



Strasbourg, 1 octobre 2003

Diffusion restreinte
CDL-JU (2003) 32
Or. fr.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

en coopération avec
LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE LA RÉPUBLIQUE D'ARMÉNIE

**VIII^e CONFERENCE INTERNATIONALE
DE EREVAN**

**LES CRITERES DE BASE
DES RESTRICTIONS AUX DROITS DE L'HOMME
DANS LA PRATIQUE DE LA JUSTICE
CONSTITUTIONNELLE**

Erevan, les 3-4 octobre 2003

RAPPORT SUR

**« Les conditions pour la limitation des droits fondamentaux
dans le droit et la justice constitutionnelle portugaise »**

José Manuel M. CARDOSO DA COSTA, Portugal

1. Les droits fondamentaux occupent dans la Constitution portugaise (la Constitution de la République Portugaise de 1976, avec les révisions ultérieures) une place centrale: en constituant le statut juridico-subjectif primaire et irréductible de chaque homme, en raison de sa même nature et dignité, et de chaque citoyen, et en donnant expression à ce statut, ils se profilent comme un des axes structurels de la Constitution. Dans ce point (comme en d'autres), accueillant les «droits de l'homme» en tant que «droits fondamentaux», la Constitution portugaise ne suit d'ailleurs que la voie du constitutionnalisme européen classique; mais il est indéniable qu'elle y met un accent spécial.

Cela se manifeste dès les premiers préceptes de la Constitution, où on caractérise, de façon emblématique, l'État et la République, en énonçant les grandes valeurs sur lesquels elle repose et les grands objectifs vers lesquels elle doit se diriger. En effet, on y peut lire que «le Portugal est une République souveraine basée sur la dignité de la personne humaine et sur la volonté populaire et engagée dans la construction d'une société libre, juste et solidaire» (article 1); et, en suite, que cette République est «un État de droit démocratique, basé sur la souveraineté du peuple, le pluralisme de l'expression et l'organisation politique démocratique et sur le respect et la garantie de la mise en oeuvre des droits et libertés fondamentaux, qui a pour objectif la réalisation de la démocratie économique, sociale et culturelle et l'approfondissement de la démocratie de participation» (article 2).

Ce soin et cette préoccupation pour «le respect et la mise en œuvre» des droits fondamentaux trouvent une visible expression dans le texte de la Partie I de la Constitution, consacré à ces mêmes droits:

- d'une part, elle fournit, dans l'ensemble de ses préceptes, un catalogue des droits fondamentaux extrêmement vaste, exhaustif et détaillé, allant des droits et libertés et des droits de participation politique classiques jusqu'à un éventail très élargi de droits économiques, sociaux et culturels – mais, en plus, un catalogue qui ne se veut pas achevé et figé en lui-même et, au contraire, reste toujours ouvert à d'autres droits, apportés même par la loi ou des règles de droit international, voire exigés par l'évolution sociale historique;
- d'autre part, le législateur constitutionnel ne se borne pas à l'énumération détaillée des droits, mais commence par énoncer et donner expression formelle à un certain nombre de «principes généraux» concernant la nature, le domaine d'application et l'efficacité des droits fondamentaux et des normes qui les consacrent, qui sont essentiels pour leur pleine affirmation dans la communauté juridique et pour leur sauvegarde.

Or, parmi ces principes, on rencontre justement ceux qui se rapportent aux conditions de la possibilité de limitation des droits (notamment par le législateur) – conditions dont nous devons nous occuper maintenant.

2. Pour saisir la portée et la signification précises de telles conditions, il faut toutefois rappeler, préalablement, que la Constitution – bien que reconnaissant à tous la dignité de «droits fondamentaux» – ne met pas exactement sur le même plan tous les droits recueillis dans son catalogue: on doit distinguer, en effet, entre, d'un côté, les droits de liberté et de participation politique et, d'autre côté, les droits «sociaux».

