



HAL
open science

Droit constitutionnel étranger

Damien Connil, Dimitri Löhrer

► **To cite this version:**

Damien Connil, Dimitri Löhrer. Droit constitutionnel étranger. *Revue française de droit constitutionnel*, 2023, 3 (135), pp.757-770. 10.3917/rfdc.135.0757 . halshs-04369128

HAL Id: halshs-04369128

<https://shs.hal.science/halshs-04369128v1>

Submitted on 2 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Droit constitutionnel étranger

Chronique de droit constitutionnel portugais

Damien Connil

*Chargé de recherche CNRS, Univ. Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ., Université de Toulon,
CNRS, DICE, IE2LA, Pau, France*

Dimitri Löhner

*Maître de conférences en droit public, Univ. Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ., Université de
Toulon, CNRS, DICE, IE2LA, Pau, France*

La présente chronique, dont la périodicité est annuelle, se propose de rendre compte des événements majeurs qui ont animé la vie constitutionnelle du Portugal au cours de l'année 2022 et en début d'année 2023. Dans cette perspective, comme dans les chroniques précédentes, sont aussi bien analysés les éléments les plus marquants de la vie politique et institutionnelle portugaise (I) que certaines décisions significatives rendues par le Tribunal constitutionnel (II).

I. Vie politique et institutionnelle

Trois thématiques sont ici abordées : les élections et leurs conséquences sur le système politique (A), l'activité législative (B) et les organes politiques et institutionnels (C).

A. Les élections et leurs conséquences sur le système politique

Au cours de l'année 2022, les électeurs portugais ont été appelés à voter dans le cadre d'élections législatives anticipées. Organisées le 30 janvier, ces élections sont intervenues à la suite de la dissolution de l'Assemblée de la République prononcée par le Chef de l'État le 5 décembre 2021. Face à l'incapacité du Gouvernement d'Antonio Costa de réunir une majorité parlementaire suffisante en vue de faire adopter son projet de loi de finances pour l'année 2022, le Président de la République a en effet mis en œuvre le pouvoir que lui reconnaît l'article 133 *al. e* de la Constitution et convoqué la tenue d'élections législatives anticipées. Une séquence qui reflète la fragilité de l'équilibre politique qui était celui du Portugal depuis les élections législatives du 6 octobre 2019. Bien qu'arrivé en tête avec 108 sièges, le Parti socialiste ne disposait depuis deux ans que d'une majorité relative. Or, le Premier ministre Antonio Costa, plutôt que de négocier un accord formel avec les autres partis de gauche (Bloc de gauche, 19 sièges et Coalition démocratique unitaire, 12 sièges), comme il l'avait fait lors de la législature précédente, avait préféré chercher durant ces deux années leur soutien au cas par cas. Un soutien qui lui a fait défaut lors du vote du budget pour l'année 2022. Le 27 octobre 2021, et ce pour la première fois depuis le retour de la démocratie en 1974, le projet de loi de finances a été rejeté par une majorité de

parlementaires (117 voix contre, 108 pour et 5 abstentions) et provoqué la dissolution de l'Assemblée de la République (la huitième depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1976).

Les élections anticipées ont été précédées d'une campagne électorale relativement courte marquée par un contexte sanitaire singulier, ce qui n'a pas empêché un recul de l'abstention (52,19 % de taux de participation) par rapport aux élections de 2019 (48,57 % de taux de participation). Les résultats ont donné lieu à la répartition suivante des voix et des sièges : pour le PS, 41,50 % des voix, 119 sièges obtenus ; pour le PPD/PSD, 27,83 % des voix, 73 sièges (plus 5 sièges à Madère et aux Açores dans des coalitions avec le CDS-PP) ; pour le parti Chega, 7,28 % des voix, 12 sièges ; pour Iniciativa liberal, 4,88 % des voix, 8 sièges ; pour le Bloc de gauche, 4,42 % des voix, 5 sièges, pour le PCP-PEV, 4,29 % des voix, 6 sièges ; pour PAN (Pessoas-Animais-Natureza), 1,64 % des voix, 1 siège ; pour Livre, 1,29 % des voix, 1 siège.

Le Parti socialiste sort ainsi renforcé de ce processus électoral puisqu'il obtient, pour la deuxième fois, après sa victoire aux élections législatives de 2005, la majorité absolue à l'Assemblée de la République. Le PPD/PSD, en revanche, recueille un score très inférieur à celui envisagé par les sondages (le parti du centre droit était crédité de 33 % d'intentions de votes). C'est, par ailleurs, la montée en puissance de Chega qui retient l'attention. Avec 7,28 % des suffrages, le parti d'extrême-droite, qui ne comptait jusqu'alors qu'un seul député, obtient 12 sièges ce qui en fait la troisième force politique au sein de l'hémicycle.

