

Moscou, 1993

CDL-STD(1993)004
Or Engl/

Science et technique de la démocratie

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW

(VENICE COMMISSION)

***LA TRANSITION VERS UN NOUVEAU
TYPE D'ECONOMIE ET SES REFLETS
CONSTITUTIONNELS***

Actes du Séminaire UniDem organisé à Moscou du 18 au 19 février 1993 en coopération avec le Soviet Suprême de la Fédération de Russie, l'Université d'Etat de Moscou, la Cour constitutionnelle de la Russie, la Commission constitutionnelle, le Ministère des Affaires étrangères et le Centre parlementaire du Soviet Suprême

TABLE DES MATIERES

<i>ALLOCUTIONS D'OUVERTURE</i>	4
<i>Les bases constitutionnelles de l'organisation économique</i>	7
a. <i>Les bases constitutionnelles de l'organisation économique Prof. J. Miranda, Université de Lisbonne</i>	8
b. <i>Traduction juridique du modèle économique dans l'actuelle Constitution de la Fédération de Russie et dans le projet de Constitution</i>	22
c. <i>Les bases constitutionnelles de l'élaboration des lois dans le domaine économique Résumé du rapport du Prof. Y. A. Tikhomirov Directeur adjoint de l'Institut de législation et de droit comparé</i>	28
d. <i>Résumé des discussions concernant "Les bases constitutionnelles de l'ordre économique"</i>	29
<i>Aspects constitutionnels de la propriété</i>	30
a. <i>Propriété et Constitution - Professeur J. Mencinger, Université de Ljubljana</i>	31
b. <i>La Propriété et la libre entreprise: problèmes législatifs - Résumé du rapport du Professeur E.A. Sukhanov - Doyen de la Faculté de droit de l'Université d'Etat de Moscou</i>	50
c. <i>Résumé des discussions concernant les "Aspects constitutionnels de la propriété"</i>	52
<i>La liberté de l'activité économique</i>	53
a. <i>La liberté de l'activité économique - garanties et limites constitutionnelles Professeur J.M. TROMM, Institut TMC Asser, La Haye</i>	54
b. <i>Le développement du droit contractuel lors du passage vers l'économie de marché Professeur B.I. Pougouinsky, Université d'Etat de Moscou</i>	64
c. <i>Résumé des discussions concernant "La liberté de l'activité économique" Principes de base concernant l'activité économique qui devrait figurer dans la Constitution</i>	64
<i>Le rôle de la Cour constitutionnelle</i>	66
a. <i>Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale dans le domaine économique - Professeur Otto Luchterhandt, Université de Hambourg</i>	67
b. <i>Le rôle de la justice constitutionnelle dans le passage à une économie de marché - Résumé du rapport du Professeur Nikolay Vitrouk - Vice-président de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie</i>	79
c. <i>Résumé des discussions concernant "Le rôle de la Cour constitutionnelle"</i>	81
<i>LISTE DES PARTICIPANTS</i>	82

SEANCE D'OUVERTURE

Présidée par Monsieur B.L. KOLOKOLOV, Vice-Ministre des Affaires étrangères de la Fédération de Russie

Allocutions d'ouverture par :

- *Monsieur Loubentchenko, Directeur du Centre parlementaire du Soviet suprême*
- *Monsieur Vladimir Ispravnikov, Chef du Conseil suprême économique du Soviet suprême de la Fédération de Russie*
- *Monsieur Godert Maas Geesteranus, membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit*
- *Monsieur Uwe Holtz, Président de la Commission des questions économiques et du développement de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*
- *Monsieur Nikolay Vitrouk, Vice-Président de la Cour constitutionnelle, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit*
- *Monsieur B.L. Kolokolov, Vice-Ministre des Affaires étrangères de la Fédération de Russie*
- *Monsieur Oleg Roumyantsev, Secrétaire exécutif de la Commission constitutionnelle de la Fédération de Russie*
- *Monsieur Mikhail Martchenko, Vice-Recteur de l'Université d'Etat de Moscou*

ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

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

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

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

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

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

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

Ce qui est important pour la Russie l'est pour l'ensemble de l'Europe; par conséquent, la Commission européenne pour la démocratie par le droit est tout à fait disposée à lui accorder toute l'assistance possible dans son cheminement vers la liberté économique et politique. Cette tâche est délicate et urgente parce que les valeurs fondamentales sur lesquelles reposent les réformes sont encore faibles dans le pays.

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

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

M. Vitrouk rappelle les principales caractéristiques du programme UniDem (Université pour la Démocratie) de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, dont le présent séminaire fait partie intégrante.

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

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

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

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

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

M. Roumyantsev déclare que la crise institutionnelle actuelle en Russie est due au fait que les attributions qui étaient dévolues autrefois au pouvoir exécutif ont été changées mais qu'il n'a pas encore été possible de créer un système correct de freins et contrepoids entre les pouvoirs de l'Etat. On a proposé diverses solutions (pouvoirs d'urgence pour le Président, adoption d'une constitution provisoire ou réunion d'une assemblée constituante) qui devraient toutes être rejetées en faveur d'une adoption rapide de la Constitution.

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

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

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

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

PREMIERE SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par M. B.L. Kolokov, Vice-Ministre des Affaires étrangères de la Fédération de Russie.

LES BASES CONSTITUTIONNELLES DE L'ORGANISATION ECONOMIQUE

- a. Rapport du Professeur Jorge MIRANDA, Université de Lisbonne*
- b. Rapport de M. Yevgueniy DANILOV, Chef du Groupe d'experts, Commission constitutionnelle de la Fédération de Russie*
- c. Résumé du rapport du Professeur Youriy TIKHOMIROV, Directeur adjoint de l'Institut de législation et de droit comparé*
- d. Résumé des discussions*

a. Les bases constitutionnelles de l'organisation économique Prof. J. Miranda, Université de Lisbonne

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

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

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

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

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

Par contre, on trouve déjà, au Moyen-Age et dans l'Etat absolu, la notion d'un droit de l'Etat, de règles juridiques supérieures à la volonté des princes ; et, dans la phase finale de l'absolutisme, même lorsqu'il y a tentative de défense des vertus du pouvoir monarchique, l'inévitabilité de "Lois fondamentales", auxquelles les rois doivent obéissance et qu'ils ne peuvent pas modifier, est admise. C'est à ces "Lois fondamentales" qu'il incombe d'établir l'unité de la souveraineté et de la religion de l'Etat, de 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 réglèrent 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 notre Constitution de 1822 - n'ayant servi qu'à calmer les esprits inquiets à cause des révolutions libérales et à critiquer les excès de l'absolutisme.

Par ailleurs, le système constitutionnel a tendance à réglementer l'ensemble de l'activité des gouvernants et tous leurs rapports avec les gouvernés ; il prétend assujettir à la loi toutes les manifestations de souveraineté et établir, dans son texte fondamental, les droits des citoyens ; il y manifeste une volonté autonome de recréer l'ordre juridique¹. Il est, par conséquent, aisé de comprendre qu'une rupture historique se soit produite entre les Lois fondamentales du Royaume et la constitution encore qu'il n'existe pas entre les deux une différence de nature (puisque tant les unes que les autres donnent une forme juridique au système politique). Il est aisé de comprendre la raison pour laquelle ce n'est qu'à partir de cette époque que, sur le plan scientifique, la notion de constitution a commencé à devenir plus nette.

