

LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PORTUGAIS ET L'EUROPE : PASSION ET INCERTITUDES DU GARDIEN DE LA SOUVERAINETÉ ENTRE STRASBOURG ET LUXEMBOURG

Par Mathias NUNES¹

« La véritable grandeur est celle qui se limite elle-même ; la véritable force, celle qui se modère ; la véritable gloire, celle qui s'entoure de la reconnaissance nationale »².

Plan :

§ 1 : Le militantisme constitutionnel en faveur d'une ouverture aux ordres du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne

A- Le choix de l'ouverture à l'épreuve de l'autonomie souveraine dans la Constitution de 1976

B- La confiance sans réserve pour une ouverture de l'ordre constitutionnel à l'ordre de l'Union européenne

§ 2 : Les retenues du Tribunal constitutionnel à l'interpénétration des ordres du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne

A- Les réticences à l'application effective du droit de l'Union européenne par le Tribunal constitutionnel

1- Le retrait en matière de contrôle de constitutionnalité des actes dérivés

2- Le retrait en matière de renvoi préjudiciel

3- Le rôle renforcé du juge ordinaire

B- Le refus de voir la Convention européenne des droits de l'homme comme une source constitutionnelle autonome

*
* *

Vingt-cinq ans se sont écoulés depuis la ratification du Traité de Maastricht en 1992 par les États membres de la Communauté économique européenne (ci-après CEE). Pour autant, la question des atteintes aux fonctions régaliennes étatiques, dont la souveraineté financière constitue un fondement, est toujours d'actualité. Cette situation s'observe peut-être encore plus particulièrement depuis la crise de la dette de 2010 pour les pays ibériques. À cet égard, le Tribunal constitutionnel portugais (ci-après le Tribunal) a dû s'adapter aux exigences données par la *Troïka* (Banque Centrale Européenne, Commission Européenne et Fonds Monétaire

¹ Doctorant contractuel chargé de mission d'enseignement. UMR 7318 Droits International Comparé Européen - CNRS - Aix-Marseille Université – Université de Pau et des Pays de l'Adour - Université de Toulon. Institut Louis Favoreu – Groupe d'études et de recherches comparées sur la justice constitutionnelle (ILF-GERJC) - Faculté de Droit et de Science Politique d'AMU.

² Discours de Charles Maurice de Talleyrand, in *Vie religieuse et politique de Talleyrand-Périgord : prince de Bénévent, depuis sa naissance jusqu'à sa mort*, par Louis Bastide. Paris, 1838.

International) pour éviter la faillite économique du Portugal en réagissant immédiatement par le développement d'une « *jurisprudence de crise*³ ». Dans cette perspective, le Tribunal a eu l'occasion de statuer sur des dispositions législatives, drastiques pour les comptes publics de l'État, qui favorisaient, notamment, une réduction des salaires et des pensions de retraite ou encore une hausse des impositions pour les revenus les plus élevés. Par un habile équilibre entre le respect de sa norme constitutionnelle, des principes généraux du droit et des droits européens et de l'Union, en particulier, le *Traité sur l'Union européenne* (ci-après TUE) et le *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance* (ci-après TSCG), le Tribunal du *Palácio Ratton* a parfois fait prévaloir les droits sociaux garantis par la Constitution du 25 avril 1976 sur des lois de finances répondant pourtant aux exigences du *Pacte fiscal* par Bruxelles⁴. Aussi, et ce qui est remarquable, plus encore que la volonté du Tribunal de faire primer, sans équivoque, la Constitution sur des normes conventionnelles intégrées dans son ordre, – notons, sans révision constitutionnelle, ni contrôle préventif de sa part –, c'est un dialogue qui s'est engagé sur la question avec une tierce entité européenne relevant d'un ordre juridique à part : la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH). Suite aux prises de position parfois téméraires et militantes du juge constitutionnel portugais en matière financière, la juridiction strasbourgeoise, par une décision de 2013, n'a pas déclaré comme contraire au droit de propriété conventionnellement garanti, les dispositions législatives portugaises (et par ricochet la décision du Tribunal déclarant conforme à la Constitution lesdites dispositions), eu égard aux obligations de l'État envers les institutions européennes et des efforts fournis le concernant⁵. Malgré cette inclinaison portugaise quant à sa souveraineté économique interne pour réduire sa dette, les exigences données par la Commission européenne et le Conseil des Ministres, desquelles découle une obligation de résultat, n'ont pas été réalisées à terme du délai donné. Cet échec a contraint Bruxelles en mai 2016, à sanctionner le Portugal pour ne pas avoir respecté sa promesse d'atteindre un déficit public de 3 % et une dette publique inférieure à 60 %.

Ce dialogue tripartite témoigne de l'intérêt de la « *conversation constitutionnelle*⁶ » qui s'est instaurée entre les trois ordres juridiques, toujours l'un au détriment de l'autre que ce soit pour des questions de primauté et d'interprétation de la norme ou de protection des droits fondamentaux. La place de la souveraineté, le « *pouvoir de commander et de contraindre sans être commandé ni contraint*⁷ » est déterminante puisque cette « *compétence de la compétence* » doit permettre d'affirmer la suprématie de l'État dans un contexte d'intégration européenne. Le Tribunal, s'il s'inscrit parfaitement dans l'ouverture de la Constitution de 1976 aux ordres du Conseil de l'Europe et de l'Union, montrant un militantisme très favorable à la réception extranationale, se retrouve toutefois limité par les exigences de maintien de la souveraineté dans l'ordre interne. Cette analyse est d'autant plus intéressante que le Tribunal ne dispose pas du monopole du contrôle de constitutionnalité des actes normatifs, partagé avec les juridictions ordinaires dans le cadre du modèle mixte de constitutionnalité portugais lorsqu'elles exercent un contrôle successif concret⁸. Et *a contrario*, le juge ordinaire, juge traditionnel de la conventionnalité, ne dispose pas

³ GERRA MARTINS (Ana Maria), « La jurisprudence constitutionnelle portugaise sur la crise de la dette publique, vue de l'intérieur », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1746, 2016

⁴ V. par ex., AcTC n° 187/2013 du 5 avril 2013 ; AcTC n° 572/14 du 30 juillet 2013. Toute la jurisprudence du Tribunal est accessible sur son site Internet : www.tribunalconstitucional.pt

⁵ CEDH, *Da Conceição Mateus v. Portugal* et *Santos and Januario v. Portugal*, 8 octobre 2013, Req. n° 62235/12 et n°57725/12. En particulier, la loi de finance pour 2012 a réduit les salaires des travailleurs portugais. Les requérants ont saisi la CEDH pour violation de leur droit de propriété. Tout en reconnaissant la possibilité de violation de l'article 1^{er} du premier protocole, pour la Cour, le pourvoi est déclaré irrecevable car manifestement infondé. Ce faisant, le juge de Strasbourg reconnaît que les coupures du Portugal aux retraites du secteur public suite à la crise financière ne sont pas disproportionnées puisque cette ingérence dans le droit de propriété était justifiée pour des raisons légitimes d'intérêt public, compte tenu de la situation de crise exceptionnelle. Pour approf. : PEDRO MACHETE (Pedro), VIOLANTE (Teresa), « Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus », *Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal*, 2013, Roma.

⁶ MIRANDA (Jorge), MEDEIROS (Rui), *Constituição portuguesa anotada*, Tomo I, 2a Edição ; Coimbra Editora, 2010, p. 176.

⁷ BODIN (Jean), *Les Six livres de la Républiques*, Paris, 1576

⁸ Titre V, CRP ; V. égal. : CAVALANTE LOBATO (Anderson), *Le système mixte de contrôle de constitutionnalité. Le cas du Brésil et du Portugal*, Thèse dactylographiée Université Toulouse I, 1994 ; MEININGER (Marie-Christine), « Le Tribunal constitutionnel du portugais », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°29 (Dossier : Portugal), Octobre 2010 ; MOREIRA (Vital), « Le Tribunal constitutionnel

non plus de cette seule compétence. Une porte a été laissée ouverte à l'office du Tribunal par le biais de la *Loi organique sur l'organisation, le fonctionnement et la procédure du Tribunal constitutionnel* (ci-après LoTC), au risque de créer une dissension entre la primauté de la Constitution, le droit conventionnel et l'ordre interne. La méthode utilisée par le juge portugais, initialement prévue par l'article 63 de la Constitution de la République portugaise du 21 août 1911 est une innovation pour les pays de droit romain⁹ et permet une omniscience totale et absolue de la protection normative et des droits fondamentaux au risque de déplacer la Constitution dans la hiérarchie des normes. Ce rôle du juge constitutionnel portugais permet de suppléer les carences du juge ordinaire lorsque celui-ci effectue son contrôle. Cette nécessité de permettre une « *garantie juridictionnelle de la Constitution* »¹⁰ à double niveau s'explique assurément par la prévention de toutes dérives autoritaires telle que l'a connu le Portugal entre 1933 et 1974 sous la dictature salazariste. Cette protection de la norme fondamentale et de la souveraineté qu'elle transfigure ne peut être mieux assurée que par ces deux autorités, le juge ordinaire et le Tribunal, « *organes de souveraineté* »¹¹. Garantissant la souveraineté et le principe de constitutionnalité, leurs décisions ne peuvent pas desservir l'intérêt national puisqu'elles ont la mission de le protéger contre les intérêts extérieurs. À cet égard, si ces organes juridictionnels semblent agir contre la souveraineté lorsqu'ils statuent favorablement à la réception des ordres du Conseil de l'Europe et de l'Union, cela ne peut être que bénéfique pour la Nation et la Constitution¹². La conséquence n'est pas nulle car leurs légitimités pour défendre la souveraineté nationale et la Constitution s'en retrouvent renforcées, et il est devenu difficile de nier le rôle prépondérant du Tribunal pour garantir l'État de droit¹³. Mais le rapport entre les ordres et notamment du Portugal avec ces deux « *Europe(s)* » revisite également la notion classique de constitutionnalisme afin de s'inscrire dans un mouvement de « *transconstitutionnalisme* »¹⁴, entre le droit constitutionnel, le droit de l'Union et le droit du Conseil de l'Europe. Dans le cadre de cette étude, la méthodologie se portera sur les ordres juridiques du Conseil de l'Europe et de l'Union. Bien que clairement distincts, ceux-ci se retrouvent indifféremment liés, dans la volonté portugaise d'adhésion tant à l'Europe économique qu'à l'Europe des libertés.

Face à ceci, il est impératif pour l'État portugais de replacer le curseur de la souveraineté dans ce nouveau schéma constitutionnel. Dans quelle mesure le Tribunal peut-il alors continuer de garantir le respect de la souveraineté dans des relations externes, même consenties, toujours plus contraignantes ? Comment le Tribunal constitutionnel portugais arrive-t-il à être à la fois un promoteur assuré de la construction européenne et garant de la Constitution ?

