

Principes constitutionnels herméneutiques

Paulo Ferreira da Cunha¹

Resumo: O Direito Constitucional mais recente teve a grande virtualidade de fazer repensar completamente as velhas regras de interpretação que vinham já de Savigny. Hoje não se pode pensar mais que o legislador tem um *espírito* que se verte numa *letra*, e que o intérprete simplesmente deve captar. Interpretar é criar direito. Como um célebre juiz norte-americano disse, sobre as leis, um dia: "Made some myself". Julgar é, de algum modo, fazer leis. Ora em direito constitucional há especiais princípios de interpretação-criação jurídica. É sobre esses princípios (actualíssimos na presente crise internacional, em que nos arriscamos a que tecnocratas calquem aos pés, sem cerimónia, as nossas constituições, expressão da vontade popular) que este artigo versa. Tais princípios são as cartas de marear da aplicação das Constituições.

Palavras Chave: Supremacia da constituição, proibição do retrocesso, normatividade constitucional, efeito integrador, máxima efectividade, proporcionalidade.

Abstract: The latest constitutional law theory has the great potentiality to completely rethink the old rules of interpretation that were already in Savigny's thought. Today it is unthinkable that the law giver has a peculiar "spirit" that is poured in the "letter" of the law, that the interpreter should to capture. To interpret is to create law. As a famous American judge said about the laws, one day: "Made some myself." Judging is, somehow, to make laws. Now there are special constitutional law principles of legal interpretation-creation. It is on these principles (very important in the present international crisis, in which we risk that technocrats forget, without any ceremony, our constitutions, created by the popular will) that this article deals. These principles are the sailing charts of the application of the Constitution.

Keywords: Supremacy of the constitution, prohibiting the constitutional going-backwards, constitutional normativity, integrating effect, maximum effectiveness, proportionality.

Le problème herméneutique, la hiérarchie des sources

Interpréter le droit est, en effet, créer le droit. Le droit, et *a fortiori* le droit constitutionnel, est en bonne partie une création de leurs interprètes. Nous voudrions ici parler d'une question essentielle de l'herméneutique constitutionnelle: les principes.

Même s'il ne s'en rend pas compte, l'interprète, qui choisit les sources, utilise divers critères, divers topiques herméneutiques qui constituent ses véritables vecteurs d'interprétation².

Il semble que le premier critère justifiant l'utilisation d'une source soit *le fait d'être en vigueur*. L'interprète ne tient pas compte des normes abrogées ou désuètes, autrement dit de celles qui ne sont pas en vigueur. Mais le fait d'être en vigueur dépend d'un autre critère, celui de l'ordre juridique dans lequel s'inscrit l'activité herméneutique de l'interprète. Une norme peut "encore" être en vigueur sur un territoire séparé politiquement alors qu'elle ne l'est "plus" dans la "métropole" ou dans le pays "colonisateur"³.

¹ Catedrático da Universidade do Porto. lusofilias@gmail.com

² Une façon classique d'envisager le problème est de l'intégrer au problème général des antinomies, comme le fait Norberto Bobbio dans *Teoria dell'ordinamento giuridico*, trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, réimp. de la 10^e éd. (1999), Brasília, Editora Universidade de Brasília (2006), surtout p. 81 et suiv.

³ Par exemple, les deux monuments législatifs que sont les Ordonnances philippines ou le Code Civil du magistrat portugais Vicomte de Seabra (1798-1895) sont restés en vigueur, les unes au Brésil, l'autre dans les anciennes enclaves portugaises en Inde (ou ancien "Etat" portugais de l'Inde: Goa, Damão et Diu), après la séparation entre ces territoires et l'Etat portugais.

Une fois que ces deux critères sont établis (le fait d'être en vigueur et *l'inscription* dans l'ordre juridique où apparaît la question *sub judice*⁴), l'interprète doit choisir ses sources en fonction de leur *pertinence substantielle*, thématique (de sujet, de matière), par rapport au problème posé.

S'il a, par exemple, le choix entre des sources normatives et coutumières ou entre différentes sources normatives, l'interprète devra choisir d'appliquer celle dont la pertinence est la plus directe, ce qui n'est évident que lorsqu'il n'y en a qu'une. Par contre, s'il y en a plusieurs, il devra appliquer un critère de *hiérarchie des sources*. S'il n'y a que des sources normatives, c'est la hiérarchie des normes, parfois appelée métaphoriquement "pyramide normative", qui s'impose, mais il ne faut toutefois pas oublier le "jeu" des normes générales, spéciales, exceptionnelles, etc. Une dialectique où les différentes normes fonctionnent selon une topique réglée par une technique juridique rigoureuse et raisonnable se crée donc conformément au type de situation⁵.

Il importe de souligner que la constitution, en tant que norme des normes (même si, comme nous l'avons vu, les sources du droit se trouvent généralement dans le code civil pour des raisons historiques, elles n'en restent pas moins une matière matériellement, bien que non formellement, constitutionnelle), occupe le sommet de cette pyramide normative. Mais, en fait, de quelle constitution s'agit-il? Du texte de la constitution codifiée? Il ne nous semble pas. Au sommet de la pyramide se trouve ce qu'il y a de plus élevé, de plus vital dans la constitution matérielle. Et il semble bien que ce soit son fondement, dont le contenu est éthico-juridico-politique. En d'autres termes, c'est la constitution matériellement constitutionnelle dans son ensemble qui occupe le sommet de la pyramide, mais la pointe du sommet est occupée par ce qu'il y a de plus essentiel dans cette même constitution.

1. Des Principes en général

Il est aujourd'hui possible d'intégrer le legs de Savigny dans une perspective herméneutique rénovée et innovatrice⁶. Il faut cependant faire tomber beaucoup de préjugés⁷.

Le plus important dans une herméneutique constitutionnelle, après la compréhension du phénomène et de l'action en tant que dimensions du temps herméneutique (ou post-herméneutique, mais qui l'implique et le présuppose), c'est une panoplie de principes, une topique en quelque sorte, mais dont la dimension est plus importante parce qu'elle est ancrée dans la dogmatique de la branche du droit en question, le droit constitutionnel, qui, de plus, est à la fois "branche, racine et tronc" du droit.

Le droit constitutionnel dispose d'un ensemble de principes méthodologiques herméneutiques comparables (mais encore plus forts) aux arguments et aux maximes de "l'interprétation énonciative" (arguments *a contrario*, *a silentio*, *a fortiori*, *a pari*,

⁴ Nous ne considérons évidemment pas les cas plus complexes des droits internationaux (public et privé).

⁵ Tant de responsables de pays où les citoyens ont peu de culture juridique (ce qui n'empêche évidemment pas les rares spécialistes d'en avoir beaucoup) commettent des injustices et des illégalités, car ils ne connaissent pas ou n'appliquent pas les normes fondamentales, notamment les règles herméneutiques (y compris les règles herméneutiques consacrées par la loi – même sans parler de la doctrine)... Dans ce cas, la pyramide normative est fréquemment renversée et c'est ainsi que l'ordre pur et simple du fonctionnaire vaut plus que le règlement, le règlement plus que la loi, la loi plus que la constitution...

⁶ Nos premières contributions dans *Princípios de Direito. Introdução à Filosofia e à Metodologia Jurídicas*, Porto, Rés, 1993, pp. 393-490.

⁷ Lenio Luiz Streck, "A Hermenêutica Filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (Neo) Constitucionalismo », in *Constituição e Crise Política*, coord. de José Adércio Leite Sampaio, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 294.

etc.). Cela signifie la réassomption de sa vocation de branche de droit méthodologique et philosophique par excellence (vocation contrariée pendant longtemps par le positivisme). Cela se traduit aussi par la reconnaissance de la dimension purement constitutionnelle de plusieurs matières, qui ne le sont pas formellement, mais matériellement: notamment, comme nous le savons déjà, les normes sur les sources du droit et l'herméneutique, qui se trouvent dans le code civil de certains pays, pour des raisons essentiellement historiques. En fait, peu importe le lieu, ce qui compte, c'est la fonction et l'essence du *quid*.

A ce stade, il convient d'être prudent et d'introduire, d'ores et déjà, quelques remarques pondératrices générales, voire quelques limitations de la théorie qui va être présentée, sans toutefois contrarier ni restreindre l'exigence de rigueur dans la connaissance et dans l'usage des concepts et des techniques dont il va être question.

