

**Les aspects constitutionnels de la transition  
vers une économie de marché**

**Travaux de la Commission européenne  
pour la démocratie par le droit**

**Rapport sur les bases juridiques du système économique durant une période de transition  
de l'économie planifiée à l'économie de marché**

**Actes du séminaire UniDem organisé à Moscou du 18 au 19 février 1993**

**Actes du séminaire UniDem organisé à Sofia du 14 au 16 octobre 1993**

**TABLE DES MATIERES**

I: INTRODUCTION par Prof. Jean Claude SCHOLSEM .....	2
II. LES BASES JURIDIQUES DU SYSTEME ECONOMIQUE DURANT UNE PERIODE DE TRANSITION DE L'ECONOMIE PLANIFIEE A L'ECONOMIE DE MARCHE - RAPPORT DE LA COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT ETABLI SUR LA BASE D'UNE ETUDE PAR PROFESSEUR MICHEL HERBIET .	4
III. LA TRANSITION VERS UN NOUVEAU TYPE D'ECONOMIE ET SES REFLETS CONSTITUTIONNELS - ACTES DU SEMINAIRE UNIDEM ORGANISE A MOSCOU DU 18 AU 19 FEVRIER 1993 .....	12
Séance d'ouverture .....	12
Allocutions d'ouverture .....	12
Les bases constitutionnelles de l'organisation économique .....	14
Les bases constitutionnelles de l'organisation économique - Rapport du Professeur Jorge MIRANDA, Université de Lisbonne .....	14
Traduction juridique du modèle économique dans l'actuelle constitution de la fédération de Russie et dans le projet de constitution - Rapport de M. Y.A. DANILOV, Commission constitutionnelle de la Fédération de Russie .....	27
Les bases constitutionnelles de l'élaboration des lois dans le domaine économique - Résumé du rapport du Prof. Y. A. TIKHOMIROV, Directeur adjoint de l'Institut de législation et de droit comparé .....	33

Aspects constitutionnels de la propriété .....	35
Propriete et Constitution - Rapport du Professeur J. MENCINGER.....	35
La propriété et la libre entreprise: problèmes législatifs - Résumé du rapport du Professeur E.A. SUKHANOV .....	51
La liberté de l'activité économique .....	54
La liberte de l'activite economique - garanties et limites constitutionnelles - Rapport du Professeur J.M. TROMM .....	54
Le développement du droit contractuel lors du passage vers l'économie de marché - Rapport du Professeur B.I. POUYOUINSKY.....	63
Résumé de la discussion .....	64
Le rôle de la Cour constitutionnelle dans le domaine économique .....	65
Le rôle de la cour constitutionnelle federale dans le domaine economique - Rapport du Professeur Otto LUCHTERHANDT .....	66
Le rôle de la justice constitutionnelle dans le passage à une economie de marche - Résumé du rapport du Professeur Nikolay VITROUK .....	76
Résumé de la discussion .....	78
Liste des participants.....	78
IV ETAT DE DROIT ET TRANSITION VERS UNE ECONOMIE DE MARCHÉ ACTES DU SEMINAIRE UNIDEM ORGANISE A SOFIA DU 14 AU 16 OCTOBRE 1993.....	82
Seance d'ouverture .....	83
Allocutions d'ouverture .....	83
La base constitutionnelle du système économique pendant une période de transition de l'économie planifiée à une économie de marché .....	85
La base constitutionnelle du système économique pendant une période de transition de l'économie planifiée à une économie de marché - Rapport du Professeur Michel HERBIET .....	85
Fondements constitutionnels du système économique au cours de la période post-totalitaire en république de bulgarie - Rapport de Mme. Snezhana BOTUSHAROVA .....	104
Résumé de la discussion .....	110
Les problèmes juridiques de la restitution .....	112
La restitution des biens en allemagne (de l'est) - Rapport du Professeur Helmut STEINBERGER.....	112

## **I: INTRODUCTION par Prof. Jean Claude SCHOLSEM**

Le présent volume réunit les différents documents de la Commission européenne pour la démocratie par le droit qui concernent le droit constitutionnel et la transition économique; mais permettez-moi tout d'abord d'expliquer en quoi consiste notre Commission.

La Commission européenne pour la démocratie par le droit, dont le siège est à Venise, a été créée en 1990. Ses objectifs sont les suivants:

- aider les nouvelles démocraties d'Europe centrale et orientale à créer les infrastructures politiques et juridiques nécessaires pour servir la démocratie pluraliste, les droits de l'homme et la primauté du droit;
- renforcer les structures démocratiques existantes qui sont constamment confrontées à de nouveaux défis dans une société en rapide évolution;
- promouvoir et renforcer le patrimoine démocratique et, en particulier, protéger les principes et les institutions qui sont l'essence d'une vraie démocratie.

La Commission a été établie en tant qu'Accord partiel du Conseil de l'Europe; il s'agit d'un arrangement pratique permettant aux Etats membres<sup>1</sup> qui s'intéressent à une activité particulière d'y participer et de partager la charge budgétaire correspondante. Le rôle de la Commission européenne pour la démocratie par le droit s'inscrit donc dans le cadre plus large des activités du Conseil de l'Europe dont elle est un groupe de travail spécialisé composé d'experts dans le domaine du droit et des sciences politiques (universitaires, juges, parlementaires, anciens ministres).

Les aspects constitutionnels de la transition économique ont été l'un des premiers domaines étudiés par notre Commission. L'importance des problèmes économiques pour le processus de transition vers la démocratie est apparue très tôt. Si la plupart des pays d'Europe centrale et orientale ont réussi leur passage d'un régime totalitaire à une démocratie pluraliste, ainsi qu'en témoigne leur adhésion au Conseil de l'Europe, leur passage d'une économie centralisée à une économie de marché s'est révélé beaucoup plus difficile. L'on n'a pas tardé à reconnaître que l'un des principaux obstacles au développement économique et aux investissements étrangers résidait dans l'absence d'un cadre juridique et administratif adéquat. Il est devenu tout à fait évident que l'Etat de droit était non seulement important pour protéger la population contre les abus de pouvoir à caractère politique mais qu'il était aussi indispensable pour que l'économie fonctionne bien. Les investisseurs étrangers et les entrepreneurs nationaux ont besoin de certitude juridique et il faut qu'ils sachent que tout acte de l'Etat ayant une incidence à leur égard sera fondé sur le strict respect du droit. Leur liberté d'action doit être protégée et ils doivent avoir librement accès à un système judiciaire pour pouvoir entrer en concurrence dans un environnement caractérisé jusqu'à présent par le monopole de grandes entreprises d'Etat.

Le droit constitutionnel est donc plus important pour la transition économique que ce que l'on pourrait penser à première vue. Aussi notre Commission s'est-elle efforcée de mettre en évidence les fondements juridiques et constitutionnels du système économique pendant une période de transition entre une économie planifiée et une économie de marché. Dans un premier temps, un séminaire a été organisé à Moscou, en coopération avec le Soviet Suprême de la Fédération de Russie, l'Université d'Etat de Moscou, la Cour constitutionnelle de Russie, la Commission constitutionnelle, le ministère des Affaires étrangères et le Centre parlementaire du Soviet Suprême. Le séminaire a abordé les principales questions qui concernent les rapports entre la Constitution et le système économique, notamment la propriété privée, la liberté d'activité économique et le rôle de la Cour constitutionnelle dans le domaine économique.

---

<sup>1</sup>

Pour assurer le suivi de ce séminaire, un second séminaire a été organisé à Sofia en coopération avec la Nouvelle Université bulgare et l'Université de Blagoevgrad. Ce séminaire s'est efforcé de tirer les conclusions du séminaire précédent et il a abordé des questions plus spécifiques telles que la restitution, la privatisation et les principes de la législation fiscale.

A partir de ces deux séminaires auxquels il avait participé, mon collègue de l'université de Liège, le professeur Herbiet, a établi un rapport sur «Les bases juridiques du système économique durant une période de transition de l'économie planifiée à l'économie de marché». Ce rapport contient des conclusions concernant la question de savoir, d'une part, quels sont les principes juridiques fondamentaux sur lesquels reposent les économies de marché et, d'autre part, s'il convient de les énoncer dans le cadre rigide de la Constitution ou s'il vaut mieux les faire relever du domaine législatif ou réglementaire. Le rapport, qui a été examiné puis adopté définitivement par notre Commission, contient une sorte de résumé de nos activités en la matière. De toute évidence, il ne saurait remplacer la richesse de détails que contiennent la plupart des rapports, aussi a-t-il été jugé utile de le publier en même temps que les actes des deux séminaires afin de dresser pour le lecteur intéressé un tableau aussi complet que possible des sujets étudiés.

J.C. SCHOLSEM

Président de la Sous-commission sur l'Etat de droit et la transition vers une économie de marché de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Liège

## **II. LES BASES JURIDIQUES DU SYSTEME ECONOMIQUE DURANT UNE PERIODE DE TRANSITION DE L'ECONOMIE PLANIFIEE A L'ECONOMIE DE MARCHE - RAPPORT DE LA COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT ETABLI SUR LA BASE D'UNE ETUDE PAR PROFESSEUR MICHEL HERBIET**

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Liège<sup>2</sup>

Analyser les bases juridiques du système économique durant une période de transition de l'économie planifiée à l'économie de marché est certes un défi dans la mesure où les questions abordées sont fondamentales et les réponses formulées souvent complexes et incertaines.

Le problème qui se pose est relativement simple : confrontés au passage d'une économie planifiée qui se caractérisait par la propriété collective des moyens de production et une planification étatique centralisée, à une économie de marché qui implique des réformes de grandes envergures qui doivent trouver leur traduction sur le plan juridique par la mise en place d'un nouveau corps de règles de droit susceptibles d'assurer le bon déroulement de l'activité économique, les gouvernants se posent différentes questions :

- Quels sont les principes juridiques fondamentaux d'un système reposant sur l'économie de marché ?
  - La matière doit-elle être réglé dans le cadre rigide de la Constitution ?
-

- Ne vaut-il pas mieux que cette matière relève du législateur ou du simple règlement ?

## I.

Sans revenir trop longuement sur les concepts d'économie planifiée et d'économie de marché, il a semblé indispensable d'isoler les éléments fondamentaux du cadre juridique de l'économie de marché.

\* D'abord, la reconnaissance et la protection des différentes formes de propriété.

C'est dans ce cadre que s'inscrivent les problèmes juridiques relatifs aux démonopolisations, aux privatisations d'entreprises publiques ou d'actifs publics et aux restitutions.

La propriété privée des moyens de production doit redevenir la forme principale de propriété mais il peut en exister d'autres.

\* Autre élément, la consécration de la liberté de l'activité économique, ce qui implique la liberté d'entreprendre, la liberté d'exercer la profession de son choix, la liberté d'établissement et d'installation, celle d'exercice et d'exploitation, mais aussi la liberté du travail.

\* Troisième élément, la liberté contractuelle qui suppose l'autonomie de la volonté et reconnaît dans le contrat "la pierre angulaire" sur laquelle repose tout le système économique.

\* Un autre élément est le principe de libre concurrence qui dérive à la fois de la liberté économique et du principe d'égalité, libre concurrence entre particuliers ou entre particuliers et pouvoirs publics, ce principe n'interdisant pas au pouvoir public d'exercer une activité économique mais prohibant de le faire dans des conditions dérogatoires au droit commun.

\* Autre élément, la liberté d'association qui comprend non seulement la liberté de constituer les associations ou sociétés mais aussi celle d'y adhérer ou de s'en retirer, d'exploiter et de développer celles-ci, de les dissoudre. A cette liberté, se rattache la liberté syndicale.

\* D'autres éléments plus économiques sont encore relevés par la doctrine :

- la mise en place d'un système performant de prix;
- la régulation des mécanismes monétaires ce qui implique la mise en place d'une politique monétaire restrictive et de stabilisation, et la création d'une banque centrale indépendante;
- la libération du commerce extérieur avec introduction de taux de change réaliste;
- l'élaboration d'un système fiscal efficace et la suppression des subventions généralisées d'Etat, le tout allant de pair avec une politique budgétaire rigoureuse;
- la mise en place d'une comptabilité des entreprises;
- une réglementation des valeurs mobilières et des marchés financiers.

Tous ces éléments sont de nature à assurer la pérennité de l'économie de marché mais ils doivent aussi influer sur les processus économiques inhérents à celle-ci dans l'optique d'objectifs globaux supérieurs d'ordre non seulement économique, mais également social.

Car l'économie de marché doit être sociale, c'est-à-dire fonctionner non seulement dans l'intérêt des individus mais aussi de la société. Elle permet ainsi de tenir compte des intérêts de toutes les parties de la société, notamment des employeurs et des employés.

L'Etat doit donc pallier les carences constatées par des mesures qui développent un cadre de protection sociale et qui, dans le domaine économique, tendent à remédier aux dysfonctionnements de l'économie de marché, en réglementant l'activité économique ou en créant des entreprises publiques.

Il convient toutefois d'observer que si ces éléments constituent la condition nécessaire, ils ne sont pas pour autant une condition suffisante. Encore faut-il que les agents économiques privés fassent usage des possibilités qui leur sont offertes !

La Commission est par ailleurs bien consciente de la situation spécifique des pays qui se situent actuellement dans une économie de transition : dans ceux-ci, la plupart des éléments fondamentaux de l'économie de marché se trouvent d'ores et déjà consacrés par les textes; il n'en reste pas moins vrai que les réformes doivent se mettre en place petit à petit et que l'économie de marché ne fonctionne encore qu'imparfaitement. Il paraît dès lors difficile, sinon impossible, d'exiger que ces pays incorporent dès à présent l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans les pays occidentaux; la transition doit se faire en douceur et sans à-coups.

Après avoir identifié les principes de base de l'économie de marché et compte tenu des réserves formulées, il importe de franchir un pas de plus et de poser dès maintenant la question suivante.

## II.

Quel rôle réserver à la Constitution dans le domaine économique ?

La Constitution - dont on connaît le cadre rigide - est-elle bien le texte pour arrêter les conditions de la mise en place et du fonctionnement d'une économie de marché ? Dans quelle mesure ne vaudrait-il pas mieux confier cette mission au législateur ou à l'activité réglementaire ?

- Quel rôle réserver à la Constitution ... ?

La Constitution est, en règle, l'expression des valeurs juridiques fondamentales reçues par la communauté politique. Elle est le fondement de l'activité des gouvernants mais aussi sa limite. La plupart du temps, la Constitution se borne à consacrer les principes fondamentaux, s'en remettant au législateur pour l'aménagement détaillé de ces principes.

- ... dans le domaine économique ?

La Constitution est nécessairement la base du système juridico-économique de l'Etat. Elle doit assurer la stabilité et la prévisibilité d'un marché libre.

Sa fonction la plus importante est de donner un cadre clair et axé sur la primauté du droit mais elle ne doit énoncer que les règles vraiment essentielles.

Son rôle, bien que fondamental, doit malgré tout rester modeste dans la mesure où elle constitue un instrument de réglementation peu commode pour véhiculer les principes qui gouvernent l'économie de marché. Elle manque de la souplesse nécessaire pour réglementer les conditions du marché.

D'où l'extrême prudence à respecter avant de formuler les conditions constitutionnelles de l'activité économique. Il faut proscrire de fixer dans la Constitution des règles détaillées; mieux vaut s'en remettre au législateur ordinaire.

### III.

Quels principes de base introduire dès lors dans la Constitution ?

Il faut se limiter aux fondements essentiels du nouveau système économique.

Il convient toutefois de distinguer ici deux types de droits fondamentaux :

- les droits et libertés classiques, c'est-à-dire essentiellement les libertés négatives, qui engendrent un devoir d'abstention dans le chef de l'Etat;
- les droits économiques et sociaux fondamentaux, appelés aussi libertés positives en ce qu'elles exigent de la part de la collectivité des efforts très concrets.

Sans nous appesantir davantage sur cette distinction traditionnelle, disons tout de même - et en étant très schématique - que les libertés et droits classiques (au nombre desquels il faut ranger la liberté économique), obligent les gouvernants à s'abstenir de prendre des dispositions restrictives de ceux-ci. Ils ne reconnaissent pas, par ailleurs, aux citoyens un droit d'exiger certaines prestations ou avantages à charge de l'autorité.

Les droits économiques et sociaux révèlent une autre nature; ils sont relatifs et contingents et revêtent souvent un caractère programmatique beaucoup plus accusé. Ils obligent l'Etat à intervenir positivement et confèrent aux citoyens le droit d'exiger l'intervention du pouvoir. Ils devraient permettre le passage de l'égalité formelle ou juridique à l'égalité de fait c'est-à-dire l'égalité réelle.

Ces droits reposent sur le concept de solidarité en vertu duquel la collectivité a certaines responsabilités vis-à-vis de l'individu; aussi incombe-t-il, non seulement au pouvoir public mais aussi aux citoyens de collaborer au progrès social et économique de la société.

Mais l'obligation qui pèse sur les gouvernants doit s'entendre de façon raisonnable: ils ne peuvent tout faire en même temps, ni tout à la fois; leur action impose des choix et des priorités. Ces droits se réalisent de façon progressive suivant les ressources des pouvoirs publics; ils requièrent de la part de l'Administration un large pouvoir d'appréciation.

D'où la difficulté d'assimiler ces deux types de droits et libertés purement et simplement.

Quels droits et libertés traditionnels en matière économique insérer dans la Constitution ?

Les principaux, notamment :

- le droit de propriété mais en faisant apparaître clairement la subordination de son usage à l'intérêt de la société, et donc la possibilité d'expropriation.
- la liberté du commerce et de l'industrie impliquant la libre initiative, la libre concurrence et la libre circulation des travailleurs, des biens, des capitaux et des services.
- la liberté contractuelle qui s'analyse notamment dans la liberté de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son co-contractant, de déterminer librement le contenu de l'accord.
- la liberté d'association y compris la création de personnes juridiques distinctes, ce droit ne pouvant être soumis à aucune mesure préventive et impliquant le droit de s'unir en vue de sauvegarder et d'améliorer les conditions de travail et les conditions économiques.
- le principe d'égalité devant la loi et de non discrimination mais il s'agit d'une égalité juridique et non économique; il inclut l'égalité fiscale (pas de privilège en matière d'impôts).

Mais ces libertés traditionnelles doivent seulement être proclamées, le constituant s'en remettant au législateur pour les aménager et éventuellement les limiter.

Les restrictions doivent être ponctuelles et limitées, justifiées par l'intérêt général ou par le maintien de l'ordre public; elles doivent être le fait du législateur (par ou en vertu de la loi) et ne peuvent jamais remettre en cause l'existence même de ces droits essentiels. Elles doivent être nécessaires, efficaces et adaptées aux exigences et à la gravité de la situation; elles ne peuvent jamais porter une atteinte excessive à la liberté (principe de proportionnalité).

Une autre question est de savoir s'il ne faut pas introduire comme tel dans la Constitution le principe de l'intervention de l'Etat dans l'économie. Il semble que le contexte institutionnel dans lequel un pays s'insère, est de nature à influencer les choix faits par le pouvoir. Il s'avère en effet que si la structure d'un pays est de type fédéral, la nécessité peut se faire sentir, compte tenu de la répartition des compétences entre la fédération et les entités fédérées, d'exprimer clairement dans la Constitution à qui est attribué le pouvoir d'intervention en matière économique. L'exemple suisse a ainsi été évoqué, il n'en est pas de même en Belgique.

La Commission a une attitude plutôt réservée à l'égard de la proposition de mentionner explicitement dans la Constitution le principe de l'intervention de l'Etat. Même si l'on entend faire jouer à celui-ci, ou plus généralement aux pouvoirs publics, un rôle important dans l'économie, il ne paraît pas utile de consacrer cette intervention autrement que comme une exception au principe de la liberté économique, justifiée par la poursuite de l'intérêt général. Le risque de voir cette liberté réduite à peu de chose paraît ainsi assez illusoire. La liberté économique court par contre un sérieux danger dans la mesure où serait consacré dans la Constitution un concept - l'intervention des pouvoirs publics - empreint d'une grande mobilité dont le contenu est, par la force des choses, lié au pouvoir en place et aux théories économiques et sociales en vigueur à un moment donné.

Le caractère fluctuant de cette notion cadre mal avec la grande stabilité des dispositions constitutionnelles qui consacrent les droits et libertés fondamentaux.



"Figer" l'intervention économique des pouvoirs publics dans une disposition constitutionnelle risque d'en scléroser le contenu et donc d'en amoindrir l'efficacité. Or une des vertus premières exigée par la matière n'est-elle pas précisément l'adaptation rapide à une situation économique changeante.

Quels droits économiques et sociaux insérer dans la Constitution ?

Observons d'abord que ces droits sont rarement introduits dans le corps même de la Constitution (mais dans un préambule) et que leur reconnaissance n'est nullement liée au fait qu'ils soient proclamés dans la Constitution. L'expérience montre au contraire qu'aucune corrélation véritable n'existe entre leur insertion dans la Constitution et le niveau effectif de protection ou de prestations.

Faut-il conclure à l'inutilité de cette insertion dans la Constitution ?

Certes non, mais il faut agir avec prudence.

La Commission estime qu'il convient de ne mentionner que quelques droits économiques et sociaux dans la Constitution tout en se gardant de donner à ceux-ci un contenu trop détaillé et de leur reconnaître les mêmes caractères qu'aux droits et libertés traditionnels. Un bon exemple de la conduite à tenir peut être trouvé dans la Loi Fondamentale allemande qui proclame que la République fédérale d'Allemagne est un "Etat social", sans expliciter davantage le contenu de ce concept.

Le mieux semble sans doute être de n'introduire que les droits économiques et sociaux vraiment fondamentaux. Pourquoi ? Parce que, sinon, existe un risque de réduire la marge de manoeuvre du Parlement et d'augmenter de façon inconsidérée le pouvoir des juridictions; l'expérience montre par ailleurs les difficultés à concrétiser ces droits sur le plan juridique dans les pays qui ont procédé par de longues listes énumératives de ces droits.

Mieux vaut d'ailleurs n'introduire que ceux pour lesquels existe déjà un tissu légal adéquat : il y va alors d'une sorte de solemnisation de ces droits.

Quels principes introduire dès lors et selon quelles modalités ?

Il convient d'affirmer le principe de la reconnaissance globale des droits économiques et sociaux et d'inscrire éventuellement le principe même de chacun, sans plus, soit sous forme de normes minimales, soit dans une formulation sur le mode négatif ("nul ne peut être privé ... si ce n'est ...").

Quels droits formeraient le "noyau dur" des droits économiques et sociaux : le droit au travail, à la santé, à la sécurité sociale, à la sécurité d'existence, le droit à un logement convenable, à un environnement favorable, et aux loisirs.

C'est ensuite au législateur ordinaire à définir la nature, le contenu et les modalités de ces droits, à assurer leur protection et à régler leur exercice; il lui importe aussi d'adapter ces droits à l'évolution de la société.

Soulignons d'ailleurs que le meilleur garant des valeurs sociales semble bien être le principe d'égalité et de non-discrimination que nous avons rangé au nombre des droits et libertés traditionnels constitutionnellement garantis. Une application judicieuse de ce principe se révèle nettement plus efficace qu'une longue énumération de droits économiques et sociaux.

#### IV.

Quel est le rôle du législateur dans le domaine économique ?

Il est fondamental mais pas illimité. C'est à lui que le constituant confie l'aménagement détaillé des principes fondamentaux.

Si toute réglementation restrictive des libertés et droits économiques doit trouver son origine dans la loi - loi de portée très large (visant notamment la sécurité, la salubrité, la tranquillité) ou loi spéciale ou particulière qui concerne des domaines déterminés et des activités économiques données -, elle ne peut remettre en cause l'existence même de ces droits et libertés.

Quelles sont les techniques d'aménagement des droits fondamentaux utilisables par le législateur ?

Deux grandes options s'offrent à lui : l'interventionnisme direct (l'Etat se fait entrepreneur, industriel, commerçant, financier) et/ou la réglementation de l'activité ou de comportements par voie d'autorité, les pouvoirs publics ne se substituant pas à l'initiative privée mais agissant de l'extérieur sur les conditions de production, de distribution ou de consommation.

Retenant la deuxième option, c'est-à-dire l'interventionnisme indirect unilatéral par voie de contrainte, nous pouvons observer qu'elle se caractérise par deux grands régimes :

- le régime répressif qui laisse se développer l'activité économique mais n'intervient que pour en réprimer les excès (exemples, la réglementation contrôlée : composition d'un produit, réglementation des prix, indication des quantités).  
Ce régime n'apporte aux libertés et droits fondamentaux que des restrictions limitées.
- Le régime préventif qui subordonne l'exercice d'une activité économique à déclaration ou à autorisation, ou bien soumet à interdiction; le but est ici de contrôler préalablement l'activité afin de prévenir plutôt que de guérir.

Quelles sont les techniques législatives utilisées ?

Deux grandes façons de procéder :

- la loi proprement dite : elle ne nécessite que des arrêtés de pure exécution qui peuvent être adoptés par les différents niveaux de pouvoirs compétents.
- Les lois attributives (lois de cadre et lois de pouvoirs spéciaux) qui confèrent à l'exécutif des attributions pour lesquelles la Constitution ne l'a pas formellement désigné.

- Les lois de cadre énoncent les lignes de force et les principes directeurs que le législateur veut voir respecter; elles s'en remettent à l'Exécutif pour arrêter une réglementation détaillée.
  - Les lois de pouvoirs spéciaux qui s'analysent comme de véritables délégations du législatif à l'exécutif permettant à ce dernier, pour un temps donné et pour des compétences strictement déterminées, d'exercer les attributions du législatif c'est-à-dire notamment de modifier ou d'abroger les lois.
- Le recours à cette technique permet la réalisation de réformes extrêmement rapides mais la démocratie ne risque-t-elle pas d'y perdre son identité ?

## V.

### Rôle du pouvoir réglementaire dans le domaine économique ?

Sa place est importante. La raison en est simple : l'action rapide et souple du pouvoir réglementaire - à quelque niveau qu'il se trouve - répond aux besoins de la vie économique.

Toutefois le champ d'action de l'Exécutif est souvent limité; il ne possède pas, sauf exceptions, de pouvoir réglementaire autonome, le principe de l'habilitation législative constitue la mesure de sa compétence. C'est en effet au législateur que revient généralement le pouvoir de déterminer le champ d'action, le contenu et les objectifs de l'autorisation de réglementer accordée à l'Exécutif.

Tantôt, il est limité à l'exécution pure et simple des lois ordinaires, tantôt, en cas de pouvoirs spéciaux ou de lois de cadre, son intervention dépasse la simple exécution; l'Administration jouit alors d'une large marge de manoeuvre et généralement du choix des moyens.

La tendance à privilégier les lois attributives en matière économique, qui s'explique par la mobilité nécessaire des règles et par le souci d'agir rapidement, n'est pas sans danger pour la survie du principe de légalité; le risque est de constater en effet une extension inconsidérée du pouvoir discrétionnaire de l'Administration dans la mesure où les buts poursuivis par le législateur ne sont pas exprimés de façon suffisamment précise et où les moyens laissés au choix de l'Administration ne permettent plus un contrôle rigoureux du juge.

La tendance à faire descendre le pouvoir réglementaire assez bas dans la hiérarchie des normes se justifie par le souci de mieux saisir la réalité économique et de permettre une adaptation plus aisée.

### **III. LA TRANSITION VERS UN NOUVEAU TYPE D'ECONOMIE ET SES REFLETS CONSTITUTIONNELS - ACTES DU SEMINAIRE UNIDEM ORGANISE A MOSCOU DU 18 AU 19 FEVRIER 1993**

en coopération avec le Soviet Suprême de la Fédération de Russie, l'Université d'Etat de Moscou, la Cour constitutionnelle de la Russie, la Commission constitutionnelle, le Ministère des Affaires étrangères et le Centre parlementaire du Soviet Suprême

#### **Séance d'ouverture**

Présidée par Monsieur B.L. KOLOKOLOV

#### Allocutions d'ouverture

M. Loubentchenko, Directeur du Centre parlementaire du Soviet suprême, déclare que le thème du Séminaire revêt un très grand intérêt pour la Russie en cette époque de profonds changements politiques et sociaux, alors même que le système économique et le système juridique doivent être complètement remaniés.

Le choix entre les options politiques fondamentales est actuellement la priorité la plus urgente; les options économiques seront adoptées immédiatement après, dans un esprit de continuité.

L'intervenant souhaite la bienvenue à tous les participants, notamment aux étrangers, et les remercie de leur contribution.

M. Ispravnikov, Chef du Conseil suprême économique du Soviet suprême de la Fédération de Russie, fait remarquer qu'une grande partie de la population de la Russie n'est pas assez mûre pour apprécier pleinement le lien étroit entre la politique et l'économie, et que toute violation de la constitution a aussi des effets néfastes sur l'économie.

Le projet de constitution envisage le droit de propriété privée comme un droit social, qui fait maintenant l'objet de discussions dans le cadre plus large des droits fondamentaux, domaine considéré comme tout à fait prioritaire dans le processus en cours de réformes constitutionnelles parce qu'il sert notamment à donner aux investissements privés des garanties de l'Etat leur assurant qu'ils ne courent pas de risques.

M. Maas-Geesteranus, membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit au titre des Pays-Bas, déclare que la Russie se trouve maintenant dans une délicate période de transition d'une économie planifiée et du gouvernement par un parti unique à un Etat de droit et à une économie libre. Afin de pouvoir apporter une certaine aide, ce Séminaire a été conçu pour être à la fois de haute valeur scientifique, grâce au niveau de ses participants, et de nature pratique, lié comme il l'est à l'échange de vues qui a eu lieu la veille entre la Commission constitutionnelle de la Fédération de Russie et la Commission européenne pour la démocratie par le droit à propos du projet de Constitution de la Fédération de Russie.

Ce qui est important pour la Russie l'est pour l'ensemble de l'Europe; par conséquent, la Commission européenne pour la démocratie par le droit est tout à fait disposée à lui accorder

toute l'assistance possible dans son cheminement vers la liberté économique et politique. Cette tâche est délicate et urgente parce que les valeurs fondamentales sur lesquelles reposent les réformes sont encore faibles dans le pays.

M. Holtz, Président de la Commission des questions économiques et du développement de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, souligne que les périodes de transition ne sont jamais faciles à vivre. L'essai et l'erreur semblent être le seul moyen d'arriver à des résultats concrets; en cela, le Conseil de l'Europe peut faciliter les choses en apportant l'expérience de ses propres Etats membres, dont un grand nombre sont passés par des phases de transition.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a pris l'initiative d'élaborer la Convention européenne des Droits de l'Homme (qui protège les droits civils et politiques) et la Charte sociale européenne (qui protège les droits sociaux), montrant ainsi que ces deux aspects doivent aller de pair. L'économie de marché devrait toujours s'inscrire dans un cadre de justice sociale et de protection de l'environnement.

M. Vitrouk, Vice-Président de la Cour constitutionnelle, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit au titre de la Russie, rappelle les principales caractéristiques du programme UniDem (Université pour la Démocratie) de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, dont le présent séminaire fait partie intégrante.

Les séminaires et conférences UniDem sont organisés par la Commission en coopération avec des universités, notamment dans des pays d'Europe centrale et d'Europe de l'Est, sur des questions qui préoccupent particulièrement le pays hôte.

Le choix du thème du présent Séminaire a prouvé combien la Commission était sensible aux besoins des pays en train de connaître de profondes réformes politiques.

M. Kolokolov, Vice-Ministre des Affaires étrangères de la Fédération de Russie, estime qu'il est très important de développer la coopération entre la Fédération de Russie et les différents organes du Conseil de l'Europe (notamment la Commission européenne pour la démocratie par le droit et l'Assemblée parlementaire) eu égard au but de la Russie qui est, à terme, d'adhérer à l'Organisation.

Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne l'économie de marché, domaine pour lequel l'expérience acquise par d'autres Etats se trouvant dans une situation analogue se révélerait d'une aide précieuse pour la Russie. Ce qui importe maintenant c'est de mettre en évidence certains paramètres essentiels à partir desquels on puisse établir une société stable. En outre, les investisseurs ont besoin d'une législation complète et valable qui soit véritablement appliquée.

Bien entendu, la législation économique devrait se conformer à la Constitution, notamment à ses dispositions relatives aux droits de l'homme et aux droits sociaux. Elle devrait aussi respecter la compétence des unités fédérales et des autorités locales de l'Etat.

M. Roumyantsev, Secrétaire exécutif de la Commission constitutionnelle de la Fédération de Russie, déclare que la crise institutionnelle actuelle en Russie est due au fait que les attributions qui étaient dévolues autrefois au pouvoir exécutif ont été changées mais qu'il n'a pas encore été possible de créer un système correct de freins et contrepoids entre les pouvoirs de l'Etat. On a proposé diverses solutions (pouvoirs d'urgence pour le Président, adoption d'une constitution

provisoire ou réunion d'une assemblée constituante) qui devraient toutes être rejetées en faveur d'une adoption rapide de la Constitution.

Le projet de constitution qui sera présenté au Congrès en vue de son adoption reflétera l'accord conclu entre le Président de la Fédération de Russie et le Président du Soviet suprême en ce qui concerne l'attribution des pouvoirs de l'Etat. Etant donné que la Russie va être un Etat social, le projet contiendra une liste de droits sociaux, même s'ils ne sont pas directement applicables, en tant que tâches dévolues à l'Etat.

La répartition des compétences en matière économique entre la Fédération et les unités fédérales (par exemple, en ce qui concerne l'exploitation des ressources naturelles, la propriété intellectuelle, le marché unique) sera une question capitale. Enfin, pour que l'Etat ait un système financier stable, il convient de définir clairement les compétences en matière budgétaire et fiscale au sein de la Fédération.

M. Martchenko, Vice-Recteur de l'Université d'Etat de Moscou, rend hommage à la Commission européenne pour la démocratie par le droit, grâce à laquelle a été organisé pour la première fois un Séminaire relatif aux aspects constitutionnels de la transition vers l'économie de marché.

Le risque est grand de voir l'instabilité persister dans le pays; il convient de résister à la tentation d'un "économisme" extrême au détriment de la société, tout en favorisant néanmoins une stratégie d'ensemble en matière politique, juridique et économique.

## **PREMIERE SEANCE DE TRAVAIL**

Présidée par M. B.L. KOLOKOLOV

### **Les bases constitutionnelles de l'organisation économique**

Les bases constitutionnelles de l'organisation économique - Rapport du Professeur Jorge MIRANDA, Université de Lisbonne

#### **I**

1. Dans tout Etat, à toute époque et en tout lieu, l'on retrouve toujours un ensemble de règles fondamentales portant sur sa structure, son organisation et ses activités - peu importe qu'elles soient écrites ou non écrites, plus ou moins nombreuses, plus ou moins simples ou complexes. L'on retrouve toujours une constitution en tant qu'expression juridique du rapport entre pouvoir et communauté politique ou entre sujets et destinataires du pouvoir.

Tout Etat a besoin d'une constitution qui encadre l'existence, qui soit le fondement et le signe visible de son unité, la base sur laquelle repose toute légitimité et légalité. Comme elle naît, les matières sur lesquelles elle statue, le degré de perfection atteint par les règles qu'elle contient ou encore le sens dans lequel ces dernières vont, voilà ce qui, comme chacun le sait, varie énormément ; cependant, quelles que soient les grandes solutions adoptées, la nécessité de ces mêmes règles n'est pas mise en question.

Nous l'appellerons *constitution au sens institutionnel*, car son objet est l'Etat en tant qu'institution, quelque chose de permanent au-delà des circonstances et des tenants concrets du pouvoir ; parce qu'elle déclare la primauté des éléments objectifs ou objectivés des rapports politiques sur les intentions subjectives d'un ou de plusieurs gouvernants ou gouvernés concrets ; parce que l'Etat, privé de principes et de règles qui le guident, ne pourrait pas survivre ; parce que, finalement, c'est au moyen de ces mêmes principes et règles que se réalise l'institutionnalisation du pouvoir politique.

Si la portée de la constitution prise dans ce sens semble universelle, indépendamment de son contenu, ce que la doctrine pense à son sujet et la conscience même qu'on en a, doivent être compris historiquement. Les hommes politiques et les juristes de l'Antiquité ne l'ont assurément pas considérée en des termes comparables à ceux de l'Etat moderne, tandis que la notion qu'en ont les "Lois fondamentales" de l'Europe chrétienne semble bien plus proche d'eux.

En Grèce, par exemple, de l'étude qu'ARISTOTE entreprend sur les différentes constitutions des Cités-Etats, il ne ressort pas qu'elles aient un sens normatif par rapport aux libertés. Les constitutions ne sont pas séparables des systèmes politiques et sociaux. Tout en affirmant que le *nomos* de chaque Etat doit tendre à une finalité éthique, la constitution y est pensée en tant que système organisateur qui s'impose aussi bien aux gouvernants qu'aux gouvernés, et dont l'objet est plutôt de marquer l'identité de la communauté politique que de servir de fondement au pouvoir.

Par contre, on trouve déjà, au Moyen-Age et dans l'Etat absolu, la notion d'un droit de l'Etat, de règles juridiques supérieures à la volonté des princes ; et, dans la phase finale de l'absolutisme, même lorsqu'il y a tentative de défense des vertus du pouvoir monarchique, l'inévitabilité de "Lois fondamentales", auxquelles les rois doivent obéissance et qu'ils ne peuvent pas modifier, est admise. C'est à ces "Lois fondamentales" qu'il incombe d'établir l'unité de la souveraineté et de la religion de l'Etat, de réglementer la forme de gouvernement et la succession au trône, de statuer en matière de garanties des institutions et des groupes sociaux et de leurs formes de représentation.

2. Les "Lois fondamentales" ne réglaient que très modérément les activités des gouvernants et elles ne définissaient pas avec rigueur leurs rapports avec les gouvernés ; elles étaient vagues et diffuses ; déjà anciennes, elles se fondaient sur la coutume et seul un petit nombre d'entre elles se présentaient sous forme écrite ; elles apparaissaient comme un ordre susceptible d'être modelé selon la tournure que prendrait l'évolution des sociétés.

Il n'est donc pas étonnant que l'illuminisme les ait considérées comme inadéquates ou insupportables et qu'il ait voulu les reconvertir, les plaintes au sujet de leur méconnaissance et mépris - contenues dans la Déclaration de 1789 ou dans le préambule de notre Constitution de 1822 - n'ayant servi qu'à calmer les esprits inquiets à cause des révolutions libérales et à critiquer les excès de l'absolutisme.

Par ailleurs, le système constitutionnel a tendance à réglementer l'ensemble de l'activité des gouvernants et tous leurs rapports avec les gouvernés ; il prétend assujettir à la loi toutes les manifestations de souveraineté et établir, dans son texte fondamental, les droits des citoyens ; il y manifeste une volonté autonome de recréer l'ordre juridique<sup>3</sup>. Il est, par conséquent, aisé de comprendre qu'une rupture historique se soit produite entre les Lois fondamentales du Royaume

---

et la constitution encore qu'il n'existe pas entre les deux une différence de nature (puisque tant les unes que les autres donnent une forme juridique au système politique). Il est aisé de comprendre la raison pour laquelle ce n'est qu'à partir de cette époque que, sur le plan scientifique, la notion de constitution a commencé à devenir plus nette.

Plus que sur l'objet des règles constitutionnelles, il importe donc de se pencher sur leur étendue et leur *but*. Si la constitution au sens matériel recouvre tout ce qui était déjà contenu dans la constitution au sens institutionnel, elle n'en est pas moins beaucoup plus vaste ; en effet, il s'agit de poser l'ensemble des règles qui établissent la structure de l'Etat et celle de la société par rapport à l'Etat, de façon à soumettre le pouvoir politique à des normes aussi précises et aussi minutieuses que celles qui régissent toutes les autres institutions ou entités ; et ce qui est mis en évidence c'est la recherche de moyens adéquats pour atteindre un tel but, des moyens qui, à leur tour, sont également des fins par rapport à d'autres moyens que l'ordre juridique est tenu de prévoir.

Le constitutionnalisme - qui ne peut être compris hors du contexte des grands courants philosophiques, idéologiques et sociaux des XVIIIe et XIXe siècles - traduit avec précision une certaine idée du droit, l'idée d'un droit libéral. La constitution au sens matériel ne naît pas en tant que simple agencement juridique de l'Etat ; c'est un agencement de l'Etat conformément aux principes proclamés dans les grands textes révolutionnaires.