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

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

L'Etat est un Etat constitutionnel, un Etat constitué rationnellement, selon les doctrinaires et les hommes politiques du constitutionnalisme libéral, que si les individus jouissent de liberté, de sûreté et du droit à la propriété et du moment que le pouvoir est détenu par plusieurs organes.

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 du pouvoir lui-même avant d'en établir les conditions d'exercice (BURDEAU, Traité de Science Politique, IV, 2^e éd., Paris, 1969, pp. 23-24, lequel emploie l'expression "Constitution institutionnelle", là où nous parlons de "Constitution matérielle").*

C'est-à-dire, les termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : "Toute société qui n'assure pas la garantie des droits, et qui n'a pas établi la séparation des pouvoirs n'a pas de Constitution".

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

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

Cependant, le constitutionnalisme libéral doit encore rechercher une légitimité qui puisse être opposée à l'ancienne légitimité monarchique ; or cette légitimité ne peut qu'être démocratique même si, dans la pratique et dans les propres lois constitutionnelles, on ne retrouve pas tous les corollaires de cette idée. La Constitution est donc l'auto-organisation d'un peuple (d'une nation, dans l'acception révolutionnaire du mot), l'acte par lequel un peuple se lie et lie ses représentants, l'acte le plus haut de l'exercice de la souveraineté (nationale ou populaire, selon le concept auquel on se rallie).

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

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

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

partir de 1803, la Cour Suprême, d'une faculté de vérification de la conformité des lois avec la Constitution.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La distinction est à prendre avec précaution étant donné que :

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

En fait, toute constitution contient à la fois des éléments organiques et programmatiques. La distinction concerne essentiellement leur force respective, la façon dont ils se combinent, le degré de concrétisation qu'ils atteignent, les sens que leur donnent la jurisprudence et la doctrine. Il est indubitable, cependant, que les constitutions libérales sont plutôt statutaires ou organiques, et à l'inverse, les constitutions marxiste-léninistes (tout comme un grand nombre de constitutions des régimes autoritaires d'une autre nature et de pays asiatiques et africains) sont plutôt 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, règles préceptives et programmatiques et règles qui sont ou ne sont pas, par elles-mêmes, susceptibles d'une mise en application. Dans les constitutions dites programmatiques, les dispositions programmatiques sont nombreuses, mais l'on y trouve aussi des règles concernant la vie économique et sociale, très marquées par des considérations de caractère doctrinaire ou idéologique, et dont la nature est celle des dispositions préceptives.

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

A la rigueur, aucune constitution n'est absolument simple ; toutes contiennent au moins deux principes qui peuvent a priori être ou ne pas être susceptibles de s'allier. Que la constitution soit

simple ou de compromis dépend des circonstances liées à sa naissance, à sa mise en application et des vicissitudes qui l'accompagnent ; cela dépend de l'absence ou de la présence - non pas en abstrait, pour les juristes, mais en concret, pour les sujets du contradictoire politique, ainsi que pour les citoyens en général - d'un conflit entre fondements de légitimité ou entre projets d'organisation collective que les dispositions constitutionnelles doivent résoudre moyennant une plate-forme d'accord ; cela dépend de la manière dont est envisagée l'intégration politique.

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

II

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- la Constitution espagnole de 1931 ;

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

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

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

Cette constitution est la plus étendue et la plus complexe de toutes les constitutions portugaises : elle porte la marque du processus politique dense et hétérogène de la période de son élaboration ; elle condense les apports des partis et des forces sociales en lutte ; elle est allée puiser son inspiration aux sources de plusieurs idéologies internationales : elle reflète (ce qui va de soi, évidemment) le passé de l'histoire constitutionnelle portugaise.

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

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

- 1) la coexistence (en concurrence ou en conflit, au choix) de trois secteurs de propriété des moyens de production - le secteur public, le secteur coopératif et le secteur privé ;
- 2) la distinction entre socialisation et appropriation collective des moyens de production ;

- 3) la coordination entre marché (défini en termes de "concurrence équilibrée entre entreprises") et plan (qui n'est impératif que pour le secteur public de l'Etat) ;
- 4) la reconnaissance simultanée de l'initiative privée, de la propriété sociale et de l'auto-gestion.

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

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

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

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

III

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

Ainsi, en premier lieu, en tant que partie de l'ordre juridique de l'Etat, la constitution est un élément conformé par les rapports sociaux et qui, en même temps, les conforme ; elle est le résultat et simultanément un facteur d'intégration politique. Elle reflète la formation, les croyances, les attitudes mentales, la géographie et les conditions économiques d'une société et, en même temps, elle lui imprime un certain caractère, elle agit comme principe organisateur, elle

statue à propos des droits et devoirs des individus et des groupes, elle régit leurs comportements, rationalise leurs positions réciproques et, vis-à-vis de la vie collective considérée comme un tout, elle peut être aussi bien un agent de conservation que, de transformation.

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

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

La constitution doit être constamment confrontée aux principes et elle est tributaire de ceux-ci à des degrés variables ; elle se doit d'être toujours pensée en fonction de la réalité politique, économique, sociale et culturelle qui lui est sous-jacente et qui est une réalité constituée non seulement des faits, mais encore des opinions, des idéologies, des attitudes politiques, de toute une culture civique et constitutionnelle ; et cette culture, à son tour, renvoie à des principes de valorisation supérieurs (ce qui signifie qu'il y a circulation entre valeur, constitution et réalité constitutionnelle).

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

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

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

pouvoir, quoique s'imposant et obtenant le consentement de la communauté de prime abord, finisse par ne plus obtenir son adhésion et par provoquer, avec le temps, la répulsion.

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

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

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

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

D'autre part, et nous insistons là dessus, la constitution économique est toujours une partie de la constitution ; c'est un ensemble de normes et d'institutions juridiques. Par conséquent, son concept se distingue aisément de celui de système économique, de structure économique, d'ordre économique au sens sociologique. Tout comme il faut encore distinguer entre problématique de la constitution économique et problématique économique de la constitution, c'est-à-dire de l'évaluation économique, de l'interprétation et de la mise en oeuvre de ses dispositions, ainsi que, en général, du sens qu'elle a sur le plan strictement économique¹.

L'un des dangers que présentent les théories modernes concernant la constitution économique, la constitution sociale, la constitution administrative, la constitution culturelle, etc... est celui de parvenir à un morcellement de la constitution, à une division de la constitution en autant de constitutions qu'elle a de grands domaines et, ensuite, d'appliquer éventuellement des méthodes ou des critères d'interprétation distincts aux dispositions de chacun de ces hémisphères, ou de chacune de ses parties de la constitution. On pourra alors se trouver confronté à une

¹ Cf. pour tous, JAMES BUCHANAN, *Constitutional design and construction: an economic approach*, in *Economia*, 1979, p. 293 et ss.

impossibilité totale de retrouver une unité de système, ou bien on arrivera peut-être à la conclusion qu'il existe des contradictions insurmontables à l'intérieur du système constitutionnel global, des contradictions qui devraient se résoudre soit par des ruptures constitutionnelles, soit à travers la volonté de l'interprète, de celui qui juge, éventuellement des organes de contrôle de la constitutionnalité.