Une telle distinction se manifeste dès lors dans la façon dont le texte constitutionnel regroupe ces droits, en les répartissant sous deux titres différents de sa Partie I, subordonnés justement aux épigraphes «Droits, libertés et garanties» (Titre II) et «Droits et devoirs économiques, sociaux et culturels» (Titre III). Ce qui est plus important que la circonstance «extérieure» (mais non fortuite) du classement systématique, c'est cependant le fait que la Constitution ne reconnaît pas la même force ou efficacité juridique aux uns et aux autres de ces droits: ça découle de l'article 18, numéro 1, de la loi fondamentale, d'après lequel seuls les préceptes constitutionnels relatifs aux «droits, libertés et garanties» (et aux droits fondamentaux de nature analogue) sont directement applicables.

Ceci signifie, au fond (et abstraction faite de quelques différenciations ou nuances sur lesquelles on ne peut pas s'attarder à ce moment), que lesdits droits (les «droits, libertés et garanties») voient leur teneur et leur portée déterminées au niveau constitutionnel même, de telle sorte qu'il incombe aux opérateurs juridiques (soit l'Administration, soit le juge) de les appliquer, bien quand il n'y ait pas, éventuellement, de loi qui les concrétise; par contre, les droits «sociaux» continuent à dépendre, dans leur configuration exacte et leur dimension, d'une intervention législative ultérieure, qui les concrétise et leur donne forme, alors seulement acquérant leur pleine efficacité et leur possibilité d'exécution.

N'étant pas possible d'expliquer et de justifier ici, d'une façon développée, cette diversité du régime des droits, il suffira de dire qu'elle se rapporte, d'une part, à leur différence de structure et de contenu (p.ex., droits auxquels correspond essentiellement, du côté passif, une «abstention» des pouvoirs publique versus droits dont la réalisation effective implique une prestation matérielle de l'État) et, d'autre part, aux exigences du principe de la séparation des pouvoirs (dans la mesure où la définition de l'étendue de chaque droit social, impliquant l'affectation à sa réalisation d'une certaine partie de ressources qui sont toujours limités, se traduit dans un choix politique incombant, tout d'abord, au législateur).

Ce qui importe à ce moment c'est plutôt de constater que, en raison d'une telle diversité de leur régime juridique au niveau constitutionnel, la question de la «limitation» des droits se pose d'une façon complètement différente pour les uns (les «droits, libertés et garanties») et pour les autres (les «droits sociaux»), n'étant que dans le premier domaine (ainsi qu'on peut bien le comprendre) qu'elle se profile, dans toute sa difficulté, comme la question de savoir si, quand et dans quelle mesure sera possible et légitime, notamment au législateur, mettre des limites, voire introduire un vrai raccourcissement à l'étendue et à la portée constitutionnelles (c'est-à-dire, établies a priori par la Constitution) d'un certain droit.

Par contre, on voit bien également que, dans le domaine des droits «sociaux», tout se jouant, finalement, au niveau législatif, on ne peut parler d'une éventuelle «limitation» d'un droit que dans un autre sens (qu'on pourra peut-être qualifier comme essentiellement politique), à savoir, celui des limites que le législateur, lui-même, entend ne pas dépasser dans la consécration d'un tel droit. Si des problèmes constitutionnels pourront encore y se soulever – par exemple, concernant le principe de l'égalité ou, éventuellement (ainsi que une certaine doctrine le soutient), l'obligation d'assurer un contenu minimal, quand même, au droit en question – ils seront certainement des problèmes marginaux et, en tout cas, structurellement différents de celui de l'introduction d'une limite à un contenu constitutionnel préalablement défini.

C'est donc compréhensible que le législateur constitutionnel n'ait porté son attention qu'au problème de la limitation des «droits, libertés et garanties» – ça veut dire, des droits fondamentaux «directement applicables» –, de sorte que les «principes généraux» intéressant ce

problème qu'on trouve dans le texte de la Constitution ne se rapportent qu'à ces droits. Comme on vient de le voir sommairement, c'est dans ce domaine, en effet, que la matière soulève une question difficile, voire cruciale, de sauvegarde du contenu constitutionnel.

