

Entretien avec M. José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais

José Manuel CARDOSO DA COSTA - Président du Tribunal constitutionnel portugais

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 10 (DOSSIER : PORTUGAL) - MAI 2001



Né le 4 avril 1938 à Porto, José Manuel Cardoso da Costa a fait ses études de droit à la Faculté de droit de l'Université de Coimbra, où il est actuellement professeur et enseigne depuis 1960 le droit constitutionnel et le droit fiscal. Après avoir été membre de la Commission constitutionnelle de février 1981 à avril 1983, il devient juge du Tribunal constitutionnel en avril 1983 et en est le président depuis octobre 1989. Docteur *Honoris Causa* en droit par l'Université de Tübingen (Allemagne), en 1994, il est actuellement vice-président du Comité exécutif de l'Association internationale de droit constitutionnel. Il a aussi enseigné à la Faculté de droit de l'Université catholique de Porto, a exercé l'activité de juriconsulte, notamment dans le domaine du droit fiscal, et a été membre du Centre d'Études fiscales du ministère des Finances. Il est membre du Conseil scientifique de l'Association fiscale portugaise et du Centre d'Études de bioéthique (Coimbra) et Président de l'Association portugaise de droit constitutionnel.



Propos recueillis à Lisbonne, le 22 janvier 2001, par M. Dominique ROUSSEAU, Professeur à l'Université de Montpellier I, Membre de l'Institut universitaire de France

- **Dominique Rousseau (DR)** : Merci, Monsieur le Président, d'avoir bien voulu accepter cet entretien pour les *Cahiers du Conseil constitutionnel*. Le Tribunal constitutionnel que vous présidez a été créé en 1982. Auparavant, le Portugal avait « pratiqué » le contrôle de

constitutionnalité sous la forme d'un contrôle diffus, ouvert à tous les juges. En quelles circonstances ce contrôle avait-il été introduit au Portugal ?

José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel (PTC) : Il a été introduit en 1911, avec la première Constitution républicaine. Déjà dans les dernières années de la Monarchie constitutionnelle, une partie de la doctrine soutenait que, même dans le silence de la Charte constitutionnelle de l'époque, les juges avaient le devoir et le droit de refuser l'application surtout des décrets inconstitutionnels.

● **DR** : Des décrets, donc pas des lois ?

PTC : C'était une question conjoncturelle : à la fin de la Monarchie, des gouvernements ont gouverné alors que les Chambres n'étaient pas en session ; donc ils ont fait des décrets et ça a posé des problèmes. D'où le développement d'un courant opposé à cette sorte de « dictature » qui a posé la question de la révision, de l'examen de la constitutionnalité de ces décrets par les tribunaux ordinaires, sans que ça ait eu - à ma connaissance - de traduction réelle. Mais je crois que cette circonstance a, peut-être, influencé les constituants républicains... Ils ont aussi été influencés par la Constitution brésilienne de 1891...

● **DR** : Le Portugal serait donc le premier pays européen à avoir pratiqué le contrôle de constitutionnalité !

PTC : Naturellement, le premier pays ! Et tout mène à croire que cela résulte de l'influence brésilienne...

● **DR** : Et non de l'influence nord-américaine ?

PTC : Je dirais indirectement, par le biais de la Constitution du Brésil et sous l'influence de cette crise des dernières années de la Monarchie. Ce précepte constitutionnel, il vaut mieux parler comme ça, a donc été introduit par la Constitution de 1911 et est resté dans la Constitution de 1933, la Constitution du régime de Salazar, avec même - dans un certain sens - un élargissement de la compétence des Cours : tandis que sous le régime de la Constitution républicaine de 1911 il fallait que la partie civile soulève la question de constitutionnalité, sous la Constitution de 1933 a été octroyé aux juges le pouvoir de refuser, *ex officio*, l'application d'une loi. Par contre, on leur a retiré la possibilité de refuser l'application en raison d'un défaut simplement de compétence formelle de la loi ; il n'est resté aux juges que la possibilité de refuser pour défaut de compétence matérielle, c'est-à-dire, dans le cas où la loi, ou le décret, ou le précepte juridique était contraire, dans son contenu, à la Constitution.

● **DR** : Mais, sous le régime de la dictature de Salazar, ce contrôle a-t-il vraiment fonctionné ?

PTC : Non. Mais il n'a pas beaucoup fonctionné non plus dans le régime républicain de 1911. Dans la Constitution de 1911 comme dans la Constitution de 1933, la question de la constitutionnalité a été très peu soulevée, et rares sont les cas, de 1911 à 1974, où le tribunal, a risqué, ou disons, a pris la décision de refuser l'application de la loi. Naturellement, pour ce qui est du régime autoritaire, l'ambiance, l'environnement politique général, a probablement joué un rôle ; mais ça n'explique pas pourquoi le système n'a pas fonctionné avant. Je dirais que les temps n'étaient pas mûrs encore pour accepter, en Europe, le contrôle de la constitutionnalité. Le poids de la loi était trop grand.

● **DR** : On arrive à la Révolution des oeillets d'avril 1974 et là, surprise, la Constitution de 1976 ne prévoit pas de Tribunal constitutionnel ! Pourquoi ? Par hostilité à la pratique antérieure ? Pour ne pas « gêner » le déroulement du processus de transition à la démocratie ?

PTC : Naturellement pas de Tribunal constitutionnel en 1976 ! Comme vous le savez, la Constitution qui est sortie de l'Assemblée parlementaire de 1976 a été faite dans un climat extrêmement bruyant, chaleureux, et non dans un climat tranquille. C'était, vraiment, une période révolutionnaire ; il y avait des antagonismes énormes dans la vie politique et sociale portugaise, une instabilité politique totale et même des tendances avant-gardistes de différents types. Bon. Et bien, la Constitution de 1976 est le résultat constitutionnel de cette période historique, elle est le résultat d'un pacte entre, d'un côté, les partis politiques démocratiques qui siégeaient au Parlement et, d'autre part, le pouvoir militaire.