À noter, pour finir, que ces élections ont donné lieu à l'annulation de plus de 150 000 votes des Portugais de l'étranger en Europe par le Tribunal constitutionnel (décision n°133/2022 du 15 février). En cause l'absence de copie d'un document d'identité de l'électeur accompagnant les bulletins de vote acheminés par voie postale, contrairement à ce qu'exige la loi n°14/79 telle que modifiée par la loi organique n°4/2020 du 11 novembre 2020. Devant l'impossibilité de distinguer les bulletins de votes valides de ceux invalidés, un nouveau scrutin a été organisé au mois de mars afin d'élire les 2 députés de l'étranger en Europe. La proclamation des résultats le 25 mars n'a évidemment pas bouleversée l'issue du scrutin (ce sont deux députés PS qui ont été élus). Elle a, en revanche, permis de régulariser l'opération électorale et rendu possible la formation du XXIII^e Gouvernement constitutionnel portugais par le Premier ministre Antonio Costa. Ce dernier, ainsi qu'il l'avait annoncé, a fait le choix d'un gouvernement resserré avec deux postes ministériels de moins que dans son précédent gouvernement (17 ministères et non plus 19) et une diminution sensible du nombre de secrétaires d'État (38 au lieu de 50). Six ministres sortants ont été reconduits et la parité homme-femme a, par ailleurs, été scrupuleusement respectée. Officiellement entré en fonction le 30 mars, le nouveau gouvernement a exposé son programme devant l'Assemblée de la République le 8 avril. La motion de rejet déposée par le groupe parlementaire Chega à cette occasion a sans surprise été rejetée par la majorité de l'hémicycle.

B. L'activité législative

Parmi les textes adoptés ou discutés, la loi relative à la mort médicalement assistée a – une nouvelle fois – fait l'objet de développements. Une première version du texte, approuvée par l'Assemblée en janvier 2021, avait conduit le Président de la République à saisir le Tribunal constitutionnel d'une demande d'examen de constitutionnalité, dans le cadre d'un contrôle *a priori*. Le Tribunal constitutionnel avait, au mois de mars 2021 (décision n°123/2021), conclu à l'inconstitutionnalité partielle du texte. Par conséquent et en application de l'article 279-1 de la Constitution, le Président de la République n'avait pas promulgué la loi et l'avait renvoyée à l'Assemblée de la République¹.

Le Parlement avait alors adopté une deuxième version du texte à l'égard de laquelle le Chef de l'État avait opposé, en novembre 2021, un veto politique – prérogative qu'il détient au titre de l'article 136 de la Constitution – et qu'il justifiait par la nécessité de clarifier certaines dispositions et, notamment, par l'imprécision des hypothèses dans lesquelles la mort médicalement assistée pouvait être mise en œuvre².

En décembre 2022, une troisième version du texte a donc été adoptée par les parlementaires. Mais le Président de la République a, de nouveau, soumis le texte au contrôle du Tribunal constitutionnel. Dans sa décision n°5/2023, du 30 janvier 2023, la Haute juridiction a considéré qu'un doute pouvait naître quant à l'interprétation des dispositions relatives aux cas d'accès à une mort médicalement assistée et, plus particulièrement, une incertitude quant au caractère cumulatif ou alternatif des souffrances « physique, psychologique et spirituelle » évoquées par le texte.

Aussi, une quatrième version du texte a été approuvée par l'Assemblée de la République. Mais le Chef de l'État y a, une nouvelle fois, opposé, en avril 2023, un veto politique (ainsi mis en œuvre pour la 26^e fois par le Président Rebelo de Sousa). Dans son message, le Président de la République souligne que le législateur n'a pas simplement répondu à la décision du Tribunal constitutionnel. Le législateur est, aussi, allé au-delà en apportant de nouvelles modifications sur d'autres éléments du texte. Pour le Président de la République, ce sont ces nouvelles dispositions adoptées par l'Assemblée qui justifient le veto afin de préciser les conditions dans lesquelles sont déterminés les recours possibles au « suicide assisté » ou à l'« euthanasie ». Pour le Chef de l'État, « dans une matière d'une telle sensibilité et face à la brièveté des débats parlementaires relatifs à ces deux ultimes modifications, il apparaît prudent que toute clarification conceptuelle soit effectuée, étant donné le choix opéré et son caractère largement original en droit comparé »³. Une cinquième version du texte a finalement été adoptée par l'Assemblée de la République en mai 2023, par une majorité de 129 voix contre 81 (et 1 abstention) et le Président de la République a promulgué le texte devenu la loi n° 22/2023 du 25 mai 2023.

¹ V. cette chronique, *RFDC*, 2022, p. 488-491.

² *Ibid.*, p. 484.

