

REVISTA DA FACUL-
DADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



VOL. XXXIV

1993

COMISSÃO DE REDACÇÃO

PRESIDENTE

Prof. DOUTOR PAULO DE PITTA E CUNHA

VOGAIS

Prof. DOUTOR JORGE MIRANDA

Prof. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL

Prof. DOUTOR DUARTE NOGUEIRA

Mestre RUI CARLOS PEREIRA

Mestre TERESA LUSO SOARES

Mestre LUÍS MÁXIMO

Mestre JORGE BACELAR GOUVEIA

I. Estudos

ANTONIO LA PERGOLA — <i>L'unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di confederazione</i>	9
JEAN-CLAUDE GAUTRON — <i>Remarques sur une discontinuite historique: La jurisdiction entre le droit revolutionnaire et le droit europeen</i> ...	39
LOURIVAL VILANOVA — <i>Política e direito — relação normativa</i>	53
JORGE MIRANDA — <i>Les fondements constitutionnels de l'organisation economique</i>	63
SÉRVULO CORREIA — <i>Separation of powers and judicial review of administrative decisions in Portugal</i>	87
ANTÓNIO VITORINO — <i>Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: Concorrência ou complementaridade</i>	111
JORGE BACELAR GOUVEIA — <i>A protecção de dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal</i>	181
SÉRGIO GONÇALVES DO CABO — <i>A delimitação de sectores na jurisprudência da comissão e do tribunal constitucional</i>	239

II. Vida da Faculdade

Nos 80 anos da Faculdade

— INOCÊNCIO GALVÃO TELLES.....	341
— JORGE MIRANDA	351
ARMANDO MARQUES GUEDES — <i>Doutoramento honoris causa de Antonio la Pergola</i>	361

PEDRO SOARES MARTÍNEZ — <i>Doutoramento honoris causa de Maurice Allais</i>	365
JORGE MIRANDA — <i>Apreciação do curriculum vitæ do Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho</i>	372
ANTÓNIO LUCIANO PACHECO DE SOUSA FRANCO — <i>Relatório curricular sobre a actividade económica exercida como Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>	387
JORGE MANUEL MOURA LOUREIRO DE MIRANDA — <i>Relatório da actividade pedagógica e científica no período de 1988 a 1993</i>	412
<i>No 10.º aniversário da morte do Prof. Doutor João de Castro Mendes</i>	436
<i>Protocolo relativo ao apoio à Faculdade de Direito de Bissau</i>	438
<i>Convénio entre as Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Eduardo Mondlane</i>	443
<i>Regulamento de doutoramentos da Universidade de Lisboa</i>	447
<i>Normas relativas à concessão do grau de Doutor Honoris Causa pela Universidade de Lisboa</i>	460
<i>Regulamentos do mestrado</i>	462
<i>Plano de desenvolvimento da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa até ao final da década</i>	477
JORGE MIRANDA — <i>Mestrados em ciências jurídico-criminais e em ciências jurídico-civilísticas</i>	482
JORGE MIRANDA — <i>Sobre as propinas universitárias</i>	484
JORGE MIRANDA — <i>Carta ao reitor</i>	501
<i>Regime de prescrições</i>	503
<i>Revisão de provas escritas</i>	506
<i>Revisão de provas escritas</i>	508

ÍNDICE	519
<i>Intervalo entre os resultados das provas escritas e as provas orais.....</i>	509
<i>Aulas teóricas suplementares.....</i>	510
JORGE MIRANDA — <i>Declaração de voto.....</i>	511

LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DE L'ORGANISATION ECONOMIQUE (*)

Por *Jorge Miranda*

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 en encadre l'existence, qui soit le fondement et le signe visible de son unité, la base sur laquelle repose toute légitimité et légalité. Comment 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 der-

(*) Comunicação apresentada ao seminário sobre «transição para um novo modelo de economia e os seus reflexos constitucionais», realizado em Moscovo em 18 e 19 de Fevereiro de 1993, por iniciativa da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (do Conselho da Europa), em colaboração com o Soviete Supremo e o Tribunal Constitucional da Rússia e com a Universidade LIMANOSSO.

nières 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 n'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 se 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 régler 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 reconverter, les plaintes au sujet de leur méconnaissance et mépris — contenues dans la Déclaration de 1789 ou dans le préambule de la Constitution portugaise de 1822 — n'ayant servi qu'à calmer les esprits inquiets à cause des révolutions libérales et à critiquer les excès de l'absolutisme.