Dans la période transitoire avant la Constitution, les institutions provisoires de 1974 à 1976, comprenaient un Conseil de la Révolution composé des militaires qui disposaient de la légitimité révolutionnaire originaire. Ces militaires ont établi un pacte, un compromis avec les partis qui se sont engagés à ne pas établir une Constitution qui irait contre les exigences et les principes que les militaires estimaient importants. Et, parmi ces principes, figurait celui du maintien du Conseil de la Révolution pendant une période transitoire, c'est-à-dire, jusqu'à la première révision de la Constitution qui ne pouvait pas se faire avant 1982.

Le Conseil de la Révolution fut donc promu le gardien des institutions, de 1976 à 1982. Comme si le pouvoir constituant devait garder, pendant cette période transitoire, un pouvoir de surveillance sur le fonctionnement des autres institutions. Et il appartenait donc au Conseil de surveiller la conformité de l'activité des différents organes politiques avec la Constitution, de contrôler le respect de la Constitution.

● **DR** : Le Conseil de la Révolution pouvait ainsi annuler une loi ?

PTC : Oui ! Il pouvait annuler une loi, un décret du gouvernement... Mais, en mars 1975, un mouvement extrêmement avant-gardiste de militaires a donné énormément de pouvoirs au Conseil de la Révolution au point que l'Assemblée constituante était assiégée dans un certain sens extrêmement déterminé. Puis en novembre 1975, changement de situation : un nouveau pacte est conclu entre les politiques et les militaires modérés, pacte qui laisse plus de liberté au constituant. Concrètement, les militaires acceptent que leur pouvoir de contrôle de constitutionnalité s'exerce avec l'aide d'une commission de juristes, la Commission constitutionnelle.

● **DR** : C'est donc ce système mixte qui est repris dans la Constitution de 1976 ?

PTC : Oui : la Commission constitutionnelle devait émettre un avis avant la décision du Conseil de la Révolution. Mais on doit dire, pour être tout à fait honnête envers les militaires que, peu à peu, le rôle déterminant du contrôle de la constitutionnalité est passé du Conseil à la Commission. Le Conseil a pratiquement accepté tous les avis de la Commission, sauf sur trois ou quatre points extrêmement sensibles, mais ça a été l'exception.

● **DR** : Le Tribunal constitutionnel actuel est cependant créé en 1982 seulement, lors de la première révision constitutionnelle...

PTC : ... Et un certain nombre de membres de la Commission constitutionnelle sont passés directement à la Cour. Ce fut d'ailleurs mon cas ainsi que celui de quatre membres de la Commission qui ont été élus sans transition à la Cour.

● **DR** : Lors de la révision de 1982, y a-t-il eu une discussion sur l'opportunité de créer un Tribunal constitutionnel ? Tous les partis politiques étaient-ils d'accord ? Y a-t-il eu une discussion sur les modèles, le modèle allemand, le modèle français, le modèle américain ? Bref, y a-t-il eu un grand débat en 1982 autour de la création du Tribunal constitutionnel ?

PTC : Je ne le dirais pas ! Je dirais que les choses ont été très simples parce qu'il y avait un consensus énorme, très profond, entre les partis dominants, c'est-à-dire, le parti social-démocrate (PSD), le parti socialiste (PS), et le parti du centre démocratique-social (CDS). Cet arc constitutionnel était d'accord pour la création d'un Tribunal constitutionnel et pour ne pas revenir au contrôle diffus puisqu'il n'avait pas fonctionné. Disons qu'il y a eu une résistance, mais pas très convaincue, du parti communiste (PC) et de ses alliés du mouvement démocratique populaire (MDP) et des militaires pour maintenir encore un peu leur pouvoir. Mais je dirais que ça a été une position de principe.

● **DR** : Même pas de discussion sur le modèle de contrôle de constitutionnalité ?

PTC : Non, même pas sur ce sujet parce que le modèle était d'une certaine façon préfiguré dès le début, puisque nous avons déjà, au temps du Conseil et de la Commission, le contrôle préventif - il est maintenu - le contrôle *a posteriori* - il est maintenu - et le contrôle concret - il est maintenu. C'est là la trace originelle du système. Même dans la version 1976 de la Constitution, on n'a pas retiré aux juges le pouvoir de contrôle ; le contrôle diffus est resté à côté du contrôle préventif et abstrait du Conseil de la Révolution. Comment faisait-on la combinaison ? Par le biais d'un recours obligatoire, pas au Conseil, mais à la Commission constitutionnelle, pour les cas où le juge refusait d'appliquer la loi. Et c'est ce système là qui a été transposé dans la Constitution version 82, en introduisant en plus la possibilité pour le particulier de recourir à la Cour dans les cas où la Cour ordinaire estime que la loi n'est pas inconstitutionnelle.

● **DR** : Ce Tribunal constitutionnel est composé de 13 membres, dont 10 sont élus par l'Assemblée de la République à une majorité qualifiée des deux tiers. Est-ce que ce mode de désignation portugais fonctionne bien et comment fonctionne-t-il ? Y a-t-il des discussions entre les partis politiques au moment de la désignation des juges constitutionnels ? Est-ce qu'il faut se déclarer candidat à la Cour constitutionnelle ? Être soutenu par un parti politique ? Pensez-vous que ce mode de désignation-là est moins politique ou plus politique que le mode français.

PTC : Je ne peux pas le dire. J'essayerai de faire une synthèse en m'abstenant des circonstances personnelles. Bon, c'est d'abord un point extrêmement délicat au niveau de l'opinion publique, au niveau même de certaines opinions doctrinaires, au niveau de la sensibilité du milieu juridique, parce que, dans notre tradition, la tradition portugaise comme la tradition française, les juges parviennent d'un corps. Et un juge, c'est quelqu'un qui, disons, acquiert - on croit - une certaine sainteté dans sa manière de voir les choses. C'est évidemment faux, mais cette croyance pose, naturellement, des problèmes, dans des pays comme le Portugal ou la France.