³ https://www.presidencia.pt/media/kwwjlexg/carta_ar_20230419.pdf.

C. Les organes politiques et institutionnels

1. Le Président et le Gouvernement

C'est essentiellement la démission en cascade de membres du Gouvernement au mois de décembre qui a agité le pouvoir exécutif portugais en 2022. Ces démissions trouvent leur origine dans ce que la presse a baptisé le « TAPgate ». La principale visée par cette affaire était initialement la secrétaire d'État au Trésor Alexandra Reis. Une polémique s'est en effet nouée autour de l'indemnité, d'un montant de 500 000 euros, perçue par cette dernière lors de son départ du conseil d'administration de la compagnie aérienne publique TAP – sous tutelle du ministère des infrastructures – avant son entrée au gouvernement. Bien que légale, cette indemnité a cristallisé les critiques de l'opinion publique et de l'opposition politique dans un contexte où la compagnie aérienne traverse une situation économique particulièrement délicate. Totalement renationalisée en 2020, en échange de la mise en place d'un plan de restructuration de 3,2 milliards d'euros imposé par Bruxelles, la TAP a connu une réduction sensible de ses effectifs et d'importantes baisses de salaires pour ses employés. Compte tenu de ce contexte et de la perception de l'affaire par le public, Alexandra Reis a été contrainte de quitter le gouvernement. S'en sont suivies les démissions de deux autres membres du gouvernement incidemment impliqués : celle du ministre des Infrastructures Pedro Nuno Santos et celle de son secrétaire d'État Hugo Santos Mendes. Une motion de censure a par ailleurs été déposée par les 8 députés de la formation Initiative libérale. Elle a toutefois été rejetée le 5 janvier par l'Assemblée de la République, au sein de laquelle le Gouvernement d'Antonio Costa peut compter sur le soutien d'une solide majorité de députés socialistes.

2. Le Tribunal constitutionnel

2022 et 2023 marquent pour le Tribunal le 40^e anniversaire de sa création et de son installation. Le Tribunal constitutionnel portugais a, en effet, été créé à l'occasion de la première révision de la Constitution de 1976, intervenue en 1982. Le Tribunal succédait ainsi à la Commission constitutionnelle qui, aux côtés du Conseil de la Révolution, jouait un rôle de garantie de la Constitution et apparaissait comme « la préfiguration du futur Tribunal constitutionnel »⁴. La juridiction est régie par la loi n°28/82 du 15 novembre 1982 – modifiée depuis (la dernière modification datant du 4 janvier 2022) – relative à l'organisation, au fonctionnement et à la procédure du Tribunal constitutionnel.

« Organe de souveraineté » en vertu de l'article 110 de la Constitution, le Tribunal constitutionnel est, aux termes de l'article 221 du texte (qui ouvre le Titre VI de la Constitution, consacré au Tribunal), la juridiction « spécifiquement compétente pour administrer la justice dans les matières de nature juridico-constitutionnelle ».

⁴ M. Lobo Antunes, « A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional: a Comissão Constitucional », *Análise Social*, 1984, vol. XX, p. 329.

Composé de 13 juges, le Tribunal a successivement été présidé par Armando Manuel de Almeida Marques Guedes, José Manuel Moreira Cardoso da Costa, Luís Manuel César Nunes de Almeida, Arturo Joaquim de Faria Maurício, Rui Manuel Gens de Moura Ramos, Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro et Manuel da Costa Andrade, João Pedro Caupers et, depuis avril 2023, José João Abrantes.

Entre 1983 et 2022, le Tribunal constitutionnel a rendu 41 480 décisions⁵ : 36 578 en matière de contrôle concret de constitutionnalité et de légalité ; 837 en matière de contrôle abstrait de constitutionnalité et de légalité (626 décisions dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, 203 dans le cadre d'un contrôle *a priori*, 8 dans le cadre du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission) ; 2 220 au titre des diverses compétences dévolues au Tribunal en matière électorale et politique (not. contrôle du processus électoral et contrôle du financement des partis politiques et des campagnes électorales).

En avril 2023, le Tribunal a connu un nouveau renouvellement de ses membres ; les mandats de João Pedro Caupers, Pedro Machete et Lino Ribeiro arrivant à leur terme. Carlos Luís Medeiros Carvalho (membre du Tribunal suprême administratif), João Carlos Simões Gonçalves Loureiro (Université de Coimbra) et Rui Rodrigo Firmino Guerra da Fonseca (Université de Lisbonne) ont pris leur fonction. José João Abrantes et Gonçalo Manoel de Vilhena de Almeida Ribeiro ont, respectivement, été désignés Président et Vice-Président du Tribunal.