Ainsi faut-il tout d'abord avouer que les topiques que nous allons analyser sont très formels. Ils se limitent à considérer les différentes faces et les diverses manifestations d'une même réalité, à savoir, la *nature juridique supérieure de la Constitution*: une nature normative, unitaire et intégratrice. En tant que norme des normes, la constitution doit être *une norme*, elle doit être conçue comme une unité de sens, elle doit représenter le critérium de sa propre interprétation (et de celle des autres lois) et trouver le moyen de concilier d'éventuelles antinomies et de surmonter d'éventuelles difficultés résultant de sa propre complexité et des forces antagoniques qui traversent sa genèse et sa vie, qui doit beaucoup au monde discordant de la politique.

De toute façon, dans l'herméneutique constitutionnelle d'aujourd'hui, il est impossible de restreindre l'importance "princiologique" aux principes spécifiquement voués à cette démarche méthodologique (les principes considérés comme purement herméneutiques).

Tous les principes constitutionnels concourent à l'herméneutique constitutionnelle: ils dirigent toute argumentation normative et contribuent à toute application du droit. Les principes assument une fonction multiple: ils condensent des valeurs, en raison de leur fonds axiologique indéniable; ils garantissent l'unité du système juridique, en tant qu'éléments agrégateurs de l'interprétation, non pas spécifiquement constitutionnelle, mais bien générale (c'est-à-dire par la manifestation de la constitutionnalité dans l'ensemble de l'ordre juridique, de façon transversale); enfin, en tant que guides, ils permettent et déterminent la rationalité de l'interprétation⁸.

Aussi la tendance actuelle s'oppose-t-elle diamétralement aux théories et surtout aux pratiques (peu soucieuses de théorie) qui importent des méthodes et les appliquent mécaniquement au droit constitutionnel: en revanche, étant donné la suprématie de la constitution, il est normal que la méthodologie constitutionnelle, notamment herméneutique, soit exportée vers l'ensemble du droit, tout en préservant la spécificité de l'interprétation constitutionnelle *proprio sensu*⁹. Mais ces termes sont un peu barbares: au fond, il ne s'agit pas à proprement parler d'importation et d'exportation, langage mercantile peu adéquat à la matière que nous traitons. Il s'agit en fait de l'avènement d'une nouvelle méthodologie générale, certes née au sein du

⁸ Gustavo Rabay Guerra, "Estrutura Lógica dos Princípios Constitucionais", in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n° 7, vol. 2, p. 224; André Ramos Tavares, "Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na Perspectiva Constitucional", in *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das Normas Princiológicas da Constituição*, org. de George Salomão Leite, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 40 et suiv.

⁹ Susana Pozzolo, "Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional", in *Doxa*, 21 – II, 1998, p. 339 et suiv.

droit constitutionnel, mais à vocation juridique générale. Cette nouvelle herméneutique n'est pas le chant d'une sirène ou la musique du flûtiste d'Hammelin du droit constitutionnel qui aurait enchanté l'ensemble des juristes (belle image, qui ne nous appartient pas) et les bercerait dans un beau mensonge. C'est la reconnaissance du fait que, dans le concert du droit, il y a une partition et un chef d'orchestre et que la mélodie fondamentale, quelles que soient les variations, est celle de la constitution, de son programme juridico-politique.

2. Du premier principe: la suprématie de la constitution

2.1. L'affirmation du principe de la suprématie de la constitution

Bien qu'il ne soit pas toujours mis en évidence dans ce contexte herméneutique, le principe de la suprématie de la constitution est le postulat fondamental, élémentaire et fondateur non seulement de la discipline constitutionnelle et de son interprétation, mais aussi de "toute herméneutique future" – pourrions-nous dire pour paraphraser un célèbre texte de Kant.

D'ailleurs, selon certains, ce principe de suprématie découle de la définition de la constitution elle-même. Dans leur manuel classique, Francis Hamon, Michel Troper et Georges Burdeau définissent le droit constitutionnel de façon rigoureusement formelle, comme l'ensemble des normes qui ont une valeur supérieure à celle d'autres normes, qui peuvent légitimer d'autres normes et qui ne se confondent avec aucune autre norme juridique¹⁰.

Selon d'autres, plus soucieux de critères matériels lors de la définition, cette caractéristique de la suprématie constitutionnelle se trouve ailleurs. Parfois dans un moment historique ou historico-mythique. Le moment mythique (et souvenons-nous de l'importance primordiale du mythe en matière de constitution¹¹) le plus significatif est certainement l'épiphanie de ce principe des principes, celui de la suprématie de la constitution, dans l'affaire *Marbury vs. Madison*¹². Nous citons ce qui nous paraît essentiel dans le texte de cette affaire canonique: "Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable. Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void. This theory is essentially attached to a written Constitution, and is consequently to be considered by this Court as one of the fundamental principles of our society. It is not, therefore, to be lost sight of in the further consideration of this subject."

Un certain nombre d'auteurs ont ensuite proclamé ce principe primordial. Comme le dit Luís Roberto Barroso, "toute interprétation constitutionnelle se base sur le présupposé de la supériorité juridique de la constitution sur les autres actes

¹⁰ Francis Hamon / Michel Troper / Georges Burdeau, *Droit constitutionnel*, 27^e éd., Paris, LGDJ, 2001.

¹¹ V. notre *Mito e Constitucionalismo. Perspectiva Conceitual e Histórica*, *passim*; Idem, *Teoria da Constituição*. I. *Mitos, Memórias, Conceitos*, surtout pp. 23-97; Idem, *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, surtout p. 89 et suiv.

¹² http://en.wikisource.org/wiki/Marbury_v._Madison/Opinion_of_the_Court. Gregory J. Ratjhen / Otis H. Stephens, *The Supreme Court and the allocation of constitutional power. Introductory essay and selected cases*, S. Francisco, W. H. Freeman & C., 1980, p. 25.

normatifs au sein de l'Etat. En raison de la suprématie de la constitution, aucun acte juridique, aucune manifestation de volonté ne peut subsister et rester valide si elle est incompatible avec la loi fondamentale”¹³. Et Ramos Tavares synthétise, en évoquant même un argument positiviste: “Dans la conception positiviste formelle, la constitution sera, dorénavant, source de droit (constitutionnel) et aussi l'ensemble normatif disciplinateur des autres sources de droit”¹⁴.

2.2. Attaques contre le principe de la souveraineté de la constitution

Il est rare que la suprématie constitutionnelle soit remise en question sur le plan théorique et peu de politiciens osent la contester. Quant aux juristes, nombreux sont ceux qui se montrent trop prudents et n'osent pas attaquer les “dogmes” dominants: il s'agit évidemment d'un sacrifice sur l'autel de la correction politique et sociale, même lorsque, comme c'est le cas ici, les dogmes sont intrinsèquement valides et non pas seulement “corrects” (correction qui, en général, est devenue synonyme de distorsion, fausseté ou hypocrisie). Cependant, qu'ils admettent ou non le postulat de la suprématie de la constitution en théorie, certains “juristes” ne croient qu'à la pratique la plus courante de la loi, au règlement, à l'ordre de service, voire aux cris du chef. Ils placent en effet toutes ces manifestations du droit (ou de son contraire) beaucoup plus haut dans l'échelle des sources et dans celle de “l'Être” que le texte (ou l'esprit) de la constitution.

Ce qui est intéressant, c'est que, s'il est vrai que les théories modernes du droit constitutionnel, surtout celle du neoconstitutionnalisme, ont placé la constitution au sommet de la pyramide normative, il n'en reste pas moins vrai que l'idée de la primauté de la constitution est déjà ancienne. Du moins comme position de principe. Dont la théorie ne serait pas nécessairement appliquée dans la pratique...

La profession de foi légaliste de Pérez Royo dans un article du journal espagnol *El País* a déclenché une polémique. On pouvait y lire: “le pouvoir judiciaire tire sa légitimité démocratique uniquement de la loi. Il ne peut la tirer directement et démocratiquement de la constitution (...) Ni le pouvoir exécutif ni le pouvoir judiciaire ne peuvent se passer du pouvoir législatif et s'en remettre directement au pouvoir constituant. Lorsque c'est le cas, la procédure de légitimation démocratique est détruite et on impose comme volonté de l'Etat ce qui ne peut l'être en aucun cas. Techniquement, c'est un coup d'Etat”¹⁵.

Dans sa critique de Pérez Royo, José Luis Serrano considère, entre autres arguments, que c'est au contraire la violation du contrat social par les pouvoirs, qu'ils soient juridiques ou non, qui constitue un coup d'Etat. Et, contre la thèse selon laquelle le droit serait *quod principi placuit*, ce qui plaît au prince, il affirme que l'Etat est ce qui plaît au peuple: *quod populo placuit*¹⁶.