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

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

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

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

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

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

- a) la plus grande rigueur possible dans les dispositions concernant les droits et libertés fondamentales de l'homme, du citoyen, du travailleur et des groupes auxquels ils appartiennent, ne laissant au législateur et à celui qui applique les dispositions que la tâche de les 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, 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.

b. Traduction juridique du modèle économique dans l'actuelle Constitution de la Fédération de Russie et dans le projet de Constitution

Y.A. Danilov, Commission constitutionnelle de la Fédération de Russie

La tenue d'un séminaire conjoint sur la transition vers un nouveau type d'économie et sa traduction au plan constitutionnel me paraît tout à fait opportune. Le choix du thème, que nous devons à la fois aux éminents représentants de la Commission de Venise et à nos collègues russes, est indiscutablement juste et tourné vers l'avenir. Au cours de leur rencontre, nos dirigeants - M. LA PERGOLA, Président de la Commission et M. N.T.RYABOV, Vice-Président du Soviet suprême de la Fédération de Russie et Vice-Président de la Commission constitutionnelle - ont souligné que l'objet du séminaire correspond à l'essence même des processus constitutionnels que connaît la Fédération de Russie, et se situe au cœur de nombreux événements qui s'y déroulent.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le chapitre consacré au système économique précise que la Fédération de Russie reconnaît et protège les formes de propriété suivantes : privée, collective, étatique, municipale et associative

(des "organisations sociales"). Soulignons que c'est la première fois que la propriété privée est reconnue au niveau constitutionnel.

Il ne nous paraît toutefois pas judicieux d'inscrire dans la Constitution toutes les formes de propriété. Il ne s'agit pas du Code civil, qui doit effectivement comporter tous ces détails. D'ailleurs, l'existence de certaines formes de propriété énumérées ci-dessus est assez douteuse. C'est le cas surtout de la propriété dite collective où, nous semble-t-il, il y a assimilation injustifiée d'une pluralité de sources économiques de propriété à une forme juridique par essence unitaire. Tout n'est pas simple en matière de propriété dite "des organisations sociales" s'agissant notamment du régime juridique de fonctionnement de certaines des unités relevant de ce type de propriété, les entreprises appartenant à des associations par exemple. La classification détaillée des formes de propriété qui apparaît dans la Constitution s'effectue selon différents critères. La propriété privée se subdivise ainsi en propriété des personnes morales et des personnes physiques.

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

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

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

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

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

A l'heure actuelle, on ne peut pas dire que les questions de propriété - d'Etat et autres - de la terre, du sous-sol, de la faune et de la flore soient résolues dans la Constitution en toute clarté.

Ainsi, bien qu'en vertu de la Constitution, l'Etat puisse déjà accorder non seulement la jouissance, mais aussi la possession à vie et héréditaire ou la propriété, il ne s'agit pas concrètement de la terre en général, mais de parcelles dont les dimensions maximales seront fixées par l'Etat, et qui sont essentiellement des lopins de terre à usage agricole.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cette situation s'est-elle créée de manière "objective" ou sous l'effet du hasard ? Nous répondrons sans ambiguïté que les contradictions et le manque de cohérence de l'actuelle Constitution reflètent les oppositions et les dysfonctionnements de la vie économique et politique de la période actuelle, les conceptions idéologiques et l'état psychologique des différents groupes de notre société. Dans un contexte où les multiples forces économiques et politiques s'exercent dans des directions différentes, il est difficile, mais non impossible, de mener des réformes économiques, politiques et constitutionnelles. Au moment même où se polarisent les forces sociales, la progression dans la voie des réformes est problématique; il faut s'attendre à de nombreux obstacles, arrêts prolongés et crises potentielles - politiques, économiques, constitutionnelles. C'est justement dans ces moments critiques que la société et l'Etat doivent être capables de trouver l'orientation juste et les moyens adéquats pour aller de l'avant.

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

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

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

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

Le projet de Constitution dispose (article 9) :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d. Résumé des discussions concernant "Les bases constitutionnelles de l'ordre économique"

Des dispositions constitutionnelles sont-elles nécessaires?

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

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

Rôle des unités constitutives de la Fédération

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

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

Protection de l'environnement

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

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

DEUXIEME SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par M. Mikhail Martchenko, Vice-Recteur de l'Université d'Etat de Moscou

ASPECTS CONSTITUTIONNELS DE LA PROPRIETE

- a. Rapport du Professeur J. MENCINGER, Université de Ljubljana
- b. Résumé du rapport du Professeur E.A. SOUKHANOV, Doyen de la Faculté de droit de l'Université d'Etat de Moscou
- c. Résumé des discussions

a. Propriété et Constitution - Professeur J. Mencinger, Université de Ljubljana

1. INTRODUCTION ET SOMMAIRE

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

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

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

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

2. LE PARADOXE DE L'EXPLOITATION

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

l'homme", avec la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression (article 2 de la Déclaration). Son article 17 est ainsi libellé :

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

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

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

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

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

Il existe deux types d'efficacité : statique (de répartition, Pareto) et dynamique (efficacité X, dans l'utilisation des ressources) ¹. La racine de l'inefficacité statique ou de répartition des pays

¹ *L'efficacité de répartition, statique ou de Pareto, demande, concernant la production, une répartition des apports telle qu'il soit impossible de produire une quantité plus grande d'une marchandise donnée en modifiant ladite répartition sans réduire la quantité d'un autre produit; de même, la distribution des biens doit être telle que personne ne puisse gagner à une redistribution sans que quelqu'un d'autre y perde.*

socialistes est l'interdiction de l'exploitation capitaliste. Un exemple simple peut illustrer cette constatation (Mencinger, 1989).

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

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

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

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

Selon la théorie pertinente, une quantité donnée peut être produite à partir de différentes combinaisons d'apports, plus ou moins interchangeables (techniquement). Si, de plus, nous en connaissons les prix, nous pouvons déterminer une combinaison d'apports qui minimise les

Pour atteindre l'efficacité X ou dynamique, la production doit avoir un coût minimum, sans pertes de ressources inutiles. Ainsi, l'efficacité X d'une économie augmente si la quantité des produits s'accroît plus vite que celle des apports, et diminue dans le cas inverse.

coûts à l'unité, et affirmer alors que la production est efficace. L'augmentation de l'un des apports (par exemple la main-d'œuvre) sans modifier la quantité des autres ne permet que des augmentations de production de plus en plus réduites, que l'on dénomme "rendements marginaux décroissants". Si tous les apports nécessaires à la production agricole (main-d'œuvre, machines, terres) étaient totalement divisibles, la combinaison optimale d'apports, dès lors qu'elle aurait été établie, serait valide pour tous les niveaux de la production ; un doublement de cette dernière demanderait un doublement quantitatif de tous les apports. Toutefois, les apports sont indivisibles et donc utilisés dans une mesure différente à différents niveaux de production. Les possibilités techniques de substitution ne sont pas constantes et les prix relatifs des apports évoluent. En conséquence, la combinaison optimale d'apports change également. Moins les apports sont utilisés, plus la production est loin de son état optimum et plus le coût à l'unité de production est élevé.

