

ECHANGE DE VUES SUR LE PROJET DE CONSTITUTION DE LA FEDERATION DE RUSSIE (17 février 1993)

LA COUR CONSTITUTIONNELLE DANS LE PROJET DE CONSTITUTION DE LA FEDERATION RUSSE

par Prof. Armando MARQUES GUEDES

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Catholique Portugaise (Lisbonne)

1. Les Cours constitutionnelles sont le complément de l'Etat de droit.

L'Etat de droit est conçu d'après la maxime aristotélicienne selon laquelle le gouvernement juste est un gouvernement des lois et non pas des hommes (a government of laws and not of men, comme l'on peut lire dans l'art. XXX du Bill of Rights du New Hampshire, rédigé à la fin du dix-huitième siècle), à l'opposé de l'idéal platonicien d'un pouvoir illimité. L'Etat de droit exige des lois qui assurent un fonctionnement cohérent de tous ses rouages, non pas seulement d'un point de vue formel, mais, avant tout, pour garantir un fondement légitime à ses décisions et à ses actes : ce qui est juste s'impose, la prévisibilité devient la règle, et le citoyen peut raisonnablement b?tir des plans pour le futur.

C'est sur la Cour constitutionnelle, telle qu'elle est prévue dans le projet de Constitution de la Fédération russe soumis à la Commission constitutionnelle du Soviet Suprême le 13 novembre 1992, que je vais me prononcer.

I.

2. Selon le projet, la Constitution est non seulement la loi fondamentale de la Fédération mais devra être directement applicable sur tout son territoire - les lois et les actes non conformes avec elle étant juridiquement nuls et inexistants (par. (1) et (2) de l'art. 3).

Ces règles figurent dans la Section I du texte, où sont énoncés les principes de base du système constitutionnel auxquels doivent se plier l'interprétation et l'application de toutes les dispositions de la loi fondamentale (par. (1) et (2) de l'art. 12). Ces principes constituent en quelque sorte une "Constitution de la Constitution".

Il faut en conclure que le projet (compte tenu de la proclamation de l'art. 2, d'après laquelle l'homme avec ses droits et ses libertés représente pour la Fédération la valeur suprême) cherche à être l'expression d'une adhésion intégrale à l'idée d'Etat de droit. Ce qui signifie, d'un côté, que le principe de la légalité implique que tous les mécanismes destinés à sa sauvegarde (y compris l'administration de la justice) doivent agir harmonieusement dans ce but; et, d'un autre côté, qu'aucune manifestation du pouvoir politique, ainsi que du pouvoir administratif qui le prolonge, ne doivent échapper aux contrôles établis à cette fin. C'est ce qui explique l'institution d'un ombudsman (le Commissaire parlementaire de la Fédération russe pour les Droits de l'Homme dont parlent les paragraphes (1) et (2) de l'art. 48) et, en même temps, la juridiction constitutionnelle attribuée à tous les tribunaux sans distinction (par. (4) de l'art. 108) qui les rend tous des cours constitutionnelles, et éclaire aussi la création de la Cour constitutionnelle, au-dessus d'eux, comme ultime et dernière instance en matière de constitutionnalité et "organe suprême de protection du système constitutionnel de la Fédération" (par. (1) de l'art. 103).

II.

3. Essayons d'évaluer la composante judiciaire de la structure de contrôle proposée, en commençant par les tribunaux en général et le rôle qui leur est déferé dans l'administration de la justice constitutionnelle.

Quelle que soit la juridiction à laquelle il appartient (civile, commerciale, criminelle ou administrative - art. 102), chaque tribunal est obligé, si la question de constitutionnalité se pose, de surseoir au jugement de l'affaire qui lui est soumise et de demander à la Cour constitutionnelle, par l'intermédiaire de la Cour Suprême du for, de la trancher. Le tribunal doit ensuite juger en fonction de la décision de la Cour constitutionnelle (par. (4) de l'art. 108).

La compétence en matière de contrôle de constitutionnalité ainsi confiée ex officio à chaque juge correspond à la conception nord-américaine de la judicial review et est complétée par le caractère final et obligatoire de la décision prise par la Cour constitutionnelle, qui n'admet aucun recours ni plainte (par. (6) de l'art. 103).

