

LE NÉOCONSTITUTIONNALISME ET LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT

(Le triomphe tardif du droit constitutionnel)

Luis Roberto Barroso^{1 2}

Sommaire:

Introduction

Première partie

Néoconstitutionnalisme et transformations du droit constitutionnel contemporain

I. Référence historique

II. Référence philosophique

III. Référence théorique

1. La force normative de la Constitution
2. L'expansion de la juridiction constitutionnelle
3. La nouvelle interprétation constitutionnelle

Deuxième partie

La constitutionnalisation du droit

I. Généralités

II. Origine et évolution du phénomène

III. Passage de la Constitution au centre du système juridique

1. La marche de la Constitution vers le droit infra-constitutionnel
2. Constitutionnalisation du droit et ses mécanismes d'opération dans la pratique

IV. Quelques aspects de la constitutionnalisation du droit

1. Droit civil

¹ Professeur titulaire de droit constitutionnel de la Faculté de Droit de l'Université de l'État de Rio de Janeiro (UERJ). Maître en droit (LL.M) Yale Law School, États-Unis et docteur en droit constitutionnel (UERJ).

² Cet article a été écrit en grande partie durant mon séjour à l'Université de San Francisco (USFCA). Je remercie Jack Garvey pour son invitation et pour son soutien qui a contribué à rendre plus facile la vie durant mon séjour.

2. Droit administratif

V. Constitutionnalisation et judicialisation des relations sociales

Conclusion

INTRODUCTION

« L'action, ça suffit. Nous voulons des promesses. »

Anonyme

C'est ce que scandait un graffiti frais peint sur le mur d'une ville située au coeur du monde occidental. L'inversion spirituelle de la logique naturelle de cette phrase permet de comprendre un des stigmates de cette génération : la vélocité de transformation, la profusion d'idées, la multiplication des nouveautés. Nous vivons dans la perplexité et l'angoisse d'une vie toujours plus accélérée. Le temps n'est pas propice à la doctrine, mais plutôt à des messages de consommation rapide. C'est le temps des *jingles* et non des symphonies. Le droit vit une grave crise existentielle. Il n'est plus en mesure de fournir les deux produits qui ont construit sa réputation au cours des siècles. De fait, l'*injustice* circule dans les rues d'un pas ferme³, et l'*insécurité* est une des caractéristiques de notre époque⁴.

Dans la consternation de cette heure, submergé par les événements, l'interprète ne bénéficie pas d'une certaine distanciation critique en regard du phénomène qu'il doit analyser. Bien au contraire, il se doit de travailler au milieu de la fumée et du brouillard. Peut être, s'agit-il là d'une explication valable à l'utilisation répétée des préfixes *post* et *néo* : post-modernisme, post-positivisme, néolibéralisme et néoconstitutionnalisme. Nous savons qu'il s'agit de ce qui vient après, et qui a la prétention d'être nouveau. Mais malgré cela, nous ne savons pas encore bien de quoi il s'agit. Tout est encore incertain. Ce peut être un progrès. Ce peut être un retour sur le passé. Ce peut être tout simplement un mouvement circulaire, un de ces changements brusques de direction de 360 degrés.

L'article qui suit étudie d'une manière positive et constructive les causes et les effets des transformations qui sont survenues dans le domaine du droit constitutionnel contemporain. Ce texte cherche à offrir un peu de réconfort et d'espoir.

³ Bertold Brecht, *Elogio da dialectica*. In: *Antologia poética*, 1977.

⁴ John Kenneth Galbraith, *A era da incerteza*, 1984.

Quelqu'un pourrait dire qu'il s'agit d'un texte d'auto-assistance. Cela ne sert à rien : personne ne réchappe à son propre temps.

Une dernière remarque introductive: en dépit des diverses références faites au Brésil, qui constitue le poste d'observation de l'auteur, ce texte cherche à offrir une vision générale du thème, dans une perspective romano-germanique.

Première partie

NÉOCONSTITUTIONNALISME ET TRANSFORMATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL CONTEMPORAIN

Dans les trois chapitres qui suivent, nous nous sommes efforcés de reconstruire de manière objective la trajectoire parcourue par le droit constitutionnel durant ces dernières décennies en Europe et au Brésil, en prenant en compte trois références fondamentales: l'histoire, la théorie et la philosophie. Dans ses références se retrouvent les idées et les changements de paradigmes qui ont mobilisé la doctrine et la jurisprudence durant cette période et qui ont donné lieu à une nouvelle perception de la Constitution et de son rôle dans l'interprétation juridique en général.

I. Référence historique

La référence historique du nouveau droit constitutionnel en Europe continentale a été le constitutionnalisme d'après-guerre, particulièrement en Allemagne et en Italie. Au Brésil, ce fut la Constitution de 1988 et le processus de démocratisation qu'elle a permis de déclencher. Nous ferons donc maintenant un bref exposé sur chacun de ces processus.

La reconstitutionnalisation de l'Europe, immédiatement après la Seconde Guerre mondiale et tout au long de la deuxième partie du XXe siècle, a redéfini la place de la Constitution et l'influence du droit constitutionnel sur les institutions

contemporaines. L'approximation des idées de constitutionnalisme et de démocratie a produit une nouvelle forme d'organisation politique qui répond aux noms suivants : État démocratique de droit, État constitutionnel de droit, État constitutionnel démocratique. Ce serait une perte de temps et d'énergie que de tenter de spéculer sur les subtilités sémantiques en la matière.

La principale référence dans le développement du nouveau droit constitutionnel est la Loi fondamentale de Bonn (Constitution allemande⁵), de 1949, et plus particulièrement, la création du Tribunal Fédéral, institué en 1951. Ce fut le début d'une production féconde de théorie et de jurisprudence responsable de l'ascension scientifique du droit constitutionnel dans les pays de traditions romano-germanique. La seconde grande référence est la Constitution d'Italie, de 1947 et l'installation subséquente de la Cour Constitutionnelle en 1956. Au cours des années 70, la redémocratisation et la reconstitutionnalisation du Portugal (1976) et de l'Espagne (1978) ajoutèrent de la valeur et du volume au débat sur le nouveau droit constitutionnel.

Dans le cas du Brésil, la renaissance du droit constitutionnel s'est également effectuée dans une ambiance de reconstitutionnalisation du pays à l'occasion des discussions préliminaires, de la convocation, de l'élaboration et de la promulgation de la Constitution de 1988. Sans se préoccuper des vicissitudes plus ou moins graves existantes dans son texte, ni de la manière compulsive avec laquelle elle a fait l'objet d'amendements, la Constitution a été capable d'assurer avec succès le passage de l'état brésilien d'un régime autoritaire, intolérant et parfois violent à un état démocratique de droit. Plus que cela, la Constitution de 1988 a rendu possible l'existence de la plus longue période de stabilité institutionnelle de l'histoire républicaine du pays.

⁵ La constitution allemande promulguée en 1949 s'appelait initialement la 'Loi Fondamentale', dénomination qui soulignait son caractère provisoire conçu pour une phase de transition. La Constitution définitive ne devait être ratifiée qu'une fois que le pays ait eu récupéré son unité. Le 31 août 1990 fut signé le Traité d'Unification qui règlementait l'adhésion de la République Démocratique d'Allemagne (RDA) à la République Fédérale d'Allemagne (RFA). Après l'unification, une nouvelle constitution ne fut pas promulguée. Depuis le 3 octobre 1990, la Loi Fondamentale est en vigueur dans toute l'Allemagne.

II. Référence philosophique

La référence philosophique du nouveau droit constitutionnel est le post-positivisme. Le débat autour de sa caractérisation se situe au confluent des deux grands courants de pensée qui offrent au Droit des modèles contraires : le jusnaturalisme et le positivisme. Opposés, mais parfois singulièrement complémentaires. Dans le cadre actuel, ces deux modèles purs ont été dépassés ou peut-être, sublimés par un regroupement diffus et large d'idées, connu sous le nom de post-positivisme⁶.

Le jusnaturalisme moderne développé à partir du XVI^e siècle a rapproché la loi de la raison et s'est transformé en philosophie naturelle du Droit. Fondé sur la croyance en des principes de justice universellement valides, ce fut le combustible des révolutions libérales et il connut son apogée lors de l'apparition des constitutions écrites et des codifications. Considéré comme métaphysique et anti-scientifique, le droit naturel a été écarté de l'histoire au profit du positivisme juridique, à la fin du XIX^e siècle. À la recherche d'objectivité scientifique, le positivisme a mis sur un même pied le Droit et la loi, a écarté le Droit de la philosophie et des discussions sur la légitimité et la justice et a dominé la pensée juridique durant la première partie du XX^e siècle. Sa chute est associée de manière emblématique à la déroute du fascisme en Italie et du nazisme en Allemagne, régimes qui promouvaient la barbarie sous la protection de la légalité. À la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'éthique et les valeurs se sont de nouveau rapprochées du Droit.

Le dépassement historique du jusnaturalisme et l'échec politique du positivisme ont ouvert le chemin à un vaste ensemble de réflexions encore inachevées

⁶ Les auteurs pionniers sur cette question sont : John Rawls, *A theory of justice*, 1980 ; Ronald Dworkin, *Takin rights seriously*, 1977 ; Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1993. V. Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: "Dans un certain sens la théorie juridique actuelle peut se dénommer, *Post-positivisme* précisément parce que beaucoup des enseignements du positivisme ont été acceptés et nous sommes tous aujourd'hui d'une certaine manière positivistes. (...) Se dénomment post-positivistes les théories contemporaines qui mettent l'accent sur les problèmes d'imprécision du droit et des relations entre le droit, la morale et la politique".

au sujet du Droit, de sa fonction sociale et de son interprétation. Le post-positivisme cherche à aller au-delà de la légalité stricte, mais ne méprise pas le droit positif; il s'efforce d'entreprendre une lecture morale du Droit, sans toutefois recourir à des concepts métaphysiques. L'interprétation et l'application de l'ordre juridique doivent être inspirées par une théorie de justice, mais ne peuvent tolérer de volontarisme ou de personnalisme, surtout provenant du Judiciaire. Dans l'ensemble d'idées riches et hétérogènes qui s'abritent sous ce modèle encore en construction, se retrouvent: l'attribution de normativité aux principes et la définition de ses relations avec les valeurs et les règles; la réhabilitation de la raison pratique et de l'argumentation juridique; la formation d'une nouvelle herméneutique constitutionnelle et le développement d'une théorie des droits fondamentaux édifiée sur les fondements de la dignité humaine. Ce contexte occasionne une réapproximation entre le Droit et la philosophie, qu'il a été convenu d'appeler le « tournant kantien » (*kantische Wende*).

III. Référence théorique

Sur le plan théorique, trois grandes transformations ont bouleversé la connaissance conventionnelle relative à l'application de droit constitutionnel: a) la reconnaissance de la force normative de la Constitution; b) l'expansion de la juridiction constitutionnelle; c) le développement d'une nouvelle dogmatique de l'interprétation constitutionnelle. Ci-dessous suit, l'analyse succincte de chacune d'elles.