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

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

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

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

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

Le passage d'une économie socialiste à une économie de marché, résultat essentiel des bouleversements politiques et idéologiques, s'est révélé être un processus pénible comprenant de nombreuses marches arrière et dans lequel la redistribution des revenus, des richesses et des pouvoirs fait naître des tensions sociales et politiques. Ces conséquences étaient prévisibles. La transition a commencé alors que l'on n'avait pas de connaissance claire de la situation réelle, qu'aucun plan de nouveau système économique n'avait été élaboré et que les dispositifs économiques et sociaux appropriés faisaient défaut. Au contraire, on se berçait de l'illusion que les mécanismes du marché transformeraient instantanément les anciens pays communistes en Etats de protection sociale. C'est pourquoi tous ont déclaré adhérer sans réserve aux mécanismes capitalistes du marché ; les plus convaincus étaient ceux qui possédaient le moins d'institutions de marché, et tous les gouvernements se sont pleinement engagés dans une privatisation totale des entreprises d'Etat ou à propriété sociale. Les premiers résultats ont été "décevants". Les espérances injustifiées ne se sont pas matérialisées ; beaucoup d'individus ont subi une réduction substantielle de leur niveau de vie, la production a diminué, le chômage s'est accru et il n'y a pas eu de progrès dans la répartition des revenus. Les pays occidentaux ont également modéré leur enthousiasme sur les libertés politiques et les changements économiques dans les anciens pays socialistes lorsqu'ils se sont rendu compte que les fonds nécessaires pour répondre à la nostalgie de prestations sociales communistes allant du berceau à la tombe dépassaient les ressources disponibles.

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

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

Sadowski (1991) distingue deux interprétations de la privatisation : élimination totale de la propriété d'Etat en la faisant passer entre des mains privées, et changement de la structure de propriété en développant la part du secteur privé par rapport à celle du secteur public, pour que le premier l'emporte finalement. Dans la dernière éventualité, on peut privatiser l'économie soit en adoptant un cadre juridique approprié qui permette de développer la portée du secteur privé soit en réduisant le secteur public par des transferts à des propriétaires privés. Cette dernière forme, au sens étroit, de la privatisation nous intéresse ici. La concernant, Bajt (1992), distingue

deux notions, selon que le concept de la propriété est juridique ou économique (Bajt, 1953). Au sens juridique, "la privatisation équivaut à une restitution des droits de propriété privée en capitaux tangibles, à la fois par la dénationalisation des capitaux privés précédemment nationalisés (reprivatisation) et par la privatisation des capitaux accumulés par l'Etat" (Bajt, 1992 p.8). Au sens économique, la privatisation recouvre les dispositions qui permettent aux individus de gagner leurs actifs. Tel est l'élément central de la privatisation : augmenter l'efficacité, non pas tant au sens juridique de la propriété qu'avec la responsabilité d'une utilisation appropriée des actifs. L'aspect de responsabilité de la propriété a sans aucun doute été négligé dans les ouvrages sur la privatisation et plus encore dans les solutions techniques.

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

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

La question essentielle consiste à déterminer dans quel délai un environnement institutionnel permettant l'efficacité économique peut être établi, et de quelle manière. Trois retards au moins doivent être pris en compte : technologique¹, institutionnel et comportemental.

Le fossé technologique pourrait être relativement facile à combler bien que l'efficacité économique dans les anciens pays socialistes ait spectaculairement chuté après l'effondrement politique et qu'il faille envisager des années avant même de retrouver le niveau antérieur à cet effondrement. Il paraît beaucoup plus douteux que les deux autres retards puissent être rattrapés rapidement. La mise en place des institutions de marché en Occident a été un processus graduel d'interactions entre le développement économique, la politique et les institutions de la société civile. La politique a apporté un cadre institutionnel au marché et a réglementé les activités économiques. Cette réglementation s'impose pour que le marché ait une meilleure performance qu'en Amérique latine, où l'on n'est pas parvenu à faire du capitalisme un système économique efficace et encore moins capable de distribuer raisonnablement les richesses et prestations sociales. Sur le plan formel, des institutions de marché analogues à celles qui existent dans les économies développées de ce type pourraient être établies par décret. La plupart des hommes

¹ *Le retard technologique par rapport aux pays de la CEE, et notamment à l'ex-Allemagne de l'Ouest, a été estimé à deux décennies environ pour l'ancienne République démocratique allemande, un quart de siècle pour la Tchécoslovaquie, plus de trois décennies pour la Bulgarie, la Hongrie et l'Union Soviétique et peut-être quatre décennies à un demi-siècle pour la Pologne et la Roumanie (Vacic (1992).*

politiques des ex-pays socialistes sont tout disposés à imiter ces institutions de l'Occident. Il est cependant improbable qu'elles puissent fonctionner comme dans des économies de marché développées. En effet, leur performance est tributaire des normes et structures de comportement social créées par les institutions de la société civile. Selon Hare (1991, p.3) "la gestion et le fonctionnement positifs d'une économie de marché reposent, dans une mesure étonnamment importante, sur la confiance". Les agents qui participent aux transactions économiques, répétées ou adaptées à des circonstances nouvelles, doivent être convaincus que tous les autres membres de la société se comportent selon les principes de cette dernière ; les règles et contrats formels ne régissent pas grand-chose.

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

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

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

Il suffit, pour établir le bien-fondé de cette appréciation, d'observer sur quels points les approches techniques de la privatisation se ressemblent ou diffèrent. Les systèmes de bons mis en place en Tchécoslovaquie et en Russie devraient permettre, par exemple, de distribuer une partie importante des actions à tous les citoyens adultes, directement ou en association avec des fonds mutuels. La Hongrie a suivi l'exemple des privatisations dans les pays occidentaux et

priviliégé l'option des ventes. La Pologne a recherché la création de propriétaires institutionnels. La Croatie a "privatisé" en nationalisant, tandis que la Slovénie introduisait une étrange combinaison d'approches. Les différences et, plus encore, les similitudes indiquent que les variations réelles entre pays, relatives notamment à l'environnement politique et social, au cadre institutionnel, au degré de monétisation de l'économie, aux structures industrielles, à l'intégration dans le marché mondial et aux performances macro-économiques ont joué un rôle mineur, alors qu'elles devraient déterminer la façon d'associer la stabilisation macro-économique et la restructuration de l'offre à la privatisation pour réduire autant que possible les coûts économiques et sociaux de la transition.

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

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

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

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

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

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

La seule disposition relative à la protection de la propriété privée de la Constitution de la Suède du 6 juin 1809 se trouve à l'article 16 de l'instrument de Gouvernement¹. La protection de la propriété fait partie des droits individuels. La rareté de ces clauses relatives à la propriété contraste avec la Magna Carta de 1215, qui traite en détail la propriété des terres, la succession et d'autres questions relatives à l'activité économique.