Un autre moment de remise en cause de la suprématie de la constitution est celui du bras de fer entre les pouvoirs, notamment lorsque le pouvoir législatif aspire à des pouvoirs constituants permanents et / ou sans limites matérielles. Il s'agit parfois de chambres qui se plaisent à caboter au large des côtes de l'économie, de la globalisation, dans une perspective dérégulatrice, ou, en tout cas, contraire à l'indispensable rigidité constitutionnelle, aux limites de révision des constitutions écrites, surtout en ce qui concerne les droits, notamment les droits sociaux, économiques et culturels.

¹³ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6^e éd., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 161.

¹⁴ André Ramos Tavares, *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*, p. 133.

¹⁵ *Apud* José Luis Serrano, *Validez y Vigencia*, Madrid, Trotta, 2004, p. 47.

¹⁶ *Idem*, p. 48.

Si les adversaires de la suprématie de la constitution conservent éventuellement le principe sur le plan nominal, ils ne manqueront pas de s'attaquer aux aspects pratiques par lesquels cette suprématie se concrétise: ils s'opposeront à l'action et même à l'existence des tribunaux constitutionnels, à une prétendue dérive des fonctions des cours suprêmes vers les fonctions constitutionnelles; ils attaqueront les constitutions rigides ou semi-rigides, ils calomnieront les limites de révision constitutionnelle, surtout les limites substantielles, matérielles, les "clauses pétrifiées" (*cláusulas pétreas* comme les appelle la constitution brésilienne dans une belle métaphore). Enfin, ils peuvent être les paladins d'un pouvoir constituant permanent (se niant ainsi lui-même et niant l'idée même de constitution, qui doit avoir une certaine stabilité pour mériter ce nom), siégeant dans les parlements (ou télécommandé par le gouvernement, dont ils se feraient l'écho). Ils ne manqueront pas de faire tout cela, en invoquant par dessus le marché l'argument démagogique et déplacé du principe démocratique et du besoin absolu d'accompagner le progrès. C'est-à-dire leur idée de démocratie et de progrès.

On oublie ainsi que ce n'est pas même le *principe démocratique* qui fonde la constitution, au contraire, c'est la constitution, y compris le *pouvoir constituant originaire* qui lui donne vie, qui détermine le mode d'existence et la conformation du principe démocratique. Certes, celui-ci est fondamental, mais il n'est pas le seul et doit donc s'harmoniser avec les autres et respecter ses limites¹⁷. Il ne peut d'ailleurs pas être invoqué pour subvertir la globalité, l'ensemble, l'unité (résultant souvent d'un compromis social et politique) du programme constitutionnel. Et ce n'est pas tout: la démocratie authentique et avancée consacrée par l'Etat constitutionnel (démocratique, social et de culture) ne se confond pas avec le jeu glissant du partisanisme pur et simple et de ses majorités conjoncturelles, ni avec l'autoritarisme des exécutifs toujours prompts à légiférer (et à agir, en général), sans écouter, sous le simple prétexte de leur légitimation démocratique (c'est-à-dire, dans ce cas, exclusivement électorale). Comme le disait Alain: "Le peuple veut des législateurs, et non des tyrans. Voilà pourquoi il est puéril de compter si exactement les voix; cela laisse croire que le parti le plus fort aura le droit d'être injuste. Système odieux"¹⁸.

Les partis sont évidemment irremplaçables et indispensables dans toute démocratie. La composante parlementaire est également fondamentale et elle doit être défendue contre la démagogie antiparlementaire, très en vogue en période de crise. La détermination politique active des gouvernements est elle aussi vitale dans un monde en mutation rapide où se fait sentir le besoin de gens qui ont la vue large et qui réagissent promptement. Mais aucun de ces piliers institutionnels de la démocratie (auxquels s'ajoute, bien sûr, le pouvoir judiciaire: un pouvoir judiciaire calme et ne subissant jamais la pression des médias, un pouvoir judiciaire n'hésitant jamais à rendre justice librement et de son mieux sur la place publique, le *forum*) n'est maître et seigneur du principe démocratique. Dans les sociétés modernes, celui-ci résulte de plusieurs nuances de l'idée qui a présidé au principe sacro-saint de la séparation des pouvoirs. Un régime mixte, *hoc sensu*, comme celui de l'Etat constitutionnel, doit *démocratiquement* impliquer soit la séparation et l'interdépendance des pouvoirs, soit une présence harmonieuse de différents principes "gouvernants". Ainsi, la démocratie la plus complète est la plus sage: elle sait qu'elle doit porter en son sein des éléments "monarchiques" ou unipersonnels (comme l'élément présidentiel), des éléments "aristocratiques" ou élitistes (comme l'élément judiciaire). D'ailleurs, les députés devraient eux-mêmes constituer une élite capable d'exercer une représentation réelle

¹⁷ Alberto Montoro Ballesteros, *Razones y Límites de la Legitimación Democrática del Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1979; Antony Allot, *The limits of Law*, London, Butterworths, 1980.

¹⁸ Alain, *Politique*, Paris, P.U.F., 1962, p. 24.

du peuple plutôt que de prétendre *être* le “peuple concentré” dans quelques individus (les états-majors des partis choisissent souvent des candidats très proches du citoyen moyen ou des vedettes médiatiques... ce qui revient au même). Une démocratie prétendument pure est la plus impure des démocraties, elle risque de se muer en démagogie, le sol le plus propice à la naissance des dictatures. L’Histoire le prouve clairement.

D’autre part, une prétendue démocratisation à outrance de toute la société tomberait certainement dans une forme de totalitarisme. Une tentative de démocratisation de terre brûlée, qui ne tient pas compte des nuances, dénature en fait le sens utile de la démocratie. Certes, la démocratie est le gouvernement des plus vulnérables, des majorités (avec toutefois la protection des droits des minorités – c’est le plus grand sens des droits de l’homme, comme l’a vu Casalmiglia, par exemple¹⁹), mais c’est aussi le gouvernement de l’équilibre des pouvoirs, dans le respect des compétences et des mérites de chacun. Même si on connaît bien les malentendus au sujet de la démocratie grecque, il ne faut pas oublier qu’il n’y a pas de démocratie à Athènes sans Clistènes et sans Périclès: la démocratie a encore plus besoin que les aristocraties et que les oligarchies d’une élite vouée à la cause publique. Et la république, qui est avant tout une démocratie éthique, a grand besoin d’une élite éclairée par des valeurs et dévouée à la cause publique par la vertu civique.

Un autre aspect qu’il faut prendre en ligne de compte, c’est l’existence, au sein de la société générale, de sociétés particulières auxquelles la démocratie doit être appliquée sans nul doute, mais avec des soins particuliers: notamment les institutions militaires, religieuses et même éducatives, surtout universitaires. Cette application particulière de la démocratie dans certaines institutions ne peut pas être invoquée pour exiler la démocratie de leur sein, en les instituant ou en les conservant comme des “zones libres” de démocratie (et donc des zones d’anti-démocratie). Elle résulte du besoin qu’a la démocratie de s’exercer sur des bases générales et communautaires dont certaines spécialisations du travail social ne disposent que dans une certaine mesure. Il faut en tenir compte dans l’application des règles démocratiques générales. Il serait impensable, pour ne donner qu’un exemple évident, que les caporaux ou les sergents (plus nombreux que les officiers) tracent la stratégie et donnent des ordres aux capitaines²⁰.

En somme, et pour revenir à la thèse principale, “(...) loin d’être une simple procédure démocratique, la constitution devient, dans toute sa substantialité, le topos herméneutique qui modèle l’interprétation juridique du reste du système juridique. La constitution est ainsi la matérialisation de l’ordre juridique du contrat social: elle indique la réalisation de l’ordre public et social d’une communauté et fournit les mécanismes permettant la concrétisation de l’ensemble des objectifs tracés dans son texte normatif déontologique. C’est pourquoi les constitutions sociales doivent être interprétées différemment des constitutions libérales. Le ‘plus’ normatif représenté par l’Etat démocratique de droit se présente finalement comme un repère définissant un

¹⁹ A. Casalmiglia, *Ensayo sobre Dworkin*, prologue à l’édition en espagnol de Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, trad. de Marta Guastavino, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

²⁰ On ne peut toutefois pas en déduire, par analogie, que, par exemple, dans un hôpital, les médecins, dépositaires d’une science, puissent être les laquais des directeurs exécutifs, évidemment formés en administration d’entreprises (savoir très différent) et, en principe, pas en science médicale. Et que dire des universités ! Même si un directeur, à n’importe quel niveau, appartient à la même spécialité qu’un professeur, ne doit-il pas le traiter d’égal à égal ? Ils sont collègues: il n’y a pas là de pyramide, de chaîne de commandement. La compréhension de “la hiérarchie académique » requiert autre chose que le bon sens; elle a aussi besoin de souplesse et de connaissance historique et coutumière, d’intelligence et de politesse. La massification, même des enseignants, rend malheureusement plus rares ces attributs; c’est pourquoi il faut tant de législation académique. Pour prévenir les abus et suppléer au manque de ce qui devrait être naturel et presque intuitif.

constitutionnalisme qui ajoute à la réglementation sociale le rachat des promesses de la modernité^{21,22}.