1. La force normative de la Constitution

Un des grands changements de paradigme ayant eu lieu au cours du XXe siècle fut, l'attribution à la norme constitutionnelle du *statut* de norme juridique. Elle a ainsi réussi à vaincre le modèle alors en vigueur en Europe jusqu'à la moitié du siècle précédent au terme duquel, la Constitution était vue comme un document essentiellement politique, une invitation à agir pour les Pouvoirs Publics. La concrétisation de ses propositions était invariablement soumise à la volonté du

législateur ou à la discrétion de l'administrateur public. Aucun rôle important n'était reconnu au Judiciaire quant à la réalisation du contenu de la Constitution.

Avec la reconstitutionnalisation qui survint après la Seconde Guerre mondiale, la situation commença à changer. Tout d'abord en Allemagne⁷ puis, avec un peu de retard, en Italie⁸. Et bien plus tard, au Portugal⁹ et en Espagne¹⁰. Actuellement, la prémisse à l'étude de la Constitution est la reconnaissance de sa force normative et du caractère obligatoire et astreignant de ses dispositions. Nous pouvons dire que les normes constitutionnelles sont impératives comme n'importe quelle autre norme juridique, et son inobservance déclenchera les mécanismes appropriés d'exécution afin d'en forcer l'application. À ce propos, il y a lieu de noter que les développements doctrinaux et jurisprudentiels en la matière n'ont pas éliminé les tensions qui existent inévitablement entre, d'un côté, les prétentions de normativité du législateur constituant, et, de l'autre, les circonstances de la réalité factuelle et les résistances éventuelles liées au *statu quo*.

2. L'expansion de la juridiction constitutionnelle

Avant 1945, le modèle en vigueur dans la majorité des pays européens était celui de la suprématie du Pouvoir Législatif conformément à la doctrine anglaise de souveraineté du Parlement et à la conception française de la loi comme expression de la volonté générale. Toutefois, à partir de la fin des années 40, la vague constitutionnelle a vu apparaître, non seulement de nouvelles constitutions, mais aussi un nouveau modèle inspiré cette fois de l'expérience américaine: celui de la suprématie de la Constitution. Ce modèle impliquait la constitutionnalisation des droits

⁷ Le travail initial en cette matière est celui de Konrad Hesse, *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. Le texte est à l'origine en allemand, et correspond à son cours inaugural donné de la Chaire de l'Université de Fribourg, en 1959.

⁸ V. Ricardo Guastini, *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

⁹ V. J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 et ss.

¹⁰ Sur la question, d'un point de vue général, et sur le cas spécifique espagnol, voir, respectivement, deux précieux écrits d'Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; et *La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.

fondamentaux qui étaient protégés face au processus politique majoritaire: cette protection était exercée par le Judiciaire. De nombreux pays de l'Europe ont par la suite adopté leur propre modèle de contrôle de la constitutionnalité des normes, associé à la création de tribunaux constitutionnels.

Comme nous l'avons déjà mentionné, c'est de cette manière que se sont déroulés les événements, initialement en Allemagne (1951) puis en Italie (1956). À partir de ce moment, le modèle des tribunaux constitutionnels s'est propagé dans toute l'Europe continentale. La tendance s'est poursuivie avec Chypre (1960) et la Turquie (1961). Dans le flux des démocratisations des années 70, des tribunaux constitutionnels ont été institués en Grèce (1975), en Espagne (1978), au Portugal (1982) et également en Belgique (1984). Dans les dernières années du XXe des tribunaux constitutionnels ont été créés en Europe de l'Est telle qu'en Pologne (1986), en Hongrie (1990), en Russie (1991), en République Tchèque (1992), en Roumanie (1992), en République de Slovaquie (1992) et de Slovénie (1993). Hormis le Royaume-Uni, il ne reste en Europe que la Hollande et le Luxembourg qui conservent comme modèle celui de la suprématie parlementaire, sans aucune modalité de *judicial review*. Le cas français sera examiné séparément. Au Brésil, ce n'est qu'à partir de la Constitution de 1988 que la juridiction constitutionnelle a réellement pris de l'ampleur.

3. La nouvelle interprétation constitutionnelle¹¹

L'interprétation constitutionnelle est une modalité d'interprétation juridique. Ceci est une conséquence naturelle de la force normative de la Constitution, c'est à dire de la reconnaissance du fait que les normes constitutionnelles sont des normes qui partagent les attributs des normes juridiques en général. Parce qu'il en est ainsi, les éléments traditionnels d'interprétation du Droit qui se définissent depuis longtemps comme étant, l'interprétation grammaticale, historique, systématique ou téléologique, s'appliquent aussi à l'interprétation constitutionnelle. Bien que nous reviendrons ultérieurement sur la question, il y a lieu de noter immédiatement que les

¹¹ V. Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional*, 2006.

critères traditionnels de solutions des conflits éventuels entre les normes sont les critères hiérarchiques (la loi supérieure prévaut sur la loi inférieure), temporel (la loi postérieure prévaut sur la loi antérieure) et de spécialité (la loi spéciale prévaut sur la loi générale).

L'interprétation juridique traditionnelle s'est développée sur la base de deux grandes prémisses: (i) quant au rôle de la norme, il incombe à cette dernière d'offrir, dans son exposé abstrait, une solution aux problèmes juridiques; (ii) quant au rôle du juge, il incombe à ce dernier d'identifier dans l'ordre juridique, la norme applicable au problème qui doit être résolu et de découvrir la solution que renferme ladite norme. Ce qui veut dire que la réponse aux problèmes est entièrement dans le système juridique et l'interprète accomplit une fonction technique de connaissance, d'élaboration des jugements factuels. Dans le modèle conventionnel, les normes sont perçues comme *des règles*, énoncés descriptifs de conduites à être suivies, applicables par insertion dans le cadre normatif¹².

Avec les avancés du droit constitutionnel, les prémisses idéologiques sur lesquelles étaient érigées le système d'interprétation traditionnel n'étaient plus totalement satisfaisantes. Ainsi, (i) quant au rôle de la norme, il s'est avéré que la solution aux problèmes juridiques ne se trouvait pas toujours dans l'exposé abstrait du texte normatif. Bien souvent, il n'est possible d'arriver à une réponse constitutionnellement adéquate qu'à la lumière du problème et des faits pertinents analysés point par point; (ii) quant au rôle du juge, en réalité, il ne lui revient pas uniquement de remplir une simple fonction technique de connaissance du droit visant à découvrir la solution contenue dans la norme. Dans les faits, l'interprète participe à la création du Droit et complète le travail du législateur, en faisant une analyse du sens pour les clauses dites ouvertes et en réalisant des choix entre les solutions possibles.

¹² Une fois la norme applicable identifiée, on procède à un encadrement du fait dans l'exposé de la règle juridique, et prononce la conclusion. Il s'agit donc d'un raisonnement de nature syllogistique, dans lequel la norme est la prémisse la plus grande, le fait est la prémisse la plus petite et la conclusion est le jugement.

Les transformations susmentionnées tant au sujet de la norme, qu'au niveau de l'interprète, sont illustrées de manière éloquentes par les divers concepts utilisés dans le cadre de la nouvelle interprétation. Il s'agit entre autres des clauses générales, des principes, des collisions entre des normes constitutionnelles, de la pondération et de l'argumentation. Nous ferons ci-dessous un bref commentaire sur chacun d'eux.

Les dénommées *clauses générales* ou concepts juridiques indéterminés contiennent des termes ou expressions de construction ouverte et malléable, qui fournissent à l'interprète un début de signification devant être complété par ce dernier, en prenant en considération les circonstances du cas concret. La norme abstraite ne contient pas en elle l'intégralité des éléments de son application. L'interprète, confronté à des locutions telles qu'ordre public, intérêt social ou bonne foi, devra procéder à une analyse objective et subjective de la réalité factuelle de façon à définir la portée et le sens de la norme. Comme la solution ne se retrouve pas intégralement dans l'énoncé de la norme, la fonction de l'interprète ne peut se limiter à découvrir son contenu; il devra aller au-delà en intégrant le contenu normatif à sa propre évaluation¹³.

La reconnaissance de la normativité des *principes* et sa distinction qualitative en regard des règles est un des symboles du post-positivisme (v. *supra*). Les principes ne sont pas comme les règles des commandements immédiats descriptifs de conduites spécifiques, mais plutôt des normes qui consacrent des valeurs déterminées ou indiquent des fins publiques à être réalisées par différents moyens. La définition du contenu de clauses telles que la dignité de la personne humaine, le caractère raisonnable, la solidarité et l'efficacité transfère également sur les épaules de l'interprète beaucoup de discrétion. Il est clairement perceptible qu'il est impossible d'extraire de l'exposé abstrait d'une norme dont la densité juridique est moindre, une solution complète aux questions auxquelles elles s'appliquent. Par conséquent ici

¹³ Les clauses générales ne sont pas une nouvelle catégorie dans le Droit - elles intègrent depuis longtemps dans la technique législative – elles ne sont pas non plus propres au droit constitutionnel – elles se retrouvent dans des matières telles que le droit civil, le droit administratif ou dans d'autres domaines. Ces clauses sont malgré tout un bon exemple de la participation de l'interprète dans le processus de création du Droit.

aussi, le rôle de l'interprète s'impose afin d'obtenir une définition concrète du sens et de la portée de la clause.

L'existence de *collisions des normes constitutionnelles*, tant celles exposant des principes que celles traitant des droits fondamentaux¹⁴, est maintenant perçue comme un phénomène naturel — parce qu'inévitable — dans le constitutionnalisme contemporain. Les Constitutions modernes sont des documents dialectiques qui consacrent des biens juridiques qui s'opposent. Il existe, par exemple, des chocs potentiels entre la promotion du développement économique et la protection de l'environnement, ou entre la libre initiative et la protection du consommateur. Sur le plan des droits fondamentaux, la liberté de religion d'un individu peut entrer en conflit avec celle d'un autre. Le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression connaissent des tensions continues. De même, la liberté de réunion de certains peut interférer avec le droit d'un autre d'aller et venir. Lorsque deux normes d'un même niveau hiérarchique entrent en collision d'une manière abstraite, il est intuitif de dire que la solution du problème ne pourra être trouvée dans le texte. Dans ces cas, l'interprète devra créer le droit applicable au cas concret.

L'existence de collisions des normes constitutionnelles amène à la nécessité d'effectuer une *pondération*¹⁵. L'insertion dans le cadre normatif n'est évidemment pas la solution au problème, puisqu'il est impossible d'encadrer le même fait dans deux normes antagoniques. De même, les critères traditionnels de solution des conflits normatifs tels que le critère hiérarchique, chronologique ou de spécificité ne sont d'aucune utilité lorsque la collision a lieu entre deux dispositions de la Constitution originaire. Dans ce scénario, la pondération des normes, biens ou valeurs (*v. infra*) est la technique que doit utiliser l'interprète et à travers laquelle, il (i) fera des *concessions réciproques*, en préservant au maximum chacun des intérêts en litige, ou, à la limite, (ii) procèdera au *choix* du droit qui devra prévaloir concrètement pour

¹⁴ Il est à noter que certains droits fondamentaux se retrouvent sous la forme de principes (liberté, égalité) et d'autres sous la forme de règles (non rétroactivité de la loi pénale, antériorité en matière fiscale). De plus, il existe des principes qui ne sont pas des droits fondamentaux (libre initiative).

