



COUNCIL OF EUROPE    CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 26 octobre 2004  
CCS 2004/10

Diffusion restreinte  
**CDL-JU (2004)067**  
**Fr. seul**

**COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT**  
**(COMMISSION DE VENISE)**

**en coopération avec**  
**LA COUR CONSTITUTIONNELLE D'ARMENIE**

**IXe CONFERENCE INTERNATIONALE DE EREVAN**

**LE PRINCIPE D'ETAT DE DROIT DANS LA  
PRATIQUE DE LA JUSTICE  
CONSTITUTIONNELLE**

Erevan, les 15-16 octobre 2004

**« L'Etat de droit dans la jurisprudence de la Cour  
constitutionnelle portugaise »**

**José SOUSA ET BRITO, Portugal**

## **L'état de droit dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle portugaise**

Quel est le rôle de la Cour Constitutionnelle portugaise dans la définition de l'état de droit? Cette question s'inscrit dans la problématique plus large des relations entre l'état de droit matériel et l'état de droit formel. Je vais donc commencer pour m'occuper de la théorie même de l'état de droit.

### **I - État de droit: les principes**

#### **État de droit formel et état de droit matériel**

L'état est subordonné au droit et avant tout aux droits de l'homme. Cette pensée est exprimée par le concept d'«état de droit». Le concept a été développé surtout par des auteurs allemands, mais on pourrait utiliser par la suite les concepts à peu près équivalents de «rule of law» ou d'«état constitutionnel». L'état de droit contemporain se veut aussi bien formel que matériel.

Dans l'état de droit formel l'état est limité par le droit qu'il crée lui-même. Pour les auteurs de droit public allemand cette limitation est essentielle au concept juridique de l'état. L'état est constitué, non plus par un contrat social hypothétique, mais par le droit, une fois que toutes ses activités sont réglées par le droit, et que toutes les relations des organes de l'état entre eux et de l'état avec les individus sont des relations juridiques. L'état a donc des droits subjectifs vers les individus et ceux-ci ont des droits subjectifs vers l'état et par là on a une réglementation de l'activité des organes de l'état et de l'activité publique des individus. Dans le contexte de la division du travail et de la multiplicité des organes de l'état, cela implique la conception de l'activité de l'état comme une procédure, par laquelle les fins de l'état se réalisent, moyennant la collaboration des différents organes et des individus. De la façon comment on définit ces fins et on organise cette collaboration dépendent le caractère plus libéral ou plus totalitaire de l'état et la fonction du droit en tant que restriction ou bien promotion de l'activité de l'état. Mais l'important c'est que le concept d'état de droit formel n'implique aucune limitation du contenu de la loi qui ne soit pas dans la constitution, ni aucune limite à l'arbitre administratif ou judiciaire qui ne soit pas dans la loi. Il implique la légalité aussi bien de l'administration que de la justice ; mais aucune séparation des pouvoirs ne devient nécessaire. C'est-à-dire que les droits de l'homme n'ont d'existence et de protection que dans la mesure où la loi ou plutôt l'activité légale de l'état les reconnaît.

Par contre, dans l'état de droit matériel l'état n'est pas seulement limité par le droit qu'il crée, mais aussi par les droits de l'homme et par le système de principes, de règles et de valeurs qu'ils constituent, dont la dignité de la personne humaine est l'élément fondamental. C'est-à-dire, parmi d'autres conséquences, que la validité des actes des organes de l'état n'est pas conditionnée par la seule régularité formelle de la procédure de sa production, compte tenue de l'hierarchie des normes juridiques de l'état, mais aussi par la compatibilité de leur contenu avec un système normatif supérieur.

## **2. Fondement réciproque de l'état de droit formel et matériel**

Quoique l'état de droit formel et l'état de droit matériel subordonnent chacun l'état à une idée de droit entièrement différente, ils peuvent servir de fondement l'un à l'autre, et ils le font en effet dans presque tous les États de droit contemporains.

L'état de droit formel peut fonder l'état de droit matériel en tant qu'il reçoit une déclaration des droits de l'homme dans la constitution et qu'il considère le contenu essentiel de ces droits de l'homme inaltérable. Par là la subordination de tout le reste du système juridique au système des droits de l'homme est garantie.