Cependant, le projet ne précise pas si cette décision in concreto de la Cour constitutionnelle produira des effets seulement inter partes ou, au contraire, erga omnes. En d'autres termes, on ne sait pas si elle ne vaut que pour le procès dans lequel la question de constitutionnalité a été soulevée ou, au contraire, si elle a une valeur universelle et établit une fois pour toutes la nullité ou l'inexistence juridique de la norme, de la règle ou de l'acte en cause. Le doute ne se pose naturellement pas pour les actes à portée individuelle du Président de la Fédération, des organes exécutifs ou d'organes administratifs fédéraux, parce que la situation est alors unique et non répétitive ; par contre, il a une importance pratique manifeste quand il s'agit de normes ou d'autres actes de portée générale, car les effets de ces actes se répètent. La Constitution portugaise adopte une solution pragmatique : si, par trois fois au moins, la question de constitutionnalité lui est posée en des recours différents à propos de la même règle, la Cour constitutionnelle peut (il s'agit d'une faculté, et non d'une obligation) déclarer son inconstitutionnalité erga omnes (art. 281 - n° 3).

Un autre silence du paragraphe (6) de l'art. 103 du projet pose une question d'un autre type : les effets de la décision de la Cour constitutionnelle se produisent-ils ex tunc ou seulement ex nunc? La question est d'une gravité majeure; la justice, dans certains cas, et l'équité, dans d'autres, s'opposent à ce qu'elle soit résolue de façon uniforme et rigide. Les principes de la bonne foi et de la sécurité juridique peuvent être en cause. Doit-on, en pareils cas, couper court, sans en tenir compte? Là encore, la Constitution portugaise peut aider à la recherche d'une solution flexible et équilibrée. En effet, elle admet que des raisons de sécurité juridique, d'équité ou d'intérêt public d'une portée exceptionnelle permettent à la Cour constitutionnelle de renoncer à l'effet rétroactif de ses décisions erga omnes, et leur attribue un effet plus limité (art. 282 - n° 4).

4. Occupons-nous, maintenant, de la Cour constitutionnelle elle-même.

Le projet prévoit qu'elle est composée de quinze juges (art. 103, par (1) - deuxième phrase), élus à la majorité absolue du nombre total de députés des deux Chambres (par. (1) alinéa (k) et par. (3) de l'art. 85). Arrêtons-nous un moment là-dessus. Partout, comme le droit comparé le montre, on cherche à sauvegarder l'indépendance des juges par rapport aux organes politiques; cela vaut tout particulièrement pour les juges constitutionnels, puisque leur mission est de juger le pouvoir politique et de protéger la loi fondamentale (ou, comme le dit plus largement le paragraphe (1) de l'art. 103 du projet, protéger le "système constitutionnel"). A cette fin, il y a des pays où le choix des juges, puisque c'est un des points les plus sensibles, est confié à une

pluralité d'organes, d'autres où une majorité qualifiée est requise, d'autres où l'on recourt à la cooptation et d'autres encore où l'on s'en remet à des modes de désignation mixtes. Or, comme la démocratie pluraliste est un des principes de base du système retenu par la Constitution (art. 5), il serait plus naturel que les juges de la Cour constitutionnelle soient choisis à la majorité qualifiée. Cela leur conférerait une légitimité accrue envers le Président de la Fédération, le Soviet Suprême ou le Gouvernement dont ils auront à juger les actes et les lois. Pour qu'une majorité plus élevée soit atteinte, il faudra que les candidats méritent la confiance de plusieurs partis et forces politiques siégeant au Parlement. Il est nécessaire que, de pair avec leur capacité professionnelle, leur objectivité et leur impartialité soient reconnues et s'imposent. C'est, combiné avec la cooptation, le mécanisme adopté par la Constitution portugaise (art. 224).

Une deuxième remarque vise l'absence d'indication de la durée des fonctions des juges. *Ex silentio*, on est amené à croire qu'ils sont désignés à vie, ce qui peut conduire à mettre en doute à nouveau leur indépendance envers l'organe qui les a proposés et celui qui les a élus, ainsi que par rapport aux partis et forces politiques, soit envers ceux auxquels ils doivent la qualité de juge de cet "organe suprême du pouvoir judiciaire qui a pour charge la protection du système constitutionnel de la Fédération russe", pour emprunter au paragraphe (1) de l'art. 103 du projet ses propres mots. L'établissement d'un mandat de durée préétablie, lié à la possibilité ou impossibilité de réélection, minimiserait ces risques. C'est pourquoi elle semblerait préférable.

