market Order for Bananas*

Dans le présent rapport, il nous intéresse essentiellement le second plan (« institutionnel »). En ce qui concerne la manière dont la question « substantielle » des relations entre le droit communautaire et le droit interne, principalement le droit constitutionnel interne, est abordée au Portugal, tout spécialement pas la jurisprudence constitutionnelle portugaise, on dira seulement la chose suivante.

La manière dont est considérée la question par le droit constitutionnel portugais (qui va au-delà d'une approche uniquement « communautariste », fondée sur la réaffirmation de « l'effet direct » des normes du droit communautaire dans les ordres juridiques internes des Etats membres et de la « primauté » du droit communautaire sur le droit national, incluant dans ce dernier le propre droit constitutionnel - question qui reste ouverte et dont la discussion est de plus en plus d'actualité) nous révèle « une vision clairement favorable à la coopération juridique internationale qui s'éloigne d'une position strictement nationaliste et qui va dans le sens de solutions qui facilitent l'application dans l'ordre interne des engagements internationaux auxquels l'Etat portugais a souscrit⁶⁶. Ceci est confirmé par le fait qu'une partie de la doctrine et la jurisprudence⁶⁷ portugaises acceptent, sans problèmes, le « principe de primauté » du droit communautaire sur le droit interne ordinaire (même postérieur), principe qui est fondé, en ce qui concerne le droit communautaire dérivé, sur l'article 8°, paragraphe 3, de la CRP, et en ce qui concerne le droit communautaire originaire, sur l'article 8°, paragraphe 2, de la CRP (article qui, selon la majorité de la doctrine et en vertu de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, consacre implicitement le principe de la supériorité hiérarchique du droit conventionnel intégré dans l'ordre juridique interne par rapport au droit interne de source législative).

(Harvard Jean Monnet Chair Working Papers 10/98, in <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers>).

⁶⁶ Cfr. José Manuel Cardoso da Costa, « O Tribunal Constitucional português e o Tribunal das Comunidades Europeias », cit., p. 1366 : sont ici mises en relief, pour fonder l'affirmation du texte, les options constitutionnelles qui vont dans le sens de la consécration du principe de « réception générale automatique » des normes du droit international conventionnel dans l'ordre interne (cfr. l'article 8°, paragraphe 2, de la CRP qui prévoit que : « les normes figurant dans les conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées entrent dans l'ordre interne dès leur publication officielle et restent en vigueur aussi longtemps qu'elles engagent au niveau international l'Etat portugais ») ; de l'« l'importation » de la règle de « l'effet direct » dont bénéficient les normes du droit communautaire dérivé (cfr. l'article 8°, paragraphe 3, de la CRP qui prévoit que : « les normes émanant des organes compétents des organisations internationales auxquelles le Portugal participe entrent directement dans l'ordre interne, dès lors que ceci figure dans leur traité constitutif ») ; et de la possibilité pour le Portugal « dans les conditions de réciprocité, dans le respect du principe de subsidiarité et en vue de la réalisation de la cohésion économique et sociale, de passer des conventions sur l'exercice en commun des pouvoirs nécessaires à la construction de l'Union européenne » (article 7°, paragraphe 6, de la CRP, disposition introduite à la suite de la révision constitutionnelle de 1992, « à l'occasion » de l'approbation et de la ratification du Traité de Maastricht). Il faut noter qu'une révision constitutionnelle extraordinaire vient d'être approuvée le 4 octobre 2001 par l'Assemblée de la République qui introduit deux modifications qui vont dans le sens d'un renforcement de l'intégration européenne : selon la nouvelle rédaction du paragraphe 6° de l'article 7°- « le Portugal peut, dans les conditions de réciprocité, dans le respect du principe de subsidiarité et en vue de la réalisation de la cohésion économique et sociale, et d'une espace de liberté, de sécurité et de justice, passer des conventions sur l'exercice en commun ou sur la coopération des pouvoirs nécessaires à la construction de l'Union européenne » ; selon le nouveau paragraphe 5° de l'article 33° - « Ce qui est stipulé dans les paragraphes antérieurs [interdiction d'extradition vers des Etats qui prévoient la prison à perpétuité, sauf s'ils présentent des garanties de manière à ce qu'une telle peine ne soit pas appliquée] ne porte pas atteinte à l'application des normes relatives à la coopération judiciaire en matière pénale établies dans le cadre de l'Union européenne ».