¹⁵ V. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy: *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997.

être celui qui réalise de la manière la plus adéquate la volonté constitutionnelle. Le concept clé en la matière est le principe instrumental du *caractère raisonnable*.

Nous arrivons finalement à l'*argumentation*¹⁶, à la raison pratique, au contrôle de la rationalité des décisions par le biais de la pondération dans les *cas difficiles*, c'est à dire, ceux qui comportent plus d'une solution possible et raisonnable. Les décisions qui impliquent une activité créatrice du juge potentialisent son devoir de bien fonder sa décision puisque son activité n'est pas entièrement légitimée par la logique de la séparation des Pouvoirs. Dans ce cas, le juge se limite à appliquer au cas concret, la décision abstraite prise par le législateur. Pour garantir la légitimité et la rationalité de son interprétation dans ses situations, l'interprète devra entre autres considérer: (i) de toujours conduire son interprétation vers un système juridique, une norme constitutionnelle ou légale qui lui sert de fondement – la légitimité d'une décision judiciaire découle de son rattachement à une délibération majoritaire soit du législateur constituant soit du législateur ordinaire; (ii) d'utiliser une argumentation juridique qui soit généralisée aux cas qui seraient comparables, qui puisse avoir une prétention d'universalité: les décisions ne doivent pas suivre aveuglément les précédents judiciaires; (iii) de prendre en considération les conséquences pratiques que sa décision produira dans les faits¹⁷.

En conclusion, le néoconstitutionnalisme ou le nouveau droit constitutionnel, tel qu'ici entendu et défini, identifie un vaste ensemble de transformations qui ont eu lieu au sein de l'État et du droit constitutionnel, parmi lesquelles nous pouvons signaler, (i) comme *référence historique*, la formation de l'État constitutionnel de droit dont la consolidation s'est opérée tout au long des dernières décennies du XXe siècle; (ii) comme *référence philosophique*, le post-positivisme et les droits fondamentaux placés au centre du système, ainsi que la

¹⁶ Sur le thème, voir Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: A nova retórica*, 1996 (1^a. édition de l'original *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, 1958); Robert Alexy, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1^a. édition de l'original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002.

¹⁷ Sur le sujet, v., Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005. V. aussi, Neil McCormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978.

réapproximation du Droit et de l'éthique; et (iii) comme *référence théorique*, l'ensemble des changements incluant: la force normative de la Constitution, l'expansion de la juridiction constitutionnelle et le développement d'un nouveau dogme d'interprétation constitutionnel. De l'ensemble de ces phénomènes résulta un processus extensif et profond de constitutionnalisation du Droit.

Deuxième partie

LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT

I. Généralités

L'idée de constitutionnalisation qui nous intéresse ici est associée à un effet expansif des normes constitutionnelles, dont le contenu matériel et axiologique se répand, avec force normative, à travers tout le système juridique¹⁸. Les valeurs, les fins publiques ainsi que les comportements considérés dans les principes et dans les règles de la Constitution en viennent à conditionner la validité et le sens de toutes les normes du droit infra-constitutionnel. Intuitivement, la Constitution se répercute sur l'action des trois Pouvoirs, incluant notamment, dans ses relations avec les individus. Encore plus original: elle se répercute dans les relations entre les particuliers. Voyons comment ce processus, joint à d'autres notions traditionnelles, interfère avec les sphères de Pouvoirs ci-dessus mentionnées.

Relativement au Pouvoir *Législatif*, la constitutionnalisation (i) limite sa discrétion ou sa liberté dans l'élaboration des lois en général et (ii) lui impose un certain nombre de devoirs d'action en vue de la réalisation des droits et des programmes constitutionnels. En ce qui concerne l'*Administration publique*, en plus de, (i) limiter sa discrétion, (ii) elle lui impose des devoirs de conduite et encore, (iii) lui fournit un fondement de validité pour la pratique d'actes d'application directe et

¹⁸ Quelques auteurs utilisent les termes *imprégner* et *imprégnation*, qui toutefois en portugais peuvent avoir une connotation dépréciative. V. Louis Favoreu – qui a grandement divulgué le droit constitutionnel en France, décédé en 2004 – La constitutionnalisation du droit. In: Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191; Et également, Ricardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49.

immédiate de la Constitution, indépendamment de l'intervention du législateur ordinaire. Relativement au *Pouvoir Judiciaire*, elle sert de paramètre au contrôle de constitutionnalité qui doit être exercé par ce dernier (par incident et par action directe), de même qu'elle, (ii) conditionne l'interprétation de toutes les normes du système. Finalement, pour les *particuliers*, elle établit des limites à l'autonomie de la volonté dans des domaines comme la liberté contractuelle ou l'usage de la propriété privée, en les subordonnant à des valeurs constitutionnelles et au respect des droits fondamentaux.

II. Origine et évolution du phénomène

L'étude qui a été entreprise jusqu'ici relate l'évolution du droit constitutionnel en Europe et au Brésil durant ces dernières décennies. Ce processus, qui emprunte le chemin des références historiques, philosophiques et théoriques ci-dessus exposées, conduit au moment présent, dont le trait distinctif est la constitutionnalisation du Droit. Le rapprochement entre le constitutionnalisme et la démocratie, la force normative de la Constitution, et la diffusion de la juridiction constitutionnelle sont les formalités qui ont dû être accomplies pour conduire au modèle actuel¹⁹. Le lecteur attentif se sera déjà rendu compte que la séquence historique parcourut, de même que les références doctrinales signalées, ne sont pas valables pour trois expériences constitutionnelles marquantes soit, celle du Royaume-Uni, des États-Unis et de la France. Le cas français sera analysé un peu plus loin. Nous ferons un bref commentaire sur les deux premiers.

Dans le cas du Royaume-Uni, les concepts ne s'appliquent pas. Bien qu'il s'agisse de l'État précurseur du modèle libéral, avec limitation du pouvoir absolu et l'affirmation de la *rule of law*, il lui manque une Constitution écrite et rigide, ce qui est

¹⁹ Quelques auteurs cherchent à établir une liste de conditions pour la constitutionnalisation du Droit. C'est le cas de Ricardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 50 et ss., qui inclut entre autres, (i) une Constitution rigide; (ii) la garantie juridictionnelle de la Constitution; (iii) la force obligatoire de la Constitution; (iv) la "surinterprétation" de la Constitution (son interprétation extensive, et la reconnaissance de normes implicites); (v) l'application directe des normes constitutionnelles; (vi) l'interprétation des lois conforme à la Constitution; (vii) l'influence de la Constitution sur les relations politiques.

un des prérequis, comme le nom le suggère, de la constitutionnalisation du droit. On pourrait certainement argumenter qu'il existe entre les britanniques une Constitution historique et qu'elle est par ailleurs, plus rigide que la plupart de Lois Fondamentales écrites ailleurs dans le monde. Ou encore, reconnaître que le Parlement anglais a adopté en 1998, le 'Human Rights Act', incorporant ainsi au droit interne la Convention Européenne des Droits de l'Homme²⁰. Mais, même si nous acceptons ses arguments, il est impossible d'en surmonter un autre: l'inexistence du contrôle de constitutionnalité et plus à proprement parler, d'une juridiction constitutionnelle dans le système anglais²¹. Le modèle en vigueur au Royaume-Unis, est celui de la suprématie du Parlement et non de la Constitution.

Dans le cas des États-Unis, la situation est diamétralement opposée. Berceau du constitutionnalisme écrit et du contrôle de la constitutionnalité, la Constitution américaine – la même depuis 1787 – a depuis ses débuts le caractère de document juridique passible d'application directe et immédiate par le Judiciaire. De fait, la normativité très ample et la judicialisation des questions constitutionnelles ont pour base doctrinale 'The Federalist', de même que des précédents judiciaires établis par la Cour Suprême depuis 1803, par le jugement *Marbury v. Madison*. Pour ce motif, l'interprétation de tout le droit à la lumière de la Constitution est une caractéristique historique de l'expérience américaine et non une singularité contemporaine²². Le grand débat doctrinal aux États-Unis est à propos de la légitimité et des limites d'action du

²⁰ La nouvelle loi n'est entrée en vigueur qu'en 2000.

²¹ A ce propos, nous devons mentionner un développement assez surprenant: l'approbation du Constitutional reform Act, de 2005 qui prévoit la création d'une Cour Suprême (In: www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm visité le 8 août 2005). Nous soulignons la curiosité de cette réforme qui modifie la Constitution alors qu'il n'existe pas de Constitution écrite.

²² Voir à ce sujet, à titre d'exemple, la jurisprudence en matière de droit de la procédure pénale, et la soumission de la *common law* des États aux principes constitutionnels. Dans *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, La Cour a considéré la perquisition et la saisie illégale puisqu'exécutée sans mandat, alors qu'il est exigé par le 4e. Amendement. Dans *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, La Cour a compris que le 6e. Amendement garantissait à chaque accusé d'un procès criminel, le droit à un avocat. Dans *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, La Cour impose à l'autorité policière lorsqu'elle aborde un suspect qu'elle lui communique a) qu'il a le droit de demeurer silencieux; b) que tout ce qu'il dira pourra et sera utilisé contre lui; c) qu'il a le droit de s'entretenir avec un avocat avant de faire sa déposition et que l'avocat a le droit d'assister à l'interrogatoire; d) que dans l'hypothèse où il n'est pas en mesure de payer un avocat, il pourra lui en être commis un d'office. V. Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Paul C. Bartholomew et Joseph F. Menez, *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; Duane Lockard et Walter F. Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992.

Judiciaire dans l'application des valeurs substantives et dans la reconnaissance des droits fondamentaux qui ne se retrouvent pas expressément dans la Constitution (v. *infra*).

Il existe un consensus pour situer la référence initiale du processus de constitutionnalisation du Droit en Allemagne. Là, sous le régime de la Loi Fondamentale de 1949, le Tribunal Constitutionnel Fédéral a consacré les développements doctrinaux déjà établis depuis longtemps, et a décidé que les droits fondamentaux, hormis leur dimension subjective de protection des situations individuelles, exerçaient une autre fonction: celle d'instituer un ordre objectif de valeurs²³. Le système juridique doit protéger des droits et des valeurs déterminés, non seulement pour le bénéfice d'une ou de plusieurs personnes, mais dans l'intérêt général de la société. De telles normes constitutionnelles conditionnent l'interprétation de toutes les branches du Droit, public ou privé, et obligent les Pouvoirs étatiques. Le premier grand précédent en la matière a été l'affaire Lüth²⁴, jugée le 15 janvier 1958²⁵.

²³ Sur la question de la dimension objective des droits fondamentaux dans la littérature en langue portugaise, v. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2001, p. 149, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 214, et Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 371.