D'autre part, l'état de droit matériel est le fondement d'une certaine espèce d'état de droit formel, l'état de droit démocratique. La démocratie est une conséquence de l'état de droit matériel. Le principe de la dignité de la personne humaine s'articule par les valeurs de la liberté et de l'égalité et il implique la liberté égale de tous les citoyens. De la même autonomie étique de chaque personne dérive le principe du gouvernement du peuple par le peuple. Elle implique la participation égale de tous dans la formation de la volonté collective, à travers des droits égaux de voter et d'être élu et d'accéder à la fonction publique, et elle implique bien aussi les libertés complémentaires d'expression, d'information, de presse, de réunion et d'association. Le principe de la décision majoritaire se déduit aussi, puisqu'il est le seul moyen de donner la même valeur à la participation libre de chaque personne dans la décision qui oblige tout le monde. Si on exigeait moins, les membres d'une majorité contre seraient dévalués. Si on exigeait plus, alors les membres de la majorité pour seraient dévalués, si l'absence d'une décision produise un effet normatif de sens contraire. Si un tel effet ne se produit pas, le besoin d'une majorité qualifiée ou de l'unanimité est compatible avec l'égalité d'avoir besoin d'un certain niveau de consensus pour arriver à une action collective. La décision majoritaire découle donc de l'état de droit matériel si une nouvelle décision est le résultat nécessaire de l'action collective.

Le principe démocratique serait nié s'il y aurait un pouvoir qui ne serait pas constitué et exercé par le peuple, du moins par l'intervention indirecte des représentants élus dans la désignation des titulaires du pouvoir. Cela vaut notamment pour la désignation des juges. Ils aussi dérivent leur légitimité démocratique du suffrage universel, quoique indirectement, par l'intervention des élus dans la procédure de désignation des juges. Le suffrage universel est donc à l'origine de toute décision démocratique, mais il n'assure pas la nature démocratique de la décision. Autrement toutes les décisions du peuple ou des organes désignés par lui seraient démocratiques, indépendamment du contenu. La nature démocratique de la décision dépend donc de l'adoption directe ou indirecte par la majorité, mais elle dépend aussi de sa compatibilité avec les raisons du principe démocratique lui-même, c'est-à-dire, de la démocratie en tant que système de principes.

Tous les droits de l'homme découlent de la dignité égale des hommes, de leur valeur identique en tant que personnes libres, autonomes, qui ont le pouvoir de se donner leur propre loi et dont les fins personnels sont aussi les fins derniers de toute loi. Le principe démocratique est le principe de l'organisation sociale sur cette base.

### **3. Le développement des droits de l'homme dans l'horizon herméneutique des deux principes.**

Les droits de l'homme ne sont pas fixés une fois pour toutes, ils se développent. La Déclaration universelle des droits de l'homme a été développée par les deux Pactes des Nations Unies sur les droits civils et politiques et sur les droits sociaux, économiques et culturels. La Convention Européenne des droits de l'homme a été élargie par 11 protocoles additionnels, dont 10 portent sur des droits nouveaux. De même dans les états de droit. Dans ceux-ci le développement se fait surtout par le moyen de leur progressive détermination dans la loi et dans la jurisprudence. La plus grande partie du Code de procédure pénale, par exemple, n'est que le développement des garanties de la procédure pénale des déclarations des droits. Le développement de ces garanties par la jurisprudence de la Commission et de la Cour de la Convention européenne des droits de l'homme à Strasbourg a contribué fortement à l'adoption des mêmes règles de procédure pénale par les états d'Europe.

Puisque les démocraties contemporaines sont des états de droit aussi bien formels que matériels, le développement des droits de l'homme est en même temps le développement de l'état de droit dans les deux sens. Cela veut dire que les délibérations des autorités démocratiques - des législateurs, des juges du gouvernement de l'administration publique se font au dedans de l'horizon herméneutique ouvert par les antérieures déterminations démocratiques du contenu des droits de l'homme. Il y a donc une herméneutique du contenu des droits de l'homme qui se fait comme une construction rationnelle à partir des déterminations démocratiques de son contenu - en respectant un principe de cohérence - ou de «fit», dans la terminologie de Ronald Dworkin<sup>1</sup> -. Il n'y a pas lieu à des définitions transcendantes ou révélées de ces droits, ni des voies privilégiés de sa connaissance de la part d'individus (du charisme) ou des générations (de la tradition). D'autre part, la volonté majoritaire n'est respectable que si elle est compatible avec le contenu des droits de l'homme interprétés comme auparavant.