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

Le XX^e siècle et l'apparition des pays socialistes ont marqué un changement par rapport à cette attitude qui consistait à négliger la question de la propriété². Sur le plan constitutionnel, le caractère plus interventionniste des gouvernements est décelable au vue des restrictions à l'utilisation qui ont commencé à écorner le système des droits de propriété illimités. La Constitution du Chili, adoptée le 18 septembre 1925 et appartenant à un groupe de constitutions qui commençaient à imposer également des obligations au propriétaire, est un exemple caractéristique de cette évolution. Aux termes de son article 10 :

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

De plus,

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

¹ "Le roi maintient et favorise la justice et la vérité, empêche et interdit l'iniquité et l'injustice; il ne prive personne, et ne permet pas non plus que quiconque soit privé, de la vie, de l'honneur, de la liberté individuelle ou du bien-être sans procès et condamnation conformément à la loi ; il ne prive personne, et ne permet pas non plus que quiconque soit privé, de tout bien immobilier ou personnel sans procès et jugement en bonne et due forme selon les dispositions du droit suédois".

² Dans la théorie économique, le rôle de la propriété dans l'organisation et la performance a été particulièrement souligné par l'école autrichienne et la controverse dite socialiste dans les années 20 et 30 a porté notamment sur les conséquences économiques des différentes formes de propriété.

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

On observe la même tendance après la deuxième guerre mondiale. La Constitution de la République italienne, approuvée par l'assemblée constituante le 22 décembre 1947, appartient aussi au groupe de textes qui traitent ces questions de manière assez approfondie. Au Titre 3, Relations économiques, de la Partie 1., Droits et Obligations des citoyens, l'article 42 stipule au sujet de la propriété que la loi "en spécifie les modes d'acquisition et de jouissance, ainsi que les limites, pour en assurer la fonction sociale et la rendre accessible à tous". De surcroît (article 43) "la loi peut, au moyen de l'expropriation et contre indemnisation, réserver à l'origine ou transférer à des organes publics ou à des groupes de travailleurs ou de consommateurs certaines entreprises ou catégories d'entreprises ayant trait à des services publics essentiels, à des sources d'énergie ou à des conditions de monopole et qui présentent un intérêt général de premier plan". Selon l'article 44 : "afin de parvenir à une exploitation rationnelle des sols et d'établir des relations sociales équitables, la loi impose des obligations et des contrôles relatifs aux terres privées, en limite la superficie selon les régions et les zones agricoles, encourage et impose l'amendement des terres, la transformation du latifundium et la création de nouvelles unités de production. La loi prévoit une assistance aux petits et moyens propriétaires". Des restrictions du même ordre figurent dans la Constitution de la République française adoptée par l'Assemblée nationale constituante le 28 septembre 1946. Bien qu'ayant repris les dispositions de la Constitution de 1789, elle indique dans son préambule que "tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité."

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

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

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

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

Les nouvelles constitutions des anciens pays socialistes, bien que leurs libellés diffèrent, sont marquées par l'abandon des principes socialistes antérieurs, le remplacement de la phraséologie socialiste par celle des constitutions classiques, l'élimination de la classification socialiste des

biens et le retour aux dispositions traditionnelles : inviolabilité de la propriété, expropriation dans l'intérêt public avec une compensation équitable et succession garantie. Ces clauses sont renforcées par certaines restrictions et obligations imposées aux propriétaires et proches de celles des Constitutions caractéristiques de l'Etat interventionniste. En résumé, les nouvelles Constitutions assurent une protection raisonnable de la propriété privée et stipulent la sauvegarde des terres et des ressources naturelles.

Certaines spécificités méritent d'être indiquées. La Constitution roumaine, adoptée le 21 novembre 1991, garantit des droits de propriété privée et l'égalité de protection de tous les biens, quel qu'en soit le propriétaire, et interdit l'expropriation sans compensation (article 41). Toutefois, une disposition d'accompagnement affaiblit la protection en indiquant que "la portée et les limites de ce droit peuvent être établis par la loi" (article 42). La Constitution de la République de Slovénie, influencée par celle de l'Italie, garde un chapitre sur les relations économiques et sociales et souligne l'importance économique de la propriété (article 67). La Constitution du Kyrghyzstan énumère le droit à la propriété parmi les droits et libertés de l'individu aux articles 17 et 20. La Constitution de la Lituanie va dans le même sens en mentionnant l'inviolabilité de la propriété parmi les droits individuels (article 23). Des amendements apportés à la Constitution de la République de Pologne le 29 décembre 1989 suppriment la classification socialiste de la propriété en abrogeant les articles 11 à 19 (chapitre 2). La Constitution manque de ce fait de dispositions générales sur la protection de la propriété privée et ne comporte qu'une seule clause indiquant que la propriété ne doit être confisquée que dans des cas spécifiés par la loi (article 87). La Constitution de la République slovaque accorde une assez grande place à la propriété. Elle en proclame les obligations ; "elle ne peut être utilisée pour nuire aux droits des autres, ou aux intérêts généraux protégés par la loi. L'exercice des droits de propriété ne peut compromettre la santé humaine, la nature, le patrimoine culturel ou l'environnement plus que la loi ne le permet" (article 20.3). La Constitution du Turkménistan conserve la division de la propriété et évoque explicitement la propriété des moyens de production. La Constitution de la Hongrie définit l'économie du pays comme une économie de marché dans laquelle les propriétés publique et privée sont également protégées (article 9.1).

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

ANNEXE AU CHAPITRE 4

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

Estonia

December 13, 1991:

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

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

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

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

Kyrgyzstan

October 16, 1992

Article 4

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

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

Article 20

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

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

Lithuania

October 13, 1992

Article 23

Property shall be inviolable.

The rights of ownership shall be protected by law.

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

Chapter 4

National Economy and Labor

Article 46

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

Article 47

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

Poland

May 1, 1990

Chapter 1: Foundations of the Political and Economic System

Article 6

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

Article 7

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

Slovak Republic

September 3, 1992

Article 4

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

Article 20

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

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

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

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

Turkmenistan

October 16, 1992

Article 9

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

Ukraine

June 10, 1992

1 General Principles of the Constitutional System

Article 6/3

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

Chapter 4: Economic, Social, Ecological and Cultural Rights

Article 36

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

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

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

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

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

Chapter 8. Ownership

Article 66

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

Article 67

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

Article 68

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

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

Article 69

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

Article 70

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

Article 71

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

Article 72

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

Russian Federation

November 13, 1992

Chapter IV. Economic, Social and Cultural Right and Freedoms

Article 34

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

Article 35

(1) Every person shall have the right to be a property owner.

The right of inheritance shall be guaranteed.

Chapter VII. Property, Labor, Entrepreneurship

Article 57

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

(2) All property owners shall enjoy legal protection.