Au-delà de ces premiers éclairages sur l'office du juge constitutionnel, cette ouverture du droit interne aux ordres du Conseil de l'Europe et de l'Union est vectrice d'exemplarité, et d'autant plus avec pratique de la « *Clause Europe* » (*artigo europa*, *Clausula europea*) (§ I). Le Tribunal, bien que régulateur de l'intégration européenne, maîtrise et donne un *tempo* mesuré à cette ouverture afin de conserver la souveraineté, l'indépendance de la Nation et l'identité constitutionnelle de l'État portugais, soit ne prenant pas clairement position sur certaines questions, se donnant alors une marge de manœuvre, soit en déclinant sa compétence pour reconnaître la valeur autonome des normes conventionnelles et ainsi faire prévaloir la Constitution (§ II).

portugais : le « *contrôle concret* », dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *Cabier du conseil constitutionnel*, n° 10 (Dossier : Portugal), mai 2001. Les Cahiers du Conseil constitutionnel sont disponibles sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

⁹ FROMONT (Michel), *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, p. 24 (citant DE ALMEIDA MARQUES GUEDES (Armando Manuel), in BON (Pierre) et alii., *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica Paris, 1989, p. 11)

¹⁰ KELSEN (Hans), « *La justice constitutionnelle* », *RDP*, 1928, p. 250-252

¹¹ Article 110 alinéa 1 et article 202, CRP.

¹² MENDES-CONSTANTE (Jorge), Les principes constitutionnels et l'organisation juridictionnelle – l'exemple du Portugal, *Cabier du Conseil constitutionnel*, n° 14, (Dossier : La justice dans la Constitution), mai 2003.

¹³ MIRANDA (Jorge), « *O Tribunal constitucional português* », in *Hommage à Louis Favoreu, le Renouveau du droit constitutionnel*, 2007, pp. 311-334, spéc. pp. 321-322.

¹⁴ FERNANDES DE MACEDO (Tahiana), « *Transconstitucionalismo na União europeia: avanço ou retrocesso ?* », *Searajuridica*, V. 2, n.2, juil-déc 2009, pp. 72-83

§ 1 : Le militantisme constitutionnel en faveur d'une ouverture aux ordres du Conseil de l'Europe de l'Union européenne

Le constituant portugais, à la mort d'António DE OLIVEIRA SALAZAR, de la chute de l'*Estado novo*, suivi la proclamation de la République, a véritablement souhaité inscrire la Constitution de 1976 et son ordre interne dans un mouvement général d'ouverture donnant les moyens aux organes internes de participer à ce processus malgré les imprécisions normatives (A). Ce n'est toutefois qu'avec les révisions constitutionnelles ultérieures et la communautarisation de l'ordre interne, que l'État portugais a pu pleinement être considéré comme un exemple parmi ces pairs européens dans la réception du droit de l'Union (B).

A- Le choix de l'ouverture à l'épreuve de l'autonomie souveraine dans la Constitution de 1976

L'ouverture aux ordres du Conseil de l'Europe et de l'Union marque une rupture avec l'histoire constitutionnelle de l'État portugais¹⁵. Ce soutien engagé à la cause européenne est visible au détour de deux particulières dispositions de la Constitution de 1976, - les articles 7 et 8 -, militant à la participation active du Portugal dans ses relations extérieures et à la réception des droits européens. Ceci tranche nettement avec la Constitution salazariste du 19 mars 1933 dans laquelle il n'y avait pas de disposition précise à cette intégration. Au demeurant, dans l'actuelle Constitution, de très nombreuses dispositions s'inscrivent dans ce mouvement. Plus d'une quarantaine¹⁶ de renvois est en lien plus ou moins proche avec les droits international, du Conseil de l'Europe et de l'Union que ce soit en matière de techniques données aux juges (contrôle de constitutionnalité abstrait et concret, et de conventionnalité des actes normatifs), les pouvoirs de l'exécutif et du législatif (signature et ratification des accords et traités), mais aussi la relation entre droits international, du Conseil de l'Europe et de l'Union avec le droit interne. Cet effort de constitutionnalisation peut s'expliquer, entre autres, par les raisons et les fondements de la Constitution de 1976, à savoir les guerres de décolonisation (Angola, Mozambique, Timor-Leste, Cap Vert) et les politiques étrangères de la dictature des années 1970-1975.

Après l'« *internationalisation* »¹⁷ résolue de la Constitution, un deuxième mouvement d'eupéanisation, puis un troisième de communautarisation a eu lieu avec les révisions constitutionnelles de 1982, 1989 et 1992¹⁸. Ces évolutions de la norme suprême depuis 1976 témoignent que le Tribunal constitutionnel doit faire face à une Constitution toujours davantage « *en changement* »¹⁹. À ces trois révisions substantielles, d'autres (les révisions de 1997, 2001, 2004 et 2005) viennent préciser la Constitution dans ce conflit entre la promotion régionale et le respect de la souveraineté nationale²⁰. La mise à néant du modèle social-révolutionnaire instauré par le régime militaire en transition, le remplacement de la Commission constitutionnelle par une véritable juridiction et l'ouverture des débats sur l'Europe dès 1977 par le *Partido Socialista* sont autant de facteurs de l'accélération de la Constitution pour la conquête européenne.

La promotion de cette ouverture reste ponctuée de points obscurs qui ont nécessité des clarifications sur les ordres européens et de l'Union, la hiérarchie des normes, mais aussi sur les types de contrôle opérés par le Tribunal.

¹⁵ Pour des études complètes en langue française du droit constitutionnel portugais : GARNIER (Roxane), *Un modèle européen de démocratie : le cas portugais*, LGDJ, 2005, 582 p. ; CRUZ (Florence), *L'acte législatif en droit comparé franco-portugais*, PUAM, 2004, 746 p.

¹⁶ Par ex. : Articles 4, 7, 8, 9, 16, 29, 33, 55, 70, 81, 100, 102, 116, 119, 134, 161, 197, 200, 227, 273, 275, 277, 278, 279, 280.

¹⁷ Selon Hélène TOURARD, il s'agit de la soumission au droit international d'un rapport ou d'une situation juridique auparavant régi par le droit interne. TOURARD (Hélène), *L'internationalisation des constitutions nationales*, LDGJ, 2000, p. 1

¹⁸ Respectivement, *Lei Constitucional n.º 1/82 de 30 de Setembro*, *Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho* et *Lei Constitucional n.º 1/92, de 25 de Novembro*

¹⁹ CARDOSO DA COSTA (José Manuel), « La cour constitutionnelle portugaise face à une constitution en changement ». In *Hommage à Louis Favoreu, le Renouveau du droit constitutionnel*. 2007, pp. 71-81

²⁰ Pour une synthèse des révisions constitutionnelles portugaises : BON (Pierre), « Les révisions de la Constitution portugaise », *Politeia*, 2007, n°11, pp. 253-260.

Ce n'est qu'avec timidité, dans un premier temps, que la « *clause Europe* » a été instituée dans la Constitution portugaise. La construction européenne a précisé cette ouverture avec le souci de s'accommoder à une intégration avec deux « *Europe(s)* » avec d'une part, le Conseil de l'Europe et, d'autre part, la CEE puis l'Union européenne (ci-après UE). À la lettre de la Constitution, les articles 7 et 8 nous apprennent toutefois peu sur cet état. Ce n'est qu'au détour du § 6 de l'article 7 et du § 4 de l'article 8 que l'UE est expressément citée, et ce, depuis la révision constitutionnelle de 2004²¹. Au-delà de cette volonté intégratrice, cette ouverture expose un risque : celui de remettre en cause l'identité constitutionnelle de l'État. Si ce dernier affirme au sein de son article 3 son attachement à la souveraineté, l'adhésion du Portugal à la CEE en 1986, peut sembler avoir pour mauvais dessein de remettre de façon permanente l'intangibilité des souverainetés étatiques. Avec la communautarisation de la Constitution, l'aménagement des pouvoirs politiques internes, mais également la réorganisation des droits et des libertés fondamentaux ont dû être revus scrupuleusement par le juge constitutionnel²².

Pour ce faire et suivant un schéma classique à l'instar de ces homologues, le Tribunal doit opérer un contrôle préalable abstrait de constitutionnalité des conventions vérifiant que les autorités politiques ne contreviennent pas à l'ordre constitutionnel par le biais d'engagements internationaux. Il revient alors à la juridiction constitutionnelle de trouver le juste équilibre dans sa mission qui n'est autre que celle de gardien de la Constitution, se confrontant à l'expression d'une volonté politique par les pouvoirs publics favorables à l'intégration européenne. Envisager des contrôles de constitutionnalité des traités et de conventionnalité des lois sont des moyens efficaces de vérifier la validité des normes, pour harmoniser les ordres juridiques respectifs et permettre leur interpénétration²³. Si le contrôle de constitutionnalité des traités ne va pas de soi pour tous les États, le Portugal s'accommode d'un contrôle préventif pour éviter toutes incompatibilités²⁴. Lorsqu'une Cour constitutionnelle contrôle préventivement un traité, celle-ci dispose de plusieurs options. Si la convention est conforme à la Constitution alors l'État peut intégrer la convention dans l'ordre juridique interne. Si au contraire, la convention est contraire à la Constitution ou bien l'État décide de ne pas ratifier la convention, ou bien ce dernier peut décider de réviser sa Constitution, qui demeure un droit pour le constituant d'intervenir grâce à une réserve de constitutionnalité²⁵. Une tierce alternative n'est pas à exclure, celle d'envisager une abrogation automatique des stipulations contraires à la Constitution²⁶, mais cette hypothèse se confronte à un mécanisme institutionnel atypique au Portugal. Lorsque le Tribunal déclare une convention inconstitutionnelle, la ratification demeure pleinement possible si l'Assemblée de la République approuve la norme conventionnelle à la majorité qualifiée des deux tiers²⁷. Cette optique militante et très favorable à la réception des ordres juridiques externes n'est pas sans poser des problèmes de cohérence puisque des stipulations survivent dans l'ordre constitutionnel heurtant des dispositions internes hiérarchiquement supérieures, par voie de conséquence, qui leur sont contraires²⁸. En outrepassant le veto d'inconstitutionnalité posé par le président de la République constatant l'inconstitutionnalité du traité, la suprématie de la Constitution ne devient qu'un tigre de papier, faisant primer le traité sur la norme suprême²⁹. La conséquence de cette

²¹ *Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de Julho, Publicada no Diário da República, I Série n.º 173, de 24 de Julho de 2004* ; V. sur la révision de 2004 : DE QUADROS (Fausto), « La primauté du droit de l'Union européenne sur le droit portugais : un cas particulier », in BERROD (Frédérique) et alii. (dir.), *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire : libertamitorium en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, 2015, pp. 681-693 ; DE QUADROS (Fausto), *Droit de l'Union européenne : droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, pp. 371-382. ; Quant à cette révision, l'auteur, favorable à une supraconstitutionnalité du droit de l'Union, regrette que l'ouverture ne soit pas allée assez loin dans la réception du droit européen avec la révision de l'article 8 § 4, essentiellement.

²² TOURARD (Hélène), *L'internationalisation des constitutions nationales*, op. cit., p. 14.

²³ CARDOSO DA COSTA (José Manuel), « O tribunal constitucional português e o tribunal de justiça das comunidades europeias », in *Ab uno ad omnes, 75 anos da Coimbra editora (1920-1995)*, Coimbra Editora, 1998, pp. 1363-1380.