### **4. Les droits de l'homme dans le droit de l'état et dans le droit international**

Les droits de l'homme se développent aussi bien dans le droit national ou étatique que dans le droit international. Ils sont soutenus par une conviction juridique aussi bien nationale - celle du citoyen - qu'universelle - celle de l'individu en tant que citoyen du monde. Quoique les développements aient lieu dans les systèmes de droit différents et donc avec des principes de cohérence (ou de «fit») différents, les déterminations sont néanmoins en grande partie identiques, parce que la logique de la construction rationnelle de chaque système et la plus grande partie des déterminations acquises des droits de l'homme sont identiques. Parfois les déclarations des droits du droit international sont incorporées dans le droit national par des remissions génériques - ainsi la Constitution portugaise par rapport à d'autres droits de l'homme contenus dans les lois et les règles du droit international (art.16, n° 1 de La Constitution portugaise) ou par des rémissions spécifiques telles que la rémission à la Déclaration universelle de la Constitution portugaise à l'effet de l'interprétation et intégration des dispositions internes sur les droits de l'homme (art.16, n° 2), ou l'incorporation globale de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit du Royaume Uni par le Human Rights Act de 1998. L'état de droit se développe dans ce cas dans un horizon herméneutique élargi par le droit international.

---

<sup>1</sup> Ronald Dworkin, *Laws Empire*, London, Fontana Press, 1986, 230.

## II – La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle portugaise sur l'état de Droit: deux exemples

Les Cours constitutionnelles ont le pouvoir suprême dans la définition de l'horizon herméneutique du développement des droits de l'homme, car elles ont, pas seulement le dernier mot dans leur interprétation, mais elles définissent les limites de leur propre compétence vis-à-vis le pouvoir de développement de ces droits par le législateur et par les autres tribunaux. Elles développent ainsi le principe de la séparation des pouvoirs, un des principes constitutifs de l'état de droit matériel. Je ne ferais ici que quelques réflexions sur ce dernier point, à propos de deux décisions de la Cour Constitutionnelle portugaise. J'espère ainsi éclairer quelques aspects du rôle de la Cour Constitutionnelle portugaise dans la définition de l'état de droit au Portugal, comme exemple d'une problématique plus générale.

### La question de la constitutionnalité du referendum sur l'avortement (arrêt n° 288/98)

La Cour constitutionnelle portugaise a rendu trois arrêts en matière d'avortement: deux fois à propos de la loi qui a introduit un système d'indications (c'est-à-dire, de causes d'exclusion de la responsabilité pénale autres qu'une période de temps), d'ailleurs très limité, sans indication sociale (arrêts n° 25/84<sup>2</sup> en contrôle préventif, et n° 85/85<sup>3</sup> en action en inconstitutionnalité) et à nouveau en 1998 (arrêt n° 288/98<sup>4</sup>), en contrôle préventif de la constitutionnalité et de la légalité d'un referendum où les citoyens devraient répondre à la question: «Êtes vous d'accord avec la dépenalisation de l'interruption volontaire de la grossesse, pourvu qu'elle soit réalisée, par option de la femme, dans les 10 premières semaines de grossesse dans un établissement de santé autorisé par la loi?».

Ce que caractérise la question sur la constitutionnalité d'un referendum c'est qu'elle ne peut être répondue par la positive que si les deux réponses possibles au referendum, le oui et le non, ne violent pas la constitution. Par conséquence, aussi bien les juges qui considèrent que l'état de droit impose le non à la «solution de la période» – comme l'on décidé la Cour Constitutionnelle fédérale allemande en 1975<sup>5</sup> et la Cour Constitutionnelle hongroise en 1991<sup>6</sup> – que ceux qui considèrent une telle solution imposée par la constitution – comme la Supreme Court dans *Roe v. Wade* en 1973<sup>7</sup> – devraient dans le cas voter l'inconstitutionnalité du referendum. La majorité des juges constitutionnels portugais a dit qu'en face du conflit entre la protection de la vie intra-utérine, qui est une dimension du droit à la vie, et certains droits de la femme, le législateur a l'option entre punir ou ne pas punir l'avortement dans les premières dix semaines. La Cour a précisé que sa position n'impliquait pas la reconnaissance d'un droit constitutionnel de la femme au livre avortement et était compatible avec l'illicéité de l'avortement. Parmi les arguments en faveur de

---

<sup>2</sup> *Acordãos do Tribunal Constitucional*, 2, 7 s.