Les adversaires de la prépondérance de la constitution oublient (ou cachent) que la continuité constitutionnelle qu'ils exaltent est en fait une rupture et une subversion, un véritable coup d'Etat constitutionnel, si, par un quelconque dérapage, ils réussissent à faire modifier la constitution dans son noyau essentiel sous prétexte qu'il faut "accompagner le progrès". Et ce noyau ne se borne pas, comme certains le prétendent, au simple formalisme du pluralisme politique auquel peut s'ajouter quelque chose. Ce noyau contient au contraire le programme constitutionnel de droits et de garantie procédurale, ainsi que l'esprit constitutionnel. Dans son article 112 – 1, la Constitution norvégienne du 15 mai 1814 établit sagement comme limite matérielle de révision *les principes* et même *l'esprit de la constitution*, ce qui nous semble synonyme de ce que nous appelons le "programme constitutionnel". Selon son texte en anglais: "Such amendment must never, however, contradict the principles embodied in this Constitution, but solely relate to modifications of particular provisions which do not alter the spirit of the Constitution (...)"²³.

Le débat sur la rigidité constitutionnelle est fondamental. Certains réclament la résistance, la continuité, les droits acquis, voire l'acquis civilisationnel (comme le *modèle social européen*, garanti par les constitutions souvent codifiées des pays d'Europe continentale). D'autres accusent les premiers d'immobilisme et considèrent comme dépassée toute défense d'identité et de droits. La crise financière mondiale de 2008 – 2009 a cependant révélé les faiblesses et les conséquences sociales désastreuses de *l'économie de casino*, sur laquelle reposaient les théories d'assouplissement de la constitution visant naturellement à favoriser des formules économiques (ou des formules sur le marché de travail) en privilégiant les "entrepreneurs" au détriment des travailleurs salariés.

Bien sûr, pour embrasser l'ampleur de cette question, il faut avoir à l'esprit les notions fondamentales sur la constitution matérielle et le pouvoir constituant, ainsi que sur la notion de constitution elle-même, sur sa place et son sens dans l'ensemble du droit et de la société modernes. Mais il faut aussi connaître l'histoire constitutionnelle. Il nous semble particulièrement important de distinguer clairement les genèses des constitutions dans des pays tels que la France, le Royaume-Uni, les EUA et l'Allemagne. En France et aux États-Unis, la constitution fonde une (nouvelle) société politique tandis qu'au Royaume-Uni et en Allemagne la société politique est née sans constitution moderne, codifiée, etc. Mais les voies empruntées ultérieurement sont différentes: si la France, l'Allemagne et les EUA exercent tous un contrôle sur la constitutionnalité (ce qui constitue la plus sûre garantie de la constitution et de sa rigidité), le Royaume-Uni est toujours dépourvu de ce genre de garantie juridique.

3. Des principes en particulier

3.1. Caractère normatif de la constitution

L'herméneutique constitutionnelle repose sur le principe que la constitution est – à la fois *en dehors* de sa dimension axiologique, politique, sociale *et dans cette dimension* – essentiellement *une norme* et que, en tant que normativité concrète, elle

²¹ Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica e(m) Crise*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 224-225.

²² Alexandre Morais da Rosa, *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 17-18.

²³ Source: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/no00000_.html

doit être traitée herméneutiquement²⁴. De nos jours, on peut même parler de “constitution normative”²⁵ pour souligner l’importance de la normativité (non du normativisme) dans les constitutions de notre contemporanéité.

Il ne s’agit toutefois pas d’une simple norme isolée (s’il y en a), mais bien de beaucoup plus que cela: même d’un point de vue phénoméniste-positiviste, la constitution (comme le droit, d’ailleurs) est un ensemble systématique (et non amorphe ou chaotique) de normes. Et dans cet ensemble de normes se trouvent également les principes. Les principes sont des sortes de super-normes, mais ils n’en restent pas moins des normes. Et cela entraîne des conséquences fondamentales. Les principes ne sont pas des “utopies”, des “vœux pieux», des “alléluias juridiques”.

D’un point de vue philosophique, nous pourrions sans doute identifier d’autres dimensions dans le droit et dans la constitution. Si nous emprunions la voie de la théorie tridimensionnelle (de Miguel Reale), par exemple, nous pourrions parler de “fait” et de “valeur”²⁶. D’autres perspectives (dont celle de Calvo González) ajouteraient la dimension textuelle aux trois autres. Nous aurions ainsi quatre éléments fondamentaux: la norme, le fait, la valeur et le texte. Mais ce qu’il faut surtout faire, peut-être même dans une perspective de rachat de la dignité de la constitution sur le plan factuel et dans le concile des entités juridiques, c’est revendiquer pour elle la dimension de la normativité, ce qui permet d’englober les dimensions herméneutiques générales qui peuvent lui être attribuées. Mais surtout: la constitution n’est pas simplement une proclamation politique, un vœu pieux, une utopie irréalisable ou une chimère. C’est du droit et du plus pur, du plus élevé qui soit. La prétendue asepsie du droit non politique, la critique des tribunaux constitutionnels que l’on qualifie de “politiques”, l’évocation de l’”idéologie” ou de l’”idéologisation” pour discréditer les constitutions les plus avancées et les plus modernes ne sont que des arguments fragiles et réversibles. Comme s’ils ne résultaient pas eux-mêmes de la politique, de l’idéologie et de l’idéologisation du discours. Malheureusement, certains juristes de bonne volonté et même de bon sens, en général, sont prisonniers d’une mystique d’asepsie juridique (qui n’existe pas). En réalité, ils croient à ce discours et ils revendiquent plus de droit et moins de politique. Comme si celui-là et celle-ci n’allaient pas toujours ensemble. Et cependant, dans le contexte général du caractère politique du droit constitutionnel, il faut quand même préserver l’autonomie du droit et des juristes. C’est une ligne de frontière très souple. Il faut de l’expérience, de la prudence et de la sagesse pour tracer les limites, dans chaque situation. Car la frontière change selon les cas. Pour ne donner qu’un exemple, on comprend bien que le gouvernement doit choisir entre acheter “des canons ou du beurre” (pour reprendre un exemple classique), mais on accepte difficilement qu’un gouvernement démocratique nomme au poste de “ombudsman” un militant fidèle, sans formation, sans expérience, sans prestige.

²⁴ J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 51; Eduardo Garcia de Enterría, “La Constitución como norma jurídica », in *Anuario de Derecho Civil*, série I, n° 2, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, p. 292 et suiv. A propos du caractère systématique du droit en général en tant que norme, p. ex., le livre suggestif de Dimitri Dimoulis, *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 2^e éd., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.171, très intéressant en matière d’herméneutique générale.

²⁵ V., p. ex., Agassis Almeida Filho, *Introdução ao Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 143 et suiv.

²⁶ Pour une synthèse du tridimensionalisme juridique, Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 19^e éd., São Paulo, Saraiva, 1999; Angeles Mateos García, *La Teoría de los valores de Miguel Reale*, trad. port. de Talia Bugel, *A Teoria dos Valores de Miguel Reale (Fundamento de seu tridimensionalismo jurídico)*, São Paulo, Saraiva, 1999.

3.2. Caractère unitaire de la constitution

L'unité essentielle de la constitution découle du caractère systématique de cette forme supérieure de juridicité qu'est le droit constitutionnel, modelé en particulier dans la constitution. La constitution est un ensemble de normes juridiques, mais on peut dire, peut-être au sens plastique ou métaphorique, qu'elle constitue une norme juridique unique (vaste, parfois sinieuse voire apparemment contradictoire, comme c'est le cas des constitutions-compromis). Toute constitution est comme une seule norme juridique que nous devons présupposer mentalement. Car elle a une unité de sens. Et quand bien même elle n'en aurait pas, en raison d'une faiblesse de ses constituants, l'interprète se chargerait de lui en imaginer une. C'est indispensable.