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

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

Article 58

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

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

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

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

BIBLIOGRAPHIE

- Bajt, A.(1992): A Property Rights Analysis of the Transition Problems in the EAST, EIPF, Ljubljana, 26;
- Bajt, A.(1953): Ekonomski in pravni pojem lastnine (The economic and legal concept of ownership), Pravnik, Vol.8, 139-158;
- Bannock, G. et al. (1985): Dictionary of Economics, Third Edition, Penguin Books, London;
- Brzeski, A.(1991): Privatising Soviet-Type Economies, St.Petersburg-Leningrad papers, CRCE London, 17-26;
- Gray, C.W. et al: (1991): The Legal Framework for Private Sector Development in a Transitional Economy, The Case of Poland, The World Bank, Working Paper, WPS 800;
- Hare,P.(1991): The Assessment: Microeconomics of Transition in Eastern Europe, Oxford Review of Economic Policy, Vol.7. No.4, 1-15;
- Jackson, M.(1992): Large Scale Privatization in Central Europe: Practical and Conceptual Issues; Discussion Papers on the Economic Transformation in Central and Eastern Europe, Louven 1992/1
- Mencinger, J.(1989): The Quagmire of Socialism, Communist Economies, Vol 1, 385-393;
- Privatization in Eastern Europe (1992), Proceedings of the Conference "Privatization: How to Use This Instrument for Economic Reform in Eastern Europe", Vienna, November 17-18, 1990, Friedrich Ebert Stiftung and Renner Institute;
- Sadowski, Z.L. (1991): Privatization in Eastern Europe: Goals, Problems, and Implications, Oxford Review of Economic Policy, Vol.7, No.4, 46-56;
- Simoneti, M. (1991): Comments on "Accelerating Privatization in Eastern Europe: the Case of Poland" by Jeffrey D. Sachs, Proceedings of the World Bank's Annual Conference on Development Economics, Washington, April 25-26, 1991, The World Bank Economic Review, April 1991;
- Uisitalo, H. (1992): Variations of Social Dimension in Western Countries, paper presented to the seminar Towards a Competitive Society in Central and Eastern Europe: Social Dimensions, Helsinki, September 20-22, 1992;
- Urban, L.(1990): Objectives, Methods and Problems of Privatization, in Privatization in Eastern Europe, Proceedings of the Conference "Privatization: How to Use This Instrument for Economic Reform in Eastern Europe", Vienna, November 17-18, 1990;

- Vacic, A.M.(1992): Specific Features of Transition from Plan to Market, in Saunders, C.T. Economics and Politics of Transition, McMillan Press, London;
- Veljanovski, C.(1990): Economics of Law, IEA London.

b. La Propriété et la libre entreprise: problèmes législatifs - Résumé du rapport du Professeur E.A. Sukhanov - Doyen de la Faculté de droit de l'Université d'Etat de Moscou

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

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

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

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

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

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

5. Un système commercial développé suppose par conséquent une législation développée, s'inspirant de principes juridiques bien conçus ; la prise en considération générale de l'expérience acquise (y compris à l'étranger) du développement du droit ; ainsi que le rejet des dogmes

politico-économiques et des systèmes idéologiques. Le développement du droit constitutionnel dans ce domaine peut et doit s'inspirer des progrès du droit civil.

c. Résumé des discussions concernant les "Aspects constitutionnels de la propriété"

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

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

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

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

Quelles règles faudrait-il mettre dans la Constitution?

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

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

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

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

TROISIEME SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par M. Godert W. Maas Geesteranus, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit au titre des Pays-Bas

LA LIBERTE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE

- a. Rapport du Professeur J.M. Tromm, Institut TMC Asser, La Haye
- b. Résumé du rapport du Professeur B.I. Pouguinsky, Université d'Etat de Moscou
- c. Résumé des discussions

a. La liberté de l'activité économique - garanties et limites constitutionnelles Professeur J.M. TROMM, Institut TMC Asser, La Haye

1. INTRODUCTION

a. Nature des normes constitutionnelles

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

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

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

Les conditions posées par le projet de Constitution de la Fédération de Russie sont différentes. Il existe un mécanisme de contrôle de la constitutionnalité et, parmi les institutions de l'Etat, se trouve une Cour constitutionnelle. En fonction, bien évidemment, des pouvoirs qui lui seront attribués et de la compétence de contrôle dévolue, en général, au pouvoir judiciaire, on peut affirmer qu'ici, le gardien suprême des principes fondamentaux garantis par la Constitution est l'institution judiciaire chargée de veiller au respect des règles et valeurs qu'elle consacre. Pour autant que tel est bien le cas, on peut estimer que la Cour constitutionnelle est dotée de pouvoirs ayant nécessairement un impact sur les forces dynamiques de la société dans tous les cas où la Constitution elle-même comporte des normes matérielles - c'est-à-dire autres que purement

institutionnelles ou procédurales - susceptibles d'influencer les processus dynamiques, et à ce titre pertinents au point de vue politique, de la société. Dès lors que l'étendue de la compétence d'une Cour constitutionnelle est largement définie par le champ d'application des normes constitutionnelles, toute extension de ce dernier au-delà de sujets portant exclusivement sur l'organisation et la procédure risque d'amener la Cour constitutionnelle à intervenir dans des domaines touchant à la réglementation de processus dynamiques c'est-à-dire dans des questions pertinentes au plan politique. Lorsqu'une juridiction constitutionnelle dispose d'une compétence si étendue, la désignation des juges constitutionnels tend à devenir un acte politiquement sensible de la gestion de l'Etat, acte difficile à séparer de la fixation de la ligne politique ou de l'action politique de tout Gouvernement ou majorité politique au pouvoir.

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

c. Limites

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

Le succès d'un système de libre concurrence ne dépend pas de la seule existence de conditions juridiques favorables. Il est bien évident que les autorités de l'Etat, y compris le pouvoir législatif, peuvent aider au développement du climat d'entreprise adéquat en assurant la mise en place et le maintien d'autres conditions avantageuses: stabilité financière et sociale, égalité de chances sur le marché - vis-à-vis des opérateurs contrôlés par l'Etat notamment - politique fiscale équitable, susceptible non de décourager mais d'attirer les investissements (étrangers), législation offrant des moyens de recours en cas de concurrence déloyale notamment. Ce ne sont là, certes, que quelques-uns des domaines dans lesquels le pouvoir législatif et l'administration pourraient participer à la promotion des circonstances propices à une économie de libre concurrence; on ne saurait estimer, en principe, que la constitution soit l'instrument juridique le plus apte à poser les normes qui s'imposent dans ces domaines. Si l'on voulait mentionner, dans ce contexte, une préférence s'agissant du type de réglementation permettant, le cas échéant, d'améliorer les conditions du marché, au niveau international surtout, ce sont les traités et conventions internationaux qu'il conviendrait de citer. Tout comme la législation interne, ces instruments comportent certaines dispositions destinées à gouverner les activités du marché. De plus, les conventions internationales ont tendance à se voir reconnaître par la constitution un statut particulier privilégié. C'est ce que font, notamment, la Constitution des Pays-Bas (article 94) et le projet de Constitution de la Fédération de Russie (article 3, par. 4).

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

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

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

2. Garanties et limites constitutionnelles en général

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

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

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

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

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

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

pouvoir exécutif. Confier à l'exécutif le pouvoir constitutionnel de réglementation de l'économie serait plutôt imprudent. La position subordonnée de l'administration en matière de législation, consacrée par la Constitution, revêt une importance toute particulière chaque fois que l'administration intervient, d'une manière ou d'une autre, sur le marché en même temps que des opérateurs individuels.

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

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

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

L'"exigence de publication" qui s'impose au pouvoir législatif est consacrée tant par la Constitution des Pays-Bas (articles 88 et 89; voir aussi article 95 sur la publication des Traités et décisions adoptées par des organisations reconnues par le droit international) que par le projet de Constitution de la Fédération de Russie (article 3 par. 3).