Différemment, le système constitutionnel a tendance à régler 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 ⁽¹⁾. Il est, par conséquent, aisé de

⁽¹⁾ La Constitution apparaît désormais plutôt comme un point de départ que comme un résultat; elle n'est plus descriptive mais créatrice; sa raison d'être ne se trouve plus dans son âge, mais dans son sens juridique; sa force obligatoire ne découle plus du fatalisme historique mais de la règle de droit qu'elle exprime. Tandis que la Constitution naturelle vise exclusivement aux modalités d'exercice du pouvoir, la Constitution institutionnelle s'occupe de la définition du pouvoir lui-même avant d'en établir les conditions d'exercice (BURDEAU, *Traité de Science Politique*, IV, 2ème éd., Paris, 1969, pp. 23-24, lequel emploie l'expression «Constitution institutionnelle», là où nous parlons de «Constitution matérielle»).

comprendre que se soit produite une rupture historique 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 l'autre donnent 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 XVIII^e et XIX^e siècles — traduit avec précision une certaine idée du droit, l'idée d'un droit libéral. La Constitution en 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 n'est un Etat constitutionnel, il n'est 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 distribué par plusieurs organes. C'est-à-dire, dans le mot de l'article 16 de la Déclaration de 1789: «*Toute société qui n'assure pas la garanti 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 désor-

mais d'autres organes, tels que l'Assemblée ou Parlement, les 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, quelles sont les rapports entre ces mêmes organes, à quel régime doivent obéir leurs titulaires, etc.

La notion de Constitution est qu'elle est 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 virtualités 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 jusqu'à ses dernières conséquences, 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 c'est la Constitution qui établit les pouvoirs de l'Etat et qui 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 de leur légitimité; ils doivent être conformes à ces dernières pour être valides.

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

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.º 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.º) parce que, 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.º) et parce qu'on n'a pas voulu ou pu instituer des modalités de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité qu'au XX^e siècle.

3. La notion matérielle de Constitution va se ressentir, au XX^e siècle, des événements; elle va être adoptée ou utilisée par dif-

férents 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 jusrationalisme, 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, quel 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 de forme complète 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 20^{ème} siècle et les Loi fondamentales antérieures au libéralisme.

L'Etat étant en même temps une communauté et un pouvoir, la Constitution matérielle n'est jamais uniquement une constitution *politique*, se bornant à l'organisation politique. Elle est également une Constitution *sociale*, le statut de la communauté vis-à-vis du pouvoir ou de la société dans sa forme politique. Être 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 20^{ème} 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 ici nécessaire de donner), 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 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, on constate 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 auxquels ont atteint les règles et les 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 desseins 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 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 domai-

nes économique, social et culturel, des programmes, des directives et des objectifs à atteindre.

La distinction est à prendre avec précaution étant donné que: 1.º) elle ne coïncide pas avec la distinction entre Constitution *politique* et Constitution *sociale*; 2.º) si le facteur idéologique transparaît plus fortement dans les Constitutions programmatiques que dans les Constitutions statutaires, il n'en est pas moins également présent 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 quelconque de l'Etat dans l'économie sont, à eux seuls, des indices qui reconduisent à une certaine idéologie; 3.º) il n'existe pas de Constitutions neutres — ce qu'il y a ce sont des Constitutions lesquelles, 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, le sens que leurs 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 marxisto-léninistes (tout comme un grand nombre de Constitutions des régimes autoritaires d'une autre nature et de pays asiatiques et africains) sont plutôt *programmatiques* 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, entre 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 des principes fondamentaux qui ont inspiré la Constitution matérielle. Et nous trouvons des Constitutions de compromis depuis celles de la monarchie constitutionnelle du 19^{ème} siècle jusqu'à Weimar et à 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 disposition 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 exprès postérieurs), un principe qui prime sur les autres. Les Constitutions de compromis permettent que coexistent des idées et des courants opposés, mais elles peuvent uniquement survivre si les institutions qui en sont les acteurs principaux acceptent un certain fil conducteur du processus poli-

tique (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. Il se passe par rapport à la Constitution économique quelque chose de 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 incident directement ou bien de façon indirecte sur l'ordre économique (par exemple, la garantie du droit de propriété et de la liberté de commerce et d'industrie, l'abolition de régimes économiques anciens). Par ailleurs, dans la mesure où l'Etat libéral n'intervenait pas, qu'il ne prétendait pas corriger ou diriger cer-

tains mécanismes économiques, celà voulait donc dire qu'il acceptait comme bon 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 lorsque qu'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 chapîtres ou des dispositions susceptibles d'ouvrir 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 XX^e siècle va connaître — que ce soient des régimes du type soviétique ou marxisto-léniniste, ou ceux de l'Etat social de droit, ou encore des régimes autoritaires du droite.