L'Etat est un Etat constitutionnel, un Etat constitué rationnellement, selon les doctrinaires et les hommes politiques du constitutionnalisme libéral, que si les individus jouissent de liberté, de sûreté et du droit à la propriété et du moment que le pouvoir est détenu par plusieurs organes. C'est-à-dire, les termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : "Toute société qui n'assure pas la garantie des droits, et qui n'a pas établi la séparation des pouvoirs n'a pas de Constitution".

Les individus ne sont plus livrés à la bonne grâce du souverain ; désormais ils ont des *droits* contre lui, imprescriptibles et inviolables. A la place d'un organe unique, le Roi, il existe désormais d'autres organes, tels qu'une Assemblée ou un Parlement, des ministres et des tribunaux indépendants - de sorte que, comme le préconise MONTESQUIEU, le pouvoir arrête le pouvoir. De là, la nécessité d'une constitution développée et complexe : car, quand le pouvoir est un simple attribut du souverain et que les individus ne sont pas des citoyens mais des sujets, il n'est pas vraiment nécessaire d'établir en détail les règles du pouvoir ; mais, quand le pouvoir se décompose en plusieurs fonctions auxquelles on donne le nom de *pouvoirs de l'Etat*, alors il devient nécessaire de poser certaines règles pour dire quels sont les organes auxquels ces fonctions incombent, quels sont les rapports entre ces mêmes organes, à quel régime doivent obéir leurs titulaires, etc...

La notion de constitution représente une garantie et, plus encore, une orientation de la garantie. Pour le constitutionnalisme, la finalité de ce concept consiste en la protection ainsi conquise pour les individus, les citoyens, la Constitution n'étant qu'un moyen pour l'atteindre. L'Etat constitutionnel est celui qui confie à la Constitution la mise en oeuvre de la garantie de la liberté et des droits des citoyens, et qui en confie les possibilités d'amélioration au respect de ses dispositions puisqu'elle est la première garantie de ces mêmes droits.

Cependant, le constitutionnalisme libéral doit encore rechercher une légitimité qui puisse être opposée à l'ancienne légitimité monarchique ; or cette légitimité ne peut qu'être démocratique même si, dans la pratique et dans les propres lois constitutionnelles, on ne retrouve pas tous les corollaires de cette idée. La Constitution est donc l'auto-organisation d'un peuple (d'une nation,



dans l'acception révolutionnaire du mot), l'acte par lequel un peuple se lie et lie ses représentants, l'acte le plus haut de l'exercice de la souveraineté (nationale ou populaire, selon le concept auquel on se rallie).

Poussée à l'extrême, cette notion équivaldrait à considérer la Constitution non seulement comme la *limite* mais encore comme le *fondement* du pouvoir public, et non seulement comme la base du pouvoir, mais également comme le fondement de l'ordre juridique. Du fait que la constitution établit les pouvoirs de l'Etat et régit la formation des règles juridiques de l'Etat, tous les actes et lois de l'Etat doivent avoir un rapport positif avec les normes constitutionnelles afin de participer aussi à leur légitimité ; ils doivent être conformes à ces dernières pour être valides.

Cependant la notion de Constitution comme source originare, du point de vue logico-juridique, de l'agencement de l'Etat, comme fondement de la légalité des lois restantes et comme répertoire de règles auxquelles le citoyen peut directement faire appel, n'a pas fait son apparition immédiatement, ni sous la même forme, des deux côtés de l'Atlantique. La vérification *a posteriori* qui peut être entreprise par la doctrine est une chose, et le procès historique de formation ou de prise de conscience des impératifs normatifs et des instruments conceptuels correspondants en est une autre.

Aux Etats-Unis, en partie parce que la Constitution de 1787 a été l'acte *fondateur* de l'Union, on s'est aperçu très vite qu'elle était aussi, pour cette même raison, la règle *fondamentale* de tout le système juridique. D'où ce qu'écrit HAMILTON dans son ouvrage bien connu, "The Federalist" (ainsi que, à certains égards, ce que dit l'article VI, n° 2 de la Constitution elle-même, qui la qualifie de "Droit suprême du pays") ; et de là découle encore le corollaire qu'en a extrait, à partir de 1803, la Cour Suprême, d'une faculté de vérification de la conformité des lois avec la Constitution.

En Europe, par contre, (où les vicissitudes politiques et constitutionnelles ont été bien moins linéaires et beaucoup plus complexes qu'aux Etats-Unis) le chemin portant à la reconnaissance d'une vraie et pleine primauté de la Constitution fut plus long pour deux sortes de raisons :

- 1°) l'une, compte tenu de l'absolutisme qui avait régné jusqu'alors, les préoccupations allaient d'abord dans le sens d'une restructuration du pouvoir politique (en particulier du pouvoir du roi) ;
- 2°) et l'autre parce qu'on n'a pas voulu ou pu instituer des modalités de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité qu'au XXe siècle.

3. La notion matérielle de Constitution va se ressentir, au XXe siècle, des événements ; elle va être adoptée ou utilisée par différents régimes et systèmes politiques et elle va, par conséquent, s'ouvrir à une pluralité de contenus.

La Constitution au sens matériel, liée à l'origine au rationalisme juridique, au contractualisme et à l'individualisme libéral, s'en sépare et accueille en son sein d'autres inspirations philosophiques et idéologiques pour éviter le risque de voir considérablement réduit son domaine d'application. Elle s'en sépare, se relativise et devient un concept neutre (qui n'admet pourtant pas l'indifférence quant aux valeurs). Elle est le statut de l'Etat, quel qu'il soit, quelle qu'en soit la forme constitutionnelle.

On comprend alors pourquoi, par delà l'objet de ses dispositions, elle accorde une attention croissante à l'idée de droit ou d'institution, aux projets propres aux divers régimes politiques, aux principes fondamentaux auxquels chaque règle constitutionnelle doit être conforme.

On n'en revient pas, pour autant, à la simple constitution institutionnelle car l'objectif qui consiste à réussir à structurer complètement les pouvoirs de l'Etat, de ses organes et de ses modalités d'action, ainsi que l'organisation sociale ayant des implications politiques, se maintient. On ne trouve aucune ressemblance entre les constitutions non-libérales du 20ème siècle et les lois fondamentales antérieures au libéralisme.

L'Etat étant en même temps une communauté et un pouvoir, la constitution matérielle n'est jamais uniquement une constitution *sociale*, le statut de la communauté vis-à-vis du pouvoir ou de la société dans sa forme politique. Etre le statut juridique de l'Etat veut toujours dire être le statut du pouvoir politique et le statut de la société - c'est-à-dire des individus et des groupes qui la composent - en dialectique avec le pouvoir et unifiée par ce même pouvoir. Et, étant constitution de l'Etat (en soi) et constitution du droit de l'Etat, elle traite nécessairement aussi bien du pouvoir que de la société soumise à ce pouvoir.

Même les constitutions libérales - plus éloignées, à première vue, d'un tel aspect - n'en étaient pas moins sociales ; elles l'étaient lorsqu'elles s'occupaient des libertés et de la propriété. Et les constitutions du 20ème siècle (toutes ou presque toutes) étendent leur domaine en devenant les garantes non seulement des droits de l'homme, du citoyen, du travailleur, mais encore des principes objectifs de la vie sociale, en permettant ou en imposant l'intervention de l'Etat dans la vie économique, en façonnant ou en donnant une forme nouvelle aux institutions publiques et privées.

Bref, là où l'on trouve le phénomène *politique*, on trouve aussi le phénomène *constitutionnel*. Par conséquent, si le domaine du politique s'étend (pour des raisons qu'il n'est pas nécessaire de donner ici), le phénomène constitutionnel devra forcément s'étendre aussi.

4. La pluralité des contenus possibles de la constitution ou des constitutions matérielles non seulement permet, mais recommande même qu'on procède à leur classification.

L'une des classifications les plus représentatives a été proposée par KARL LOEWENSTEIN et elle suit le critère de "l'analyse ontologique de la concordance entre les règles constitutionnelles et la réalité du processus du pouvoir" et se fonde sur la thèse qu'une constitution est ce que les tenants du pouvoir en font dans la pratique - ce qui, à son tour, dépend largement du milieu social et politique dans le cadre duquel la Constitution doit être mise en application.

Suivant ce critère, nous constaterons l'existence de constitutions *normatives, nominales et sémantiques*. Les premières sont celles dont les dispositions dominent le processus politique, ce dernier s'adaptant et se subordonnant aux règles constitutionnelles. Les secondes sont celles qui ne réussissent pas à adapter leurs dispositions à la dynamique du processus politique et qui finissent donc par ne pas avoir de réelle existence. Les dernières sont celles dont la réalité ontologique n'est que la formalisation de la situation du pouvoir politique existant au profit exclusif des tenants de fait de ce même pouvoir. Tandis que les constitutions normatives limitent réellement le pouvoir politique et que les constitutions nominales, quoique ne le limitant pas, continuent, cependant, à avoir cet objectif, les constitutions sémantiques, pour leur part, servent uniquement à établir et à rendre durable l'intervention dans la communauté de ceux qui la dominent effectivement.

On pourra, non sans raison, faire remarquer que la taxonomie constitutionnelle de LOEWENSTEIN a été élaborée en prenant comme point de départ une constitution idéale et non pas l'imbrication dialectique constitution-réalité constitutionnelle, ce qui finit par en faire une classification axiologique liée à la conformité entre la constitution normative et la démocratie constitutionnelle occidentale. Cependant, on est également autorisé, avec tout autant de raison, à dire qu'elle réussit à mettre en évidence les différentes fonctions de la constitution par rapport à ce qui a été le modèle originaire de la constitution matérielle moderne - la constitution libérale, limitative et de garantie ; et elle contribue aussi, par ailleurs, à ce que nous nous rendions compte des degrés différents de mise en oeuvre des règles et des instituts contenus dans une constitution donnée.

Mis à part les valorations que l'on peut faire au sujet de la réalité politique et indépendamment des fonctions que, de l'une ou de l'autre façon, il est possible de reconnaître à toutes les constitutions, il existe indéniablement des constitutions qui se révèlent être le *fondement* (concret) de l'autorité des gouvernants et d'autres qui sont surtout *l'instrument* dont ceux-ci se servent pour agir : des constitutions qui consacrent des droits et libertés *fondamentaux* vis-à-vis du pouvoir ou contre lui et des constitutions qui instrumentalisent ces derniers pour les objectifs du pouvoir ; des constitutions qui valent ou s'imposent pour elles-mêmes et des constitutions soumises à la conjoncture politique et idéologique.

5. Une dichotomie courante et qui vise à couvrir un long cycle ou même divers cycles de contenus constitutionnels est celle qui oppose les constitutions statutaires et les constitutions programmatiques.

On appelle constitutions *statutaires* ou *organiques* celles qui s'occupent du statut du pouvoir, de ses organes et de la participation politique des citoyens ; celles qui se concentrent sur la forme et sur le système de gouvernement, sans s'occuper (au moins en apparence) du système économique et social. Les constitutions *programmatiques* ou *doctrinaires* sont celles qui, outre l'organisation politique, établissent, pour l'action de l'Etat dans les domaines économiques, social et culturel, des programmes, des directives et des objectifs à atteindre.

La distinction est à prendre avec précaution étant donné que :

- 1°) elle ne coïncide pas avec la distinction entre constitution *politique et constitution sociale* ;
- 2°) si le facteur idéologique transparaît plus fortement dans les constitutions programmatiques que dans les constitutions statutaires, il n'en est pas moins présent également dans ces dernières - l'option pour l'une ou pour l'autre forme d'organisation et l'inclusion ou non d'un droit ou d'une forme d'intervention de l'Etat dans l'économie sont, à eux seuls, des indices qui reconduisent à une certaine idéologie ;
- 3°) il n'existe pas de constitutions neutres - il existe des constitutions qui, du fait qu'elles visent l'une ou l'autre forme d'organisation, sont ou non pluralistes car elles admettent ou excluent la coexistence dynamique de tous les groupes et idéologies.

En fait, toute constitution contient à la fois des éléments organiques et programmatiques. La distinction concerne essentiellement leur force respective, la façon dont ils se combinent, le degré de concrétisation qu'ils atteignent, les sens que leur donnent la jurisprudence et la doctrine. Il est indubitable, cependant, que les constitutions libérales sont plutôt *statutaires* ou *organiques*, et à l'inverse, les constitutions marxiste-léninistes (tout comme un grand nombre de constitutions des régimes autoritaires d'une autre nature et de pays asiatiques et africains) sont plutôt *programmatisques* ou *doctrinaires*, les constitutions de l'Etat social de droit étant, pour leur part, des constitutions qui recherchent un équilibre systématique entre les divers éléments.

L'analyse structurelle des règles constitutionnelles se place, elle sur un plan différent. Elle fait la distinction entre règles de fond, de compétence et de procédure, règles préceptives et programmatiques et règles qui sont ou ne sont pas, par elles-mêmes, susceptibles d'une mise en application. Dans les constitutions dites programmatiques, les dispositions programmatiques sont nombreuses, mais l'on y trouve aussi des règles concernant la vie économique et sociale, très marquées par des considérations de caractère doctrinaire ou idéologique, et dont la nature est celle des dispositions préceptives.

6. Une classification qui se fonde aussi sur le contenu des constitutions est celle qui les sépare en simples et complexes ou de compromis. Dans ce cas, on ne considère pas tant la nature des dispositions, mais plutôt l'unité ou la pluralité des principes matériels ou les principes fondamentaux qui ont inspiré la constitution matérielle. Et nous trouvons des constitutions de compromis, de la monarchie constitutionnelle du 19<sup>ème</sup> siècle jusqu'à Weimar et la plupart des lois fondamentales de l'après-guerre.

A la rigueur, aucune constitution n'est absolument simple ; toutes contiennent au moins deux principes qui peuvent *a priori* être ou ne pas être susceptibles de s'allier. Que la constitution soit simple ou de compromis dépend des circonstances liées à sa naissance, à sa mise en application et des vicissitudes qui l'accompagnent ; cela dépend de l'absence ou de la présence - non pas en abstrait, pour les juristes, mais en concret, pour les sujets du contradictoire politique, ainsi que pour les citoyens en général - d'un conflit entre fondements de légitimité ou entre projets d'organisation collective que les dispositions constitutionnelles doivent résoudre moyennant une plate-forme d'accord ; cela dépend de la manière dont est envisagée l'intégration politique.

De même, aucune constitution de compromis ne consiste en un ensemble de principes mis les uns à côté des autres et n'offrant ni la possibilité d'une harmonisation pratique à charge de l'herméneutique juridique, ni un fondement dynamique pour le fonctionnement des institutions; dans toute constitution, les principes qui la composent sont disposés ou articulés en accord avec un certain type de tendances et, du moins en ce qui concerne sa légitimité, il y a toujours (lors de la naissance de la constitution ou lors d'amendements tacites ou express postérieurs, un principe qui prime sur les autres. Les constitutions de compromis permettent que la coexistence d'idées et de courants opposés, mais elles peuvent uniquement survivre si les institutions qui en sont les acteurs principaux acceptent un certain fil conducteur du processus politique (que ce soit le principe monarchique dans les constitutions de la monarchie constitutionnelle allemande, ou bien le principe démocratique dans celles de l'Etat social de droit).

## II

7. La constitution économique connaît une situation semblable à ce que nous avons déjà vu pour la constitution politique. Tout Etat, nous le répétons, par le seul fait d'exister, a une

constitution ; toutefois, ce n'est qu'à un certain moment de l'histoire que la notion matérielle de constitution a pris forme et que sont apparus des documents prenant le nom de Constitution. Or, dans le domaine économique, tout Etat, avant ou après le constitutionnalisme, dispose d'une constitution économique, dans le sens qu'il existe des principes fondamentaux régissant les rapports entre le pouvoir politique et l'économie ; mais ce n'est qu'à une certaine époque - plus récente - qu'a été élaborée une théorie de la constitution économique.

La constitution économique de l'Etat, d'avant le constitutionnalisme, contenait des éléments d'organisation économique corporative et d'intervention de l'Etat dans les domaines de l'industrie et du commerce extérieur. Les révolutions libérales vont mettre en question une telle structure économique, ce qui, au niveau de la constitution formelle, se traduira par la non-inclusion de cette forme d'intervention de l'Etat.

Si l'absence presque complète de règles économiques dans les constitutions libérales correspond à une abstention de l'action de l'Etat dans ce domaine, elle ne signifie absolument pas l'absence de constitutions économiques à l'époque du libéralisme : nous retrouvons dans les constitutions libérales certaines dispositions qui influent directement ou bien de façon indirecte sur l'ordre économique (par exemple, la sanction du droit de propriété, de la liberté de commerce et d'industrie, l'abolition de régimes économiques anciens). Par ailleurs, dans la mesure où un Etat libéral n'intervenait pas, qu'il ne prétendait pas corriger ou diriger certains mécanismes économiques, cela voulait donc dire qu'il acceptait l'ordre économique existant.

Par conséquent, la constitution économique qui correspond à la constitution libérale est une constitution économique de la libre concurrence, de la liberté de commerce et d'industrie, de la propriété absolue, de l'autonomie de la volonté, du principe du contrat, de la non-intervention de l'Etat pour garantir les droits des travailleurs.

Toutefois, la question de la constitution économique en tant que question spécifique qui va retenir l'attention des chercheurs et des hommes politiques surgit seulement lorsqu'un changement radical d'attitude a lieu et que l'on se met à proclamer que l'Etat non seulement peut, mais encore qu'il doit intervenir positivement sur la vie économique, de façon à la transformer et à la façonner ; elle va seulement se poser quand les constitutions contiendront des chapitres ou des dispositions susceptibles d'ouvrir le chemin à cette nouvelle position de l'Etat et quand la jurisprudence commencera à se voir confrontée avec leur mise en oeuvre. C'est une question qui apparaît dans les constitutions de divers types et de différents régimes que le XXe siècle va connaître - que ce soient des régimes du type soviétique ou marxiste-léniniste, ou ceux de l'Etat social de droit, ou encore des régimes autoritaires.

8. La première constitution (encore en vigueur de nos jours) qui signale un tel tournant est la constitution mexicaine de 1917, avec ses dispositions portant sur le travail, la sécurité sociale et la réforme agraire, en particulier son long article 27.

Mais c'est la constitution russe (soviétique) de 1918 qui a incarné le changement total de cap par rapport aux constitutions libérales antérieures. Il paraît superflu - surtout dans la ville où nous nous trouvons - d'en signaler la raison : elle représente un changement de cap total car elle porte à l'extrême la volonté de transformer les rapports économiques ; car elle se fonde sur une idéologie complètement opposée au libéralisme, elle renonce au marché et confie à l'Etat la propriété des moyens de production. Et, avec quelques variations de peu d'importance, les mêmes principes se retrouveront dans toutes les constitutions du socialisme réel, dont il subsiste encore de nos jours celles de Cuba, de Chine, de Corée du Nord et du Vietnam.

Ce qui caractérise ces constitutions c'est la primauté de l'économie. C'est le système économique qui régit les systèmes juridique et politique. Il en découle que les droits et libertés sont subordonnés aux droits économiques et que l'organisation politique est mise dans la dépendance de l'organisation économique (au demeurant, le chapitre II de la "Déclaration des droits du peuple travailleur et exploité" est très illustratif à cet égard).

Au fond, les constitutions libérales semblaient ignorer (ou feignaient d'ignorer) la constitution économique, tandis que les constitutions marxiste-léninistes concentraient toute la constitution (la constitution politique, mais encore la constitution culturelle, la constitution administrative, etc...) dans la constitution économique qui absorbe toutes les autres ; tout est constitution économique car l'économie domine tout.

Différente est la constitution de Weimar de 1919, la première constitution républicaine allemande qui deviendra le modèle de l'Etat social et de droit. Outre un ensemble assez complet de règles concernant l'éducation, la famille et la culture, cette constitution contient un chapitre consacré spécifiquement à l'organisation économique commençant par la proclamation suivante : "l'organisation économique doit mettre en oeuvre les principes de la justice afin d'assurer à tous une existence qui soit conforme à la dignité humaine" et "c'est à l'intérieur de ces limites que doit être garantie la liberté économique individuelle".

Les lignes de force présentes dans la Constitution de Weimar vont passer, à des degrés variables et avec des intentions politico-constitutionnelles bien différentes, à de nombreuses autres Lois fondamentales, telles que, par exemple :

- la Constitution espagnole de 1931 ;
- les Constitutions brésiliennes de 1934, 1946 et, surtout, de 1988 ;
- le préambule de la Constitution française de 1946 (conservé dans la Constitution de 1958) ;
- la Constitution italienne de 1947 ;
- la Constitution de Bonn de 1949 ;
- la Constitution vénézuélienne de 1961 ;
- la Constitution portugaise de 1976 ;
- la Constitution espagnole de 1978 ;
- la Constitution équatorienne de 1979 ;
- la Constitution colombienne de 1988.

Aucune de ces constitutions ne rompt avec l'économie de marché, mais elles cherchent toutes à soumettre le marché à des limites et à le conditionner et toutes proclament la subordination du pouvoir économique au pouvoir politique démocratique. Aucune d'entre elles n'abolit la propriété privée, mais toutes la subordonnent à la fonction sociale. Aucune d'entre elles ne met en cause les libertés politiques dans le cadre de la séparation des pouvoirs, du pluralisme et de la représentation parlementaire ; toutes, cependant, déclarent et visent des droits sociaux effectifs des travailleurs et des citoyens en général.

9. Qu'il me soit permis ici de rendre compte de l'expérience plus récente de mon pays, le Portugal. Je décrirai très brièvement son actuelle constitution, celle de 1976.

Cette constitution est la plus étendue et la plus complexe de toutes les constitutions portugaises : elle porte la marque du processus politique dense et hétérogène de la période de son élaboration ;

elle condense les apports des partis et des forces sociales en lutte ; elle est allée puiser son inspiration aux sources de plusieurs idéologies internationales : elle reflète (ce qui va de soi, évidemment) le passé de l'histoire constitutionnelle portugaise.

Il s'agit en même temps d'une constitution-garantie et d'une constitution à fonction prospective. Si l'on pense à ce que fut le régime autoritaire qui prit fin en 1974 et à ce que furent, ou auraient pu être, les écarts par rapport à la ligne originaire, en l'année 1975, on peut dire que cette constitution se préoccupe intensément des droits fondamentaux des citoyens et des travailleurs et de la séparation des pouvoirs. Cependant, née en pleine crise de la civilisation industrielle et soumise à l'influence des diverses tendances socialistes et socialisantes, elle s'efforce de vivifier et d'enrichir le contenu de la démocratie et de multiplier les manifestations d'égalité effective, de participation, d'intervention, de socialisation, tout ceci dans une vaste vision, non dénuée d'utopie.

Constitution post-révolutionnaire, la Constitution de 1976 est également une constitution de compromis, une constitution de compromis qui se traduit, dans le domaine économique, par quatre aspects différents :

- 1) la coexistence (en concurrence ou en conflit, au choix) de trois secteurs de propriété des moyens de production - le secteur public, le secteur coopératif et le secteur privé ;
- 2) la distinction entre socialisation et appropriation collective des moyens de production ;
- 3) la coordination entre marché (défini en termes de "concurrence équilibrée entre entreprises") et plan (qui n'est impératif que pour le secteur public de l'Etat) ;
- 4) la reconnaissance simultanée de l'initiative privée, de la propriété sociale et de l'auto-gestion.

Ce compromis a, toutefois, fait l'objet d'interprétations différentes, dont les plus importantes et qui s'opposent entièrement entre elles sont, l'interprétation de ceux qui mettent en avant les tendances socialisantes ou collectivistes de la constitution (soit pour les défendre, soit pour les critiquer) et celle qui en rehausse les tendances libéralisantes ; et surtout celle qui fait primer le socialisme sur la démocratie et celle qui, à l'inverse, subordonne le socialisme ou la démocratie économique à la démocratie politique.

La thèse qui prévalut rapidement - et que j'ai toujours défendue - est que démocratie politique et démocratie économique, sociale et culturelle sont intimement liées, la première ayant cependant la suprématie. La jurisprudence constitutionnelle a toujours tranché dans ce sens quand elle a été appelée à vérifier les lois de mise en oeuvre de la constitution. Les trois révisions constitutionnelles - qui ont eu lieu en 1982, 1989 et 1992 - n'ont fait que la confirmer. Elles ont renforcé le rôle de l'initiative privée et de l'initiative coopérative et, en 1989, à la suite de la révision, la disposition qui interdisait la reprivatisation des entreprises nationalisées de 1974 à 1976 a été abolie. Finalement, à partir de 1986, le Portugal est devenu membre de plein droit de la Communauté économique européenne.

De l'expérience de la constitution économique portugaise, il est possible de retirer quatre conclusions importantes qui, semble-t-il, sont également applicables, *mutatis mutandis*, à d'autres pays :

- 1) la différence du degré d'efficacité des dispositions constitutionnelles programmatiques (comme le sont un grand nombre de dispositions de la constitution économique) par rapport aux dispositions préceptives, quoique les normes programmatiques sont aussi des normes juridiques ;
- 2) l'inconvénient des proclamations idéologiques et leur importance réduite ;
- 3) la nécessité de suivre la mise en oeuvre des dispositions constitutionnelles dans le cadre global de l'ordre juridique et des processus politique et économique ;
- 4) la virtualité d'une constitution démocratique pluraliste de s'adapter à de nouvelles circonstances sans pour autant perdre la continuité de ses éléments essentiels.

### III

10. Avant de terminer, nous voudrions préciser et clarifier un peu plus longuement ce que nous pensons du sens que la constitution a par rapport aux grandes questions du droit et l'Etat.

Ainsi, en premier lieu, en tant que partie de l'ordre juridique de l'Etat, la constitution est un élément conformé par les rapports sociaux et qui, en même temps, les conforme ; elle est le résultat et simultanément un facteur d'intégration politique. Elle reflète la formation, les croyances, les attitudes mentales, la géographie et les conditions économiques d'une société et, en même temps, elle lui imprime un certain caractère, elle agit comme principe organisateur, elle statue à propos des droits et devoirs des individus et des groupes, elle régit leurs comportements, rationalise leurs positions réciproques et, vis-à-vis de la vie collective considérée comme un tout, elle peut être aussi bien un agent de conservation que, de transformation.

Cependant, parce qu'elle est constitution, loi fondamentale, loi des lois, elle est encore beaucoup plus que cela. Elle se révèle être l'expression immédiate des valeurs juridiques fondamentales reçues par la communauté politique ou qui la dominant, le lieu où siège l'idée de droit victorieuse dans cette même communauté, le cadre de référence pour le pouvoir politique qui se dit au service d'une telle idée, le dernier instrument auquel les citoyens peuvent recourir pour garantir leur sûreté vis-à-vis du pouvoir. Et, enracinée dans la souveraineté de l'Etat, elle devient ainsi un pont entre l'ordre interne de celui-ci et l'ordre international.

L'interaction - avec les principes éthiques transcendants, d'une part, et, avec les structures, la situation concrète, le dynamisme de la vie d'un peuple d'autre part - à l'intérieur de laquelle tout droit dit positif se meut, se montre ici très puissante en raison de la triple fonction du système des normes constitutionnelles - d'institutionnalisation, de stabilisation et prospective - et de son action spécifique sur les autres normes et sur tous les actes du pouvoir.

La constitution doit être constamment confrontée aux principes et elle est tributaire de ceux-ci à des degrés variables ; elle se doit d'être toujours pensée en fonction de la réalité politique, économique, sociale et culturelle qui lui est sous-jacente et qui est une réalité constituée non seulement des faits, mais encore des opinions, des idéologies, des attitudes politiques, de toute



une culture civique et constitutionnelle ; et cette culture, à son tour, renvoie à des principes de valorisation supérieurs (ce qui signifie qu'il y a circulation entre valeur, constitution et réalité constitutionnelle).

La constitution (ou plutôt la notion, plus dense et riche, d'ordre constitutionnel) ne renferme pas toutes les valeurs et elle ne constitue pas, en elle-même, la valeur suprême. Elle subit le flux des valeurs, mais elle ne se dilue pas à leur contact, ni ne les absorbe. C'est que la considération aussi bien des valeurs humaines les plus précieuses, que du rôle, au bout du compte assez précaire et transitoire, de tout système positif exige une certaine distinction entre les divers domaines ; dans le monde complexe, divisé et conflictuel qu'est le nôtre, cette distinction nous semble impossible à éliminer ; elle seule permet, à la limite, que l'on puisse contester les commandements de la constitution lorsque l'incompatibilité se révèle irréductible.

Toutefois, la poursuite des valeurs ne doit pas être confondue avec un quelconque subjectivisme ; les valeurs ne sont efficaces que si elles gagnent en objectivité et en durée. La notion de droit sur laquelle se fonde la constitution matérielle surgit nécessairement comme idée communautaire, comme représentation que se fait une communauté de son ordre et de son destin à la lumière des principes juridiques.

Si toute notion de droit se définit par un sens de justice, elle nous apparaît aussi située dans le temps et dans un lieu et dépendant de ceux-ci ; la réfraction sera d'autant plus intense, que l'activisme et l'ostentation des idéologies seront forts. Dans un cadre d'antagonismes idéologiques et même d'oppositions de légitimités (comme nous les trouvons au 19<sup>ème</sup> et au 20<sup>ème</sup> siècle), il est, parfois, possible que la notion de droit qui réussit à passer dans la loi constitutionnelle comprenne des règles et des formes d'organisation dont l'éloignement d'un certain principe éthique soit évident aux yeux d'une grande partie de la communauté ou même de toute la communauté, dans les couches les plus profondes de sa conscience ; et il est également possible que la notion même du droit ou la légitimité invoquée par les tenants du pouvoir, quoique s'imposant et obtenant le consentement de la communauté de prime abord, finisse par ne plus obtenir son adhésion et par provoquer, avec le temps, la répulsion.

Le concept de constitution est devenu, de nos jours, un concept neutre, sur lequel sont venus se greffer des contenus politiques, économiques et sociaux différents qui ont abouti à des types de constitution propres. La constitution concrète de chaque peuple, le statut de sa vie politique, n'est, cependant pas - ne peut pas être - pour le citoyen et pour le juriste, neutre, indifférente, exempte ou non susceptible de jugement.

Tout ce qui se présente comme étant constitutionnel ne mérite pas toujours ce nom (encore qu'il ne soit pas facile de déclarer l'éventuelle non-conformité d'une disposition et que le refus de lui obéir doive toujours être bien pesé pour tenir compte d'autres valeurs et intérêts), de même que tout ce qui est décrété par la constitution ne devient effectivement constitutionnel, ceci du fait de son inadéquation, déséquilibre, incapacité à s'intégrer, contradiction non résoluble avec d'autres dispositions. La constitution peut aussi subir des inflexions dans son cheminement en vertu de la dynamique politique qui découle de la mise en oeuvre de ses dispositions ou qui naît parallèlement à celle-ci.

Finalement, une constitution n'acquiert vie, ne demeure vive que si le désir de la rendre réelle est en harmonie (non seulement intellectuelle, mais surtout affective et existentielle) avec le sens essentiel de ses principes et normes ; quand la *volonté de la constitution* (KONRAD HESSE) va de pair avec le *sentiment constitutionnel* (LUCAS VERDU).

11. En ce qui concerne en particulier la constitution économique, bien qu'un critère purement économiste pour la définir ne soit pas acceptable, aucune construction à propos des normes qu'elle contient ne peut se faire sans les confronter constamment avec la réalité en s'efforçant de vérifier dans quelle mesure et comment cette dernière leur correspond ou non. Ce qui signifie pas que la constitution, eu égard à la réalité, renonce à son rôle ; il s'agit uniquement - dans ce domaine plus que dans tout autre - d'un effort pour dresser un pont, pour établir une voie de communication, pour obtenir une vision plus souple des rapports entre constitution et réalité constitutionnelle.

D'autre part, et nous insistons là dessus, la constitution économique est toujours une partie de la constitution ; c'est un ensemble de normes et d'institutions juridiques. Par conséquent, son concept se distingue aisément de celui de système économique, de structure économique, d'ordre économique au sens sociologique. Tout comme il faut encore distinguer entre problématique de la constitution économique et problématique économique de la constitution, c'est-à-dire de l'évaluation économique, de l'interprétation et de la mise en oeuvre de ses dispositions, ainsi que, en général, du sens qu'elle a sur le plan strictement économique<sup>4</sup>.

L'un des dangers que présentent les théories modernes concernant la constitution économique, la constitution sociale, la constitution administrative, la constitution culturelle, etc... est celui de parvenir à un morcellement de la constitution, à une division de la constitution en autant de constitutions qu'elle a de grands domaines et, ensuite, d'appliquer éventuellement des méthodes ou des critères d'interprétation distincts aux dispositions de chacun de ces hémisphères, ou de chacune de ses parties de la constitution. On pourra alors se trouver confronté à une impossibilité totale de retrouver une unité de système, ou bien on arrivera peut-être à la conclusion qu'il existe des contradictions insurmontables à l'intérieur du système constitutionnel global, des contradictions qui devraient se résoudre soit par des ruptures constitutionnelles, soit à travers la volonté de l'interprète, de celui qui juge, éventuellement des organes de contrôle de la constitutionnalité.

C'est un risque évitable si l'on s'accorde sur le fait que la constitution économique doit toujours être analysée en prenant comme point de départ la constitution en tant qu'un tout et qu'il faut l'interpréter à partir d'une vision unitaire systématique de la constitution. La constitution économique, la constitution sociale, la constitution politique, etc... ne sont pas des îles ; elles font partie d'un même et unique continent.

12. Le lien qui existe entre la constitution économique et les autres chapitres de la constitution devient plus évident quand on se penche ; pour les interpréter et les mettre en oeuvre, sur les dispositions portant droits fondamentaux et sur celles qui organisent la vie économique ou encore, parmi les droits fondamentaux, sur celles qui ont trait aux libertés et aux droits sociaux.

Pour l'Etat social de droit, la liberté *possible* - et, partant, *nécessaire* - dans le présent ne peut être sacrifiée à des objectifs à atteindre dans le futur pour plus justes qu'ils soient. Il faut créer des *conditions de liberté*, mais leur création et diffusion n'a de sens que dans un *régime de liberté* ; car la liberté (tout comme l'égalité) est indivisible ; la diminution de la liberté - civile autant que politique - de quelques-uns (même s'ils sont socialement en minorité), afin que d'autres (encore

---

qu'ils soient socialement le plus grand nombre) puissent accéder à de nouveaux droits, aboutirait à une réduction de la liberté pour tous.

Le résultat visé doit être une liberté égale pour tous, construite à partir de la correction des inégalités et non pas moyennant une égalité sans liberté, soumise aux limites matérielles et de procédure de la constitution ; et ouverte, dans le cadre d'un système politique pluraliste, aux modulations apportées par le suffrage universel.

Malgré toutes les vicissitudes que notre siècle a traversées (ou, dans une autre perspective, à cause d'elles), on constate, un peu partout, la réapparition ou l'interférence d'éléments ayant leurs racines dans le constitutionnalisme libéral. Ce n'est pas uniquement dans les systèmes démocratiques pluralistes que se pose le problème de la division et limitation du pouvoir ; il s'agit d'un problème que l'on retrouve dans les autres systèmes et types de constitutions, soit parce que c'est là une question vitale en ce qui concerne la structure organisatrice de l'Etat, soit, pour le moins, parce qu'il s'établit, dans la communauté, une comparaison entre système ou régime politique fondé sur le postulat de la séparation et limitation et système ou régime inspiré d'un principe différent ou inverse.

Ce n'est pas un hasard si les nouvelles constitutions et les constitutions de compromis ne sont à même de garantir les droits individuels et institutionnels, sans qu'il y ait fracture, et à modeler l'avenir de la communauté, sans causer de ruptures, que lorsqu'elles satisfont à trois conditions fondamentales :

- a) la plus grande rigueur possible dans les dispositions concernant les droits et libertés fondamentales de l'homme, du citoyen, du travailleur et des groupes auxquels ils appartiennent, ne laissant au législateur et à celui qui applique les dispositions que la tâche de les réglementer et interpréter ;
- b) ouverture, dans les limites permises par leur force normative, des dispositions concernant la vie économique, sociale et culturelle, qui doivent faire l'objet de concrétisations successives en correspondance avec les manifestations de la volonté politique organisée constitutionnellement ;
- c) création de mécanismes juridiques et politiques de garantie des normes constitutionnelles.

Dans cette perspective, l'on constate, par conséquent, une tension dialectique, une tension entre la notion idéale de constitution (libérale) et tous les autres contenus de la constitution et entre l'Etat de droit et les autres types constitutionnels d'Etat.

Traduction juridique du modèle économique dans l'actuelle constitution de la fédération de Russie et dans le projet de constitution - Rapport de M. Y.A. DANILOV, Commission constitutionnelle de la Fédération de Russie

La tenue d'un séminaire conjoint sur la transition vers un nouveau type d'économie et sa traduction au plan constitutionnel me paraît tout à fait opportune. Le choix du thème, que nous devons à la fois aux éminents représentants de la Commission de Venise et à nos collègues russes, est indiscutablement juste et tourné vers l'avenir. Au cours de leur rencontre, nos dirigeants - M. LA PERGOLA, Président de la Commission et M. N.T.RYABOV, Vice-

Président du Soviet suprême de la Fédération de Russie et Vice-Président de la Commission constitutionnelle - ont souligné que l'objet du séminaire correspond à l'essence même des processus constitutionnels que connaît la Fédération de Russie, et se situe au coeur de nombreux événements qui s'y déroulent.

Je rappellerai que la Constitution actuellement en vigueur dans la Fédération de Russie a été adoptée il y a près de 15 ans, le 12 avril 1978. Reflétant les réalités et les valeurs de l'époque, elle constituait à sa façon un corpus cohérent et complet, dans lequel le volet économique du système constitutionnel occupait la place qui lui revenait. Quelles en étaient les caractéristiques? Quel était le modèle économique d'alors et son reflet dans la Constitution? Quel chemin avons-nous parcouru?

Tout d'abord, la Constitution proclamait la propriété socialiste des moyens de production comme fondement du système économique du pays. Elle reconnaissait deux formes de propriété socialiste.

La propriété d'Etat en était la première et principale. La terre, le sous-sol, les eaux et les forêts étaient la propriété exclusive de l'Etat. Lui appartenaient les principaux moyens de production de l'industrie, du bâtiment, de l'agriculture, les moyens de transport et de communication, les banques, le patrimoine des entreprises commerciales, municipales et autres, organisées par l'Etat, l'essentiel du parc immobilier municipal, pour n'en citer que quelques-uns. Il convient de souligner que la propriété d'Etat s'entendait comme le bien commun de tout le peuple et qu'en principe, il n'était pas prévu de distinguer la propriété de certaines composantes de la Fédération des Républiques autonomes, par exemple.

La deuxième forme de propriété socialiste proclamée par la Constitution était la propriété des kolkhozes et des autres organisations coopératives, dont le patrimoine n'entrait pas de façon formelle dans la catégorie de la propriété d'Etat, mais en faisait ou fait partie. Pour ceux qui en doutent, je citerai un exemple caractéristique.

Nous n'avions au fond que deux formes d'entreprises dans le secteur agricole: les exploitations collectives (kolkhozes) qui, juridiquement, n'appartenaient pas à l'Etat, et les fermes d'Etat (sovkhozes), qui étaient la propriété de l'Etat. Pourtant, sur simple décision administrative, tant les sovkhozes que les kolkhozes passaient sans difficulté aucune d'une forme de propriété à l'autre. Le plus souvent, personne ne s'intéressait à l'opinion du collectif de travailleurs de l'entreprise agricole en question et, à dire vrai, cela ne préoccupait pas non plus les intéressés, car depuis l'époque stalinienne, ils savaient fort bien que, pour eux cela ne changerait absolument rien puisque, dans un cas comme dans l'autre, la propriété des moyens de production était exclue. Pour compléter le tableau, j'ajouterai qu'il y avait même des campagnes pour la transformation des kolkhozes en sovkhozes et inversement, dont doivent se souvenir, je pense, bon nombre de ceux qui sont présents ici.

La Constitution reconnaissait aussi à titre de propriété socialiste celle des syndicats et des autres organisations sociales. Officiellement non étatiques, les syndicats et bien d'autres organisations sociales, ainsi que leur patrimoine, l'étaient de fait.

La Constitution ne prévoyait et n'autorisait aucune forme de propriété privée.