²⁴ Les faits étaient les suivants. Erich Lüth, président du Club de Presse de Hamburg, incita au boycottage d'un film dirigé par Veit Harlan, cinéaste, qui avait été lié au régime nazi par le passé. Les maisons de production et de distribution du film obtinrent, devant les juridictions ordinaires, une décision déterminant la cessation d'une telle conduite, parce qu'en violation avec l'article 826 du Code Civil (BGB) ("Quiconque porte atteinte aux bonnes coutumes et cause un préjudice à autrui est obligé de réparer les dommages causés"). Le Tribunal Constitutionnel Fédéral a renversé la décision, au nom du droit fondamental à la liberté d'expression, qui doit orienter l'interprétation du Code Civil.

²⁵ *BverfGE* 7, 198. Traduction libre de la version de la décision publiée dans Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37: "les droits fondamentaux sont avant tout des droits de défense du citoyen contre l'État; sans préjudice à ce qui précède, dans les dispositions des droits fondamentaux de la Loi Fondamentale, s'intègre également un ordre objectif de valeurs, qui à titre de décision constitutionnelle fondamentale, est valide pour toutes les sphères de droit. (...) Ce système de valeurs – dont on retrouve le point central au sein de la communauté sociale, dans le libre développement de la personne et dans la dignité humaine... – offre une direction et une impulsion au législatif, à l'administration et au judiciaire, et se projette aussi dans le droit civil. Aucune disposition du droit civil ne peut être en contradiction avec ce système de valeurs, et elles doivent toutes être interprétées en accord avec son esprit. (...) L'expression d'une opinion, qui appelle au boycott, ne viole pas nécessairement les bonnes coutumes, au sens de l'article 826 du Code Civil. Cette opinion peut se justifier constitutionnellement par la liberté d'opinion, pondérée par toutes les circonstances du cas".

À partir de ce moment, le Tribunal Constitutionnel allemand a favorisé une véritable ‘révolution d’idées’²⁶, particulièrement en droit civil, en se fondant sur la liste des droits fondamentaux de la Constitution allemande. De fait, au long des années subséquentes, la Cour a invalidé des dispositions du Code civil (BGB), a imposé l’interprétation de ses dispositions en accord avec la Constitution et a déterminé l’élaboration de nouvelles lois. Ainsi par exemple, afin de respecter le principe d’égalité entre les hommes et les femmes, des modifications législatives ont été introduites en matière de régime matrimonial, de même que concernant les droits des ex-époux après le divorce, le pouvoir familial, le nom de famille et le droit international privé. De la même manière, le principe de l’égalité entre les enfants légitimes et naturels a provoqué des réformes dans le droit de la filiation²⁷. Des décisions intéressantes ont par ailleurs été rendues sur des sujets tels que l’union homosexuelle (Homoaffectivité)²⁸, et le droit des contrats²⁹.

En Italie, la Constitution est entrée en vigueur le 1er janvier 1948. Toutefois, le processus de constitutionnalisation du Droit ne commença que dans les années 60 pour se perfectionner dans les années 70. Il y a lieu de rappeler que la Cour Constitutionnelle italienne n’a été installée qu’en 1956. Avant cette date, le contrôle de

²⁶ Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil et constitution(s)*, 2005, p. 85.

²⁷ Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *code civil et constitution(s)*, 2005, p. 87-8, avec l’identification de chacune des lois. La jurisprudence à laquelle nous faisons référence dans le texte a été localisée à partir des références contenues dans cet article.

²⁸ Dans un premier temps, une loi datée du 16 février 2001 a mis fin à la discrimination existante en réglementant les unions homosexuelles, au nom du principe de l’égalité. Dans un second temps, cette loi a fait l’objet d’une argumentation en inconstitutionnalité fondée sur la violation de l’article 6^o, I de la Loi Fondamentale, aux termes de laquelle ‘le mariage et la famille sont mis sous la protection de l’État’. L’argument d’inconstitutionnalité se fondait sur le fait que la loi légitimait un autre type d’institution du droit de la famille, parallèle au mariage hétérosexuel. La Cour n’a pas accepté cet argument et a indiqué que la nouvelle loi n’empêchait pas le mariage traditionnel ni ne conférait à l’union homosexuelle aucun privilège en regard des unions conventionnelles (1 BvF 1/01, du 17 juillet 2002, votes dissidents des juges Papier et Hass, v. site www.bverfg.de, visité le 4 août 2005).

²⁹ Un contrat de caution fourni par la fille en faveur de son père, qui avait pour objet des obligations de garanties bien supérieure à la capacité financière du garant, a été considéré nul parce qu’immoral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil et constitution(s)*, 2005, p. 90); un pacte nuptial dans lequel une femme enceinte a renoncé en son nom et en celui de l’enfant à recevoir des aliments, a été considéré nul étant donné l’absence de liberté contractuelle dans les cas de domination d’une partie sur l’autre (1 BvR 12/92, du 6 février 2001, unanime, v. site www.bverfg.de, visité le 4 août 2005); un pacte successoral qui imposait au plus vieux fils de l’empereur Guillaume II le devoir de se marier avec une femme qui remplissait un certain nombre de conditions a été déclaré nul, car en violation avec le droit à la liberté de mariage (1 BvR 2248/01, du 22 mars 2004, unanime, v. site www.bverfg.de visité le 4 août 2005).

constitutionnalité était exercé par le biais de la disposition constitutionnelle transitoire VII, par la juridiction ordinaire, ce qui ne lui donnait pas beaucoup de vitalité. Et même au contraire, c'est à cette période que remonte la distinction établie par la Cour de Cassation entre les *normes impératives*, à caractère obligatoire et applicable par les tribunaux, et les *normes à caractère directif (normes qui établissent un programme)* qui s'adressent uniquement au législateur et qui ne sont pas applicables directement par le Judiciaire. Ainsi, durant ses neuf premières années d'existence, la Constitution et les droits fondamentaux qu'elle abrite n'eurent aucune répercussion sur l'application du droit commun³⁰.

Ce n'est qu'après l'installation de la Cour Constitutionnelle — mais dès sa première décision — que les normes constitutionnelles des droits fondamentaux ont commencé à être appliquées directement, sans l'intermédiaire du législateur. La Cour a développé un ensemble de techniques pour rendre ses décisions³¹, étant donné la résistance profondément ancrée des cours ordinaires à laquelle elle a dû faire face, principalement celle de la Cour de Cassation, ce qui a donné lieu à une certaine époque à des désaccords que l'on a dénommés la 'guerre des cours'³². À l'exemple de ce qui se produisit en Allemagne, l'influence de la constitutionnalisation du Droit et de la

³⁰ Sur le thème, v. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 1952; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968; Ricardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; et Thierry Di Manno, Code Civil et Constitution en Italie. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005.

³¹ Hormis les décisions déclaratoires en inconstitutionnalité, la Cour utilise différentes techniques, incluant : 1) les *décisions interprétatives*, qui correspondent à l'interprétation conforme à la Constitution, pouvant être (a) avec refus de l'argumentation en inconstitutionnalité, mais avec l'affirmation de l'interprétation compatible, ou (b) avec l'acceptation de l'argumentation en inconstitutionnalité, et la déclaration d'inconstitutionnalité de l'interprétation qui était donnée par les juridictions ordinaires, dans les deux cas, la disposition attaquée demeure en vigueur; 2) les *décisions dénommées manipulatrices ou normatives*, dans lesquelles l'argumentation en inconstitutionnalité est acceptée et, en sus de la déclaration d'invalidité du dispositif, la Cour va au-delà en prononçant une (a) *sentence additionnelle*, par laquelle elle étend l'effet de la norme à des situations qui n'étaient pas prévues dans le cas, lorsqu'il s'agit d'une situation pouvant constituer une violation du principe d'égalité; et b) les *sentences substitutives*, par lesquelles la Cour déclare non seulement l'inconstitutionnalité d'une norme donnée, mais introduit également dans le système, par le biais d'une déclaration de la Cour, une nouvelle norme. Sur le thème, v. Ricardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 63-7.

³² Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l'Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil et constitution(s)*, 2005, p. 107.

propre Cour Constitutionnelle s'est manifesté à travers des décisions en inconstitutionnalité, des demandes auprès du législateur pour que ce dernier agisse et des réinterprétations de normes infra-constitutionnelle déjà en vigueur.

En France, le processus de constitutionnalisation du Droit a commencé beaucoup plus tard et est encore en phase d'affirmation. Comme nous savons, la Constitution de 1958 ne prévoyait pas le contrôle de la constitutionnalité (que ce soit d'ailleurs dans les modèles européen ou américain) puisqu'elle a opté pour une formule différente: celle du contrôle *a priori*, exercé par le Conseil Constitutionnel dans le cas de certaines législations avant qu'elles n'entrent en vigueur³³. À la rigueur, il n'existe pas techniquement de véritable juridiction constitutionnelle dans le système français. Nonobstant ce fait, quelques avancées significatives et constantes ont eu lieu depuis, à commencer par la décision du 16 juillet 1971³⁴. Vint par la suite la Réforme du 29

³³ Dans sa conception originale, le Conseil Constitutionnel était surtout destiné à préserver les compétences d'un Exécutif fort contre les invasions du Parlement. Ses fonctions principales étaient au nombre de trois: a) le contrôle des règlements de chacune des chambres (Assemblée Nationale et Sénat), pour empêcher qu'elles ne s'investissent de pouvoirs que la Constitution ne leurs attribuaient pas, comme il s'est produit sous la IIIe et la IVe République; b) remplir le rôle de "justice électorale", pour les élections présidentielles, parlementaires et les référendums; c) délimiter le domaine des lois, en s'assurant d'une répartition adéquate entre les compétences législatives et réglementaires. Cette dernière fonction s'exerçait dans trois situations: celle de l'article 41, relativement à l'invasion par la loi parlementaire des compétences propres au gouvernement; celle de l'article 61, alinéa 2, qui permettait au premier ministre de demander le contrôle d'une loi en regard de son inconstitutionnalité, après son approbation, mais avant sa promulgation; et celui de l'article 37, alinéa 2, relativement à la possibilité de modifier, par voie de décret, des lois qui ont un caractère réglementaire. Suite à la réforme constitutionnelle de 1974, le contrôle de constitutionnalité des lois est devenu l'activité principale du Conseil, rapprochant ses activités de celle d'une cour constitutionnelle. V. Louis Favoreu, La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visité le 26 juillet 2005; François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; John Bell, *French constitutional law*, 1992.

