

D 1119 BRÉSIL: LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE

Les deux problèmes majeurs de la Nouvelle-République sont la réforme agraire et la réforme constitutionnelle. On sait ce qu'il advient de la première (cf. DIAL 1098 et 1113). Quant à la seconde elle est, elle aussi, handicapée par la décision gouvernementale de donner au Congrès national des pouvoirs constituants après avoir écarté les élections générales pour une Assemblée constituante (cf. DIAL D 1057 et 1073). Des initiatives surgissent dans les milieux juridiques et politiques pour nourrir et orienter le débat national sur ce point. C'est ainsi que, sur demande du Parti des travailleurs, Me Fábio Konder Comparato a élaboré et publié en février 1986 un avant-projet de Constitution intitulé "Change, Brésil! Une constitution pour le développement démocratique", aux Editions Brasiliense. C'est ce même avocat qui, en début 1985, avait projeté la "création de commissions consultatives municipales" analogues aux "cahiers de doléances" d'avant la Révolution française (cf. DIAL D 1034).

Nous donnons ici l'extrait de l'avant-projet de Constitution portant sur sa première caractéristique de base: à savoir "la reconnaissance effective de la souveraineté du peuple". On notera le souci de l'auteur de renouveler la notion classique de "souveraineté du peuple" dans le contexte brésilien de pays "à l'énorme inégalité sociale".

Note DIAL

## CARACTÉRISTIQUES DE BASE DE L'AVANT-PROJET

(Titres originaux, intertitres de DIAL)

A) La reconnaissance effective de la souveraineté du peuple

Voici le principe cardinal de ce que devrait être la future Constitution du Brésil: la reconnaissance effective, et pas seulement rhétorique, que tout pouvoir émane du peuple et doit être exercé en son nom et à son profit; la norme fondamentale selon laquelle toute organisation des pouvoirs - politiques, sociaux ou économiques - a pour finalité suprême de garantir à tous les conditions d'une vie digne et heureuse (article 1er) (1).

L'avant-projet s'ouvre par la proclamation de ces vérités, développées et explicitées tout au long du texte, sur le fond et dans la forme.

Du point de vue formel, l'ordonnement systématique des normes constitutionnelles n'est pas sans signification. De par soi il révèle une hiérarchie de principes qui éclaire le sens des dispositions particulières. La Constitution en vigueur, calquée sur celle de 1891, place l'organisation de l'Etat brésilien avant la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans l'avant-projet, au contraire, la première partie porte sur la souveraineté et, après l'énoncé des principes fondamentaux, établit les règles générales concernant la citoyenneté et la protection de la personne humaine.

(1) Article 1er de cet avant-projet de Constitution: "Tout pouvoir émane du peuple et doit être exercé en son nom et à son profit. L'organisation des pouvoirs a pour finalité de garantir à tous les conditions d'une vie digne et heureuse" (NdT).

ne. L'organisation étatique est au service de la personne humaine, non pas le contraire. L'exemple vient de la *Grundgesetz* de Bonn, suivi par les Constitutions ibériques postérieures au régime fasciste.

Dans l'avant-projet, la dignité de l'homme est reconnue dans sa dimension double et complémentaire: individuelle et sociale. Les libertés sociales, dont certaines réduites dans la Constitution en vigueur au statut de simples aspirations ou de proclamations de style ornemental, prennent la forme de règles auto-appliquables dans le sens de la défense des masses contre le pouvoir oligarchique.

Sur le fond, la souveraineté effective du peuple transparait dans l'avant-projet sous trois dimensions: le nécessaire consentement populaire, comme condition de légitimité de l'attribution et de l'exercice du pouvoir à tous les niveaux; la participation populaire à l'exercice des fonctions publiques; et la garantie des droits et libertés fondamentales.

1 - Pour ce qui est du consentement du peuple quant aux titulaires et aux finalités des pouvoirs exercés dans la société, l'avant-projet institue deux élargissements notables par rapport au système constitutionnel en vigueur. D'une part, le nécessaire consentement populaire n'est pas seulement sollicité en matière politique par le rituel périodique des élections, il est également étendu au domaine économique, en particulier les macro-entreprises (art. 208) (2) et les entreprises exploitant les moyens de communication de masse (art. 228) (3), où le pouvoir de contrôle cesse d'être confondu avec le "droit naturel de propriété". D'autre part, la spécification des finalités des pouvoirs consentis ne reste pas à l'arbitraire de ceux qui les exercent; elle ne se traduit pas non plus et uniquement en normes programmatiques à l'efficacité réduite ou pratiquement nulle. Au principe général selon lequel tout pouvoir doit être prioritairement exercé au bénéfice des populations les plus dans le besoin (art. 66) (4), vient s'ajouter une structure institutionnelle spécifique, composée des organes de planification et ayant pour mission de traduire cette finalité ultime en objectifs concrets, de façon rationnelle et systématique. C'est au niveau de l'élaboration des plans tout autant que de leur approbation qu'agissent les représentants choisis par le peuple, soit par le vote individuel (au Congrès national) soit par la désignation de groupe (au Conseil national de la planification).