Ce qu'on peut constater, comme vous le savez, c'est que partout les tribunaux qui ont pour compétence de contrôler la constitutionnalité des lois ont une composition avec un vecteur politique dans le choix des juges. Par exemple, la Cour suprême américaine. La question est donc de savoir quel est le pouvoir politique qui fait le choix. Nous avons pris la solution d'établir un quasi-monopole du Parlement dans le choix du juge, puisque trois seulement sur treize sont cooptés par les dix élus par le Parlement. Il y a eu naturellement un élément de politisation, comme chez vous, mais comme partout.

- **DR** : Sans doute ! Mais quel type de problème spécifique pose le mode portugais de désignation parlementaire ?

PTC : Le problème que notre système pose, c'est de trouver, disons, un compromis, ou un consensus entre les partis qui composent le Parlement. Puisqu'une majorité qualifiée de deux tiers est requise, les partis doivent discuter la composition du Tribunal constitutionnel et se mettre d'accord sur le nom des juges.

- **DR** : Et les partis sont toujours arrivés à un accord ?

PTC : Jusqu'à présent, ils y sont toujours arrivés. Il y a eu une difficulté pour des places vacantes, quand il fallait élire un seul juge. Mais, dans les situations où on a dû remplacer presque tous les juges de la Cour, le compromis a joué, plus ou moins lentement, mais il a joué.

À mon avis, l'avantage de ce système provient de l'exigence de la majorité des deux tiers : il faut que les partis se mettent d'accord. Et le fait que les partis se mettent d'accord les oblige à établir une composition équilibrée de la Cour du point de vue des différentes sensibilités constitutionnelles.

- **DR** : Je partage, vous le savez, votre analyse et je crois, comme vous, que le mode de désignation portugais est très démocratique

PTC : Oui. Je suis un défenseur de ce système, parce que, si je vois la composition de la Cour depuis le début jusqu'à présent, je peux vérifier qu'elle a toujours été très équilibrée du point de vue des sensibilités constitutionnelles, des sensibilités idéologiques, des conceptions morales, sociales, etc.

- **DR** : Une autre question fait débat en France, celle de la désignation du Président du Tribunal. En France, le Président du Conseil constitutionnel est nommé par le président. Au Portugal, il est élu par ses pairs. Le doyen Vedel considère que l'élection du président par ses pairs serait une catastrophe pour le fonctionnement et la bonne vie interne du Conseil constitutionnel. Au regard de votre expérience de président élu, qu'en pensez-vous ? L'élection introduit-elle des conflits politiques à l'intérieur du Tribunal constitutionnel qui rendent ensuite la vie du Tribunal difficile ?

PTC : J'ai une grande admiration pour le doyen Vedel... mais je ne peux lui apporter mon expérience à l'appui de sa thèse, puisque mon expérience dit tout le contraire. Je suis président depuis douze ans et, comme l'ancien président, Mr. Marques Guedes, qui était professeur à Lisbonne, notre élection n'a pas posé de problèmes. Les juges acceptent, naturellement, la présidence élue mais, il faut, bien sûr, que le président ait la conscience qu'il n'est qu'un *primus inter pares*. Il n'est pas le *dominus*, le seigneur de la Cour. Naturellement, le président élu doit avoir le soin, en ce qui concerne les grandes orientations - pas les orientations jurisprudentielles, elles sont décidées par jugement - mais les grandes orientations, disons, dans les rapports de la Cour comme institution, de les prendre avec l'accord des juges.

- **DR** : Précisément, le Président du Tribunal constitutionnel a-t-il la responsabilité de désigner le rapporteur ?

PTC : Non ! Non, non...

- **DR** : La désignation est automatique...

PTC : Par tirage au sort ; chaque année on établit un ordre de la préséance énumérant les douze juges parce que le président n'est pas rapporteur...

- **DR** : Jamais ?

PTC : Jamais, sauf dans certains cas dont je vous parlerai tout à l'heure où il doit préparer certaines décisions. Mais, rapporteur, en tant que tel, il ne l'est pas vraiment. Il n'entre pas dans ce tirage au sort. Toutes les quinzaines on fait un tirage au sort des affaires qui sont entrées au Tribunal suivant l'ordre et c'est le hasard qui attribue à un tel ou à une telle. C'est absolument le hasard. On suit le système portugais de la Cour de cassation, de la Cour suprême administrative, des Cours d'appel ; c'est naturel, chez nous, que ça se passe comme ça, puisque c'est une ancienne règle du droit judiciaire portugais.

- **DR** : Quand le rapporteur est saisi de l'affaire, comment travaille-t-il ? Il travaille tout seul, ou...

PTC : ... avec un assistant. Il a un assistant, qu'il choisit lui-même. Normalement il s'agit d'un assistant de la Faculté de droit, d'un juge ou d'un procureur. Il choisit lui-même ; il propose son nom au président qui nomme l'assistant ayant la confiance du juge. Il a un petit cabinet avec une secrétaire, évidemment. Et il prépare ainsi un projet de décision.

- **DR** : Est-ce que le rapporteur a une relation privilégiée avec le président ?

PTC : Non ! Absolument pas. Il a la même relation avec le président qu'avec n'importe quel autre de ses collègues ; il peut, naturellement, échanger des opinions avec le président...

- **DR** : Le rapporteur peut-il demander à des parlementaires, ou des ministres, ou des syndicalistes, ou des professeurs de droit de venir au Tribunal constitutionnel pour donner une explication...

PTC : Non, ce n'est pas prévu...

- **DR** : Mais ça se fait ?

PTC : Non, ça ne se fait pas. Ce que le rapporteur peut faire, c'est de demander des documents, des informations écrites aux départements ministériels ou aux parlementaires.