<sup>3</sup> *Acordãos do Tribunal Constitucional*, 5, 245 s..

<sup>4</sup> *Acordãos do Tribunal Constitucional*, 40, 7 s..

<sup>5</sup> BverfGE 39, 1 ff. L'arrêt du 28. 5. 1993 (BVerfGE 88, 203 ff.) prétend développer la même doctrine, mais en fait il admet que l'avortement dans la première période soit non punissable, quoique illicite.

<sup>6</sup> Arrêt 64/1991 (XII.17.) AB (traduction allemande dans Georg Brunner, Lázló Sólyom, *Verfassungsgewissenshaft i Hungarn*, Baden-Baden, Nomos, 1995, 256 s.).

<sup>7</sup> 410 U.S., 113.

sa position la Cour a relevé le fait de l'absence d'un consensus social autour de la criminalisation de l'avortement. La Cour a admis comme valables des arguments en faveur de la proposition législative à soumettre au referendum, mais elle a conclu que tout de même le «non» n'était pas inconstitutionnel: ces arguments ne servaient donc qu'à infirmer la thèse de l'inconstitutionnalité de l' «oui».

Du point de vue de la définition de l'état de droit, l'arrêt donne une extension maximale au pouvoir discrétionnaire du législateur, et cela dans la matière d'harmonisation de droits de l'homme, qui est un domaine par excellence de la compétence des cours constitutionnelles.

La question du contrôle du principe *nullum crimen nulla poena sine lege*. L'arrêt n° 674/99.

La Cour Constitutionnelle a eu maintes fois à décider si elle a le pouvoir de contrôler l'inconstitutionnalité d'une décision du juge pénal en violation du principe *nullum crimen nulla poena sine lege*. Lorsque que le juge pénal donne aux mots une interprétation qui excède le sens possible des mots de la loi il viole ce principe. La Constitution portugaise ne permet pas à la Cour Constitutionnelle de contrôler des décisions juridictionnelles, mais seulement des «normes». La question alors se pose de savoir si la norme, qui correspond à l'interprétation du juge pénal, est une «norme» dont la constitutionnalité peut être contrôlée par la Cour, ou si dans ces cas il s'agit d'une décision juridictionnelle que la Cour ne peut pas contrôler. Par exemple, dans plusieurs arrêts<sup>8</sup> la Cour a décidé qu'elle ne pouvait pas prendre connaissance des cas où le juge pénal a considéré que le mot «fonctionnaire» dans une incrimination comprenait les militaires. L'arrêt n° 474/99<sup>9</sup> la Cour a généralisé cette doctrine et défendue la thèse selon laquelle dans les cas où le législateur peut établir par le moyen d'une loi une norme identique à l'interprétation du juge pénal, la Cour Constitutionnelle ne peut pas connaître. Cette thèse refuse la protection de la justice constitutionnelle à toute une espèce de violations du principe de légalité en droit pénal. Moi-même et une minorité des juges ont voté contre. Je pense que la Constitution ne peut pas avoir voulu excepter ce droit fondamental de la protection de la justice constitutionnelle et donc que la «norme» exprimant l'interprétation du juge pénal peut être contrôlée par la Cour.

Cette jurisprudence constitutionnelle portugaise démontre comment la Cour Constitutionnelle, en définissant sa propre compétence, définit en même temps la compétence des autres tribunaux dans la réalisation de l'état de droit.

---

<sup>8</sup> Notamment, arrêts 353/86 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 8, 575-576) et 634/94 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 29, 246-249).

<sup>9</sup> *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 45, 599 s.. Dans le même sens l'arrêt n° 494/03 (disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acrdas/>), qui donne un aperçu de la doctrine postérieure.