2 - En deuxième lieu, la souveraineté du peuple se réalise par la participation populaire à l'exercice des fonctions publiques, abolissant ainsi la séparation artificielle entre Etat et société civile, un trait typique de l'ordre libéral.

La participation directe du peuple au processus de création du droit s'exerce, d'abord et avant tout, par le moyen de l'initiative populaire et du référendum.

Dans la théorie originelle du constitutionnalisme, la fonction éminente de créer le droit relève du parlement comme grand organe démocratique. Jusque dans la première

---

[2] "Art. 208 - Les macro-entreprises privées, légalement définies comme telles par le montant du capital, de la facturation ou du nombre d'employés, seront organisées selon les règles suivantes:

I - distinction entre la position juridique des chefs d'entreprises, des investisseurs et des travailleurs;

II - pouvoir de contrôle non fondé sur la propriété du capital et exercé par les chefs d'entreprises avec le consentement des investisseurs et des travailleurs;

III - participation équitable des investisseurs et des travailleurs à la gestion et à la répartition des bénéfices.

Paragraphe unique - Pour l'organisation des macro-entreprises sous contrôle de l'Etat, on observera les dispositions de l'alinéa III" [NdT].

[3] "Art. 228 - Les entreprises journalistiques, tout comme celles de radio et de télévision, ne peuvent être exploitées que par des associations civiles sans but lucratif ou des fondations publiques ou privées.

Paragraphe unique - La moitié, au moins, des membres des organes administratifs des entreprises sera composée de représentants élus par les journalistes employés" [NdT].

[4] "Art. 66 - Pour la réalisation du bien commun, les organes d'Etat agiront prioritairement au bénéfice des populations les plus dans le besoin" [NdT].

re et toujours exemplaire Constitution présidentielle - la nord-américaine - le pouvoir exécutif n'a pas l'initiative des lois. Seuls l'ont les membres du Congrès. Dans notre actuelle Constitution (art. 56) l'initiative appartient à tout membre ou toute commission de la Chambre des députés ou du Sénat, au président de la République ainsi qu'aux tribunaux fédéraux ayant juridiction sur tout le territoire national.

#### (L'initiative populaire à la suisse et à l'italienne)

Attribuer l'initiative des lois au peuple également, et directement, c'est une mesure importante permettant d'associer les citoyens à la tâche de transformation ou de perfectionnement du droit, et aussi de débloquer le législatif soumis au contrôle oligarchique des partis.

En Italie et en Suisse, un ensemble de cinquante mille citoyens peut prendre l'initiative de projets de loi. Grâce à l'usage d'une telle prérogative populaire, des mesures législatives importantes ont été introduites dans les législations de ces pays comme, par exemple en Italie, le divorce.

L'avant-projet prévoit que l'initiative des lois, tant ordinaires que complémentaires, appartient indistinctement au président de la République, à tout membre du Congrès national, à tout parti politique ou à un ensemble de dix mille citoyens (art. 133) (5). L'avant-projet prévoit également que l'initiative populaire concerne aussi les amendements constitutionnels (art. 234, IV) (6).

#### (Constitution et lois complémentaires)

Une question analogue à celle de l'initiative des lois est celle concernant l'inconstitutionnalité par omission, qui se produit chaque fois que le législatif ne vote pas les lois complémentaires nécessaires à la réalisation concrète des normes constitutionnelles.

Dans la Constitution portugaise de 1976 (révision de 1982), le président de la République, le *provedor* de justice ou, dans certains cas, les présidents des assemblées régionales sont habilités à demander au Tribunal constitutionnel de vérifier "le non respect de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires à la mise en oeuvre des normes constitutionnelles". Si le Tribunal constitutionnel juge qu'il y a eu omission, "il en donnera connaissance à l'organe législatif compétent". La solution portugaise semble déficiente non seulement quant à l'initiative mais aussi pour ce qui touche aux effets du jugement. Déficiente quant à l'habilitation à proposer la mesure judiciaire car elle reste confinée à certains organes de l'Etat, à l'exclusion de l'initiative directe du peuple. Elle est critiquable quant au résultat car, après le jugement, elle renvoie la question à l'appréciation de l'organe d'Etat qui est précisément responsable de l'omission.