Une troisième remarque aura trait aux capacités personnelles des candidats. Partout où la charge du contrôle de la constitutionnalité revient à une vraie cour de justice, une partie au moins de ses membres doit être recrutée parmi les magistrats de carrière. Là aussi réside une garantie contre la politisation de la Cour, qui ne doit pas être méprisée. Le silence du projet, qui n'exige même pas que les élus soient des juristes, est une nouvelle source de préoccupation, car le choix est ainsi abandonné aux jeux des partis et forces politiques.

5. Fixons-nous sur les divers domaines qui font l'objet de la compétence de la Cour, selon les sept alinéas du paragraphe (2) de l'art. 103.

La variété et la latitude des matières comprises dans ces sept alinéas s'expliquent par la double fonction de la Constitution - fondement des relations réciproques entre le pouvoir et la société civile, et cadre de la solidarité mutuelle liant la Fédération et les unités qui la composent. En outre, il s'agit d'entités voulues indépendantes et libres dans leurs participation ou relations qui ont lieu soit *intra muros* de la Fédération, soit *extra muros* avec des États tiers ou d'autres entités internationales (art. 78 et alinéas (j) et (k) du par. (1) de l'art. 76). Il revient à la Constitution de régler harmonieusement tout cela, et à la Cour constitutionnelle d'en évaluer la constitutionnalité.

Par contraste, la compétence mentionnée à l'alinéa (f) du paragraphe (2) de l'art. 103 tient à d'autres raisons. Ce qui est en cause, c'est la liberté d'organisation reconnue à la société civile, sur le plan politique, de créer des partis et associations politiques, ou de donner naissance à des associations non-gouvernementales (art. 62 à 66).

De tout cela ressortent deux points : le respect des diversités culturelles et idéologiques, qui est encouragé par la structure fédérative imposée à l'État (art. 7); en contrepartie, la liberté d'organisation propre assurée à la société civile, exprimée par le principe du pluralisme politique (art. 5).

Voilà donc justifiée la variété des domaines auxquels se réfèrent les différents alinéas de l'art. 103.

Ce vaste déploiement de compétences est-il d'ment secondé, du point de vue fonctionnel, par les modalités de contrôle prévues en ce qui concerne la Cour constitutionnelle ? C'est ce que nous allons maintenant étudier.

6. Les modalités de contrôle forment dans leur ensemble, d'un strict point de vue organisationnel, le champ d'action propre de la Cour constitutionnelle.

La Cour n'est plus alors la plus haute et dernière instance (à l'instar de la Cour Fédérale Suprême des États-Unis, en matière de *judicial review*) de la juridiction constitutionnelle ; elle devient la seule et unique instance en la matière.

Ses décisions ne sont plus prises *in concreto*, pour résoudre un incident de constitutionnalité soulevé dans un quelconque procès, mais *in abstracto*, et visent une norme ou un acte en tant que tels, à la demande d'entités spécifiquement indiquées comme ayant légitimité pour le faire (alinéa (a) et (e) du par. (5) de l'art. 103).

Ces arrêts continuent d'être sans appel et non susceptibles de plainte (par. (6) de l'art. 103), et, par définition, leurs effets se produisent *erga omnes*. La Cour agit dans de tels cas, comme le disait Kelsen, en tant qu'anti-législateur, ce qui exige que ses décisions aient autant de force que les lois ou autres actes souverains qu'elles sanctionnent. Les décisions de la Cour ont les mêmes effets qu'une suspension ou une révocation. Elles ne sont, en somme, qu'une concrétisation de la maxime si chère à Montesquieu : "Pour qu'on n'abuse du pouvoir, il faut que le pouvoir arrête le pouvoir". Ce sont, en d'autres termes, des expressions du "pouvoir d'empêcher" dont il soulignait l'importance.

Reste la question de savoir si les décisions prises dans de tels cas par la Cour doivent produire des effets *ex tunc* ou seulement *ex nunc*. Nous nous référons sur ce point aux réserves et réticences faites plus haut, à propos du contrôle de constitutionnalité *in concreto*.