- **DR** : La procédure est écrite...

PTC : Absolument écrite. Il n'y a aucune intervention orale.

- **DR** : Donc, il n'y a pas de réunions au Tribunal avec des membres du gouvernement ?

PTC : Non. Il n'y a pas de réunions avec des membres du gouvernement. C'est une procédure stricte. Mais, ce modèle-là - une affaire qui arrive, tirage au sort d'un rapporteur, préparation d'un projet de décision, ... - ce modèle-là s'applique aux recours individuels, ou aux recours du ministère public, c'est-à-dire, aux affaires qui nous arrivent des cours ordinaires, ou des cours administratives et, aussi, au contrôle préventif, quand la Cour est saisie par le Président de la République. C'est ce modèle-là qui s'applique.

Pour le contrôle abstrait, c'est différent. C'est le président qui prépare le mémoire. Le président ! Évidemment, dans ce cas-là les assistants jouent un rôle extrêmement important car il est impossible pour le président de faire ce travail seul. Donc, le président prépare un mémoire, où il introduit la question, les arguments, les perspectives de solution, un mémoire écrit, évidemment - c'est un pléonasme -, et soumet le mémoire aux juges, à l'assemblée des juges, en séance plénière - parce que le contrôle abstrait se décide en séance plénière. On discute, on se met d'accord sur la solution, sur la décision que la Cour va prendre et, à ce moment-là, est nommé un rapporteur pour rédiger la décision. Mais le rapporteur, dans ce cas-là, ne fait que rédiger la décision arrêtée par la Cour avant. C'est le modèle de la Cour suprême américaine.

- **DR** : Pourquoi cette différence de procédure pour le contrôle abstrait ?

PTC : C'est une modification très récente, introduite par la révision constitutionnelle de 1997. On a introduit cette procédure pour le contrôle abstrait, parce qu'on a constaté qu'avec le système antérieur - c'était le système traditionnel de droit portugais, des Cours d'appel et suprêmes portugaises - il y avait un retard de plus en plus grand, un retard qui se prolongeait de plus en plus dans l'exercice du contrôle abstrait.

- **DR** : Le Tribunal a combien de temps pour rendre ses décisions ?

PTC : Bon, d'après la loi, le président doit présenter le mémoire dans les deux mois ; mais, pour parler franchement, il n'y a aucune sanction ; donc ce délai est indicatif.

En fait, en 1995-1996, on avait un énorme retard dans le contrôle abstrait, parce que le contrôle abstrait est lourd : c'est en séance plénière ; fréquemment, il s'agit de tout un texte législatif ; la décision - s'il s'agit d'une décision d'inconstitutionnalité - a un effet définitif ; ... Ce n'est pas le cas dans l'appel à la Cour constitutionnelle par des particuliers ou par le ministère public, des décisions des cours ordinaires. Dans ce cas-là, la décision de la Cour n'a qu'un effet relatif de chose jugée. D'autre part, les juges privilégient les décisions relatives aux affaires qui viennent des cours ordinaires, parce qu'il s'agit d'intérêts immédiats, particuliers. Naturellement, ils donnaient la priorité à ces recours-là. D'où le retard pour le contrôle abstrait. D'où la décision de retirer aux juges la charge de préparer ces affaires et de les confier directement au Président.

- **DR** : Les juges ont, au Portugal, la possibilité, après la délibération en séance plénière, d'émettre des opinions dissidentes...

PTC : ... Oui. Certainement.

- **DR** : Que pensez-vous de cette pratique ? Une opinion dissidente porte-t-elle atteinte à la crédibilité de la décision du Tribunal ? Les journalistes regardent-ils davantage la décision majoritaire que l'opinion dissidente ? Avez-vous constaté un affaiblissement de l'autorité du

PTC : À mon avis, il est évident que la possibilité d'émettre des opinions dissidentes porte en soi, inévitablement, le risque d'affaiblissement de la crédibilité du Tribunal. Chez nous, comme en Amérique, comme dans tous les pays où cette institution existe. Parce que, comme vous dites, les journalistes vont voir qui a voté pour et qui a voté contre. Et c'est, évidemment facile, surtout dans certains affaires, d'établir un rapport entre la sensibilité constitutionnelle des juges qui votent dans un certain sens et ceux qui votent dans un autre sens. Ce n'est pas toujours comme ça. Il y a pas mal de décisions où il n'y a aucun rapport entre, disons, le fait qu'un juge soit plus proche d'une certaine idéologie ou d'un certain parti et son vote. Mais il y a les cas, en effet, où l'approche qu'un juge fait de la Constitution dépend de sa façon d'envisager la Constitution, de sa culture juridique, de sa formation culturelle, etc. Donc, ça porte, naturellement...

● **DR** : Y a-t-il beaucoup d'opinions dissidentes ?

PTC : Il n'y a pas mal d'opinions dissidentes. Je dirais que c'est assez fréquent, mais il faut dire aussi que la très lourde majorité des décisions sont prises à l'unanimité. Il y a même des cas où la Cour se partage à moitié et, donc, la voix du président est décisive. Elle est décisive parce qu'il vote en dernier : le vote du président est égal aux votes des autres juges, il est donc aussi décisif que les autres ; seulement, au moment de décider, c'est le dernier à voter. C'est une affaire de procédure interne de la Cour ! Mais ces cas-là où il y a un partage de votes très juste sont plutôt rares.

Le fait est qu'au Portugal la question des opinions dissidentes n'est pas une question qui pose des problèmes. Je dirais qu'il serait difficile d'établir un système différent.

● **DR** : Avez-vous constaté un effet de ces opinions sur la prise des décisions ? Est-ce que, par exemple, tel ou tel juge n'est pas amené à dire « si vous ne m'écoutez pas, je vais faire mon opinion dissidente » ?