²⁴ Article 278 § 1, CRP

²⁵ GREWE (Constance) et RUIZ FABRI (Hélène), *Droits constitutionnels européens*, Puf, 1995, p. 126

²⁶ TOURARD (Hélène), *L'internationalisation des constitutions nationales*, op. cit., p. 268

²⁷ Article 279 § 4, CRP

²⁸ MOURA RAMOS (Rui Manuel), « L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national », in EISEMANN (Pierre-Michel)(dir.), *Étude de la Pratique en Europe*. The Hague : Kluwer Law International, 1996, pp. 461-494, spéc., p. 465.

²⁹ MIRANDA (Jorge), « La Constitution portugaise et le Traité de Maastricht », *RFDC*, 1992, p. 679-688, spéc. p. 686.

volonté d'ouverture n'est autre que celle de dénaturer la valeur de l'ordre constitutionnel, à son détriment. Mais les craintes ne sont ni certifiées ni approuvées puisque, semble-t-il, jusqu'alors, les parlementaires n'ont jamais utilisé cette technique voulant faire conserver à la Constitution ces lettres de noblesse. Et si tel était le cas, le principe plus général de hiérarchie des normes conditionnerait le juge à ne pas appliquer une norme incompatible avec celle qui lui est hiérarchiquement supérieure³⁰.

Ces interrogations posées à l'encontre de la Constitution portugaise et du droit conventionnel, mais également sur l'étendue et la nature des contrôles opérés par le Tribunal tiennent du fait que la norme suprême est paradoxalement peu bavarde sur la hiérarchie des normes, eu égard à l'article 8 de la Constitution. Ces lacunes interrogent sur l'articulation entre le droit conventionnel et le droit interne. Dans une hypothèse d'imprécision, il est difficile de déterminer quelle norme doit primer. Ni l'article 8 § 2, ni l'article 8 § 3 de la Constitution n'explicitent la volonté du constituant sur ce point. Ce silence gardé dérange dans la mesure où il implique deux conceptions de la norme. Il est tout aussi bien possible de concevoir que ce mutisme traduit une ouverture sans limite de l'ordre constitutionnel au droit conventionnel primaire et dérivé, que celui de considérer qu'il prohibe une pénétration d'une quelconque norme dans le droit interne et dans ce cas, la Constitution parvient à garder sa primauté. Le manque de précision ne joue, hélas, pas favorablement pour le droit interne. Au contraire, la Constitution est plutôt très intégratrice des normes conventionnelles. En ce sens, l'article 8 § 1 traite du droit international général, comprenant la coutume, les principes généraux du droit international et le *jus cogens* au sens de l'article 38 de la Cour Internationale de Justice, parfaitement intégré dans le droit interne. L'article 8 § 2 concerne le droit conventionnel primaire et l'article 8 § 3, le droit dérivé. Ces dispositions ne prévoient toutefois pas explicitement la primauté du droit communautaire. De tradition moniste, le Portugal pose sur le même plan et confère le même statut aux normes conventionnelles primaires et dérivées³¹, les unes et les autres rentrant dans l'ordre interne et remplaçant les normes déjà existantes³². Ceci n'est que la conséquence de principe selon lequel s'il y a violation du droit dérivé, alors il y a atteinte au droit primaire³³.

Au-delà de l'article 8, les questionnements sur le manque de précision dans la hiérarchie des normes, et la réelle existence d'un « bloc de conventionnalité » sont présents au point d'avoir provoqué un débat au sein des chambres du Tribunal sur le fait de savoir si une convention était au rang constitutionnel ou législatif³⁴. Les effets d'une telle classification seraient de constitutionnaliser des normes conventionnelles, et de s'en servir comme norme de référence ou d'admettre un contrôle intégral de conventionnalité des lois, alors que le Tribunal n'est normalement compétent que pour le contrôle de constitutionnalité. Le risque n'est pas anodin pour la souveraineté de l'État puisqu'il aboutirait à favoriser l'emploi des conventions à la Constitution elle-même, expression de la souveraineté. Cette interrogation portée devant le Tribunal mène aussi à se questionner sur les méthodes employées par le juge. Cette dichotomie n'est ni évidente ni flagrante, car comme le souligne José Manuel CARDOSO DA COSTA³⁵, si le Tribunal devait être chargé de faire un seul contrôle des normes à la Constitution, la pratique diffère de la théorie et un contrôle de conventionnalité des lois reste envisageable. Par une analyse

³⁰ Une particularité subsiste dans le cadre du contrôle par voie d'action. L'article 277 § 2 dispose que « L'inconstitutionnalité organique ou formelle des traités internationaux régulièrement ratifiés n'empêche pas l'application de leurs normes dans l'ordre juridique portugais, pourvu que ces normes soient appliquées dans l'ordre juridique de l'autre partie, sauf dans les cas où cette inconstitutionnalité résulte de la violation d'une disposition fondamentale ».

³¹ MODERNE (Franck), « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal, Présentation de la question au Portugal », *RFD*, 2005, pp. 51 et ss.

³² GOMES CANOTILHO (José Joaquim), MOREIRA (Vital), *Constituição da república portuguesa anotada*, 4^a Ed, Vol I, Coimbra, 2006, pp. 236-275.

³³ MACHADO DE BRITO (Hugo), « Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional desenvolvimentos em direito português », in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel CARDOSO DA COSTA*, Coimbra Ed., 2003, pp. 301 et ss., spéc. p. 316, cité, par MODERNE (Franck), « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal, Présentation de la question au Portugal », *op. cit.*, spéc. note 19

³⁴ GARNIER (Roxane), *Un modèle européen de démocratie : le cas portugais*, *op. cit.*, p. 436

³⁵ CARDOSO DA COSTA (José Manuel), ROUSSEAU (Dominique), « Entretien avec José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°10 (Dossier : Portugal), mai 2001

prétorienne, une première section du Tribunal, plutôt favorable à l'élargissement de ses compétences et l'ouverture de la Constitution à l'Europe, a jugé qu'en cas de contrariété entre une norme conventionnelle et une norme législative, il s'agissait d'un conflit d'inconstitutionnalité puisqu'il concernait un contentieux prévu par l'article 8 de la Constitution³⁶. Cette position n'est pas inappropriée si l'on considère, tout comme la doctrine majoritaire, que les traités sont supérieurs aux lois³⁷. Par voie de conséquence, si une loi ne respecte pas un traité, il s'agit d'une violation du principe constitutionnel de primauté des traités. Dans cette hypothèse, le Tribunal serait compétent pour contrôler la conformité d'un traité à une loi. Une seconde section (quant à elle favorable à l'exclusion d'un contrôle de conventionnalité des lois par le Tribunal, sauvegardant alors la primauté constitutionnelle), *a contrario* a considéré qu'il s'agissait d'un conflit d'inconstitutionnalité indirecte, dès lors qu'il s'agit d'un contrôle de deux normes non constitutionnelles³⁸. La position retenue a finalement été celle donnée au contrôle d'inconstitutionnalité indirecte. Dans ce cas, le juge compétent n'est alors plus le Tribunal, mais le juge ordinaire. Ainsi, la section du Tribunal défavorable à un élargissement des compétences du Tribunal pour effectuer un contrôle de conventionnalité intégrale a primé et la suprématie de la Constitution est sauvegardée. Ce frein à l'insertion des ordres du Conseil de l'Europe et de l'Union semble donc faire prévaloir la Constitution aux conventions. Nonobstant cette position, le législateur organique est intervenu par la révision de sa LoCT en 1989, au travers de ses articles 70 § 1 et 71 § 2. Une alternative timide a été initiée en ouvrant le prétoire du Tribunal pour permettre un simulacre de contrôle de conventionnalité des normes *via* un recours à l'encontre des décisions des tribunaux ordinaires, lorsque ceux-ci ont décidé de ne pas écarter une loi pourtant contraire à une convention. Dans ce prolongement, le Tribunal se permet de confirmer l'ouverture de la Constitution en permettant éventuellement de faire prévaloir une convention sur le droit interne, dévalorisant dès lors la primauté de la norme fondamentale. Il ne faut pas pour autant y voir « *un malaise dans la Constitution* »³⁹ puisque cette ouverture peut être relativisée par un double positionnement. Tout d'abord, lorsque le Tribunal exerce ce contrôle de conventionnalité, il se prononce davantage sur la décision de justice que sur le conflit de norme. Dès lors que la Constitution établit la primauté du traité sur la loi, la vérification porte sur le fait de savoir si le traité est en vigueur et s'il contraint l'État portugais. Il s'agit uniquement de contrôler la régularité formelle de la norme et non pas d'examiner la question de sa contrariété⁴⁰. Ensuite, le Tribunal reste en premier lieu le juge de la constitutionnalité des actes normatifs⁴¹. Le Tribunal opère donc résolument un contrôle de constitutionnalité des lois et des traités, plaçant la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes conciliant et réconciliant la sauvegarde de l'intérêt national et l'intégration européenne. Aujourd'hui, les débats n'ont plus lieu d'être, la doctrine avec comme figure de proue, les professeurs Jorge MIRANDA et José Joaquim GOMES CANOTILHO, considérant que le droit international est infraconstitutionnel⁴². Ce schéma est par ailleurs la position suivie par les juges ordinaires puisqu'il considère les traités

³⁶ AcTC n° 27/84 du 21 mars 1984 et AcTC n° 409/87 du 21 octobre 1987 sont en faveur de l'inconstitutionnalité.

³⁷ PEREIRA (Goncalves), « O direito internacional na constitucao de 1976 », in *Estudos sobre a Constituicao*, Lisbonne, Petrony, vol I. 1977, p. 41.

³⁸ AcTC n° 107/84 du 14 novembre 1984 plaide en faveur de l'illégalité

³⁹ DE BECHILLON (Denys), « De quelques incidences du contrôle de conventionnalité international des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », *RFD-A*, 1998, p. 225

⁴⁰ CARDOSO DA COSTA (José Manuel), ROUSSEAU (Dominique), « Entretien avec José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », *op. cit.*

⁴¹ Articles 221 à 224 et 277 à 283, CRP. Pour approf. les compétences du Tribunal, BON (Pierre), *La justice constitutionnelle au Portugal*, *op. cit.*, spéc. pp. 324-326. V. égal. MIRANDA (Jorge), *Curso de direito constitucional*, Vol. 2, Universidade católica editota, 2016, pp. 231-296 ; CANOTILHO GOMES (José Joaquim), *Direito constitucional e teoria da constituicao*, Coimbra, Almedina, 7.a Edição, 2003, pp. 981-1058.

⁴² MOURA RAMOS (Rui Manuel), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, *op. cit.*, pp. 486 et ss. ; MODERNE (Franck), « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal, Présentation de la question au Portugal », *op. cit.*, spéc. note 20.

comme supra législatif et infraconstitutionnel⁴³, réglant le conflit de hiérarchie des normes et participant activement à leur manière à la réception européenne.

Ainsi, sous le contrôle juridictionnel du Tribunal, de très nombreuses normes conventionnelles peuvent pénétrer dans l'ordre interne, mais le droit de l'Union bénéficie d'un privilège d'intégration. Cette conception de l'interpénétration traduit que « *la volonté d'adhérer à l'Union a été plus forte que la volonté de préserver l'intégrité de la Constitution* »⁴⁴. En effectuant des transferts de compétences, la *Loi constitutionnelle n° 1/92 du 25 novembre 1992* illustre la communautarisation de la Constitution en dessinant concrètement une clause d'ouverture, (B).