3.2.1. Graduation (ou égalisation) des normes constitutionnelles

Au premier abord, le caractère unitaire de la constitution se confond avec le principe d'unité de la constitution, qui implique d'emblée qu'il ne peut y avoir dans la constitution de normes de "première classe" à côté de normes de "deuxième classe" ni de normes "vraies" et "fausses" ni de normes "majeures" et "mineures" – ce qui n'exclut toutefois pas, selon nous, la possibilité (pouvant prendre des formes diverses et découlant évidemment d'une interprétation) qu'il y ait des normes constitutionnelles injustes (dans une constitution hypothétique) ou des normes constitutionnelles inconstitutionnelles. Mais il faut traiter sans distinction toutes les normes justes et constitutionnelles (les normes injustes sont d'ailleurs substantiellement inconstitutionnelles²⁷ – le grand problème, c'est de se mettre d'accord sur un critère consensuel pour déclarer une norme injuste...).

3.2.2. Complémentarité et équilibre des normes constitutionnelles

D'un autre côté, ce principe de parification des normes constitutionnelles suppose aussi la complémentarité intégrante, équilibrante et irénique des normes.

Il serait absurde de ne pas concevoir les normes comme hiérarchiquement équivalentes, même si l'on peut évidemment établir des distinctions en termes logiques. L'équivalence concerne des normes de même genre ou de même tonalité, comparables et éventuellement susceptibles de susciter la polémique; certaines normes sont tellement différentes au niveau de leur contenu qu'elles sont tout simplement incomparables, même au niveau de leur valeur. Le problème se pose surtout, *grosso modo*, quand il y a, par exemple, dans une même constitution, des normes qui garantissent la propriété privée et des normes qui parlent de socialisme ou de propriété sociale. Le socialisme en cause ne peut évidemment pas être collectiviste pur et dur et la propriété privée ne peut pas être celle de l'individualisme possessif²⁸ d'un capitalisme effréné. Il faudrait compatibiliser les deux sortes de normes. Aucun de ces genres de normes ne peut anéantir l'autre, sous aucun prétexte. C'est aussi simple que cela, mais tellement difficile à admettre par les extrémistes.

3.2.3. Interprétation conforme à la constitution. Interprétation holistique

On peut donc conclure que la première grande règle, qui peut sembler redondante mais ne l'est toutefois pas, est sans doute *l'interprétation de la constitution conformément à la constitution*, c'est-à-dire une interprétation qui soit non pas sectorielle ou sectorisée, et encore moins sectaire, mais bien holistique, globale, intégrée et intégrante.

²⁷ Juarez Freitas, *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*, Petrópolis, RJ, Vozes; Porto Alegre, RS, EDIPUCRS, 1989.

²⁸ C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Clarendon Press, Oxford University Press, 1962; Raymond Boudon, "L'Individualisme en Sociologie (Entretien)", in *Esprit*, n° 108, nov. 1985, pp. 101-110; Louis Dumont, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Le Seuil, 1983, rééd. coll. "Points", 1991.

Néanmoins, cette interprétation implique (comme c'est d'ailleurs presque toujours le cas de presque toutes les autres) la convocation d'autres éléments herméneutiques qui aident à comprendre quelle constitution interprète quelle "autre" constitution – et comment. Il s'agit surtout de ne rien exclure de l'ensemble de la constitution dans son interprétation dans chaque cas. Rien d'essentiel et de pertinent, bien entendu.

3.2.4. *Présomption de constitutionnalité?*

Certains auteurs (qui se fondent sans doute sur un "institutionnalisme" autoritaire et à qui l'invocation de Hauriou pourrait donner un crédit de "scientificité" dans certains milieux²⁹) sont susceptibles d'extraire de cette prééminence constitutionnelle un principe herméneutique de présomption de constitutionnalité des actes du pouvoir voire de l'administration, etc. Il serait souhaitable de pouvoir procéder légitimement de la sorte. Toutefois, dans le monde où nous vivons, cette présomption peut faire plus de mal que de bien, même si elle est considérée comme réfutable (*iuris tantum*). Si l'on porte un regard froid sur les choses, on se rend compte que ce principe ne peut être que pervers. Car nous savons que toute activité de l'Etat et de ses entités devrait être constitutionnelle au plus haut degré. Si elle l'est, présumer qu'elle l'est devient superflu et redondant. Si elle ne l'est pas et que nous voulions, au moyen d'une présomption, qu'elle semble avoir ce qu'elle n'a pas intrinsèquement, ne faisons-nous pas plus de mal lorsque nous obligeons un particulier victime d'une offense inconstitutionnelle de la part de n'importe quelle entité de l'Etat à prouver, d'une façon ou d'une autre, que ce qui est présumé constitutionnel ne l'est pas en réalité? Encore faut-il que la présomption ne soit pas absolue ou irréfutable (*iuris de iure*). Sinon, ce serait la porte ouverte à l'arbitraire...

On peut l'admettre comme une simple présomption du domaine du devoir-être (*Sollen*). Sans plus. Et nous devons toutefois nous attendre à ce que l'esprit et la lettre de la constitution ne soient pas toujours respectés. En fait, la présomption de constitutionnalité n'est pas du tout une bonne idée: elle nous semble même inconstitutionnelle. En tout cas, même sans être invoqué, ce "pseudo-principe" semble déployer ses ailes blanches sur plusieurs réalités, en les protégeant par le présumé. Ce que les ailes cachent n'est pas toujours très pur... Mais n'exagérons rien. Même en politique, la candeur de la colombe est aussi nécessaire que la sagesse du serpent.

3.3. *Caractère intégrateur de la constitution*

3.3.1. *De l'intégration en général. Intégration, rupture et progrès social*

La constitution a une fonction intégratrice, comme le droit dans son ensemble d'ailleurs, mais encore plus en raison de sa portée et de sa prépondérance. Cette fonction présente plusieurs traits caractéristiques: la stabilisation de la société politique (par exemple, de l'Etat), la consolidation des institutions, l'instauration de l'ordre social, de la hiérarchie et de la paix sociales. En général, elle contribue aussi largement à donner un sens au monde³⁰, ce qui constitue une des premières et des principales fonctions sociales du droit.

Toutes les constitutions, même les moins généreuses et les plus nominales, contribuent d'une façon ou d'une autre à cette fonction intégratrice. Mais il ne faudrait pas croire que cette dimension constitutionnelle soit incompatible avec d'autres, apparemment contradictoires.

²⁹ Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923. Et surtout *Idem*, "Théorie de l'Institution et de la fondation (essai de vitalisme social)", in *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté. Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23, 1925. Cf. un premier abordage descriptif dans notre *Quadros Institucionais. Do Social ao Jurídico*, Porto, Rés, 1987, p. 337 et suiv., surtout p. 350 et suiv.

³⁰ G. Kuhenhoff, *op. loc. cit.*

L'intégration fournie par une nouvelle constitution repose avant tout sur la capacité effective du nouvel ordre à s'affirmer et à inspirer le respect général, même si l'on "tolère" conceptuellement des îlots de résistance et d'irrespect, y compris dans un ordre constitutionnel bien enraciné, comme c'est le cas lorsqu'il y a des guérilleros en action ou des parties du territoire désobéissant au pouvoir constitué, à celui qui applique la constitution. Autrement dit, une certaine désobéissance localisée ne menace pas la force intégrative générale de la constitution. Cela ne signifie pas qu'elle ne doit pas être légalement poursuivie: la "tolérance" dont nous parlons n'est autre qu'une certaine capacité de la théorie à coexister avec des exceptions.

Le *réquisit de la positivité*³¹ d'un ordre constitutionnel (indice de respect et d'intégration) est indéniablement un trait positiviste. Surtout si l'on confond le fait d'être en vigueur avec la validité, la positivité avec la légitimité.

Or, la positivité d'un ordre constitutionnel (notamment imposé par une révolution, une guerre de libération nationale ou un processus de sécession) n'en implique pas la validité, ni, bien sûr, la légitimité sur le plan le plus profond des principes (l'ordre résultant d'un coup d'Etat nazi dans une démocratie florissante, qui se ferait respecter par la force aurait de la positivité et serait en vigueur, mais il n'aurait aucune légitimité ni aucune validité).

Il faut toutefois reconnaître qu'un ordre bienveillant et démophile, rendu utopique par les circonstances (par exemple par le choc d'une invasion étrangère, d'une catastrophe naturelle ou autre dans des proportions dévastatrices), qui ne serait plus respecté dans de vastes zones du territoire d'un Etat par la majorité des citoyens, qui ne serait donc plus en vigueur et serait ainsi dépourvu de positivité, aurait beau être légitime en raison de sa bonté intrinsèque et de son processus démocratique d'instauration, il ne pourrait toutefois pas être considéré comme une constitution effective.