⁶⁷ Cfr., par exemple, l'arrêt du Tribunal Suprême de Justice du 19/12/91 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n° 412).

En ce qui concerne la question « institutionnelle », on peut dire que, au Portugal, la réalisation de la primauté du droit communautaire n'est, en aucune façon, réservée, au Tribunal constitutionnel, de même qu'elle n'est pas soustraite de la compétence des tribunaux de droit commun. Tous les tribunaux portugais - y compris le Tribunal constitutionnel - sont ainsi, également, des tribunaux « communautaires » (à qui il appartient de garantir la primauté du droit communautaire, et de se soumettre à l'interprétation faite de ce droit par la CJCE). En effet, au Portugal - on l'a vu plus haut - , le Tribunal constitutionnel intervient seulement, dans le cadre du contrôle concret de la constitutionnalité, sur la base de recours introduits contre les décisions des autres tribunaux, ce qui veut dire que même si le problème de l'incompatibilité d'une norme interne avec une norme du droit communautaire devrait, si tel était le cas, être qualifié comme étant une « question de constitutionnalité »⁶⁸, cela n'empêcherait pas le juge portugais de droit commun - ni ne le dispenserait-, lorsqu'il est amené à analyser cette question, de la résoudre et de garantir, si c'est le cas, l'efficacité de la primauté de la norme ou du principe communautaire⁶⁹.

Ainsi, après avoir clarifié la compétence des tribunaux de droit commun en ce qui concerne leur pouvoir - et leur devoir - d'appliquer le droit communautaire et de garantir sa primauté (en n'appliquant pas, si nécessaire, le droit interne ordinaire), le problème se pose, au Portugal, de savoir s'il est possible ou non d'introduire un recours devant le Tribunal constitutionnel contre les décisions des tribunaux de droit commun (quel que soit leur sens) qui ont statué en ce domaine. En effet, si la contrariété entre le droit interne et le droit communautaire recevra le qualificatif « d'inconstitutionnalité », la primauté du droit communautaire sera, en dernière instance, assurée par le Tribunal constitutionnel ; dans le cas contraire, la juridiction de droit commun aura pour responsabilité d'assurer en exclusivité l'effectivité de ce principe.

Le Tribunal constitutionnel a récemment abordé la question dans les arrêts n°s 326/98 et 621/98⁷⁰ : dans le premier arrêt, le Tribunal constitutionnel n'a pas examiné la question de la conformité d'une norme légale de droit interne par rapport à une directive ainsi que, par voie de conséquence, la question de la violation de l'article 8°, paragraphe 3, de la CRP, estimant, comme il l'a affirmé, que « les questions de constitutionnalité qui, en vertu de l'article 70°, paragraphe 1, alinéa b), de la LTC, lui appartient d'examiner, sont exactement celles dans lesquelles une norme déterminée, dont la constitutionnalité a été soulevée, viole directement, ou si l'on préfère, sans intermédiaire, une norme ou un principe figurant dans la Loi Fondamentale, ce qui ne comprend pas, en raison de cela, les situations dans lesquelles une telle violation a lieu de manière indirecte, ou en d'autres termes, les situations dans lesquelles la violation provient d'une violation préalable d'un précepte figurant dans une loi infra-constitutionnelle ». Ainsi, dans ce cadre, le Tribunal constitutionnel s'est limité⁷¹ à transposer une argumentation fréquemment utilisée par lui (au départ, seulement par une de ses chambres) dans une question « parallèle » qui était celle de savoir si la contrariété entre une norme de droit interne et le droit international conventionnel se traduit ou pas par une

⁶⁸ Ce qui découlerait du fait que la primauté du droit communautaire résulte, comme on l'a vu, de la Constitution (la contradiction entre le droit communautaire dérivé et une norme de droit interne devant alors être analysée comme une violation d'un principe constitutionnel).