II. Jurisprudence du Tribunal constitutionnel

Dans la mesure où la « Chronique Portugal » publiée au sein de l'*Annuaire international de justice constitutionnelle* consiste en une présentation synthétique d'un nombre relativement important de décisions rendues annuellement par le Tribunal, le choix a ici été fait – comme dans les chroniques précédentes – de concentrer l'analyse autour de quatre décisions. Les deux premières portent sur les mesures adoptées dans le contexte sanitaire lié à la pandémie : l'une concerne la compétence du gouvernement en la matière (A) ; l'autre la réserve de loi (B). La troisième décision est relative à l'autonomie régionale et à l'intégrité de la souveraineté de l'État (C). La quatrième porte sur l'organisation d'un référendum local (D).

A. État d'exception. Compétence du Gouvernement. Mesure administrative de confinement

Décision n°334/2022 [Assemblée plénière/contrôle concret] du 3 mai 2022

En l'espèce, le Tribunal constitutionnel était conduit à examiner, dans le contexte sanitaire lié au Covid-19, des dispositions énoncées à l'article 3 de la Résolution du Conseil des

⁵ Statistiques du Tribunal constitutionnel, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-estatisticas.html>.

ministres n°45-C/2021 du 30 avril 2021 dont l'interprétation revenait à rendre possible, « sur décision des autorités de santé, le confinement obligatoire de tout citoyen ». Le juge *a quo* avait retenu l'inconstitutionnalité formelle et matérielle de ces dispositions. Le Tribunal constitutionnel conclut lui aussi à leur inconstitutionnalité mais ne se prononce que sur l'aspect organique et formel, ce qu'une partie des membres de la juridiction regrette dans une opinion séparée, jointe à la décision.

La Haute juridiction commence par rappeler qu'elle a déjà adopté un « nombre significatif » de décisions dans le contexte de la pandémie liée au Covid-19 et, parmi elles, « une série de décisions d'inconstitutionnalité de normes très similaires à celles appréciées [en l'espèce] ».

Le Tribunal fait, d'abord, référence à la décision n°424/2020 du 31 juillet 2020⁶. Dans cette décision, le Tribunal constitutionnel avait considéré comme contraires à la Constitution des dispositions contenues dans une Résolution du Conseil du Gouvernement de la région autonome des Açores imposant une mesure de confinement obligatoire de 14 jours aux passagers atterrissant dans la Région. Le Tribunal avait jugé que ces dispositions entraînaient « une privation totale de liberté » – le juge constitutionnel prenait notamment appui ici sur une décision plus ancienne (décision n°479/94 du 7 juillet 1994) – et devaient être considérées comme contraires à l'article 165-1 *al. b* de la Constitution, en lien avec l'article 27 du même texte⁷.

Le Tribunal précise, ensuite, que cette solution a été réaffirmée à plusieurs reprises (décisions n°687/2020, n°729/2020, n°769/2020 et n°173/2020) mais, ajoute-t-il, à propos de « normes relatives à la validation juridictionnelle de mesures de confinement obligatoire décidées par l'autorité régionale de santé » qui, en tant que « mesures administratives portant atteinte au droit à la liberté des personnes visées », apparaissaient contraires aux mêmes dispositions constitutionnelles.

Le Tribunal évoque, enfin, d'autres décisions de l'année 2022, dont il rapproche les questions en cause de l'espèce (décisions n°88/2022, n°89/2022 et 90/2022). Le cadre était, alors, celui d'une « situation de calamité » au sens de l'article 19 de la loi n°27/2006 relative à la Protection civile et les mesures contestées (« confinement préventif [...], en contexte scolaire ») avaient été considérées comme privatives de liberté. Or, le Tribunal, dans ces décisions (que celle du 3 mai 2022 cite assez longuement), avait jugé que l'obligation de confinement ainsi édictée – en tant que mesure administrative – manquait de fondement légal.

Dans sa décision n°334/2022, le Tribunal constitutionnel adopte un raisonnement en trois temps. *Primo*, il observe que, dans le prolongement des décisions précitées, les dispositions

⁶ Sur cette décision n°424/2020 du 31 juillet 2020, v. M. Canotilho, D. Connil et D. Löhrer, « Chronique Portugal », *Annuaire international de justice constitutionnelle 2020*, Vol. XXXVI, Economica-PUAM, 2021, p. 1072-1073.