7. L'appréciation abstraite dont nous nous occupons à présent peut être faite de deux manières : *ex ante*, c'est-à-dire avant que la procédure qui conduit à l'émission de la norme ou de l'acte qui en est l'objet soit conclue ; ou *ex post*, après que la norme ou l'acte soit adopté et en vigueur. Ces deux différents modes de contrôle sont généralement appelés contrôle abstrait *préventif* et contrôle abstrait *répressif*. Le premier était de règle en France sous la IV^e République, et continue de l'être sous la V^e. L'avis du Conseil constitutionnel ne peut être donné, selon la Constitution de 1958, que *préventivement*.

Le projet de Constitution de la Fédération ne prévoit le contrôle préventif que pour la ratification de traités internationaux, ou l'approbation d'accords de même nature (alinéa (c) du n° (4) de l'art. 103). Est-ce souhaitable ?

Commençons par écarter les actes dits *politiques* ou de *gouvernement*. Les uns comme les autres, qu'ils aient pour auteurs le Président de la Fédération, le Soviet Suprême, l'Exécutif ou les organes législatifs ou exécutifs des unités composantes de la Fédération, dans les cas envisagés par le texte constitutionnel, sont des actes politiques purs, voire exceptionnels, qui échappent à tout contrôle. C'est le cas par exemple de l'exercice du droit de veto (par. (5) de l'art. 88), des actes de direction du Gouvernement (alinéa (c) du par. (1) de l'art. 93), ou de la déclaration de l'État d'urgence (alinéa (m) du même paragraphe).

Hormis donc les actes de l'un ou de l'autre de ces deux types, l'appréciation préventive admise pour les traités et les accords internationaux est la seule hypothèse possible selon le projet. Est-ce une sage option, bien que limitée aux accords internationaux ?

Le contrôle préventif se place à mi-chemin entre la décision politique d'où doit naître la norme ou l'acte soumis au contrôle et ce contrôle lui-même. L'objet du contrôle est un projet de norme ou d'acte. C'est le moment où interviennent les questions qui ont rapport à ce qui convient et à ce qui ne convient pas, à ce qui est opportun et à ce qui ne l'est pas. C'est le moment où l'on pèse le pour et le contre. Quel que soit le sens dans lequel la Cour décide, il y aura toujours quelqu'un qui pensera qu'elle l'a fait pour des raisons politiques. Pareille situation s'est posée de façon aiguë à propos des projets de lois décriminalisant dans certains cas l'avortement clinique au Portugal ainsi qu'en Espagne ou en Italie. La Cour constitutionnelle espagnole a obtenu par la suite du Parlement que la compétence d'appréciation préventive soit tout simplement retirée de la liste légale de ses compétences, ce qui est effectivement survenu en 1985. Si, au contraire, le contrôle préventif se maintient en France, c'est surtout pour des considérations d'ordre politique, comme celles qui ont convaincu le Général De Gaulle de l'inscrire comme seul mode de contrôle de la constitutionnalité dans le texte de 1958 et ses

successeurs à la maintenir, ainsi que pour des raisons d'ordre pratique, visant à tuer dans l'oeuf celui qui pourra devenir un élément perturbateur de la paix publique. Mais cela revient à mêler justice et politique. Et c'est là, encore une fois, le problème.

Doit-on faire courir à la Cour constitutionnelle pareils risques, au prix de sa réputation d'objectivité et d'impartialité en matière politique, même uniquement à propos des traités et des accords internationaux ?