B- La confiance sans réserve pour une ouverture de l'ordre constitutionnel à l'ordre communautaire

L'euphémisation de la Constitution n'étant pas acquise en 1976, il a fallu attendre les révisions constitutionnelles de 1982 pour permettre l'entrée du Portugal dans la CEE en 1986 par une révision de l'article 8 de la Constitution. La révision constitutionnelle de 1989 parachève ce mouvement en précisant les dispositions concernant le Parlement européen, renforçant l'identité européenne de la Constitution et prévoyant un droit de vote et d'éligibilité pour les citoyens européens. Enfin, ce processus a été finalisé avec le Traité de Maastricht de 1992, point d'orgue de la communautarisation, revoyant le rôle de la Banque portugaise⁴⁵ et les prérogatives du Parlement en matière de politiques européennes⁴⁶. Similairement aux autres États, l'adhésion du Portugal à la CEE a souffert des mêmes critiques que pour ses voisins européens qui consistent à entrevoir une limitation de la souveraineté. Or, celles-ci semblent caduques puisque l'idée de démocratie voudrait que toutes limitations interviennent toujours après que l'État l'ait consenti en faisant participer son Parlement. En l'occurrence du Traité de 1992, des stipulations touchaient effectivement le cœur de la souveraineté ce qui a nécessité une révision constitutionnelle. Étant le plus intégrateur, le Traité de Maastricht a vraisemblablement été la norme la plus radicale pour le Portugal et les atteintes présumées à la souveraineté de l'État. Puisque des interrogations relatives aux atteintes indiscutables à la souveraineté ont été soulevées, une procédure extraordinaire de révision de la Constitution pour procéder aux modifications des dispositions incompatibles avec le Traité a été engagée⁴⁷. Si le Traité de Maastricht n'a pas fait l'objet d'un contrôle préventif de constitutionnalité, il en ressort que des contestations se sont fait entendre concernant l'impossibilité de le ratifier en l'état, en tant que la norme suprême ne serait pas révisable, puisque frappée de limites intangibles à la révision de la Constitution⁴⁸. Parmi ces limites prévues par la Constitution figure l'atteinte à l'indépendance, prolongement direct de la souveraineté et de l'État. Or, J. MIRANDA conteste ce rapprochement et assène que cette indépendance n'est en rien similaire à la souveraineté. De la sorte, la révision constitutionnelle est tout à fait tacite. La souveraineté ne figurant pas dans cette liste, il est tout à fait envisageable de réviser la Constitution sans porter atteinte au « *patrimoine culturel et politique de [la] démocratie*⁴⁹ » ou la « *carte d'identité du texte constitutionnel*⁵⁰ ». Dans ce schéma, les débats parlementaires ont été ouverts le 11 juin 1992, la loi constitutionnelle a été approuvée le 17 novembre et le Traité a été ratifié le 10 décembre 1992 pour consacrer une clause d'ouverture européenne au travers de son article 7

⁴³ Ac. du ST du 11 janvier 1977, *Boletim do ministério da justiça* (BMJ), n°263, p. 195 ; Ac STJ du 19 décembre 1991, BMJ, 412(1991), pp. 229 et ss.

⁴⁴ GARNIER (Roxane), *Un modèle européen de démocratie : le cas portugais*, op. cit., p. 477

⁴⁵ Article 102, CRP

⁴⁶ Article 166, CRP

⁴⁷ *Ibid.*, Parmi les atteintes présumées, celles-ci portaient principalement sur la question de la citoyenneté européenne, la capacité électorale ou encore en matière de politique migratoire notamment sur la question des extraditions, des expulsions et du droit d'asile

⁴⁸ Article 288, CRP ; MIRANDA (Jorge), « Le Traité de Maastricht et la constitution portugaise », op. cit., pp. 682 et ss.

⁴⁹ DA COSTA ANDRADE (Manuel), in *Diário da república*, n° 129, p. 5424

⁵⁰ VOTORINO (Antonio), in *Diário da República*, n° 129, p. 5428

§ 6. La Constitution a donc réussi le pari de concilier l'ouverture européenne tout en respectant le principe constitutionnel de souveraineté.

Néanmoins, il n'est pas possible de contourner une interrogation sur l'étendue de la révision. L'ouverture en question avec le Traité de Maastricht n'a-t-elle pas défiguré la Constitution, alors même qu'elle ne porte pas atteinte aux limites matérielles ? Ces suspicions portent notamment sur la substance des compétences qui ont été transférées par délégation aux organes de l'UE au risque de provoquer une limitation trop importante de la souveraineté. Cette crainte peut être justifiée dans la mesure où les traités constitutifs se suivent accentuant toujours plus la participation de l'État dans le processus européen. Néanmoins, toute adhésion à un nouveau traité ne porte toutefois pas nécessairement atteinte à la souveraineté et ne contraint pas à une révision. Mais au contraire, de nombreux traités n'ont pas fait l'objet de révision constitutionnelle comme cela a été le cas le Traité de Lisbonne de 2007 ou la CESDH pour l'ordre du Conseil de l'Europe. Pourtant, l'idée de réviser la Constitution ne devrait pas être laissée pour compte dans les limbes, et devrait même au contraire être un préliminaire privilégié et indispensable d'un traité dans l'ordre interne, car, comme nous l'avons précédemment avancé, la particularité portugaise veut que le veto constitutionnel de l'article 136-3/a) puisse être contourné par un vote de l'Assemblée de la République au risque de créer des dispositions incompatibles dans l'ordre juridique. Ce n'est que dans ces conditions que l'idéal de souveraineté peut-être préservé malgré, bon gré une perte de compétence. Or, cette dite perte de compétence et l'atteinte à la souveraineté ne sont attestées que s'il y a un préjudice porté à la nature et à l'étendue des compétences abandonnées par l'État en contrepartie de cette participation effective à la construction européenne⁵¹. En la matière, le Portugal, par sa clause d'ouverture particulièrement généreuse de l'article 7 § 5 et § 6, a préféré le chemin d'un transfert inconditionné, sans autorisation formelle de ses compétences pour approfondir à son paroxysme, son adhésion à l'Union. En étant volontairement vagues, les dispositions en question autorisent tous les transferts imaginables de l'État auprès de l'UE. Cette lecture constitutionnelle peut même supposer davantage, quitte à lui être défavorable, puisque ce caractère lacunaire permet de croire que le transfert peut encore aller au-delà des termes du TUE et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE). Si le manque de précision sur le transfert peut sembler dangereux pour l'ordre interne, la simple et unique mention de la participation du Portugal à l'UE, sans consigne complémentaire, laisse également une marge de manœuvre extraordinaire pour l'État. Cette imprécision n'est pas sans contrepartie puisque la sortie de l'UE peut s'opérer sans révision constitutionnelle car il n'est indiqué, au terme de l'article 7 § 6 que « [...] le Portugal peut (souligner par nous) *passer des conventions sur l'exercice, en commun, en coopération ou par les institutions de l'Union des pouvoirs nécessaires à la construction et à l'approfondissement de l'Union européenne* ». Le Portugal ne devra alors que suivre les procédures du droit international général auxquelles il est lié par l'article 8 § 1⁵². Ainsi, par un adroit jeu entre l'autonomie constitutionnelle et l'ouverture européenne, le Portugal a trouvé son propre équilibre. Néanmoins, ce prétexte d'imprécision sur les transferts de compétence ne doit pas être une porte ouverte à l'anéantissement constitutionnel de la norme. Les jurisprudences de Cours constitutionnelles étrangères n'ont par ailleurs pas hésité à bien rappeler le rôle donné aux conventions en ce que la constitution nationale doit toujours continuer à être le guide du traité⁵³.

Pour éviter toute perte de souveraineté par un transfert de compétences non définies formellement par la Constitution, la nécessité d'assurer un contrôle de la conformité des traités à la Constitution devient un impératif. Cette technique est un moyen de veiller au bon fonctionnement des deux ordres juridiques en palliant les obstacles éventuels, mais également pour asseoir la participation du Portugal à l'ordre de l'Union. Il reste nécessaire de constater que

⁵¹ GREWE (Constance) et RUIZ FABRI (Hélène), *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 111

⁵² MIRANDA (Jorge), MEDEIROS (Rui), *Constituição portuguesa anotada*, op. cit., p. 157.

⁵³ BVerfGE 37, *Solange-I-Beschluss*, 271 II du 29 mai 1974 ; Corte Costituzionale italiana, *Granital*, arrêt n° 170 du 8 juin 1984

les contrôles préventifs des traités constitutifs ne demeurent pas une pratique courante pour le Tribunal⁵⁴. Ceci mène à croire que la « *clause Europe* » ouverte par les premières révisions a définitivement fait entrer la Constitution dans une ère d'européanisation laissant suggérer qu'effectuer un contrôle préventif des traités constitutifs postérieurs ne serait guère utile. Si le Tribunal utilise très peu le contrôle préventif, le *Traité d'Amsterdam*⁵⁵ en a fait l'objet, tandis que le *Traité de Lisbonne* et le TSCG pourtant déterminant pour l'État portugais sont rentrés dans l'ordre juridique portugais sans contrainte⁵⁶. Pour autant, les traités n'échappent pas totalement à tout contrôle puisqu'il semble être préféré à l'intervention juridictionnelle opérée par le Tribunal, un contrôle politique exercé par la *Commission parlementaire des affaires constitutionnelles, des droits, des libertés et des garanties* qui peut émettre un avis lors de la ratification d'un traité et de sa compatibilité avec l'ordre interne et la nécessité de réviser la Constitution, le cas échéant⁵⁷. Une autre raison plaide à l'explication du rare recours au contrôle préventif : la justice constitutionnelle portugaise est davantage tournée vers les recours successifs qu'ils soient abstraits ou concrets et qui représentent plus de 90 % de son office. Face à ceci, les arguments en faveur et en défaveur du contrôle préventif restent tous deux éloquentes. Les contestations quant à son utilité ne peuvent pas être prises sérieusement sans contester l'ordonnancement juridique puisqu'il permet de ne pas remettre en cause l'engagement international de l'État sur la scène internationale étant donné qu'il n'est pas encore entré en vigueur⁵⁸. Dans ce sens, le contrôle préventif assure un certain respect de l'autorité du droit international. À cet avantage, ce type de contrôle souffre de sévères critiques parmi lesquelles, que celui-ci reste majoritairement abstrait, dénué des situations concrètes, or les traités de l'Union sont édifiants pour leurs conséquences matérielles et leurs impacts sur les 510,2 millions habitants de l'UE⁵⁹. Au surplus, il permet également d'empêcher l'entrée en vigueur de normes présumées inconstitutionnelles en évitant qu'elles ne produisent des effets, et d'écarter les réserves qui auraient été soulevées quant à la constitutionnalité du texte et qui pourraient affaiblir sa légitimité⁶⁰. Aussi, il est tout à fait possible de considérer que le contrôle préventif des traités de l'Union est un obstacle à la « *Clause Europe* » puisqu'il empêcherait la réalisation pleine et entière des objectifs de l'Union. Il est également possible de considérer qu'en exerçant un contrôle de constitutionnalité des conventions, le juge constitutionnel remplit entièrement ces missions de gardien de la Constitution et de la souveraineté nationale en refusant une dévalorisation de la norme fondamentale. Qu'il n'en déplaise au principe de constitutionnalité, les craintes à l'encontre d'un contrôle préventif sont belles et bien présentes. Selon Pedro MAGALHAES COUTINHO et Antonio de ARAÚJO, derrière l'office du juge constitutionnel, - et c'est un argument de l'hostilité du recours au contrôle