La solution de l'avant-projet est bien différente. En plus du principe d'efficacité immédiate de certaines normes constitutionnelles - comme celles qui définissent les libertés fondamentales (art. 19) (7) et les droits fondamentaux des travailleurs (art. 219, § 1er) - l'avant-projet fixe un délai maximum de trois ans, après la promulgation de la Constitution, pour édicter les lois complémentaires nécessaires à son application. Ce délai expiré, le ministère public ou tout intéressé pourra demander au pouvoir judiciaire (selon la norme de compétence *ratione materiae*) l'application

[5] "Art. 133 - Sauf exceptions prévues dans la Constitution, l'initiative des lois complémentaires ou ordinaires appartient au président de la République, à tout membre du Congrès national, à tout parti politique, ou à un ensemble de dix mille citoyens" [NdT].

[6] "Art. 234 - L'initiative des amendements constitutionnels appartient:  
I - au président de la République; II - à un tiers des membres du Congrès national; III - à tout parti politique; IV - ou à l'ensemble de trente mille citoyens" [NdT].

[7] "Art. 19 - Les normes définissant les libertés fondamentales ont une efficacité immédiate, indépendamment de la promulgation de lois ou décrets d'application. Elles sont interprétées et intégrées à la lumière des déclarations internationales de droits dont le Brésil est signataire" [NdT].

directe des dispositions constitutionnelles en question aux cas concrets. La décision judiciaire complètera les normes de la Constitution invoquées par l'auteur de la demande; elle aura effet de chose jugée, dans les limites des questions décidées (art. 251).

#### (Le référendum populaire comme pouvoir de sanction)

Le droit d'initiative n'est cependant pas suffisant pour associer durablement le peuple à la fonction législative. Il faut également attribuer aux citoyens un pouvoir de sanction, traditionnellement exercé par le chef de l'Etat. C'est le référendum populaire ou plébiscite.

En matière constitutionnelle, l'avant-projet prescrit (art. 235, § unique) (8) que seront nécessairement soumis à approbation populaire les amendements à la première partie (relative à la souveraineté, comprenant notamment les droits et devoirs des citoyens et la protection de la personne humaine) et à la troisième partie (sur l'ordre économique et social). Dans le processus de révision constitutionnelle, c'est-à-dire la substitution d'une Constitution en vigueur par une autre, l'initiative elle-même doit être ratifiée par référendum populaire (art. 236). Relèveront également de ratification par ce moyen les matières approuvées par l'Assemblée constituante qui font l'objet d'un vote contraire des deux cinquièmes de ses membres (art. 237, § 2).

En matière ordinaire, l'avant-projet prévoit la nécessité d'un référendum pour sanctionner les lois d'amnistie de crimes de violation des libertés fondamentales (art. 140) car, si ces libertés constituent l'un des éléments de la souveraineté populaire, comme je le dirai plus loin, il est inacceptable que les mandataires du peuple disposent d'un pouvoir absolu pour effacer de tels crimes.

#### (Mandat impératif et souveraineté du peuple)

Une autre mesure de grande portée démocratique, occasion de participation du peuple au processus législatif, consiste à admettre le mandat impératif (9) dans les élections au Congrès (art. 111, § 2). Il était considéré comme anathème dans la théorie constitutionnelle classique, tributaire sur ce point de Rousseau, parce qu'on prétendait que les membres du législatif agissent toujours en tant que représentants de la Nation (avec majuscule) et non d'intérêts particuliers. Entre la totalité - une et indivisible, comme la souveraineté - et l'individuel, il n'y avait pas de moyen terme. Aujourd'hui la vision de la réalité sociale est bien moins rigide et schématique. Personne ne met plus en doute que la société est composée d'intérêts de groupes (de classe, de race, de culture, etc.); et la démocratie pluraliste postule que l'harmonisation de ces intérêts collectifs constitue la réalisation en soi du bien commun. Actuellement, les intérêts de groupes sont définis au parlement par des représentants officieux des groupes intéressés, avec la pudique omission des liens d'intérêt. La reconnaissance de la validité des ordres et directives, émanant des électeurs et acceptés par les candidats, est importante non seulement pour faire prévaloir la volonté populaire dans les élections au Congrès, mais aussi pour garantir la nécessaire publicité sur les liens qui unissent les parlementaires aux groupes d'intérêts. Le mandat impératif étant enregistré auprès de la justice électorale au moment de l'admission des candidatures, tout vote fait contre lui est sans effet au moment des délibérations parlementaires (art. 115, § 2).