³⁴ Objectivement, la décision n° 71-44 DC, du 16.07.71 (In: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, visité le 26 juillet 2005), a considéré que l'exigence d'une autorisation préalable, administrative ou judiciaire, pour la constitution d'une association violait la liberté d'association. Toutefois, l'importance de cette décision se situe au niveau de la reconnaissance du fait que les droits fondamentaux prévus dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de 1789, et dans le préambule de la Constitution de 1946, se sont incorporés à la Constitution de 1958, par force des références faites aux documents dans le préambule de la Constitution, et par conséquent, figure comme paramètre pour le contrôle de constitutionnalité des lois. Cette décision a renforcé le prestige du Conseil Constitutionnel, qui a commencé à jouer un rôle de protecteur des droits et libertés fondamentales. De plus, cette décision a consacré la "valeur positive et constitutionnelle" du préambule de la Constitution et a consolidé l'idée de "bloc de constitutionnalité". Cette expression signifie que la Constitution ne se limite pas aux normes qui intègrent ou s'extraitent de son texte, mais inclut d'autres textes normatifs, qui dans le cas étaient la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de 1789, et le Préambule de la Constitution de 1946, ainsi que les principes fondamentaux des lois de la République, auxquelles se référaient ledit préambule. Sur l'importance de cette décision, v. Léo Hamon, Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels, *Dalloz*, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, Was it France's Marbury v. Madison?, *Ohio State Law Journal* 35:910,

octobre 1974, élargissant la notion de légitimité des personnes ayant la qualité pour saisir le Conseil Constitutionnel³⁵. Petit à petit surgit dans le débat constitutionnel français des sujets tel que *l'imprégnation* de l'ordre juridique par la Constitution, la reconnaissance de la force normative aux normes constitutionnelles et l'usage de la technique d'interprétation conforme à la Constitution³⁶. Il y a lieu de mentionner qu'un tel processus de constitutionnalisation du Droit rencontre une résistance vigoureuse dans la doctrine traditionnelle qui voit en lui diverses menaces, de même que l'usurpation des pouvoirs du Conseil d'État et de la Cour de Cassation³⁷.

III. Passage de la Constitution au centre du système juridique

1. La marche de la Constitution vers le droit infra-constitutionnel

Bien que le phénomène de constitutionnalisation du Droit, tel qu'ici analysé, ne se confonde pas avec la présence de normes de droit infra-constitutionnelle

1974; J.E.Beardsley, The Constitutional council and Constitutional liberties in France, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Pour un commentaire détaillé de la décision, v. L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003. Plus spécifiquement, sur le bloc de constitutionnalité, v. Michel de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 2001; et Olivier Duhamel et Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, 1992.

³⁵ À partir de ce moment, le droit de demander au Conseil Constitutionnel d'agir, qui auparavant retombait seulement sur les épaules du Président de la République, du Premier Ministre, du Président de l'Assemblée Nationale et du Président du Sénat s'est étendu aussi à soixante Députés ou soixante Sénateurs. Le contrôle de constitutionnalité est devenu un important instrument d'actions de l'opposition parlementaire. Entre 1959 et 1974, il n'a été rendu que 9 (neuf) décisions au sujet de lois ordinaires (par l'initiative du Premier Ministre et du Président du Sénat) et 20 (vingt) au sujet de lois organiques (*prononcé obligatoire*). Entre 1974 et 1998, il y a eu 328 saisines du Conseil Constitutionnel. Les données ont été tirées du livre de Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visité le 26 juillet 2005.

³⁶ V. Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 190-2.

³⁷ Voir la discussion sur ce sujet dans Guillaume Drago, Bastien François et Nicolas Molfessis (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. Dans le chapitre de conclusion du livre, qui relate les travaux du colloque de Rennes, de septembre 1996, François Terré, en parlant de ce qui correspondait aux conclusions du colloque, a formulé de vives critiques à l'ascension de l'influence du Conseil Constitutionnel: "Les perpétuelles incantations que suscitent l'État de droit, la soumission de l'État à des juges, sous l'influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l'Allemagne Fédérale et de l'américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s'imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction et le droit d'appel sont devenus paroles d'évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, le cas échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel" (p. 409).

dans la Constitution, il existe une certaine superposition naturelle entre ces deux thèmes. En effet, dans la mesure où des principes et des règles spécifiques d'une discipline accèdent à la Constitution, son interaction avec les normes de ce sous-système en change la qualité et leurs donnent alors un caractère de supériorité. Il s'agit, en fait de constitutionnalisation des sources du Droit dans la matière en question. Telle circonstance, pas toujours désirable, interfère avec les limites du champ d'action du législateur ordinaire et avec la lecture constitutionnelle qui doit être entreprise par le Judiciaire du thème qui fut constitutionnalisé.

Dans le sens qui nous intéresse ici, l'idée de constitutionnalisation, comme déjà mentionné, n'identifie pas à proprement parlé, la venue des normes infra-constitutionnelles à la Constitution mais plutôt le phénomène inverse: le déplacement de la Constitution, avec ses principes et ses règles, vers le droit infra-constitutionnelle, afin d'en conditionner son sens et sa portée.

Dans les états de démocratisation plus tardive, comme le Portugal, l'Espagne et surtout le Brésil, la constitutionnalisation du Droit est un processus plus récent, mais malgré tout très intense. Nous avons constaté au Brésil le même mouvement de déplacement qui a eu lieu initialement en Allemagne et par la suite en Italie soit: le déplacement de La Constitution vers le centre du système juridique. À partir de 1988, et principalement dans ces cinq ou dix dernières années, la Constitution a commencé à jouir, non pas simplement de la suprématie formelle dont elle a toujours joui, mais également d'une suprématie matérielle, axiologique, potentialisée par l'ouverture du système juridique et par la normativité de ses principes. Avec fougue, et exhibant une force normative sans précédent, la Constitution est entrée dans le paysage juridique du pays et dans le discours des opérateurs de droit.

Le vieux Code Civil fut déplacé du centre du système juridique. Notons que le droit civil a occupé au Brésil comme ailleurs un rôle de droit général, qui a précédé a beaucoup de champs de spécialisation, et conféra à l'ordre juridique une certaine unité dogmatique. La propre théorie générale du droit était étudiée dans le

cadre du droit civil et ce n'est que récemment qu'elle a acquis une autonomie didactique. Nous devons souligner que dans le cas brésilien, le Code Civil perdait déjà de l'influence dans le cadre du droit privé. En effet, au long des années et à mesure que le Code Civil vieillissait, de nombreuses lois ont été édictées dans des matières spécifiques telles que les aliments, la filiation, le divorce, la location d'immeubles, le consommateur, l'enfant et l'adolescent, les sociétés commerciales, ce qui a fini par former des micro systèmes autonomes. Tout comme il s'est produit en Italie, le Brésil a vécu une 'décodification' du droit civil³⁸, phénomène qui ne fut guère affecté par la promulgation d'un nouveau Code Civil en 2002 et son entrée en vigueur en 2003.

Dans cet environnement, la Constitution devient non seulement un système en soi – avec son ordre, son unité et son harmonie –, mais également une manière de voir et d'interpréter toutes les autres branches du Droit. Ce phénomène identifié par certains auteurs comme le *filtrage constitutionnel*, signifie que tout l'ordre juridique doit être lu et compris dans l'optique de la Constitution, de façon à rendre effectives les valeurs qu'elle consacre. Comme il a été mentionné précédemment, la constitutionnalisation du droit infra-constitutionnel n'a pas pour objet principal l'inclusion dans la Loi fondamentale de normes propres à d'autres domaines, mais plutôt, la réinterprétation de ses institutions dans une optique constitutionnelle³⁹.

À la lumière de telles prémisses, toute interprétation juridique est aussi de l'interprétation constitutionnelle. N'importe quelle opération de réalisation d'un droit implique l'application directe ou indirecte de la Loi Fondamentale. La Constitution s'applique :

³⁸ Pour le cas italien, v. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6: "le Code Civil a certainement perdu sa centralité d'antan. Le rôle d'unification du système, tant dans ses aspects les plus traditionnellement civiliste que dans ceux d'intérêts publicistes est maintenant accomplie de manière chaque fois plus incisive par le Texte Constitutionnel". Pour le cas brésilien, voir entre autres : Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:21; et Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa*. In: Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

³⁹ J. J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 45: "La principale manifestation de la prééminence normative de la Constitution consiste en ce que tout l'ordre juridique doit être lu à sa lumière et passer sous son crible". V. aussi, Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional*, 1999.

a) *Directement*, quand la prétention à un droit est directement fondée sur une norme du texte constitutionnel. Par exemple : la demande en reconnaissance d'une immunité fiscale (art. 150, VI de la Constitution Fédérale – ci-après appelée : CF) ou la demande d'annulation d'une preuve obtenue de manière illicite (CF, art. 5 °, LVI) ;

b) *Indirectement*, lorsque la prétention à un droit se fonde sur une norme infra-constitutionnelle, et ce, pour deux raisons :

(i) avant d'appliquer la norme, l'interprète devra vérifier si elle est compatible avec la Constitution, parce que si elle ne l'est pas, elle ne devrait pas s'appliquer. Cette opération est toujours présente dans le raisonnement de l'opérateur de Droit, même si ce dernier ne l'explique pas ;

(ii) en appliquant la norme, l'interprète devra en orienter le sens et la portée dans le but d'atteindre les fins constitutionnelles.

En conclusion, la Constitution figure aujourd'hui au centre du système juridique, d'où elle irradie sa force normative, dotée de suprématie formelle et matérielle. Elle sert non seulement comme paramètre de validité pour l'ordre infra-constitutionnel, mais également comme vecteur d'interprétation de toutes les normes du système.

2. La constitutionnalisation du Droit et ses mécanismes d'opération dans la pratique

Comme indiqué précédemment, la constitutionnalisation du Droit se répercute sur les différents Pouvoirs étatiques. Elle impose au législateur et à l'administrateur des devoirs négatifs et positifs d'actions afin que ces derniers observent les limites et promeuvent les fins édictées par la Constitution. Cependant, la constitutionnalisation est l'oeuvre principale de la juridiction constitutionnelle, qui, au Brésil peut s'exercer de manière diffuse par les juges et les tribunaux, et de manière concentrée par la Cour Suprême, lorsque le paradigme en cause est celui de la Constitution Fédérale. Cette réalisation concrète de la suprématie formelle et

axiologique de la Constitution implique différentes techniques et possibilités interprétatives qui incluent :

a) la reconnaissance de la révocation des normes infra-constitutionnelles antérieures à la Constitution (ou à l'amendement constitutionnel), lorsqu'elles sont incompatibles avec elle;

b) la déclaration d'inconstitutionnalité des normes infra-constitutionnelles postérieures à la Constitution lorsqu'elles sont incompatibles avec elle;

c) la déclaration d'inconstitutionnalité par omission et par conséquent, la demande faite au législateur d'agir⁴⁰;

d) l'interprétation conforme à la Constitution, qui peut signifier :

(i) la lecture de la norme constitutionnelle de la manière la plus compatible avec le sens et la portée des valeurs et fins constitutionnelles qu'elle comprend;

(ii) la déclaration d'inconstitutionnalité partielle sans réduction de texte, qui consiste en l'exclusion d'une interprétation possible de la norme – habituellement la plus évidente – et l'affirmation d'une interprétation alternative, compatible avec la Constitution⁴¹ ;

(iii) la déclaration de non-incidence de la norme à une situation factuelle déterminée.

IV. Quelques aspects de la constitutionnalisation du droit civil e du droit administratif

⁴⁰ Ceci, à moins que la Cour Suprême ne préfère formuler une décision d'intégration de la norme, à l'exemple de la sentence additionnelle du droit italien. Cette activité de la Cour nous ramène toujours à la question controversée de l'intervention de cette dernière à titre de législateur positif (v. *infra*).