Ainsi, c'est sur les conditions, établies par la Constitution portugaise, de la «limitation» des droits fondamentaux ayant le rang de droits directement applicables qu'on portera ensuite l'attention.

3. Ces conditions on les retrouve encore, d'une façon ou d'une autre, au précepte-clé de l'article 18 de la Constitution, où – après avoir énoncé la clause de l' «applicabilité directe» des «droits, libertés et garanties» – le législateur constitutionnel s'occupe (aux numéros 2 et 3 de ce même article) des exigences qui doivent remplir les lois restrictives de tels droits. La teneur de ces dispositions est la suivante:

« La loi peut uniquement restreindre les droits, libertés et garanties dans des cas expressément prévus dans la Constitution, ces restrictions devant se limiter au nécessaire pour préserver d'autres droits ou intérêts constitutionnellement protégés (n° 2) ;

« Les lois restrictives de droits, libertés et garanties doivent revêtir un caractère général et abstrait et ne peuvent avoir d'effet rétroactif ni diminuer l'étendue et la portée du contenu essentiel des préceptes constitutionnels (n° 3). »

Ainsi qu'on peut le voir, l'émission de lois «restrictives» des «droits, libertés et garanties» est donc soumise, par la Constitution portugaise à d'étroites conditions – ce qui n'est d'ailleurs que le corollaire naturel de la place et de la signification qui est celle de ces droits dans le cadre constitutionnel et, plus immédiatement, de l'efficacité qui leur est reconnue moyennant la clause de «l'applicabilité directe». Examinons plus de près, si bien que de manière succincte, ces conditions.

Tout d'abord on relèvera – en ce qui concerne la possibilité même d'une restriction des droits – que le législateur n'est pas laissé «libre» pour en décider. La Constitution est, d'ailleurs, particulièrement soigneuse sur ce point: d'une part, exigeant une autorisation préalable, accordée expressément par elle-même (ce qui souligne la nature «exceptionnelle», pour ainsi dire, de toute restriction); d'autre part, exigeant que la restriction soit justifié par un intérêt reconnu par elle-même aussi et tombant sous sa protection (par exemple, la protection d'un autre droit fondamental ou d'une autre valeur constitutionnelle, à caractère différent). Le législateur ne peut donc fonder une restriction seulement sur le besoin de protéger un intérêt ou de poursuivre un objectif qu'il lui seul considère important à un moment donné.

En suite – et passant au mode et à l'étendue des restrictions – on voit qu'elles sont également assujetties à des exigences assez strictes: en plus de l'exclusion de restrictions législatives «individuelles», c'est-à-dire, envisageant un sujet défini ou une situation particulière concrète (ce qui découlerait déjà du caractère «universel» des droits et du principe de l'égalité) et de restrictions portant une attente insupportable à la sécurité juridique et au principe de la confiance (prohibition de restrictions à effet rétroactif), il n'est pas admis qu'elles dépassent le nécessaire pour résoudre le «conflit» de valeurs ou intérêts constitutionnels qui est à leur origine (ça veut dire, les restrictions doivent respecter un principe de proportionnalité) ni qu'elles mettent en cause le contenu nucléaire et caractéristique (ce qu'on appelle le noyau essentiel) de chaque droit, lequel doit être, en tout cas, sauvegardé.

Voilà – dans la clause constitutionnelle qu'on vient de passer en revue très brièvement et où on peut trouver l'écho et l'influence assez visible de déterminations parallèles de la Grundgesetz allemande – les conditions qui doivent être remplies pour qu'une restriction d'un droit fondamental, recte, d'un «droit, liberté ou garantie», puisse être légitimée. Il appartient en dernier ressort au Tribunal Constitutionnel – exerçant sa compétence de contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques – de les appliquer et de assurer leur observance, ce que le Tribunal n'a pas failli de faire en maintes d'occasions.