---

(8) "Art. 235 - La Constitution est amendée par le Congrès national, par vote des deux tiers au moins de ses membres, en deux tours.

Paragraphe unique: Sont soumis à ratification en référendum populaire les amendements portant sur les dispositions de la première et de la troisième parties de la Constitution" (NdT).

(9) A la différence du "mandat représentatif" qui postule l'indépendance ultérieure du mandataire à l'égard de ses électeurs, la conception du "mandat impératif" veut que les élus, tenant leur mandat des électeurs de leur circonscription, doivent se conformer à leurs directives et peuvent être révoqués par eux (NdT).

### (Représentants des administrés)

Enfin, et toujours en matière de création du droit, il y a actuellement des organes du pouvoir exécutif qui exercent des fonctions normatives de la plus haute importance, comme par exemple le Conseil monétaire national. La Constitution en vigueur, comme celles des autres pays, est muette sur la réglementation du fonctionnement de ces organes. Il se trouve que les résolutions prises par eux, dans des secteurs de la plus haute importance pour les activités économiques, échappent à tout contrôle de la part des administrés, par absence d'une publicité appropriée du processus normatif. De plus, dans la composition de ces organes, prévalent habituellement la volonté et la politique, non pas exactement de l'exécutif comme un tout, mais du gouvernement occasionnellement en fonction. Pour corriger ces distorsions, l'avant-projet établit la participation obligatoire de représentants des administrés dans la composition de tels organes, ainsi que la nécessaire publicité du processus normatif.

### (Recours pour excès de pouvoir et action populaire)

Une autre fonction publique, traditionnellement attribuée aux organes d'Etat et très liée à la création du droit, est celle du contrôle de la légalité et de la valeur des actes du pouvoir public. Dans notre pays c'est le judiciaire qui l'exerce, mais toujours sur provocation et jamais *ex-officio*. Quant à la constitutionnalité des lois, mise à part l'action déclaratoire incidente, les particuliers ne sont pas habilités à agir: seul le ministère public, représenté par le procureur général de la République, est partie légitime active. Pour ce qui est de la légalité des actes administratifs, le remède juridique spécifique est le recours pour excès de pouvoir; quant à la valeur des actes du pouvoir public, c'est l'action populaire.

L'élargissement de la sphère d'initiative populaire, dans sa fonction de contrôle de la constitutionnalité des lois et de la légalité des actes administratifs, est sensible dans l'avant-projet. C'est ainsi que l'action directe d'inconstitutionnalité peut être exercée par quiconque, et le recours pour excès de pouvoir déposé individuellement pour la défense d'intérêts collectifs, comme une véritable *class action*.

Pour ce qui est du contrôle de la valeur des actes administratifs, le remède efficace de l'action populaire est largement augmenté non seulement quant à la légitimation active mais aussi en ce qui concerne le bien juridique protégé. Dans l'avant-projet, l'action populaire relève de toute personne physique ou juridique domiciliée au Brésil, et pas seulement du citoyen (c'est-à-dire le Brésilien titulaire de droits politiques). Et elle vise autant l'annulation que l'interdiction de la pratique des actes portant atteinte au patrimoine public, tout comme des actes portant atteinte aux biens d'usage commun du peuple, aux biens de valeur artistique, esthétique ou historique reconnue, aux intérêts des consommateurs et à l'équilibre écologique.

Par ailleurs le principe de l'action populaire - telle l'*actio popularis* romaine - est élargi aux procès criminels. Quiconque, même n'étant pas victime ou descendant de victime, peut déclencher l'action pénale privée subsidiaire dans les cas de crimes commis par des agents de l'Etat sans que le plaignant, dans l'exercice de ce *munus public*, puisse être accusé de dénonciation calomnieuse.

### (Justice d'Etat et jury populaire)

Une fonction classique de l'Etat, dans la théorie libérale, c'est aussi la fonction judiciaire. L'idée que la justice s'exerce au nom de toute la nation, et non de groupes ou d'états particuliers, a amené les constitutionnalistes du 19e siècle à poser le principe du monopole judiciaire de l'Etat. Une longue lutte a été, on le sait, engagée contre les prétentions féodales, ecclésiastiques ou corporatives à exercer une justice propre sur leurs associés, fidèles ou subordonnés.