⁷ Le premier réserve à l'Assemblée de la République une compétence exclusive (sauf habilitation accordée au Gouvernement) pour légiférer en matière de « droits, libertés et garanties ». Le second consacre le droit à la liberté et à la sécurité.

légales invoquées dans la Résolution ne sauraient être regardées comme « la source primaire » des mesures en cause. Aussi, *secundo*, le Tribunal ajoute que, même en considérant la Résolution « comme l'exercice par le Gouvernement de sa fonction administrative en vue de satisfaire, en situation d'urgence pandémique, les besoins collectifs, pour reprendre les termes de la Constitution [art. 199 *al. g*] », les dispositions en cause apparaissent contraires aux exigences des articles 165-1 *al. b* et de l'article 18-2 de la Constitution⁸. Enfin, *tertio*, le Tribunal envisage l'hypothèse dans laquelle la Résolution ne traduirait pas l'exercice de la fonction administrative du Gouvernement mais plutôt celui de sa fonction législative. Pour le Tribunal, en tout état de cause, le constat de l'inconstitutionnalité demeure dès lors qu'il « n'existe pas de loi d'habilitation accordée au Gouvernement » telle que l'imposent, en la matière, les dispositions de l'article 165-1 *al. b* de la Constitution ».

Le Tribunal insiste ainsi, dans sa décision du 3 mai 2022, sur les conditions constitutionnelles dans lesquelles les droits et libertés peuvent connaître des restrictions. Le Tribunal souligne la prise en compte du contexte sanitaire mais rappelle que le Constituant « a érigé en pierre-de-touche de la démocratie constitutionnelle le fonctionnement d'un système de freins et contrepoids institué par la Loi fondamentale, qui vise à garantir un exercice équilibré des pouvoirs étatiques ». Pour le Tribunal, l'article 19-7 de la Constitution relatif à l'état d'exception (état d'urgence et état de siège) en témoigne en disposant qu'une telle situation ne saurait « remettre en cause l'application des normes constitutionnelles relatives à la compétence et au fonctionnement des organes de Souveraineté [...] ». Le juge constitutionnel note alors que le recours à une Résolution empêchait – car « contournait » – les mécanismes d'équilibre institutionnel puisque cela évitait l'intervention du Président de la République (pas de promulgation contrairement aux actes législatifs, art. 112 de la Constitution) et privait le Parlement des mécanismes de contrôle de l'action gouvernementale (en particulier ceux prévus à l'art. 162 *al. c* de la Constitution). De ce point de vue, la décision du 3 mai 2022 peut être rapprochée d'une autre décision du Tribunal constitutionnel, à laquelle celui-ci ne fait cependant pas référence dans la mesure où les questions à juger étaient différentes et dans laquelle la Haute juridiction retenait la constitutionnalité des dispositions alors en cause : la décision n°352/2021 du 27 mai 2021⁹. Dans cette dernière, le Tribunal constitutionnel insistait sur le caractère fondamental des mécanismes d'équilibre – institutionnel mais aussi matériel – dans la protection et la garantie des droits et libertés.

B. Mesure de confinement obligatoire et réserve de loi

Décision n°510/2022 [3^{ème} section] du 14 juillet 2022

⁸ L'article 165-1 *al. b* prévoit une réserve de compétence à l'Assemblée de la République et l'article 18-2 dispose que « La loi ne peut restreindre les droits, les libertés et les garanties que dans certains cas expressément prévus par la Constitution. Les restrictions devront se limiter à ce qui est nécessaire à la sauvegarde d'autres droits ou intérêts protégés par la Constitution ».

⁹ Sur cette décision, v. D. Connil, D. Löhrer et M. Melo Egídio, « Droit constitutionnel étranger. Chronique de droit constitutionnel portugais », *RFDC*, 2022/2, n°130, p. 491-493.

Cette décision présente un intérêt particulier en ce qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un mouvement jurisprudentiel relatif aux mesures restrictives de libertés édictées par les autorités portugaises pour faire face à l'épidémie de SARS-CoV-2. Depuis 2020 et le début de l'épidémie, le Tribunal constitutionnel a notamment eu à connaître de plusieurs recours mettant en cause la conformité à la Constitution de dispositifs réglementaires imposant un confinement obligatoire pour les passagers de vols en provenance de certains pays étrangers (v. not. décisions n°424/2020, n°173/2021, n°90/2022, n°352/2022). La décision n°510/2022 ici commentée propose une synthèse de la position qui est celle du Tribunal constitutionnel à l'égard de ces dispositifs.

En l'espèce, le Tribunal était appelé à se prononcer, dans le cadre d'un contrôle concret initié par le ministère public, sur la constitutionnalité de l'article 21 de la Résolution du Conseil des ministres n°74-A/2021 du 9 juin 2021. Aux termes de cette disposition, les passagers des vols en provenance de pays figurant sur une liste préétablie devaient, après leur entrée sur le territoire continental, respecter une période d'isolement prophylactique de 14 jours, à leur domicile ou dans un lieu indiqué par les autorités sanitaires.