PTC : Bon, je ne dirais pas comme ça. Comme avertissement, d'accord. Disons que ça conduit la Cour à une gymnastique argumentaire et, parallèlement, à faire des concessions dans l'argumentation si on peut éviter une ou des opinions dissidentes. On fait tout l'effort pour éviter les opinions dissidentes, surtout quand il s'agit de petites différences. Ou, alors, pour réduire la portée des opinions dissidentes. De ce point de vue, oui, je dirais que les opinions dissidentes ont une influence sur la discussion, sur la façon de décider de la Cour. De toute façon, dans la Cour constitutionnelle portugaise, comme dans la Cour suprême, ou la Cour suprême administrative, chaque juge se sent absolument à l'aise pour émettre une opinion dissidente et personne ne le questionne. C'est normal, chez nous, c'est une habitude.

● **DR** : Le juge qui envisage de faire une opinion dissidente doit-il le dire en séance plénière ?

PTC : Ce serait une indélicatesse d'émettre une opinion dissidente avec des arguments qui n'ont pas été présentés en séance ; ça ne se fait pas... L'opinion dissidente, c'est une opinion qui a été, avant, émise devant la Cour. Chez nous, c'est une tradition enracinée dans la culture judiciaire portugaise qu'on ne questionne même pas. Mais si vous me demandez si on ne devrait pas se poser la question, je crois qu'on devrait réfléchir sur cette pratique. On devrait faire une discussion sur cette pratique.

Mais c'est enraciné ; dans le domaine de la juridiction ordinaire, il y a même la possibilité de faire des opinions dissidentes au niveau des tribunaux de première instance. Et il y a même des juges qui ont soutenu que leur retirer la possibilité d'émettre une opinion dissidente, par exemple, dans les affaires pénales sur les faits (ce que justement la loi interdit) ou sur la culpabilité, affecte leur indépendance !

● **DR** : Je voudrais revenir sur ce que vous avez dit tout à l'heure concernant les différents recours : recours individuels, recours abstraits, recours préventifs. Vous avez donc à la fois le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori*. En France, existe seulement le contrôle *a priori*. Un des arguments souvent entendu en France est qu'il ne peut pas y avoir les deux : soit le contrôle *a priori*, soit le contrôle *a posteriori*, mais la cohabitation des deux est impossible. Au Portugal, vous avez les deux. Alors, comment ça fonctionne ? Est-ce qu'il y a des risques de contradiction entre les deux types de recours ?

PTC : Naturellement, il y a des possibilités de contradiction aux cas où, dans le contrôle *a priori*, la Cour constitutionnelle estime que la loi, ou le précepte de la loi qui lui a été soumis, n'est pas contraire à la Constitution, puisque cette décision de la Cour ne produit aucun effet obligatoire sur les autres juridictions et, même pas sur le Tribunal constitutionnel lui-même. Donc, il est possible que, après que le Tribunal ait dit que ce précepte de loi n'est pas contraire à la Constitution, un juge refuse son application, dans une procédure contraire. C'est possible.

● **DR** : C'est déjà arrivé ?

PTC : Si c'est arrivé, c'est une chose absolument rare. C'est extrêmement rare, parce que, de toute façon, il y a une décision de la Cour

constitutionnelle qui doit s'imposer. Parce que le principe, que la loi, d'ailleurs, établit expressément, c'est que les décisions de la Cour constitutionnelle doivent prévaloir sur les décisions de toute autre cour ou autorité publique. Il y a, naturellement, cette prévalence, je dirais logique, naturelle, d'une décision de la Cour sur les autres cours ou les autres autorités.

- **DR** : Dans votre exemple, le Tribunal constitutionnel déclare une loi conforme à la Constitution et le juge ordinaire refuse de l'appliquer...

PTC : Il peut, en effet, écarter une loi que le Tribunal a déclaré conforme à la Constitution. Mais, dans ce cas-là, l'affaire doit remonter, obligatoirement, à la Cour constitutionnelle pour la seule raison qu'il a refusé l'application d'un précepte de la loi. Même s'il n'y avait pas eu une décision originelle de la Cour, si un juge refuse d'appliquer un précepte de la loi en évoquant la Constitution, en disant qu'il est contraire à la Constitution, l'affaire doit remonter, immédiatement à la Cour constitutionnelle. C'est un recours obligatoire. Le ministère public est obligé d'élever l'affaire devant la Cour constitutionnelle.

Alors, la Cour, qu'est-ce qu'elle va faire ? La Cour n'est pas obligée par sa décision précédente.

- **DR** : Voulez-vous dire que la Cour qui *a priori* aurait déclaré une loi conforme à la Constitution, peut *a posteriori* déclarer cette même loi contraire à la Constitution ?

PTC : Oui, mais c'est assez improbable. Il y a un exemple mais pas dans le cadre d'un contrôle concret : ça se passe aussi pour le contrôle abstrait. Naturellement, si la Cour estime que la loi n'est pas contraire à la Constitution, le Président de la République ne va pas soumettre à nouveau la loi au Tribunal. Il pourrait le faire mais ce ne serait pas convenable. En revanche, d'autres autorités peuvent le faire : l'*Ombudsman*, le procureur général de la République, le président de l'Assemblée, le Premier ministre. Et c'est déjà arrivé, une fois.

Qu'est-ce qui s'est passé ? Une certaine loi a été soumise à la Cour constitutionnelle par le Président de la République. La Cour était partagée moitié-moitié. Un juge était absent. Nous étions douze. Donc, dans ce cas-là, c'est ma voix qui doit décider puisque le président a voix prépondérante aux cas où il y a une égalité. Et ma voix prépondérante a joué ; c'est en raison de ma voix prépondérante que la Cour a estimé que ce précepte de la loi n'était pas inconstitutionnel... Quelques mois plus tard, l'*Ombudsman* a introduit à nouveau l'affaire devant le Tribunal et, comme nous étions alors à treize, l'autre juge a voté contre et, donc, on a renversé notre décision précédente. Comme vous le voyez, ce sont des circonstances très précises et très spéciales.