Il n'en subsiste pas moins une exception au monopole d'Etat de la justice: le jury populaire. C'est que ce modèle de juridiction exercée directement par le peuple a toujours revêtu une valeur symbolique de liberté. Lié à la vénérable *Magna Charta*, le jury populaire repose sur l'idée que tous ont le droit fondamental d'être jugé, en matière criminelle, par leurs pairs. Mais le principe s'est complètement vidé de sa substance dans les temps modernes, par perte de sa valeur originelle. La société moderne n'est plus une société d'états, c'est une société de classes; et le législateur moderne répugne à l'idée d'instituer des tribunaux de classe pour juger les criminels, encore qu'il soit admis dans certains pays, le nôtre compris, que la justice du travail repose sur une composition de classe. Corrélativement, l'immunité pénale de fait tient aujourd'hui non pas à un *status* social reconnu officiellement, mais à la position économique ou politique du criminel. Le pouvoir judiciaire ne parvient pas à se libérer du filet de préjugés et de relations sociales qui garantissent cette impunité officieuse, mais effective, surtout dans les pays sous-développés à l'aberrante inégalité sociale comme le nôtre.

Sur la base de ces considérations, l'avant-projet énonce le principe de la participation populaire dans la fonction de jugement, en particulier dans les procès pour crime de violation des libertés fondamentales et suite aux actions populaires criminelles contre des agents, fonctionnaires ou autorités publiques, des magistrats ou des membres du pouvoir législatif (art. 67) (10).

#### (La nouvelle fonction de développement)

Tout cela, pour ce qui concerne les fonctions publiques relevant classiquement de l'appareil d'Etat. Mais il faut encore rappeler les nouvelles fonctions d'intérêt public, inconnues dans l'Etat libéral, qui sont largement reconnues dans l'avant-projet. C'est la réalisation de politiques ou programmes d'action dans les domaines les plus divers. Or, dans un pays sous-développé, la grande politique publique est à l'évidence le développement; elle suppose nécessairement l'organisation rationnelle des activités publiques, par la fixation d'objectifs ou finalités et par le recensement systématique de moyens ou instruments. En un mot, la planification.

La planification du développement, comme fonction d'intérêt public éminent c'est-à-dire commun à tous, ne peut être confiée exclusivement à des agents de l'Etat, sans lien avec les groupes ou catégories professionnelles formant la société. Ces prémisses étant posées, l'avant-projet impose la participation de représentants de la communauté dans la composition des organismes de planification ou dans l'élaboration des plans économiques et sociaux.

3 - Le troisième et dernier profil de la souveraineté populaire est celui des libertés fondamentales.

La démocratie libérale leur assignait une fonction correctrice ou modératrice de la souveraineté. Les grands penseurs du libéralisme politique, à commencer par Benjamin Constant, entendaient que la liberté des Modernes s'identifie au droit que possède tout individu de ne pas être affecté par le pouvoir public dans sa vie privée. La souveraineté, exprimée par le principe majoritaire, devrait toujours être circonscrite par l'établissement de barrières infranchissables, pour la protection des minorités.

Ce schéma est parfaitement inadapté aux sociétés sous-développées, dans lesquelles l'énorme inégalité sociale se traduit par la négation des libertés fondamentales pour la majorité de la population. Dans de telles situations, assurer les libertés par le moyen de garanties appropriées et effectivement étendues à toutes les couches de la

---

[10] "Participation populaire dans la fonction de jugement  
Art. 67 - La loi déterminera la participation populaire dans la fonction de jugement, en particulier dans les procès pour crime de violation des libertés fondamentales, dans les procès suite à l'action prévue à l'art. 68" [NdT].

population, c'est garantir l'exercice de la souveraineté du peuple. Dans les pays sous-développés, l'accent doit être mis sur les libertés sociales et sur la garantie étatique du respect des libertés en général.

C'est ce qu'a fait l'avant-projet.

B) La planification (...)

C) Le fédéralisme coopératif (...)

D) L'effectivité des normes constitutionnelles (...)

---

## Plan de l'ouvrage

Note introductive

Explication générale de l'avant-projet

- I - Les prémisses implicites
- II - Caractéristiques de base de l'avant-projet
- III - Les innovations de l'avant-projet
  - Première partie: la souveraineté
  - Deuxième partie: l'organisation de l'Etat
  - Troisième partie: l'ordre économique et social
  - Quatrième partie: l'amendement et la révision de la Constitution
  - Dispositions transitoires

Avant-projet de Constitution

- Sommaire
- Première partie: la souveraineté
- Deuxième partie: l'organisation de l'Etat
- Troisième partie: l'ordre économique et social
- Quatrième partie: l'amendement et la révision de la Constitution
- Index des matières

(Traduction DIAL - En cas de reproduction, nous vous serions obligés d'indiquer la source DIAL)

Abonnement annuel: France 310 F - Etranger 370 F - Avion 450 F  
Directeur de publication: Charles ANTOINE - Imprimerie DIAL  
Commission paritaire de presse: 56249 - ISSN: 0399-6441