L'intégration (du moins fondée sur un certain consensus) peut succéder à la rupture. Nous savons qu'il est normal que les constitutions représentent l'intégration suite à des ruptures politiques. Mais il est aussi possible que la constitution soit elle-même l'instrument de la rupture, qu'elle lui soit contemporaine ou immédiatement consécutive, voire qu'elle en soit l'étendard. Lorsque le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe a surgi, il a contribué largement à approfondir des ruptures

³¹ Celso Ribeiro Bastos souligne très justement ce principe, même s'il en exagère peut-être un peu l'aspect positiviste (pour des raisons didactiques?) dans *Elementos de Direito Constitucional*, 2^e éd., São Paulo, Saraiva / EDUC, 1976, p. 9, où il affirme: "Le trait qui distingue vraiment la légitimité d'un ordre juridique donné, c'est la positivité dont il se vêt, n'en déplaise à ceux qui ne sont pas d'accord (...) Tant qu'il [l'ordre établi par la constitution] se présentera comme la source dont proviennent les forces de coercition physique qui réglementent la société, il sera légitime ». Michel Temer adopte une position un peu plus nuancée (en invoquant l'héritage jusnaturaliste, sans toutefois s'identifier à celui-ci) dans *Elementos de Direito Constitucional*, 15^e éd., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 30, lorsqu'il affirme: "Pour ceux qui soutiennent l'existence d'un droit naturel, ce pouvoir [constituant] est soumis à la normativité précédente [jusnaturelle]. (...) Les plans de la *légitimité* et de la *légalité* découlent de cette conviction. On peut ainsi constater qu'il peut exister des normes positives illégitimes (parce qu'elles bafouent des droits propres à l'être humain) ». Cependant, dans ce qu'il appelle le "plan scientifico-juridique", cet auteur considère que le "scientifique de droit" ne peut utiliser de "critères métajuridiques": et le droit naturel compterait certainement parmi ces critères (cf. *Ibidem*, note 2). Quant à Manoel Gonçalves Ferreira Filho, il invoque expressément le droit naturel dès l'édition immédiatement postérieure à la Constitution brésilienne de 1988 dans *Curso de Direito Constitucional*, 17^e éd., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 20: "Quelle est la nature du pouvoir constituant? S'agit-il d'un pouvoir de fait, c'est-à-dire d'une force qui s'impose en tant que telle, ou d'un pouvoir de droit, c'est-à-dire d'un pouvoir dérivant d'une règle juridique antérieure à l'Etat qu'il fonde? (...) En fait, la seconde thèse semble préférable. Le droit ne se résume pas au droit positif. Il existe un droit naturel, antérieur au droit de l'Etat et supérieur à celui-ci. De ce droit découle la liberté de l'être humain à choisir les institutions par lesquelles il est gouverné. Ainsi, le pouvoir qui organise l'Etat en établissant la constitution est un pouvoir de droit ».

qui avaient déjà modifié profondément l'équilibre constitutionnel européen, notamment depuis le Traité de Maastricht. Mais, dans la mesure où il aurait constitué un saut qualitatif dans l'approfondissement de la création d'un *novum* juspolitique "Union européenne", il a constitué une rupture en soi. De même, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, certes plus souple (et sans doute moins bien perçu par l'opinion publique) a représenté un autre saut qualitatif, sans que l'on puisse parler pour autant de difficultés en ce qui concerne l'intégration³²...

Enfin, intégration constitutionnelle n'est absolument pas synonyme de conservatisme, traditionalisme ou réactionnarisme retranchés dans un texte particulièrement influent sur les décisions juridiques. Intégration ne signifie pas stagnation. Au contraire, puisque le constitutionnalisme, surtout le constitutionnalisme global de l'époque actuelle, est une idée-force de défense des droits et en particulier, aujourd'hui, de la dimension sociale, économique et culturelle des droits (malgré tous les courants qui s'y opposent et sont donc anticonstitutionnels), l'idée même d'intégration revêt un sens d'intégration non pas par l'obéissance tout court, imposée par la coercition (sans respect, sans légitimation) ou la docilité acritique. Au contraire, l'intégration dont il s'agit ici est une intégration *citoyenne*, allant de concert avec l'inclusion sociale. Cela implique que l'application de la constitution requière une action particulière en faveur des droits, réellement pris au sérieux, sur la voie du progrès social. Il ne s'agit pas d'une inclusion paternaliste ou assistencialiste, mais bien d'une inclusion qui reconnaît à chacun l'humanité et la citoyenneté à part entière. Une inclusion dans laquelle les citoyens construisent de leurs mains leur propre intégration, en tant que mode d'émancipation.

3.3.2. *Les principes intégrateurs constitutionnels. Principe de l'effet intégrateur*

Élaborer une constitution qui ne soit pas une simple utopie-chimère implique le compromis, la conciliation; le "projet de constitution" lui-même est une tentative de consensus. Historiquement, on le sait, les constitutions servent souvent à apaiser et à institutionnaliser des processus de changement politique, plus ou moins convulsifs ou révolutionnaires.

L'option constitutionnelle est donc celle de la pacification et de l'institutionnalisation, c'est-à-dire de l'intégration sociale et non de l'antagonisme, du conflit, sans nier le caractère intrinsèquement conflictuel des sociétés (et la dialectique avec des facteurs de continuité, de tradition et d'aspiration à l'ordre... qui existent aussi). C'est pourquoi, en herméneutique constitutionnelle, lorsque l'on constate des points de controverse où dominent le conflit social et l'antagonisme d'intérêts parfois très vif, il faut chercher la solution qui évite le mieux la "crispation", l'approfondissement des clivages, et qui favorise le plus les consensus entre les forces en présence.

Cependant, il est évident que cette tentative irénique de pacification et de résolution de conflits doit toujours se réaliser dans le respect de la constitution, de son unité et de sa téléologie générale et qu'elle ne doit jamais franchir les limites constitutionnelles acceptables, à commencer par le noyau irréductible des droits fondamentaux. Entre le conflit constitutionnel et la paix honteuse de l'inconstitutionnalité, il faut suivre la voie du conflit. Mais heureusement, cette alternative ne s'impose pas tous les jours et dans la plupart des cas, une solution de conciliation existe dans le cadre des constitutions.

Le principe herméneutique de l'effet intégrateur ne doit pas être conçu comme la recherche du consensus ou l'abaissement de la barre du projet constitutionnel au

³² V. notre *Novo Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 2005.

delà du raisonnable. Et surtout pas aux dépens de la constitution. Ici aussi, la constitution doit être interprétée *conformément à la constitution*.

3.3.2.1. *Le principe de la concordance (ou de l'harmonisation) pratique*

Une des plus prodigieuses acquisitions humaines de la *forma mentis* juridique consiste dans la capacité de voir les réalités de façons très différentes et de défendre des perspectives antagoniques à propos de ce qui serait “apparemment les mêmes faits” (cette “identité” est discutable dans une perspective herméneutique revisitée). Si, pour un lecteur naïf, les constitutions modernes à caractère programmatique sont remplies de contradictions et si un interprète engagé politiquement peut être tenté de dresser certains préceptes contre les autres, les principes *d'unité de la constitution* et de son *effet intégrateur* sont justement là pour nous obliger à aborder le texte constitutionnel dans son ensemble. Et ils ne forcent même pas le constitutionnaliste ami de la constitution à faire des efforts surhumains d'articulation entre préceptes “antagoniques”. La vie est faite d'antagonismes et la vie politique, que la constitution régleme (jusqu'à un certain point: et elle ne doit le faire que jusqu'à un certain point, en raison de la force libre, irrépressible de la politique), comporte nécessairement des oppositions. L'art de faire des constitutions par les temps contradictoires (voire anomiques) qui courent, c'est justement, dans une large mesure, la capacité de les faire en profitant des apports des uns et des autres, “de droite” et “de gauche” (et “du centre”), dans une synthèse possible et créative. Pas un plus petit mais un plus grand dénominateur commun, une projection. Pas un couvre-lit en *patchwork*, mais une synthèse qui a un sens et qui aboutit à un projet constitutionnel cohérent.

Ce n'est certes pas facile, mais cela ne signifie pas que nous devons considérer que des normatifs en tension ou des droits en conflit constituent des casse-tête et qu'une constitution dogmatique, monolithique et unidirectionnelle serait préférable. Tout d'abord parce que ce serait un projet utopique. En effet, même sous les régimes autoritaires, avec des constitutions d'une seule couleur, sous des régimes à “parti unique” ou sans parti du tout, il existe des querelles constitutionnelles et des sensibilités constitutionnelles différentes. Ensuite, parce qu'au fond, la richesse d'une situation constitutionnelle démocratique réside aussi dans le jeu des intérêts, des forces, et dans la séduction qu'exerce la possibilité de trouver des solutions de compatibilité entre les contraires grâce à la logique, à la subtilité, à l'astuce, à l'inventivité, en un mot, grâce à l'*art juridique*.