- **DR** : Quel est le pourcentage de recours concret, de recours abstrait et de recours préventif ?

PTC : Le recours concret représente plus de 95 % des affaires décidées chaque année ; après, le contrôle abstrait, disons, au mieux, nous sommes arrivés à décider, dans une année, 25 affaires. Je peux vous dire que nous avons en ce moment, en attente, 40, 45 affaires, tandis que nous avons, en recours concret, approximativement 300 affaires en attente. Et sur le contrôle *a priori*, c'est très rare : quatre, cinq arrêts par an en moyenne, dans les dernières années moins encore.

- **DR** : Selon vous, peut-on analyser le contrôle concret comme un contrôle de constitutionnalité de la loi alors que l'acte que vous allez examiner n'est pas la loi mais la décision de justice ?

PTC : Bon, vous posez la question peut-être la plus difficile du point de vue doctrinal, et aussi, du point de vue pratique de notre activité, de notre travail, de notre fonction⁽¹⁾. Le Tribunal constitutionnel portugais est une Cour de contrôle de la constitutionnalité de la loi. Donc, il n'a pas une compétence comme celle du Tribunal allemand, ou du Tribunal espagnol, pour la sauvegarde des droits fondamentaux contre une quelconque autorité publique. Le recours d'*amparo*, nous ne l'avons pas.

Le recours direct, c'est un contrôle de la constitutionnalité de la loi. Donc, c'est l'activité, c'est le mode d'agir du législateur que nous devons contrôler. Mais le fait est que la loi n'est pas une entité abstraite ; c'est quelque chose qui est interprétée par le juge et appliquée par un juge. Et, donc, il faut avoir une décision juridictionnelle pour que - c'est la logique du système du recours concret - le Tribunal soit appelé à contrôler la loi qui a été appliquée dans la décision. En d'autres termes, la loi s'insère dans la décision de justice par le biais d'une opération juridictionnelle, de l'interprétation du juge, de l'acte d'application du juge.

Bon, alors, qu'est-ce qu'on va contrôler ? On va contrôler la loi d'après l'interprétation que le juge en a fait. Ça c'est clair. On ne se restreint pas à dire « la loi n'a pas le sens que le juge lui a attribué, mais le sens que le législateur a voulu attribuer à ce précepte n'est pas contraire à la Constitution, donc je me décharge de l'affaire ». Non, on ne fait pas ça. On dit « la loi, dans l'interprétation que le juge en a fait est contraire à la Constitution », et on peut même ajouter « ce n'est pas l'interprétation correcte de la loi, l'interprétation correcte de la loi c'est précisément celle-ci ». Donc, dans cette dernière hypothèse, on renverse la décision, on dit au juge « appliquez la loi qui n'est pas en elle-même inconstitutionnelle, avec cette interprétation ». Cette possibilité de faire est prévu par la loi.

- **DR** : C'est donc un contrôle...

PTC : ... Un contrôle de la constitutionnalité de la loi, et de l'interprétation de la loi par le juge. Mais, naturellement, ça pose des questions de frontières extrêmement difficiles. Il y a des cas où ça semble assez clair, surtout dans le mode classique de raisonnement juridique qui est le modèle du syllogisme judiciaire. Mais il y a des cas où interprétation et application se « mélangent ». Par exemple, quand la loi utilise un précepte juridique à contenu indéterminé, une clause générale comme la *bona fides*, et que le juge fait application d'une clause de ce type, est-ce que le Tribunal peut contrôler ? Jusqu'où ? Dans l'ordre pratique, ça pose des problèmes difficiles et parfois les juges constitutionnels se divisent.

- **DR** : Justement, dans ce type de contrôle, quels sont les instruments dont le Tribunal se sert ? La Constitution ?

PTC : ... La Constitution, bien sûr.

- **DR** : Et les traités ? Pouvez-vous sanctionner une loi parce qu'elle serait contraire à un traité ?

PTC : En principe, non.

- **DR** : Et en pratique ?

PTC : En pratique, il y a eu une grande discussion chez nous. Au début de la Cour, on a discuté justement ce problème-là, le problème de savoir si on pouvait apprécier la conformité d'une loi à un traité international. Pourquoi s'est posé le problème ? Parce que la supériorité des traités est imposée, d'après l'opinion largement dominante, par la Constitution. Alors, on pouvait soutenir que si la loi ne respecte pas le traité, elle est contraire à ce principe constitutionnel de primauté du traité.

Il y a eu une division de la Cour. Nous avons, à l'époque, deux Chambres. Une Chambre était pour, une Chambre était contre. La première chambre faisait ce raisonnement-là, et l'autre disait « non, non, ce n'est qu'une inconstitutionnalité indirecte, il n'y a pas une violation directe de la Constitution, et les cas d'inconstitutionnalité indirecte n'appartiennent pas à notre compétence ».

À l'époque il y a eu une division insurmontable, qui a duré pendant toute la première période du Tribunal.

- **DR** : Et maintenant, quelle est la position ?

PTC : Finalement, il y a eu une révision de la loi organique de la Cour constitutionnelle, qui a tranché en faveur de la position adoptée par la seconde chambre, avec une exception : lorsque le juge ordinaire refuse l'application de la loi en estimant qu'elle est contraire à un traité international, dans ce cas-là il y a un appel obligatoire à la Cour constitutionnelle. C'est une intervention de la Cour pour défendre la loi. Décider de refuser d'appliquer la loi parce qu'elle est contraire à un traité international est une question constitutionnelle importante. Il faut donc que cette décision soit appréciée par la Cour constitutionnelle. Mais ce qu'on peut apprécier ce ne sont que les questions de droit constitutionnel et de droit international. Par exemple, dès lors que la Constitution établit la primauté du traité sur la loi, on va vérifier si le traité est en vigueur dans l'ordre juridique international et s'il oblige l'État portugais ; mais on ne va pas examiner la question de la contrariété.