⁴¹ L'interprétation juridique est difficilement uniforme, que ce soit parce qu'un même énoncé, appliqué à des circonstances différentes, peut produire des normes diverses, ou parce qu'un énoncé, même en thèse, peut admettre plusieurs interprétations, en raison de la multiplicité de ses termes. La doctrine la plus moderne a signalé une distinction entre l'énoncé normatif et la norme, fondée sur la prémisse qu'il n'y a pas d'interprétation '*in abstracto*'. L'énoncé normatif est le texte, l'information contenue dans le dispositif constitutionnel ou légal. La norme pour sa part est le produit de l'application de l'énoncé à une situation déterminée, c'est la concrétisation de l'énoncé. D'un même énoncé, il est possible d'extraire diverses normes. Sur le thème, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 et ss.; Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1999, p. 45 et ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

1. Droit civil⁴²

Les relations entre le droit constitutionnel et le droit civil ont traversé ces deux derniers siècles trois phases distinctes qui vont de l'indifférence à la coexistence intense. La référence initiale de cette trajectoire est la Révolution Française, qui donna à chacun son objet de travail: au droit constitutionnel, une Constitution écrite édictée en 1791; au droit civil, le Code Civil napoléonien qui date de 1804. Malgré la contemporanéité des deux documents, le droit constitutionnel et le droit civil ne s'intégrèrent pas l'un à l'autre, ni ne communiquèrent ensemble. Voyons chacune des étapes de ce processus d'approximation lent et progressif:

Première phase: *Mondes séparés*

Au début du constitutionnalisme moderne, la Constitution était vue en Europe comme une Loi Fondamentale *politique*, qui servait de référence dans les relations entre l'État et le citoyen, alors que le Code Civil était le document *juridique* qui régissait les relations entre les individus, souvent appelée "la Constitution de droit privé". Dans cette étape historique, le rôle de la Constitution était limité, fonctionnant comme une invitation à l'intervention faite aux Pouvoirs Publics, et sa concrétisation dépendait en règle générale de l'intervention du législateur. Destituée de sa propre force normative, la Constitution ne jouissait pas d'application directe et immédiate. Alors que le droit civil était l'héritier de la tradition millénaire du droit romain. Le Code napoléonien réalisait adéquatement l'idéal bourgeois de protection de la propriété et de la liberté de contracter, donnant une sécurité juridique aux protagonistes du nouveau régime libéral: le contractant et le propriétaire. Ce modèle initial d'absence totale de communication fût peu à peu dépassé.

⁴² Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997; Maria Celina Bodin de Moraes: A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993; Gustavo Tepedino: *Temas de direito civil*, 2004; Luiz Edson Fachin: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (coord.), 1998; Judith Martins Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Michel Verpeaux (org.), *Code civil et Constitution (s)*, 2005.

Deuxième phase : *La publicisation du droit privé*

Le Code napoléonien et les modèles qu'il a inspirés – incluant le modèle brésilien – se fondent sur la liberté individuelle, sur l'égalité formelle entre les personnes et sur la garantie absolue du droit de propriété. Au cours du XXe siècle, avec l'avènement de l'État social et la perception des illégalités matérielles entre les individus, le droit civil commence à dépasser le modèle de l'individualisme exacerbé, mettant un terme au règne souverain de *l'autonomie de la volonté*. Au nom de la solidarité sociale et de la fonction sociale d'institutions telles que la propriété et le contrat, l'État commence à intervenir dans les relations entre les individus, par le biais de l'introduction de *normes d'ordre public*. De telles normes se destinent principalement à protéger la partie faible de la relation juridique, telle que le consommateur, le locataire, l'employé. C'est la phase du *dirigisme contractuel*, qui consolide la publicisation du droit privé.

Troisième phase : *Constitutionnalisation du droit civil*

“Hier les Codes; aujourd'hui les Constitutions. La revanche de la Grèce sur Rome”⁴³. La phase actuelle est marquée par le passage de la Constitution au centre du système juridique, d'où elle joue un rôle de filtre axiologique, à travers duquel doit être lu le droit civil. Il existe des règles spécifiques dans la Constitution brésilienne, qui imposent la fin de la suprématie du mari dans le mariage, la pleine égalité des enfants, la fonction sociale de la propriété. Ainsi que des principes qui se diffusent dans tout l'ordre, tel que l'égalité, la solidarité sociale, le caractère raisonnable. Nous ne parcourons pas les multiples situations d'impact des valeurs constitutionnelles sur le droit civil en particulier, et sur le droit privé en général. Il existe toutefois deux

⁴³ La première partie de la phrase (“Hier les Codes; aujourd'hui les Constitutions”) a été prononcée par Paulo Bonavides, lorsqu'il a reçu la médaille Teixeira de Freitas, à l'Institut des Avocats Brésiliens (IAB), en 1998. Le reste a été dit par Eros Roberto Grau, lors de la remise de la même médaille en 2003, lors d'un discours publié par l'IAB: “Hier les Codes; aujourd'hui les Constitutions. La revanche de la Grèce sur Rome, tout comme l'évolution qui s'est produite sur un autre plan, dans le domaine du droit de propriété, qui se justifiait auparavant, par l'origine, et qui est maintenant légitimé par les fins: la propriété qui ne remplit pas une fonction sociale ne mérite pas de protection juridique “.

développements qui méritent d'être signalés, étant donné la dimension des transformations qu'ils apportèrent.

Le premier de ces développements se réfère au *principe de la dignité de la personne humaine* dans la nouvelle dogmatique juridique. La fin de la Seconde Guerre mondiale, a donné lieu au commencement de la *reconstruction* des droits de l'homme⁴⁴, qui se sont rependus à partir du principe de la dignité de la personne humaine⁴⁵, référence qui a commencé à faire partie des documents internationaux et des Constitutions démocratiques⁴⁶, et figure dans la Loi Fondamentale brésilienne de 1988 comme l'un des fondements de la République (art.1 °, III). La dignité humaine impose des limites et des actions positives à l'État, afin de répondre aux nécessités vitales élémentaires⁴⁷, qui s'expriment en différentes dimensions. Dans le thème ici spécifiquement étudié, le principe promeut une *dépatrimonialisation*⁴⁸ et une *repersonnalisation* du droit civil et met l'emphase sur les valeurs existentielles et de l'esprit, ainsi que sur la reconnaissance et le développement des droits de la personnalité, tant dans sa dimension physique que psychique.

⁴⁴ Il s'agit du titre du célèbre travail de Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988. Sur le thème, v. aussi Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991.

⁴⁵ Le contenu juridique de la dignité humaine est relié à la réalisation des droits fondamentaux ou humains, dans ses trois dimensions: individuels, politiques et sociales. Sur le thème, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, 1998, p. 102: "[Le] principe de la dignité de la personne humaine est à la base de tous les droits constitutionnellement consacrés, que ce soit ceux des droits et libertés traditionnels, ceux des droits de participation politique, ou ceux des travailleurs ou encore, les droits à des prestations sociales".

⁴⁶ Comme, *p. ex.*, dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, de 1948, dans la Constitution italienne de 1947, dans la Constitution allemande de 1949, dans la Constitution portugaise de 1976 et dans la Constitution espagnole de 1978.

⁴⁷ Sur le thème, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305: "Le contenu fondamental, l'essentiel du principe de la dignité de la personne humaine, se compose du minimum existentiel, qui consiste en un ensemble de prestations matérielles minimales, sans lesquelles on peut affirmer que l'individu se trouve dans une situation d'indignité. (...) Une proposition en vue de concrétiser le minimum existentiel, étant donné l'ordre constitutionnel brésilien, devrait inclure les droits à l'éducation fondamentale, à la santé élémentaire, à l'assistance en cas de nécessité et à l'accès à la justice".

⁴⁸ Le terme a été emprunté à Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 33. Apparemment, le premier à l'avoir utilisé fut Carmine Donisi, Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato. In: *Rassegna di diritto civile* 80, 1980 (selon la recherche effectuée dans Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 115).

Le second développement doctrinal qui mérite notre attention est celui de *l'applicabilité des droits fondamentaux aux relations privées*. Le débat remonte à l'affaire *Lüth* (v. *supra*), qui réussit à surmonter la dualité du clivage public-privé et a admis l'application de la Constitution dans les relations privées, initialement régies par le Code Civil. Le sujet est complexe et ne sera pas approfondi ici. Les multiples situations susceptibles de se produire dans le monde réel ne comportent pas de solutions uniques⁴⁹. Nonobstant ce fait, et hormis la jurisprudence nord-américaine (et encore de manière atténuée), il existe un consensus raisonnable sur le fait que les normes constitutionnelles s'appliquent dans certaines mesures, aux relations entre individus. La divergence sur ce sujet réside précisément, sur la détermination du mode et de l'intensité de cette incidence. La doctrine et la jurisprudence se divisent en deux courants principaux :

- a) celle de l'efficacité indirecte des droits fondamentaux applicables par le biais de l'action du législateur infra-constitutionnel et de l'interprétation des clauses ouvertes;
- b) celle de l'efficacité directe et immédiate des droits fondamentaux applicable par le biais du critère de pondération entre d'un côté, les principes constitutionnels de la libre initiative et de l'autonomie de la volonté, et de l'autre, le droit fondamental en jeu.

Le point de vue de l'applicabilité directe et immédiate correspond de manière plus adéquate à la réalité brésilienne et c'est le courant qui a prévalu en doctrine. Dans la pondération qui doit être employée, comme dans la pondération en général, les éléments du cas concret devront être pris en considération. Pour la

⁴⁹ Voici à titre d'exemples quelques situations: a) est-ce qu'un club de football peut interdire l'entrée de son stade à des journalistes d'un certain véhicule de communication, qui ont fait des critiques à l'équipe (liberté de travail et de presse) ?; b) est-ce qu'une école juive peut interdire son entrée à des enfants non juifs (discrimination en raison de la religion) ?; c) est-ce qu'un employeur peut prévoir dans le contrat de travail de son employée la démission de cette dernière pour cause juste en cas de grossesse (protection de la femme et de la procréation) ?; d) est-ce qu'un locateur peut refuser de signer un contrat de location parce que le prétendant locataire est musulman (de nouveau, liberté de religion) ?; e) est-ce qu'un journaliste peut être mis à la porte pour avoir émis une opinion contraire à celle du propriétaire du journal (liberté d'opinion) ?.

pondération spécifique entre l'autonomie de la volonté *versus* un autre droit fondamental en cause, l'importance des facteurs suivants doit être souligné: a) l'égalité ou le déséquilibre matériel entre les parties (*p. ex.*, la situation est différente si une multinationale renonce contractuellement à un droit ou s'il s'agit d'un simple ouvrier qui y renonce); b) l'injustice manifeste ou l'absence du caractère raisonnable d'un critère (*p. ex.*, l'école qui n'admet pas les enfants de parents divorcés); c) la préférence pour les valeurs existentielles au détriment des valeurs patrimoniales; d) le risque pour la dignité de la personne humaine (*p. ex.*, personne ne peut s'assujettir à des sanctions corporelles).