⁵⁴ BAPTISTA LOPES (Manuela), *Fiscalização da constitucionalidade e estatuto das jurisdições constitucionais*, Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de língua Portuguesa, Iª Assembleia, Lisboa, 2010, 106 p., V. spéc., p. 87 ; Pour la période 1998-2009, seuls 43 contrôles préventifs ont été opérés, toutes normes confondues. L'année 2016 n'a connu aucun contrôle préventif. De même pour l'instant, à la date de juin 2017, pour l'année concernée. Pour un exemple des rares traités contrôlés préventivement, hors construction européenne, v. AcTC n° 494/99 du 5 août 1999 relative à une convention de sécurité sociale avec le Chili ; LE BOT (Olivier), « Contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en Europe », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/3 (N° 40), pp. 117-135 ;

⁵⁵ MIRANDA (Jorge), *Direito constitucional III : Integração Europeia, Direito Eleitoral, Direito Parlamentar*, pp. 29-33. Sur le contrôle préventif du Traité d'Amsterdam (*Tratado de Amesterdão*) : AcTC n° 541/98 du 29 juillet 1998, *Diário da república*, 1^{re} série-A, n° 174, de 30 de julho de 1998. MODERNE (Franck), « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal, Présentation de la question au Portugal », *op. cit.* . Dans ce particulier du *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, le Tribunal ne jette qu'un bref regard sur le TECE en examinant prioritairement le référendum qui soumet le Traité aux Portugais. Saisi le 25 novembre 2004, le juge constitutionnel ne soulevait pas d'objection majeure et ne violait pas les limites matérielles d'ordre constitutionnel. Le juge en a toutefois conclu que la question posée par référendum pour adopter le TECE n'était pas claire. AcTC n° 704/2004 du 17 décembre 2004, *Diário da República*, 30 déc. 2004, I, Série A, p. 7390.

⁵⁶ RIBEIRO MENDES (Armando), « Tribunal constitucional entre o direito e a política—a fiscalização preventiva da constitucionalidade », *JULGAR* - N.º 3-20077, pp. 97-118

⁵⁷ Art. 3.1. a, b, et g, du règlement de la Commission des affaires constitutionnelles, des droits, des libertés et des garanties. V. par ex. pour le *Traité de Maastricht* : *Resolução n° 11/VI (aprova, para ratificação, o Tratado da União Europeia assinado em Maastricht, em 7 de Fevereiro de 1992)*, DAR II, série A, N.º 42/VI/1, 1992.06.05, p. 807-807, 1^{er} relatório ; Pour le *Traité de Lisbonne* : *Projecto de resolução n.º 250/x (3.ª)* [realização de referendo sobre o tratado de lisboa], DAR II, série A, N.º 52/X/3, 2008.02.07, p. 56-61

⁵⁸ TOURARD Hélène, *L'internationalisation des constitutions nationales*, *op. cit.*, p. 265

⁵⁹ Données au 1^{er} janvier 2016, selon Eurostat.

⁶⁰ MOREIRA (Vital), « Le Tribunal constitutionnel portugais : le « contrôle concret », dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *op. cit.*,

préventif -, se cachent toujours des suspicions partisans de la part du Tribunal, davantage politiques que juridiques. Aussi, ces suspicions sont très fortes en matière de contrôle préventif puisque ce sont des autorités publiques qui sont à l'origine de la saisine. Il convient alors pour lui de trouver un juste milieu au travers de ces décisions entre le respect des obligations de l'UE et la Constitution portugaise. En ne procédant pas à un contrôle juridictionnel systématique de constitutionnalité des traités constitutifs, le choix porté a été celui de l'ouverture, en toute confiance, de l'ordre constitutionnel au droit de l'UE.

La réception du droit de l'Union dans l'ordre interne a provoqué des bouleversements constitutionnels. Au premier chef d'entre eux, la révision de 1992 a donné une assise confortable au droit de l'UE en permettant l'ouverture avec les articles 7 § 6 et 8 § 3⁶¹. C'est dans cette optique que le Tribunal montre qu'il est à la fois un promoteur de l'intégration européenne et le régulateur de la réception de ces ordres juridiques. S'il ne méconnaît pas les instruments européens que ces ordres juridiques mettent à sa disposition, il a su toutefois démontrer une résistance certaine à leur égard pour ne pas dévaloriser la Constitution (§ 2).

§2 : Les retenues du Tribunal constitutionnel à l'interpénétration des ordres du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne

L'euphémisation de la Constitution et la clause d'ouverture permettent une intégration plus aisée des ordres du Conseil de l'Europe et de l'Union. Toujours est-il, le Tribunal demeure le gardien de la Constitution et de la souveraineté, et reste vigilant quant à une réception trop rapide et mal fondée. Le Tribunal a déjà témoigné des hésitations d'ordre interne qu'il pouvait porter à l'encontre des instruments du droit communautaire pour assurer la primauté des intérêts nationaux (A) mais également en refusant de donner une valeur normative aux textes internationaux, égale à la Constitution pour fonder ces décisions (B).

A- Les réticences à l'application effective du droit de l'Union par le Tribunal constitutionnel

La Constitution portugaise s'inscrit dans le mouvement de prise en compte toujours plus pressant, voire oppressant, des ordres du Conseil de l'Europe et de l'Union. La participation du Tribunal, son militantisme promoteur de l'intégration européenne, se retrouve limité, soulignant un souhait renforcé de la part de la juridiction constitutionnelle de marquer un coup de frein à une intégration trop intense, tandis que les standards de la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) imposent une réception pleine et entière des normes communautaires. Pour autant, le Tribunal n'est pas toujours dans le strict respect de la ligne voulue par Luxembourg et Strasbourg. C'est ici que le juge constitutionnel s'érige comme gardien des intérêts nationaux. Parmi les freins attestant que le juge du *Palácio Ratton* reste le « *chef d'orchestre* » de cette intégration, le fait que la juridiction se soit mise en retrait face à une situation dans laquelle il aurait pu être amené à contrôler des actes communautaires dérivés (1) ou effectuer un renvoi préjudiciel à la CJUE (2) en est de parfaites illustrations, laissant au juge ordinaire une singulière marge de manœuvre (3).

1- Le retrait en matière de contrôle de constitutionnalité des actes dérivés

Ce retrait du Tribunal sur le contrôle des actes communautaires dérivés est malaisé puisqu'il permet de faire vivre un acte dérivé inconstitutionnel dans l'ordre interne, mettant le justiciable dans une situation d'insécurité juridique. Cette absence de prise de position claire ne

⁶¹ CANOTILHO GOMES (José Joaquim), *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., pp. 819-833.

facilite pas l'appréhension du droit de l'UE qu'il entend suivre. Pourtant, selon l'ancien juge du Tribunal J. M. CARDOSO DA COSTA, à la lettre des articles 277 et 278 de la Constitution, rien n'empêche un contrôle de constitutionnalité des sources de l'UE puisque la Constitution ne l'interdit pas expressément et que la compétence du Tribunal est dite « *universelle* », c'est-à-dire, que tout acte prévu dans l'ordre juridique peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité⁶². L'idée n'est pas sans rappeler la conception du droit dont témoignait le Doyen VEDEL selon laquelle à partir « *du moment que rien n'est permis, mais que rien n'est défendu, tout est permis* »⁶³. La doctrine portugaise semble alors se détacher d'une lecture trop littérale de la Constitution. Compte tenu de la nécessité d'intégration communautaire initiée par le constituant avec l'article 7 § 6, J. M. CARDOSO DA COSTA approfondit ses considérations en attestant qu'il serait possible d'effectuer un contrôle de constitutionnalité des normes de l'UE restreint à la vérification de la compatibilité de ces normes avec les « *principes d'orientations et structurels fondamentaux de la Constitution* », le Tribunal étant le gardien de son « *noyau essentiel* »⁶⁴. Partageant ce point de vue, J. MIRANDA invite à encadrer le contrôle de constitutionnalité matériel des normes dérivées à certains domaines, dont celui des droits fondamentaux, afin qu'un contrôle soit possible sans remettre en cause le principe de primauté du droit de l'Union⁶⁵. Prenant le contre-pied de l'ancien juge, Olivier DORD expose un point de vue opposé sur le contrôle de constitutionnalité des actes dérivés, selon lequel, lesdites dispositions ne traitent du contrôle de constitutionnalité que des seuls traités et donc le contrôle de constitutionnalité des actes dérivés en serait exclu⁶⁶. Il s'agit de l'idée selon laquelle les actes dérivés n'ayant fait l'objet d'aucune ratification, tout contrôle préventif est impossible. En France, l'imprécision de l'article 54 prévoyant un contrôle de constitutionnalité des « *engagements internationaux* », notion plus large et vague, à mener certains commentateurs à inclure les actes communautaires dérivés⁶⁷. Mais par principe, tout contrôle préventif et successif des normes communautaires peut sembler inutile puisque le juge de Luxembourg a imposé une applicabilité directe et la supériorité du droit communautaire sur le droit interne⁶⁸ et le droit constitutionnel portugais s'y prête parfaitement. À défaut de reconnaître expressément la primauté des normes conventionnelles, la Constitution de 1976 prévoit l'application directe du droit communautaire dérivé, mais exclu, au sens des articles 8 § 2 et § 3, de voir une quelconque primauté des actes communautaires sur la Constitution. À ceci s'ajoute que le contrôle de constitutionnalité des actes dérivés s'apparenterait à une contestation éventuelle de l'invalidité d'un acte communautaire, or, les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour exercer une telle mission⁶⁹. Si jusqu'à présent, il n'y a pas eu de contrôle de constitutionnalité des directives et des règlements communautaires, le Tribunal n'a pourtant pas manqué de laisser une porte ouverte à une telle éventualité par l'étude d'un cas analogue dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*. À l'occasion de sa *décision n° 184/89 du*

⁶² CARDOSO DA COSTA (José Manuel), ROUSSEAU (Dominique), « Entretien avec José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », *op. cit.*

⁶³ VEDEL (Georges), « La manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil constitutionnel », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Association française des constitutionnalistes, Economica, 1995, p. 61

⁶⁴ DE ARAÚJO (Antonio) et alii, *As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias*, XII Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Bruxelles, 2002, p. 50, note 77

⁶⁵ GARNIER (Roxane), *Un modèle européen de démocratie : le cas portugais*, *op. cit.*, p. 446

⁶⁶ DORD (Olivier B.), « Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés : de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 4 (Dossier : Droit communautaire – Droit constitutionnel), avril 1998

⁶⁷ *Ibid.*; GARNIER (Roxane), *Un modèle européen de démocratie : le cas portugais*, *op. cit.*, p. 491, note 87 ; Le Tribunal n'a eu que très peu l'occasion de s'exprimer sur ce point. Il a d'ailleurs une vision très restrictive de ce qui relève d'un engagement international. Dans l'AcTC n°32/88 du 27 janvier 1988, les juges ont considéré que les résolutions et décrets d'approbation des conventions internationales ne sont pas des actes normatifs susceptibles de faire objet d'un contrôle de constitutionnalité.