- **DR** : Avez-vous un « traitement » particulier pour le droit communautaire ? Est-ce que le Tribunal constitutionnel portugais pourrait contrôler le droit communautaire dérivé, une directive, un règlement, au regard de la Constitution ?

PTC : Je dirais que, d'après la lettre de la Constitution, sûrement oui. C'est possible d'après la lettre de la Constitution puisque notre compétence est une compétence, disons, universelle. Elle s'étend à tout précepte juridique qui peut être appliqué par une Cour portugaise et qui est intégré dans l'ordre juridique portugais. Donc, une directive transposée, ou un règlement, a un effet direct et, du moment qu'ils font partie de l'ordre juridique portugais, ils peuvent être soumis au contrôle de constitutionnalité d'après la lettre de la Constitution.

Le problème ne s'est jamais posé jusqu'à présent. Moi même, j'ai examiné, du point de vue doctrinal, la question. J'ai écrit un petit travail sur cette question et je vous donne mon opinion personnelle. À mon avis, la Cour constitutionnelle doit reconnaître sa compétence.

- **DR** : C'est donc la solution allemande dite « Solange » ?

PTC : « Solange », non, pas exactement ! Ma position est un peu singulière. Ce que j'ai proposé c'est : premièrement, la Cour constitutionnelle ne doit pas examiner l'affaire sans, au préalable, faire jouer la question préjudicielle devant la Cour de Justice européenne pour lui demander comment elle interprète la disposition communautaire en cause. Ce serait le premier pas. Deuxième pas : la Cour portugaise ne devrait aller jusqu'au refus d'une règle communautaire qu'au cas où il y a une contradiction notoire et substantielle, vraiment essentielle avec la

Constitution. C'est la façon dont, personnellement, j'envisage le problème

- **DR** : Quelle place réservez-vous à la Convention européenne des droits de l'homme dans votre jurisprudence ?

PTC : La Convention européenne n'est pas, en principe et directement, un étalon de contrôle. Ce n'est pas donc une norme utilisée normalement comme paramètre, comme outil de travail ; mais on admet depuis toujours qu'elle peut jouer un rôle très important en tant qu'élément auxiliaire. Et, en plus, il y a un subtil changement dans notre jurisprudence, parce que, de plus en plus, elle évite de dire, d'une façon claire, que la Convention européenne n'est pas un étalon de contrôle direct. On évite de le dire parce que, peut-être, les choses, en ce qui concerne le jugement des lois au regard des droits fondamentaux, pourraient changer.

- **DR** : Quels sont les signes de cette évolution ?

PTC : Par exemple, le juge-rapporteur cite les décisions de Strasbourg devant l'assemblée. Il y a eu une décision très récente du Tribunal qui concerne la présence du ministère public à la Cour suprême administrative - ça pose aussi, je crois, des problèmes en France avec la position du Commissaire du gouvernement au Conseil d'État. Et bien, cette décision du Tribunal a été, disons, influencée de façon directe, par la jurisprudence *Lobo Machado* ⁽²⁾ ; la présence du ministère public qui siège, d'après la loi, aux séances de la Cour suprême administrative a été jugée contraire à la Constitution.

- **DR** : Je voudrais revenir un instant sur ce que vous avez dit tout à l'heure à propos du contrôle concret. Si je vous ai bien compris, le Tribunal constitutionnel dit au juge ordinaire « votre interprétation de la loi est inconstitutionnelle, voilà comment vous devez l'appliquer pour qu'elle respecte la Constitution ». Comment les juges reçoivent ces décisions ?

PTC : C'est un jeu assez subtil... En général, on peut dire que la jurisprudence de la Cour est acceptée et suivie par le juge ordinaire. Mais il y a certaines décisions qui posent, parfois, des problèmes. Par exemple, s'il y a un courant jurisprudentiel des Cours suprêmes que la Cour constitutionnelle vient mettre en cause en disant que ce courant jurisprudentiel est contraire à la Constitution, ou si la Cour constitutionnelle estime qu'une certaine interprétation des cours est inconstitutionnelle. Dans ces cas-là, il y a, parfois, des situations où les jugements de la Cour sont acceptés avec difficultés ; parfois il y a des tentatives de détournement de la décision. C'est très subtil...

- **DR** : Et si le juge ordinaire ne suit pas...

PTC : ... Si le juge ordinaire ne suit pas, il y a la possibilité de revenir à la Cour constitutionnelle. Si la Cour estime que les conditions d'un recours devant la Cour constitutionnelle sont à nouveau remplis, elle pourra à nouveau traiter de l'affaire. Il y a deux possibilités : la première, c'est que la question d'inconstitutionnalité ait été soulevée devant le juge ordinaire. Seconde possibilité, celle où le juge de l'affaire applique une loi que la Cour constitutionnelle a déjà jugé inconstitutionnelle : si le juge insiste, la condition d'un nouveau recours est remplie. Plus récemment, le Tribunal a franchi un pas supplémentaire en acceptant un recours fondé sur la violation de la chose jugée.

- **DR** : Pour terminer, si vous me permettez, deux questions plus personnelles : vous êtes Président du Tribunal depuis une dizaine d'années...

PTC : Depuis octobre 89, ça fait onze ans... et quatre mois...

- **DR** : ... Quelles sont les deux ou trois plus importantes décisions rendues par le Tribunal constitutionnel ?