⁶⁹ Cfr., à ce propos, l'arrêt de la CJCE du 27/06/90, affaire *Mecanarte*, première affaire dans laquelle la CJCE a eu à se prononcer sur « une question préjudicielle » présentée par un tribunal portugais (ainsi que la « note » (Anotação) de Nuno Piçarra, à la *Colectânea de Jurisprudência Comunitária*, Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça, Lisbonne, 1992, p. 42).

⁷⁰ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vols. 40 et 41.

⁷¹ Voir, dans le même sens, l'arrêt n° 570/98, et en ce qui concerne une situation légèrement différente, l'arrêt n° 125/98.

« inconstitutionnalité », et est parvenu au même résultat (c'est-à-dire à une réponse négative) pour le même motif (le refus d'une notion d'inconstitutionnalité « indirecte » qui résulte uniquement de l'inobservation de la hiérarchie des normes établie ou présupposée par la Constitution)⁷².

Cependant, dans l'arrêt n° 621/98, en tout similaire, il est allé plus loin. Rejetant le qualificatif « d'inconstitutionnalité » à l'égard des situations de contrariété entre le droit interne et le droit communautaire qu'il lui appartient d'apprécier, le Tribunal constitutionnel a pris en compte dans son argumentation les considérations suivantes⁷³ : « à la différence (ou au-delà) de ce qui vaut pour la réception interne du droit international en général, la réception du droit communautaire implique (ou a impliqué) également la réception des mécanismes institutionnels qui visent à garantir de manière spécifique son application ; or, dans la mesure où l'ordre juridique communautaire - qui est intégré, de suite, en ces termes « compréhensibles » et généraux par le droit portugais, par le biais d'une clause de la propre Constitution - comprend une instance juridictionnelle ayant pour vocation principale d'assurer sa propre protection (et non seulement dans le terrain des relations interétatiques ou intergouvernementales), et que dans celle-ci se trouve concentrée la compétence destinée à assurer une application uniforme de ses normes et de leur primauté, il serait alors incongru qu'il faille faire intervenir, à ce même effet, au niveau interne, une autre instance du même type ou d'un type semblable (comme le serait le Tribunal constitutionnel) »⁷⁴.

Cette solution paraît être celle qui permet d'harmoniser le mieux les compétences du Tribunal constitutionnel et de la CJCE (même si elle a pour conséquence d'empêcher - si elle veut être cohérente - le fait que le Tribunal constitutionnel puisse, dans le cadre du contrôle abstrait de la constitutionnalité, déclarer avec force obligatoire générale l'absence d'effet de la norme de droit interne qui est contraire au droit communautaire et, par conséquent, l'éliminer de l'ordonnement juridique⁷⁵).

Il faut encore ajouter que ce qui est prévu à l'article 70°, paragraphe 1, alinéa *i*), de la LTC - article en vertu duquel les décisions des tribunaux « qui se refusent à appliquer une norme figurant dans un acte législatif sur le fondement qu'elle est contraire à une convention internationale, ou qui l'appliquent, mais de manière non conforme à ce qui a été décidé sur la question par le Tribunal constitutionnel »⁷⁶ peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal constitutionnel (recours qui, d'ailleurs, est obligatoire pour le Ministère Public, cfr. article 72°, paragraphes 3 et 4 de la LTC) - ne devra pas être considéré comme applicable aux

⁷² Cfr., par exemple, les arrêts n°s 277/92, 405/93 et 354/97, publiés dans les *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vols. 22 et 25, et dans le *Diário da República*, II s., du 18/06/97.