La propriété personnelle des citoyens, acquise avec les revenus du travail, était admise. Conformément à la Constitution, seuls les objets d'usage ou personnel, la maison d'habitation et l'épargne issue du travail pouvaient figurer au nombre des biens personnels.

La terre, comme nous l'avons déjà signalé, était propriété exclusive de l'Etat. Elle était attribuée aux kolkhozes en jouissance gratuite et perpétuelle. Quant aux simples citoyens, ils ne pouvaient avoir la jouissance - non la propriété - que de parcelles de superficie très limitée. La jouissance de la terre n'était pas accordée aux citoyens à d'autres fins qu'à celles de l'économie auxiliaire, l'horticulture, de la culture potagère et de la construction d'un logement individuel.

La Constitution autorisait le travail individuel, entendant par là uniquement le travail personnel du citoyen et des membres de sa famille. Le champ d'application de ce type d'activité se limitait à l'agriculture, aux services courants à la population et à quelques autres activités. D'après les statistiques, le travail individuel occupait à l'époque 1 % seulement de la population active.

La gestion économique du pays, sur la base de plans de développement économique et social extrêmement détaillés, était assurée par des méthodes de caractère purement administratifs, directifs, sans lien aucun avec la logique du marché. Le complexe économique d'Etat englobait toutes les étapes de la production, de la distribution et de l'échange sur le territoire du pays. On notera que le terme de "distribution" figurait avant celui "d'échange" et n'était précédé que par le terme de "production", les rédacteurs de la Constitution sachant qu'avant de distribuer il faut produire.

Tout cela justifiait parfaitement qu'il soit dit dans le préambule que la Constitution confirmait la propriété sociale des moyens de production et plus loin que le but visé était l'édification d'une société communiste sans classes, l'amélioration des rapports sociaux socialistes et leur transformation en rapports communistes.

Tel est le point de la situation historique dont nous sommes partis pour élaborer un nouveau modèle économique avec sa traduction au plan constitutionnel.

Il faut dire que le départ n'a pas été donné tout de suite. Pendant onze longues années encore, rien n'a changé dans la Constitution, alors que dans l'économie, l'Etat et la société ainsi que dans la situation juridique de l'individu et du citoyen, des changements intervenaient déjà. Et voilà qu'en octobre 1989 a commencé - et il se poursuit depuis plus de trois ans maintenant - le tumultueux processus consistant à apporter des correctifs anti-autoritaires, anti-totalitaires, libéraux et humanistes à la Constitution. Près de 350 amendements ont ainsi été apportés à la Constitution qui s'est sensiblement modernisée, mais il reste encore énormément à faire. Que représente donc aujourd'hui la Constitution russe actuelle du point de vue du modèle économique?

Le chapitre consacré au système économique précise que la Fédération de Russie reconnaît et protège les formes de propriété suivantes : privée, collective, étatique, municipale et associative (des "organisations sociales"). Soulignons que c'est la première fois que la propriété privée est reconnue au niveau constitutionnel.

Il ne nous paraît toutefois pas judicieux d'inscrire dans la Constitution toutes les formes de propriété. Il ne s'agit pas du Code civil, qui doit effectivement comporter tous ces détails. D'ailleurs, l'existence de certaines formes de propriété énumérées ci-dessus est assez douteuse. C'est le cas surtout de la propriété dite collective où, nous semble-t-il, il y a assimilation

injustifiée d'une pluralité de sources économiques de propriété à une forme juridique par essence unitaire. Tout n'est pas simple en matière de propriété dite "des organisations sociales" s'agissant notamment du régime juridique de fonctionnement de certaines des unités relevant de ce type de propriété, les entreprises appartenant à des associations par exemple. La classification détaillée des formes de propriété qui apparaît dans la Constitution s'effectue selon différents critères. La propriété privée se subdivise ainsi en propriété des personnes morales et des personnes physiques.

a) Ont la personnalité morale les associations et les collectivités locales et il peut en aller de même pour l'Etat. Il en résulte que la propriété d'Etat et la propriété municipale, de même que la propriété des associations peuvent simultanément relever ou même relèvent de la propriété privée. Il en va de même du terme de "propriété municipale" - tant par le sens que par le contenu qu'on lui donne, puisqu'il signifie essentiellement ou exclusivement propriété de la ville. Compte tenu de notre tradition d'emploi des expressions "autonomie locale" ou "soviets locaux des députés du peuple", il vaudrait mieux parler de "propriété des collectivités locales".

Quoi qu'il en soit, un pas en avant important, voire décisif du point de vue juridico-constitutionnel a été franchi. La disposition de la Constitution russe aux termes de laquelle l'Etat crée les conditions propices au développement de diverses formes de propriété et leur garantit une protection identique est dans le droit fil de cette évolution progressiste du modèle économique et ne peut que susciter la satisfaction.

Parallèlement, la liberté de l'activité économique en tant que principe n'est pas encore proclamée, bien qu'elle soit reconnue indirectement par la mention du fait que les limites en sont fixées par la loi.

Conformément à la structure fédérale du pays, la Constitution en vigueur dans la Fédération de Russie distingue, pour la première fois, différents niveaux de la propriété d'Etat. Cette dernière se subdivise en propriété fédérale, propriété des républiques composant la Fédération de Russie, des différentes subdivisions administratives du territoire - *perai oblast'* -, des villes d'importance fédérale (Moscou et Saint Petersburg), de la région autonome et des districts autonomes. La Constitution distingue les catégories de biens qui sont propriété de l'Etat relevant de la propriété fédérale, et de celles des diverses parties de la Fédération. Mais la délimitation concrète de la propriété de l'Etat exigera encore un travail considérable.

La Constitution de la Russie proclame que la terre et le sous-sol, les eaux, la flore et la faune, sont le bien "dostoyanié" des peuples qui résident sur le territoire correspondant. Il convient de signaler qu'en russe, ce terme n'est pas synonyme de "propriété" "sobstvienost'". J'appelle l'attention sur ce point car il arrive souvent que le premier terme soit à tort traduit en anglais comme s'il s'agissait du second.

A l'heure actuelle, on ne peut pas dire que les questions de propriété - d'Etat et autres - de la terre, du sous-sol, de la faune et de la flore soient résolues dans la Constitution en toute clarté. Ainsi, bien qu'en vertu de la Constitution, l'Etat puisse déjà accorder non seulement la jouissance, mais aussi la possession à vie et héréditaire ou la propriété, il ne s'agit pas concrètement de la terre en général, mais de parcelles dont les dimensions maximales seront fixées par l'Etat, et qui sont essentiellement des lopins de terre à usage agricole.

Je pense que c'est ce contexte qui explique l'initiative lancée par près de 2 millions de personnes en faveur d'un référendum dans toute la Fédération de la Russie sur la question suivante:

"Etes-vous d'accord pour que la Constitution de la Fédération de Russie consacre le droit du citoyen à la propriété, c'est-à-dire le droit inconditionnel de chaque citoyen de la Fédération de Russie d'user, de jouir et de disposer de la terre ?"

Cette formulation présente à l'évidence plusieurs défauts. Dans la Constitution existante, le droit à la propriété privée de la terre est surtout mentionné à titre de possibilité et assorti de limitations, qui ne sont peut-être pas formulées avec toute la précision nécessaire. La revendication d'inconditionnalité, de non-limitation du droit à la propriété de la terre, avancée par les auteurs de l'initiative, suscite des objections car ce droit, comme n'importe quel autre droit, n'est et ne peut être en réalité absolu. Il est également douteux que dans les conditions actuelles, la classique trilogie - usus, fructus et abusus - couvre tous les attributs du droit de propriété. On sait, par exemple, que conformément à la législation de la Russie, la personne attributaire d'un bien avec droit de gestion n'en est pas propriétaire, mais peut néanmoins en user, en jouir et en disposer.

Malgré les imperfections de la question proposée pour un référendum, on aurait tort d'écarter d'un revers de main l'opinion d'un si grand nombre de citoyens. C'est pourquoi le Présidium du Soviet suprême de la Fédération de Russie a proposé dans un premier temps la formulation suivante en vue d'un débat :

"Tout citoyen de la Fédération de Russie a le droit de posséder et d'acquérir la terre en propriété privée. L'usage, la jouissance et la disposition de la terre ne doivent pas être contraires aux intérêts de la société".

Il semble que cette formule soit plus nuancée et plus juste bien que, je le répète, ce ne soit qu'une base de discussion. Pour ses auteurs, par exemple, il est clair que le verbe "posséder" contient tous les attributs du droit de propriété, et notamment le droit de disposer de son bien foncier, en l'occurrence. Certains expriment cependant l'idée qu'il faut consacrer sans ambiguïté, *expressis verbis*, le droit pour le propriétaire d'aliéner son bien. Peut-être convient-il y effectivement d'adopter ce point de vue.

Une disposition de l'actuelle Constitution ne saurait être passée sous silence : celle qui stipule que l'Etat assure la régulation de l'activité économique. Disons clairement qu'énormément de choses dépendent de la mesure dans laquelle et surtout des fins stratégiques auxquelles l'Etat va intervenir dans la vie économique, jouer son rôle indispensable de régulateur. Le fait que tout de suite après le droit de réguler l'activité économique figure, après la virgule, l'obligation pour l'Etat de garantir le développement des mécanismes du marché et de ne pas permettre les monopoles, nous donne espoir.

Telle est la traduction juridique du modèle économique dans la Constitution russe en vigueur. Il est clair que la logique interne de l'ancienne version est détruite. Nous n'avons toutefois pas lieu de le regretter puisque c'était celle d'un Etat, d'un droit et d'une société non démocratiques.

Mais, par ailleurs, on n'a pas encore élaboré dans l'actuelle Constitution un nouveau système complet de règles applicables à la vie économique, bien qu'un certain nombre d'éléments, parfois substantiels, existent déjà.

Cette situation s'est-elle créée de manière "objective" ou sous l'effet du hasard? Nous répondrons sans ambiguïté que les contradictions et le manque de cohérence de l'actuelle Constitution

reflètent les oppositions et les dysfonctionnements de la vie économique et politique de la période actuelle, les conceptions idéologiques et l'état psychologique des différents groupes de notre société. Dans un contexte où les multiples forces économiques et politiques s'exercent dans des directions différentes, il est difficile, mais non impossible, de mener des réformes économiques, politiques et constitutionnelles. Au moment même où se polarisent les forces sociales, la progression dans la voie des réformes est problématique; il faut s'attendre à de nombreux obstacles, arrêts prolongés et crises potentielles - politiques, économiques, constitutionnelles. C'est justement dans ces moments critiques que la société et l'Etat doivent être capables de trouver l'orientation juste et les moyens adéquats pour aller de l'avant.

Dans un modèle économique qu'on a dans l'ensemble maintenu, on a introduit des innovations économiques, comme on greffe de jeunes branches sur un arbre qui dépérit. La greffe prendra sûrement mais, au total, le résultat risque de n'être ni très efficace ni très productif. Nombreux sont ceux qui demandent que l'on plante au plus vite, à côté de cet arbre, une quantité d'arbres dotés de potentialités économiques d'un autre ordre, créant ainsi un environnement favorable à la prospérité économique.

C'est précisément la démarche qu'adopte le projet de Constitution de la Fédération de Russie, dont les principales dispositions ont été approuvées par le sixième Congrès des Députés du peuple de la Fédération de Russie, en avril 1992. De plus, ce projet rejette les propositions tendant à exclure totalement la propriété d'Etat du modèle économique et à interdire complètement à l'Etat de réglementer la vie économique. Les acquis sociaux du peuple russe sont en grande partie maintenus. Dès le premier article, il est stipulé que la Fédération de Russie est un Etat social. Le projet est toutefois catégoriquement opposé à la prise en charge totale par la société.

Ce texte reconnaît la personne, ses droits et ses libertés, notamment économiques, sociaux et culturels, comme valeur suprême de la Fédération de Russie. Toute l'organisation de l'Etat et de la société doit traduire cette notion fondamentale.

La mission sociale de la Fédération de Russie, telle que la définit le projet consiste à garantir des chances égales et équitables de développement de la personnalité, ainsi que l'accès au bien-être de l'individu et de la société. Il est vrai que certains proposent de supprimer la référence à l'équité, faisant valoir la tendance croissante à y voir une égalité de fait et permanente, matérielle et autre, dans tous les domaines. Cela montre d'ailleurs l'importance de l'étude, de l'analyse et de la juste consécration dans la Constitution de tous les aspects liés à l'homme en tant qu'élément du nouveau modèle économique, et je regrette de ne pas avoir suffisamment insisté pour que ce problème figure au nombre des questions étudiées. Je persiste à penser qu'un rapport sur ce thème aurait été tout à fait à sa place dans le cadre de notre Conférence.

Le projet de Constitution dispose (article 9) :

"(1)Le principe à la base de l'économie de la Fédération de Russie est celui d'une économie de marché à caractère social, qui garantit la liberté de l'activité économique, du travail, et la liberté d'entreprendre, la diversité et l'égalité des formes de propriété, ainsi que leur protection juridique, la concurrence loyale et le bien public. (2)L'Etat assure la régulation de la vie économique dans l'intérêt de l'homme et de la société".



Cet article du projet comprend aussi une disposition précisant que les relations économiques se nouent sur la base d'un partenariat social entre l'individu et l'Etat, le travailleur et l'employeur, le producteur et le consommateur. Cette disposition ne fait cependant pas l'unanimité pour l'instant.

Tel est, dans ses grandes lignes, le modèle économique mis en chantier dans le projet de Constitution de la Fédération de Russie. Il représente un ensemble cohérent, complet, réaliste et ouvert sur l'avenir. C'est ainsi que l'on conçoit aujourd'hui le fondement juridique et l'armature de l'édifice économique de la future Russie. Et, me semble-t-il, après l'approbation qui a déjà été donnée aux principales dispositions de ce texte, il est temps de franchir l'étape suivante et d'adopter, dans son ensemble, la nouvelle Constitution de la Fédération de Russie.

Nous comprenons parfaitement, toutefois, qu'il n'existe pas de baguette magique capable de transformer le pays d'un seul coup. Celui qui veut tout et tout de suite n'aura probablement jamais rien. Mais, quoiqu'il en soit, la nouvelle Constitution de la Fédération de Russie, conçue comme un Etat fort, uni, démocratique et de droit, sera adoptée. Nous y croyons et nous oeuvrons en ce sens.

Les bases constitutionnelles de l'élaboration des lois dans le domaine économique - Résumé du rapport du Prof. Y. A. TIKHOMIROV, Directeur adjoint de l'Institut de législation et de droit comparé

1. Le processus de création d'une économie à orientation sociale est un aspect essentiel de la réglementation constitutionnelle. La Constitution actuelle de la Fédération de Russie et les constitutions des diverses républiques qui la composent, ainsi que les textes révisés des nouvelles constitutions, prévoient l'adoption d'un ensemble de lois appelées à régir l'action dans le domaine économique. Il est prévu de renforcer les fonctions législatives des organes et des sujets officiels de la Fédération, de refondre le statut des participants au processus législatif et de renforcer le système et les bases d'élaboration des lois dans le domaine économique.

2. Les pouvoirs des organes de l'Etat, aux divers échelons, sont actuellement redéfinis dans la Constitution. A l'échelon fédéral, des efforts continuent d'être faits pour déterminer l'ampleur de cette réforme au regard des instances législatives et exécutives. "Verticalement", les activités et les pouvoirs des organismes publics sont délimités par l'accord fédéral et la Constitution. C'est sur cette base que sont arrêtés la forme et le contenu des lois élaborées par les organes de la Fédération et des républiques, ainsi que par d'autres organes officiels.

3. La qualification du système et des types d'instruments juridiques en matière économique est prédéterminée par la qualification de ces instruments dans la Constitution. Les rapports entre la "base législative" et les lois des diverses républiques se révèlent difficiles. Et ceux entre les lois, décrets-lois, règlements et accords n'ont non plus été faciles. En conséquence, la solution arbitraire des problèmes économiques entrave la création d'un mécanisme et d'un espace économiques nouveaux, surtout en ce qui concerne l'harmonisation des législations nationales.

4. La Constitution définit le processus législatif comme étant un processus d'identification et de règlement des problèmes économiques au moment où ils se présentent. Mais il n'est guère insisté sur les fonctions de prévision, d'analyse et d'information du processus législatif. En y prévoyant le droit pour tous les sujets (républiques, régions, districts et communes) de prendre l'initiative de lois, on accroît les chances d'améliorer la qualité de celles-ci et d'assurer leur mise en application effective.

5. Le respect des "paramètres constitutionnels" facilite la réglementation efficace des processus économiques par la loi. Toute méconnaissance de ces paramètres, toute interférence des diverses instances d'élaboration des lois, toute adoption de formes de lois inconstitutionnelles et toute promulgation de lois inconstitutionnelles a une incidence négative sur l'ensemble des agents économiques (organes de l'Etat) ainsi que sur le comportement économique des individus. Un jeu cohérent des lois permet d'optimiser le développement économique.

#### d. **LES BASES CONSTITUTIONNELLES DE L'ORDRE ECONOMIQUE**

Résumé de la discussion

##### Des dispositions constitutionnelles sont-elles nécessaires?

La question essentielle à poser est celle de savoir si l'économie doit être réglementée dans le cadre rigide de la Constitution et, le cas échéant, dans quelle mesure, ou s'il ne vaudrait pas mieux qu'elle relève de la loi ordinaire. Les participants russes ont estimé que la Constitution devrait contenir au moins les dispositions fondamentales protégeant les faibles contre les abus possibles d'une économie de marché.

Dans le même esprit, la Constitution devrait contenir des dispositions garantissant la protection des droits sociaux, alors même que les tribunaux ne seraient pas en mesure de les appliquer directement. Il convient de se rappeler que cela fait partie de la tradition russe et que la population ne comprendrait pas une approche différente.

##### Rôle des unités constitutives de la Fédération

Selon la structure envisagée, les unités auraient le pouvoir d'adopter des règlements concernant l'économie et d'autres questions connexes, en respectant bien entendu les dispositions de la Constitution fédérale et toutes règles fédérales applicables.

On a estimé en fait que c'était seulement au niveau local que l'on pouvait évaluer correctement les conditions spécifiques à chaque région et adopter la réglementation appropriée. Cela nécessiterait néanmoins un effort considérable d'harmonisation des réglementations des différentes unités.

##### Protection de l'environnement

Il y a eu vraiment une forte prise de conscience du lien étroit entre activité économique et environnement; plusieurs Etats de l'ancienne Union Soviétique ont déjà adopté des lois dans ce domaine.

En Russie, on envisage d'accorder des recours judiciaires aux victimes de violations de normes écologiques, y compris la possibilité de demander le gel des avoirs des entreprises polluantes.

## **DEUXIEME SEANCE DE TRAVAIL**

Présidée par M. Mikhail MARTCHENKO

## **Aspects constitutionnels de la propriété**

Propriété et Constitution - Rapport du Professeur J. MENCINGER

Université de Ljubljana

### **1. INTRODUCTION ET SOMMAIRE**

La pensée et les arguments des juristes et des économistes diffèrent ; les premiers sont formés pour distinguer et interpréter les opinions relatives au droit, identifier les faits marquants et y appliquer la loi ; les économistes élaborent des modèles et recourent à des postulats simplificateurs afin de gérer des problèmes complexes, tout en recherchant les conséquences des "règles du jeu" légales. Le présent document est la tentative d'un économiste pour examiner, dans son domaine, les effets sur la performance des dispositions constitutionnelles relatives aux droits de propriété et des changements qui y sont apportés. Il traite de deux illusions : la première permettait de croire possible l'efficacité d'une société socialiste ; d'après la seconde, la privatisation et l'introduction du marché peuvent, sans cadre juridique approprié, transformer les anciens Etats socialistes en pays d'économie concertée à couverture sociale.

Pour un régime socialiste, l'acquisition de revenus fondée sur la propriété des moyens de production - l'essence de l'exploitation capitaliste - était inacceptable ; c'est pourquoi ces moyens appartenaient "au peuple", à l'Etat ou à la société. Toutefois, la simple interdiction de l'exploitation capitaliste crée une inefficacité de répartition, les "exploités" se trouvant mieux lotis que les "non exploités". En outre, une économie où la propriété privée des moyens de production est permise est dynamiquement plus efficace qu'une économie où elle est interdite ou limitée.

La privatisation a été considérée comme la pierre angulaire de la transition ; les gouvernements des anciens pays socialistes ont à l'unanimité déclaré souscrire entièrement à des privatisations de grande ampleur. On a postulé qu'elles augmenteraient l'efficacité dans l'utilisation des actifs, permettraient une répartition équitable des ressources et des services sociaux et serviraient à abolir le système de parti unique. En réalité, l'augmentation d'efficacité apparaissant lointaine et l'équité ambiguë, l'objectif de la privatisation se réduit souvent à des objectifs politiques transparents : non seulement abolir le fondement d'un système de parti unique mais aussi renforcer la nouvelle élite politique.

Les dispositions constitutionnelles sur la propriété diffèrent, bien qu'elles aient pour fond commun la proclamation de l'inviolabilité de la propriété privée, la possibilité d'une expropriation équitablement compensée dans l'intérêt public et la garantie de la succession. Pour l'essentiel, les clauses constitutionnelles des "pays nouvellement capitalistes" reviennent aux principes de la révolution française et sont souvent moins restrictives que les constitutions contemporaines de pays capitalistes plus anciens. Un traitement spécial et plus restrictif de la propriété des terres caractérise également les constitutions des anciens pays socialistes.

### **2. LE PARADOXE DE L'EXPLOITATION**

Deux critères de base sont utilisés en économie comparative pour distinguer les systèmes économiques : propriété des moyens de production (privée ou sociale) et gestion de l'économie (décentralisée ou centralisée). Ces deux critères sont énoncés explicitement ou implicitement dans les dispositions constitutionnelles. Ainsi, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, adoptée le 26 août 1789 et partie intégrante de la Constitution française du 28 septembre 1946, cite le droit à la propriété parmi les "droits naturels et imprescriptibles de l'homme", avec la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression (article 2 de la Déclaration). Son article 17 est ainsi libellé :

"La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité".

De même, l'article 4 de la Constitution de l'Union des républiques socialistes soviétiques du 5 décembre 1936, qui définissait la fonction de préférence sociale d'un système économique socialiste, affirmait :

"Le fondement économique de l'URSS est le système d'économie socialiste et la propriété socialiste des instruments et moyens de production, fermement établis à la suite de l'abolition du système d'économie capitaliste, de la propriété privée des instruments et moyens de production et de l'exploitation de l'homme par l'homme".

Le socialisme était ainsi défini comme un système ayant pour base la propriété socialiste des moyens de production. Il était censé remédier aux insuffisances de l'économie capitaliste, en particulier l'exploitation et l'inefficacité, et s'inspirait de la théorie de Marx - elle-même tirée de la thèse de Ricardo sur la valeur du travail - relative à la valeur ajoutée et à l'exploitation capitaliste. Cette dernière étant considérée comme un attribut intrinsèque de la propriété privée, on pensait pouvoir s'en débarrasser en supprimant ladite propriété. C'est pourquoi les moyens de production devaient appartenir à l'Etat, ou à la société. On estimait qu'une économie socialiste résoudrait aussi les autres problèmes de l'économie de marché capitaliste, dont on alléguait qu'ils avaient pour causes "la contradiction entre la reproduction sociale et l'acquisition privée", la prédominance des gains privés sur les gains sociaux, ainsi que les incertitudes du marché, une coordination défectueuse et autres lacunes.

Pourtant, soixante-dix années de socialisme ont prouvé que ce système était moins efficace que le capitalisme. L'évolution économique "exceptionnellement rapide" des pays socialistes s'est accompagnée de pénuries, de queues et de grisaille. Les Etats qui se qualifiaient de socialistes ne pouvaient s'enorgueillir non plus de leurs réalisations dans d'autres domaines. La seule exception était peut-être l'égalité économique, même si l'abolition de l'exploitation capitaliste avait conduit à l'"égalité dans la pauvreté". Au cours des années 80, une vague de réformes et de réévaluation des "réalisations révolutionnaires" a submergé tous les pays socialistes. On a d'abord espéré qu'ils pourraient du moins suivre l'exemple des pays capitalistes en adoptant des réformes économiques qui aboutiraient à un socialisme tempéré. Ce changement s'est révélé impossible. Finalement, après soixante-dix ans de construction d'une société s'inspirant du principe "de chacun selon ses capacités à chacun selon son travail", le socialisme s'est effondré, démontrant que ses premiers critiques avaient eu raison lorsqu'ils s'étaient efforcés de démontrer, dès les années 20, qu'une économie socialiste ne pouvait être efficace.

Il existe deux types d'efficacité : statique (de répartition, Pareto) et dynamique (efficacité X, dans l'utilisation des ressources) <sup>5</sup>. La racine de l'inefficacité statique ou de répartition des pays socialistes est l'interdiction de l'exploitation capitaliste. Un exemple simple peut illustrer cette constatation (Mencinger, 1989).

Supposons deux pays, A et B. La propriété privée des moyens de production est autorisée dans le pays A, interdite dans le pays B. Imaginons en outre deux producteurs et consommateurs : X, capable et entreprenant, et Y, moins doué. Tous deux "se conduisent de manière rationnelle, favorable à leurs intérêts propres" (Veljanovski, 1990, p. 34). Le premier produit deux unités, le deuxième une, ce qui apporte à l'économie nationale trois unités. Deux unités suffisent à la survie, une pour X et une pour Y. L'Etat, également nécessaire pour que l'économie fonctionne, utilise une demi-unité, si bien que l'économie peut en économiser une demie.

Si X et Y vivent dans le pays B, X reçoit deux unités (selon son travail), Y une seule ; X doit en céder une demie à l'Etat, et il ne peut utiliser la deuxième moitié de sa seconde unité pour acheter des moyens de production. Il doit la consommer pour éviter de devenir capitaliste.

Supposons maintenant qu'X et Y vivent dans le pays A. La moitié de la deuxième unité produite par X lui est enlevée, de la même façon, mais il peut consommer le reste ou s'en servir pour acheter une machine. Propriétaire de ce moyen de production, il devient capitaliste et peut également employer Y qui produit alors plus d'une unité. X considère cette production additionnelle d'Y comme une "valeur de surplus" et obtient ainsi davantage que dans le pays B. Toutefois, pour qu'Y accepte l'"exploitation capitaliste", X doit lui céder une part de cette "valeur de surplus". L'Etat, lui aussi, en prend une partie et la redistribue peut-être à Y. En tout état de cause, l'"exploité" Y ne perçoit pas moins qu'il ne l'aurait fait dans le pays B, où il n'est pas exploité, ou que la part à laquelle il aurait pu prétendre dans son propre pays s'il n'avait pas accepté de travailler chez X. L'économie A, dans laquelle X exploite Y, est de toute évidence plus efficace sur le plan de la répartition que l'économie B, dans laquelle Y n'est pas exploité. Dans le pire des cas, X perçoit plus, mais Y n'a pas moins, ce qui suffit à l'efficacité de répartition. L'interdiction de l'exploitation capitaliste entraîne une inefficacité de répartition, car les "exploités" sont finalement mieux lotis que les "non-exploités".

Une économie qui permet la propriété privée des moyens de production est également plus efficace dans l'utilisation des ressources qu'une économie dans laquelle la propriété privée est interdite ou restreinte. Les raisons en sont multiples. Examinons, là encore, un cas simple, à savoir les conséquences sur l'efficacité en agriculture du plafond de type socialiste relatif à la propriété des terres, relique économiquement nuisible de la "crainte primale" que provoque l'idée de restauration capitaliste dans ce domaine.

Selon la théorie pertinente, une quantité donnée peut être produite à partir de différentes combinaisons d'apports, plus ou moins interchangeables (techniquement). Si, de plus, nous en connaissons les prix, nous pouvons déterminer une combinaison d'apports qui minimise les coûts à l'unité, et affirmer alors que la production est efficace. L'augmentation de l'un des apports (par exemple la main-d'œuvre) sans modifier la quantité des autres ne permet que des augmentations de production de plus en plus réduites, que l'on dénomme "rendements marginaux décroissants". Si tous les apports nécessaires à la production agricole (main-d'œuvre, machines, terres) étaient totalement divisibles, la combinaison optimale d'apports, dès lors qu'elle aurait été établie, serait valide pour tous les niveaux de la production ; un doublement de

---

cette dernière demanderait un doublement quantitatif de tous les apports. Toutefois, les apports sont indivisibles et donc utilisés dans une mesure différente à différents niveaux de production. Les possibilités techniques de substitution ne sont pas constantes et les prix relatifs des apports évoluent. En conséquence, la combinaison optimale d'apports change également. Moins les apports sont utilisés, plus la production est loin de son état optimum et plus le coût à l'unité de production est élevé.

La théorie de la production fait une distinction entre le niveau de production optimal d'une unité donnée et la taille optimale de l'unité. En restreignant l'utilisation d'un facteur isolé (la surface des terres), nous déterminons la taille de l'unité de production ; à l'intérieur d'une telle unité, en associant des facteurs qui ne font pas l'objet de restrictions, nous fixons le niveau de production optimum de ladite unité. Du fait même que l'optimum de l'unité donnée est différent de l'optimum de la meilleure unité possible, les restrictions de tous ordres à l'emploi d'un facteur isolé - nombre de travailleurs, valeur des machines, superficie des terres - qui empêchent l'adaptation des unités économiques à la taille optimale et qui caractérisent les pays socialistes sont nuisibles ; elles diminuent l'efficacité dans l'utilisation des ressources. L'économie consiste alors en unités de production qui n'ont pas les dimensions voulues, qu'elles soient trop grandes ou trop petites, et elle ne s'adapte pas aux changements technologiques.

De surcroît, la meilleure propriété formelle (légale) dans l'agriculture et d'autres activités, pour obtenir le mode de production le plus efficace selon la combinaison spécifique de facteurs requise, est celle qui lie directement la main-d'œuvre, la propriété et la gestion. Cet élément est le plus important pour la prise des décisions relative au travail et à la gestion, et c'est précisément la propriété qui pousse l'individu concerné à travailler et gérer à la fois.

Cependant, on aurait tort de croire que les théoriciens soviétiques des années 30 ou ceux d'autres pays d'Europe orientale après la seconde guerre mondiale étaient convaincus que les fermes collectives étaient plus efficaces que les exploitations traditionnelles et que les entreprises socialistes offriraient de meilleurs services que des artisans autonomes. La collectivisation et la nationalisation de ces formes de production non capitalistes tendaient principalement à éliminer le pluralisme social et la compétition politique potentielle.

Sur le plan formel, les relations légales de propriété qui sont décisives pour l'efficacité ne le sont pas pour la répartition du produit social, car il est possible de faire en sorte, au moyen du système juridique et de l'intervention étatique, qu'une certaine proportion des revenus de l'exploitation capitaliste soit redistribuée pour tendre à l'égalité. Cet effort indirect vers l'égalité est le seul moyen réaliste d'assurer l'efficacité économique ainsi qu'un degré élevé d'égalité et de prospérité générales, au lieu de l'égalité dans la pauvreté. La principale erreur des pays qui ont fondé leur développement sur le marxisme a consisté à accorder trop d'importance à la propriété des moyens de production en tant que source d'inégalité, et à négliger totalement la propriété en tant que facteur d'efficacité.

## 2. CARACTERISTIQUES ET INTERROGATIONS COMMUNES DE LA TRANSITION ET DE LA PRIVATISATION

Le passage d'une économie socialiste à une économie de marché, résultat essentiel des bouleversements politiques et idéologiques, s'est révélé être un processus pénible comprenant de nombreuses marches arrière et dans lequel la redistribution des revenus, des richesses et des pouvoirs fait naître des tensions sociales et politiques. Ces conséquences étaient prévisibles. La transition a commencé alors que l'on n'avait pas de connaissance claire de la situation réelle,

qu'aucun plan de nouveau système économique n'avait été élaboré et que les dispositifs économiques et sociaux appropriés faisaient défaut. Au contraire, on se berçait de l'illusion que les mécanismes du marché transformeraient instantanément les anciens pays communistes en Etats de protection sociale. C'est pourquoi tous ont déclaré adhérer sans réserve aux mécanismes capitalistes du marché ; les plus convaincus étaient ceux qui possédaient le moins d'institutions de marché, et tous les gouvernements se sont pleinement engagés dans une privatisation totale des entreprises d'Etat ou à propriété sociale. Les premiers résultats ont été "décevants". Les espérances injustifiées ne se sont pas matérialisées ; beaucoup d'individus ont subi une réduction substantielle de leur niveau de vie, la production a diminué, le chômage s'est accru et il n'y a pas eu de progrès dans la répartition des revenus. Les pays occidentaux ont également modéré leur enthousiasme sur les libertés politiques et les changements économiques dans les anciens pays socialistes lorsqu'ils se sont rendu compte que les fonds nécessaires pour répondre à la nostalgie de prestations sociales communistes allant du berceau à la tombe dépassaient les ressources disponibles.

La question sans conteste la plus difficile de la transition est de déterminer comment transformer la structure de propriété existante de telle sorte qu'elle convienne au mécanismes d'une économie de marché. En principe, la plupart des biens était la propriété indivisible "du peuple". Sur le plan formel, la privatisation peut se définir comme le transfert ordonné et légalement sanctionné de ces biens "du peuple" (Etat ou autres organes publics) à des entités privées (personnes et sociétés).

Si l'on passe de la définition formelle de la privatisation à une compréhension de fond, les problèmes surgissent et les définitions même changent. Nous ne devrions pas nous en étonner. Par exemple, le Dictionary of Economics (dictionnaire économique, Bannock, G. et al., 1985) définit comme suit la privatisation : "vente d'actions appartenant au gouvernement dans les industries nationalisées ou autres sociétés commerciales à des investisseurs privés, que le gouvernement perde ou non le contrôle de ces organisations". Dans les pays socialistes en transition, la définition s'est élargie à toute forme de transfert de richesse entre l'Etat ou le secteur socialiste et le secteur privé. Dans le sens communément admis, "la privatisation signifie que l'on passe à la propriété privée et que l'on abandonne non seulement la propriété publique et commune mais aussi les réglementations gouvernementales qui limitent les droits individuels dans l'utilisation des ressources" (S.H. Hanke, ed., 1987, p.24, citation dans Brzeski, 1991). Selon un point de vue plus radical : "c'est seulement quand l'utilisation des actifs n'est plus soumise aux critères d'un objectif public ou social putatif, mais s'inspire uniquement des calculs ordinaires de profits et de pertes que l'on peut parler de privatisation" (Brzeski, 1991, p.18).

Sadowski (1991) distingue deux interprétations de la privatisation : élimination totale de la propriété d'Etat en la faisant passer entre des mains privées, et changement de la structure de propriété en développant la part du secteur privé par rapport à celle du secteur public, pour que le premier l'emporte finalement. Dans la dernière éventualité, on peut privatiser l'économie soit en adoptant un cadre juridique approprié qui permette de développer la portée du secteur privé soit en réduisant le secteur public par des transferts à des propriétaires privés. Cette dernière forme, au sens étroit, de la privatisation nous intéresse ici. La concernant, Bajt (1992), distingue deux notions, selon que le concept de la propriété est juridique ou économique (Bajt, 1953). Au sens juridique, "la privatisation équivaut à une restitution des droits de propriété privée en capitaux tangibles, à la fois par la dénationalisation des capitaux privés précédemment nationalisés (reprivatisation) et par la privatisation des capitaux accumulés par l'Etat" (Bajt, 1992 p.8). Au sens économique, la privatisation recouvre les dispositions qui permettent aux individus de gagner leurs actifs. Tel est l'élément central de la privatisation : augmenter l'efficacité, non

pas tant au sens juridique de la propriété qu'avec la responsabilité d'une utilisation appropriée des actifs. L'aspect de responsabilité de la propriété a sans aucun doute été négligé dans les ouvrages sur la privatisation et plus encore dans les solutions techniques.

On postule généralement que la privatisation améliore l'efficacité dans l'emploi des actifs, permet l'équité dans la répartition des richesses et des prestations sociales et sert à l'abolition du système de parti unique.

Le postulat relatif à l'efficacité est tenu pour acquis, à juste titre ; la propriété privée est une condition nécessaire (comme nous l'avons montré ci-dessus), quoique non suffisante, pour créer un environnement institutionnel qui assure l'efficacité économique. En effet, "les droits de propriété privée apparaissent comme le meilleur stimulant d'un comportement économique efficace" (Urban, 1990, 36). Ces droits encouragent à économiser, à investir, à rechercher des produits nouveaux, à innover dans la production, à exploiter au mieux les ressources et à supporter les risques des décisions. Toutefois, de tels résultats ne sont obtenus qu'en présence de propriétaires réels, "responsables de l'utilisation et de l'entretien approprié des actifs" (Jackson, M, 1992) ; on ne peut les faire apparaître par décret. Pourtant, des avertissements comme celui de Bajt (1992, 19), d'après lequel "il faut, pour éviter les effets négatifs de la privatisation au cours du processus de transition, renforcer les droits de propriété existants, notamment ceux des gestionnaires, plutôt que de les affaiblir et de les détruire comme le fait inévitablement la privatisation de masse" s'opposent aux pratiques habituellement préconisées dans les théories classiques de la transition.

La question essentielle consiste à déterminer dans quel délai un environnement institutionnel permettant l'efficacité économique peut être établi, et de quelle manière. Trois retards au moins doivent être pris en compte : technologique<sup>6</sup>, institutionnel et comportemental.

Le fossé technologique pourrait être relativement facile à combler bien que l'efficacité économique dans les anciens pays socialistes ait spectaculairement chuté après l'effondrement politique et qu'il faille envisager des années avant même de retrouver le niveau antérieur à cet effondrement. Il paraît beaucoup plus douteux que les deux autres retards puissent être rattrapés rapidement. La mise en place des institutions de marché en Occident a été un processus graduel d'interactions entre le développement économique, la politique et les institutions de la société civile. La politique a apporté un cadre institutionnel au marché et a réglementé les activités économiques. Cette réglementation s'impose pour que le marché ait une meilleure performance qu'en Amérique latine, où l'on n'est pas parvenu à faire du capitalisme un système économique efficace et encore moins capable de distribuer raisonnablement les richesses et prestations sociales. Sur le plan formel, des institutions de marché analogues à celles qui existent dans les économies développées de ce type pourraient être établies par décret. La plupart des hommes politiques des ex-pays socialistes sont tout disposés à imiter ces institutions de l'Occident. Il est cependant improbable qu'elles puissent fonctionner comme dans des économies de marché développées. En effet, leur performance est tributaire des normes et structures de comportement social créées par les institutions de la société civile. Selon Hare (1991, p.3) "la gestion et le fonctionnement positifs d'une économie de marché reposent, dans une mesure étonnament importante, sur la confiance". Les agents qui participent aux transactions économiques, répétées ou adaptées à des circonstances nouvelles, doivent être convaincus que tous les autres membres de la société se comportent selon les principes de cette dernière ; les règles et contrats formels ne régissent pas grand-chose.

---



Pour toutes ces raisons, la privatisation même est un processus plutôt qu'une décision et on en comprend mal les conséquences économiques, sociales et politiques, excepté dans des modèles théoriques. Le seul transfert de la propriété à des institutions formellement privées établies par l'Etat et la distribution des actions de ces institutions aux citoyens équivalent à une "privatisation sur le papier" en deux phases qui néglige la question réelle (l'efficacité) et ajourne plutôt que de promouvoir la privatisation réelle pour laquelle "nous avons besoin surtout de propriétaires actifs et non passifs, de partenaires stratégiques et non d'investisseurs et de groupes cohérents d'investisseurs privés plutôt que de milliers de petits propriétaires" (Simoneti, 1991). En conséquence, les effets de la privatisation sur l'efficacité, quoique certains, peuvent être retardés de nombreuses années après les difficultés causées par l'effondrement du régime et le passage à un nouveau système.

La validité du deuxième postulat, d'après lequel la privatisation doit apporter l'équité dans la répartition des richesses et prestations sociales, est pour le moins douteuse. Cette équité est un concept extrêmement ambigu, comme l'illustrent, par exemple, les variations énormes d'éléments de protection sociale comme les pensions et les soins médicaux, même entre les Etats les plus avancés dans ce domaine. La répartition des richesses et de l'aide sociale, observée dans les pays hautement développés, résulte elle aussi d'interactions entre l'efficacité économique, la politique et les institutions de la société civile (Uisitalo, 1992). Elle n'est pas assurée par la privatisation des actifs ou par la propriété privée, comme le prouvent, une fois encore, les pays d'Amérique latine.