8. Reste le rôle dévolu à la Cour pour la défense des droits individuels et sociaux.

Là encore, le droit comparé montre qu'il y a des droits nationaux qui admettent, à cette fin, le recours personnel et direct du citoyen devant la Cour. C'est le cas de la *Verfassungsbeschwerde* du droit allemand, de la *Bescheidbeschwerde* du droit autrichien, du recours de droit public du droit suisse, du *derecho de amparo* du droit espagnol ou des *juicios de amparo* du droit mexicain et d'autres droits centre- et sud-américains où l'influence de la culture juridique espagnole persiste. Dans tous ces pays, les avalanches de demandes que l'admission de recours de ce genre a engendrées est à l'origine de solutions expéditives dont le seul but est d'étancher un flux qui s'est révélé abusif. C'est pourquoi d'autres droits nationaux, comme le droit portugais, ont préféré la voie indirecte de l'élargissement du nombre des modalités de contrôle, ajoutant à l'appréciation *in concreto*, constitutionnellement admise depuis 1911, l'appréciation *in abstracto* dans les deux variantes (la préventive et la répressive) mentionnées et en y ajoutant l'appréciation de l'inconstitutionnalité *par omission* - c'est-à-dire, par manque de législation complémentaire indispensable à la mise en oeuvre de règles constitutionnelles qui ne sont pas directement applicables. C'est ce qui se passe souvent avec certaines des normes programmatiques qui abondent dans les constitutions contemporaines et qui définissent les grands buts de l'Etat en matière de politique culturelle, sociale ou économique ainsi que les droits attendants des citoyens - les uns et les autres (buts et droits) voués à la réalisation effective de la justice sociale et du *Welfare State*. Pour d'autres, l'admission du contrôle de l'inconstitutionnalité *par omission* comporte les mêmes risques que l'appréciation préventive ou même davantage, puisqu'en cas d'omission il n'y a pas de norme ou d'acte *in fieri* - mais le néant. La suspicion que la Cour se mêle de politique, en intervenant, peut paraître fondée; et, par contre-coup, la critique de ses décisions et le doute porté sur son impartialité deviennent plus facilement crédibles.

Il est peut-être heureux que le projet ne parle pas de contrôle *par omission* - bien qu'il proclame l'application directe de la Constitution (par. (2) de l'art. 3) et que celle-ci énonce largement les libertés économiques, sociales et culturelles du citoyen (art. 34 à 42), les garantisse fermement (art. 43 à 46) et soit elle-même une loi fondamentale à caractère programmatique.

9. Abordons un ultime et dernier point.

Les règles visées au paragraphe (2) de l'art. 103 sont des règles *publiques* c'est-à-dire des règles créées et mises en vigueur par des organes politiques à compétence législative ou réglementaire. Cela correspond à l'opinion courante dans les pays à idéologie libérale et économie de marché où le contrôle de la constitutionnalité est admis.

Cependant, un des corollaires de ces deux caractéristiques (l'idéologie libérale et l'économie de marché) est ce qu'on appelle l'autonomie de la volonté privée. Juridiquement parlant, cela veut dire que, par exemple, le régime des contrats est celui que, sous forme de stipulations ou de clauses, les parties elles-mêmes établissent. Les normes publiques contenues dans les codes et les lois, à propos de chaque espèce de contrat, n'ont qu'une valeur supplétive et ne sont, en conséquence, applicables qu'à défaut de stipulations ou clauses accordées par les contractants. Or, aujourd'hui, la grande majorité des contrats journalièrement conclus sont des contrats d'adhésion, cristallisés dans des clauses unilatéralement fixées d'avance par l'une des parties. L'autre n'a qu'à accepter ou à refuser. Cela est valable pour la plupart des contrats en général, y compris les contrats collectifs, et est particulièrement grave dans les contrats de travail. C'est justement ces derniers qui portent les plus graves atteintes aux droits fondamentaux et sociaux. Civilistes et commercialistes considèrent néanmoins que de pareilles atteintes ne constituent pas de vraies inconstitutionnalités et ne peuvent, le cas échéant, être soumises à l'appréciation de la justice constitutionnelle.

La Constitution portugaise prévoit *expressis verbis* le principe de l'applicabilité directe des dispositions de son texte se rapportant aux droits, libertés et garanties, lesquels sont obligatoires tant pour les entités publiques que pour les privées (art. 18 - n° 1). Cela n'a toutefois malheureusement pas été estimé comme suffisant pour conduire les civilistes et les commercialistes à se détourner de leurs points de vue traditionnels. Même entre constitutionnalistes, on ne peut affirmer que ces nouvelles vues ont obtenu entièrement gain de cause.

Le projet de Constitution ne contient pas de dispositions aussi claires que celles contenues dans le texte constitutionnel portugais auquel il vient d'être fait allusion. En termes bien plus généraux, il n'impose que l'applicabilité *directe* de la Constitution au paragraphe (2) de l'art. 3. Cette disposition englobe, assurément, l'applicabilité directe des dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux des citoyens, sans exclure les droits de nature culturelle, sociale ou économique. Ne faudrait-il cependant pas être plus clair, et faire expressément mention des normes et règles d'origine privée, y compris celles figurant dans des contrats collectifs, parmi les normes ou règles susceptibles d'évaluation par la justice constitutionnelle ?

Armando M. Marques-Guedes
Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de Lisbonne

Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université Catholique
Portugaise (Lisbonne)