⁷³ Qui correspondent directement à une citation de l'auteur suivi : cfr. José Manuel Cardoso da Costa, « O Tribunal constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias », cit., p. 1371.

⁷⁴ En ce sens, voir encore, l'arrêt n° 93/2001.

⁷⁵ Cfr. José Manuel Cardoso da Costa, « O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias », cit., p. 1372.

⁷⁶ Mais non, on souligne, pour les décisions des tribunaux qui appliquent une norme interne qui a été jugée par les parties non conforme à une norme du droit international conventionnel qui engage le Portugal. Il s'agit, ainsi, clairement, d'un précepte institué dans une logique de « défense de la loi » (cfr. la récente explication de José Manuel Cardoso da Costa : « C'est une intervention de la Cour pour défendre la loi. Décider de refuser d'appliquer la loi parce qu'elle est contraire à un traité international est une question constitutionnelle importante. Il faut donc que cette décision soit appréciée par la Cour constitutionnelle. Mais ce qu'on peut apprécier ce ne sont que les questions de droit constitutionnel et de droit international. Par exemple, dès lors que la Constitution établit la primauté du traité sur la loi, on va vérifier si le traité est en vigueur dans l'ordre juridique international et s'il oblige l'Etat portugais ; mais on ne va pas examiner la question de la contrariété » - in « Entretien... », cit., p. 41).

hypothèses dans lesquelles le droit communautaire dérivé est violé par une norme légale de droit interne (étant donnée la nécessité déjà mentionnée de rendre compatibles les interventions du Tribunal constitutionnel et la CJCE, et du fait que ces hypothèses se situent en dehors du cadre littéral de cette disposition), ce qui n'est pas aussi certain lorsque la norme « violée » est issue du droit communautaire primaire (dans ce cas, le texte de la loi paraît s'imposer). Il faut relever que ces deux problèmes spécifiques n'ont jamais été abordés par le Tribunal constitutionnel (en effet, les recours qu'il a eu à examiner, et dans lesquels des questions semblables étaient soulevées, ont toujours été fondés sur d'autres alinéas de l'article 70, paragraphe 1, de la LTC).

En ce qui concerne la seconde question qui est décisive en matière de relations entre la CJCE et le Tribunal constitutionnel (possibilité d'un contrôle de constitutionnalité des normes communautaires), il faut dire, dès à présent, que la Constitution n'établit aucune différenciation ou restriction (sauf en matière de contrôle préventif) quant aux normes soumises au contrôle de constitutionnalité, contrôle qui s'applique, ainsi, à toutes les normes applicables dans le cadre de l'ordre juridique portugais, ce qui inclu, selon la majorité des constitutionnalistes portugais, les normes du droit international conventionnel (ici contenues les normes du droit communautaire primaire) et celles du droit communautaire dérivé.

Le Tribunal constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur la possibilité d'exercer cette compétence, de même les juridictions ordinaires n'ont jamais eu à se prononcer sur le problème de l'éventuelle inconstitutionnalité d'une norme de droit communautaire.