⁶⁸ CJCE, *Van Gend en Loos*, Aff. 26/62, 5 février 1963 ; CJCE, *Costa v. Enel*, 6/64, 15 juillet 1964 ; CJCE, *International Handelsgesellschaft*, Aff. 11/70, 17 décembre 1970, Rec. p. 1125 ; CJCE, *Simmmenthal*, Aff. 106/77, 9 mars 1978

⁶⁹ CJCE, *Fotofrost*, Aff. 314/85, 22 avril 1987. Pour Approf. PICOD (Fabrice), « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18 (Dossier : Constitution et Europe), 2005

1^{er} février 1989⁷⁰, le Tribunal s'est exprimé sur un *règlement interne portugais d'application sur le territoire national du Fonds européen de développement régional (FEDER)* en annexe de la Résolution du Conseil des ministres n° 44/86 du 5 juin 1986. Hormis cette exception, le contrôle des actes dérivés est inconsistant. Cette unique opportunité n'a pas empêché certains observateurs de considérer qu'à partir de cette prise de position, le Tribunal a « *accueilli le principe de prévalence de tout le droit communautaire sur tout le droit portugais*⁷¹ ». Il n'est pas difficile d'imaginer, par cette option laissée par le Tribunal, un futur contrôle des actes communautaires dérivés. Mais encore ici, il convient de s'interroger sur l'étendue du contrôle. Il est tout à fait concevable de penser que le Tribunal exercera un contrôle de nature différente s'il est confronté aux seules mesures internes de l'acte (comme pour le règlement intérieur portugais en 1989, et comme il est aussi possible pour les lois de transposition de directive), ou s'il statue sur l'acte dérivé lui-même⁷². Peut-être faut-il voir en ceci non pas une omission du Tribunal ou un manque d'opportunité, mais au contraire une action militante à contre-courant de la pulsion donnée par la Constitution depuis 1982 et de faire enfin prévaloir de manière évidente la norme fondamentale sur les instruments et technique que lui permette le droit de l'Union. Dans cette hypothèse, un acte dérivé alors contraire à la Constitution n'aurait pas l'espoir de survivance dans l'ordre interne puisque sa position dans la hiérarchie des normes le soumet, *de facto*, à l'autorité de la Constitution⁷³. Néanmoins, même si en agissant de la sorte, le Tribunal semble favoriser la Constitution au droit de l'Union, il est possible d'imaginer que si la Constitution est réellement mise en danger, un contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés serait envisageable pour défendre son identité constitutionnelle et les droits fondamentaux constitutionnellement garantis. La conséquence pourrait être alors de déclarer contraire la directive à la Constitution et, soit de réviser sa Constitution, soit de dénoncer les traités constitutifs. Pourquoi un tel refus de sa part ? Ne pas permettre de contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés peut se traduire selon deux perspectives complémentaires : tout d'abord que l'absence de contrôle induit que la Constitution est *de facto* supérieure au droit communautaire, puis que l'intégration automatique des actes dérivés dès leur publication au Journal officiel de l'Union européenne (et sans publication nécessaire dans le Journal officiel Portugais (*Diário de República*)) dans les ordres internes des États suppose subrepticement la conformité automatique du droit conventionnel à la Constitution.

Pourtant, la réception des actes communautaires dérivés pose des problèmes majeurs pour l'ordonnancement juridique. Force est de constater qu'un règlement communautaire s'insère automatiquement dans l'ordre interne sans contrôle préalable et donc peut-être en contradiction avec une loi déjà en vigueur⁷⁴ sinon la Constitution au risque de la violer. Quant au sort des directives pour lesquelles le contrôle de constitutionnalité ne s'opère pas dans le prétoire du juge constitutionnel, leur destin est plus délicat du fait d'une pratique portugaise très incertaine. Pour autant, les directives n'échappent pas totalement à tout contrôle puisqu'au titre de l'article 288 du TFUE, celles-ci doivent être transposées en droit interne aux risques et périls du justiciable portugais. Faute est faite à l'Assemblée de la République, exerçant un contrôle davantage politique que juridictionnel de l'acte, dont le défaut est de mal transposer sinon de manière grossière ou inexacte ces actes dérivés par l'intermédiaire d'une loi ou d'un décret-loi⁷⁵. Pourtant, ce contrôle national politique avec l'élaboration par le Parlement d'une loi interne demeure l'unique moyen de contrôler l'activité européenne du gouvernement, dans les instances

⁷⁰ PINTO (Arnoldo), « L'application du droit communautaire au Portugal », *RFDA*, n° 6, 1990, p. 983 ; *Diário da República*, 1^{ère} série, n°57 du 9 mars 1989

⁷¹ DE QUADROS (Fausto), *Droit de l'Union européenne : droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 377

⁷² DORD (Olivier B.), « Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés : de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne », *op. cit.*,

⁷³ MIRANDA (Jorge), MEDEIROS (Rui), *Constituição portuguesa anotada*, *op. cit.*, pp. 172-173 ; Cette thèse semble envisagée par Miguel GALVÃO TELES favorable à ce que le Tribunal soit le seul compétent pour accueillir les normes de droit de l'UE et maîtriser ces effets du fait de la primauté de la Constitution et de la conception de la « *competência das competências* » de l'État portugais.

⁷⁴ PINTO (Arnoldo), « L'application du droit communautaire au Portugal », *op. cit.*, pp. 983 et ss.

⁷⁵ Article 112 § 8, CRP

parlementaires⁷⁶. Ce contrôle de l'opportunité s'en retrouve alors amoindri par la réputation plutôt mitigée que porte le législateur dans l'intérêt de transposer les directives dans ses résultats, alors qu'il témoigne d'une réelle volonté politique d'intégrer le droit de l'Union⁷⁷. De ce contexte, Fausto DE QUADROS invite le constituant à « *revoir [son] système de contrôle de constitutionnalité [...], de telle manière qu'il ne constitue pas une entrave à l'application du droit de l'Union dans l'ordre interne outre ce qui est permis par la théorie de la primauté*⁷⁸ ». Si le Tribunal est timide et n'a pas pris de réelle position quant au contrôle des actes communautaires dérivés, il fait de même avec les renvois préjudiciels (2).

2- Le retrait en matière de renvoi préjudiciel

Si au départ son emploi était hasardeux pour les juges, le nombre de renvoi préjudiciel ne cesse de croître⁷⁹. Mais, ce constat ne se fait pas à l'aune d'une bonne pratique exercée par le Tribunal. Cependant, et de façon plus surprenante, dès 1990⁸⁰, le Tribunal s'était interrogé sur l'envoi d'une telle question à la juridiction luxembourgeoise, lorsque celui-ci serait saisi d'un problème d'interprétation entre le droit de l'Union et le droit interne. S'il a reconnu l'obligation de procéder à un renvoi préjudiciel pour les questions de validité et d'interprétation du droit de l'Union⁸¹ - imposé par l'article 267 TFUE, dès l'instant où cette norme risque d'être jugée inconstitutionnelle par la juridiction nationale-, les demandes de questions préjudicielles n'ont jamais abouti, puisque le Tribunal n'a jamais jugé pertinente la nécessité de l'interprétation à l'issue de l'affaire⁸². Tout en donnant les conditions très restrictives qu'il entend étudier pour effectuer un tel renvoi à la CJUE, cette pratique, « *instrument précieux de coopération*⁸³ », dans le dialogue des juges, n'est à ce jour qu'au stade de la théorie. Pourtant le renvoi préjudiciel pourrait être un moyen de résoudre le problème du contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés. J. M. CARDOSO DA COSTA considère que le Tribunal ne s'étant pas ouvertement prononcé sur le contrôle de constitutionnalité des directives (ni en sa faveur ni en sa défaveur), dès lors que le juge se retrouverait face à cette opportunité, celui-ci devra non pas juger lui-même et directement la question, mais la renvoyer au juge de Luxembourg pour interprétation dès lors que la contradiction entre la règle fixée par le droit de l'Union et la Constitution est « *notoire et substantielle* »⁸⁴. Par voie de ricochet et en permettant cette possibilité, le Tribunal répondrait à ces deux interrogations : celle du contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés et celle du renvoi préjudiciel. Cette méthode permettra alors soit d'asseoir définitivement le Tribunal dans une optique d'ouverture ou soit, au contraire, créer un sentiment de rejet, de doute à l'encontre de sa propre norme fondamentale, à l'instar des

⁷⁶ V. Loi n° 111/88 du 15 décembre 1988, Loi n° 20/94 du 15 juin 1994 et Loi n° 43/2006 du 25 août 2006 telle que modifiée par la Loi n° 21/2012 du 17 mai 2012

⁷⁷ Cela ne permet toutefois pas d'échapper à l'insertion des directives dans l'ordre juridique interne dès lors que le délai de ratification est expiré, V. CJCE, *Van Duyn c. Home Office*, Aff. 41/74, 4 décembre 1974

⁷⁸ DE QUADROS (Fausto), *Droit de l'Union européenne : droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, op. cit., pp. 380-381

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 441-442, Fausto DE QUADROS, rapporte que si l'année 2001 a connu 13 arrêts rendus sur renvois, aucun arrêt n'a été signalé ni en 1998 ni en 1999 ; GARNIER (Roxane), *Un modèle européen de démocratie : le cas portugais*, op. cit., pp. 508-509. Selon l'auteur, sur la période 1982-2001, le nombre de demande de question était de 50 dont 31 ont abouti à un arrêt sur renvoi. Par ailleurs, la CJCE a eu à se prononcer, pour la première fois sur un renvoi préjudiciel opéré les tribunaux portugais par la décision suivante : V. CJCE, C-348/89, *Mecanarte*, du 27 juin 1991

⁸⁰ AcTC n°163/90 du 23 mai 1990. *Diário da República*, II, 18 octobre 1991, n. 240 pp. 10430 et ss. ; Était en cause la constitutionnalité d'une disposition du code de procédure civile. Les requérants avaient invoqué l'existence d'une contradiction avec l'article 168-A du traité de la CEE.

⁸¹ MAYER (Franz), *The European Constitution e the Courts: adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System*, Walter Hallstein Institut Paper 15/03, outubro 2003, <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper1503.pdf>, p. 3 ; DE ARAÚJO (Antonio) *et alii*, *As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias*, XII Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Bruxelas, 2002.

⁸² Pour des illustrations plus récentes de refus de renvoi préjudiciel du Tribunal à la CJUE : AcTC n° 391/12 du 9 août 2012 ; AcTC 406/13 du 15 juillet 2013

⁸³ DORD (Olivier B.), « Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés : de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne », op. cit.,

⁸⁴ CARDOSO DA COSTA (José Manuel), ROUSSEAU (Dominique), « Entretien avec José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », op. cit.

homologues allemands et italiens. Privilégier le recours à une question préjudicielle dévoile insidieusement que la Constitution ne serait pas à même de répondre à ce problème juridique et que la hiérarchie des normes serait alors à revoir.