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

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

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

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

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

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

Les opérateurs du marché peuvent être des personnes physiques ou morales. Les entreprises, organisées sous forme de sociétés, constitueront en règle générale des entités au sein desquelles travail, gestion et capital sont intégrés. Une législation pertinente quant aux conditions de création et de participation à la vie économique, en tant que sociétés distinctes, de ce genre d'entités relève exclusivement, on l'a déjà vu, du pouvoir législatif de l'Etat. Au cas où il s'impose, le contrôle de la légalité de la création des sociétés sera normalement du ressort des autorités administratives. Même si la création de personnes morales et leur participation au marché mettent en jeu des questions fondamentales - responsabilité propre de l'entreprise, représentation d'intérêts collectifs, et, au départ au moins, solide base financière - ce n'est pas la Constitution qui devrait être l'instrument juridique posant les normes régissant les activités des sociétés sur le marché. Pour des raisons déjà examinées auparavant, c'est le seul pouvoir législatif de l'Etat qui devrait recevoir compétence pour légiférer en ce domaine, excluant les organes législatifs inférieurs et l'administration dont les obligations d'agir devraient être précisément définies par ce pouvoir. Outre le fait que l'administration n'est pas vraiment à même d'assurer la cohérence de la législation, elle sera souvent si étroitement mêlée ou intéressée aux activités sur le marché que, lors de l'adoption de normes générales applicables à celui-ci, elle pourrait facilement renverser l'équilibre et mettre ainsi en danger la condition, fondamentale, d'égalité de tous les opérateurs économiques.

b) Accès à la justice

La Constitution des Pays-Bas précise, dans le chapitre consacré aux droits civils (chapitre I, article 17), qu'est garanti l'accès à la justice de tout sujet de droit souhaitant l'intervention du pouvoir judiciaire officiel (et indépendant); nul ne peut se voir refuser l'accès à un tribunal

contre sa volonté. Le projet de Constitution de la Fédération de Russie contient également une clause semblable: article 109, par. 1 combiné avec article 45.

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

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

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

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

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

(2) L'indépendance dont jouit le pouvoir judiciaire lui permet également de décider lui-même de sa compétence. Quoiqu'ils soient tenus de juger puisqu'ils sont privés du droit de refuser d'administrer la justice, les juges n'en décident pas moins en toute indépendance de la "recevabilité" d'une affaire dont ils sont saisis: la décision de débouter un requérant pour des motifs de non-recevabilité relève uniquement du juge.

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

(4) L'accès aux tribunaux peut être soumis à diverses conditions telle l'intérêt à agir (condition qui, dans le système de procédure civile individualiste que connaissent les

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

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

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

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

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

(5) Quoique, techniquement, la procédure juridictionnelle - nous nous limiterons ici à la procédure contentieuse - est normalement intentée aux fins d'obtenir un titre exécutoire, en pratique, pour les parties, l'intervention du tribunal et, notamment, les différentes décisions - provisoires et définitives - ne constituent que des incidents survenant au cours du processus momentanément défailant de négociation. Dans cette optique, et compte tenu de ce que les délais de procédure ne devraient pas exclure nécessairement la protection d'intérêts essentiels, on peut parfaitement accepter que, le cas échéant, une décision de justice puisse fournir un tel titre exécutoire, même si elle a déjà fait l'objet d'un recours ou est encore susceptible de le faire. Il convient de faire observer qu'au stade de l'exécution, en vertu d'une décision provisoire ou définitive, l'exigence constitutionnelle de la jouissance, par chaque partie, de la protection

juridictionnelle, est maintenue: même si l'imposition et la mise en oeuvre de l'exécution dépendent des autorités d'exécution administratives, on peut toujours demander l'intervention des autorités d'exécution judiciaires (en droit néerlandais, le président d'un tribunal de première instance) afin de garantir la protection des droits et intérêts individuels à ce stade. Ce système complexe mais soigneusement équilibré n'est pas prévu par la Constitution mais les normes fondamentales sur lesquelles reposent sa structure et son équilibre sont vraiment de nature constitutionnelle. Il va sans dire que le fonctionnement satisfaisant des relations du marché suppose que les parties puissent garantir leurs droits et intérêts au moyen de mesures exécutoires, si possible conservatoires. Il s'agit là d'une condition fondamentale. Les moyens procéduraux propres à garantir ou à maintenir des droits dans l'attente d'une décision de justice définitive (mesures de saisie ou d'injonction de toutes sortes, appuyées éventuellement par la menace d'une amende) peuvent bien être de nature à accroître les possibilités de participation sur un marché libre nécessairement soumis au risque, surtout s'ils sont également accessibles à tous les opérateurs et susceptibles d'être mis en oeuvre vis-à-vis de tous les intervenants sur le marché, y compris les entreprises étatiques ou contrôlées par l'Etat.

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

c) Non-discrimination

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

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

"L'activité lucrative des personnes morales et physiques étrangères n'ayant pas la nationalité de la Fédération de Russie est réglée selon les modalités et les formes prévues

par la loi. Les investissements étrangers ne peuvent pas faire l'objet de mesures de nationalisation et sont protégés par la loi (c'est l'auteur qui souligne).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

3. Remarques finales

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

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

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

b. Le développement du droit contractuel lors du passage vers l'économie de marché Professeur B.I. Pougouinsky, Université d'Etat de Moscou

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

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

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

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

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

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

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

c. Résumé des discussions concernant "La liberté de l'activité économique" Principes de base concernant l'activité économique qui devrait figurer dans la Constitution

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

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

Les dispositions relatives à la réglementation par l'Etat

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

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

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

QUATRIEME SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par M. Alexandre Djerov, Président de la Commission législative de l'Assemblée nationale de Bulgarie, membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

LE ROLE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

- a. Rapport du Professeur Otto Luchterhandt, Université de Hambourg
- b. Résumé du rapport du Professeur Nikolay Vitrouk, Vice-président de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit
- c. Résumé des discussions

a. Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale dans le domaine économique - Professeur Otto Luchterhandt, Université de Hambourg

PREMIERE PARTIE

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

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

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

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

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

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

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

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

DEUXIEME PARTIE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

les conditions légales d'une telle intervention car la liberté de choisir sa profession et la garantie de la propriété sont précisément des droits qui échappent largement au pouvoir de réglementation du législateur. L'article 14, alinéa 2 de la Loi fondamentale déclare à cet égard : "Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité."

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

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

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

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

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

TROISIEME PARTIE

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

"principe de proportionnalité". Ensuite, les mesures adoptées par l'Etat ne peuvent pas porter atteinte à la substance même d'un droit fondamental (art. 19, alinéa 2).

Le principe de proportionnalité est depuis longtemps l'instrument le plus important qu'utilise la Cour constitutionnelle fédérale pour apprécier la constitutionnalité des interventions étatiques dans le domaine économique. C'est ce qu'illustre la section suivante, en s'appuyant sur quelques exemples typiques et marquants.