Il n'est évidemment pas possible d'examiner ici de façon exhaustive ni même d'une façon développée une telle jurisprudence. On se bornera donc à mettre en exergue – et, de nouveau, de manière nécessairement synthétique – certains de ses aspects et orientations, concernant les points qui, à notre avis, sont les plus spécifiques de la législation sur les «droits, libertés et garanties» et de son contrôle, à savoir: l'exigence d'une autorisation constitutionnelle, «expressément» accordée, pour qu'une restriction de ces droits soit admise, l'observance du principe de la proportionnalité et le respect du noyau essentiel de chaque droit.

4. L'exigence d'une prévision expresse, au niveau constitutionnel, de la possibilité de restriction soulève surtout une difficulté : celle de savoir comment dépasser la situation, assez fréquente, où, en dépit du silence (au moins apparent) de la Constitution, la question se pose du besoin d'une réglementation législative du droit, voire de sa «limitation» pour l'harmoniser avec un autre droit (ou le droit d'autrui) ou une autre valeur constitutionnelle. On pourra même dire que, en raison d'une telle difficulté, cette condition de la restriction des droits s'avère peut-être comme la plus problématique de toutes.

La difficulté n'a pas naturellement échappé à la doctrine constitutionnaliste, qui s'est efforcée de trouver différentes voies pour sa résolution. C'est ainsi qu' on souligne, tout d'abord, que les interventions du législateur dans le domaine des droits fondamentaux ne sont pas forcément toutes à caractère «restrictif» (ça veut dire, comportant un raccourcissement du contenu constitutionnel des droits): à côté de celles-ci y peut avoir, notamment, des interventions simplement «réglementatrices» (nécessaires pour introduire le droit dans la vie juridique) ou «conditionatrices» (de l'exercice, mais pas du contenu du droit), auxquelles l'exigence du n° 2 de l'article 18 de la Constitution n'a plus raison d'être appliquée; ensuite, au moins pour une certaine orientation doctrinale, il faut reconnaître les «limites immanentes» des droits (c'est-à-dire, les limites que la Constitution elle-même établit a priori au contenu d'un droit, soit de façon «explicite», soit même de façon «implicite»), avec la conséquence que les normes de la loi dont le but est seulement de «concrétiser» ces limites (ou, en d'autres termes, de «révéler» ou «clarifier» l'étendue de la protection du droit tout comme elle découle déjà de la Constitution) doivent aussi échapper à l'exigence susdite; en plus, et dans une autre perspective, il est admis aussi que l'autorisation pour la restriction d'un droit résulte «expressément», mais a peine «indirectement» de la Constitution (par le biais, par exemple, de la prévision d'une autre restriction ou d'un devoir constitutionnel); plus récemment, enfin, on peut trouver dans la doctrine une orientation selon laquelle il faut distinguer l'hypothèse d'une vraie «restriction» d'un droit (autorisée explicitement dès le début par la Constitution et accordant au législateur un marge de conformation plus ou moins élargi) et celle du simple besoin d'«harmoniser» a posteriori des droits (ou un droit et d'autres valeurs constitutionnels) qui se trouvent en «conflit», laquelle ne sera pas également contemplée par la clause constitutionnelle dont il est question ici.

Or, on pourra dire que le Tribunal Constitutionnel portugais a parcouru dans sa jurisprudence toutes ces voies, selon les circonstances – en introduisant donc (ainsi qu’il était inévitable, d’ailleurs) une certaine souplesse dans l’interprétation de la même clause. Mais il faut ajouter qu’il l’a fait toujours soigneusement, en s’efforçant surtout de se garder de préjugés conceptuels ou d’inversions méthodologiques, et n’ayant sa pratique conduit pas, ainsi, à la subversion de l’exigence constitutionnelle: tout au contraire.

5. À cette même conclusion peut et doit-on arriver, en considérant, maintenant, la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel portugais en matière du principe de la proportionnalité.