Il s'agissait pour le Tribunal constitutionnel de déterminer si cette disposition méconnaissait l'article 165-1 *al. b* de la Constitution, aux termes duquel seule l'Assemblée de la République est compétente pour légiférer dans le domaine des droits, libertés et garanties, en lien avec son article 27, dont il résulte que toute personne a le droit à la liberté et ne peut être en privée qu'en vertu de la loi. En un mot, c'est la violation éventuelle du principe constitutionnel de réserve de loi en matière de mesures privatives de liberté dont le Tribunal constitutionnel avait à connaître.

Afin de rendre sa décision, le Tribunal rappelle qu'il a déjà eu l'occasion de se prononcer sur une disposition identique à la règle objet du présent recours. Dans le cadre de ses décisions n°90/2022 et n°355/2022, il était en effet saisi de la conformité à la Constitution de l'article 25-1 et 4 de la Résolution du Conseil des ministres n°45-C/2021, du 30 avril 2021, autorisant le service des frontières à prononcer une obligation d'isolement prophylactique pour une période de 14 jours, sans contrôle judiciaire, à l'encontre de tout ressortissant national ou étranger qui, résidant ou non sur le territoire national, entre au Portugal par un vol en provenance d'un pays figurant sur une liste préétablie afin de lutter contre l'épidémie de SARS-CoV-2. Or, ces deux décisions ont conclu à l'inconstitutionnalité du dispositif réglementaire pour violation de la réserve de loi consacrée par l'article 165-1 *al. b* de la Constitution.

Déjà en 2020, comme on l'a évoqué pour la décision précédente, le Tribunal constitutionnel avait été amené à préciser, au sujet d'une mesure de confinement obligatoire similaire instaurée par le Conseil du Gouvernement des Açores, qu'un tel dispositif ne saurait être considéré comme une « simple » limitation de liberté mais comme une véritable mesure de

privation de liberté qui relève de la seule compétence du législateur¹⁰. Tandis que la limitation de liberté existe lorsque quelqu'un est empêché d'accéder à un endroit qui lui est en principe légalement accessible ou est obligé de demeurer dans un certain espace, la privation de liberté est bien plus contraignante en ce qu'elle affecte le cœur du droit à la liberté physique. Elle suppose en effet qu'une personne est confinée, contre sa volonté et de manière coercitive, dans un espace clos et délimité de sorte que sa liberté de mouvement corporelle et spatiale lui est retirée. Le Tribunal constitutionnel rappelait, par ailleurs, à cette occasion qu'il avait déjà été amené à juger, indépendamment de la problématique spécifique de l'épidémie de SARS-CoV-2, qu'un confinement dans un espace clos pouvant aller jusqu'à 6 heures, contre 14 jours ici, est constitutif d'une privation de liberté (décision n°479/1994).

Cela posé, le Tribunal constitutionnel observe qu'en l'occurrence le raisonnement suivi dans ces deux décisions n°90/2022 et n°355/2022 est parfaitement transposable à la situation d'espèce dans la mesure où la résolution du Conseil des ministres n°74-A/2021 mise en cause dans le présent recours est substantiellement identique à celle qui avait été précédemment adoptée le 30 avril 2021. En toute logique, le Tribunal conclut par conséquent à l'inconstitutionnalité de l'article 21 de la Résolution du Conseil des ministres n°74-A/2021 pour violation de l'article 165-1 *al. b* de la Constitution en lien avec son article 27.

C. Autonomie régionale et intégrité de la souveraineté de l'État

Décision n°484/2022 (Assemblée plénière) du 13 juillet 2022

Dans sa décision n°484/2022, la formation la plus solennelle du Tribunal constitutionnel était appelée à juger, dans le cadre de son contrôle abstrait *a posteriori*, de la constitutionnalité des dispositions de l'article 8-3 et de l'article 31-A, en lien avec l'article 8-1, de la loi n°17/2014 du 10 avril 2014 relative à la politique d'aménagement et de gestion de l'espace maritime national telle que modifiée par la loi n°1/2021 du 11 janvier 2021. Cette dernière visait notamment à renforcer l'intervention des régions autonomes des Açores et de Madère dans l'approbation de l'activité de planification de l'aménagement de la zone du plateau continentale de l'espace maritime national adjacent à leurs territoires respectifs. Son article 8-3 soumettait ainsi à l'émission d'un avis obligatoire et contraignant des régions autonomes l'élaboration et l'approbation par le Gouvernement national des instruments nationaux de planification de l'espace maritime concernant le plateau continental au-delà de 200 milles nautiques. L'article 31-A renvoyait pour sa part à ces mêmes régions la compétence de fixer par décret-loi divers aspects du régime juridique de l'espace maritime national attenant aux archipels jusqu'à 200 milles marins.