La *concordance pratique* en herméneutique constitutionnelle se fonde ainsi sur cette intériorisation de la dialectique des contraires, sur la capacité de dialoguer et d'envisager avec naturel ce qui diverge et se dispute, sans considérer aucun des éléments en présence comme mineur, inférieur et encore moins ennemi, mais en les considérant tous comme capables de contribuer à trouver la solution à travers la dialectique. Ce principe permet d'ailleurs d'estimer à sa juste valeur l'énorme importance de la pensée topique, problématique, dialectique pour une herméneutique constitutionnelle moderne, pondérée et intégratrice. Car ce qu'il suffit de faire, grâce au principe de l'effet intégrateur, c'est tout simplement de pondérer deux normes, deux valeurs, deux principes, deux droits, etc., qui entrent apparemment ou réellement en conflit, en donnant à chacun(e) un poids lui permettant de résister, autrement dit, en le ou la dignifiant mais sans annihiler aucun des éléments en présence, même si l'on donne plus de relief à l'un qu'à l'autre. Il y a donc une réelle *pondération* de valeurs topiques dans ce cas précis, en droit constitutionnel. Il n'y a pas moyen de faire autrement si l'on veut être subtil. On peut le faire et ne pas le dire. Mais pour obtenir un effet utile de deux valeurs en opposition, on tente de sacrifier le moins possible de chacune d'entre elles. Il peut arriver que l'une ou l'autre soit perdante. Cela signifie selon nous qu'il existe en fait un besoin de pondérer les valeurs, mais pas une échelle

préétablie, un “ordre figé de valeurs” comme on l’appelle parfois. Cela signifie aussi qu’il faut porter un jugement de valeur pour arbitrer le conflit entre des topiques-valeurs contradictoires et que la décision ne peut être prise qu’en se fondant sur l’application des valeurs à un cas concret. C’est celui-ci qui dictera l’ordre de valeurs à appliquer dans tel ou tel cas, car chaque situation exige en fait un ordre de valeurs différent. Il ne s’agit pas d’une dictature des faits, mais d’un véritable jugement de valeur par rapport aux faits eux-mêmes.

Comme son nom l’indique, ce principe vise à la concordance (entre choses *prima facie* discordantes) et c’est un principe pratique (et non théorique – ce qui annulerait le problème et subvertirait le système), il s’applique en outre à un cas particulier. C’est pourquoi ce principe porte *aussi* le nom de “principe d’harmonisation pratique”³³.

Ce principe s’applique surtout sur le terrain des droits fondamentaux. Mais de nombreuses dichotomies et tensions entre droits (fondamentaux, humains, etc.) n’en sont pas vraiment. Il faut de nouveau faire appel à la capacité d’un autre regard, plus nuancé, pour éviter de tomber dans le piège de la fausse dialectique qui nous mènerait tout droit à des résultats négatifs, pour ne pas dire désastreux³⁴. Il y a des cas de faux conflits et même des cas de convocation erronée de certains droits ou de certains principes, etc.

3.3.2.2. *Le principe de la conformité (ou répartition) fonctionnelle*

La *forma mentis* juridique n’est pas seulement réticulaire et multiplement alternative; elle permet aussi plusieurs interprétations, parfois apparemment contradictoires, sans rompre l’unité du système. En effet, la *forma mentis* juridique présuppose justement une unité du système et même, dans une certaine mesure, sa plénitude – que d’aucuns considèrent comme une “plénitude logique” – tout en restant un système “ouvert”.

Le *principe de conformité fonctionnelle* se manifeste lorsque le voile diaphane mais effectif qu’est le droit en général et le droit constitutionnel en particulier exerce la fonction qui consiste à s’appliquer à toutes les situations où il est nécessaire (et seulement aux situations qui requièrent vraiment le droit, car il faut aussi ménager des *zones libres* de droit et du droit). Il implique une présomption capable de lever les doutes et de résoudre les antinomies dans l’esprit du système (lui aussi intégrateur mais conforme à l’esprit, au projet de constitution). Il s’agit de la présomption selon laquelle il faut procéder à une contextualisation et à une interprétation / application qui préservent la trace substantielle du modèle d’organisation de la constitution. Dans le cas de la constitution globale actuelle, il s’agit avant tout du respect du principe de la séparation (et de l’interdépendance) des pouvoirs de l’Etat, c’est-à-dire sans aucun doute le plus haut principe non seulement au niveau de l’organisation mais aussi au niveau organique et fonctionnel. Un principe organique avec un sens politique profond, celui que le pouvoir arrête le pouvoir³⁵. Sans cela, il est de la nature du pouvoir d’en abuser³⁶.

Il peut y avoir des antinomies complexes lorsque les divers pouvoirs et plusieurs fonctions de l’Etat sont en jeu. En période d’activisme judiciaire (manquant de modération – *self restraint*) et d’initiative législative et exécutive, il est clair que ce n’est pas facile de trouver un point d’équilibre dans le respect de la séparation des

³³ Glauco Barreira Magalhães Filho, *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*, 3^e éd., Belo Horizonte, Mandamentos, 2004, p. 73.

³⁴ Pour plus de détails, cf., p. ex., notre *Teoria da Constituição*, vol. II. *Direitos Humanos, Direitos Fundamentais*, Lisbonne / São Paulo, Verbo, 2000, pp. 273-289.

³⁵ Montesquieu, *De l’Esprit des Lois*, XI, 6.

³⁶ *Idem*, XI, 4.

pouvoirs, qui se cherche depuis longtemps et dont l'élaboration moderne est déjà passée par tant de versions contradictoires³⁷. Tout devient encore plus complexe lorsque l'un des protagonistes est la juridiction constitutionnelle elle-même. Celle-ci ne peut toutefois pas abdiquer son rôle constitutionnellement consacré et délimité de contrôle de la constitutionnalité sans quelque activisme (ou dirigisme) et sans se substituer aux autres organes, tout en conservant son indépendance et sa dignité dans la tenue de son rôle primordial.

3.3.2.3 *Le principe de l'effectivité maximale*

Plusieurs des principes intégrateurs peuvent, en effet, être soumis à quelque restriction, à quelque retenue ou à quelque conciliation, ce qui pourrait donner l'impression d'un affaiblissement de l'affirmation des normatifs constitutionnels. Il n'en est rien. Cette situation est nettement compensée (voire contrariée, réfutée) par le principe de *l'effectivité maximale* de la constitution et de ses préceptes.

Ce principe implique l'effort d'extraire des clauses constitutionnelles des normes permettant le plus possible de réalisation concrète, sans que cela affecte les conciliations et les modérations nécessaires selon les autres principes. Il ne s'agit pas d'atteindre un public plus large, voire de s'appliquer à un plus grand nombre de cas ou à tout autre critère quantitatif cher à ceux qui ne comprennent rien à l'essence des choses. Ce dont il s'agit, c'est de rendre plus efficace le projet constitutionnel dans son ensemble. Il s'agit donc d'assurer la réalisation pratique aussi complète que possible et le consensus social le plus parfait qui soit conformément à ce que la constitution a de plus particulier et de plus significatif: les valeurs. Autrement dit, ce principe vise à favoriser l'effectivité pratique de la constitution, en stimulant la réalisation des valeurs constitutionnelles. Car ce sont les valeurs qui constituent le noyau de la constitution, ce qu'elle a de plus profond et de vraiment essentiel (les limites matérielles de révision, quant à la concrétisation de ces valeurs, c'est – on le sait – un autre centre essentiel de "constitutionnalité forte").

3.3.2.4 *Les principes de proportionnalité et de raisonnable*

Ces deux principes peuvent être considérés comme des sous-principes du principe *d'interdiction de l'excès*. D'ailleurs, certains auteurs ne les distinguent pas et parlent simplement de *principe de proportionnalité*, à plusieurs facettes, il est vrai³⁸.

Tandis que le premier principe herméneutique, celui de la suprématie de la constitution, trouve son origine mythique dans une décision judiciaire prise aux Etats-Unis et son grand héraut doctrinal en la personne de l'Autrichien Hans Kelsen³⁹, il semble que les principes de proportionnalité et de raisonnable puisent leur racine dans un ancien postulat britannique et sont parfois désignés par le terme anglais *due process of law*.

³⁷ V. notre *Política Mínima*, 2^e éd., pp. 143-194. Plus en détail et avec des considérations interdisciplinaires, *Idem*, "O Mito da Separação dos Poderes", in *Pensar o Direito*. I. *Do Realismo Clássico à Análise Mítica*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 233-317. V. encore le classique Franco Bassi, "Il Principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)", (2^e partie), in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno XV, 1965, p. 17 et suiv.