L'augmentation de l'efficacité apparaissant lointaine et l'équité ambiguë, le but des privatisations dans les anciens pays socialistes se réduit souvent à un objectif politique transparent - abolir le système de parti unique. Là encore, il est vrai que la prédominance des droits de propriété privée semble la base appropriée d'une démocratie politique stable. Toutefois, les nouvelles élites politiques "ont donné un nouveau sens à la privatisation : elle doit renforcer leur légitimité politique et compenser les difficultés endurées sous la domination communiste" (la privatisation en Europe orientale, 1992, 7). C'est pourquoi la rapidité de l'opération devient, de manière compréhensible, le critère qui permet d'évaluer les modalités de "restructuration" de la propriété ; bien souvent, elle ne sert qu'à affermir dans leur position les nouvelles élites. Les moyens spécifiques employés pour la privatisation ne peuvent être attribués qu'en partie à la confiance des nouvelles élites politiques dans la suprématie du système de marché ; elles ont aussi pour but d'éliminer la compétition politique par le contrôle de l'économie.

Il suffit, pour établir le bien-fondé de cette appréciation, d'observer sur quels points les approches techniques de la privatisation se ressemblent ou diffèrent. Les systèmes de bons mis en place en Tchécoslovaquie et en Russie devraient permettre, par exemple, de distribuer une partie importante des actions à tous les citoyens adultes, directement ou en association avec des fonds mutuels. La Hongrie a suivi l'exemple des privatisations dans les pays occidentaux et privilégié l'option des ventes. La Pologne a recherché la création de propriétaires institutionnels. La Croatie a "privatisé" en nationalisant, tandis que la Slovénie introduisait une étrange combinaison d'approches. Les différences et, plus encore, les similitudes indiquent que les variations réelles entre pays, relatives notamment à l'environnement politique et social, au cadre institutionnel, au degré de monétisation de l'économie, aux structures industrielles, à l'intégration dans le marché mondial et aux performances macro-économiques ont joué un rôle mineur, alors qu'elles devraient déterminer la façon d'associer la stabilisation macro-économique et la restructuration de l'offre à la privatisation pour réduire autant que possible les coûts économiques et sociaux de la transition.

Les approches techniques de la privatisation correspondent au contraire à la répartition spécifique des pouvoirs politiques dans un pays donné et ont de plus été directement ou indirectement influencées par les idées de "privatiseurs" occidentaux choisis au hasard. Les systèmes de privatisation ont une caractéristique commune : ce sont des opérations administratives grandioses qui dépassent les rêves de planificateurs d'Etat. Les controverses sur la privatisation reflètent également des approches différentes de la transition en général, graduelle ou radicale. Selon la première, les institutions d'une économie de marché seraient construites petit à petit à partir de l'héritage du passé ; dans la deuxième, une sorte de concept d'ingénierie sociale, la méthode "fiat lux", permettrait de "créer" le capitalisme comme on avait créé le communisme. Par une ironie du sort, les confrontations sur la privatisation se sont inspirées des convictions de Marx pour qui la propriété des moyens de production détermine toutes les relations dans la société.

#### 4. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ DANS LES PAYS "NOUVELLEMENT CAPITALISTES"

Plusieurs secteurs du droit apportent le cadre du système de marché capitaliste censé résulter de la transition. En premier lieu, des dispositions constitutionnelles fixent les principes généraux qui orientent l'économie et définissent les rôles des secteurs public et privé. La protection et la restriction de la propriété privée par la constitution n'est qu'une étape dans la formation d'un système capitaliste de marché "normal". Il est tout aussi important - et ce travail demande beaucoup plus de temps - de rédiger les lois et réglementations établissant le cadre juridique des activités de marché, c'est-à-dire fixant les nouvelles "règles du jeu" (Gray, W.C. et al., 1991), de telle sorte que la "main invisible" puisse remplacer les contrôles administratifs de la planification centrale. Ce cadre comprend :

1. les dispositions qui orientent le comportement économique des unités économiques indépendantes (les codes qui définissent l'univers des droits de propriété et régissent l'organisation des unités économiques) ;
2. les règles apportant la structure de négociation nécessaires aux transactions (codes de réglementation des transactions commerciales, des investissements étrangers, etc.) ;
3. les moyens de mettre en œuvre les dispositions juridiques et de résoudre les différends qui peuvent surgir entre parties privées et entre ces parties privées et le Gouvernement (faillites, concurrence, etc.).

Une petite partie seulement de ces clauses, à savoir les dispositions constitutionnelles, nous intéressent ici.

La propriété n'a pas fait l'objet d'une grande attention dans les constitutions adoptées aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles ; on tenait la propriété privée pour acquise. C'est pourquoi les dispositions traitant de la propriété et des questions économiques et sociales en général étaient inexistantes ou très limitées. La Constitution des Etats-Unis et les Amendements à la Constitution ne comportent pas de dispositions sur la propriété. Il en est de même, par exemple, pour la Constitution du Royaume des Pays-Bas, adoptée le 24 août 1815.

La seule disposition relative à la protection de la propriété privée de la Constitution de la Suède du 6 juin 1809 se trouve à l'article 16 de l'instrument de Gouvernement<sup>7</sup>. La protection de la

---

<sup>7</sup>

propriété fait partie des droits individuels. La rareté de ces clauses relatives à la propriété contraste avec la Magna Carta de 1215, qui traite en détail la propriété des terres, la succession et d'autres questions relatives à l'activité économique.

Les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui stipulent l'inviolabilité de la propriété privée, la possibilité d'une expropriation assortie d'une compensation si elle est dans l'intérêt public et une garantie de succession sont devenues le critère dont se sont inspirées la plupart des constitutions du XIXe siècle.

Le XXe siècle et l'apparition des pays socialistes ont marqué un changement par rapport à cette attitude qui consistait à négliger la question de la propriété<sup>8</sup>. Sur le plan constitutionnel, le caractère plus interventionniste des gouvernements est décelable au vue des restrictions à l'utilisation qui ont commencé à écorner le système des droits de propriété illimités. La Constitution du Chili, adoptée le 18 septembre 1925 et appartenant à un groupe de constitutions qui commençaient à imposer également des obligations au propriétaire, est un exemple caractéristique de cette évolution. Aux termes de son article 10 :

La loi régit l'acquisition, l'usage, la jouissance des biens, ainsi que la manière de s'en défaire, et stipule les concernant, des limites et obligations qui en permettent les fonctions sociales et les rendent accessibles à tous. Les fonctions sociales des biens comprennent toutes les mesures nécessaires à l'intérêt général de l'Etat, à la santé publique et aux prestations y afférentes, à une meilleure utilisation des sources d'énergie et de production au service de la collectivité et à l'amélioration des conditions de vie de la population dans son ensemble.

De plus,

Dès lors que l'intérêt de la collectivité nationale l'exige, la loi peut réserver à l'Etat un domaine exclusif concernant des ressources naturelles, éléments de production ou autres biens déclarés essentiels à la vie économique, sociale ou culturelle du pays. L'Etat recherche une répartition appropriée des biens et l'établissement d'exploitations familiales.

La Constitution stipule également des exemptions à la clause de juste réparation en indiquant que "le montant et les conditions de paiement (de la compensation) sont équitablement déterminés compte tenu de l'intérêt de la collectivité" et comporte des clauses particulières pour l'expropriation des propriétés rurales et la protection des petites exploitations agricoles. De même, la Constitution de la Colombie, adoptée le 4 août 1886, telle qu'amendée en 1960, donne priorité à l'intérêt public sur l'intérêt privé ; elle met en cause le droit à une juste compensation en déclarant que "le législateur, dans un souci d'équité, peut spécifier des cas dans lesquels il n'y a pas lieu d'indemniser, sous réserve d'un vote favorable de la majorité absolue des membres des deux chambres" (article 10).

On observe la même tendance après la deuxième guerre mondiale. La Constitution de la République italienne, approuvée par l'assemblée constituante le 22 décembre 1947, appartient aussi au groupe de textes qui traitent ces questions de manière assez approfondie. Au Titre 3, Relations économiques, de la Partie 1., Droits et Obligations des citoyens, l'article 42 stipule au sujet de la propriété que la loi "en spécifie les modes d'acquisition et de jouissance, ainsi que les limites, pour en assurer la fonction sociale et la rendre accessible à tous". De surcroît (article 43)

---

"la loi peut, au moyen de l'expropriation et contre indemnisation, réserver à l'origine ou transférer à des organes publics ou à des groupes de travailleurs ou de consommateurs certaines entreprises ou catégories d'entreprises ayant trait à des services publics essentiels, à des sources d'énergie ou à des conditions de monopole et qui présentent un intérêt général de premier plan". Selon l'article 44 : "afin de parvenir à une exploitation rationnelle des sols et d'établir des relations sociales équitables, la loi impose des obligations et des contrôles relatifs aux terres privées, en limite la superficie selon les régions et les zones agricoles, encourage et impose l'amendement des terres, la transformation du latifundium et la création de nouvelles unités de production. La loi prévoit une assistance aux petits et moyens propriétaires". Des restrictions du même ordre figurent dans la Constitution de la République française adoptée par l'Assemblée nationale constituante le 28 septembre 1946. Bien qu'ayant repris les dispositions de la Constitution de 1789, elle indique dans son préambule que "tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité."

Les clauses relatives à la propriété sont moins restrictives et plus simples dans certaines constitutions modernes, bien qu'elles mentionnent des fonctions sociales. Il en est ainsi, par exemple, de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, du 8 mai 1949, laquelle déclare que "la propriété impose des devoirs. Son emploi doit également contribuer à la prospérité publique" (article 14.2). La Constitution espagnole du 27 décembre 1978 n'évoque la propriété qu'à l'article 33 :

Le droit à la propriété et à l'héritage est reconnu.

La fonction sociale de ces droits délimitera leur contenu, conformément aux lois.

Nul ne pourra être privé de ses biens, et de ses droits, sauf pour une cause justifiée d'utilité publique ou d'intérêt social contre l'indemnité correspondante et conformément aux dispositions de la loi.

Les nouvelles constitutions des anciens pays socialistes, bien que leurs libellés diffèrent, sont marquées par l'abandon des principes socialistes antérieurs, le remplacement de la phraséologie socialiste par celle des constitutions classiques, l'élimination de la classification socialiste des biens et le retour aux dispositions traditionnelles : inviolabilité de la propriété, expropriation dans l'intérêt public avec une compensation équitable et succession garantie. Ces clauses sont renforcées par certaines restrictions et obligations imposées aux propriétaires et proches de celles des Constitutions caractéristiques de l'Etat interventionniste. En résumé, les nouvelles Constitutions assurent une protection raisonnable de la propriété privée et stipulent la sauvegarde des terres et des ressources naturelles.

Certaines spécificités méritent d'être indiquées. La Constitution roumaine, adoptée le 21 novembre 1991, garantit des droits de propriété privée et l'égalité de protection de tous les biens, quel qu'en soit le propriétaire, et interdit l'expropriation sans compensation (article 41). Toutefois, une disposition d'accompagnement affaiblit la protection en indiquant que "la portée et les limites de ce droit peuvent être établis par la loi" (article 42). La Constitution de la République de Slovénie, influencée par celle de l'Italie, garde un chapitre sur les relations économiques et sociales et souligne l'importance économique de la propriété (article 67). La Constitution du Kyrgyzstan énumère le droit à la propriété parmi les droits et libertés de l'individu aux articles 17 et 20. La Constitution de la Lituanie va dans le même sens en mentionnant l'inviolabilité de la propriété parmi les droits individuels (article 23). Des

amendements apportés à la Constitution de la République de Pologne le 29 décembre 1989 suppriment la classification socialiste de la propriété en abrogeant les articles 11 à 19 (chapitre 2). La Constitution manque de ce fait de dispositions générales sur la protection de la propriété privée et ne comporte qu'une seule clause indiquant que la propriété ne doit être confisquée que dans des cas spécifiés par la loi (article 87). La Constitution de la République slovaque accorde une assez grande place à la propriété. Elle en proclame les obligations ; "elle ne peut être utilisée pour nuire aux droits des autres, ou aux intérêts généraux protégés par la loi. L'exercice des droits de propriété ne peut compromettre la santé humaine, la nature, le patrimoine culturel ou l'environnement plus que la loi ne le permet" (article 20.3). La Constitution du Turkménistan conserve la division de la propriété et évoque explicitement la propriété des moyens de production. La Constitution de la Hongrie définit l'économie du pays comme une économie de marché dans laquelle les propriétés publique et privée sont également protégées (article 9.1).

Une protection particulière des terres est une autre caractéristique de ces constitutions. La Constitution bulgare, adoptée le 12 juillet 1991, déclare par exemple que les terres sont "un élément fondamental de la richesse nationale qui bénéficie d'une protection particulière de l'Etat et de la société. Les terres arables ne sont utilisables qu'à des fins agricoles et leur conversion à d'autres usages ne peut être qu'exceptionnelle et strictement réglementée par la loi" (article 21.1). L'article 71 de la Constitution de la République de Slovénie préconise également une protection particulière des terres, y compris les terres agricoles. On trouve des dispositions analogues dans les Constitutions de l'Estonie (article 6) et du Kyrgyzstan (article 4). Des clauses permettant de fixer les limites des exploitations figurent dans la Constitution de l'Ukraine (article 68) et dans la Constitution de la Fédération russe (article 58). Dans certains pays, la Constitution interdit que des étrangers soient propriétaires de terres ; la Bulgarie (article 22), la Roumanie (article 42), la Slovénie (article 68), la Lituanie (article 47) appartiennent à ce groupe.

#### ANNEXE AU CHAPITRE 4

#### AN OVERVIEW OF PROPERTY PROVISIONS IN THE CONSTITUTIONS OF SOME FORMER SOCIALIST COUNTRIES

##### Estonia

December 13, 1991:

Article 33: Property rights shall be guaranteed. Restrictions of such rights shall be regulated by law.

Expropriation of property without the consent of the owner may occur only to serve public interests and for equitable compensation in accordance with procedures established by law. In cases of dispute, the right to appeal to the courts shall be guaranteed.

The responsibility to guarantee inheritance rights and copyright shall rest with the State.

Article 6: Land and all other natural resources in Estonia shall be under State protection. Economical use of natural resources shall be guaranteed by Law.

##### Kyrgyzstan

October 16, 1992

Article 4

In the Republic Kyrgyzstan, land, its minerals, waters, forests, fauna and flora - all natural resources shall be the property of the People of the Republic Kyrgyzstan.

Land and its minerals may become private property, property of regional and other self-governing units, it may be leased in concession to foreign physical persons and legal entities since the owner and lease holders shall guarantee the conservation of this national property and shall use it taking into account the interest and traditions of the People of Kyrgyzstan

#### Article 20

1. Private property shall be acknowledged and guaranteed in the Republic Kyrgyzstan as an integral right of an individual, natural source of his well being, commercial and creative activity, guaranty of his economic and personal independence.

2. Property shall be inviolable. No person may be deprived of his property. Deprivation of property against the will of the owner shall be allowed only by the sentence of a court in exceptional circumstances envisaged directly by Law.

#### Lithuania

October 13, 1992

#### Article 23

Property shall be inviolable.

The rights of ownership shall be protected by law.

Property may only be seized for the needs of the society according to the procedure established by law and must be adequately compensated for.

#### Chapter 4

#### National Economy and Labor

#### Article 46

Lithuania's economy shall be based on the right to private ownership, freedom of individual economic activity and initiative.

#### Article 47

Land, internal waters, forests, and parks may only belong to the citizens and the State of the Republic of Lithuania by the right of ownership. provision for diplomatic posts exception for government property over significant natural resources

#### Poland

May 1, 1990

#### Chapter 1: Foundations of the Political and Economic System

## Article 6

The Republic of Poland shall guarantee freedom of economic activities without regard on the form of ownership, restrictions of this freedom may result only by the law.

## Article 7

The Republic of Poland shall protect the ownership and the right of inheritance and guarantee the complete protection of personal property. Expropriation shall be allowed only for a public purpose and upon a just compensation.

## Slovak Republic

September 3, 1992

## Article 4

The mineral wealth, underground waters, natural medicinal resources and surface water is owned by the Slovak republic

## Article 20

Everyone has the right to own property. Ownership rights of all owners are equal in the face of Law and are protected. Inheritance is guaranteed.

The law specifies which other property in addition to property specified by Article 4 of this Constitution, necessary to protect the needs of the society

Ownership is binding. It may not be used to impair rights of others, or to antagonize general interests protected by Law. The enforcement of ownership rights may not impair human health, nature, cultural inheritance or the environment more than the Law permits.

Dispossession or an enforced limitation of ownership rights is permitted only if absolutely unavoidable and in the public interest, and this in accordance with the Law and for reasonable compensation

## Turkmenistan

October 16, 1992

## Article 9

Property shall be inviolable. Turkmenistan shall confirm the right of private ownership of means of production, land, and other material and intellectual assets. These may likewise belong to associations of citizens and the state. Objects that are the exclusive property of the state shall be established by law. The state shall guarantee equal protection and equal conditions for the development of all types and forms of property. The confiscation of property shall not be permitted, with the exception of property acquired through means prohibited by law. The forced alienation of property with compensation shall be permitted only in cases prescribed by law.

Ukraine

June 10, 1992

1 General Principles of the Constitutional System

Article 6/3

The state recognizes the variety of forms of ownership and shall create equal legal conditions for their protection.

Chapter 4: Economic, Social, Ecological and Cultural Rights

Article 36

Every person has the right to private property, that is the right to own, use and manage his or her property and other values both singly and jointly with others.

No one may be arbitrarily deprived of his or her property.

The exercise of the right of ownership must not contradict the interest of society as a whole and the rights of individual natural persons and legal entities.

Inviolability of property and the right of inheritance shall be guaranteed by law and secured by judicial protection.

Every person has the right to protect his or her property by all lawful means.

Chapter 8. Ownership

Article 66

In Ukraine ownership shall be public and private. Public property includes state and communal (municipal) property. All other property shall be private property. The state shall support the social function of ownership.

Article 67

Mineral wealth, waters, coastal areas, air space, forests, animals, and natural resources... shall be subject only to public ownership.

Article 68

Land may be owned publicly and privately. The right of private property to land shall be acquired on grounds and within limits established by the law.

The law shall impose certain duties on the landowner, set maximum limits on private ownership of land and encourage efforts aimed at maintaining the quality and fertility of soils.

Article 69

Ownership, in accordance with the laws, may include property designed for production and any other purposes, and also the results of production and intellectual effort.



## Article 70

In Ukraine, in accordance with the laws, there may be objects subject to the right of ownership of foreign nationals and legal entities, joint ventures and also by other states and international organizations.

## Article 71

Equal legal protection shall be guaranteed to all owners. The owner must compensate for material and moral losses caused to persons or legal entities in the exercise of his or her right of ownership.

## Article 72

Property may be forcibly appropriated only for the social necessity and with prior and full reimbursement of its market value, and only in such cases and in accordance with such orders as are established by law.

## Russian Federation

November 13, 1992

### Chapter IV. Economic, Social and Cultural Right and Freedoms

#### Article 34

In the Russian Federation, economic liberty of every person shall be realized in the right of property, the right to free entrepreneurship and the right to free labor.

#### Article 35

- (1) Every person shall have the right to be a property owner.  
The right of inheritance shall be guaranteed.

### Chapter VII. Property, Labor, Entrepreneurship

#### Article 57

(1) Property in all its forms - private, state and other - shall be recognized and guaranteed. The use of the right of property shall not contradict public weal.

(2) All property owners shall enjoy legal protection.

(3) Property shall be inviolable. No one may be arbitrarily deprived of his or her property.

Compulsory alienation of objects of property shall be allowed when there is evidence of proved public necessity with compensation of damage in cases provided by the federal law. Confiscation shall be carried out by a judicial decision. Nationalization shall not be allowed.

## Article 58

(1) The land, its subsoil, waters, the animal and plant world, and other natural objects shall be in state, private and other ownership and shall be in common possession of the people living on the respective territory, of the entire people of the Russian Federation and may not be used to the detriment of their interests. All natural objects shall be subject to protection and rational use.

(2) The land and other natural resources shall not be concentrated in the hands of an owner or holder over and above the limit prescribed by the law.

(3) The implementation of the rights to land shall not be prejudicial to its fertility and the environment.

It shall be forbidden to change the purposeful designation of agricultural lands to keep them unused or use them beyond the proper purpose.

## BIBLIOGRAPHIE

- Bajt, A.(1992): A Property Rights Analysis of the Transition Problems in the EAST, EIPF, Ljubljana, 26;
- Bajt, A.(1953): Ekonomski in pravni pojem lastnine (The economic and legal concept of ownership), Pravnik, Vol.8, 139-158;
- Bannock, G. et al. (1985): Dictionary of Economics, Third Edition, Penguin Books, London;
- Brzeski, A.(1991): Privatising Soviet-Type Economies, St.Petersburg-Leningrad papers, CRCE London, 17-26;
- Gray, C.W. et al: (1991): The Legal Framework for Private Sector Development in a Transitional Economy, The Case of Poland, The World Bank, Working Paper, WPS 800;
- Hare,P.(1991): The Assessment: Microeconomics of Transition in Eastern Europe, Oxford Review of Economic Policy, Vol.7. No.4, 1-15;
- Jackson, M.(1992): Large Scale Privatization in Central Europe: Practical and Conceptual Issues; Discussion Papers on the Economic Transformation in Central and Eastern Europe, Louven 1992/1
- Mencinger, J.(1989): The Quagmire of Socialism, Communist Economies, Vol 1, 385-393;

- Privatization in Eastern Europe (1992), Proceedings of the Conference "Privatization: How to Use This Instrument for Economic Reform in Eastern Europe", Vienna, November 17-18, 1990, Friedrich Ebert Stiftung and Renner Institute;
- Sadowski, Z.L. (1991): Privatization in Eastern Europe: Goals, Problems, and Implications, Oxford Review of Economic Policy, Vol.7, No.4, 46-56;
- Simoneti, M. (1991): Comments on "Accelerating Privatization in Eastern Europe: the Case of Poland" by Jeffrey D. Sachs, Proceedings of the World Bank's Annual Conference on Development Economics, Washington, April 25-26, 1991, The World Bank Economic Review, April 1991;
- Uisitalo, H. (1992): Variations of Social Dimension in Western Countries, paper presented to the seminar Towards a Competitive Society in Central and Eastern Europe: Social Dimensions, Helsinki, September 20-22, 1992;
- Urban, L.(1990): Objectives, Methods and Problems of Privatization, in Privatization in Eastern Europe, Proceedings of the Conference "Privatization: How to Use This Instrument for Economic Reform in Eastern Europe", Vienna, November 17-18, 1990;
- Vacic, A.M.(1992): Specific Features of Transition from Plan to Market, in Saunders, C.T. Economics and Politics of Transition, McMillan Press, London;
- Veljanovski, C.(1990): Economics of Law, IEA London.

La propriété et la libre entreprise: problèmes législatifs - Résumé du rapport du Professeur E.A. SUKHANOV

Doyen de la Faculté de droit de l'Université d'Etat de Moscou

1. Le passage graduel à une économie de marché s'est traduit entre autres par l'apparition d'une foule de propriétaires et d'entrepreneurs aux droits égaux et a mis fin à la prééminence de la propriété d'Etat et de l'entreprise d'Etat dans l'économie. La réglementation juridique du processus est toutefois très incomplète et contradictoire, en raison de l'emploi de notions économiques telles que "formes de propriété" et "propriété privée" ou acquisition individuelle, etc... Les dogmes politico-économiques et idéologiques ont exercé une influence profonde (apparition de notions sans substance juridique aucune, comme celle de "propriété collective").

Malheureusement, tous ces dogmes ont trouvé un écho, même dans la Constitution de la Russie.

2. Le droit civil adopte une approche plus nette (loi sur la propriété, principes de législation civile de 1991, projet de nouveau code civil). Au lieu d'envisager différentes "formes de propriété", il prévoit un droit unique de propriété; la propriété privée est considérée comme l'antithèse de la propriété d'Etat (ou publique). Mais surtout, il consacre diverses modalités juridiques de traitement des aspects économiques de la propriété; en particulier, il élargit la catégorie des droits de propriété au-delà de la propriété elle-même (gestion des biens d'autrui, servitude, etc... ). Ainsi la réglementation de ces aspects multiples ne consiste-t-elle pas à donner effet à telle ou telle loi à la lumière de la Constitution, mais à faire l'inverse; de la même manière, la Constitution trouve son compte dans des structures juridiques claires et précises.

3. La réglementation de la libre entreprise a de même son origine dans divers instruments juridiques (loi sur l'entreprise et le commerce privés, principes de législation civile), et ce n'est qu'ultérieurement que des dispositions ont été prises à l'échelon constitutionnel. Malheureusement, cette législation accuse aussi des insuffisances notables. Elle prévoit, par exemple, la "copropriété" des partenaires d'une société par actions sur les avoirs de la société, l'expression "copropriété" s'entendant d'un type de "propriété collective". D'où aussi des conséquences négatives pour la réglementation juridique de la privatisation des biens de l'Etat et des communes.

Le rapport traite des tentatives arbitraires qui ont été faites pour emprunter directement au droit anglais et au droit américain des notions qui leur sont propres, notamment en ce qui concerne les "trusts". Par ailleurs, l'administration contractuelle des biens d'autrui peut être traitée de façon différente dans le droit des divers pays européens, y compris dans celui de la Russie; elle peut être réglementée par recours à des notions et des principes intrinsèques.

4. La question de la propriété foncière est abordée dans cet esprit. En l'espèce, différents types de propriété foncière demandent à être régis par des arrangements juridiques différents. Il existe des formes juridiques pour exprimer ces aspects qui sont différentes d'un droit de propriété traditionnel car elles englobent d'autres droits réels (et même contractants). Le fait de consacrer ces aspects dans la législation permettra de toute évidence d'éliminer des sources de malentendu inhérentes à la Constitution, comme la notion de "propriété collective/copropriété" de biens fonds.

5. Un système commercial développé suppose par conséquent une législation développée, s'inspirant de principes juridiques bien conçus ; la prise en considération générale de l'expérience acquise (y compris à l'étranger) du développement du droit ; ainsi que le rejet des dogmes politico-économiques et des systèmes idéologiques. Le développement du droit constitutionnel dans ce domaine peut et doit s'inspirer des progrès du droit civil.

### c. **ASPECTS CONSTITUTIONNELS DE LA PROPRIETE**

Résumé de la discussion

#### Les dispositions relatives à la propriété dans le projet de Constitution de la Fédération de Russie

On a fait remarquer que deux chapitres de la Constitution contenaient des dispositions concernant la propriété, le chapitre relatif aux droits fondamentaux (article 35) et le chapitre relatif à la société civile (articles 57 et 58). Les Constitutions occidentales traitent généralement la propriété dans le chapitre relatif aux droits fondamentaux, et la répartition entre deux chapitres différents peut aboutir à des contradictions.

En ce qui concerne l'article 57, paragraphe 1 première phrase, les participants à la discussion ont été d'accord avec le rapport du professeur Soukhanov pour dire que l'on n'avait nullement besoin de parler de diverses formes de propriété et qu'il était préférable de s'écarter de notions floues comme la "propriété collective". En ce qui concerne la deuxième phrase de l'article 57, paragraphe 1 ("l'usage du droit de propriété ne doit pas aller à l'encontre du bien public"), on a souligné que cette phrase suivait les modèles occidentaux et qu'il appartiendrait aux législateurs et aux tribunaux de définir la notion de bien public.

L'article 58, paragraphe 1 du projet de Constitution n'a pas semblé très clair, du moins dans sa traduction anglaise.

#### Quelles règles faudrait-il mettre dans la Constitution?

Les participants russes se sont demandé si la Constitution devait fixer des buts pour l'activité économique et définir les domaines respectifs de la réglementation par l'Etat et du marché libre.

Les participants occidentaux ont insisté sur le fait que la fonction la plus importante de la Constitution dans le domaine économique consiste à donner un cadre clair et axé sur la primauté du droit. L'intervention de l'Etat doit reposer sur le principe de la légalité, tout caractère arbitraire devant être exclu. En démocratie, la population veillera alors à ce que les objectifs de la politique suivie en matière sociale et en matière d'environnement soient respectés par la classe politique.

Il a semblé très difficile de fixer maintenant, pendant une période de transition, des règles détaillées. Le législateur ordinaire serait peut-être mieux en mesure de tenir compte des changements intervenus dans la situation et, plus particulièrement, on ne devrait pas sous-estimer la fonction importante des tribunaux. La jurisprudence jouerait un rôle extrêmement important et elle serait peut-être mieux à même que le droit écrit de refléter les faits nouveaux. La compétence, l'intégrité et l'impartialité des juges constituent donc l'une des questions les plus importantes.

On a néanmoins reconnu qu'il pourrait être nécessaire de faire figurer dans la Constitution des garanties contre un retour à l'ancien régime. Les participants russes ont fait remarquer que les entrepreneurs avaient encore une mauvaise image de marque auprès de la population et qu'ils avaient besoin d'encouragements ainsi que d'un cadre juridique clair. La population n'a pas encore admis que la liberté d'activité économique soit le reflet de la liberté d'épanouissement personnel.

## TROISIEME SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par M. Godert W. MAAS GEESTERANUS

### **La liberté de l'activité économique**

La liberté de l'activité économique - garanties et limites constitutionnelles - Rapport du Professeur J.M. TROMM

Institut TMC Asser, La Haye

#### 1. INTRODUCTION

##### a. Nature des normes constitutionnelles

A première vue, ce qui frappe surtout dans mon sujet - liberté de l'activité économique: garanties et limites constitutionnelles -, c'est qu'il porte sur deux types différents de conditions touchant à l'organisation de l'Etat ou de la collectivité étatique. La notion de "liberté" - quelles qu'en soient la qualification et les limites - " de l'activité économique" semblerait plus particulièrement porter sur la dynamique des activités industrielles et commerciales d'une société libérale ou de libre concurrence. La notion de "garanties et limites constitutionnelles", elle, concerne plutôt des conditions de nature plus statique: les principes fondamentaux régissant l'organisation de l'Etat, la répartition et l'attribution des compétences étatiques ainsi que les conditions de responsabilité permettant d'équilibrer ces pouvoirs et d'en surveiller et contrôler la mise en oeuvre; les principes fondamentaux (dont les plus notables ont trait aux droits des citoyens et, dans un cadre quelque peu différent, les droits de l'Homme) que doivent respecter les institutions de l'Etat, y compris les organes législatifs et administratifs inférieurs, au cours de l'exercice de leurs pouvoirs à l'égard des particuliers; les principes fondamentaux touchant aux procédures et voies de recours à respecter lorsque sont organisées la répartition et l'attribution des pouvoirs de l'Etat et garantissant la situation juridique des individus membres de la collectivité. Une constitution n'est pas le genre d'instrument de droit permettant d'aborder au fond la dynamique des forces du marché. Du fait même de sa nature, elle manque de cette souplesse requise par la réglementation législative ou administrative des conditions du marché .

##### b. Contrôle de constitutionnalité et conditions favorables aux activités de libre concurrence

En posant les principes fondamentaux de répartition et d'attribution des pouvoirs ( et des responsabilités) de l'Etat, une constitution s'occupe nécessairement des relations hiérarchiques existant entre les diverses institutions étatiques. En vertu de la Constitution des Pays-Bas, le gardien placé à la tête de la hiérarchie étatique est le pouvoir législatif, c'est-à-dire le Gouvernement et le Parlement. Les actes adoptés par le pouvoir législatif ne font pas l'objet d'un contrôle juridictionnel quant à leur conformité à des normes constitutionnelles. Il n'existe pas de système de contrôle de la constitutionnalité d'actes ayant fait l'objet d'une adoption par le pouvoir législatif dans les formes prévues . Les juridictions de droit commun ne peuvent procéder à un tel contrôle et il n'y a pas de juridiction constitutionnelle chargée d'assumer, en dernier ressort, le rôle de gardien des principes fondamentaux consacrés par la Constitution. Cette fonction de protecteur suprême de la Constitution, c'est au Parlement, organe de l'Etat

formé à intervalles réguliers par l'électorat, qu'elle revient, dans le cadre, essentiellement, du processus législatif et du contrôle des actes de l'Exécutif.

Les conditions posées par le projet de Constitution de la Fédération de Russie sont différentes. Il existe un mécanisme de contrôle de la constitutionnalité et, parmi les institutions de l'Etat, se trouve une Cour constitutionnelle. En fonction, bien évidemment, des pouvoirs qui lui seront attribués et de la compétence de contrôle dévolue, en général, au pouvoir judiciaire, on peut affirmer qu'ici, le gardien suprême des principes fondamentaux garantis par la Constitution est l'institution judiciaire chargée de veiller au respect des règles et valeurs qu'elle consacre. Pour autant que tel est bien le cas, on peut estimer que la Cour constitutionnelle est dotée de pouvoirs ayant nécessairement un impact sur les forces dynamiques de la société dans tous les cas où la Constitution elle-même comporte des normes matérielles - c'est-à-dire autres que purement institutionnelles ou procédurales - susceptibles d'influencer les processus dynamiques, et à ce titre pertinents au point de vue politique, de la société. Dès lors que l'étendue de la compétence d'une Cour constitutionnelle est largement définie par le champ d'application des normes constitutionnelles, toute extension de ce dernier au-delà de sujets portant exclusivement sur l'organisation et la procédure risque d'amener la Cour constitutionnelle à intervenir dans des domaines touchant à la réglementation de processus dynamiques c'est-à-dire dans des questions pertinentes au plan politique. Lorsqu'une juridiction constitutionnelle dispose d'une compétence si étendue, la désignation des juges constitutionnels tend à devenir un acte politiquement sensible de la gestion de l'Etat, acte difficile à séparer de la fixation de la ligne politique ou de l'action politique de tout Gouvernement ou majorité politique au pouvoir.

Les rédacteurs d'une constitution ont donc toutes les raisons, semble-t-il, de faire preuve de retenue lorsqu'ils sont amenés à formuler les conditions constitutionnelles de l'activité économique et devraient plutôt limiter la portée de ce texte aux questions institutionnelles et de procédure.

### c. Limites

Il résulte de ce que l'on vient de dire dans les paragraphes qui précèdent qu'une constitution qui est largement maintenue dans ses limites institutionnelles et procédurales n'est vraiment pas l'instrument idéal pour poser des normes aptes à soutenir directement et effectivement une économie de libre concurrence.

Le succès d'un système de libre concurrence ne dépend pas de la seule existence de conditions juridiques favorables. Il est bien évident que les autorités de l'Etat, y compris le pouvoir législatif, peuvent aider au développement du climat d'entreprise adéquat en assurant la mise en place et le maintien d'autres conditions avantageuses: stabilité financière et sociale, égalité de chances sur le marché - vis-à-vis des opérateurs contrôlés par l'Etat notamment - politique fiscale équitable, susceptible non de décourager mais d'attirer les investissements (étrangers), législation offrant des moyens de recours en cas de concurrence déloyale notamment. Ce ne sont là, certes, que quelques-uns des domaines dans lesquels le pouvoir législatif et l'administration pourraient participer à la promotion des circonstances propices à une économie de libre concurrence; on ne saurait estimer, en principe, que la constitution soit l'instrument juridique le plus apte à poser les normes qui s'imposent dans ces domaines. Si l'on voulait mentionner, dans ce contexte, une préférence s'agissant du type de réglementation permettant, le cas échéant, d'améliorer les conditions du marché, au niveau international surtout, ce sont les traités et conventions internationaux qu'il conviendrait de citer. Tout comme la législation interne, ces instruments comportent certaines dispositions destinées à gouverner les activités du marché. De plus, les conventions internationales ont tendance à se voir reconnaître par la constitution un

statut particulier privilégié. C'est ce que font, notamment, la Constitution des Pays-Bas (article 94) et le projet de Constitution de la Fédération de Russie (article 3, par. 4).

Le rôle que l'on pourrait revendiquer en faveur de la constitution est, en l'espèce, plutôt modeste. Il ne pourrait en être autrement. Pour les raisons exposées ci-dessus, la constitution est un instrument de réglementation peu commode pour véhiculer des principes gouvernant la gestion d'un marché (libre).

Le rôle que les constitutions sont aptes à jouer et qu'elles sont d'ailleurs, pour l'essentiel, supposées jouer, consiste à poser les règles fondamentales de la structure et de l'action de l'Etat, règles qui sont donc largement de nature institutionnelle et procédurale.

Nous nous proposons d'aborder maintenant, tout en gardant bien à l'esprit ce que nous venons de dire, le projet de Constitution de la Fédération de Russie et d'examiner les garanties et limites qu'il contient ou pourrait contenir quant à l'activité économique .

## 2. Garanties et limites constitutionnelles en général

Imaginons, pour commencer, que, futur opérateur économique - russe ou étranger - en Russie, on désire avoir une idée claire des différentes dispositions du droit russe affectant les conditions du marché. Certes, pour les personnes privées, physiques ou morales, désireuses de participer aux activités économiques, la constitution n'est pas la première source de droit qu'il convient de consulter. Admettons toutefois que, tout en examinant les conditions habituelles, juridiques ou non, dominant le marché sur lequel on désire intervenir, on estime également souhaitable de recueillir des informations sur ces éléments constitutionnels justement qui permettent de replacer dans sa juste perspective le schéma complexe des règles commerciales et administratives (y compris fiscales).

Quelles sont alors les garanties constitutionnelles qui seraient recherchées lors de la conception de la stratégie économique ou d'entreprise permettant à l'intéressé de bénéficier des possibilités offertes et de quelles limites constitutionnelles faudrait-il tenir compte lors du calcul des risques ?

La stabilité et la prévisibilité présentent un intérêt primordial ce qui, au plan constitutionnel, devrait amener à concentrer son attention sur les questions suivantes:

a) L'"intégrité législative" quant à la formation des règles touchant aux activités du marché, celles du droit civil et commercial et de la procédure civile et commerciale surtout.

La meilleure façon d'expliquer cette notion peu commune d'"intégrité législative" consiste à se référer à une disposition de la Constitution des Pays-Bas réservant au pouvoir législatif, Parlement et Roi, la législation en matière de droit civil et commercial. C'est surtout par ce qu'elle exclut que cette disposition est d'importance: ni les organes législatifs inférieurs (ceux des provinces, des communes etc. ...), ni l'administration n'ont compétence pour adopter des règles générales obligatoires en matière, notamment, de droit civil et commercial sauf, bien entendu, si les organes législatifs de l'Etat leur en donnent eux-mêmes le droit. (Il n'est pas rare que le pouvoir législatif permette à l'administration d'adopter des règles d'application des normes prévues par une loi-programme ou une loi-cadre. En ce cas, l'administration agit toujours sous le contrôle du Parlement et, si les textes visent à mettre en place des règles générales - décrets d'application -, ils doivent être également soumis à l'approbation du Parlement).



L'article 9 du Projet de Constitution, intitulé "Diversité des formes de l'activité économique", est l'une des dispositions constitutionnelles qui touchent directement aux activités économiques au sein de l'Etat. Son second paragraphe contient une clause qui, à première vue, peut sembler quelque peu ambiguë. Elle se lit comme suit: "L'Etat règle la vie économique du pays dans l'intérêt de l'homme et de la société". On suppose que ce paragraphe doit se lire en liaison avec l'article 3 qui pose le principe de "la suprématie de la loi", encore qu'on puisse concevoir une expression plus claire de la suprématie de la loi en l'espèce. La notion d'"Etat" comprise à l'article 9 semble autoriser quelque peu l'hypothèse qu'en fait, l'administration doit être investie, par la Constitution, des pouvoirs de réglementation dans des domaines touchant à l'économie. Après tout, l'article 6 répartit de manière très générale les pouvoirs entre les organes législatif, exécutif et judiciaire sans mentionner clairement le principe de la suprématie du législatif que semble consacrer l'article 3 ou se référer à cette disposition. Le problème peut être de nature purement linguistique. Il n'est pas rare de parler d'Etat lorsqu'on cite l'administration ou le pouvoir exécutif. Confier à l'exécutif le pouvoir constitutionnel de réglementation de l'économie serait plutôt imprudent. La position subordonnée de l'administration en matière de législation, consacrée par la Constitution, revêt une importance toute particulière chaque fois que l'administration intervient, d'une manière ou d'une autre, sur le marché en même temps que des opérateurs individuels.