2. Droit administratif⁵⁰

Le droit constitutionnel et le droit administratif ont une origine et des buts communs: l'avènement du libéralisme et la nécessité de limiter le pouvoir de l'État. Nonobstant ce fait, ils ont parcouru tous les deux des trajectoires très différentes, sous l'influence du modèle français. En effet, le droit constitutionnel a passé le XIXe et la première moitié du XXe siècle associé aux concepts propres à la politique, destitué de force normative et d'applicabilité directe et immédiate (*v. supra*). Le droit administratif s'est pour sa part développé comme branche juridique autonome, et a englobé la discipline de l'Administration Publique. L'existence d'une juridiction administrative dissociée de l'action judiciaire et le prestige du Conseil d'État français, ont donné au droit administratif une position privilégiée dans le droit public, l'associant à la continuité et à la stabilité des institutions⁵¹. Ce n'est qu'après la Deuxième Guerre mondiale, avec le mouvement de constitutionnalisation que cette situation de prédominance va se modifier.

⁵⁰ Sur les transformations du droit administratif dans le cadre actuel, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, 2000; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 1998. Et aussi: Jacqueline Morand-Deville, Poder Público, serviço público: crise e conciliação, *Revista de Direito do Estado* 4:387, 2006.

⁵¹ À ce propos, voir le célèbre article de Georges Vedel, Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif. In: *Mélanges Waline*, 1974. Sur le thème, voir aussi Louis Favoreu, La constitutionnalisation du droit. In: Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 182.

L'élément le plus décisif pour la constitutionnalisation du droit administratif fut l'incidence dans ce domaine des principes constitutionnels – non seulement des principes spécifiques, mais surtout de ceux à caractère général, qui se diffusent dans tout le système juridique. Également ici, à partir du rôle central de la dignité humaine et de la préservation des droits fondamentaux, la qualité des relations entre l'Administration et l'administré s'est modifiée et les modèles traditionnels ont été dépassés ou reformulés. Nous pouvons mentionner notamment :

a) la redéfinition de l'idée de suprématie de l'intérêt public sur l'intérêt privé

En ce qui concerne ce sujet, il doit être fait en premier lieu la distinction nécessaire entre intérêt public (i) *primaire* – ceci est, l'intérêt de la société, synthétisée dans des valeurs comme la justice, la sécurité et le bien-être social – et (ii) *secondaire*, qui est l'intérêt de la personne juridique de droit public (l'Union, les États et les municipalités), et qui s'identifie avec l'intérêt du fisc, c'est-à-dire du trésor public⁵². L'intérêt public secondaire ne bénéficiera jamais d'une suprématie *a priori* et abstraite face à l'intérêt d'un individu. Si leurs intérêts rentrent en collision, l'interprète devra procéder à la pondération de ces intérêts en regard des éléments normatifs et factuels pertinents au cas concret.

b) l'assujettissement de l'administrateur à la Constitution et non pas seulement à la loi ordinaire

L'idée restrictive d'assujettissement positif de l'administrateur à la loi, selon la lecture conventionnelle du principe de la légalité, au terme duquel l'action de l'administrateur est dirigée par ce que le législateur détermine ou autorise, est dépassée. L'administrateur peut et doit agir en ayant pour fondement direct la Constitution et ce, indépendamment dans bien des cas, d'une quelconque manifestation du législateur ordinaire. Le principe de la légalité se transforme ainsi, en principe de la

⁵² Cette classification d'origine italienne est peu répandue dans la doctrine et la jurisprudence brésilienne. V. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57.

constitutionnalité ou peut-être, à plus proprement parlé, en principe de la juridicité, comprenant sa subordination d'abord à la Constitution puis à la loi.

c) la possibilité de contrôle judiciaire au mérite de l'acte administratif

La connaissance conventionnelle en matière de contrôle juridictionnel d'un acte administratif limitait les juges et les tribunaux à ne prendre connaissance que des aspects liés à la légalité de l'acte (compétence, forme et finalité) et non pas de son mérite (motif et objet), incluant ici, la convenance et l'opportunité de sa pratique. La situation a changé. Non seulement les principes constitutionnels généraux déjà mentionnés, mais également les principes spécifiques tels que la moralité, l'efficacité et surtout le caractère raisonnable et la proportionnalité permettent un contrôle de la discrétion administrative (en observant naturellement la contention et la jurisprudence afin de ne pas substituer la discrétion de l'administrateur par celle du juge).

Un dernier commentaire s'impose. Il existe certains auteurs qui se réfèrent au changement de certains modèles traditionnels du droit administratif comme caractérisant une *privatisation du droit public*, qui passerait à le soumettre par exemple, à des institutions du droit des obligations. Ce serait en quelque sorte l'envers de la *publicisation du droit privé*. C'est en réalité l'application de certains principes constitutionnels qui ont emmené certaines institutions de droit public dans le droit privé et symétriquement et qui amènent des instituts de droit privé dans le droit public. Le phénomène en question n'est par conséquent ni de publicisation de l'un, ni de privatisation de l'autre, mais de constitutionnalisation des deux. De ce phénomène résulte une dilution de la dualité rigoureuse entre le droit public et le droit privé et la production de zones de confluence, faisant en sorte que la distinction devient plus quantitative que qualitative.

V. Constitutionnalisation et judicialisation des relations sociales

La constitutionnalisation, dans la ligne de pensée développée dans ce texte, exprime la diffusion des valeurs constitutionnelles à travers le système juridique.

Cette dissémination de la Loi Fondamentale à travers tout l'ordre s'effectue à travers la juridiction constitutionnelle, qui comprend l'application directe de la Constitution à des questions déterminées; la déclaration d'inconstitutionnalité de normes incompatibles avec la Constitution; et l'interprétation conforme à la Constitution, pour l'attribution d'un sens aux normes juridiques en général. Nous devons souligner que dans le cas brésilien, la juridiction constitutionnelle est exercée amplement: du juge étatique à la Cour Suprême, tous interprètent la Constitution et peuvent donc refuser l'application d'une loi ou d'un autre acte normatif qu'ils considèrent inconstitutionnel⁵³.

Au Brésil et dans les autres pays de redémocratisation plus récente, l'on assiste ces dernières années, à une plus grande conscientisation de la citoyenneté, qui a eu pour conséquence l'augmentation du nombre de demandes en justice. Simultanément, nous avons assisté à l'ascension institutionnelle du Pouvoir Judiciaire, qui cessa d'être un département technico-spécialisé et commença à détenir un pouvoir politique effectif. En raison de la conjonction de ces facteurs – la constitutionnalisation, l'augmentation des demandes en justice et l'ascension institutionnelle du Judiciaire –, l'on constate dans ces pays une nette *judicialisation* des questions politiques et sociales, qui ont commencé à trouver au sein des tribunaux une instance de décision finale.

Sur ce point se pose une question qui a récemment réveillé l'intérêt de la doctrine au Brésil et dans d'autres pays de tradition romano-germanique, relative à la légitimité démocratique de la fonction judiciaire, ses possibilités et ses limites⁵⁴. Dans

⁵³ La Constitution brésilienne de 1988 maintient un système éclectique, hybride ou mixte, utilisant le contrôle *par voie d'incident et diffus* (système américain), qui s'utilise depuis le début de la République, et le contrôle *par voie principale et concentré*, implanté par l'Amendement Constitutionnel n° 16/65 (système continental européen). V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

⁵⁴ En droit comparé, le sujet est discuté depuis longtemps, v., à titre d'exemple: Hamilton, Madison e Jay, *The federalist papers*, 1981 (la publication originale fut faite entre 1787 et 1788), spécialement *The Federalist* n° 78; John Marshall, opinion dans l'affaire *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, 1931; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980; Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986; Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985; John Rawls, *A theory of justice*, 1999; Jürgen Habermas, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*, 1989; Bruce Ackerman, *We the people: Foundations*, 1993; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia*

un sens large, la juridiction constitutionnelle implique l'interprétation et l'application de la Constitution, ayant comme une de ses principales expressions, le contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes normatifs. Il se pose alors la question de la légitimité du rôle exercé par les cours suprêmes et par les tribunaux constitutionnels, normalement dénommé de *contre-majoritaire*⁵⁵: les organes et les agents non élus ont le pouvoir d'écarter ou de rendre conforme des lois élaborées par des représentants choisis par le peuple.

Au long de ces deux derniers siècles, la doctrine a imposé deux grandes lignes de justification de ce rôle des cours suprêmes/tribunaux constitutionnels. La première, plus traditionnelle, prend ses racines dans la souveraineté populaire et dans la séparation des Pouvoirs: la Constitution, expression de la plus grande volonté du peuple, doit prévaloir sur les lois, manifestation des majorités parlementaires. Il revient ainsi au Judiciaire, dans l'exercice de sa fonction d'appliquer le Droit, d'affirmer cette suprématie et d'invalider une loi inconstitutionnelle. La seconde, qui tient compte de la réalité plus complexe de la nouvelle interprétation juridique, cherche à légitimer l'exercice du contrôle de la constitutionnalité sur un autre fondement: la préservation des conditions essentielles de fonctionnement de l'État démocratique. Il revient au juge constitutionnel de garantir certaines valeurs substantives et l'observance des procédures adéquates de participation et de délibération.

Le rôle du Judiciaire, en général, et de la Cour Suprême en particulier, dans l'interprétation et dans la concrétisation des normes de la Constitution, est le combustible d'un débat permanent dans la théorie/philosophie constitutionnelle contemporaine, à travers le monde. Comme les nuages, le thème a parcouru des trajectoires variées, en fonction des vents circonstanciels, et a revêtu les formes les plus diverses: activisme *versus* retenue judiciaire; interprétativisme *versus* non

deliberativa, 1997. Dans la littérature nationale plus récente, voir: Bianca Stamato Fernandes, *Jurisdição constitucional*, 2005; Gustavo Binbenbim, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004; Cláudio de Souza Pereira Neto, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

⁵⁵ L'expression "difficulté contre-majoritaire" (*the counter-majoritarian difficulty*) a été créée par Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16, dont la 1^{re} édition est de 1962.

interprétativisme; constitutionnalisme populaire *versus* suprématie judiciaire. La terminologie ci-dessus mentionnée trahit l'origine du débat: la discussion existante en la matière aux États-Unis, depuis les débuts du constitutionnalisme dans ce pays. Nous enchaînerons donc avec un mot sur l'expérience américaine.