¹⁰ Sur la décision n°424/2020 du 31 juillet 2020, v. la chronique précitée, M. Canotilho, D. Connil et D. Löhrer, « Chronique Portugal », *Annuaire international de justice constitutionnelle 2020*, Vol. XXXVI, Economica-PUAM, 2021, p. 1072-1073

Les requérants auteurs de la saisine – un groupe de députés de l’Assemblée de la République – s’interrogeaient sur la compatibilité de ces dispositions avec les prérogatives inhérentes à la souveraineté de l’État. Il revenait, par conséquent, à la Haute juridiction de se prononcer sur la constitutionnalité de l’intervention renforcée des régions autonomes de Madère et des Açores dans la planification de l’aménagement de l’espace maritime nationale adjacent à leurs territoires respectifs à l’aune de deux principes constitutionnels : l’intégrité de la souveraineté de l’État et l’autonomie régionale, retranscrits à l’article 225 du texte constitutionnel. Cette disposition consacre en effet l’autonomie politique et administrative des archipels des Açores et de Madère tout en précisant qu’une telle autonomie ne saurait porter atteinte à la souveraineté de l’État et ne trouve à s’exercer que dans le cadre établi par la Constitution.

Ce cadre est notamment précisé par l’article 227 du texte constitutionnel. Aux termes de cet énoncé, les régions autonomes disposent du pouvoir de légiférer, d’une part, sur les matières qui ne sont pas réservées aux organes de souveraineté et, d’autre part, sur certaines matières réservées à l’Assemblée de la République, à condition que celle-ci leur en donne l’habilitation et à l’exception d’un certain nombre de domaines énumérés à l’article 165 de la Constitution, parmi lesquels la définition et le régime des biens compris dans le domaine public les eaux territoriales ainsi que les fonds marins y correspondant et contigus, de même que leur lit (article 84-1 *al. a* de la Constitution). Le pouvoir législatif dispose, par conséquent, d’une réserve totale pour déterminer le régime, les conditions d’utilisation et les limites applicables à l’espace maritime de l’ensemble du territoire national (article 84-2 de la Constitution). En d’autres termes, et selon une jurisprudence constante du Tribunal constitutionnel (décisions n°280/90, 330/99, 131/2003, 654/2009, 402/2008, 315/2014 et 136/2016), l’espace maritime entourant les régions autonomes des Açores et de Madère constitue un bien domanial faisant nécessairement partie du domaine public maritime de l’État car inhérent au principe même de souveraineté de l’État.

Cela posé, la Haute juridiction conclut à l’inconstitutionnalité des dispositions législatives mises en cause.

L’exigence, prévue par l’article 8-3 de la loi n°1/2021, d’un avis obligatoire et contraignant des régions autonomes pour l’élaboration et l’approbation des instruments nationaux de planification de l’espace maritime relatif au plateau continental au-delà de 200 milles nautiques est ainsi jugée contraire aux pouvoirs souverains exclusifs exercés par l’État sur la zone du plateau continental, lesquels ne peuvent être transférés à d’autres entités au risque de compromettre l’idée même de domanialité.

La compétence attribuée aux archipels des Açores et de Madère, par l’article 31-A, afin de fixer par décret-loi divers aspects du régime juridique de l’espace maritime national juxtaposé à leurs territoires respectifs jusqu’à 200 milles marins est pour sa part déclarée contraire à l’exigence constitutionnelle de réserve de loi prévue par l’article 165-1 *al. v* de la

Constitution. Selon le Tribunal, la réserve de loi est ici absolue. Elle exclut toute possibilité pour les régions autonomes d'être autorisées par l'Assemblée de la République à légiférer dans ce domaine.

D. Référendum local. Contrôle de constitutionnalité et de légalité. Question de procédure

Décision n°534/2022 [Assemblée plénière] du 4 août 2022

La décision n°534/2022 du Tribunal constitutionnel semble répondre, en première analyse, à une question relativement simple. Cependant, l'espèce soulevait une difficulté – d'ordre procédural – interrogeant l'office du juge en la matière. La décision elle-même est assez brève mais six opinions séparées l'accompagnent.

Aux termes de l'article 223-2 *al. f* de la Constitution, il appartient au Tribunal constitutionnel de contrôler la constitutionnalité et la légalité des référendums nationaux, régionaux et locaux. Ce contrôle préalable est obligatoire. En l'espèce, le Tribunal avait été saisi d'une délibération visant à soumettre à référendum local un redécoupage de « *Freguesias* » (premier échelon territorial au Portugal). Comme le rappelle la décision, la Haute juridiction avait été saisie en vertu de l'article 25 de la loi organique n°4/2000 du 24 août 2000 portant régime juridique du référendum local (modifiée par les lois organiques n°3/2010 du 15 décembre 2010, n°1/2011 du 30 novembre 2011, n°3/2018 du 17 août 2018 et n°4/2020 du 11 novembre 2020). Le problème – et c'est à cette question principale que la décision du Tribunal répond – réside dans le fait que la Haute juridiction n'a pas été saisie d'une demande du Président de l'Assemblée délibérante de la collectivité concernée mais d'une demande du Président de l'exécutif de cette même collectivité. De sorte que la demande ne remplissait pas les exigences posées par l'article 25 du régime juridique du référendum local (RJRL) qui dispose très clairement que « dans les huit jours de la décision d'organiser un référendum, le Président de l'organe délibérant la soumet au Tribunal constitutionnel pour un contrôle préventif de constitutionnalité et de légalité ».