La question doit rester ouverte, même s'il faut néanmoins faire référence à l'encadrement de cette question proposé par José Manuel Cardoso da Costa⁷⁷ : étant donnée l'importance, afin de permettre une prise en considération de la question qui soit plus conforme avec les options politico-constitutionnelles contenues dans le processus de l'intégration européenne, des apports que l'on peut déduire de l'article 7^o, paragraphe 6, de la CRP (notamment le fait que « l'adhésion » de l'Etat portugais à l'Union européenne implique la reconnaissance et l'acceptation de l'architecture institutionnelle qui lui correspond, ce qui comprend une instance juridictionnelle conçue afin de garantir que cette communauté se profile ou se présente comme « une communauté de droit »), ainsi que la pauvreté de l'analyse de la question qui considère uniquement les normes constitutionnelles desquelles on tire la compétence « totale » de la juridiction constitutionnelle, on suggère, d'une part, que le contrôle de la constitutionnalité des normes du droit communautaire soit restreint à la vérification de la compatibilité de ces normes avec les principes d'orientation et structurels fondamentaux de la Constitution (la sauvegarde de la compétence du Tribunal constitutionnel en tant que gardien du « noyau essentiel » de la Constitution serait presque totalement compatible avec l'affirmation du principe de l'application uniforme du droit communautaire dans tout l'espace européen) ; et d'autre part, que le Tribunal n'aille jamais dans le sens d'une décision d'inconstitutionnalité à l'égard de normes du droit communautaire sans poser auparavant la question préjudicielle relative à leur interprétation et/ou à leur validité à la CJCE par le biais du « renvoi préjudiciel » : le Tribunal constitutionnel devrait faire appel, en tant qu'*ultima ratio*, à son pouvoir-devoir de « gardien » de ce « noyau essentiel » (noyau, qui ne se limiterait pas aux droits fondamentaux, et pour la concrétisation duquel l'article 288^o de la CRP serait important - étant donné que cet article établit les limites matérielles de la

⁷⁷ Cfr. José Manuel Cardoso da Costa, « O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias », cit., pp. 1374-1379.

révision de la Constitution) dans le seul cas où il serait impossible d'aboutir à un résultat (qui rend compatible les deux ordres juridiques) satisfaisant⁷⁸.

48. La juridiction interne a-t-elle le choix entre la saisine du juge constitutionnel et celle de la Cour de Justice des Communautés européennes ?

Il faut noter que les rapports entre le juge ordinaire et la CJCE ne sont pas les mêmes que ceux qui s'établissent entre celui-là et le Tribunal constitutionnel. Alors que dans le premier cas, les questions peuvent être présentées à la CJCE par le juge national (et, comme on l'a vu, en dernière analyse, la décision de procéder au renvoi préjudiciel appartient à ce juge), dans le second cas, ce sont les parties qui peuvent présenter un recours devant le Tribunal constitutionnel contre les décisions du juge ordinaire dans lesquelles ce dernier applique la norme accusée d'être inconstitutionnelle ou dans laquelle il n'applique pas la norme qu'il considère inconstitutionnelle. Ainsi, le juge ordinaire, ne peut, en toute logique, « choisir » entre le Tribunal constitutionnel et la CJCE, contrairement à ce qui se passerait (et qui d'aventure arrive dans les pays ayant ce système) si notre système était, également dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, celui de la question préjudicielle: dans ce cas, il serait alors probablement possible au juge ordinaire - en présence, par exemple, d'une contrariété entre une règle du droit communautaire et la Constitution - de choisir entre poser au Tribunal constitutionnel la question de savoir si la Constitution permet une telle norme ou demander à la CJCE si l'interprétation unique et correcte de cette règle est celle qui est supposée entrer en conflit avec la Constitution (ou s'il n'y a pas une autre interprétation possible). Ce qui entraîne la question de savoir (qui n'est pas indifférente, ni juridiquement, ni politiquement, en raison de l'influence inévitable de la première décision sur l'appréciation que serait amené à faire l'autre tribunal) qui devrait intervenir en premier lieu sur la matière.

Mais, au Portugal, les choses ne se passent pas comme cela : ce sont les parties qui saisissent le juge constitutionnel, le juge ordinaire ne pouvant pas écarter cette saisine (à partir du moment où elles présentent un recours devant le Tribunal constitutionnel qui respecte les conditions requises, précisément celles relatives à la compétence du Tribunal constitutionnel, dans les termes antérieurement analysés).