Ce principe – dans sa triple dimension: adéquation, nécessité et proportionnalité au sens strict – est certainement, parmi les critères sur lesquels le Tribunal doit se fonder pour juger de la légitimité des restrictions aux droits, celui qui acquiert le plus d’importance – une fois dépassée la barrière de l’admissibilité en soi-même de la restriction, dans chaque cas. Moyennant ce principe, on doit parvenir à l’établissement d’une «concordance pratique», entre le droit objet de restriction et l’autre ou les autres droits ou intérêts constitutionnels dont la sauvegarde impose une telle restriction (car, ainsi que le souligne la doctrine, c’est précisément à travers la recherche de cette «concordance», plutôt que dans une «hiérarchisation» a priori des valeurs constitutionnelles qu’il faudra résoudre le conflit).

Étant donné qu’il s’agit d’un principe structurellement «ouvert», qui exige inévitablement un jugement de valeur de la part de l’opérateur concerné, l’application du principe de la proportionnalité (à l’instar de ce qui se passe avec le principe de l’égalité, par exemple) se présente, dans le domaine du contrôle judiciaire des options législatives, comme une tâche particulièrement délicate, en raison des «limites fonctionnelles» que ce contrôle doit respecter. Or, quoi qu’il en soit, le Tribunal Constitutionnel portugais n’a pas manqué d’appliquer ce principe avec une certaine fréquence – surtout et justement en vue d’apprécier (suivant le commandement constitutionnel) des interventions législatives ayant trait, d’une façon ou d’autre, à des «droits, libertés et garanties» – et de tirer de sa violation, si tel es le cas, la conséquence de l’inconstitutionnalité de la solution légale en question.

Il doit être souligné que ce recours au principe de la proportionnalité reste, peut-être, la manifestation plus visible du caractère «intrinsèque», portant sur toute l’étendue de leur contenu, du contrôle exercé par le Tribunal Constitutionnel sur les normes contenant une réglementation, voire une limitation, des «droits, libertés et garanties»: il est indiscutable que la Constitution l’autorise et l’«invite» même (face à la teneur de l’article 18) à entamer et poursuivre, dans ce domaine, un contrôle d’un tel type et d’une telle portée, lequel va notamment de pair avec l’«applicabilité directe» de ces droits. Toutefois, il doit être reconnu aussi que, dans les cas où il est arrivé à un jugement d’inconstitutionnalité, le Tribunal, en règle, ne s’est pas borné à l’invocation pure et simple du principe, mais s’est appuyé aussi sur le caractère «manifeste» (qu’il n’a pas laissé d’affirmer) de sa violation (en d’autres termes, sur le caractère «manifeste» de l’«excès» législatif).

6. Un mot, finalement, sur l’utilisation, par le Tribunal Constitutionnel portugais, du concept de «noyau essentiel» du droit, auquel fait appel, comme on l’a vu, le n° 3 de l’article 18 de la Constitution.

Une telle utilisation – au moins *eo nomine* – est loin d’être aussi fréquente que celle du principe de la proportionnalité, et plutôt rare. On ne doit pas rester surpris de ce fait, puisque les difficultés sont connues, de cerner avec une suffisante précision, en général et pour chaque droit en particulier, le contenu et les contours du concept en question: la preuve, s’il en est besoin, on la rencontre dans le large débat doctrinal (ouvert premièrement et surtout dans la littérature juridique allemande) sur le sujet, et où il ne fait pas même défaut la thèse (il s’agit juste d’une des deux grandes orientations de fond qu’on peut trouver dans ce débat) selon laquelle le respect du «noyau essentiel» d’un droit se reconduit, finalement, à l’observance du principe de la proportionnalité.

Toutefois – et voilà ce qu’on estimerait souligner, en dernier – le Tribunal portugais n’a pas laissé de recourir, dans un cas ou autre, à la notion de «noyau essentiel» d’un droit, pour en exclure la violation, en se tenant dans ces cas à une distinction, parfois assez nette, entre une telle notion et le principe de la proportionnalité: un exemple suggestif on le rencontre dans l’arrêt n° 517/98.