Dans le cadre d'un système juridique reposant sur l'égalité devant la loi (et donc devant les tribunaux) de tous les sujets de droit, le droit régissant les relations du marché devrait être le même pour tous et ne pas permettre à l'Etat (administration ou pouvoir exécutif) ou à une entreprise contrôlée par l'Etat de se mettre dans une position privilégiée par le biais de la législation ou de la réglementation. Sur un marché sain, où la concurrence joue un rôle essentiel, les entreprises étatiques ne devraient intervenir que sur un pied d'égalité avec toutes les autres entreprises (individuelles), quelles qu'elles soient, opérant sur le même marché. L'Etat ne saurait recourir à ses pouvoirs d'autorité lorsqu'il intervient sur le marché au titre de ses pouvoirs de gestion.

L'article 9 du projet de Constitution semble aller dans le sens de la consécration constitutionnelle de l'égalité sur le marché encore que la notion de "solidarité sociale" (article 9 par. 3) n'exclut pas nécessairement l'existence d'immunités ou de privilèges de l'Etat lorsque ce dernier participe à l'activité économique par le biais d'entreprises étatiques ou contrôlées par lui. Une règle constitutionnelle en ce sens ne devrait normalement pas s'imposer encore que l'ambiguïté de l'article 9 par. 2 rende peut-être une clarification nécessaire. (Cf. également, dans ce cadre, l'article 34 au chapitre IV portant sur les "Droits et libertés économiques, sociaux et culturels"). Il pourrait bien en être de même de la situation des entreprises d'Etat étrangères. Dans l'ex-Union soviétique, la doctrine de l'immunité absolue était bien établie. Il y a de bonnes chances pour que cette doctrine soit maintenue et se reflète dans (l'optique du) droit interne - pas nécessairement au plan constitutionnel -.

Autre exigence de nature vraiment constitutionnelle que l'on devrait pouvoir s'attendre à voir maintenue s'agissant de la législation touchant aux conditions du marché: celle de la "publication": pour avoir force de loi, les textes doivent faire l'objet d'une publication officielle leur permettant d'être parfaitement accessibles au public en général. Nous abordons ici un principe fondamental, constitutionnel bien sûr, qui s'applique normalement à tous les actes obligatoires pour tous adoptés par les organes de l'Etat, qu'ils soient investis de pouvoirs législatifs ou administratifs: ce qui est destiné au public doit être public. C'est le même principe fondamental que traduit la règle de la publicité des jugements.

L'"exigence de publication" qui s'impose au pouvoir législatif est consacrée tant par la Constitution des Pays-Bas (articles 88 et 89; voir aussi article 95 sur la publication des Traités et

décisions adoptées par des organisations reconnues par le droit international) que par le projet de Constitution de la Fédération de Russie (article 3 par. 3).

C'est l'article 121 (mentionnant également l'exigence des motifs) de la Constitution des Pays-Bas et l'article 110, par. 1 du projet de Constitution de la Fédération de Russie qui contiennent les dispositions relatives à la publicité des débats judiciaires (sauf exception prévue par le pouvoir législatif).

Etroitement lié à l'exigence de publication, celle de motivation ou d'explication: aux Pays-Bas, il est d'usage de publier, avec les lois, l'exposé de leurs motifs et le Gouvernement veille à la publication des avis consultatifs et des rapports des débats parlementaires (voir, à ce sujet, article 110 de la Constitution néerlandaise).

Il existe bien entendu certains principes non constitutionnels que le pouvoir législatif devrait avoir présents à l'esprit lors de l'accomplissement de ses tâches: cohérence, teneur clairement compréhensible des notions de droit etc. ... Là encore, le Parlement a un rôle de contrôle essentiel à jouer. Il fait partie intégrante du pouvoir législatif au sein de la structure de l'Etat. Le principe constitutionnel réservant au pouvoir législatif l'adoption de la législation en matière de droit civil (et commercial) garantit qu'il ne sera pas porté atteinte, par l'administration ou par des organismes inférieurs de l'Etat dotés de certains pouvoirs de réglementation, au niveau de cohérence et de transparence de la législation retenu par le pouvoir législatif. En même temps, la nécessaire souplesse de la législation est assurée car la constitution ne fixe que les dispositions institutionnelles et procédurales, le pouvoir législatif posant les règles de fond régissant les conditions du marché étant, en principe, concentré auprès de l'organe législatif étatique.

On peut ici citer l'article 107 de la Constitution des Pays-Bas aux termes duquel le droit civil (y compris le droit commercial) et le droit pénal, tout comme la procédure civile et la procédure pénale, font l'objet de lois distinctes adoptées par le pouvoir législatif de l'Etat (Gouvernement et Parlement). Il en est de même du droit administratif (article 107 par. 2).

Une fois de plus, on peut faire remarquer à ce propos que, s'agissant des pouvoirs de législation, le projet de Constitution ne semble pas les confier sans ambiguïté au seul organe étatique garantissant sérieusement la représentation démocratique: le pouvoir législatif d'Etat (à l'exclusion, notamment, de l'organe d'Etat qu'en termes de démocratie, on semble bien considérer comme le "cheval le plus fougueux": le pouvoir exécutif).

Dès lors que les pouvoirs exclusifs de législation en cause ici constituent un élément vital de la structure étatique et une condition essentielle du maintien de l'équilibre des pouvoirs de l'Etat, il conviendrait de confier à un seul et même organe d'Etat la compétence de créer et de déterminer le droit matériel et celle de poser les règles de procédure.

Les opérateurs du marché peuvent être des personnes physiques ou morales. Les entreprises, organisées sous forme de sociétés, constitueront en règle générale des entités au sein desquelles travail, gestion et capital sont intégrés. Une législation pertinente quant aux conditions de création et de participation à la vie économique, en tant que sociétés distinctes, de ce genre d'entités relève exclusivement, on l'a déjà vu, du pouvoir législatif de l'Etat. Au cas où il s'impose, le contrôle de la légalité de la création des sociétés sera normalement du ressort des autorités administratives. Même si la création de personnes morales et leur participation au marché mettent en jeu des questions fondamentales - responsabilité propre de l'entreprise, représentation d'intérêts collectifs, et, au départ au moins, solide base financière - ce n'est pas la Constitution qui devrait être l'instrument juridique posant les normes régissant les activités des sociétés sur le marché. Pour des raisons déjà examinées auparavant, c'est le seul pouvoir

législatif de l'Etat qui devrait recevoir compétence pour légiférer en ce domaine, excluant les organes législatifs inférieurs et l'administration dont les obligations d'agir devraient être précisément définies par ce pouvoir. Outre le fait que l'administration n'est pas vraiment à même d'assurer la cohérence de la législation, elle sera souvent si étroitement mêlée ou intéressée aux activités sur le marché que, lors de l'adoption de normes générales applicables à celui-ci, elle pourrait facilement renverser l'équilibre et mettre ainsi en danger la condition, fondamentale, d'égalité de tous les opérateurs économiques.

b) Accès à la justice

La Constitution des Pays-Bas précise, dans le chapitre consacré aux droits civils (chapitre I, article 17), qu'est garanti l'accès à la justice de tout sujet de droit souhaitant l'intervention du pouvoir judiciaire officiel (et indépendant); nul ne peut se voir refuser l'accès à un tribunal contre sa volonté. Le projet de Constitution de la Fédération de Russie contient également une clause semblable: article 109, par. 1 combiné avec article 45.

Dans la disposition néerlandaise, la notion "à l'encontre de (leur) volonté" permet aux parties de recourir, par agrément mutuel, à d'autres moyens de solution des conflits, leur ouvrant ainsi la possibilité de s'engager, par contrat, à soumettre à la conciliation ou à l'arbitrage des litiges éventuels ou déjà survenus.

La stabilité et la prévisibilité sont des conditions fondamentales d'un fonctionnement satisfaisant d'un marché libre. Le système juridictionnel auquel il faudrait avoir librement accès en cas d'atteinte portée à l'équilibre des relations du marché - s'instaurant entre opérateurs individuels (qu'ils soient contrôlés par l'Etat ou entièrement privés) ou entre opérateurs et organes étatiques d'intervention (l'exécutif notamment) - constitue un élément essentiel de leur maintien. Les conditions institutionnelles et procédurales de création et de fonctionnement indépendant de ce système devraient être garanties par des normes fixées par la Constitution; c'est elle qui doit poser les principes de base de solution des conflits en matière civile et administrative. Les règles de l'administration concrète de la justice dans ces domaines, elles, relèvent du pouvoir législatif étatique. Aux Pays-Bas, ces règles de nature largement procédurale sont contenues dans différents instruments législatifs, Code de procédure civile, Loi sur l'organisation judiciaire et diverses lois traitant de la solution juridictionnelle des conflits entre personnes privées et autorités administratives.

Au vu de tout cela, on peut dresser une liste des conditions fondamentales garantissant l'accès à une justice indépendante de tous ceux qui désirent intervenir sur le marché:

(1) Alors que la nomination des juges relève de l'administration (agissant, bien évidemment, sous le contrôle du Parlement), leur renvoi ne saurait dépendre de cette dernière. Aux Pays-Bas, où le pouvoir judiciaire est presque exclusivement exercé par des juges professionnels, ceux-ci sont nommés à vie (limite d'âge: 70 ans). Le projet de Constitution de la Fédération de Russie contient une clause similaire à l'article 107, par. 1.

L'administration ne dispose pas du pouvoir de démettre d'elle-même les juges. L'existence d'un contrôle disciplinaire au sein de la justice vient contrebalancer toutefois les pouvoirs limités de l'Etat employeur.

(2) L'indépendance dont jouit le pouvoir judiciaire lui permet également de décider lui-même de sa compétence. Quoiqu'ils soient tenus de juger puisqu'ils sont privés du droit de refuser d'administrer la justice, les juges n'en décident pas moins en toute

indépendance de la "recevabilité" d'une affaire dont ils sont saisis: la décision de débouter un requérant pour des motifs de non-recevabilité relève uniquement du juge.

(3) Le droit d'accès à un tribunal des personnes privées (y compris les sociétés), se voyant ainsi reconnaître "locus standi", relève des seuls pouvoirs d'appréciation et de décision du tribunal compétent. Conférer la capacité pour agir à une société étrangère (un problème de reconnaissance au moins partielle) ou à une entité ne remplissant pas toutes les conditions légales d'octroi de la personnalité juridique est une question qui relève du tribunal, quelle que soit la position que l'administration entend adopter en l'espèce.

(4) L'accès aux tribunaux peut être soumis à diverses conditions telle l'intérêt à agir (condition qui, dans le système de procédure civile individualiste que connaissent les Pays-Bas liant étroitement le "jus agendi" aux droits et intérêts individuels en jeu, peut donner lieu à des problèmes complexes s'agissant de l'action de groupements ou de l'action collective). L'accès à un tribunal (même fermement consacré par la Constitution) peut également être gêné lorsque les parties en cause ne disposent pas des moyens financiers leur permettant le dépôt d'une caution ou, plus généralement, du fait du coût éventuellement élevé de la procédure. Pour diminuer ce genre de conséquences négatives et discriminatoires des frais de procédure, le législatif a adopté une loi-cadre accordant une assistance financière (aide juridique) à ceux dont l'absence ou l'insuffisance de moyens financiers ne permettrait pas d'exercer leur droit (garanti par la Constitution) à un tribunal. Là encore, nous abordons un élément de la législation tendant nettement à aider les individus à exercer un droit que leur reconnaît la Constitution, élément également consacré par le projet de Constitution de la Fédération de Russie dans son article 44 (cf. article 18 de la Constitution des Pays-Bas).

En principe, la procédure juridictionnelle de droit commun connaît deux degrés: à quelques exceptions près, on estime que le droit de se pourvoir en appel contre une décision rendue en première instance est une règle fondamentale en matière contentieuse. Une fois de plus, nous nous trouvons face à un principe de base non mentionné dans la Constitution auquel chacun accorde cependant, en général, une importance capitale. Lorsque la loi consacre le droit d'appel, la position d'autorité de chaque juge échappant largement, sans cela, à un contrôle démocratique normal, semble plus équilibrée. En matière arbitrale, où les parties ont communément leur mot à dire quant à la composition du tribunal, l'exigence d'un recours contre la décision rendue par l'instance arbitrale n'apparaît pas, de nos jours, fondamentale.

L'égalité des conditions du marché suppose l'uniformité de la législation quel que soit le lieu de déroulement des activités économiques. Cette exigence d'uniformité législative se retrouve en matière d'organisation de la justice et de procédure. Aux Pays-Bas, la cour unique placée au sommet de la hiérarchie judiciaire est la "Hoge Raad", cour de cassation copiée, à l'origine, sur le modèle de la Cour de cassation française.

Le recours en cassation est largement limité aux cas dans lesquels l'interprétation ou l'application des normes juridiques - autres que les normes constitutionnelles - par les juridictions inférieures n'est pas convaincante ou dénuée d'ambiguïté ainsi qu'à ceux dans lesquels les décisions de ces juridictions semblent mal motivées. La cour de cassation ne juge pas les faits.

L'uniformité dans l'administration de la justice et donc dans la formation et l'interprétation du droit est un objectif capital mais il n'y a pas de système de précédent obligatoire.

(5) Quoique, techniquement, la procédure juridictionnelle - nous nous limiterons ici à la procédure contentieuse - est normalement intentée aux fins d'obtenir un titre exécutoire, en pratique, pour les parties, l'intervention du tribunal et, notamment, les différentes décisions - provisoires et définitives - ne constituent que des incidents survenant au cours du processus momentanément défaillant de négociation. Dans cette optique, et compte tenu de ce que les délais de procédure ne devraient pas exclure nécessairement la protection d'intérêts essentiels, on peut parfaitement accepter que, le cas échéant, une décision de justice puisse fournir un tel titre exécutoire, même si elle a déjà fait l'objet d'un recours ou est encore susceptible de le faire. Il convient de faire observer qu'au stade de l'exécution, en vertu d'une décision provisoire ou définitive, l'exigence constitutionnelle de la jouissance, par chaque partie, de la protection juridictionnelle, est maintenue: même si l'imposition et la mise en oeuvre de l'exécution dépendent des autorités d'exécution administratives, on peut toujours demander l'intervention des autorités d'exécution judiciaires (en droit néerlandais, le président d'un tribunal de première instance) afin de garantir la protection des droits et intérêts individuels à ce stade. Ce système complexe mais soigneusement équilibré n'est pas prévu par la Constitution mais les normes fondamentales sur lesquelles reposent sa structure et son équilibre sont vraiment de nature constitutionnelle. Il va sans dire que le fonctionnement satisfaisant des relations du marché suppose que les parties puissent garantir leurs droits et intérêts au moyen de mesures exécutoires, si possible conservatoires. Il s'agit là d'une condition fondamentale. Les moyens procéduraux propres à garantir ou à maintenir des droits dans l'attente d'une décision de justice définitive (mesures de saisie ou d'injonction de toutes sortes, appuyées éventuellement par la menace d'une amende) peuvent bien être de nature à accroître les possibilités de participation sur un marché libre nécessairement soumis au risque, surtout s'ils sont également accessibles à tous les opérateurs et susceptibles d'être mis en oeuvre vis-à-vis de tous les intervenants sur le marché, y compris les entreprises étatiques ou contrôlées par l'Etat.

(6) L'exercice des pouvoirs de l'Etat dans son ensemble est soumis au contrôle de l'opinion publique. Cela vaut tant pour l'exercice des pouvoirs législatif et administratif que pour celui du pouvoir judiciaire. De toute évidence, la principale institution apte à garantir effectivement un contrôle réel de l'exercice des pouvoirs de l'Etat - y compris, également, ceux qu'exercent les représentants du peuple au sein du Parlement -, c'est la presse, à condition, bien entendu, qu'elle soit vraiment indépendante et libre (cf. article 7 de la Constitution néerlandaise; on peut renvoyer également à l'article 22 en liaison avec l'article 73 du projet de Constitution de la Fédération de Russie). Le climat d'entreprise a beau avoir été bien forgé par la réglementation législative, les pouvoirs de l'administration formellement et parfaitement délimités et les pouvoirs de l'autorité judiciaire précisés par la Constitution et la loi, il n'en demeure pas moins qu'une information quotidienne quant à l'exécution des compétences de l'Etat constitue une condition indispensable au maintien de la stabilité et de la prévisibilité nécessaire au développement d'un marché vraiment libre. Cette condition repose sur le principe constitutionnel de la liberté d'opinion ou de la presse, liberté publique fermement consacrée par le préambule de la Constitution néerlandaise.

c) Non-discrimination

Il conviendrait de ne pas introduire dans la Constitution de règles discriminatoires à l'encontre des opérateurs non nationaux sur le marché interne, comportant des clauses protectionnistes destinées à protéger les intérêts du marché national.

Si, le cas échéant, le Gouvernement d'un Etat désire protéger son économie nationale par des mesures législatives ou administratives, il ne devrait être lié par aucune norme constitutionnelle. La souplesse, dans les limites autorisées par les obligations résultant des traités en vigueur, telle semble être la condition de base. Broder sur ce thème risquerait de nous conduire bien au-delà du cadre de notre étude; limitons-nous donc à commenter le cas curieux de "discrimination positive" prévu par le projet de Constitution de la Fédération de Russie. Il s'agit de la disposition finale de la section III (La société civile), chapitre VII (Propriété, travail, entreprises), article 61 par. 3 selon laquelle:

"L'activité lucrative des personnes morales et physiques étrangères n'ayant pas la nationalité de la Fédération de Russie est réglée selon les modalités et les formes prévues par la loi. Les investissements étrangers ne peuvent pas faire l'objet de mesures de nationalisation et sont protégés par la loi" (c'est l'auteur qui souligne).

Nous sommes enclins à affirmer qu'une disposition de cette nature et de cette teneur ne relève pas vraiment d'un texte constitutionnel:

(1) Il est bien possible que le concept de "nationalisation" comporte, historiquement, une certaine connotation négative mais il semble irréaliste et imprudent d'exclure, dans la Constitution, toute politique économique comportant des mesures de nationalisation, quels qu'en soient la forme ou le but. Nationaliser - les biens nationaux ou étrangers - ne constitue pas nécessairement une mauvaise politique même dans les sociétés caractérisées par les tendances libérales de l'économie de marché (pour éviter le mot de "capitalisme").

Les Gouvernements peuvent être amenés à envisager des mesures de nationalisation pour toute une série de motifs parfaitement louables: protection de l'environnement, santé ou autres raisons mentionnées dans la Loi russe de privatisation du 5 juin 1992 et dans la législation annexe (Programme étatique de privatisation du 11 juin 1992; décrets du 29 janvier et du 1er juillet 1992 sur la transformation des entreprises publiques etc. ... et du 14 juin 1992 sur la vente des biens immobiliers etc. ...) comportant des exceptions s'agissant de certains biens ou entreprises particuliers. Dans ce contexte, je me permets juste de citer la teneur de la clause sur les "biens et entreprises exclus de la privatisation":

Les biens et entreprises qui ne peuvent faire l'objet d'une privatisation comprenant, en pratique, des entreprises, sociétés et biens présentant, par leur nature et leur importance, un caractère public: organismes financiers publics, service de la santé, héritage historique et culturel, institutions de sécurité sociale, structures et installations portuaires, routes d'usage non privatif, entreprises engagées dans les domaines nucléaire ou spatial, installations d'oléoducs, travaux publics, installations gazières, ressources forestières et sources d'eaux minérales, télévision et radiodiffusion.

Il serait vraiment difficile de nommer un pays au monde capable de faire face aux investissements permettant à tous ces services et entreprises de fonctionner sans recourir d'une manière ou d'une autre à des investissements (étrangers) privés, de quelque forme que ce soit.

(2) Une autre raison explique le scepticisme dont il convient de faire preuve face à cette clause de non-nationalisation insérée dans le projet de Constitution:

L'expression "nationalisation" n'est pas une notion clairement définie du point de vue juridique. On pourrait bien la préciser dans une certaine mesure mais il n'est pas facile d'en donner une définition aussi satisfaisante que ce qu'exigerait sa place dans le cadre constitutionnel. Comment la comparer à la "socialisation" ou même à l'"expropriation" laquelle, en termes de droit de propriété, semble être un élément essentiel de toute nationalisation. Même en admettant que la Cour constitutionnelle soit apte à interpréter la notion de nationalisation contenue à l'article 61 du projet de Constitution pour y inclure toute forme d'expropriation, il n'y en aurait pas moins aucune garantie absolue contre l'intervention de l'Etat dans les droits de propriété (étrangers). Qu'en serait-il de procédures de faillite du genre de celle mise en oeuvre dans la célèbre affaire de la Barcelona Traction que la Cour internationale de Justice a examinée dans les années soixante?

(3) Pour moi, la Constitution ne saurait exclure de la compétence du législateur aucun instrument de politique économique, d'environnement, de santé etc. ... y compris ceux qui visent à l'expropriation. Ce que la Constitution devrait garantir en l'espèce, c'est que la mise en oeuvre de toute expropriation, quel que soit le terme sous lequel elle est désignée, se fasse dans le respect des intérêts des citoyens (étrangers ou nationaux) concernés. C'est exactement l'idée sous-jacente à la clause d'expropriation contenue dans la Constitution néerlandaise (article 14 au chapitre consacré aux libertés publiques!) dont le premier paragraphe est ainsi rédigé:

"L'expropriation ne peut s'exercer que dans l'intérêt public et sous condition d'indemnisation des dommages (à certaines exceptions près:) fixée antérieurement par la loi (acte du Roi et du Parlement) ou conformément aux conditions prévues par elle, etc.  
...

### 3. Remarques finales

Pour conclure cette discussion, nécessairement longue, de certains des aspects du projet de Constitution de la Fédération de Russie sous l'angle des conditions du marché, il convient d'attirer encore l'attention sur un autre domaine de législation dont l'importance est capitale en matière d'économie et d'activités de marché: la législation monétaire et fiscale. Dans quelle mesure une Constitution devrait-elle inclure des normes - institutionnelles et procédurales - commandant la réglementation en ce domaine?

Pour ce qui est du projet de Constitution de la Fédération de Russie, l'article 76 par. 1 g) semblerait poser la règle essentielle en l'espèce (voir aussi article 85 i)): c'est le pouvoir législatif de l'Etat qui est compétent en ce domaine.

Dans la Constitution néerlandaise, la réglementation en matière monétaire et fiscale relève également du pouvoir législatif de l'Etat aux termes des articles 104 à 106.

Le développement du droit contractuel lors du passage vers l'économie de marché - Rapport du Professeur B.I. POUGOUINSKY

Université d'Etat de Moscou

Le passage à une économie régie par le marché présuppose des modifications importantes et de grande envergure dans l'application du système des contrats.

Avec le rejet de la réglementation administrative planifiée de la vie économique, l'organisation des relations en matière de biens est pour l'essentiel en train d'être transférée aux contrats, qui assurent actuellement la création d'entités (entreprises et entrepreneurs) sur un plan horizontal. Nous assistons à la création progressive des institutions d'un marché de gros (échanges de biens, foires de gros, système d'achat contractuel), où les contrats sont un moyen de réaliser l'équilibre de l'économie nationale. Mais surtout, des forces concurrentielles font leur apparition dans le domaine des relations contractuelles et entraînent l'économie vers une réduction des coûts de production, un accroissement de la productivité, l'exploitation des novations scientifiques et technologiques et une réaction rapide à la demande du consommateur.

Les contrats définissent les principaux paramètres pour les transactions entre les agents économiques (volume et gamme des biens et des services, indicateurs qualitatifs, dates de livraison, expédition et mode de paiement), et les conditions contractuelles commencent d'avoir une incidence croissante sur la production et la circulation.

Si les contrats sont appelés à devenir la pierre angulaire de la réglementation économique, il faudra renforcer la situation actuelle par la voie de dispositions constitutionnelles, tout comme le caractère planifié de l'économie socialiste a été proclamé dans le passé. En d'autres termes, les organes de l'Etat et des communes devront veiller au développement et à l'intensification de liens contractuels et il faudra orienter la société vers une utilisation de leur potentiel pour l'organisation de l'activité économique.

En introduisant dans le droit constitutionnel des dispositions relatives au rôle des contrats, on créerait les bases d'un développement plus poussé de la législation civile et commerciale. Actuellement, un problème grave continue d'être posé par le seul nombre des textes de lois (plus de 31.000) qui régissent la circulation des biens, outre une foule d'instructions et de règlements administratifs. Cette législation est dans un état d'incohérence chaotique et présente de très nombreuses lacunes et contradictions. Ces insuffisances empêchent que les possibilités offertes par le droit contractuel soient pleinement utilisées dans la création d'un marché.

Le renforcement des liens avec la communauté internationale est subordonné à la mise en oeuvre d'efforts intensifs pour mieux aligner la législation russe sur les règles et pratiques, généralement admises, qui régissent les relations contractuelles. Les accords internationaux et interétatiques sont en voie de l'emporter sur la législation nationale - d'où la nécessité de revoir activement les normes du droit contractuel en vue de leur harmonisation et mise en concordance avec celles du droit civil et commercial des pays occidentaux.

Ces problèmes ne seront résolus que si une coopération permanente est instaurée entre les théoriciens du droit, occidentaux et russes, dans le cadre de séminaires et d'échanges techniques ainsi que de programmes communs pour l'élaboration de textes de lois fondamentaux comme, par exemple, un code de droit commercial, une réglementation des transports, des lois sur les transactions financières, le règlement judiciaire et ainsi de suite.

### **c. LA LIBERTE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE**

Résumé de la discussion

Principes de base concernant l'activité économique qui devrait figurer dans la Constitution



On a fait remarquer que la constitution ne pouvait pas donner les grandes lignes de l'ordre économique souhaité mais qu'elle devrait contenir certains principes fondamentaux:

- le droit à la propriété privée;
- la liberté contractuelle;
- la liberté d'association, y compris la liberté de constituer des associations et des sociétés;
- la liberté de circulation;
- le libre accès aux tribunaux et le droit à un procès en audience publique;
- l'égalité de tous les justiciables dans une économie de marché;
- le territoire de l'Etat en tant qu'espace économique unique.

#### Les dispositions relatives à la réglementation par l'Etat

Les principales dispositions relatives à la réglementation de l'économie par l'Etat figurent à l'article 9 du projet de Constitution. Les participants se réjouissent de ses paragraphes 1 et 3 qui précisent que le modèle économique souhaité n'est ni un marché complètement libre s'inspirant des principes du laisser-faire ni une économie planifiée au niveau central mais une économie de marché sociale dans laquelle les forces concurrentielles sont les moteurs de la croissance tout en étant bridées par un cadre juridique. Le paragraphe 2 de l'article 9 ("l'Etat règle la vie économique [du pays] dans l'intérêt de l'homme et de la société") pourrait ouvrir trop largement la porte à l'intervention de l'Etat et faire l'objet d'abus. Etant donné que les paragraphes 1 et 3 semblent suffisants, le paragraphe 2 pourrait être supprimé. Il faudrait au moins ajouter le principe de la légalité comme fondement de l'intervention de l'Etat.

Le paragraphe 2 de l'article 8 attribue un trop grand rôle à l'Etat. Dans ce domaine, on ne saurait négliger le rôle important que doivent jouer les négociations libres et collectives des syndicats et des employeurs.

Un autre point très important réside dans la limitation du pouvoir discrétionnaire et du rôle normatif de l'Administration. Les services administratifs ne devraient pouvoir édicter des normes que si et dans la mesure où ils y sont expressément habilités par la loi. L'article 98 paragraphe 4 du projet de Constitution ne semble pas suffisant à cet égard.

## **QUATRIEME SEANCE DE TRAVAIL**

Présidée par M. Alexandre DJEROV

**Le rôle de la Cour constitutionnelle dans le domaine économique**

Université de Hambourg

## PREMIERE PARTIE

Les constitutions des Etats socialistes d'Europe de l'Est et du Sud-Est n'avaient pas pour seul dessein de réglementer "l'Etat" (c'est-à-dire les organismes gérés par l'Etat, les droits fondamentaux), mais également la "société" ; c'était là l'une des particularités juridiques de ces pays. Elle n'avait toutefois qu'une portée très relative en raison du contrôle centralisé exercé par le parti communiste. Dès le départ, l'économie, définie par la propriété collective des moyens de production et la planification étatique centralisée, a constitué une partie naturelle de l'ordre constitutionnel, une partie à laquelle tous les Etats communistes ont consacré un chapitre distinct au sein des principes fondamentaux. De leur côté, les Etats qui empruntent à la tradition constitutionnelle libérale et démocratique se sont généralement confinés à n'inclure que certains aspects économiques dans le cadre des garanties des droits fondamentaux, telle que la garantie de la propriété ou l'obligation de faire un usage de la propriété conforme à l'intérêt de la société. Néanmoins, on constate depuis peu que les pays occidentaux ont de plus en plus tendance à faire mention dans leurs constitutions étatiques de systèmes économiques et sociaux (cf les cas de l'Espagne et du Portugal).

Après le déclin des gouvernements socialistes, les Etats d'Europe de l'Est et du Sud-Est sont maintenant sur le point de rédiger de nouvelles constitutions. Ils sont notamment confrontés à la question de savoir s'il convient ou non d'adopter des règles applicables à leur futur système économique et, dans l'affirmative, de définir l'étendue de ces règles. Deux voies distinctes ont été empruntées :

La première consiste en l'adoption d'un système économique donné,

la seconde consiste à n'inclure qu'un nombre limité de réglementations dans le domaine économique.

La Hongrie a opté pour la première de ces solutions. L'article 9 de sa constitution (dans sa version du 19/06/1990) déclare :

"L'économie de la Hongrie est une économie de marché, dans laquelle la propriété publique et privée jouissent d'un même statut et d'une même protection. La république de Hongrie reconnaît et encourage le droit de faire des affaires et la liberté du commerce."

La constitution de la Roumanie du 21/01/1991 s'est fait le reflet de la seconde de ces conceptions. La Bulgarie a choisi une voie intermédiaire : sa constitution du 12/07/1991 contient de nombreuses réglementations en matière économique qui confèrent à l'Etat un très large pouvoir d'intervention. Ces considérations valent également pour la situation dans laquelle se trouve le droit constitutionnel russe. Il est probable que la nouvelle constitution de la Fédération de Russie sera proche du modèle hongrois. En tout cas, l'article 9 du projet de constitution déclare :

"L'économie de marché sociale, marquée par la liberté d'activité économique et de travail, l'initiative privée, la diversité et l'égalité des formes de propriété ainsi que leur protection juridique, la concurrence loyale et le bien public, constitue la base de l'économie de la Fédération de Russie. L'Etat réglemente la vie économique dans l'intérêt des individus et de la société. Les relations économiques sont fondées sur le partenariat social entre l'individu et l'Etat, l'employé et l'employeur, le producteur et le consommateur."

## DEUXIEME PARTIE

Après la deuxième guerre mondiale, la partie libre de l'Allemagne a emprunté la première de ces voies. La Loi fondamentale (Grundgesetz) de 1949 ne fait pas mention expresse d'un système économique donné. Cependant, il est de coutume bien établie en République fédérale d'Allemagne de parler d'une "constitution économique", bien que ce terme n'apparaisse pas dans le Loi fondamentale. En fait, dès les années 1950, il a été affirmé que cette dernière garantissait - ne serait-ce qu'indirectement - le système d'économie de marché, ou qu'elle était pour le moins orientée vers ce type d'économie.

La Cour constitutionnelle fédérale a dû très rapidement prendre position sur ce point à l'occasion d'un recours en inconstitutionnalité introduit contre la loi sur l'aide à l'investissement de 1952. Cette loi faisait obligation à l'ensemble du secteur économique de la République fédérale de verser un milliard de deutschmarks à un fonds destiné à soutenir l'industrie charbonnière, la production d'acier et la production énergétique. A l'époque, la Cour a rejeté le recours introduit par les adversaires de la loi qui allégaient que la Loi fondamentale était orientée vers une "économie de marché sociale". Elle a estimé au contraire que la Loi fondamentale n'était tournée vers aucun système économique particulier. Selon la Cour, le gouvernement et le législateur peuvent suivre toute politique économique qu'ils considèrent adéquate, sous réserve de respecter les limites posées par la constitution. Comme la Cour l'a déclaré :

"Le système économique et social actuel est de toute évidence conforme à la Loi fondamentale, mais il n'est en aucun cas le seul possible. Il repose sur des décisions de politique économique et sociale qui relèvent de la responsabilité du législateur et il peut être remplacé ou renversé par d'autres décisions. De ce fait, il n'est pas pertinent, du point de vue du droit constitutionnel, de savoir si la loi sur l'aide à l'investissement est ou non conforme au système économique et social existant et si les moyens de contrôler l'économie sont ou non conformes au marché." (BVerfGE 4, 7/15/18).

Par conséquent, c'est au regard des seules réglementations posées par la Loi fondamentale que pourra être apprécié le caractère constitutionnel de l'intervention de l'Etat en matière économique.

Les partisans de la théorie selon laquelle une économie de type social ou libéral - en tout cas, une économie de marché - est conforme à la nature de la Loi fondamentale s'appuient tout particulièrement sur les droits fondamentaux suivants :

1) L'article 2, alinéa 1 de la Loi fondamentale, qui garantit le libre épanouissement de la personnalité. D'un point de vue économique, cet article protège la liberté contractuelle, la liberté de consommation et la liberté d'entreprise.

2) L'article 12, alinéa 1, qui garantit la liberté de choisir et d'exercer une profession et recouvre aussi la liberté de commerce, c'est-à-dire, le droit d'établir librement une entreprise commerciale selon les termes fixés par la loi, de même que le droit de travailler en tant que chef d'entreprise, c'est-à-dire le droit de créer et gérer sa propre entreprise.

3) L'article 14, alinéa 1, qui garantit à la fois la propriété foncière et la propriété des moyens de production. La garantie du droit de propriété porte notamment sur les éléments d'actif des entreprises fondées et gérées par des particuliers. La protection offerte par l'article 14 alinéa 1 s'étend ici aux terrains et locaux commerciaux, aux machines, inventaires, marchandises, fournitures et créances d'une entreprise face à ses partenaires commerciaux. En outre, sont également protégés les éléments d'actif immatériels d'une entreprise, tel que sa bonne réputation et les relations qu'elle a établies avec d'autres entreprises et ses clients réguliers.

4) L'article 9, alinéa 1 qui garantit la liberté d'association, en d'autres termes, la liberté de s'associer avec d'autres entreprises pour motifs économiques, par exemple, l'établissement et le fonctionnement (ou la dissolution) d'une coopérative ou d'une société par actions.

5) La liberté d'association établie à l'article 9, alinéa 3, qui garantit aux citoyens le droit de s'organiser en syndicats pour défendre ou améliorer les conditions de travail et les conditions économiques. Les syndicats ouvriers et patronaux en sont des illustrations. La constitution accorde aux citoyens le droit de déterminer les conditions de rémunération et d'embauche de façon indépendante, c'est-à-dire sans intervention de l'Etat, par des négociations collectives. Il s'agit là de permettre aux citoyens de définir les conditions sociales et économiques.

Les cinq droits fondamentaux énumérés ci-dessus confèrent clairement aux citoyens la faculté d'influencer et modeler la vie économique dans une mesure non négligeable. La Loi fondamentale contient toutefois un certain nombre de règles qui accordent au législateur étatique le pouvoir d'intervenir dans la vie économique de façon très poussée et de réduire d'autant la liberté économique des individus. A cet égard, quatre dispositions juridiques méritent mention :

1) La Loi fondamentale déclare expressément son attachement à "l'Etat social" (article 20, alinéa 1 et article 28, alinéa 1) (soit dit incidemment, l'article 1 de la constitution roumaine et l'article 1 du projet de constitution de la Fédération russe ont également repris cette déclaration). Selon la Cour constitutionnelle fédérale, en vertu du principe de l'Etat providence, le parlement et le gouvernement ont la faculté de définir constamment la forme tant de la société, que de l'économie, grâce aux mesures sociales, quoique la redistribution, la direction et la planification soient à cet égard d'une importance comparable.

2) A l'instar de la constitution actuelle de la Fédération russe, la Loi fondamentale dresse une liste des domaines dans lesquels le gouvernement fédéral est habilité à prendre le pas sur les Länder en matière législative. Cette liste comprend l'ensemble du droit commercial. La Cour constitutionnelle fédérale interprète le fait que certains domaines du droit commercial soient spécifiquement mentionnés dans la Loi fondamentale comme une reconnaissance indirecte de la faculté de l'Etat de réglementer, par exemple, les secteurs économiques énumérés à l'article 75 N°11 de la Loi fondamentale, à savoir les mines, l'industrie, le secteur de l'énergie, l'artisanat, les professions industrielles et commerciales, le secteur bancaire et la bourse, ainsi que le secteur privé de l'assurance. Parmi les autres domaines mentionnés figurent l'exploitation forestière, l'agriculture et la pêche (article 74, N°17), ainsi que le secteur de la santé (article 74, N°19). Le législateur peut y limiter la liberté d'entreprise des citoyens. C'est la Loi fondamentale qui a fixé les conditions légales d'une telle intervention car la liberté de choisir sa profession et la garantie de la propriété sont précisément des droits qui échappent largement au pouvoir de

réglementation du législateur. L'article 14, alinéa 2 de la Loi fondamentale déclare à cet égard : "Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité."

Le législateur a largement traduit en termes concrets cette vocation sociale de la propriété privée, dans l'intérêt du public. De plus, la possibilité d'exproprier les propriétaires privés pour motif d'intérêt général a été prévue (article 14, alinéa 3).

Toutefois, l'argument le plus solide qu'a avancé - et avance toujours - la Cour constitutionnelle fédérale à l'appui de sa théorie selon laquelle la Loi fondamentale peut être librement interprétée en matière de politique économique est tiré de l'article 15 qui autorise la "socialisation". Il stipule :

"Le sol, les ressources naturelles et les moyens de production peuvent être placés, aux fins de socialisation, sous un régime de propriété collective ou d'autres formes de gestion collective par une loi qui fixe le mode et le montant de l'indemnisation."

Le législateur n'a jamais fait usage de cette faculté, pas plus qu'il n'est sérieusement susceptible de le faire à l'avenir. Cette disposition n'en est pas moins importante puisqu'on peut en déduire que l'Etat, aux fins du processus de socialisation, est habilité à mettre en oeuvre un système économique radicalement différent de l'économie de marché de type social. D'un point de vue constitutionnel, l'article 15 laisse ouverte cette possibilité.

Ainsi, on peut constater que la Cour constitutionnelle fédérale accorde en principe au gouvernement et au parlement une considérable marge de manoeuvre dans le domaine économique.

### **TROISIEME PARTIE**

Dans le vaste contexte de la politique économique, le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale s'est jusqu'à présent effectivement limité à l'examen des recours en inconstitutionnalité introduits par des entrepreneurs, des syndicats, des commerçants et autres particuliers. La Cour apprécie dans quelle mesure les dispositions prises par l'Etat au détriment des agents économiques sont compatibles ou non avec les droits fondamentaux et autres normes constitutionnelles. De façon assez évidente, cette juridiction s'appuie particulièrement sur les dispositions de la Loi fondamentale qui accordent aux citoyens une protection, plus précisément la liberté de choisir sa profession (art. 12, alinéa 1) et la garantie de la propriété privée (art. 14, alinéa 1). Le débat tourne essentiellement autour de deux points, à savoir (a) la mesure dans laquelle les interventions de l'Etat dans la vie économique remplissent les conditions formelles découlant de la définition constitutionnelle du rôle de l'Etat et (b) la question de savoir si les droits fondamentaux des agents économiques concernés ne sont pas trop gravement restreints. Des limitations aux droits fondamentaux de nature économique peuvent bien entendu être justifiées par des raisons sociales ou d'autres motifs d'intérêt général et apparaître de ce fait légitimes. Il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent enfreindre matériellement la Loi fondamentale de deux façons. Tout d'abord, le droit fondamental ne peut être restreint que dans la mesure où cela est nécessaire pour atteindre le but des dispositions prises par l'Etat. C'est ce en quoi consiste le "principe de proportionnalité". Ensuite, les mesures adoptées par l'Etat ne peuvent pas porter atteinte à la substance même d'un droit fondamental (art. 19, alinéa 2).

Le principe de proportionnalité est depuis longtemps l'instrument le plus important qu'utilise la Cour constitutionnelle fédérale pour apprécier la constitutionnalité des interventions étatiques

dans le domaine économique. C'est ce qu'illustre la section suivante, en s'appuyant sur quelques exemples typiques et marquants.