PTC : Si j'avais à retenir deux, ou trois ou quatre décisions de la Cour constitutionnelle, retentissantes au point de vue institutionnel, qui ont influencé d'une façon importante la vie sociale, ou la vie politique, ou l'ordre juridique portugais, je choisirais, évidemment, la décision sur l'avortement par laquelle la Cour s'est prononcée favorablement à une modification du Code pénal dépenalisant l'avortement dans certaines circonstances (la vie de la mère en danger, le viol, ...). Je pourrais, peut-être, choisir aussi la décision, qui a été assez retentissante au point de vue des institutions, la décision sur l'enseignement de la religion et morale catholiques dans les écoles publiques. Ça a été une question très compliquée parce que l'État est laïc comme l'enseignement public. On a rendu deux décisions mais ce qu'on doit retenir de ces décisions c'est l'acceptation, par la Cour constitutionnelle, de la possibilité de l'enseignement religieux à l'école publique soutenu financièrement par l'État. Cette idée, les juges de la Cour, d'une façon générale, l'ont partagée.

- **DR** : Il y a pas eu d'opinions dissidentes ?

PTC : Oui. Il y a eu des opinions dissidentes, même sur le principe, mais surtout concernant les modalités. Je crois que l'idée générale a été acceptée et c'est important. D'autre part le Tribunal s'est abstenu de dire qu'il y avait une violation du principe d'égalité envers les autres religions ; il a dit qu'il y avait une omission et ça a conduit à ouvrir l'enseignement religieux à d'autres confessions. Aujourd'hui, l'enseignement

religieux n'est pas seulement pour les catholiques, il est aussi prévu pour les juifs, les musulmans, les protestants... Une autre décision importante est celle qui porte sur l'ordre constitutionnel économique. Comme vous le savez, la version originelle de la Constitution portugaise était très fermée, très socialiste, elle prévoyait l'irréversibilité des nationalisations et ce principe est resté dans la Constitution après la révision de 82, quand le Portugal avait déjà entamé des négociations pour entrer dans le marché commun. Or, le gouvernement de Cavaco Silva a fait approuver une législation qui permettait de vendre des parts sociales des entreprises qui avaient été nationalisées en 1975, dès lors que l'État gardait la majorité du capital. Et s'est posé le problème de savoir si c'était possible à la lumière de ce principe de l'irréversibilité des nationalisations. La Cour a dit, oui : c'est possible justement si l'État garde la majorité. Donc, on a entamé un processus de dénationalisation partiel, avant même la révision de 89, qui a changé la Constitution sur ce point.

Au point de vue de droit pénal il y a eu une décision très importante ; c'est la décision par laquelle le Tribunal a constaté que le recours vers les Cours d'appel ne couvrait pas le contrôle de la décision du juge singulier sur les faits. Que le Tribunal d'appel n'ait pas la possibilité de contrôler les faits ou la façon dont le juge, ou la Cour d'assise ont jugé les faits a été jugé contraire à la Constitution.

● **DR** : Tous les exemples que vous donnez intéressent la vie quotidienne...

PTC : ... Oui, la vie quotidienne des Portugais...

● **DR** : ... Et beaucoup moins la vie des institutions ?

PTC : En ce qui concerne la vie des institutions, les problèmes principaux pour lesquels la Cour a établi - je dirais en permanence - une ligne directrice, c'est le partage des compétences législatives entre l'Assemblée et le gouvernement, puisqu'au Portugal, comme vous le savez, un peu comme en France, le Parlement et le gouvernement ont des compétences législatives et il faut donc établir les frontières ; de même pour le partage de compétences entre le pouvoir central et les régions autonomes.

● **DR** : Les quatre décisions que vous avez citées ont été rendues sur recours concrets ?

PTC : Non, sauf les décisions concernant le recours en matière pénale, les autres ont été rendues en contrôle abstrait.

● **DR** : Vous êtes professeur de droit à l'Université de Coimbra et vous êtes aussi Président du Tribunal constitutionnel du Portugal. Quel est la fonction qui vous plaît le plus ? Dire le droit ou commenter le droit ?

PTC : Je dirais que chacune des professions, chacune des fonctions, a son intérêt et sa passion. Naturellement, quand on juge, quand on siège dans une Cour constitutionnelle, on a plus le sentiment d'intervenir dans la chose publique. Je dirais même, pour vous parler très franchement, que c'est le grand attrait de la Cour constitutionnelle. C'est cette conscience, ce sentiment qu'on contribue au processus social, politique, juridique... ; donc, cette fonction comporte plus de responsabilité, dans un certain sens aussi, c'est plus lourd. Et, naturellement, on n'est pas si à l'aise qu'un professeur. Quand on est professeur, on est plus à l'aise pour commenter. Quand on est juge, on doit se retenir peut-être un peu, parfois. Mais j'exerce avec plaisir ces deux activités.

● **DR** : Vous faites des confidences à vos étudiants ?

PTC : Parfois, naturellement... Parce que, justement, je fais la théorie de ma pratique. C'est là l'aspect le plus intéressant de mon activité. J'ai un cours à l'Université, un cours de droit constitutionnel qui porte sur les droits fondamentaux et sur la justice constitutionnelle. Je peux ainsi faire le commentaire de ma pratique ; ça me permet aussi de me distancer de la Cour, de faire la critique de mon activité... ; c'est utile et c'est important. Et je peux, naturellement, raconter aux étudiants... ce qui est racontable, illustrer un peu plus, exemplifier, leur parler du fonctionnement interne de la Cour... Mon expérience me donne, je crois, c'est peut-être hasardeux de ma part de le dire, la possibilité de faire un enseignement plus riche.

● **DR** : Je vous remercie, Monsieur le Président, d'avoir bien voulu répondre à ces questions. Pour tous ceux qui réfléchissent aux modes de contrôle de constitutionnalité, la pratique portugaise est assurément un exemple à méditer.

(1) NDLR : les arrêts du Tribunal publiés à la rubrique « Textes à l'appui », p. 46 de ce numéro, ont justement pour sujet cette question.

(2) NDLR : v. Cour européenne des droits de l'homme, Lobo Machado c/ Portugal, 20 févr. 1996, Rec. p. 195 et s.