Cette retenue vigilante de la part du Tribunal constitutionnel peut se justifier par l'aspect extrêmement critique qu'ont les tribunaux et la doctrine à l'égard des questions préjudicielles qui sont loin de faire l'objet d'un consensus dans le droit de l'Union. Si la doctrine portugaise avance l'argument de la dangerosité d'un tel procédé pour l'ordre interne⁸⁵, les tribunaux administratifs s'inquiètent des effets que peuvent avoir les interprétations de la CJUE sur la Constitution et les normes internes, au point de ne plus vouloir avoir recours à cette procédure⁸⁶. L'avenir prometteur des renvois préjudiciels n'est peut-être alors pas si certain contrairement à ce qu'il peut avoir laissé paraître. En ne prenant pas ouvertement position, la prudence du Tribunal ne clarifie pas la lignée qu'il entend donner à ses décisions ni à la Constitution. Face à ces lacunes, le juge ordinaire reste l'interlocuteur privilégié avec la CJUE pour préciser son office en accomplissant de façon *optimum* sa compétence (3).

3- Le rôle renforcé du juge ordinaire

Si le Tribunal n'a pas clairement pris position sur le contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé, que le Parlement n'exerce qu'un contrôle politique, et que le recours au renvoi préjudiciel n'a jamais abouti, il ne reste plus que le juge ordinaire, juge de droit commun de la conventionnalité en vertu des articles 8 § 2 et 8 § 3 pour exercer ces missions. Ce retrait, - volontaire-, du Tribunal s'explique peut-être par le fait que le juge constitutionnel ne souhaite pas s'immiscer dans l'office du juge ordinaire. Ceci témoigne d'une collaboration étroite et privilégiée, d'un dialogue entre le juge ordinaire et la CJUE. De la sorte, le juge ordinaire dispose d'une compétence renforcée par rapport à son homologue constitutionnel mettant en exergue une nouvelle fois de son rôle collaboratif et supplétif avec le Tribunal en matière de contrôle. Par ailleurs, si le Tribunal du *Palácio Ratton* ne s'est jamais saisi de l'opportunité de trancher ces nombreux débats et est malaisé de contrôler la constitutionnalité des directives, cette catégorie d'acte n'est pas orpheline de juge et les juridictions de droit commun ont très vite su se saisir de la question de la conventionnalité de loi en s'appuyant sur une directive. Le droit de l'Union a parfaitement pénétré dans le droit portugais de manière à ce que suite à la création des tribunaux administratifs et fiscaux avec le *décret-loi n° 129/84 du 27 avril 1984*, la première décision rendue portait sur l'application du droit communautaire au travers d'une décision rendue par le *Tribunal de comarca de Alacena* le 11 mars 1986⁸⁷. De la sorte, à chaque fois que le juge ordinaire sera confronté à une norme inconventionnelle, il devra écarter la norme de droit interne. Les directives communautaires ne sont pas inconnues pour autant de l'office du Tribunal. La juridiction a également eu l'occasion de se prononcer sur cette catégorie d'actes dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité des lois rendues possibles, de façon exceptionnelle, au travers de ses lunettes de juge des recours des décisions des juges ordinaires, par l'article 70 § 1 de la LoTC⁸⁸. Par ailleurs, le Tribunal, sans statuer au regard des directives, n'hésite pas, dans son contrôle de constitutionnalité, à s'appuyer fortement sur ces normes, non pas comme une norme

⁸⁵ PEREIRA COUTINHO (Francisco), *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 399-402. GALVAO TELES (Miguel), « Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeias – Em particular sobre o artigo 8.º, n.º 4, da Constituição portuguesa », in A.A.VV., *Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, II, Coimbra, 2006, pp. 295 et ss.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 369.

⁸⁷ PINTO (Arnoldo), « L'application du droit communautaire au Portugal », *op. cit.* pp. 983 et ss. *Ac. Tribunal de Comarca de Alacena* du 11 mars 1986. En l'espèce le juge considère que la *directive n° 80/1263/CEE* est applicable dans le droit portugais depuis le 1^{er} janvier 1986 date de l'adhésion à la CEE. Rejetant la demande du Ministère public de faire un renvoi préjudiciel, le *Tribunal de Relação de Coimbra*, par un *acórdão* du 30 juin 1986 a confirmé le jugement de première instance et décide d'appliquer le droit communautaire dès lors qu'il n'estime ne pas avoir de doute sur son contenu.

⁸⁸ DE ARAÚJO (Antonio) et alii, *As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias*, XII Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Bruxelas, 2002 ; AcTC n°s 326/98 du 5 mai 1998 et 621/98 du 3 novembre 1998.

de référence, mais comme une source d'interprétation, que ce soit dans son contrôle *a priori*⁸⁹ ou *a posteriori*⁹⁰. Malgré cette timide infiltration du Tribunal dans le contentieux des directives, dans cette configuration, les pouvoirs du juge ordinaire semblent renforcés par rapport à ceux du Tribunal constitutionnel. Cette double dynamique n'est que le produit du modèle mixte de constitutionnalité qui s'assure de garantir la meilleure protection possible de l'État de droit et des libertés fondamentales.

Ces multiples interactions frappées sous le signe de la retenue restent significatives, car en portant, de manière mesurée, un regard bienveillant au droit communautaire, elles garantissent la primauté de la Constitution. Aussi, au-delà de ce constat dans le rapport avec le droit communautaire matériel, ces interactions pointent une préoccupation majeure pour la protection des droits fondamentaux comme le témoigne la relation entre le Tribunal et la CEDH (B).

B- Le refus de voir la Convention européenne des droits de l'homme comme une source constitutionnelle autonome

Bien avant son adhésion à la CEE en 1986, le Portugal avait déjà fait un premier pas vers l'ouverture en rejoignant le Conseil de l'Europe, le 22 septembre 1976 et la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés* (ci-après la CESDH) et ses cinq protocoles par la loi du 13 octobre 1978. Si l'État portugais a très vite intégré ce nouvel instrument au sein de son ordre juridique, - et à titre complémentaire, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg -, la juridiction a su également l'utiliser avec évidence, mais non pas sans une retenue constatée. Le Tribunal a un recours à la Convention très marqué alors que sa compétence pour l'invoquer est source de controverses. C'est donc bien une ambiguïté supplémentaire de la part du Tribunal qui vient s'ajouter à sa retenue quand à l'ouverture des ordres juridiques du Conseil et de l'Union.

Il est constant dans les décisions du Tribunal de voir l'utilisation de la Convention dans ces motifs. Mais alors en procédant de la sorte, utilise-t-il cette source conventionnelle de manière autonome ? Plusieurs hypothèses étayaient cette interrogation. Ou bien, le juge portugais utilise la Convention à titre de norme constitutionnelle (et donc l'intègre dans le « bloc de constitutionnalité »), ou bien, il exerce un contrôle de conventionnalité des lois (compétence normalement acquise au juge ordinaire hors cadre de l'article 70 LoTC), ou bien, enfin, il n'utilise la CESDH qu'à titre argumentatif pour interpréter les dispositions constitutionnelles. Les deux premières hypothèses peuvent être écartées à la lumière de débats doctrinaux houleux et qui ont nécessité l'intervention du Tribunal à de multiples reprises, non pas sans prudence. La non-spécification de la place du droit international dans la hiérarchie des normes floue les rapports entre droit conventionnel et droit interne. Similairement, au droit conventionnel ordinaire, les débats ont été de savoir si la CESDH se situe au rang constitutionnel, conventionnel ou législatif. De par sa nature, la CESDH est un traité d'intégration qui bénéficie d'une valeur *self executing*. Par cette réflexion, il est possible de placer la convention protectrice des droits de l'homme dans le cadre de l'article 8 § 1 avec le droit international général et par voie de conséquence, donné une valeur supra législative à cette source textuelle (et exclure une quelconque valeur constitutionnelle)⁹¹. À contre-courant, pour Vital MOREIRA et J. J. GOMES CANOTILHO⁹², la CESDH a valeur égale à la loi, en s'appuyant sur les mêmes articles qui justifient la valeur supra-législative. Notons qu'un projet de révision constitutionnelle du parti *Centro Democrático*

⁸⁹ V. par ex. : AcTC n° 274/86 du 8 novembre 1986 ; AcTC n° 423/2008 du 4 août 2008 ; AcTC n°119/2010 du 26 mars 2010

⁹⁰ V. par ex. : AcTC n° 473/89 du 12 juillet 1989 ; AcTC n° 491/02 du 29 novembre 2002 ; AcTC n° 494/03 du 22 octobre 2003 ; AcTC n°800/14 du 26 novembre 2014

⁹¹ DE ARAUJO (Antonio), « Relações entre o direito internacional e o direito interno », in *Estudos sobre jurisprudência do tribunal constitucional*, Ed. Notícias, Lisbonne, 1993, pp. 9 et ss., citée par CRUZ (Florence), *L'acte législatif en droit comparé franco-portugais*, PUAM, 2004, p. 549, note 377.

⁹² GOMES CANOTILHO (José Joaquim), MOREIRA (Vital), *Constituição da República portuguesa anotada*, op. cit., pp. 236-275.

Social-Partido Popular (CDS-PP) prévoyait d'ajouter à l'article 8, une disposition expresse reconnaissant la primauté de la CESDH sur la loi. Cet ajout aurait permis de consacrer textuellement la norme européenne, mais aussi de permettre un recours engagé du Tribunal à ce texte. Toutefois, il reste clair que la CESDH n'a pas valeur constitutionnelle, à l'instar de tous les autres traités, et la raison de cette position est la souveraineté de l'État. Il ne peut être valablement considéré que la CESDH ait une valeur égale à la Constitution du fait de son caractère conventionnel. L'interprétation de l'article 8 par la doctrine majoritaire prévoit uniquement la supériorité du droit international sur la loi et cette vision a été confortée par le Tribunal⁹³. Le fait que la CESDH ne fasse pas partie de « bloc de constitutionnalité », lui donne une autorité limitée et la prive d'une immunité, d'un privilège européen dans l'invocation des sources. Ce n'est alors que la troisième hypothèse qui semble la plus juste et pèse dans la jurisprudence constitutionnelle. Celle-ci a le mérite de faire primer la Constitution sur les normes conventionnelles tout en permettant de se prononcer à la lumière des enjeux européens. C'est donc la voie du consensus qu'a choisie le Tribunal en déterminant que la Convention n'est qu'auxiliaire à l'invocation de la norme fondamentale⁹⁴.

Bien que n'étant pas un « *un étalon de contrôle* »⁹⁵, et n'ayant jamais fait l'objet d'une application autonome et indépendante par le Tribunal lisboète, la CESDH ainsi que la jurisprudence de la Cour sont régulièrement utilisées, certes de manière indirecte, suppléant la Constitution pour l'interpréter⁹⁶. Cette première résistance conforte une seconde appuyant la primauté de l'œuvre constitutionnelle et la suprématie du Tribunal. Il n'existe pas dans la Constitution portugaise de disposition qui oblige le Tribunal de prendre en compte les décisions européennes. Au contraire, l'article 205 § 2 précise que les décisions des tribunaux « *prévalent sur celles de toutes autres autorités* », c'est-à-dire, y compris celles des juridictions européennes. En ce sens, aucun tribunal européen (ni la CEDH, ni la CJUE par ailleurs) n'a la capacité de révoquer les décisions nationales du Tribunal. Ceci induit que lorsque le Tribunal entend suivre la position de ces juridictions, c'est parce qu'il désire, seul, s'inscrire dans ce mouvement d'européanisation instauré depuis 1982. Dans ce cadre, le Tribunal est libre d'apprécier ces décisions au regard de l'effet qu'il entend donner à ses propres prises de position jurisprudentielles. Cette situation assoit définitivement la primauté de la Constitution sur les ordres européens. Si la Constitution portugaise est ouverte à l'Europe, la clause d'ouverture est vite refermée par cette même norme fondamentale.