## QUATRIEME PARTIE

Dans la première partie de cette section, je souhaiterais attirer l'attention du lecteur sur plusieurs arrêts fondamentaux rendus par la Cour constitutionnelle fédérale concernant la liberté de choisir sa profession.

1) L'arrêt dit "de pharmacie" rendu en 1958 (BVerfGE 7, 377 et s.) sur recours en inconstitutionnalité est de toute première importance. Le requérant, un pharmacien diplômé, souhaitait ouvrir une pharmacie dans une petite ville de Bavière. Selon la législation bavaroise en la matière, il lui fallait d'abord obtenir une licence de l'Etat, laquelle ne lui serait délivrée qu'après que l'Etat se serait assuré que la pharmacie ne fonctionnerait pas à perte ou qu'elle ne menacerait pas les intérêts des autres officines existant déjà dans cette ville. Les autorités ont refusé de délivrer la licence au motif que l'unique pharmacie de cette ville suffisait à couvrir les besoins de ses 6000 habitants. Elles alléguaient qu'il n'y avait pas de place pour une deuxième pharmacie dans cette ville, une officine ne pouvant faire de bénéfices qu'avec une clientèle minimale de 7000 personnes. La Cour constitutionnelle fédérale a estimé que la réglementation bavaroise relative à l'accès à la profession de pharmacien était incompatible avec la liberté de choisir sa profession, déclarant que le refus des autorités de délivrer la licence entravait la liberté du pharmacien de choisir sa profession. Il est apparu que le choix d'une profession pouvait être contrarié en empêchant l'accès à ladite profession soit de façon subjective, soit de façon objective. L'un des moyens d'empêcher subjectivement un tel accès est la qualification professionnelle, dont l'acquisition est attestée par des diplômes. En l'occurrence, le pharmacien était titulaire du certificat nécessaire à l'exercice de sa profession et remplissait de ce fait la condition subjective posée par l'Etat. Toutefois, en raison d'un obstacle objectif, il n'avait pas obtenu gain de cause. En application de la disposition de la loi relative aux officines pharmaceutiques établissant le nombre minimum d'habitants du lieu d'exercice d'un pharmacien, l'ouverture d'une nouvelle pharmacie apparaissait inutile. Le requérant n'avait aucune influence sur ce facteur.

La Cour constitutionnelle fédérale est parvenue à la conclusion que le choix de la profession était au coeur même du droit fondamental qu'est la liberté professionnelle. A ce titre, il devait jouir de la protection la plus complète. Une intervention au moyen d'obstacles objectifs ne se justifiait que dans la mesure où l'intérêt général apparaissait menacé. Tout en estimant que la sauvegarde du service de santé publique pouvait constituer un motif d'intérêt public, la Cour a rejeté, dans l'affaire du pharmacien, l'idée selon laquelle la santé de la population de la ville serait sérieusement mise en danger par la délivrance d'une licence supplémentaire. La législation bavaroise contestée relative à la profession de pharmacien offrait aux pharmaciens établis une protection de facto contre la concurrence potentielle. S'il a assuré une libre concurrence effective entre pharmacies, l'arrêt de la Cour a également eu des retombées considérables dans d'autres secteurs économiques.

2) En 1961, la Cour constitutionnelle fédérale s'est prononcée sur la constitutionnalité d'une condition subjective posée à l'accès à certaines professions par la loi sur l'artisanat (BVerfGE 13, 97 et s.).

L'article 1 de la loi allemande sur l'artisanat réserve la possibilité d'ouvrir une entreprise privée d'artisanat aux personnes ayant réussi un examen de maître-artisan organisé par un organisme

public et dont les noms figurent au Registre des artisans. Dans l'affaire susmentionnée, la question qui se posait était celle de savoir si l'obligation de prouver cette qualification violait ou non le droit de choisir librement sa profession. La Cour constitutionnelle fédérale a répondu par la négative. Après avoir reconnu qu'un obstacle subjectif existait, entravant le libre choix d'une profession, la Cour a constaté que les citoyens pouvaient en principe, par leurs efforts personnels, surmonter cet obstacle posé à l'accès à la profession de leur choix. Toutefois, un obstacle subjectif ne pouvait se justifier que par de sérieux motifs d'intérêt général. Selon la Cour constitutionnelle fédérale, le législateur avait uniformisé les examens de maîtres-artisans afin de préserver la qualité de travail traditionnellement élevée de ces professions et de maintenir l'efficacité économique de ces entreprises de taille moyenne. De plus, l'examen de maître-artisan avait pour objet de protéger la prochaine génération d'artisans dans l'ensemble du secteur commercial et industriel. La Cour constitutionnelle fédérale a considéré que ces objectifs de politique économique fixés par le législateur étaient "d'importantes valeurs pour la communauté" et a conséquemment déclaré constitutionnelles les restrictions subjectives dont était entouré l'accès à la profession d'artisan.

En revanche, dans une affaire de 1965, la Cour constitutionnelle fédérale a levé une réglementation subjective relative aux qualifications instituée par la loi sur le commerce de détail, la déclarant contraire au droit de choisir librement sa profession. Aux termes de la loi en question, seules les personnes pouvant prouver qu'elles avaient "les connaissances techniques requises" pouvaient se voir confier la gestion d'une entreprise de détail (BVerfGE 19, 330 et s.). La décision de la Cour constitutionnelle fédérale en la matière s'est fondée sur le fait que les commerçants de détail n'avaient pas besoin de posséder une connaissance particulière des marchandises vendues, dans la mesure où, dans le domaine commercial, et contrairement à ce qui se passe pour les professions artisanales, la fabrication et l'exécution n'étaient pas d'une importance cruciale. Selon la Cour constitutionnelle fédérale, acheter et vendre des marchandises ne requérait que peu de qualifications.

3) La plupart des affaires portées devant la Cour constitutionnelle fédérale concernant la compatibilité avec le droit fondamental de choisir sa profession ne mettaient, ni ne mettent, en cause des réglementations touchant au choix même d'une profession. Elles portent plutôt sur des réglementations relatives à l'exercice d'une profession. Il s'agit par conséquent de la manière dont une profession est exercée et selon la Cour constitutionnelle fédérale, la question qui se pose n'est pas celle de la réglementation interne de la liberté de choisir sa profession, mais plutôt celle de la considération de facteurs extérieurs. Les réglementations prévues par le législateur étatique sont justifiées si elles sont dictées par une "prise en compte raisonnable de l'intérêt général".

L'affaire suivante est intéressante à cet égard. En 1965, a été adoptée une loi fédérale particulière, faisant obligation notamment aux compagnies pétrolières privées de stocker une certaine quantité de pétrole (BVerfGE 30, 292 et s.). Cette mesure avait pour but d'assurer à la République fédérale d'Allemagne des réserves de pétrole suffisantes pour faire face à une interruption momentanée de l'approvisionnement, évitant ainsi l'effondrement des infrastructures de la République. L'obligation de constituer des réserves de pétrole était un fardeau économique pour les entreprises, mais la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que cette disposition légale réglementait le droit d'exercer sa profession et que l'objectif poursuivi était raisonnable et dans l'intérêt du public. Selon elle, la loi n'imposait pas aux compagnies pétrolières de charges excessives. De ce fait, la Cour a rejeté les prétentions des compagnies pétrolières qui réclamaient à l'Etat le remboursement des coûts de stockage.

Une autre disposition typique du droit d'exercer sa profession est la loi sur les horaires des commerces, qui oblige les entreprises de détail à fermer à une certaine heure le soir (BVerfGE

13, 237 et s.). Aux yeux de la Cour constitutionnelle fédérale, la loi sur les horaires des commerces se trouve justifiée dans la mesure où elle assure des temps libres aux employés, protégeant ainsi leurs intérêts, de même qu'elle garantit des conditions de concurrence équitables entre entreprises.

## CINQUIEME PARTIE

Dans cette section, plusieurs affaires fondamentales relatives à la garantie de la propriété vont être présentées. La théorie de la garantie de la propriété en droit constitutionnel est l'un des points les plus ardues de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale en matière économique. Trois problèmes sont au coeur du débat:

1) Dans quelle mesure la propriété est-elle protégée ? Quels droits et intérêts juridiques sont couverts par cette garantie ?

2) Qu'entend-on par obligations du propriétaire envers la société ? Dans quelle mesure un propriétaire est-il obligé vis-à-vis de la communauté ? Jusqu'où va sa responsabilité envers cette dernière ? Les obligations des propriétaires vis-à-vis de la communauté sont-elles déjà incluses dans le droit de propriété ou ne sont-elles constituées que par les restrictions extérieures que le législateur oppose au propriétaire pour des motifs économiques, sociaux ou liés à l'environnement ?

3) En quoi obligations du propriétaire envers la communauté et expropriation sont-elles liées? Une imposition excessive d'obligations constitue-t-elle une "expropriation" pour laquelle le propriétaire est en droit d'exiger une indemnisation, ou bien une violation de la garantie de la propriété ne permettant au propriétaire que de demander à être dégagé desdites obligations? De toute évidence, les réponses de la Cour constitutionnelle fédérale à ces questions revêtent la plus haute importance pour les entreprises et, en fait, pour l'ensemble du système économique.

Malgré quelques dissensions doctrinales, les réponses fournies par la Cour constitutionnelle fédérale en la matière ont été claires :

1) La Cour a donné une définition de principe très large de la portée de la protection accordée à la propriété. Pour savoir si un bien pouvait constituer une propriété au sens constitutionnel du terme, il fallait qu'il puisse, au moins en partie, être attribué aux efforts personnels des citoyens : tel était le critère décisif en la matière. La Cour constitutionnelle fédérale a ainsi considéré que le droit à la sécurité sociale était protégé au titre du droit à la propriété.

Les commerçants ne peuvent pas, toutefois, compter sur le maintien de conditions locales qui leur sont favorables. Tel serait le cas hypothétique d'un propriétaire d'une station-service située sur une route très fréquentée. Si le conseil municipal venait à modifier sa politique de trafic routier et à diriger la circulation vers d'autres axes, entraînant de ce fait une baisse du chiffre d'affaires de la station-service, le propriétaire de cette dernière serait bientôt menacé de faillite. Pour autant, l'Etat ne se serait pas ingéré dans ses affaires. Les chances de faire des affaires dans cette station seraient effectivement sérieusement réduites. Cependant, aux yeux de la Cour constitutionnelle fédérale, "la clientèle potentielle" ne tomberait pas sous le coup de la protection de la propriété, dans la mesure où elle n'est pas liée aux efforts personnels de gestion du citoyen.

2) Selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle fédérale, les obligations sociales issues de la propriété privée sont inhérentes à la notion même de propriété privée, qui se traduit en droits et



obligations. La Cour en est arrivée à cette conclusion, se fondant particulièrement sur l'article 14 de la Loi fondamentale, qui stipule que l'usage de la propriété devrait également servir le bien public, en d'autres termes la société, ou plus exactement les besoins de la communauté. Ainsi, droits et obligations du propriétaire sont indivisibles.

3) Les obligations sociales faisant partie de la garantie de la propriété, la Cour constitutionnelle fédérale établit une distinction fondamentale et nette entre obligations sociales issues de la propriété et expropriation. En effet, l'expropriation revient à un retrait de la propriété et à un transfert de droits à une autre entité juridique, en général l'Etat, moyennant indemnisation.

Les exemples suivants illustrent les conséquences de la notion de propriété adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale, ou plus exactement, de son interprétation de l'article 14 de la Loi fondamentale.

1) Une loi fédérale a été adoptée en 1976, qui a considérablement étendu les pouvoirs de co-décision des employés dans les entreprises de plus de 6000 personnes (telles que sociétés par actions et sociétés à responsabilité limitée). Il s'agissait d'augmenter le nombre de représentants des employés au conseil d'administration pour le porter à plus de la moitié du nombre total des membres. Le travail et le capital devaient jouir d'une "représentation égale". Les actionnaires des entreprises concernées ont introduit un recours en inconstitutionnalité devant la Cour constitutionnelle fédérale. Selon eux, la loi était inconstitutionnelle parce que les actionnaires ne pouvaient plus prendre seuls les décisions sur les opérations à mener. La Cour constitutionnelle fédérale a toutefois rejeté ce recours, considérant que le législateur n'avait pas violé la constitution (BVerfGE 50, 290 et s.).

La Cour a tout d'abord confirmé que les actions d'une société par actions vendant des titres sont protégées au titre de l'art. 14 de la Loi fondamentale. Le droit en question est un droit de propriété soumis au droit commercial, c'est-à-dire que l'actionnaire ne peut exercer d'influence sur la gestion de la société que par le biais de son droit d'actionnaire.

La Cour constitutionnelle fédérale a ensuite estimé que la loi sur les pouvoirs de co-décision adoptée en 1976 ne violait pas les droits des actionnaires au profit des employés. Elle a justifié sa décision au motif qu'en droit, les propriétaires du capital (les actionnaires) formaient en fait une majorité par rapport aux représentants des employés. Elle a avancé les explications suivantes :

1) Les représentants des cadres de direction doivent être comptés comme représentants des employés alors qu'ils sont en fait du côté des détenteurs du capital.

2) Ce sont les actionnaires qui élisent le président du conseil d'administration au deuxième tour de scrutin si le capital et le travail ne sont pas parvenus à un consensus lors du premier tour.

3) En cas de partage, le président du conseil d'administration qui, du fait de sa fonction, est plus proche des actionnaires que des représentants des employés, a une voix prépondérante.

L'amélioration des droits des employés, ces derniers étant placés pratiquement sur un pied d'égalité par rapport aux propriétaires des entreprises, a été justifiée par la Cour constitutionnelle fédérale en tant qu'obligation sociale liée à la propriété, telle que prévue par la Loi fondamentale. A cet égard, la Cour a établi la règle générale suivante concernant la mesure dans laquelle le législateur peut accentuer la responsabilité des propriétaires privés vis-à-vis de la communauté (BVerfGE 1/32) :

"Le principe posé par la constitution selon lequel il doit être fait un usage de la propriété privée qui soit dans l'intérêt public suppose la nécessité de prendre en compte les besoins des citoyens qui sont amenés à faire usage de la propriété en question. La portée des obligations que fait peser la constitution sur le propriétaire, et que doit mettre en oeuvre le législateur, dépend du fait de savoir si oui ou non, et dans quelle mesure, la propriété en question est d'utilité sociale et remplit une fonction sociale. Plus un individu dépend de l'usage de la propriété d'autrui, plus grande est la faculté d'intervention du législateur. La marge de manoeuvre est réduite quand tel n'est pas le cas ou quand cela ne l'est que dans une faible mesure. L'art. 14 alinéa 2 de la Loi fondamentale ne justifie pas une limitation excessive des pouvoirs dérivés du droit civil quand cette restriction ne correspond pas aux besoins de la communauté."

"L'importance sociale" et la "fonction sociale" de la propriété privée sont de toute évidence considérables dans le cas d'une grande entreprise - sous forme de société par actions - dans laquelle la propriété est largement anonyme et la production fondée sur une division très poussée du travail. Cela explique pourquoi le législateur était en droit de restreindre considérablement les pouvoirs des actionnaires.

A l'inverse, la Cour constitutionnelle fédérale a également souligné que des droits de l'homme se trouvaient au coeur du droit à la propriété privée (BVerfGE 50, 290/339) :

"D'un point de vue aussi bien historique que contemporain, la garantie de la propriété en tant que droit fondamental élémentaire doit être appréhendée dans le contexte strict de la liberté personnelle. Au sein des droits fondamentaux, la garantie de la propriété a pour dessein d'assurer au titulaire de ce droit fondamental une marge de manoeuvre dans des affaires touchant à la distribution des richesses. Par conséquent, la garantie de la propriété tend à permettre au titulaire de ce droit de structurer sa vie de façon autonome."

La conclusion à en tirer est que les obligations sociales pesant sur un petit artisan ou une personne travaillant à son compte sont bien plus restreintes que celles pesant sur une grosse entreprise employant un grand nombre de personnes. Plus l'entreprise est petite, plus son propriétaire sera libre de déterminer les activités de sa vie.

2) La propriété foncière est d'une importance capitale pour l'économie. Dans de nombreuses affaires, la Cour constitutionnelle fédérale a été amenée à déterminer dans quelle mesure des obligations sociales existaient en matière de propriété foncière. Très tôt, elle a formulé les remarques fondamentales suivantes (BVerfGE 21, 73/82 et s.):

"Le fait que le sol est un bien indispensable et qui ne se reproduit pas interdit que son usage soit laissé à l'interaction imprévisible des forces aveugles et de la discrétion des individus. Un système juridique et un ordre social justes exigent que les intérêts de la communauté en matière foncière soient pris en compte de manière bien plus scrupuleuse que dans le cas d'autres formes de richesses."

Les conséquences d'une telle approche deviennent particulièrement claires dans l'affaire suivante, portée devant le Bundesgerichtshof, c'est-à-dire la Cour suprême de la République fédérale d'Allemagne (BVerfGE 58, 300).

Le requérant était propriétaire d'un grand terrain duquel il extrayait du gravier qui se trouvait à proximité des eaux de surface. Selon la loi sur les eaux intérieures de la République fédérale, il devait obtenir une licence de l'Etat pour avoir le droit d'utiliser ces eaux. Cette loi ne prévoyait pas en revanche que le propriétaire d'un terrain puisse exiger une indemnisation en cas de refus

des autorités de lui délivrer la licence en question. En pratique, ce refus aboutissait à une interdiction d'utiliser les eaux de surface. Il était toutefois loisible à l'Etat de faire des exceptions dans certains cas.

La Cour constitutionnelle fédérale a décidé dans cette affaire que la propriété foncière n'emportait pas automatiquement le droit d'utiliser les eaux de surface. C'est au législateur qu'il revient, a-t-elle estimé, de réglementer l'ensemble des questions liées à ces eaux. La Cour n'a pas considéré qu'avait eu lieu une expropriation donnant droit à indemnisation, mais plutôt que l'expropriation était le résultat du principe selon lequel l'obligation sociale inhérente à la propriété primait sur l'intérêt du propriétaire.

3) De plus, la Cour constitutionnelle fédérale a décidé que les lois instituant des prélèvements à la charge des particuliers et des entités économiques ne devaient pas être examinées sur le terrain de la garantie de la propriété. La Cour a expliqué son point de vue en affirmant que les impôts ne grevaient pas un type de propriété privée donné, mais plutôt l'ensemble du capital des citoyens. Or le capital en tant que tel ne serait pas couvert par la garantie de la propriété privée. Ce n'est que quand les impôts ont un effet de "confiscation" ou "d'étranglement" qu'ils altèrent la situation du propriétaire et, de fait, la menacent. A ce jour, cela ne s'est pas produit et il est peu probable que cela ne se produise à l'avenir. Cette position de la Cour constitutionnelle fédérale en faveur des impositions est largement rejetée par la doctrine de droit constitutionnel.

4) Lors des dernières décennies, l'Etat a institué un nombre croissant de prélèvements frappant des secteurs de l'économie, qui ne sont pas conçus comme de véritables impôts, mais dont le législateur se sert pour poursuivre certains objectifs économiques et sociaux.

Les "taxes de péréquation", puisque tel est leur nom, en font partie. Elles sont appliquées à un type particulier d'entreprises ou à certains groupements commerciaux dans le but de répartir de façon égale les coûts et les recettes, de modifier les conditions du marché en faveur des fabricants et des consommateurs et de corriger tout déséquilibre dans le secteur.

Dans l'affaire suivante de 1990, la Cour constitutionnelle fédérale a de nouveau conclu à la constitutionnalité d'une telle taxe (BVerfGE 82, 159 et s.) :

Par une loi, le gouvernement fédéral avait créé un fonds central, dont les ressources étaient destinées à améliorer l'écoulement des marchandises produites par l'agriculture, l'industrie agro-alimentaire et l'exploitation forestière allemandes. Le but de politique générale poursuivi par cette loi était de renforcer ces secteurs de l'économie allemande sur le marché de la communauté européenne.

Le fonds était financé par les contributions des entreprises de ces secteurs. A titre d'exemple, les minoteries devaient verser au fonds environ 1 DM par tonne de farine à pain moulue. La Cour constitutionnelle fédérale a estimé qu'un tel prélèvement ne constituait pas un "impôt" au sens de la Loi fondamentale, les impôts étant uniquement les contributions versées par le citoyen à l'Etat sans contrepartie précise. La caractéristique de la taxe de péréquation était au contraire que les capitaux rassemblés par le fonds revenaient aux entreprises sous forme de subventions financières.

La Cour constitutionnelle fédérale a déclaré que le prélèvement spécial destiné à alimenter le fonds était constitutionnel dans son principe et a énuméré quatre critères en la matière :

1) Le prélèvement spécial ne doit pas être affecté au financement de responsabilités étatiques d'ordre général.

2) Le prélèvement ne peut être imposé qu'aux groupes d'agents économiques ayant clairement des intérêts communs et qui se distinguent des autres en raison de leurs caractéristiques communes, c'est-à-dire des agents présentant un certain degré d'homogénéité.

3) Le but de ce prélèvement doit revêtir un intérêt technique particulier pour ce groupe, c'est-à-dire qu'il doit être rattachable au domaine particulier d'activité économique de ses membres.

4) Les ressources du fonds doivent être utilisées dans l'intérêt du groupe, c'est-à-dire que ne doivent pas en bénéficier des entités n'y ayant pas droit.

La "taxe de contrôle" constitue un autre exemple de prélèvement spécial. L'affaire suivante a été portée devant la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGE 57, 139 et s.):

La loi fédérale fait obligation à tous les employeurs privés et publics employant plus de 16 personnes de réserver 6% de ces emplois à des personnes gravement handicapées. Pour chacun de ces emplois non attribué de cette façon, l'employeur doit verser 100 DM à un fonds de péréquation destiné à financer des mesures nationales d'insertion professionnelle des personnes gravement handicapées.

La Cour constitutionnelle fédérale a déclaré que cette taxe de péréquation était constitutionnelle. L'affaire se distingue de la décision relative au fonds de vente en ce que les redevables de la taxe n'en sont pas ici les bénéficiaires, ces derniers étant, en fait, les citoyens allemands gravement handicapés. Le but de cette taxe est d'encourager les entreprises redevables à adopter un certain type d'attitude allant dans le sens de la politique économique de l'Etat, c'est-à-dire en l'occurrence, de les inciter à embaucher des personnes gravement handicapées ou, tout au moins, de financer des mesures visant directement à leur meilleure insertion.

Inutile de préciser que toutes ces décisions ont été largement contestées par la doctrine et les organismes concernés.

## **SIXIEME PARTIE**

En conclusion, l'on peut dire que la Cour constitutionnelle fédérale accorde au législateur une assez grande marge de manoeuvre potentielle dans le domaine de la politique économique. La Cour concentre ses efforts sur la protection des droits fondamentaux qui sont au coeur de la constitution, en particulier la liberté de choisir sa profession et la garantie de la propriété. Elle défend également les agents économiques contre les pressions excessives exercées par l'Etat, dès lors que celles-ci n'apparaissent pas nécessaires à la poursuite des objectifs de politique économique fixés par le législateur. Dans l'ensemble, on peut sans hésiter affirmer que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale a, dans une large mesure, permis de trouver un équilibre stable entre libertés fondamentales, d'une part et obligations sociales en matière économique, d'autre part.

Le rôle de la justice constitutionnelle dans le passage à une économie de marché - Résumé du rapport du Professeur Nikolay VITROUK

Vice-président de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie

1. Le rôle de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie dans le passage à une économie de marché est déterminé par sa compétence qui est définie dans la Constitution de la Fédération de Russie et dans la Loi sur la Cour constitutionnelle, ainsi que par une situation précise qui s'est établie à l'heure actuelle. On sait que la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie statue sur les cas relatifs à la constitutionnalité des textes juridiques normatifs des pouvoirs législatif et exécutif, de la pratique d'application des textes juridiques (en examinant des requêtes individuelles des citoyens et des personnes morales), possède le droit de l'initiative législative, adresse un message annuel au Congrès des députés du peuple de la Fédération de Russie et au Soviet Suprême de la Fédération de Russie et est dotée d'autres pouvoirs.

2. L'économie actuelle de la Russie traverse une crise profonde ; les difficultés économiques sont aggravées par la rupture des liens économiques sur l'ensemble du territoire de l'ancienne URSS. Le début du passage à une économie de marché a été réalisé au moyen de la méthode de la thérapie de choc, la population n'y étant préparée ; il s'est opéré un brusque appauvrissement de la population dû à l'inflation, une disproportion accrue dans les revenus de divers groupes de la population, nombre de personnes sont psychologiquement ébranlées. Dans ces conditions, la justice constitutionnelle se propose : premièrement, d'aider les organismes législatifs à former une nouvelle législation stable régulant les rapports sociaux dans le cadre de l'économie de marché ; deuxièmement, d'introduire les principes de l'économie de marché, de la nouvelle société civile libre dans la pratique quotidienne ; troisièmement, d'éliminer dans la mesure du possible la pratique négative de l'application des textes juridiques qui s'est établie sur la base des lois périmées ; quatrièmement, de protéger efficacement les droits et libertés constitutionnels des citoyens et des personnes morales en tant que propriétaires, libres entrepreneurs, participant à droits égaux aux rapports contractuels, etc...

3. Les transformations économiques qui s'opèrent dans la société de Russie sont reflétées dans l'autorité de la Cour constitutionnelle qui peut devenir un facteur important de la stabilité économique, politique et juridique.

Cela concerne avant tout la pratique de l'évaluation constitutionnelle de la régulation législative, de la gestion opérée par l'Etat dans le domaine de l'économie, notamment de la répartition de la compétence entre les organismes d'état, le contrôle de la constitutionnalité, de la pratique de l'application des lois et des textes réglementaires relatifs à la propriété, la privatisation, l'activité d'entrepreneurs, etc...

C'est ainsi que la Cour constitutionnelle a statué le 20 mai 92 sur l'affaire de contrôle de la constitutionnalité de la loi de la Fédération de Russie du 22/11/91 "sur les modifications et les compléments à porter dans l'article 3 de la loi de la RSFSR 'sur la concurrence et la limitation de l'activité des monopoles sur les marchés des marchandises". Les compléments susmentionnés ont été reconnus non constitutionnels car ils élargissaient, de façon non justifiée, la compétence du Présidium du Soviet Suprême de la Fédération de Russie et lui attribuaient le droit d'approuver le règlement sur le Comité anti-monopolistique, etc...

Cela ne correspond pas aux articles 113 et 114 de la Constitution de la Russie fixant les pouvoirs du Présidium du Soviet Suprême de la Fédération de Russie en tant qu'organe dépendant du Soviet Suprême de la Russie assurant l'organisation des travaux du Congrès des députés du peuple et du Soviet Suprême de la Fédération de Russie.

Actuellement, la Cour constitutionnelle est en train d'examiner plusieurs affaires sur le contrôle de la constitutionnalité de la pratique de l'application des textes juridiques consécutive à la non-application par les tribunaux arbitraux de la Fédération de Russie des lois "sur la propriété en Russie", "sur les entreprises et l'activité d'entreprise", ainsi que de la pratique de la violation de

l'égalité des conditions initiales de l'activité d'entreprises privées, de l'enrichissement sans cause au cours de la privatisation, etc...

4. La protection des droits et des libertés des citoyens dans le domaine des rapports économiques et sociaux (le droit de propriété, la liberté d'entreprise, les droits patrimoniaux, les droits en matière de travail, des pensions, etc...) est un des domaines de l'activité de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie. L'Etat devrait disposer d'un fonds stable de la réparation du préjudice matériel et moral causé aux citoyens, par exemple, en cas de vols de biens, de licenciements illégaux, de la réhabilitation.

### c. **LE RÔLE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE**

Résumé de la discussion

On a expliqué que la Cour constitutionnelle pouvait être saisie selon deux procédures différentes.

Dans le premier cas, certaines autorités publiques énumérées à l'article 103 par. 5 du projet de Constitution peuvent demander à la Cour de statuer sur la constitutionnalité des actes indiqués dans ce même article; la décision de la Cour est alors opposable aux tiers.

Dans le second cas, des particuliers et certaines autorités énumérées à l'article 103 par. 5 al. c du projet de Constitution peuvent invoquer l'inconstitutionnalité de "pratiques suivies pour faire respecter la loi" après épuisement des autres voies de recours. La décision de la Cour est alors opposable aux parties. Si la Cour constate dans ce contexte que la loi en vertu de laquelle la pratique en question a été adoptée est inconstitutionnelle, c'est au Parlement qu'il incombera de la modifier ou de l'abroger.

La Cour n'a aucune compétence pour examiner des projets de lois; elle peut cependant examiner avant leur ratification les traités signés par la Fédération de Russie pour vérifier leur compatibilité avec la Constitution, ce qui est le seul cas de contrôle "in abstracto" (article 103 par. 4 al. c).

Il convient de souligner que l'on n'a pas reconnu le droit de saisine directe de la Cour par des particuliers, afin d'éviter que celle-ci ne soit submergée de requêtes irrecevables.

### **Liste des participants**

#### Commission constitutionnelle

M. Oleg G. ROUMYANTSEV, Secrétaire Exécutif  
M. Ivan V. FEDOSEEV, Secrétaire, Député du peuple  
M. Anatoliy F. KOVLYAGIN, Membre, Député du peuple  
M. Serguey N. BOULDAEV, Membre  
M. Derenik N. ABRAMYAN, Spécialiste principal au Secrétariat  
M. Yevgeniy A. DANILOV, Chef du groupe d'experts  
M. Leonid S. MAMUT, Expert  
M. Pavel A. MEDVEDEV, Député du peuple

### Soviet suprême

M. Vladimir O. ISPRAVNIKOV, Chef du Conseil suprême économique du Soviet suprême  
M. LOUBENTCHENKO, Directeur du Centre parlementaire du Soviet suprême  
M. Alexandre PENKINE, Directeur de l'Institut politique russe du Centre parlementaire du Soviet suprême

### Ministère des Affaires étrangères

M. B.L. KOLOKOLOV, Ministre adjoint des Affaires étrangères  
M. Mark L. ENTINE  
M. Igor D. YEVDOKIMOV

### Cour Constitutionnelle

M. Nikolay V. VITROUK, Vice-Président, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit  
M. Serguey V. BOBOTOV, Chef du Secrétariat du Vice-président  
M. Konstantine I. KOROLYOV, Conseiller principal

### Université d'Etat de Moscou

M. Mikhail N. MARTCHENKO, Professeur, Vice-Recteur  
M. Yevgeniy A. SOUKHANOV, Professeur, Doyen de la Faculté de droit, Rapporteur  
M. Vasiliy P. KOLESOV, Professeur, Doyen de la Faculté d'économiques  
M. Yasen N. ZASOURSKIY, Professeur, Doyen de la Faculté de journalisme  
M. Vladimir A. PANINE, Professeur, Doyen de la Faculté de philosophie  
M. Aleksey P. ALEKHINE, Professeur  
M. Georguiy V. BARABASHEV, Professeur  
M. Anatoliy G. BYKOV, Professeur  
M. Serguey M. KORNEEV, Professeur  
M. Vladislav V. PETROV, Professeur  
M. Boris I. POUGUINSKIY, Professeur, Rapporteur

M. Yevgueniy P. GOUBINE, Chargé de cours  
M. Petr G. LAKHNO, Chargé de cours  
M. Andrey Y. SHERSTOBITOV  
M. Petr F. LOUNGOU  
M. Pavel A. PANKRATOV, Assistant

### Institut de Législation et de droit comparé

M. Youriy A. TIKHOMIROV, Professeur, Premier Directeur adjoint, Rapporteur  
M. Boris S. KRYLOV  
M. Valeriy N. LITOVKIN

M. Alexandre Y. POSTINKOV  
Mme Alla K. KOLIBAB  
Mme Mariya R. SAFAROVA

Institut de l'Etat et du droit

M. Boris N. TOPORNINE, Directeur, Membre de l'Académie des sciences  
M. Vladimir P. KOZIMIRTCHOUK

Institut de recherches socio-politiques

M. Mikhail S. SAVINE, Chef du département de recherches humanitaires

Commission européenne pour la démocratie par le droit

M. Godert MAAS GEESTERANUS, Pays-Bas, Membre  
M. Alexandre DJEROV, Bulgarie, Membre  
M. Aivars ENDZINS, Lettonie, Membre associé  
M. Petru GAVRILESCU, Roumanie, Membre associé  
Mme Boyanka KROUMOVA, Bulgarie  
Sénateur Gérald BEAUDOIN, Canada, Observateur  
Prof. Michel HERBIET, Belgique, Expert  
Prof. Armando MARQUES GUEDES, Portugal, Expert  
Prof. Theodor SCHWEISFURTH, Allemagne, Expert  
M. Elio ROGATI, Italie, Conseiller du Président  
M. Leonardo PALEARI, Traducteur

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

M. Uwe HOLTZ, Allemagne, Membre du Parlement

Rapporteurs étrangers

Prof. Jorge MIRANDA, Portugal  
Prof. Joze MENCINGER, Slovénie  
Prof. Jacques TROMM, Pays-Bas  
Prof. Otto LUCHTERHANDT, Allemagne

Mentor Group

M. Thomas KOSMO, Président (U.S.A.)

Secrétariat - Direction des Affaires juridiques



M. Gianni BUQUICCHIO, Secrétaire de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

M. Roberto LAMPONI, Secrétaire adjoint de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

M. Thomas MARKERT, Administrateur

Miss Helen MONKS, Assistante administrative

#### Interprétation

Mrs Denise BRASSEUR, Chef de la Division d'interprétation

**IV ETAT DE DROIT ET TRANSITION VERS  
UNE ECONOMIE DE MARCHE ACTES DU  
SEMINAIRE UNIDEM ORGANISE A SOFIA DU  
14 AU 16 OCTOBRE 1993**

en coopération avec la Nouvelle Université bulgare de Sofia  
et l'Université de Blagoevgrad et financé par le Programme  
PHARE des Communautés européennes

## Seance d'ouverture

Présidée par le Professeur Helmut STEINBERGER

### Allocutions d'ouverture

Le Professeur Helmut Steinberger, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, a adressé le séminaire comme suit :

"Au nom de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, je vous souhaite à tous la bienvenue à ce séminaire sur l'Etat de droit et la transition vers une économie de marché. Notre commission, la Commission européenne pour la démocratie par le droit ou Commission de Venise, a été créée en vertu d'un accord partiel conclu entre la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Je voudrais remercier nos généreux hôtes, en particulier M. Djerov et M<sup>me</sup> Botousharova, ainsi que la Nouvelle Université bulgare et l'Université de Blagoevgrad, d'avoir organisé ce séminaire et de nous avoir accueilli avec tant d'hospitalité. C'est un vrai plaisir pour nous et pour tous les participants d'avoir la possibilité de discuter de problèmes importants avec nos collègues bulgares, et de faire connaissance avec votre beau pays.

Ce séminaire s'inscrit dans le cadre du programme UniDem de la Commission de Venise. UniDem signifie "universités pour la démocratie". Il a pour but de rapprocher les universités d'Europe occidentale et celles d'Europe centrale et orientale et de rétablir les liens intellectuels entre l'Occident et des pays qui ont une longue tradition savante mais étaient isolés pour des raisons politiques. Dans le cadre d'UniDem, nous avons tenu une conférence à Istanbul à l'intention de la Communauté des Etats indépendants, ainsi que des séminaires à Moscou et à Varsovie. Aujourd'hui, nous avons le privilège d'être à Sofia. Le présent séminaire se rattache au précédent, tenu à Moscou, qui traitait de la relation entre le droit constitutionnel et l'économie. Cette fois-ci, nous nous proposons, à la première séance de travail, de poursuivre la réflexion sur la base des données du séminaire de Moscou puis, aux séances de travail ultérieures, de procéder à un examen plus approfondi de certains problèmes qui intéressent tout particulièrement la Bulgarie en ce moment même.

Il ressortira à l'évidence de tous les rapports, je présume, qu'il n'y a pas de solutions faciles dans ce domaine et qu'aucun expert étranger ne sera en mesure d'affirmer qu'un certain problème peut être résolu de telle ou telle manière et qu'ensuite tout sera parfait. Mais je crois que le séminaire, grâce à la participation de théoriciens et de praticiens de plusieurs pays, peut contribuer à une réflexion commune sur ces questions et j'espère que ceux d'entre nous qui occupent un poste ou une charge à responsabilités, en Bulgarie ou ailleurs, seront à mêmes de s'inspirer de cette réflexion commune lorsqu'ils seront appelés à prendre des décisions dans leurs pays respectifs.

Je crois que nous avons tous un objectif commun. La Bulgarie et d'autres pays qui sont déjà passés avec succès d'un régime à parti unique à une démocratie pluraliste — et le fait que la Bulgarie soit devenue membre du Conseil de l'Europe est une preuve de succès — doivent réussir à passer d'une économie dirigée de conception centraliste à une économie de marché. Ce passage est indispensable car l'économie de marché est fondée sur les mêmes valeurs de liberté de l'individu que la démocratie pluraliste et elle est assurément, à long terme, le système économique le plus efficace.

Elle est aussi, à long terme, le système le plus démocratique car, dans une économie de marché compétitive, c'est le consommateur qui, grâce à son pouvoir d'achat, décide quels biens seront produits, quels investissements seront réalisés. Il est le facteur décisif. Cependant, nous sommes tous conscients que le passage à une économie de marché est semé d'embûches et entraîne de lourds sacrifices pour des fractions importantes de la population. A ne pas y prendre garde, la désillusion de nombreuses personnes devant les premiers résultats d'une telle entreprise pourrait conduire à un rejet non seulement de l'économie de marché, mais aussi du système démocratique nouvellement instauré. Aussi est-il parfaitement logique qu'une organisation comme le Conseil de l'Europe et, en son sein, la Commission européenne pour la démocratie par le droit, qui a pour principal objectif de favoriser la démocratie pluraliste dans un Etat de droit, s'efforce de contribuer aussi à l'édification d'une économie de marché.

J'espère qu'à l'issue de ce séminaire tous nos amis, en Bulgarie et par-delà ses frontières, auront le sentiment qu'il a marqué une heureuse occasion d'aborder les problèmes de la transition économique, et qu'en tant que tel il a contribué à consolider le système démocratique."

M. Djerov, Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit et président de la Commission législative de l'Assemblée nationale bulgare, doyen de la faculté de droit de la Nouvelle Université bulgare et professeur à la faculté de droit de l'Université de Blagoevgrad, déclare que c'est un grand plaisir pour lui d'accueillir les participants à ce premier séminaire que la Commission européenne pour la démocratie par le droit tient en Bulgarie. L'Assemblée nationale bulgare et les deux universités bulgares intéressées s'honorent d'accueillir l'une des instances internationales les plus prestigieuses, créée il y a trois ans sous l'égide du Conseil de l'Europe. Les experts et juristes bulgares attachent un grand prix à la contribution que la Commission de Venise a apportée, en un si bref laps de temps, aux réformes constitutionnelles et législatives opérées dans les pays d'Europe orientale récemment sortis du totalitarisme. Les thèmes importants examinés au sein de la Commission, et l'expérience acquise par ses membres, présentent un intérêt particulier pour les pays désireux d'atteindre les normes élevées du Conseil de l'Europe.

En élaborant sa propre Constitution, la Bulgarie a pu bénéficier de la contribution de la Commission de Venise, qui visait principalement à renforcer les institutions démocratiques, à garantir le respect des droits de l'homme, à protéger les minorités et à favoriser l'autonomie locale. Dans ces domaines, toute une série de pays d'Europe centrale et orientale, y compris la Bulgarie, ont enregistré un succès notable. Les réformes économiques se sont révélées bien plus difficiles et exigent bien plus de temps que les réformes politiques. Ainsi faut-il se féliciter de ce que l'attention soit centrée sur les fondements constitutionnels du système économique dans une période de transition vers une économie de marché. Les thèmes qui sont examinés - la restitution, la privatisation et la législation fiscale - revêtent une importance primordiale pour la Bulgarie.

M. Djerov ne doute aucunement que la Commission pourra apporter une contribution notable à l'examen de ces problèmes. En terminant, il tient à souhaiter à tous les participants un séjour très agréable en Bulgarie.