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 jusqu'aux dernières conséquences la volonté de transformer les rapports économiques; car elle se fonde sur une idéologie complètement opposé à la libérale; car 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, car même le droit ne vaut pas, en soi. C'est le système économique qui régit les systèmes juridique et politique. Il en découle que les droits et libertés y sont subordonnés aux droits économiques et que l'organisation politique y 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 *faisaient semblant* d'ignorer) la Constitution économique, tandis que les Constitutions marxisto-léninistes concentrent 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 et qui commence 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:

- les Constitution espagnoles de 1931 e 1978;
- les Constitutions brésiliennes de 1934, 1946 et, surtout, de 1988;
- le préambule de la Constitution française de 1946 (conservé dans la Constituion 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 équatorienne de 1979;
- la Constitution péruvienne de 1979;
- la Constitution colombienne de 1991;

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 y présents; elle est allé puiser son inspiration aux sources de plusieurs idéologies: 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 originare de la révolution démocratique 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'un compromis qui se traduit, dans le domaine économique, en 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 eut vite le dessus — et que j'ai toujours défendue — est que démocratie politique et démocratie économique, sociale et culturelle son 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 le confir-

mer. Elles ont renforcé le rôle de l'initiative privé et le l'initiative coopérative et, en 1989, à la suite de la révision, a été abolie la disposition qui interdisait la reprivatisation des entreprises nationalisées de 1974 à 1976. Finalement, à partir de 1986, le Portugal est devenu membre de plein droit de la Communauté Economique Européenne.

De l'expérience de la Constitution économique portugaise il est possible de retirer quatre importantes conclusions qui, semble-t-il, sont également applicables, *mutatis mutandi*, 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 soient 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 qu'a une Constitution démocratique pluraliste de s'adapter à de nouvelles circonstances sans pour autant perdre son contenu essentiel.

III

10. Avant de terminer, voudrais préciser et clarifier un peu plus longuement ce que je pense au sujet 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 réfléchit 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

réci-proques et, vis-à-vis de la vie collective considérée comme un tout, elle peut être un agent aussi bien de conservation — que de transformation.

Cependant, parce qu'elle est Constitution, loi fondamentale, loi des lois, elle est encore beaucoup plus qu'cela. Elle se révèle être l'expression immédiate des valeurs juridiques fondamentales reçues par la communauté politique ou qui la domine, 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, l'instrument dernier 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, de l'autre, avec les structures, la situation concrète, le dynamisme de la vie d'un peuple — 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 impliquée par 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 ni elle se dilue à leur contact, ni elle 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 tran-

sitoire, 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 d'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 de l'objectivité et de la 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; et 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^{ème} et au 20^{ème} siècles), 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 de droit ou la légitimité invoquée par les tenants du pouvoir, quoique s'imposant et obtenant le consentement de la communauté à 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 venues greffer des contenus politiques, économiques et sociaux différents qui ont abouti à des types de Constitution très différents. 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 doit toujours être bien pesé pour tenir compte d'autres valeurs et intérêts), de même que ni tout ce qui est décrété par la Constitution 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.

Enfin, une Constitution n'acquiert vie, ne demeure vive qui 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 économiciste 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 ne 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 — il faut insister —, 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 la l'inter-

prétation et de la mise en oeuvre de ses dispositions, ainsi que, en général, du sens qu'elle a sur le plan strictement économique ⁽²⁾.

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 porter 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 des 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 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, globalisante. 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 chapîtres 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 organi-

⁽²⁾ Cf. pour tous, JAMES BUCHANAN, *Constitutional design and construction: an economic approach*, in *Economia*, 1979, p. 293 et ss.

sent la vie économique ou encore, parmi les droits fondamentaux, sur celles qui ont trait aux libertés et aux droits sociaux.

Dans le cadre de 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 ne fait 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, par les moyens d'action d'un système politique pluraliste, aux modulations apportées par le suffrage universel.

Malgré toutes les vicissitudes que notre siècle a traversé (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.

En somme, l'expérience montre que trois conditions fondamentales doivent être remplies pour qu'une Constitution puisse modeler l'avenir d'une communauté: 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 régler 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 encore, 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.