L'activité proactive de la Cour Suprême, au début de l'expérience constitutionnelle américaine, fut l'étendard de la pensée conservatrice. Il n'y a pas de surprise à cela: dans ce mouvement s'est retrouvé l'appui à la politique de ségrégation raciale⁵⁶ et à l'invalidation des lois sociales en générale⁵⁷, qui culmina par la confrontation entre le Président Roosevelt et la Cour⁵⁸. La situation s'est complètement inversée à partir des années 50, lorsque la Cour Suprême, sous les présidences de Warren et de Burger, a produit des décisions progressistes en matière

⁵⁶ Dans *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], jugé en 1857, la Cour Suprême a déclaré inconstitutionnelle, tant les lois étatiques que les lois fédérales, qui prétendaient conférer la citoyenneté aux noirs, qui étaient vus comme des êtres inférieurs et n'avaient pas de protection constitutionnelle. Dans la décision la plus condamnable du constitutionnalisme américain, la Cour Suprême s'est alignée au mouvement de défense en faveur de l'esclavagisme. Bien des années se sont passées jusqu'à ce que le tribunal récupère son autorité morale et politique. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 687.

⁵⁷ À partir de la fin du XIXe siècle, la Cour Suprême s'est fait l'interprète de la pensée libre, fondée sur l'idée du *laissez-faire*, selon laquelle le développement se trouve mieux stimulé lorsque les Pouvoirs Publics interviennent le moins possible. La décision qui symbolise le mieux cette période fut proférée en 1905 dans l'affaire *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), dans laquelle, au nom de la liberté contractuelle, une loi de New York qui limitait la journée de travail des boulangers a été considérée inconstitutionnelle. Sur le même fondement, la Cour Suprême annula de nombreuses autres lois. Cette période fut connue comme la période *Lochner*.

⁵⁸ Élu en 1932, après la crise de 1929, Franklin Roosevelt déclencha le *New Deal*, un programme économique et social caractérisé par l'intervention de l'État dans l'économie et par l'édiction de vaste législation sociales. Sur la base de la doctrine développée durant la période *Lochner*, la Cour Suprême a commencé à déclarer inconstitutionnelles lesdites lois, déclenchant un conflit avec l'Exécutif. Roosevelt en arriva à transmettre un projet de loi au Congrès qui prévoyait l'élargissement de la Cour – *Court-packing plan* – qui ne fut pas approuvé. Cependant, la Cour Suprême changea son orientation et s'abstint de l'examen au mérite des normes à caractère économique et social, tel qu'il appert dans la décision *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datée de 1937.

de droits fondamentaux⁵⁹, incluant sur les noirs, les prisonniers et les femmes, ainsi que sur des sujets relatifs à la vie privée et à l'avortement⁶⁰.

Dans les années qui suivirent, le débat central dans la théorie constitutionnelle nord-américaine mettait en parallèle, d'un côté, les libéraux (ou progressistes), favorables au *judicial review* et à un certain niveau d'activisme judiciaire, et, de l'autre, les conservateurs, favorables à l'auto-retention judiciaire et aux théories comme l'originalisme et le non interprétativisme⁶¹. Depuis quelque temps, en raison de la vaste prédominance républicaine et conservatrice, qui se reflète dans la jurisprudence de la Cour Suprême, plusieurs juristes libéraux en viennent à questionner ce qu'ils appellent la "suprématie judiciaire" et défendent une thèse encore vague de constitutionnalisme populaire, avec "le retrait de la Constitution des mains des tribunaux"⁶².

⁵⁹ Voir le registre de ce changement dans Larry D. Kramer, *Popular constitutionalism*, circa 2004, *California Law Review* 92:959, 2004, p. 964-5: "(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong. (...) Beginning with Robert Bork's 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of counter-majoritarianism".

⁶⁰ Earl Warren présida la Cour Suprême de 1953 à 1969; Warren Burger, de 1969 à 1986. Quelques décisions emblématiques de cette période furent: *Brown vs. Board of Education* (1954), qui considéra inconstitutionnelle la politique de ségrégation raciale dans les écoles publiques; *Griswold vs. Connecticut* (1965), qui invalida la loi étatique qui incriminait l'usage de la pilule anticonceptionnelle, reconnaissant un droit implicite à la vie privée; et *Roe vs. Wade* (1973), qui considéra inconstitutionnelle une loi étatique qui criminalisait l'avortement, même pratiqué avant le troisième mois de grossesse. Dans le domaine du droit pénal, des décisions marquantes ci-dessus mentionnées (v. *supra*) ont été proférées, dans des cas comme *Gideon vs. Wainwright* (1963) et *Miranda vs. Arizona* (1966).

⁶¹ La critique de nature conservatrice, stimulée par une longue période de gouvernements républicains, fut bercée par un courant doctrinal dénommé *originalisme*, défenseur de l'idée peu consistante selon laquelle l'interprétation constitutionnelle devrait s'arrêter à l'intention originale des créateurs de la Constitution. Sur le sujet, v. Robert Bork, *The tempting of America*, 1990, et William Rehnquist, *The notion of a living Constitution*, *Texas Law Review* 54:693, 1976. En sens contraire, v. Morton J. Horwitz, *Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*, *Harvard Law Review* 107:30, 1993, et Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000, p. 302 et ss. Pour une analyse plus complète de la question en langue portugaise, v. Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

⁶² Voir ces quelques textes écrits ces dernières années. En faveur du "popular constitutionalism", v.: Larry D. Kramer, *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, 2004; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999; Jeremy Waldron, *The dignity of legislation*, 1999; Richard D. Parker, "Here the people rule": *A popular constitutionalist manifest*, 1994. En défense du "judicial review", v.: Christopher L. Eisgruber's, *Constitutional self-government*, 2001; Erwin Chemerinsky, *In defense of judicial review: A reply to professor Kramer*, *California Law Review* 92:1013, 2004; Frederick Schauer, *Judicial supremacy and the modest Constitution*, *California Law*

Le débat dans son essence est universel, et gravite autour des tensions et superpositions entre le constitutionnalisme et la démocratie. Cependant, il est bon de voir que l'idée de démocratie ne se résume pas au principe majoritaire, à un gouvernement de la majorité. Il existe d'autres principes qui doivent être préservés, de même que des droits de la minorité qui doivent être respectés. Le citoyen est différent de l'électeur; le gouvernement du peuple n'est pas le gouvernement de l'électorat⁶³. En général, le processus politique majoritaire se meut en fonction des intérêts, alors que la logique démocratique s'inspire de valeurs. Et dans bien des cas, il ne restera que le Judiciaire pour les préserver⁶⁴. Le *déficit* démocratique du Judiciaire, découlant de la difficulté de la contre-majorité, n'est pas nécessairement plus grand que celui du Législatif, dont la composition peut être affecté par divers dysfonctionnements, dont notamment l'usage de la machine administrative, l'abus de pouvoir économique, la manipulation des moyens de communication⁶⁵.

Le rôle du Judiciaire et, en particulier, des courts constitutionnelles et des cours suprêmes doit être de préserver le processus démocratique et de promouvoir les valeurs constitutionnelles, en passant outre le *déficit* de légitimité des Pouvoirs Exécutif et Législatif, le cas échéant. Sans pour autant disqualifier sa propre action, ce qui arriverait si le Judiciaire agissait de manière abusive, en exerçant ses préférences politiques au lieu de concrétiser les principes constitutionnels. De plus, dans les pays de tradition démocratique moins bien enracinés, il revient au tribunal constitutionnel d

Review 92: 1045.

⁶³ Christopher L. Eisgruber, Constitutional self-government and judicial review: A reply to five critics, *University of San Francisco Law Review* 37:115, 2002, p. 119-31.

⁶⁴ Historiquement, la juridiction constitutionnelle s'est légitimée par l'inestimable service rendu à deux idées centrales qui se sont jointes pour créer l'État démocratique moderne de droit: le constitutionnalisme (c.-à-d., pouvoir limité et respect des droits fondamentaux) et la démocratie (souveraineté populaire et gouvernement de la majorité). Le rôle de la cour constitutionnelle est de s'assurer que tous ces éléments vivent ensemble en harmonie, lui revenant également la délicate attribution de contenir la volonté de la majorité lorsqu'elle ne respecte pas le processus démocratique ou rend vulnérable des droits fondamentaux de la minorité.

⁶⁵ V. Vital Moreira, O futuro da Constituição. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 323: "Dans l'énoncé constitutionnel primordial, 'tout le pouvoir est au peuple'. Mais, la vérité est que, selon la reformulation de Sternberger, 'pas tout le pouvoir vient du peuple'. Il y a le pouvoir économique, le pouvoir médiatique, le pouvoir des corporations sectorielles. Et parfois, ses pouvoirs se placent au-dessus du pouvoir du peuple".

’agir comme garant de la stabilité institutionnelle, en arbitrant les conflits entre les Pouvoirs ou, entre ces derniers et la société civile. Ses grands rôles sont: préserver les valeurs fondamentales et les processus démocratiques, ainsi que garantir la stabilité institutionnelle.

Au Brésil, ce n’est que récemment que des études ont commencé à apparaître sur la question du point d’équilibre entre la suprématie de la Constitution, l’interprétation constitutionnelle par le Judiciaire et le processus politique majoritaire. Le texte prolix de la Constitution, la dysfonction du Judiciaire et la crise de légitimité qui entour l’Executif et le Législatif rendent la tâche complexe. Les divers autres ingrédients de l’expérience brésilienne chassent les risques d’ennui ou de marasme, bien que provoquant des peurs parfois paralysantes. La tâche de construire les institutions d’un pays qui s’est mis en retard dans l’histoire est difficile et exige de l’énergie, de l’idéalisme et demande d’être immunisé contre les amertumes. Cela ne sert à rien: personne ne réchappe à son propre temps.

CONCLUSION

Le nouveau droit constitutionnel ou le néoconstitutionnalisme s’est développé en Europe, dans la deuxième moitié du XXe siècle, et au Brésil, après la Constitution de 1988. L’environnement philosophique dans lequel il a fleuri fut le post-positivisme, ayant comme principal changement de modèle, sur le plan théorique, la reconnaissance de la force normative à la Constitution, l’expansion de la juridiction constitutionnelle et l’élaboration des différents éléments de la nouvelle interprétation constitutionnelle.

Fruit de ce processus, la constitutionnalisation du Droit implique la diffusion des valeurs contenues dans les principes et les règles de la Constitution, à travers tout l’ordre juridique, notamment par la voie de la juridiction constitutionnelle, à ses différents niveaux. Il en résulte l’applicabilité directe de la Constitution à

diverses situations, l'inconstitutionnalité des normes incompatibles avec la Loi Constitutionnelle et, surtout, l'interprétation des normes infra-constitutionnelles de manière conforme à la Constitution, qui rendra leurs sens et leurs portées conformes. La constitutionnalisation, l'augmentation des demandes en justice de la part de la société brésilienne et l'ascension institutionnelle du Pouvoir Judiciaire ont provoqué au Brésil une intense judicialisation des relations politiques et sociales.

Une telle constatation potentialise l'importance d'un débat, dans la théorie constitutionnelle, autour de l'équilibre qu'il doit y avoir entre la suprématie constitutionnelle, l'interprétation judiciaire de la Constitution et le processus politique majoritaire. Les circonstances brésiennes, dans le cadre actuel, renforcent le rôle de la Cour Suprême, en raison notamment de la crise de légitimité par laquelle passe le Législatif et l'Exécutif, non seulement comme un phénomène conjoncturel, mais à titre de dysfonction institutionnelle chronique.