## **PREMIERE SEANCE DE TRAVAIL**

Présidée par le Professeur Helmut STEINBERGER

### **La base constitutionnelle du système économique pendant une période de transition de l'économie planifiée à une économie de marché**

La base constitutionnelle du système économique pendant une période de transition de l'économie planifiée à une économie de marché - Rapport du Professeur Michel HERBIET

Université de Liège

#### **INTRODUCTION**

Voici bientôt quatre ans qu'un processus de transition a été initié dans les économies de la plupart des pays d'Europe centrale et orientale. L'économie planifiée et bureaucratique s'est complètement effondrée sans qu'on puisse déjà affirmer qu'une régulation par le marché s'y est, dès à présent, substituée.

La période est délicate à gérer pour les responsables politiques et économiques et difficile à vivre pour la population.

Aussi la mise en place rapide d'un cadre juridique et institutionnel adéquat paraît être une priorité pour l'instauration et le bon fonctionnement d'une économie de marché, mais on ne peut se dissimuler qu'il s'agit là d'un cap difficile à franchir.

La tenue d'un séminaire UNIDEM sur le thème "La règle de droit et la transition vers une économie de marché" vient donc à son heure et la question qu'il nous est demandé d'aborder lors de cette séance introductive nous paraît d'autant plus intéressante qu'elle ne s'est jamais vraiment posée dans les mêmes termes dans nos pays occidentaux de tradition libérale.

Etudier "les bases constitutionnelles du système économique durant une période de transition de l'économie planifiée à l'économie de marché", en quelques minutes, peut paraître cependant une gageure dans la mesure où les questions abordées sont fondamentales et les réponses formulées ne peuvent être qu'incertaines et sujettes à discussion.

Il est toujours difficile et même risqué de faire part de l'expérience de pays tiers, tels ceux qui forment le Conseil de l'Europe, car point n'est question d'essayer d'appliquer des recettes ou de formuler des propositions précises. Tout au plus peut-on partir de certains constats et tenter certaines réflexions.

Ce qui importe fondamentalement, c'est de mettre en évidence certains paramètres essentiels à partir desquels puisse s'édifier une société stable.

Les investisseurs - qu'ils soient nationaux ou étrangers - aspirent à une législation complète, performante, susceptible d'apporter une réponse à leurs aspirations et à ce qu'elle soit véritablement applicable et appliquée. Peu leur chaut d'avoir une Constitution généreuse qui leur reconnaît des droits et des libertés qui ne sont pas ou mal protégés. Enoncer des libertés positives - par exemple, des droits économiques et sociaux - qui exigent des efforts très concrets de la collectivité sans pour autant mettre l'Etat en mesure de disposer des moyens nécessaires, n'a guère de sens. D'où notre circonspection en abordant ce thème.

Le passage à une économie de marché implique nombre de modifications et de réformes de grande envergure qui peuvent apparaître comme des "thérapies de choc" auxquelles la population n'est pas toujours bien préparée.

Après le rejet du régime communiste, les différents Etats du bloc de l'Est se trouvent actuellement confrontés, dans l'élaboration des différentes réformes économiques, au problème de savoir s'il convient ou non d'adopter des règles applicables au futur système économique; si oui, comment en déterminer l'étendue et en définir leur niveau hiérarchique.

Notons à cet égard les propos de Messieurs de Laubadère et Delvolvé<sup>9</sup> selon lesquels "tout système économique a nécessairement une formulation juridique : son organisation et son fonctionnement dépendent de normes juridiques".

Il importe donc de formuler au plus tôt les bases de nouvelles normes stables, aptes à réguler les rapports sociaux dans le cadre d'une économie de marché, d'introduire les principes de cette économie et de protéger aussi efficacement que possible les droits et libertés des citoyens et des personnes morales en tant que propriétaires, libres entrepreneurs et contractants.

Quelles sont les conditions juridiques fondamentales d'un système reposant sur l'économie de marché ? La matière doit-elle être réglée dans le cadre rigide de la Constitution et, le cas échéant, dans quelle mesure ? Ne vaut-il pas mieux qu'elle relève du législateur ordinaire et du simple règlement ?

Autant de questions essentielles à poser.

Mais que recouvrait le concept d'économie planifiée et qu'entend-on actuellement par une économie de marché ?

C'est à ces interrogations que nous tenterons maintenant de répondre rapidement.

#### I.- De l'économie planifiée à l'économie de marché : Portée de cette évolution.

Ce qui caractérisait essentiellement l'économie planifiée, c'était la propriété collective des moyens de production et une planification étatique centralisée.

---

La Constitution proclamait en effet la propriété socialiste comme fondement du système économique du pays <sup>10</sup>, celle-ci se manifestant sous diverses formes : la propriété d'Etat qui s'entendait comme le bien commun de tout le peuple, la propriété des kolkozés ainsi que celle des autres organisations coopératives et des syndicats. Elle n'autorisait aucune forme de propriété privée si ce n'est la propriété personnelle des citoyens, acquise avec les revenus du travail (objets d'usage ou personnels, maisons d'habitation).

Des plans de développement économique et social extrêmement détaillés, dirigés vers la mise en oeuvre d'objectifs concrets, organisaient la gestion économique du pays en dehors de tout lien avec la logique du marché et suivant des méthodes de type purement bureaucratique et autoritaire <sup>11</sup>.

L'Etat prenait donc en charge toutes les étapes de la production et de la distribution sur le territoire du pays.

Le passage vers une économie de marché implique, sur le plan économique, une réforme radicale qui doit trouver sa traduction nécessaire sur le plan juridique par la mise en place d'un nouveau corps de règles de droit susceptible d'assurer le bon déroulement de l'activité économique. Observons d'ailleurs que l'économie de marché constitue le fondement économique indispensable à la réalisation des conditions nécessaires à l'établissement d'un nouveau type de relations entre la Communauté européenne et les pays de l'Est basées sur une coopération étroite.

Le principe fondamental qui sous-tend ce type d'économie est que "l'Etat veille, en façonnant en conséquence le système économique et le cadre juridique, à ce qu'aucun conflit ne survienne entre les unités économiques (notamment les entreprises privées) et les objectifs globaux de l'économie nationale et de la société" <sup>12</sup>.

Le défi est donc de "restreindre le moins possible la liberté d'action des acteurs économiques, tout en atteignant les buts de l'économie nationale" <sup>13</sup>.

Ce principe étant posé, l'économie de marché requiert un cadre juridique susceptible d'assurer la mise en place d'une forme spécifique d'organisation qu'il convient de doter d'institutions appropriées et qui soit apte à servir à la fois les intérêts propres des agents économiques et l'intérêt général qui est, nous le savons, une notion essentiellement évolutive.

Croire à une harmonisation spontanée et automatique des intérêts individuels et du bien commun relève de l'angélisme.

La mise en place de ce cadre requiert l'adoption de règles juridiques qui déterminent les compétences et les marges d'action de chacun.

## **II.- Quels sont les éléments fondamentaux du cadre juridique de l'économie de marché ?**

Sans vouloir être exhaustif, nous en isolerons les principaux :

---

1.- D'abord, la reconnaissance et la protection des différentes formes de propriété.

Il importe de revoir les dispositions qui consacrent la propriété d'Etat sur tous les moyens de production. Les entreprises socialistes étant constituées sur base de monopole, il convient de les démonopoliser, de les scinder et de créer des entreprises de taille moyenne, celles-ci étant considérées comme le meilleur support d'une économie de marché. C'est également dans ce cadre que s'inscrivent les privatisations des actifs publics.

La propriété privée des moyens de production doit devenir la forme principale de propriété mais cela n'exclut pas pour autant qu'il puisse en exister d'autres.

L'Etat se doit de créer les conditions propices au développement des différentes formes de propriété - qu'elles soient privées (dans le chef de personnes physiques ou morales), publiques (étatiques, municipales, para-étatiques) ou mêmes collectives - et de leur garantir un niveau de protection identique.

2.- Autre élément fondamental, la consécration de la liberté de l'activité économique.

Celle-ci implique la liberté d'entreprendre et d'exercer la profession de son choix et ce, en dépit des limitations législatives ou réglementaires que cette liberté peut subir. Là réside le fondement de l'activité que les particuliers veulent entreprendre et des droits qu'ils peuvent à cet égard faire valoir à l'encontre des pouvoirs publics lorsque ceux-ci veulent réglementer cette liberté. Ce principe infère l'autonomie de l'activité économique, la liberté d'établissement ou d'installation, la liberté d'exercice et d'exploitation mais également la liberté du travail <sup>14</sup>.

3.- Troisième élément : la liberté contractuelle.

L'autonomie de la volonté permet à chacun de s'engager librement, sans restrictions autres que celles qui sont établies par la loi, dans l'échange des prestations qu'il souhaite. On ne peut donc méconnaître le rôle du contrat, dans la mesure où il est appelé à devenir "la pierre angulaire" de la réglementation économique et le moyen de réaliser l'équilibre de l'économie nationale au travers des forces concurrentielles.

4.- Un autre fondement de l'économie de marché semble bien être le principe de la libre concurrence qui permet aux différents agents économiques d'exercer les activités économiques "dans un système de compétition qui ne doit être entravé ni par des prescriptions, ni par des prestations provenant des pouvoirs publics" <sup>15</sup>. Ce principe concerne aussi bien les rapports des particuliers entre eux que leurs rapports avec les pouvoirs publics.

---



En ce qui concerne plus spécialement l'application de ce principe aux pouvoirs publics qui exercent une activité de type commercial ou industriel, il semble qu'il faille l'interpréter non comme interdisant toute activité de ce type aux personnes publiques - parce qu'elles en seraient par principe exclues - , mais comme imposant un devoir d'égalité de concurrence : il n'y a aucune raison objective, en effet, à s'opposer à l'intervention directe des pouvoirs publics dans l'économie dès lors que celle-ci s'accomplit dans les mêmes conditions et suivant les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux particuliers. Observons dès à présent que ce principe fait l'objet de multiples limitations.

5.- La liberté d'association doit figurer, elle aussi, au nombre des éléments fondamentaux de l'économie de marché.

Cette liberté comprend non seulement la liberté de constituer des associations ou des sociétés et d'y adhérer, sans que le pouvoir puisse y mettre obstacle, mais aussi celle, pour les associations une fois créées, de développer leurs activités et d'accroître leurs ressources sous les réserves établies par la loi <sup>16</sup>.

A cette liberté se rattache également la liberté syndicale, c'est-à-dire celle de créer un syndicat, celle de l'action syndicale, et la liberté d'adhésion.

Certains auteurs, tels Karsten <sup>17</sup> et Brand <sup>18</sup>, mettent en exergue d'autres éléments constitutifs de l'économie de marché à caractère peut-être plus économique, encore que les implications juridiques soient évidentes. Ainsi :

- La mise en place d'un système performant des prix paraît tout à fait indispensable pour que les agents économiques du secteur privé agissent d'une manière favorable à l'économie.

Il importe en effet d'intégrer dans leur calcul de prix tous les éléments de coût y compris ceux touchant par exemple à l'environnement. Ceci implique une démarche positive des juristes susceptibles de contribuer à la réalisation de cette condition.

- La régulation des mécanismes monétaires. Le passage à une économie de marché nécessite une politique monétaire restrictive et de stabilisation susceptible de juguler l'inflation et d'éponger les excédents de liquidités.

La création d'une banque centrale indépendante ayant pour mission d'instaurer et de préserver la stabilité de la monnaie par la mise en place de mécanismes monétaires ordonnés est souvent évoquée.

- La régulation des rapports avec l'étranger par la libération du commerce extérieur.

Ainsi importe-t-il de renoncer au plus vite aux monopoles d'Etat sur le commerce extérieur et d'introduire un taux de change réaliste.

---

- L'élaboration d'un système fiscal efficace et la suppression du système des subventions d'Etat destinées à baisser artificiellement les prix de certains biens semblent indispensables.

L'adoption de ces règles doit aller de pair avec une politique budgétaire rigoureuse.

L'Etat sera dès lors en mesure d'assurer le financement de son budget par des recettes fiscales qui ne doivent pas pour autant entraver ou pénaliser les performances économiques des entreprises privées.

Ce cadre juridique de l'économie de marché devrait aussi intégrer notamment des dispositions relatives à la comptabilité des entreprises, aux valeurs mobilières et aux marchés financiers, et aux conditions des investissements étrangers.

Si le cadre juridique intégrant les éléments fondamentaux précités doit assurer la pérennité de l'économie de marché, il doit aussi pouvoir influer sur les processus économiques inhérents à celle-ci dans l'optique d'objectifs globaux supérieurs d'ordre non seulement économique mais aussi social qui contribuent directement au progrès social et économique de la société.

Ainsi que le soulignent certains auteurs et plusieurs lois fondamentales qui optent pour le système de l'économie de marché, celle-ci doit être sociale en ce sens qu'il revient à l'Etat de réguler la vie économique dans l'intérêt des individus et de la société.

Le cadre juridique doit consacrer ou maintenir les droits économiques et sociaux pour faire de l'Etat un Etat social, garantissant les chances égales et équitables de chacun ainsi que l'accès au bien-être de l'individu et de la société. Ainsi que l'énonce par exemple l'article 9 du projet de Constitution de la Fédération de Russie, les relations économiques doivent se nouer sur la base d'un partenariat social entre l'individu et l'Etat, le travailleur et l'employeur, le producteur et le consommateur.

Dans ce cadre, l'Etat se doit d'intervenir pour pallier les carences constatées, par des mesures susceptibles d'améliorer sensiblement la situation :

- Ainsi les pouvoirs publics doivent-ils développer un cadre de protection sociale comprenant, entre autres, des politiques de promotion de l'emploi, de formation et de santé.
- Ainsi, dans le domaine économique, les pouvoirs publics seront-ils fréquemment amenés à se faire entrepreneur, industriel, commerçant ou financier par l'intervention d'entreprises publiques exerçant des activités en concurrence souvent avec le secteur privé, soit dans un régime juridique spécial largement dérogoratoire au droit commun -ce qui ne manque pas de susciter des distorsions de concurrence -, soit dans un régime de pur droit privé.

A ce stade de nos réflexions, une remarque mérite toutefois d'être formulée : la mise en place d'un cadre juridique intégrant les divers éléments fondamentaux que nous venons d'énoncer, observe à juste titre le Professeur Karsten <sup>19</sup>, quand bien même elle constituerait une condition nécessaire, n'en est pas pour autant une condition suffisante. "Encore faut-il que les unités économiques fassent usage des possibilités qui leur sont offertes; pour susciter des comportements appropriés - notamment en matière d'entreprise -, il ne suffit pas de moyens juridiques".

Après avoir tenté d'identifier les principes de base d'une économie de marché, le moment est venu de franchir un pas de plus et d'isoler les règles juridiques qui, à notre avis, semblent les plus importantes, pour les incorporer dans la hiérarchie des normes internes au plus haut degré, c'est-à-dire au niveau constitutionnel; les autres règles, dont l'impact économique est parfois considérable, relèvent alors seulement du domaine de la loi ou du règlement.

### **III.- Quel rôle réserver à la Constitution dans le domaine économique ?**

Lors du séminaire UNIDEM organisé à Moscou les 18 et 19 février 1993, les intervenants à la discussion qui clôturait les travaux de la première séance consacrée aux "bases constitutionnelles de l'ordre économique" avaient bien posé le problème : la question essentielle est celle de savoir si l'économie doit être réglementée dans le cadre rigide de la Constitution et, le cas échéant, dans quelle mesure, ou s'il ne vaudrait pas mieux qu'elle relève de la loi ordinaire ou du règlement.

Trois autorités en effet, écrit le Professeur Rivero <sup>20</sup>, ont expressément reçu, dans la plupart des Etats, le pouvoir de poser des règles générales : le constituant, le législateur et l'exécutif en tant qu'il exerce le pouvoir réglementaire.

A laquelle de ces autorités confier le soin d'arrêter les conditions juridiques de la mise en place et du fonctionnement d'une économie de marché ?

L'importance de la question tient au caractère hiérarchisé des règles de droit selon l'organe dont elles émanent, la règle la plus élevée s'imposant à toutes les autorités qui se situent aux niveaux inférieurs. D'où, plus une règle se trouve haut placée dans la hiérarchie, plus, en théorie du moins, elle a de chance d'être efficacement protégée.

#### **A.- Quel rôle réserver à la Constitution...?**

Toute Constitution est l'expression immédiate des valeurs juridiques fondamentales reçues par la communauté politique; elle consacre les rapports entre gouvernés et gouvernants, entre le pouvoir et ses sujets; elle est la base sur laquelle reposent toute légitimité et toute légalité.

C'est elle qui concentre l'ensemble des règles fondamentales relatives à la structure de l'Etat, à son organisation, à ses activités, à la structure de la société par rapport à l'Etat, de façon à soumettre le pouvoir politique à des normes aussi précises que minutieuses <sup>21</sup>.

---

Elle est le fondement de l'activité des gouvernants mais aussi sa limite : tous actes et lois de l'Etat doivent entretenir un rapport positif avec les normes constitutionnelles, c'est-à-dire un rapport de conformité.

Observons que souvent la Constitution se borne à consacrer les principes fondamentaux (celui d'une liberté publique par exemple) mais s'en remet, pour l'aménagement détaillé du régime de ces principes, au législateur ordinaire.

Mais elle peut aussi, et nous y reviendrons dans un instant, être l'instrument dont se sert le pouvoir pour agir, qui établit des programmes, des directives et des objectifs à atteindre.

La plupart des constitutions sont donc souvent à la fois organique et programmatique mais la force respective de ces deux éléments peut varier <sup>22</sup>.

### **B.- ... dans le domaine économique ?**

Dans un Etat de droit, la Constitution est nécessairement la base du système juridico-économique de l'Etat <sup>23</sup>; elle contient les principes fondamentaux régissant les rapports entre le pouvoir public et l'économie <sup>24</sup>.

Sa valeur étant supérieure à toutes autres sources du droit interne, elle doit assurer la stabilité et prévisibilité dans un marché libre.

Doit-elle fixer les buts, les principes généraux qui orientent l'économie, définir les rôles des secteurs publics et privés et les domaines respectifs de la réglementation par l'Etat et du marché libre ?

La Constitution, outre les aspects institutionnels que nous avons soulignés il y a un instant, détermine certes souvent certaines solutions économiques et les règles applicables à ce domaine. Dans la mesure où elle définit les attributions des pouvoirs publics, elle fait apparaître les possibilités et les limites des interventions économiques.

Cependant, la fonction la plus importante de la Constitution dans le domaine économique - ainsi qu'il fut souligné au Séminaire UNIDEM de Moscou en février 1993 <sup>25</sup> - "consiste à donner un cadre clair et axé sur la primauté du droit. L'intervention de l'Etat doit reposer sur le principe de légalité, tout caractère arbitraire devant être exclu".

On ne peut toutefois nier le rôle plutôt modeste joué par la Constitution de bien des pays dans le domaine économique. Celle-ci n'est-elle pas en effet un instrument de réglementation peu commode pour véhiculer des principes qui gouvernent la gestion du marché ?

---

La Constitution n'est pas, convenons-en avec Monsieur Tromm <sup>26</sup>, "le genre d'instrument de droit permettant d'aborder au fond la dynamique des forces du marché", ni de poser des normes aptes à soutenir directement et effectivement <sup>27</sup> une économie de libre concurrence. Du fait même de sa nature, elle manque de la souplesse requise pour la réglementation législative ou administrative des conditions du marché. "Les rédacteurs d'une Constitution ont donc toutes les raisons, semble-t-il, de faire preuve de retenue lorsqu'ils sont amenés à formuler des conditions constitutionnelles de l'activité économique" <sup>28</sup>.

Il semble en effet très difficile actuellement, pendant une période de transition où tout évolue rapidement - mais n'en est-il pas toujours ainsi - de fixer dans la Constitution des règles détaillées. Aussi, croyons-nous, ne doit-elle pas être l'instrument juridique posant les normes qui régissent les activités des agents économiques sur le marché, seul le législateur ordinaire, le mieux à même de tenir compte des changements intervenus, devant être compétent pour légiférer dans ce domaine.

### C.- Quels principes de base introduire dès lors dans la Constitution ?

Il convient d'insérer dans la Constitution les fondements d'un nouveau système complet de règles applicables à la vie économique, à concrétiser par l'adoption d'un ensemble de lois qui assurent la protection de ces libertés et droits fondamentaux et l'égalité des conditions du marché, ce qui suppose l'uniformité de la législation quel que soit l'opérateur économique (national ou étranger).

C'est ici, nous semble-t-il, qu'il convient de distinguer les droits et libertés classiques, appelés souvent droits "de première génération" ou "libertés négatives", des droits économiques et sociaux fondamentaux, droits dits "de deuxième génération", qui s'analysent comme des libertés positives exigeant de la part de la collectivité des efforts très concrets.

La distinction traditionnelle entre les libertés classiques (les droits civils et politiques) et les droits économiques et sociaux est, en principe, fondée sur le rôle attribué aux pouvoirs publics quant à la réalisation de ces différentes catégories de droit.

- Les droits civils et politiques sont essentiellement des droits qui garantissent la liberté de l'individu face à l'autorité; ils peuvent avoir une composante socio-économique (exemple : la liberté du commerce et de l'industrie). Ils obligent donc les gouvernants à s'abstenir de prendre des dispositions ou d'accomplir des actes qui les restreignent. Ils ne reconnaissent pas au citoyen le pouvoir d'exiger des autorités l'octroi de certains avantages ou l'accomplissement de certains services.

Ces libertés sont en quelque sorte un "acquis inaliénable et sacré". Ces droits se présentent comme de véritables droits subjectifs dont la définition et la garantie ont un caractère positif. En reconnaissant ces droits classiques, le pouvoir reconnaît que chaque citoyen jouit d'un certain nombre de libertés dans l'exercice desquelles le pouvoir ne peut pas s'immiscer sauf dans des cas exceptionnels et bien définis. La seule limitation susceptible d'entraver l'exercice de ces droits découle du fait que tout un chacun doit pouvoir en bénéficier.

---

- Au contraire, les droits économiques et sociaux sont d'une toute autre nature. Ils connaissent une mobilité considérable en raison du caractère relatif et contingent de leur épanouissement.

Les proclamer, c'est fixer des objectifs au pouvoir, c'est lui tracer un programme, c'est l'obliger à faire, à donner ou à intervenir positivement afin d'assurer la jouissance effective des droits reconnus. C'est reconnaître aussi aux citoyens le droit d'exiger l'intervention du pouvoir. Il appartient en effet à celui-ci de créer l'environnement au sein duquel chacun peut utiliser au maximum ses capacités, tant sur le plan individuel que collectif, pour s'épanouir au mieux sur le plan personnel et social.

Les droits économiques et sociaux partent du constat que l'égalité juridique est purement formelle mais qu'elle ne conduit pas automatiquement à une égalité de fait (égalité réelle). "Si l'on veut que les droits de la première génération aient une application pratique et profitent aussi aux moins favorisés, il faut prévoir une protection minimum aux niveaux social et économique. Les droits fondamentaux de la deuxième génération doivent permettre à chacun, et pas seulement à ceux qui sont nés dans un milieu favorisé, de jouir des droits civils et politiques" <sup>29</sup>.

D'où l'idée que le groupe, la collectivité a certaines responsabilités vis-à-vis de l'individu et qu'il incombe non seulement aux pouvoirs publics mais aussi au citoyen de collaborer au progrès social et économique de la société dans laquelle il vit.

Si, pour mettre en oeuvre ces droits, les gouvernants sont tenus de prendre l'initiative de dispositions législatives ou réglementaires afin d'atteindre le but assigné, ils ne peuvent tout faire en même temps ni pour tous à la fois. Leur action impose des choix et des priorités. Ces droits sont, en quelque sorte, des "promesses pour les gouvernés" et "des directives pour les gouvernants" auxquels ils ne seront pas, en principe, directement opposables; ils n'ont en effet pas souvent la rigueur de la prescription.

Leur contenu est tributaire de la situation économique et du degré de leur développement; leur réalisation progressive dépend des ressources des pouvoirs publics.

Ils ne sont garantis que dans la mesure où les pouvoirs publics prennent les dispositions adéquates en vue de les mettre en oeuvre et de les faire respecter. Observons toutefois que les pouvoirs publics jouissent dans ce cadre d'une large marge d'appréciation pour déterminer les mesures à prendre en fonction des besoins et des ressources du pouvoir et de l'individu.

En ce qui concerne leur force obligatoire, plus spécialement leur effet direct et leur application immédiate, la nature et le contenu de chaque droit ainsi que sa formulation constituent des éléments importants. Il convient de plus de tenir compte de l'intention des auteurs.

Ces éléments révèlent si la réalisation de ce droit devra se faire progressivement par le biais d'initiatives législatives et de mesures d'exécution ou, au contraire, s'il s'agit d'une disposition qui, par son contenu, peut lier directement tout un chacun.

Certains droits pourront aussi imposer une règle visant les relations entre citoyens (exemple : fixation des conditions de travail, droit d'information et de participation des travailleurs, etc...).

---

## 1.- Les droits et libertés traditionnels en matière économique.

Ceux-ci, remarquons-le d'emblée, sont généralement bien protégés, non seulement parce qu'ils figurent dans la Constitution mais aussi parce qu'existe souvent un contrôle de constitutionnalité à l'encontre du législateur et de l'exécutif.

La garantie du respect des normes constitutionnelles est en effet, dans bien des pays, assurée par des organes juridictionnels (tribunaux de l'ordre judiciaire, Conseil d'Etat), la Cour constitutionnelle étant d'ordinaire l'organe supérieur chargé de veiller au contrôle de la constitutionnalité des lois.

Quels principes de base touchant à l'activité économique devraient être consacrés et garantis par la Constitution ?

Nous en identifions plusieurs :

- Le droit à la propriété (privée ou publique) : il convient toutefois de subordonner son usage à l'intérêt de la société.

Ainsi la possibilité d'expropriation forcée d'un bien pour cause d'utilité publique, moyennant juste et préalable indemnité, doit être réservée et organisée par la loi ou en vertu de la loi.

Il en serait de même pour toutes restrictions au droit de propriété motivées par des objectifs de sécurité, de salubrité, de bon aménagement des lieux, de protection de l'environnement ou d'intérêt général dûment justifié.

- La liberté du commerce et de l'industrie impliquant la libre initiative économique et son corollaire, la libre concurrence, mais cette liberté ne peut être conçue comme absolue.

Dans de très nombreux cas, la loi - que ce soit dans le secteur économique ou dans d'autres secteurs - limitera la liberté d'action des personnes ou des entreprises concernées et aura ainsi nécessairement une incidence sur la liberté du commerce et de l'industrie. Le législateur ne violerait cette liberté que s'il portait une atteinte - directe ou indirecte - définitive au principe ou s'il limitait cette liberté sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était manifestement disproportionnée par rapport au but poursuivi <sup>30</sup>.

- La liberté contractuelle, appelée aussi principe de l'autonomie de la volonté, implique que chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer librement le contenu de l'accord.

Mais ce principe subit de nombreuses restrictions ou exceptions qui se justifient par le souci du législateur de protéger telle partie considérée comme plus vulnérable ou parfois par des considérations tenant à l'ordre public.

- La liberté d'association, y compris celle de former des associations et sociétés jouissant d'une personnalité juridique distincte des fondateurs ou des associés.
-

Devraient seules être prohibées par la Constitution les associations dont l'activité est dirigée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale du pays et l'unité de la nation, qui incitent à la haine raciale, nationale ou religieuse et à la violation des droits et des libertés des citoyens, ou celles qui contribuent à atteindre ces objectifs par la violence<sup>31</sup>.

Toute autre mesure préventive devrait être interdite sauf autorisation spécifique et dûment motivée du législateur.

- Le principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination des différents agents économiques qu'ils soient publics ou privés.

Cette règle constitutionnelle n'exclut pas qu'une différence de traitement puisse être établie par le législateur entre certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. Ces mêmes règles s'opposent, par ailleurs, à ce que des catégories de personnes qui se trouvent dans une situation totalement différente au regard d'une mesure soient traitées de manière identique sans qu'existe à cette fin une justification objective et raisonnable.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité serait violé estime, par exemple, la Cour d'arbitrage de Belgique<sup>32</sup> lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Ces principes de base peuvent-ils être limités ? Si oui, par qui ?

Fixer le statut d'une liberté, c'est nécessairement en marquer les limites car, ainsi que le souligne M. Rivero<sup>33</sup>, la vie sociale exclut la possibilité de liberté sans frontière.

La doctrine et la jurisprudence ont toujours admis que des restrictions ponctuelles et limitées pouvaient être apportées à ces droits et libertés traditionnels, pour autant qu'elles soient le fait du législateur et qu'elles soient justifiées par le maintien de l'ordre public ou de l'intérêt général.

Ainsi est-il communément admis que l'exercice de certaines activités, de certains droits puisse être réglementé par la loi ou en vertu de celle-ci : il y va en effet d'une garantie indispensable de la liberté de tous.

Mais les atteintes portées à ces libertés ne peuvent évidemment remettre en cause l'existence même de celles-ci; tout au plus, visent-elles à en aménager et à en réglementer l'exercice.

Ainsi la loi ne peut-elle, s'agissant d'une liberté constitutionnellement garantie, supprimer purement et simplement celle-ci ou en rendre l'exercice matériellement impossible.

---



Toute législation (sensu lato) restrictive de cette liberté ne sera justifiée que si elle est rendue nécessaire par les circonstances du moment; elle devra de plus être efficace, adaptée aux exigences réelles et à la gravité de la situation et ne pas porter ainsi une atteinte excessive à la liberté (principe de proportionnalité).

Il semble donc que, sur le plan du droit constitutionnel, doivent être proscrites toutes interventions du législateur qui viseraient à interdire de façon générale et absolue l'exercice d'une liberté donnée; tel ne serait pas le cas s'il s'agissait d'une législation d'exception et aux effets limités dans le temps, celle-ci cessant de produire ses effets dès le moment où les circonstances qui l'ont provoquée ayant disparu, elle ne s'avère plus nécessaire.

Nous reviendrons sur cette question lorsque nous étudierons les techniques d'aménagement de ces principes constitutionnels de base par le législateur.

## 2.- Les droits économiques et sociaux.

Ces droits, en général, sont beaucoup moins bien garantis que les libertés traditionnelles et la pratique tend à démontrer qu'ils ne sont que rarement insérés dans les dispositions expresses de la Constitution <sup>34</sup>.

Observons d'ailleurs que la reconnaissance de ces droits fondamentaux que sont notamment le droit au travail, à la santé, à la sécurité et à la protection sociale ou à un environnement favorable, n'est nullement liée au fait que ces droits soient proclamés expressément dans la Constitution.

L'expérience montre au contraire qu'il n'existe aucune corrélation entre ce fait et le niveau effectif de protection et de prestations. Un pays peut avoir une législation économique et sociale progressiste (et même d'avant-garde), sans pour autant que ces principes figurent dans la Constitution. Le citoyen est souvent mieux protégé dans ce domaine par les lois et autres normes adoptées par le Parlement qu'il a élu.

Il est dangereux de croire - ainsi que le souligne le professeur Mast <sup>35</sup> - à la toute-puissance du verbe constitutionnel; mieux vaut ne jamais perdre de vue qu'un droit vécu vaut mieux qu'un droit proclamé. Reconnaître des droits est une chose, les mettre en oeuvre et les respecter en est une autre.

Faut-il pour autant en conclure à l'inutilité de les inscrire dans la Constitution ?

Nous ne le pensons pas mais il convient d'agir avec circonspection.

Il faut en effet veiller à ne pas inscrire trop de droits et d'obligations dans la Constitution, "la sauvegarde des droits fondamentaux devant garder une certaine pureté et inconditionnalité" <sup>36</sup> et se garder d'énoncer dans ce texte certaines valeurs de solidarité qui, tout en étant sans doute très respectables, ne seraient pas partagées par l'ensemble de la société.

---

Mieux vaut donc n'introduire dans la Constitution que les droits économiques et sociaux fondamentaux qui permettront à chacun de jouir pleinement des libertés classiques et qui devraient toujours être respectés.

L'inscription de trop nombreux droits économiques et sociaux dans la Constitution risque de plus de réduire de façon inconsidérée la marge de manoeuvre du Parlement dans la mesure où les représentants de la Nation, élus démocratiquement, ne pourraient plus décider librement et avec la souplesse que requiert la réglementation en cette matière.

On peut également observer que les pays qui ont entré dans leur Constitution une "sorte de catalogue" de droits économiques et sociaux impliquant des prestations, ont beaucoup de mal à concrétiser ces droits sur le plan juridique. "Presque nulle part, la jurisprudence et la doctrine ne sont parvenues à intégrer pleinement ces droits à la notion de "droit fondamental". On a dès lors l'impression que ces droits fondamentaux ont, à un certain moment, été inscrits dans la Constitution pour des raisons politiques, alors qu'ils n'étaient pas pleinement reconnus sur le plan juridique" <sup>37</sup>.

Notons enfin que les droits économiques et sociaux fondamentaux ne semblent devoir être introduits dans la Constitution avec quelque chance de succès que dans la mesure où existe déjà un tissu légal qui permette la réalisation de l'objectif de principe.

Au vu de ces réflexions, quels grands principes convient-il d'introduire dans la Constitution au titre des droits économiques et sociaux, et selon quelles modalités ?

Il semble préférable d'affirmer d'abord le principe même de la reconnaissance globale de ces droits et de ne fixer ensuite que des normes minimales, non pour limiter ces droits mais afin de se garder de vaines promesses qui ne pourraient être tenues pour des raisons économiques ou autres et de conférer à ces droits la plus grande efficacité juridique. Il est en effet malsain d'octroyer au citoyen des droits qu'il ne sera pas en mesure d'exercer par la suite.

Serait aussi inscrit le principe même de chacun de ces droits : point n'est besoin d'alourdir le texte de la Constitution par une définition circonstanciée, la plupart de ces droits bénéficiant déjà d'une certaine reconnaissance législative.

L'énoncé de ces droits constituerait un noyau dur de portée normative qui devrait être respecté en tout temps.

Certains de ces droits pourraient d'ailleurs être formulés sur le mode négatif : "Personne ne peut être privé de ... tel droit fondamental que dans les cas et selon les modalités prévues par la loi".

Cette façon de procéder confère une garantie concrète et une efficacité maximale sur le plan juridique.

Le "noyau dur" qu'un Etat moderne devrait consacrer dans sa Constitution aux droits économiques et sociaux se résume à quelques droits fondamentaux tels :

---

- le droit au travail;
- le droit à la santé;
- le droit à la sécurité sociale;
- le droit à la sécurité d'existence;
- le droit à un logement convenable;
- le droit à un environnement favorable;
- le droit aux loisirs.

Le principe de chacun de ces droits étant posé, c'est au législateur ordinaire que revient donc le soin de définir la nature et le contenu de ces droits, d'en assurer la protection, d'en régler l'exercice et d'adapter en tout temps et avec souplesse ces droits à l'évolution dynamique de la société.

#### **IV.- Quelle place réserver au législateur dans le domaine économique ?**

Son rôle en matière économique est fondamental, sans pourtant être illimité.

C'est à lui que le Constituant s'en remet pour l'aménagement détaillé du régime des principes fondamentaux du système économique qu'il a arrêté.

Quel que soit le but poursuivi -organisation de l'économie, maintien de l'ordre public, protection du consommateur ou de la probité des relations commerciales- ou les modalités des mesures adoptées -réglementation, déclaration, autorisation, interdiction-, toute réglementation administrative qui restreint tant soit peu les droits et libertés économiques, qu'elle soit de simple exécution ou prise sur habilitation, doit trouver son origine dans la loi. Celle-ci n'est-elle pas en effet l'expression de la volonté générale ?

Cette loi peut être de portée très large et viser indifféremment la sécurité, la salubrité ou la tranquillité publique dans tous les domaines; elle traite alors de questions d'intérêt commun relatives à des activités indifférenciées des administrés. Elle est aussi souvent spéciale et particulière en ce sens qu'elle entend régler elle-même -ou habiliter l'Exécutif à le faire- des domaines déterminés <sup>38</sup>, des activités économiques données <sup>39</sup> envisagées comme fonction de l'économie nationale et par là de l'intérêt général; cette loi touche alors très directement à l'organisation de la production, de la distribution ou des services.

Rappelons toutefois que ces atteintes et restrictions ne peuvent évidemment remettre en cause l'existence même de ces droits et libertés; tout au plus visent-elles à en aménager ou à en réglementer l'exercice.

Mais quelles sont les techniques d'aménagement des libertés publiques par le législateur ?

---

Lorsque l'Etat entend, moyennant intervention du législateur, aménager l'exercice d'un principe de base, notamment la liberté économique, deux grandes options s'offrent à lui : ou bien il décide d'intervenir directement dans l'économie en se faisant industriel, commerçant, financier - soit lui-même, soit par personne interposée-, ou bien il réglemente -dans un but économique ou non- l'exercice d'une profession, d'une activité, en recourant le plus souvent à des moyens d'autorité <sup>40</sup>; n'entendant pas alors se substituer à l'initiative privée dont les activités restent libres en principe, il recourt aux procédés de l'interventionnisme indirect : il impose, soumet à déclaration, autorise ou interdit des activités économiques de plus en plus nombreuses.

La caractéristique majeure de ce second aspect de l'intervention des pouvoirs publics -le seul que nous retiendrons ici- est que l'Etat modèle, unilatéralement et par la contrainte <sup>41</sup>, l'activité économique "en agissant de l'extérieur sur les conditions de la production, de la distribution ou de la consommation et oblige ainsi les entreprises privées à se conformer aux buts -économiques ou non- fixés par le Gouvernement" <sup>42</sup>.

Les moyens unilatéraux de contrainte peuvent se ramener à deux grands régimes :

1) le régime répressif, qui laisse se développer l'activité économique selon la propre détermination de l'administré et n'intervient que pour en réprimer les excès; toutefois, "cette liberté ne pourra s'exercer le plus souvent qu'à l'intérieur de limites préalablement posées par le législateur, sous peine de sanctions pénales" <sup>43</sup>.

A ce régime, ressortit la technique de la réglementation contrôlée qui se caractérise par le fait que le législateur se borne à réglementer par avance l'activité économique des particuliers et à la soumettre à certaines conditions dont l'observation est alors vérifiée a posteriori par l'autorité, suite à un contrôle visant à réprimer les infractions. Ce type d'intervention, convenons-en, n'apporte que des restrictions limitées à la liberté économique, aucune intervention préalable de l'administration n'étant requise avant que puisse s'exercer une activité <sup>44</sup>.

2) Moins favorable à la liberté économique est assurément le régime préventif qui subordonne l'exercice d'une activité à déclaration ou à autorisation de l'autorité publique et prohibe, dans certains cas, purement et simplement ladite activité (régime des interdictions). Son but n'est plus tellement de punir après coup les abus mais d'empêcher qu'ils se produisent; à cette fin, il permet de soumettre à un contrôle administratif préalable l'exercice d'une activité économique.

Au nombre des procédés qui relèvent du régime préventif, figurent, selon une gradation ascendante des atteintes portées à la liberté économique, la déclaration préalable <sup>45</sup>, l'autorisation <sup>46</sup>, et l'interdiction <sup>47</sup>.

---

Sans vouloir entrer dans une analyse détaillée de la nature juridique des diverses techniques, il nous semble cependant intéressant d'établir leurs points de convergence et de divergence et de formuler à ce propos quelques observations : alors que le régime de l'interdiction, une fois adopté, fait disparaître, dans le domaine concerné et relativement aux activités données, toute liberté d'action des agents économiques privés -et, en ce sens, il se rapproche du système de l'autorisation qui implique une prohibition légale et de principe d'une activité, tout en réservant néanmoins à l'administré la possibilité de lever celle-ci aux conditions et suivant les modalités arrêtées par la loi ou en vertu de celle-ci-, il n'en reste pas moins vrai que le recours à cette technique présuppose un régime de liberté économique. Il présente sur ce point une analogie évidente avec la technique de la déclaration; celle-ci ne confère toutefois pas, en principe, à l'autorité un "pouvoir d'empêcher" quand bien même elle peut servir de catalyseur pour la mise en oeuvre de techniques interventionnistes beaucoup plus caractérisées, telles l'autorisation préalable ou l'interdiction.

La déclaration, qui présente un caractère hybride, s'apparente au régime préventif dans la mesure où elle facilite la prévention et la surveillance d'une activité; elle se rattache au système répressif en ce sens qu'elle prépare et ouvre la voie à l'action répressive, grâce aux informations recueillies.