Aussi, le Tribunal décide de ne pas connaître de la demande. Dans sa décision, il avance plusieurs arguments à l'appui d'une telle solution. La Haute juridiction reconnaît d'abord que l'initiative d'un référendum local peut revenir à l'organe exécutif de la collectivité (art. 11 RJRL) et qu'il appartient, par ailleurs, au Président de cet organe de représenter en justice ladite collectivité (art. 18 de la Loi n°75/2013 définissant le régime juridique des collectivités locales). Mais le Tribunal indique également, et à l'inverse, que la loi relative au référendum local prévoit clairement que la décision de soumettre une question à référendum relève de la compétence de l'organe délibérant de la collectivité et qu'il appartient au Président de cet organe de saisir le Tribunal constitutionnel d'une demande de contrôle (art. 23 et 25 RJRL). Plus encore, la Haute juridiction ajoute que si la demande peut, le cas échéant, être régularisée avant l'admission de la demande par le Président du Tribunal constitutionnel et sa transmission aux membres de la formation de jugement (art. 28 et 29 RJRL), cela

n'apparaît plus possible dans la phase ultérieure de la procédure. Il en résulte donc, pour le Tribunal, une irrégularité (« qui ne peut être régularisée à ce stade de la procédure »).

De là, point la difficulté procédurale interrogeant l'office du Tribunal constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité et de légalité d'un référendum local et naissent les désaccords exprimés par certains membres de la formation de jugement dans leurs opinions séparées.

Sans se rejoindre sur une position totalement partagée, les opinions séparées mettent en évidence trois éléments qui se conjuguent.

Premièrement, pour soutenir le caractère régularisable de la demande, y compris à ce stade de la procédure. Plusieurs arguments sont avancés à cet égard comme la non-application à ce contentieux du « principe de l'acquisition progressive » mis en œuvre en contentieux électoral (v. António José da Ascensão Ramos) ou la spécificité du régime juridique du référendum local, par rapport à d'autres dispositions applicables au Tribunal constitutionnel, pour lequel le législateur a expressément prévu la possibilité de régulariser une demande, ce qui constitue un « élément de distinction » (Mariana Canotilho). D'autant que cela conduirait, en outre, à un revirement de jurisprudence vis-à-vis de la décision n°423/2020 admettant la régularisation d'une demande postérieurement à la phase d'admission (en ce sens, v. Afonso Patrão et Mariana Canotilho).

Deuxièmement, pour affirmer que le refus du Tribunal ne saurait résulter de l'omission par le Président de la Haute juridiction de l'invitation à régulariser la demande. À cet égard, les opinions séparées proposent notamment un parallèle avec l'article 195 du Code de procédure civile pour souligner qu'il y aurait là une cause de nullité (v. not. José Eduardo Figueiredo Dias). De même, une comparaison est faite avec l'estoppel qui résulte des actes des parties mais non de ceux de la juridiction, pour avancer qu'il s'agit « d'actes préliminaires qui ne lient pas le Tribunal dans la prise de décision ultérieure (v. António José da Ascensão Ramos). Voire que se prononcer ainsi reviendrait pour le Tribunal à ne pas assumer la « responsabilité » (Afonso Patrão) ou le « rôle » (Mariana Canotilho) qui lui revient.

Troisièmement, pour arguer de la possibilité pour le Tribunal constitutionnel de procéder à la demande de régularisation, à tout stade de la procédure et, ce, même si le Président de la juridiction n'y avait pas lui-même procédé au moment de l'admission de la requête. À la lecture des opinions séparées, certains membres de la formation de jugement estiment, par exemple : que cela relève de l'office du Tribunal dès lors qu'il « ne s'agit pas d'une simple faculté du juge, mais plutôt d'un devoir » (António José da Ascensão Ramos) ; qu'il appartenait au rapporteur et, le cas échéant, au Tribunal d'inviter à la régularisation (en ce sens, v. Assunção Raimundo) ; ou, qu'il revient, en tout état de cause, à la formation de jugement d'y procéder dans la mesure où « le dernier mot sur la constitutionnalité ou la légalité de la consultation, y compris son admissibilité ou son inadmissibilité, revient toujours à la formation plénière (art. 28-7 et 10 et 30-3 RJRL) » (Pedro Machete).