QUATRIEME PARTIE

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

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

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

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

L'article 1 de la loi allemande sur l'artisanat réserve la possibilité d'ouvrir une entreprise privée d'artisanat aux personnes ayant réussi un examen de maître-artisan organisé par un organisme public et dont les noms figurent au Registre des artisans. Dans l'affaire susmentionnée, la question qui se posait était celle de savoir si l'obligation de prouver cette qualification violait ou non le droit de choisir librement sa profession. La Cour constitutionnelle fédérale a répondu par la négative. Après avoir reconnu qu'un obstacle subjectif existait, entravant le libre choix d'une profession, la Cour a constaté que les citoyens pouvaient en principe, par leurs efforts personnels, surmonter cet obstacle posé à l'accès à la profession de leur choix. Toutefois, un obstacle subjectif ne pouvait se justifier que par de sérieux motifs d'intérêt général. Selon la Cour constitutionnelle fédérale, le législateur avait uniformisé les examens de maîtres-artisans afin de préserver la qualité de travail traditionnellement élevée de ces professions et de maintenir l'efficacité économique de ces entreprises de taille moyenne. De plus, l'examen de maître-artisan avait pour objet de protéger la prochaine génération d'artisans dans l'ensemble du secteur commercial et industriel. La Cour constitutionnelle fédérale a considéré que ces objectifs de politique économique fixés par le législateur étaient "d'importantes valeurs pour la communauté" et a conséquemment déclaré constitutionnelles les restrictions subjectives dont était entouré l'accès à la profession d'artisan.

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

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

L'affaire suivante est intéressante à cet égard. En 1965, a été adoptée une loi fédérale particulière, faisant obligation notamment aux compagnies pétrolières privées de stocker une certaine quantité de pétrole (BVerfGE 30, 292 et s.). Cette mesure avait pour but d'assurer à la République fédérale d'Allemagne des réserves de pétrole suffisantes pour faire face à une interruption momentanée de l'approvisionnement, évitant ainsi l'effondrement des infrastructures

de la République. L'obligation de constituer des réserves de pétrole était un fardeau économique pour les entreprises, mais la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que cette disposition légale réglementait le droit d'exercer sa profession et que l'objectif poursuivi était raisonnable et dans l'intérêt du public. Selon elle, la loi n'imposait pas aux compagnies pétrolières de charges excessives. De ce fait, la Cour a rejeté les prétentions des compagnies pétrolières qui réclamaient à l'Etat le remboursement des coûts de stockage.

Une autre disposition typique du droit d'exercer sa profession est la loi sur les horaires des commerces, qui oblige les entreprises de détail à fermer à une certaine heure le soir (BVerfGE 13, 237 et s.). Aux yeux de la Cour constitutionnelle fédérale, la loi sur les horaires des commerces se trouve justifiée dans la mesure où elle assure des temps libres aux employés, protégeant ainsi leurs intérêts, de même qu'elle garantit des conditions de concurrence équitables entre entreprises.

CINQUIEME PARTIE

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

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

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

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

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

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

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

2) Selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle fédérale, les obligations sociales issues de la propriété privée sont inhérentes à la notion même de propriété privée, qui se traduit en droits et obligations. La Cour en est arrivée à cette conclusion, se fondant particulièrement sur l'article 14 de la Loi fondamentale, qui stipule que l'usage de la propriété devrait également servir le bien public, en d'autres termes la société, ou plus exactement les besoins de la communauté. Ainsi, droits et obligations du propriétaire sont indivisibles.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2) La propriété foncière est d'une importance capitale pour l'économie. Dans de nombreuses affaires, la Cour constitutionnelle fédérale a été amenée à déterminer dans quelle mesure des

obligations sociales existaient en matière de propriété foncière. Très tôt, elle a formulé les remarques fondamentales suivantes (BVerfGE 21 73/82 et s.):

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

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

Le requérant était propriétaire d'un grand terrain duquel il extrayait du gravier qui se trouvait à proximité des eaux de surface. Selon la loi sur les eaux intérieures de la République fédérale, il devait obtenir une licence de l'Etat pour avoir le droit d'utiliser ces eaux. Cette loi ne prévoyait pas en revanche que le propriétaire d'un terrain puisse exiger une indemnisation en cas de refus des autorités de lui délivrer la licence en question. En pratique, ce refus aboutissait à une interdiction d'utiliser les eaux de surface. Il était toutefois loisible à l'Etat de faire des exceptions dans certains cas.

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

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

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

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

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

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

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

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

- 1) Le prélèvement spécial ne doit pas être affecté au financement de responsabilités étatiques d'ordre général.
- 2) Le prélèvement ne peut être imposé qu'aux groupes d'agents économiques ayant clairement des intérêts communs et qui se distinguent des autres en raison de leurs caractéristiques communes, c'est-à-dire des agents présentant un certain degré d'homogénéité.
- 3) Le but de ce prélèvement doit revêtir un intérêt technique particulier pour ce groupe, c'est-à-dire qu'il doit être rattachable au domaine particulier d'activité économique de ses membres.
- 4) Les ressources du fonds doivent être utilisées dans l'intérêt du groupe, c'est-à-dire que ne doivent pas en bénéficier des entités n'y ayant pas droit.

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

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

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

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

SIXIEME PARTIE

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

b. Le rôle de la justice constitutionnelle dans le passage à une économie de marché - Résumé du rapport du Professeur Nikolay Vitrouk - Vice-président de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie

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

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

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

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

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

Cela ne correspond pas aux articles 113 et 114 de la Constitution de la Russie fixant les pouvoirs du Présidium du Soviet Suprême de la Fédération de Russie en tant qu'organe dépendant du

Soviet Suprême de la Russie assurant l'organisation des travaux du Congrès des députés du peuple et du Soviet Suprême de la Fédération de Russie.

Actuellement, la Cour constitutionnelle est en train d'examiner plusieurs affaires sur le contrôle de la constitutionnalité de la pratique de l'application des textes juridiques consécutive à la non-application par les tribunaux arbitraux de la Fédération de Russie des lois "sur la propriété en Russie", "sur les entreprises et l'activité d'entreprise", ainsi que de la pratique de la violation de l'égalité des conditions initiales de l'activité d'entreprises privées, de l'enrichissement sans cause au cours de la privatisation, etc...

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

c. Résumé des discussions concernant "Le rôle de la Cour constitutionnelle"

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

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

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

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

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

LISTE DES PARTICIPANTS

Commission constitutionnelle

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

Soviet suprême

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

Ministère des Affaires étrangères

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

Cour Constitutionnelle

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

Université d'Etat de Moscou

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

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

Institut de Législation et de droit comparé

M. Youriy A. TIKHOMIROV, Professeur, Premier Directeur adjoint, Rapporteur
M. Boris S. KRYLOV
M. Valeriy N. LITOVKIN
M. Alexandre Y. POSTINKOV
Mme Alla K. KOLIBAB
Mme Mariya R. SAFAROVA

Institut de l'Etat et du droit

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

Institut de recherches socio-politiques

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

Commission européenne pour la démocratie par le droit

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

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

M. Uwe HOLTZ, Allemagne, Membre du Parlement

Rapporteurs étrangers

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

Mentor Group

M. Thomas KOSMO, Président (U.S.A.)

Secrétariat - Direction des Affaires juridiques

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

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

M. Thomas MARKERT, Administrateur

Miss Helen MONKS, Assistante administrative

Interprétation

Mrs Denise BRASSEUR, Chef de la Division d'interprétation