Quant à la technique de l'autorisation, elle subordonne l'exercice d'une activité économique, d'une profession, à l'obtention d'un acte permissif de l'autorité publique. Dans la mesure où l'agrément, l'autorisation constituent un préalable obligatoire à l'exercice d'une activité ou à la création d'un organisme <sup>48</sup>, ils représentent une limitation importante à la liberté économique, limitation d'autant plus tangible que l'administration se voit souvent investie d'un pouvoir d'appréciation étendu dans la procédure d'octroi ou de refus d'autorisation et que le juge administratif manifeste une réserve parfois excessive dans le contrôle de la légalité des décisions prises dans le cadre de cette technique de réglementation.

Ce procédé qui, à l'instar de la déclaration, subordonne l'exercice de la liberté à une démarche initiale auprès de l'autorité, implique, contrairement à celle-ci, un contrôle a priori de l'administration sur l'activité qui ne pourra être mise en oeuvre qu'après vérification préalable de sa conformité avec les dispositions en vigueur et intervention permissive de l'autorité se concrétisant dans une décision unilatérale à caractère individuel. Force est cependant de constater qu'une fois l'autorisation délivrée, l'exercice de l'activité ne s'en trouve pas moins soumis, en vertu de la loi, à un contrôle plus ou moins étendu de type répressif qui vient renforcer et perpétuer, si besoin en était encore, l'atteinte à la liberté économique.

Ce panorama rapide des différents modes d'interventionnisme indirect mis à la disposition du législateur étant brossé à grands traits, il nous semble indispensable, avant d'envisager le rôle du pouvoir réglementaire dans le domaine économique, de faire brièvement le point sur les techniques législatives utilisées qui présentent en cette matière un certain particularisme.

A côté des "lois proprement dites" - c'est-à-dire celles par lesquelles le législateur règle directement, de façon générale et permanente, des questions d'intérêt commun - qui se suffisent à elles-mêmes et ne nécessitent pour s'appliquer que des arrêtés de pure exécution, existent des lois dites "attributives" qui confèrent à l'Exécutif ou à d'autres autorités des attributions pour lesquelles la Constitution ne les a pas formellement désignés. Elles se subdivisent elles-mêmes en "lois de cadre" et en "lois de pouvoirs spéciaux".

---

- Les lois de cadre.

Le législateur, dans ces textes généralement très courts, se contente d'énoncer les lignes de force et les principes directeurs qu'il entend voir respecter par le pouvoir exécutif auquel il confie, par ailleurs, le soin d'arrêter une réglementation détaillée de la matière.

Ces lois, très fréquentes dans le domaine économique, concernent notamment la protection de la santé des consommateurs, le contrôle des denrées alimentaires, les pratiques du commerce en ce qui concerne, notamment la dénomination et la composition des produits, le statut des agences de voyages ou des établissements hôteliers, et nous pourrions multiplier les exemples...

- Les lois de pouvoirs spéciaux.

Elles confèrent à l'Exécutif, souvent à titre temporaire, le pouvoir -parfois très limité- de prendre certaines mesures qui rentrent normalement dans les compétences du pouvoir législatif, notamment le pouvoir de modifier, abroger ou remplacer les lois existantes; elles s'analysent donc comme une véritable délégation de compétence du Législatif à l'Exécutif.

Le recours à ce procédé permet au Gouvernement d'opérer de façon extrêmement rapide des réformes essentielles et d'assurer ainsi le maintien ou le redressement économique et financier du pays par l'adoption de mesures qui, normalement, auraient nécessité une intervention du législateur.

Venons-en maintenant au rôle de l'Exécutif dans le domaine économique.

#### **V.- Importance du pouvoir réglementaire dans le domaine économique.**

Quel que soit le rôle fondamental reconnu, il y a un instant, au législateur en cette matière, il n'en faut pas pour autant considérer comme élément négligeable le pouvoir de réglementation reconnu à l'administration dans ce domaine.

Alors que la conception libérale classique marquait plutôt une certaine défiance vis-à-vis de l'Exécutif et avait donc tendance à réduire le plus possible les interventions du pouvoir réglementaire dans le domaine des libertés publiques <sup>49</sup>, on ne peut que souligner, au contraire, la place particulièrement large occupée par le règlement en tant que source interne du droit public économique.

La raison en est simple : la matière ne requiert-elle pas en effet une souplesse particulière imposée par les besoins de la vie économique que la loi ne peut pas toujours procurer ? Les dispositions en cette matière doivent pouvoir en effet évoluer et être facilement et rapidement modifiées; il y va d'une nécessité primordiale pour la vie économique.

Quel est dès lors, sur le plan réglementaire, le champ d'action de l'administration en ce domaine et quelles en sont les limites ?

---

S'il entre dans les compétences du législateur, en vertu de la Constitution, de poser les règles de fond qui régissent les conditions du marché et de réglementer en conséquence notamment la production, le commerce et les professions, la réponse mérite d'être plus nuancée en ce qui concerne les autorités administratives qui détiennent le pouvoir réglementaire, qu'elles ressortissent au Gouvernement national ou à d'autres corps subordonnés tels les pouvoirs locaux, les organismes décentralisés et spécialisés, et même les personnes privées investies de missions d'intérêt général.

Un principe s'impose : toute réglementation administrative adoptée en ce domaine, quel qu'en soit le niveau, doit trouver son origine dans la loi.

Un règlement qui imposerait donc aux agents économiques privés des restrictions non prévues par la loi ou en vertu de celle-ci aux principes fondamentaux proclamés par la Constitution, serait entaché d'illégalité et comme tel annulable par la juridiction administrative pour excès de pouvoir.

L'exigence d'une habilitation législative est donc toujours requise et ce, quel que soit le rôle assigné à l'Exécutif :

- tantôt l'administration se contente d'exécuter purement et simplement la loi.  
Quel est dès lors son pouvoir ?  
Une jurisprudence bien établie reconnaît dans ce cas à l'Exécutif le pouvoir de dégager du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui, d'après l'esprit qui a présidé à son adoption et les fins qu'elle poursuit, en dérivent naturellement;
- tantôt l'habilitation du Législatif dépasse la simple exécution dans la mesure où elle procède d'une loi de pouvoirs spéciaux ou d'une loi de cadre.  
Elle confère alors à l'Exécutif une marge de manoeuvre qui peut se révéler extrêmement importante quand le législateur se contente notamment d'énoncer le principe de la réglementation ou de la limitation sans pour autant en formuler le contenu ni les modalités. L'Exécutif dispose alors très largement du choix des moyens; il choisira le mode de réglementation qui lui paraît le plus adapté compte tenu des objectifs fixés par le législateur (la réglementation contrôlée, la déclaration, l'autorisation, etc.).

Cette tendance à privilégier, dans une certaine mesure, comme sources de la légalité économique les lois attributives et les arrêtés réglementaires pris en exécution de celles-ci, n'est pas sans danger.

Certes, nous l'avons souligné, la règle de droit doit, dans ce domaine, présenter une certaine mobilité et ménager à l'administration le pouvoir d'agir rapidement, de s'adapter aux circonstances économiques changeantes. Cette dernière disposera donc d'une liberté d'action assez grande et d'un pouvoir d'appréciation étendu.

Mais ces assouplissements nécessaires du principe de légalité devraient aller de pair avec une détermination plus précise des buts poursuivis par le législateur<sup>50</sup> et des moyens susceptibles d'être mis en oeuvre<sup>51</sup>, ce qui permettrait aux juridictions tant administratives que judiciaires d'exercer un contrôle plus strict de l'activité réglementaire de l'administration.

---

Formulons rapidement une dernière remarque.

Comme nous l'avons observé tout à l'heure, les sources réglementaires du droit public économique ne sont pas uniquement concentrées dans la réglementation adoptée au niveau du Gouvernement central, mais elles peuvent aussi résulter de règlements émanant d'organismes publics décentralisés et spécialisés, de pouvoirs locaux et même parfois d'organismes professionnels privés.

Un tel phénomène n'a pas de quoi étonner dans la mesure où une des caractéristiques du pouvoir réglementaire en matière économique <sup>52</sup> est de "descendre assez bas dans la hiérarchie administrative" afin de mieux saisir la réalité économique. C'est d'ailleurs ce que souligne M. Gaudemet lorsqu'il note que "les actes qui édictent les règles de l'administration économique occupent, pour la plupart, les derniers échelons de la hiérarchie des règles juridiques, ce qui leur laisse une grande souplesse, puisqu'ils peuvent, en raison de leur forme, être modifiés aisément" <sup>53</sup>.

\*

\*      \*

Telles sont, rapidement exposées, les quelques réflexions suscitées par le thème combien important qu'il nous a été demandé de traiter.

Nous nous efforcerons, dans notre exposé oral, de concrétiser les lignes de force que nous avons dégagées dans notre rapport écrit.

Fondements constitutionnels du système économique au cours de la période post-totalitaire en république de bulgarie - Rapport de Mme. Snezhana BOTUSHAROVA

Docteur en droit, Vice-présidente de l'Assemblée nationale

1. Les Etats postcommunistes sont caractérisés par le passage à une économie de marché liée à l'institutionnalisation de la propriété privée dont l'existence est garantie, ainsi qu'à la décentralisation de la gestion économique. La Constitution de la République de Bulgarie, adoptée le 12 juillet 1991, contient des dispositions qui consacrent ces deux critères économiques fondamentaux.

Les dispositions de la Constitution jouent un rôle extrêmement important lorsqu'il s'agit d'établir les fondements juridiques de relations et de mécanismes de marché. La Constitution en elle-même n'est pas un instrument juridique suffisamment souple pour servir de cadre à une économie de marché dynamique. Aussi un examen des fondements constitutionnels exigerait-il qu'on se réfère à d'autres lois susceptibles de consolider ces bases et de les rendre plus concrètes. De par leur nature même les fondements constitutionnels ne possèdent pas la même faculté d'adaptation à l'état du marché que la réglementation juridique et administrative.

---



Le succès d'un mécanisme de marché dépend non seulement des normes juridiques qui réglementent le système économique, mais aussi de l'existence d'un environnement assurant des conditions favorables telles que la stabilité financière et sociale, l'égalité d'opportunité pour les agents économiques, une politique fiscale appropriée, attrayante pour les investisseurs étrangers, une législation protégeant contre la concurrence déloyale, etc.

Les conventions, accords et autres instruments internationaux sont également très importants si l'on veut accélérer le passage à une économie de marché.

Aussi le rôle que la Constitution peut jouer et joue effectivement est-il de définir les règles et principes de base appelés à régir la structure et le fonctionnement de l'Etat et les rapports hiérarchiques entre ses différentes institutions. Ces règles sont à caractère institutionnel et procédural mais créent également l'"intégrité" dite "législative", dont l'absence rendrait impensable le passage à la propriété privée, à l'économie de marché et à la protection des droits de l'homme.

La Constitution énonce les principes et règles de base conformément auxquels l'Etat doit être administré, et répartit les compétences et les attributions entre les différents secteurs du pouvoir. En même temps, elle assure la protection juridique des membres de la société dans une situation d'économie de marché.

2. Le cadre constitutionnel dans lequel s'opère cette transition, conformément à la Constitution bulgare en vigueur, présente certaines caractéristiques spécifiques.

Premièrement, l'Etat qui est en voie de création (selon le préambule) est un Etat de droit et un Etat social. Ces principes trouvent leur expression dans le texte de la Constitution mais sont affirmés avec plus de netteté encore dans le processus normatif en cours à l'Assemblée nationale. Un Etat peut être considéré comme social une fois que la transformation de son système économique est achevée et que les relations de marché sont stabilisées.

Deuxièmement, la Constitution est la loi suprême (article 5, paragraphe 1) et ses dispositions s'appliquent directement (article 5, paragraphe 2). Leur applicabilité directe atteste la nécessité d'accorder une attention plus grande au fondement constitutionnel du système économique.

Troisièmement, les traités internationaux sont partie intégrante du droit interne et l'emportent sur toutes ses normes contraires.

Aux fins d'une appréciation plus exacte du cadre constitutionnel, il convient de se reporter à la décision n° 7 de la Cour constitutionnelle de la République de Bulgarie. L'importance de cette décision procède, d'une part, de la cohabitation de la nouvelle Constitution et de la nouvelle législation qui s'en inspire, et, d'autre part, de très nombreux lois et décrets anciens mais encore en vigueur, dont beaucoup ont été adoptés par des institutions d'Etat qui n'existent plus.

En vertu de la Constitution en vigueur, les traités internationaux doivent, pour faire partie intégrante du droit interne et entrer en application, être ratifiés selon les modalités prévues dans la Constitution, à savoir par l'Assemblée nationale par voie d'adoption d'une loi qui doit ensuite être promulguée dans le Journal officiel et mise en vigueur. C'est ainsi que les normes que ces traités contiennent deviennent sources de droits et d'obligations pour les sujets de droit interne. L'adoption de la nouvelle Constitution a consacré cette pratique, par exemple en ce qui

concerne: la loi sur la ratification du Statut du Conseil de l'Europe daté du 5 mai 1949; l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe daté du 2 septembre 1949 et le Protocole additionnel à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe daté du 6 novembre 1952; la loi sur la ratification de la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements; et le Protocole portant création de la Société financière internationale.

Selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle, les traités internationaux existants deviennent partie intégrante du droit interne s'ils ont été ratifiés et sont entrés en vigueur en République de Bulgarie, quand bien même ils n'auraient pas été déclarés exécutoires à une époque où une telle déclaration n'était pas requise au stade de la ratification. Mais dans ce cas ils ne l'emportent pas sur les normes de droit interne.

Outre les principes fondateurs de l'économie de marché, qui seront examinés dans le chapitre suivant, des garanties sont offertes à chaque citoyen. Une de ces garanties est l'égalité devant la loi (article 6 de la Constitution) et l'interdiction de limiter des droits ou d'accorder des privilèges fondés sur la race, l'appartenance ethnique, le sexe, l'origine, la religion, l'instruction, l'appartenance politique, la situation personnelle, sociale ou patrimoniale.

L'égalité devant la loi a été érigée en principe constitutionnel de base, ancré dans les fondements de la société civile et de l'Etat. Le principe sous-tend le système juridique tout entier, et c'est sur sa base qu'est interprétée et appliquée la Constitution et accomplie l'activité normative. En même temps, l'égalité devant la loi est aussi un droit fondamental reconnu à tous les citoyens. Ce principe trouve en outre son expression dans plusieurs dispositions spécifiques, dont certaines traitent des droits économiques et sociaux des citoyens. L'égalité devant la loi présuppose aussi l'égalité devant tous les autres instruments juridiques, et pas seulement devant la loi au sens étroit de l'Assemblée nationale.

Il faut souligner que les droits économiques et sociaux fondamentaux des citoyens bulgares font également partie des fondements constitutionnels du système économique: le droit d'association (article 12), le droit au travail (articles 16 et 48), le droit à la propriété et le droit à la succession (article 17, paragraphe 1). L'Etat a l'obligation d'assurer l'application du droit constitutionnel au travail. L'Etat est en outre chargé de créer les conditions qui permettront aux personnes atteintes d'infirmités physiques ou d'anomalies psychiques d'exercer leur droit au travail. Le droit de grève et le droit à la sécurité sociale et à l'aide sociale ont également trouvé leur expression dans la Constitution.

3. Sont également pris en considération dans le cadre constitutionnel du système économique, les éléments suivants:

- 1) la propriété;
- 2) la terre et la protection spéciale dont elle bénéficie;
- 3) la libre entreprise (protection contre l'abus des monopoles et contre la concurrence déloyale et protection du consommateur ainsi que des investissements et de l'activité économique des citoyens bulgares et étrangers (article 19);
- 4) les impôts (article 60).

En pratique, deux questions jouent un rôle déterminant dans la transition: la privatisation et la propriété privée des moyens de production.

La Constitution de la République de Bulgarie établit le principe selon lequel le droit à la propriété et le droit de à la succession sont garantis et protégés par la loi (article 17), de même que le principe de l'inviolabilité de la propriété privée.

L'expropriation forcée ne peut être opérée que dans des conditions particulières, clairement définies: par exemple, la nationalisation peut uniquement être effectuée pour faire droit à des besoins de l'Etat ou des communes, à condition qu'il soit impossible d'y faire droit d'une autre manière, et uniquement si une juste indemnisation a été préalablement garantie. Une telle décision ne peut être prise que par le corps législatif, et sous forme de loi. Ces principes constitutionnels, bien connus de longue date, sont actuellement réaffirmés en cette période de transition vers une économie de marché.

En Bulgarie, le processus de création d'une économie de marché a commencé par la restitution de biens confisqués ou nationalisés sous le régime communiste. L'assouplissement du contrôle de l'Etat, une meilleure protection de la propriété privée et le rétablissement du droit original ont été facilités par de profondes modifications de la loi sur la propriété, de la loi sur la succession, de la loi sur les biens d'Etat, de la loi sur la propriété et l'utilisation des terres agricoles, de la loi de rétablissement des droits de propriété sur certains magasins, ateliers et entrepôts, de la loi de rétablissement des droits de propriété sur les biens immeubles expropriés, de la loi de rétablissement des droits de propriété sur certains biens nationalisés dans le cadre de la loi sur l'aménagement du territoire (national et communal), de la loi d'urbanisme, de la loi sur les biens d'Etat et de la loi sur le patrimoine, de la loi de rétablissement des droits de propriété sur les biens immeubles des citoyens bulgares d'origine turque qui ont demandé l'autorisation de se rendre en Turquie et dans d'autres Etats au cours de la période de mai à septembre 1989, de la loi de rétablissement des droits de propriété sur les biens et avoirs de l'Eglise catholique sur le territoire de la République populaire de Bulgarie au titre du décret n° 88 du Présidium de l'Assemblée nationale daté du 12 mars 1953.

Il ressort d'une étude de la restitution opérée en Bulgarie qu'au 31 octobre 1992, 51 245 demandes de restitution avaient été déposées en vertu des lois relatives à la restitution et que 45,9 % de tous les biens expropriés avaient été restitués. Environ 82 % de ces biens sont situés dans des villes et 18 % seulement dans des villages. Ont surtout été restitués - à raison de 70 % -, des magasins, des pharmacies, des restaurants et des bâtiments administratifs. 60 à 70 % des entrepôts, établissements sanitaires, dépôts d'autobus, centres d'accueil de jour et boulangeries ont déjà été restitués. En ce qui concerne le rétablissement des droits de propriété sur les lieux de culte, les garages, les parcelles intra-muros, les taux de restitution sont un peu moins élevés. Un tiers seulement de ces biens ont été rendus à leurs propriétaires. Cela tient notamment au fait que leur restitution fait l'objet d'un moratoire provisoire.

Il ressort d'études que le prix des biens restitués est nettement inférieur à leur valeur commerciale réelle.

En définitive, la restitution aurait pu être opérée bien plus rapidement, en présence de dispositions juridiques précisant clairement le traitement à réserver aux biens dont la propriété est contestée en justice, ce qui entraîne un ralentissement du processus de restitution. L'adoption d'un règlement d'application des lois de restitution faciliterait la procédure de rétablissement des droits de propriété sur ces avoirs, qui se sont accrus, par exemple dans les cas où l'Etat a investi dans la reconstruction des installations initiales.

L'autre mode essentiel de transformation de la propriété de l'Etat consiste en la privatisation. Il n'existe pas de bases constitutionnelles à cet égard. Le processus de privatisation est lent et complexe, nonobstant le fait que plusieurs cabinets ont fait de la privatisation leur objectif principal.

La privatisation est régie par la loi de 1992 sur la transformation et la privatisation des entreprises appartenant à l'Etat et aux communes. Les organes publics responsables de la privatisation sont le Conseil des ministres et l'Agence de privatisation. L'Assemblée nationale est censée adopter des programmes annuels de privatisation conçus par l'Agence de privatisation et approuvés par le Conseil des ministres. Le premier de ces programmes n'a pas été adopté car les commissions de l'Assemblée nationale l'ont rejeté.

Selon les chiffres de l'Agence de privatisation, on compte actuellement 4 500 entreprises appartenant à l'Etat. En vertu du projet de programme pour 1993, des procédures de privatisation devraient être engagées pour 318 entreprises dont 150 sociétés. 218 entreprises, dont 98 sociétés, pour lesquelles une procédure de privatisation est déjà en cours, seront vendues. A ce jour, plus de 90 % de toutes les entreprises sont propriété de l'Etat. En Bulgarie, l'exécutif a adopté des instruments concrets pour opérer une transition fondée sur l'association d'approches monétaires et d'approches structurelles. Les prix ont été libérés, les taux d'intérêt relevés, pour réduire l'emprunt, l'inflation est maîtrisée, l'augmentation des salaires dans l'administration budgétaire a été jugulée et la parité de change entre le Lev bulgare et le dollar des Etats-Unis maintenue dans certaines limites. L'approche structurelle suppose une restructuration de l'industrie d'Etat dans le cadre de programmes expressément conçus pour chaque secteur industriel.

La Constitution de la République de Bulgarie établit une distinction entre le domaine privé et le domaine public. Mais, au plan juridique, on n'opère pas encore de différenciation entre les deux, non plus qu'on n'opère de différenciation nette entre le régime applicable aux divers groupes de biens d'Etat et celui applicable aux biens des communes.

Les droits de propriété qui appartiennent exclusivement à l'Etat sont clairement précisés et concernent notamment les ressources minérales et autres, l'ensemble des plages, routes nationales, eaux, forêts et parcs nationaux ainsi que les réserves archéologiques telles qu'elles sont définies par la loi (article 18, paragraphe 8). L'Etat conserve des droits de souveraineté sur le plateau continental, les radio fréquences, etc. Son droit exclusif sur les chemins de fer, les réseaux nationaux des postes et télécommunications, l'énergie nucléaire, la production nucléaire, d'armements, d'explosifs et de substances hautement toxiques est établi par la loi. Il s'agit, en l'occurrence, d'un monopole d'Etat. Des concessions dans les domaines susmentionnés seront accordées en vertu d'actes de droit. Il est prévu de tenir prochainement un débat parlementaire sur la loi relative aux biens d'Etat.

Une distinction entre les biens appartenant à l'Etat et ceux appartenant aux communes a été opérée par voie de modification de la loi sur la propriété et de la loi de 1991 sur les collectivités locales et l'administration locale. De ce fait, les communes sont maintenant bien plus nombreuses à gérer elles-mêmes leurs biens, cependant que leur autorité s'est renforcée.

La terre fait l'objet d'une attention particulière. La Constitution prévoit des mesures de protection spéciales pour la terre, qui est définie comme étant la richesse nationale essentielle. Les terres arables peuvent uniquement être affectées à des fins agricoles. Leur affectation peut être modifiée à titre exceptionnel, dans un cadre juridique, mais uniquement si la nécessité en a été établie. La loi de 1991 sur la propriété et l'utilisation des terres agricoles est l'un des actes

législatifs les plus vivement contestés et a souvent été modifiée à la suite de l'évolution dynamique de la majorité parlementaire.

L'adoption de cette loi a ouvert la voie à la libre entreprise dans l'agriculture et à la concurrence entre les producteurs. Des intérêts politiques sont toutefois en train de ralentir l'introduction des principes de l'économie de marché dans l'agriculture. Selon les chiffres les plus récents fournis par le ministère de l'Agriculture, 6.164.012 decares de terres ont jusqu'à présent été rendus à leurs propriétaires, et des plans de restitution de terres sont prêts pour la restitution de 3.971.974 autres decares soit au total 10.135.986 decares. Cette superficie représente 21,32 % de l'ensemble des terres qui seront restituées.

La loi a pour effet économique le plus important de faire retrouver aux terres les limites qui étaient les leurs à l'époque où elles ont été expropriées et réunies au sein de coopératives, en 1946. Aujourd'hui, 41 % de toutes les terres agricoles sont cultivés à titre privé.

Les difficultés d'application des mécanismes du marché à l'agriculture sont imputables à des tentatives pour contourner la loi par maintien des anciennes coopératives ou création de nouvelles coopératives, sans qu'une distinction soit faite entre les apports de terres par les membres, ainsi qu'à des tentatives pour ralentir le processus de répartition des terres.

Le principe de l'économie de marché a également trouvé son expression dans la Constitution. Il faut, de surcroît, établir des lois qui offrent à tous les citoyens et à toutes les personnes morales des conditions égales pour la poursuite de leur activité économique, en les préservant des abus des monopoles et de la concurrence déloyale et en protégeant le consommateur, les investissements et les entreprises des citoyens bulgares et étrangers ainsi que des sociétés.

De toute évidence, une restructuration de l'économie, orientée vers le marché, et le déploiement de la libre entreprise supposent que soient garanties des conditions propices à la libre concurrence entre les producteurs. La première loi économique adoptée en 1991, à savoir la loi sur la protection de la concurrence, vise à encourager celle-ci et à rendre les biens et services bulgares plus compétitifs. Un organe public indépendant et spécialisé - la Commission pour la protection de la concurrence - a été créé pour veiller à l'application de la loi. Il existe aussi une loi destinée à réprimer le marché noir, qui s'est toutefois révélée insuffisante.

La loi sur le commerce, qui vient d'être adoptée, définit la portée juridique de plusieurs expressions et la dynamique commerciale en passant en revue les divers types de contrats. Le chapitre consacré aux faillites n'a pas encore été adopté. Mais aucun passage à l'économie de marché ne serait possible à défaut de telles dispositions. La loi de 1992 sur l'activité économique des ressortissants étrangers et la protection des investissements étrangers et la loi de 1991 sur les coopératives sont déjà en vigueur.

Les impôts sont un autre aspect essentiel de l'économie de marché. La Constitution fait obligation aux citoyens d'acquitter les impôts et les droits déterminés par la loi. Le montant de ces redevances est déterminé selon le principe de proportionnalité des revenus et de la fortune (article 60). On s'efforce de trouver un critère juste pour fixer les montants des impôts. Les allègements fiscaux et les augmentations d'impôts peuvent uniquement être décrétés par la loi. La fiscalité est fondée en droit.

Les dispositions de la Constitution ont trouvé leur expression dans les modifications apportées à l'ancienne loi relative à l'impôt sur le revenu et à la loi sur les impôts et droits locaux. La loi sur

l'administration fiscale, la loi de procédure fiscale et la loi sur la taxe à la valeur ajoutée ont été adoptées récemment. D'autres dispositions fiscales sont à l'examen. Selon un avis quasi général, on est en train de poser les fondements juridiques d'une nouvelle fiscalité qui est compatible avec une économie de marché et qui encourage l'entreprise privée.

4. Les pouvoirs des principaux organes de l'Etat - assemblée nationale, conseil des ministres, président, autorités et administrations locales - sont exercés dans l'ordre hiérarchique, en fonction de leur type et conformément aux bases constitutionnelles du système économique de la période post-communiste en Bulgarie.

En résumé, on peut conclure que les problèmes juridiques, politiques et sociaux liés au passage à une économie de marché et à la priorité accordée à l'initiative privée seront résolus tant par le pouvoir législatif que par le pouvoir exécutif conformément aux principes énoncés dans la Constitution.

### **c. LA BASE CONSTITUTIONNELLE DU SYSTÈME ÉCONOMIQUE PENDANT UNE PÉRIODE DE TRANSITION DE L'ÉCONOMIE PLANIFIÉE À UNE ÉCONOMIE DE MARCHÉ**

Résumé de la discussion

#### 1. Les sources du droit économique

Il a été souligné que, pour les Etats membres de la Communauté européenne, le droit communautaire revêt une importance toujours croissante en tant que source du droit économique. Le droit communautaire prévaut sur une loi nationale contraire. En Belgique, il prévaut même sur la constitution belge.

Les constitutions de la plupart des pays occidentaux comportent peu de dispositions relatives à l'ordre économique. En Allemagne, le corps législatif possède d'amples pouvoirs de décision en ce qui concerne le système économique dès lors qu'il respecte les droits de la première génération (libertés fondamentales traditionnelles) inscrits dans la loi fondamentale (Grundgesetz). Celle-ci consacre en particulier une liberté générale de comportement et des libertés spécifiques comme celle de choisir sa profession, etc. Des restrictions ne peuvent être apportées à ces libertés que pour un motif légitime au regard de la constitution, à condition que le principe de proportionnalité soit respecté (c'est-à-dire que la restriction soit nécessaire pour parvenir au but poursuivi et qu'elle constitue le moyen le moins rigoureux pour y parvenir) et que l'essence du droit fondamental soit préservée. A la suite du Traité d'unification qui envisage une révision de la loi fondamentale, il a été proposé d'y inclure les droits de la deuxième génération (droits sociaux et économiques). Selon toute probabilité, seul le principe de la protection de l'environnement y sera inscrit, non en tant que droit mais comme une disposition-programme dont l'exécution incombera au corps législatif. Dans le cadre de l'ordre juridique allemand, même ce type de disposition-programme peut avoir une importance concrète, car les tribunaux interprètent généralement la législation de droit commun à la lumière de tels principes. Il y a donc un risque que les tribunaux rendent trop de décisions qui incomberaient davantage aux hommes politiques. Un autre argument qui incite à la prudence dans ce domaine tient à ce que, par exemple, le droit au travail ne crée pas des emplois en soi, mais requiert un contrôle de l'Etat sur le marché du travail. Si l'Etat paraît incapable de répondre aux attentes nées de la proclamation de ces droits, il risque d'en résulter une insatisfaction à l'égard de la constitution.

La constitution belge est encore plus réservée en ce qui concerne le système économique. Elle ne garantit aucun droit économique ou social et ne consacre même pas la liberté générale du commerce et de l'industrie.

En Roumanie, la constitution comporte, outre un chapitre sur les droits fondamentaux, un autre consacré à l'économie et aux finances publiques.

Les participants bulgares ont exprimé une certaine préférence pour un noyau dur de règles fixes relatives au système économique qui ne seraient pas continuellement susceptibles de révision par des majorités parlementaires changeantes.

Il a été souligné qu'à l'échelon européen, la Convention européenne des Droits de l'Homme et la Charte sociale européenne constituent une assise pour les droits tant de la première que de la deuxième génération.

La portée des pouvoirs réglementaires de l'exécutif diffère largement entre les pays occidentaux. En Allemagne, l'exécutif n'exerce de pouvoir réglementaire que s'il y a été expressément habilité par une loi. Le contenu, le but et l'entendu de l'habilitation doivent être énoncés dans la loi. Cette base juridique doit être mentionnée dans l'ordonnance.

Par contre, en France, l'exécutif exerce un pouvoir réglementaire propre en vertu de l'article 37 de la constitution.

En Belgique, il a été largement recouru dans le domaine économique à des lois attributives de compétence à l'exécutif et les ordonnances fondées sur ces lois prévalent même sur les lois de caractère général.

## 2. Intervention de l'Etat sur le marché

Les subventions sont un moyen largement employé d'intervention sur le marché, tant en Europe occidentale que dans les pays en transition vers une économie de marché. En Bulgarie par exemple, des subventions spécifiques sont accordées aux sociétés privées nouvellement créées.

En Occident, on reconnaît de plus en plus qu'il ne sert à rien de tenter de maintenir économiquement en vie par des subventions des entreprises qui ne sont plus viables. De telles subventions peuvent néanmoins être justifiables dans le cas d'une restructuration de secteurs industriels comme la métallurgie. Dans le cadre de la Communauté, les subventions accordées par les Etats membres doivent être conformes aux dispositions du Traité de Rome et faire l'objet de négociations avec la Commission européenne.

Une ingérence étatique très rigoureuse dans le jeu du marché est la réglementation des prix. En Belgique, l'Etat a le pouvoir de fixer des prix maximums ou un "prix normal" sur la base du prix de revient augmenté d'un bénéfice raisonnable. L'Etat négocie même avec les acteurs économiques des prix de référence pour certains produits comme les carburants qui sont alors indexés. Il existe une tendance à la libéralisation, mais l'Etat maintient au moins l'obligation d'une notification des augmentations de prix pour que l'administration puisse, le cas échéant, réagir rapidement.

Dans d'autres pays, la réglementation des prix est pratique courante, en particulier pour des monopoles comme celui des tabacs ou les chemins de fer.

Il ne faut pas non plus perdre de vue que les demandes d'intervention et de protection de l'Etat ne viennent pas uniquement des acteurs économiques nationaux. En Pologne par exemple, General Motors a subordonné la réalisation d'importants investissements dans le pays à une protection du gouvernement contre des importations en provenance de la Communauté européenne.

## **DEUXIEME SEANCE DE TRAVAIL**

Présidée par Monsieur Godert W. MAAS GEESTERANUS

### **Les problèmes juridiques de la restitution**

La restitution des biens en Allemagne (de l'est)<sup>54</sup> - Rapport du Professeur Helmut STEINBERGER

Directeur de l'Institut Max Planck pour le droit public étranger et international, Professeur à l'Université de Heidelberg ; Vice-Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

### **Introduction**

La question de la restitution des biens est un peu plus complexe dans l'ex-RDA que dans les autres Etats anciennement communistes d'Europe orientale. Cela est dû principalement à quatre circonstances particulières.

D'abord, toute mesure visant à régler la restitution des biens - au moins jusqu'à la réunification effective des deux Allemagne - a dû être approuvée par les autorités de la RFA et par celles de ce qui était encore la RDA. D'un autre côté, les principales saisies de biens ont eu lieu dans la zone d'occupation soviétique en Allemagne, placée sous l'autorité des forces soviétiques d'occupation, entre 1945 et 1949, et l'Union Soviétique a veillé tout particulièrement à ce que ces actes ne soient pas annulés après la réunification allemande. En outre, la RDA a pris, avant la réunification, des mesures visant à rendre possible la restitution des biens précédemment confisqués; ces mesures n'ont pas toujours été parfaitement dans la ligne de la politique suivie par le Gouvernement fédéral après la réunification. En dernier lieu, la RDA n'a jamais pris elle-même de mesures pour indemniser les personnes persécutées pour des motifs politiques ou raciaux entre 1933 et 1945 et dont les biens ont été confisqués pendant cette période. Ainsi, la nécessité de dédommager ce groupe de personnes a existé parallèlement au problème général du dédommagement des personnes privées de leurs biens après 1945 par les autorités de la RDA.

---



Pour aider à mieux comprendre la situation actuelle, il convient de donner un bref aperçu de l'évolution historique de ce domaine juridique.

## **Partie 1: Historique de la question des restitutions**

### **I. La réglementation appliquée par la RFA avant la réunification: la loi de 1952 sur la péréquation des charges (Lastenausgleichgesetz)**

C'est en 1952, soit longtemps avant la réunification, que la RFA a promulgué la loi sur la péréquation des charges et les mesures d'application<sup>55</sup>. Les dispositions de cette loi ont permis de dédommager en partie de leurs pertes financières les personnes qui, en 1945 et 1946, ont dû quitter les anciens territoires allemands passés sous l'autorité polonaise ou soviétique ou qui ont dû abandonner la zone soviétique d'Allemagne par suite de la seconde guerre mondiale ou la RDA et dont les biens ont été confisqués. Toutefois, ces indemnités devront être remboursées à l'Etat allemand si ces personnes sont en mesure à l'avenir, ou ont déjà été à même, de récupérer leurs biens dans l'ex-RDA<sup>56</sup>. Si ces personnes peuvent prétendre à une indemnité en vertu de la prochaine loi d'indemnisation<sup>57</sup>, les versements effectués antérieurement s'imputeront sur le montant des réparations dues en vertu des nouvelles dispositions.

---

## II. Faits nouveaux postérieurs à la réunification

Avant même la réunification officielle des deux Etats allemands, c'est la RDA qui, après la révolution de 1989/90, a pris les premières dispositions en vue de la restitution des biens privés antérieurement expropriés.

- a. Verordnung über die Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüche (décret sur l'enregistrement de revendications patrimoniales - décret sur l'enregistrement)<sup>58</sup> du 11 juillet 1990<sup>59</sup>.

Ce décret a disposé que certaines revendications peuvent être présentées concernant notamment des biens immeubles, des droits réels sur des parties de biens immeubles, des biens meubles, ainsi que des entreprises et leur patrimoine situés sur le territoire de la RDA. Il a traité en particulier des revendications visant des biens saisis conformément aux lois de la RDA, en particulier les biens d'étrangers et de personnes qui avaient quitté la RDA sans autorisation<sup>60</sup>. L'article 1 (4) du décret a disposé toutefois que n'entraient pas dans le champ d'application de celui-ci, d'une part, les revendications sur des biens formulées par des étrangers et qui avaient fait l'objet d'un arrangement de la part de la RDA dans le cadre d'accords intergouvernementaux et, d'autre part, les expropriations qui avaient eu lieu sous l'autorité de la puissance d'occupation soviétique<sup>61</sup>.

- b. Gemeinsame Erklärung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen (déclaration conjointe des Gouvernements de la RFA et de la RDA sur le règlement de questions en suspens relatives aux droits de propriété) du 15 juin 1990.

A partir du début de 1990, le Gouvernement de la RDA a insisté pour qu'au moins certaines des expropriations effectuées sur son territoire ne soient pas annulées et qu'en conséquence elles ne donnent pas lieu à restitution<sup>62</sup>. Le 27 mars 1990, le Gouvernement soviétique a déclaré qu'il jugerait inadmissible lui aussi que les actes des autorités soviétiques d'occupation ou ceux commis sous son autorité pendant les années 1945-49 soient remis en question par l'Allemagne réunifiée<sup>63</sup>.

Influencés par cette déclaration, les deux Gouvernements allemands ont publié le 15 juin 1990 une déclaration conjointe disposant notamment que:

"1. Les expropriations réalisées sur la base de la loi ou sous la juridiction des puissances occupantes (entre 1945 et 1949) ne peuvent plus être annulées. Les Gouvernements de l'Union Soviétique et de la RDA ne voient pas la possibilité de reconsidérer les mesures prises à cette époque. Le Gouvernement de la RFA prend note de ceci dans le contexte des développements historiques intervenus. Il (le

---

Gouvernement de la RFA) estime qu'une décision finale sur la question de l'éventuel versement d'indemnités publiques doit être réservée à un futur parlement panallemand.

2. Les mesures touchant notamment aux biens détenus en trust seront levées.

3. En principe, ... les biens réels expropriés sont rendus à leurs anciens propriétaires ou à leurs héritiers."<sup>64</sup>

- c. Gesetz zur Privatisierung und Reorganisierung des volkseigenen Vermögens - Treuhandgesetz - (loi sur la privatisation et la réorganisation des biens étatisés du 17 juin 1990.

Pour mener à bien la tâche difficile consistant à privatiser les biens et les entreprises précédemment étatisés et pour restructurer son économie, la RDA a créé une nouvelle entité administrative, le *Treuhandanstalt*, qui est propriétaire de toutes les entreprises étatisées sises sur le territoire de l'ex-RDA. Avec son siège à Berlin et plusieurs succursales régionales, le *Treuhandanstalt* a pour mission de privatiser les anciennes entreprises étatisées, de rendre des biens immeubles disponibles, pour la réalisation d'investissements, de rendre les entreprises aussi concurrentielles que possible et, en dernier lieu, de liquider les entreprises qui ne peuvent pas être restructurées<sup>65</sup>.

- d. Gesetz über besondere Investitionen in der DDR du 26 juin 1990 - loi sur certains investissements dans la RDA.

Cette loi, qui a aussi été promulguée immédiatement avant la réunification, a disposé que - nonobstant toute demande en restitution de biens - des biens expropriés pouvaient valablement être vendus par la direction en place s'ils étaient nécessaires à la réalisation d'investissements déterminés et urgents. En pareil cas, l'investisseur devait solliciter une attestation sur le caractère prioritaire d'investissements ("*Investitionsvorrangbescheid*"), qui aurait pour effet d'empêcher une restitution ultérieure. Cette loi a été intégrée ultérieurement au Traité d'unification<sup>66</sup> et est donc restée en vigueur après le 3 octobre 1990 - jour de la réunification officielle - dans le cadre de la législation de la RFA.

- e. Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz) - loi sur le règlement des questions de propriété en suspens (loi sur la propriété) du 29 juin 1990.

Peu de temps après la déclaration conjointe susmentionnée, la RDA, qui existait encore à l'époque, a promulgué la loi sur la propriété, prévoyant en principe la restitution des biens confisqués après 1949<sup>67</sup>. Comme la loi sur certains investissements, cette loi sur les biens a été intégrée ultérieurement au Traité d'unification<sup>68</sup> et continue d'être en vigueur dans le cadre de la législation fédérale. En particulier, cette loi a disposé dans son article (3) que lorsqu'une demande en restitution était déposée conformément au décret d'enregistrement, un propriétaire devait s'abstenir de vendre les biens ou de conclure un accord de longue durée visant ces biens.

---