³⁸ Cf., en général, Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, Londres, Kluwer, 1996; Xavier Philippe, *Le contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990; Raquel Denize Stum, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995; Vitalino Canas, "Princípio da Proporcionalidade", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, tiré à part du Volume VI, Lisbonne, 1994.

³⁹ Peter Häberle le souligne et le salue p. ex. dans Diego Valadès, *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 25.

Les principes de proportionnalité et /ou de raisonabilité⁴⁰ sont les plus ineffables de tous les principes. Ils renvoient à une idée d'équilibre, de réelle justice et de bon sens propres à chaque cas particulier où la règle est appliquée. Cette plasticité des principes et leur évolution au fil du temps les rendent difficiles à expliciter. Ils sont pourtant très utiles en tant que soupape de sécurité, non pas subjective, mais balisée.

Nous parlons de principes de proportionnalité *et/ou* de raisonabilité car le problème terminologique et catégoriel résulte en fait de la variabilité du classement selon les cultures. Dans le monde anglo-saxon, on parle de critère de raisonabilité tandis que sur le continent européen, on préfère parler de critère de proportionnalité⁴¹. Cette double origine explique la disjonction. On ne peut toutefois pas oublier le concept que recouvre chacune de ces expressions.

Le Tribunal constitutionnel allemand offre une synthèse dont il faut tenir compte. Elle contient de bonnes pistes pour se faire une idée plus précise de ce qu'est le principe de proportionnalité: "L'application du critère de proportionnalité comme limite des limites n'a rien à voir avec une quelconque évaluation des biens, des intérêts ou des valeurs juridiques; il s'agit de la recherche du meilleur moyen d'intervenir, c'est-à-dire du moyen adéquat (ajusté à l'objectif de l'intervention) qui soit le moins nuisible possible selon le degré de liberté atteint. Appliquer le critère de proportionnalité, cela signifie donc interpréter et analyser l'objectif poursuivi par l'Etat et le moyen d'intervenir, se demander dans quelle mesure cet objectif et ce moyen sont admissibles et quelle relation ils entretiennent entre eux. Cette relation doit pouvoir être qualifiée de relation d'adéquation et de nécessité, au sens juridique des termes."⁴²

D'ailleurs, ce principe est traditionnellement le principe suprême en matière d'intervention policière et on ne voit pas pourquoi il ne devrait pas s'étendre à toute action de l'administration publique. Un slogan publicitaire qui passait autrefois à la télévision pourrait illustrer ce principe d'adaptation du moyen à la situation, en évitant les extrêmes: "Ne chassez pas un lion avec un lance-pierre ni une mouche avec une carabine". Il n'est pourtant pas facile de convaincre certaines entités très puissantes de la raisonabilité de cet adage, surtout de sa seconde partie...

On peut faire la synthèse des différentes facettes de ces principes en commençant par leur facette négative (*l'interdiction de l'excès*) qui permet de les délimiter de façon plus plastique que leur facette positive (*proportionnalité et raisonabilité*). Il est ainsi devenu courant de dire que l'interdiction de l'excès se mesure à l'adéquation, à l'exigibilité et à la proportionnalité *stricto sensu*⁴³.

L'adéquation signifie qu'il ne faut pas s'écarter du sens, du style et de la finalité de l'intervention. Elle se traduit par la conformité de l'acte à son objectif légal et présuppose une équivalence entre la mesure prise et son objectif ou sa finalité.

L'exigibilité peut être matérielle (économie des moyens et restriction minimale des droits), spatiale (limites géographiques ou spatiales de l'intervention ablative ou comprimante), temporelle (réduction maximum de la durée de la mesure

⁴⁰ José Sérgio da Silva Cristóvam, *Colisões entre Princípios. Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*, Curitiba, Juruá, 2006.

⁴¹ Cf., au sujet des deux traductions, une synthèse *in*, p. ex., Carolina Pereira Saéz, *Una Contribución al estudio del empleo del Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Español*, tiré à part de «Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña», 8, p. 1044.

⁴² Juergen Schwabe, (morceaux choisis par), traduction à partir de la version portugaise de Leonardo Martins, (organisation et introduction de l'éd. port.), *50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Montevideo, Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 89.

⁴³ Cf. p. ex., J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 266 et suiv.; José Sérgio da Silva Cristóvam, *Colisões entre Princípios. Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*, p. 214 et suiv. Légèrement différent, Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 178 et suiv.

d'exception), personnelle (réduction au nombre d'agents juridiques strictement nécessaires – que ce soit activement ou passivement).

Quant à la proportionnalité *stricto sensu*, c'est l'équilibre général, la retenue, la pondération, le fait de veiller constamment à peser minutieusement le pour et le contre.

3.3.3. *Le principe d'interdiction de régression*

Le principe d'interdiction de régression est l'un des principes constitutionnels les plus polémiques, même si on l'invoque parfois avec un consensus apparent sur les termes. Il s'applique aussi bien dans le cadre des droits sociaux que dans n'importe quel autre domaine constitutionnel, comme, par exemple, celui des droits, des libertés et des garanties des toutes premières "générations" de droits⁴⁴ (que l'on devrait plutôt désigner par "dimensions de droit" car elles tendent finalement à coïncider sous peine de régression)... On oppose parfois à ce principe celui de la *réserve du possible*. Mais, ici aussi, ne faut-il de toute façon pas atteindre une concordance pratique des principes? Avant la crise financière et les injections de capitaux publics dans les banques et dans d'autres grandes entreprises, on aurait encore pu croire placidement qu'il pourrait arriver que les plus défavorisés (dans les pays où le "défavorisement" peut signifier la faim, la maladie, l'analphabétisme et bien d'autres privations) doivent supporter encore plus leur karma au cas où les conditions nécessaires au maintien de leur maigre pension, de leur maigre salaire, de leur emploi, etc., disparaîtraient. On aurait encore pu, par quelque ingénuité collective, plaider la *réserve du possible* contre eux. Aujourd'hui, on peut remettre sérieusement en cause le dogme selon lequel maintenir voire élever tous les citoyens à un même niveau de dignité ne serait qu'une chimère impossible, démagogique. On doute que ce soit si difficile que cela. Des politiques qui coûtent beaucoup plus cher et qui sont financées par les deniers publics ont surgi du néant quand c'était nécessaire. Il apparaît donc de façon de plus en plus nette que le *principe de non-régression sociale* est valide et qu'il y aura toujours moyen de mobiliser les fonds nécessaires. Il reste à savoir au service de qui sont les augures économique-financiers et sous quelle égide spirituelle et culturelle on les accueille (ce qui détermine même leurs convictions): s'ils s'efforcent de s'enrichir personnellement ou au moins de favoriser la "stabilité" (c'est-à-dire la richesse économique-financière de celui qui détient le pouvoir et les moyens de production) ou s'ils s'engagent auprès des plus défavorisés et veillent à ce que soient tenues les promesses de dignité sociale des constitutions de l'Etat social. Un des stratagèmes des adversaires de l'Etat social et des constitutions sociales, c'est de présenter l'inégalité comme naturelle et socialement, historiquement voire ontologiquement inévitable, ce que les avocats du privilège ont toujours réussi à faire croire, surtout en temps de crise. Mais tout dépend de qui paie la crise. Car elle peut se solder soit par la diminution des droits, le chômage et la misère, soit par la redistribution et la justice sociale⁴⁵.

Recebido para publicação em 21-10-11; aceito em 20-11-11

⁴⁴ Contre la catégorie des "générations de droits", cf. p. ex. Michel Levinet, "Recherche sur les fondements du 'droit au développement de l'être humain' à partir de l'exemple de la convention européenne des droits de l'homme", in *Les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruyant, AUELF-URF, 1997, pp. 45-51; Willis Santiago Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2^e édition, São Paulo, Celso Bastos, 2001, p. 39. Egalement, bibliographie pertinente dans notre *Teoria da Constituição*, vol. I. *Direitos Humanos. Direitos Fundamentais*, p. 49, note 1.

⁴⁵ Extrait adapté du livre: Paulo Ferreira da Cunha, *Traité de Droit Constitutionnel* (avec l'aimable autorisation de l'éditeur Buenos Books International) www.buenosbooks.fr/droitconstitutionnel.html www.amazon.fr/constitutionnel-Constitution-mondialisation-fundamentales-ebook/dp/B004UGLTWS/ref=sr_1_1?s=digital-text&ie=UTF8&qid=1320512581&sr=1-1