L'absence de dispositions constitutionnelles spécifiques imposant une obligation d'examiner les décisions des tribunaux européens ne prive pas le juge constitutionnel d'effectuer son rôle de régulateur entre les ordres constitutionnels et du Conseil de l'Europe et de s'appuyer sur ces décisions européennes⁹⁷. Plusieurs ouvertures ont dévoilé les façons avec lesquelles le juge constitutionnel pouvait se plier aux exigences conventionnelles. La jurisprudence de la Cour et la Convention influent directement sur les choix opérés par le Tribunal du *Palácio Ratton* et le comportement du législateur. Cette possibilité peut s'observer non seulement lorsque le législateur adapte la loi aux décisions de la CEDH⁹⁸, mais également sur la Constitution elle-même lorsque celle-ci à guider la main du constituant lors de la révision constitutionnelle de 1982

⁹³ AcTC n°6/84 du 6 février 1985 (BMJ, n°360, p 27)

⁹⁴ CARDOSO DA COSTA (José Manuel), ROUSSEAU (Dominique), « Entretien avec José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », *op. cit.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ SARMENTO (Catarina), *XIV congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, 2014, pp. 10 et ss.; ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18 (Dossier : Constitution et Europe), juillet 2005 ; Si son utilisation est indirecte, elle reste expresse et motivée contrairement à la situation française, plus prudente.

⁹⁷ VITORINO (Antonio), « *Proteção constitucional e proteção internacional dos Direitos do Homem: concorrência ou complementaridade?* », IX Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Paris, 1993 ; SOUSA RIBEIRO (Joaquim), MEALHA (Esperança), *Relatório Nacional Portugal, Cimeira dos Presidentes dos Supremos Tribunais, Tribunais Constitucionais e Tribunais Regionais*, México, 2012, p. 13.

⁹⁸ CEDH, *Lobo Machado c. Portugal*, 20 février 1996, req. n°15764/89 (relatif à la présence du Ministère public qui siège aux séances de la Cour suprême administrative).

comme avec l'article 20 de la Constitution s'inspirant très substantiellement de l'article 6 § 1 de la CESDH⁹⁹.

Le recours à la Convention par le Tribunal n'est pas non plus sans effet. Malgré une première période, dans le courant des années 1990-2000, où le juge faisait preuve de prudence quant à son invocation, désormais, son emploi est régulier. Jusqu'alors, il était même peu envisageable de voir le Tribunal s'appuyer sur la Convention, la raison étant que le Tribunal est en premier lieu, un juge de la constitutionnalité et non de la conventionnalité¹⁰⁰. Toutefois et depuis peu, un très grand nombre de décisions du Tribunal font état de la nécessité d'employer la Convention pour identifier, interpréter, argumenter et donner des bases solides à la Constitution¹⁰¹. Le recours à l'interprétation est un usage courant de la part de la juridiction et est même préconisé par le texte constitutionnel lui-même. Pour permettre au mieux l'efficacité de la norme fondamentale, le constituant portugais de 1976 n'a pas hésité à assortir la Constitution de règles d'interprétation pour assurer la plus large et effective protection des droits fondamentaux possibles¹⁰². Sous ce fondement, l'article 16 § 2 précise que « *les normes constitutionnelles et légales se rapportant aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme* »¹⁰³. Pour ce faire, la jurisprudence du Tribunal suit une lecture réaliste des droits et libertés fondamentaux. En insérant cette référence à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ci-après DUDH) dans la Constitution, un interstice s'est ouvert dans le champ constitutionnel. Cette intégration n'est pas anodine, car la Constitution portugaise consacre une valeur aux conventions relatives aux droits fondamentaux, en permettant une parfaite pénétration dans le droit portugais en respectant la clause générale d'ouverture au droit international général conformément à l'article 8 § 1. Mais cette lecture de la norme conventionnelle dans la Constitution n'est pas unanime et est même d'ailleurs contestable. En tant que constitution moderne, le texte portugais comprend déjà un riche catalogue de droits fondamentaux, et donc l'interprétation par des textes conventionnels n'apporte pas véritablement de plus-values aux droits fondamentaux constitutionnels. J. J. GOMES CANOTHILO précise par ailleurs qu'en pratique les droits conventionnels sont souvent les mêmes que ceux dans la Constitution.

Ce schéma appliqué à la DUDH peut se voir transposer à la CESDH en raison de l'article 16 § 1 selon lequel « *les droits fondamentaux consacrés [...] n'excluent aucun des autres droits provenant des lois et des règles de droit international applicables* ». À la lecture de cette disposition, rien ne laisse présager qu'il s'agit d'une liste fermée et une intégration de la CESDH à sa méthode interprétative demeure tout à fait envisageable. Cette liste ouverte se justifie, car le droit positif n'est pas à l'abri de lacune quand bien même, la Constitution de 1976 est un exemple avec son catalogue de droits fondamentaux assuré par le Préambule et la première partie de la loi fondamentale. Mais alors à quoi bon la mentionner si ce n'est pour lui conférer une force dépassant le cadre interprétatif ?

Ainsi, la Constitution est la source essentielle d'exploitation pour le Tribunal constitutionnel, la DUDH devant préciser le texte constitutionnel et la CESDH ne devrait être qu'une illustration complémentaire de l'effectivité des droits garantis constitutionnellement. Faut-il voir en ceci une volonté de placer la DUDH au-dessus de la CESDH ? Ceci n'est pas inenvisageable puisque la DUDH a fait l'objet d'une inscription dans le corps du texte

⁹⁹ SOUSA RIBEIRO (Joaquim), MEALHA (Esperança), *Relatório Nacional Portugal*, op. cit., p. 14

¹⁰⁰ DE ARAÚJO (Antonio) et alii, *As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias*, op. cit., pp. 34-52, spéc. pp. 34-40

¹⁰¹ AcTC n° 609/07 du 11 décembre 2007 sur contestation de paternité citant l'article 8 de la CESDH sur le droit au respect de la vie privée ; AcTC n° 281/11 du 7 juin 2011 sur le droit à un procès équitable à une procédure régulière et à l'impartialité du juge, citant l'article 6 § 1 pour interpréter les articles équivalents dans la Constitution portugaise (article 2, 16 § 2, 18 § 2 et 20 § 4) ; MOURA RAMOS (Rui), « The portuguese human rights constitutional law », in Conférence mondiale de justice constitutionnelle, « La justice constitutionnelle influente: son influence sur la société et sur le développement d'une jurisprudence mondiale des droits de l'Homme », Le Cap, 22-24 Janvier 2009, p. 9-11, disponible sur http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ_papers_E.asp

¹⁰² GARNIER (Roxane), *Un modèle européen de démocratie : le cas portugais*, op. cit., Roxane Garnier, p. 346 et ss.

¹⁰³ FROMONT (Michel), *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, p. 346

constitutionnel et par une lecture stricte de l'article 8, lui confère une force constitutionnelle d'interprétation, valeur dont ne dispose pas directement la CESDH.

Mais le traitement donné à la CESDH et le refus de voir ce texte protégeant les libertés et droits fondamentaux comme une source autonome n'est pas une exception européenne et tous les textes internationaux bénéficient du même accueil constitutionnel¹⁰⁴. À ce titre, la Convention ne devrait pas avoir de place privilégiée et demeure un traité tiré de l'article 8 de la Constitution au même titre par exemple que les Pactes des Nations unies de 1966¹⁰⁵ ou encore la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰⁶ également cités par le Tribunal. Au surplus et traduisant une fois encore ce retrait, le Tribunal est vigilant dans l'emploi de la jurisprudence des Cours européennes, qu'il n'utilise qu'en guise d'*obiter dicta* malgré un emploi de plus en plus visible¹⁰⁷. Si l'application de la CESDH par le Tribunal ne semble qu'à titre argumentatif et interprétatif, le juge ordinaire a su pleinement tirer les avantages de la Convention et les mentions à cette norme trouvent un plein écho devant les autres juridictions internes¹⁰⁸. Par ailleurs, le juge de la conventionalité n'hésite pas à soulever d'office la Convention pour fonder sa décision¹⁰⁹.

À la lumière de l'article 16, par une interprétation extensive, il aurait pu être permis au Tribunal de prendre compétence pour les conventions en matière de droits fondamentaux et ceci a été envisagé par le Tribunal¹¹⁰, mais jusqu'à présent, le cap de donner une valeur constitutionnelle, du moins, autonome à la Convention comme base permettant de juger de la constitutionnalité en tant que source directe n'a pas été admis. Les plus optimistes des observateurs affirmeront que citer les jurisprudences de la CEDH et les stipulations de la CESDH sont déjà un premier pas vers la reconnaissance constitutionnelle de la Convention, alors que les plus rigoureux concéderont qu'il ne s'agit que d'une exploitation informelle de sources extraconstitutionnelles. Mais il n'est pas exclu de voir un jour, dans la jurisprudence du Tribunal des recours à la CESDH qui ne soient plus seulement des allusions, mais un véritable appui comme norme de référence. Si aujourd'hui la CESDH n'est pas une source constitutionnelle autonome, la multiplication des citations des instruments internationaux dans sa jurisprudence, semble être une porte ouverte à l'extension des normes constitutionnelles non seulement au droit de la Convention, mais également à toutes les conventions relatives aux droits fondamentaux. Faut-il alors voir dans cette possibilité future un risque pour la souveraineté, ou bien à l'instar de Talleyrand de percevoir ceci comme une grandeur et une gloire, et une opportunité d'une meilleure protection des droits du justiciable portugais ?

*
* *

¹⁰⁴ SARMENTO (Catarina), *XIV congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, 2014, pp. 24-27.

¹⁰⁵ AcTC n° 179/12 s'appuyant sur l'article 14 § 2 du PIDCP ; AcTC 274/13 du 23 mai 2013 avec l'article 10 § 3 du PIDESC.

¹⁰⁶ AcTC n° 404/13 du 15 juillet 2013 avec l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

¹⁰⁷ AcTC n° 412/2000 du 4 octobre 2000 ; AcTC n° 461/11 du 11 octobre 2011. En particulier, dans son AcTC n° 212/10 du 25 mai 2010 relatif au mariage entre personnes de même sexe, le Tribunal s'appuie sur les décisions de la CJUE, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v. Sud-Oest Trains Ltd* du 1^{er} février 1998, ou encore CJUE, C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* du 1^{er} avril 2008 sur l'égalité en matière d'emploi ou les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle pour dégager une influence européenne pour condamner les lois portugaise prévoyant une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Voir également pour le recours aux décisions de la CEDH : AcTC n° 609/07 du 25 mai 2007 cite notamment CEDH, *Kroon and Others c. Nederland*, 27 octobre 1994, req. n° 18535/91

¹⁰⁸ Ac. TSA de 14 février 1996 et du 7 novembre 1996, *BMJ*, n°s 454, p. 507 et 461, p. 54

¹⁰⁹ Ac. *Tribunal de Relação de Lisboa* du 17 novembre 1978

¹¹⁰ AcTC n° 352/98 du 12 mai 1998