Cependant, il peut arriver qu'une norme interne soit accusée, simultanément, d'être inconstitutionnelle et de violer le droit communautaire. Dans un tel cas, le juge ordinaire pourrait alors « choisir » entre provoquer une intervention immédiate de la CJCE ou pas. Dans la première hypothèse, le juge ordinaire surseoirait à statuer, dans le cas où il poserait la

⁷⁸ Voir encore sur la question, la conversation entre l'auteur cité et Dominique Rousseau (DR) : « DR - Avez-vous un « traitement » particulier pour le droit communautaire ? Est-ce que le Tribunal constitutionnel portugais pourrait contrôler le droit communautaire dérivé, une directive, un règlement, au regard de la Constitution ? JMCC - Je dirais que, d'après la lettre de la Constitution, sûrement oui. C'est possible d'après la lettre de la Constitution puisque notre compétence est une compétence, disons, universelle. Elle s'étend à tout précepte juridique qui peut être appliqué par une Cour portugaise et qui est intégré dans l'ordre juridique portugais. Donc, une directive transposée, ou un règlement, a un effet direct et, du moment qu'ils font partie de l'ordre juridique portugais, ils peuvent être soumis au contrôle de constitutionnalité d'après la lettre de la Constitution. Le problème ne s'est jamais posé jusqu'à présent. ... Je vous donne mon opinion personnelle. A mon avis, la Cour constitutionnelle doit reconnaître sa compétence. DR - C'est donc la solution allemande dite « Solange » ? JMCC - « Solange », non pas exactement ! Ma position est un peu singulière. Ce que j'ai proposé c'est : premièrement, la Cour constitutionnelle ne doit pas examiner l'affaire, sans au préalable, faire jouer la question préjudicielle devant la Cour de Justice européenne pour lui demander comment elle interprète la disposition en cause. Ce serait le premier pas. Deuxième pas : la Cour portugaise ne devrait pas aller jusqu'au refus d'une règle communautaire qu'au cas où il y a une contradiction notoire et substantielle, vraiment essentielle avec la Constitution. C'est la façon dont, personnellement, j'envisage le problème » (in « Entretien... », cit., pp. 41-42).

question préjudicielle portant sur la compatibilité de cette norme avec le droit communautaire, écartant peut être, de cette manière, la possibilité qu'a le Tribunal constitutionnel d'intervenir, si la CJCE venait à confirmer cette violation. En effet, de là découlerait l'obligation pour le juge interne de ne pas appliquer la norme de droit interne, décision qui ne peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal constitutionnel (parce qu'il ne s'agit pas d'un refus d'application fondé sur une inconstitutionnalité et, simultanément, parce que cela n'aurait pas de sens que le Tribunal constitutionnel - qui est obligé de respecter la division des tâches entre les Etats membres et l'Union européenne, aux termes des traités sur l'Union et de l'article 7, paragraphe 6, de la CRP - en vienne à contrôler le jugement déjà fait par l'organe compétent à cet effet, c'est-à-dire la CJCE, en ce qui concerne la compatibilité de cette norme avec le droit communautaire)⁷⁹. Dans la seconde hypothèse, considérant que la question de la constitutionnalité est plus importante, le juge provoquerait plutôt une intervention quasi certaine du Tribunal constitutionnel en refusant d'appliquer la norme interne en raison de son inconstitutionnalité (dans le cas où cette norme est légale – législative -, le recours qui serait introduit serait, comme on l'a vu, obligatoire pour le Ministère Public).

⁷⁹ C'est ce qui s'est produit, récemment, dans différentes décisions du Tribunal Suprême Administratif ayant trait à des normes (règles) en matière d'émoluments en matière notariale, qui sont accusées de violer simultanément le principe constitutionnel de proportionnalité et une directive communautaire : ce Tribunal a suscité l'intervention de la CJCE qui a confirmé la violation du droit communautaire ; la question de sa constitutionnalité n'ayant pas pu ainsi être jugée par le Tribunal constitutionnel.