



HAL
open science

Droit constitutionnel étranger. Chronique de droit constitutionnel portugais 2020-2021

Damien Connil, Dimitri Löhrer, Mariana Melo Egídio

► To cite this version:

Damien Connil, Dimitri Löhrer, Mariana Melo Egídio. Droit constitutionnel étranger. Chronique de droit constitutionnel portugais 2020-2021. *Revue française de droit constitutionnel*, 2022, N° 130 (2), pp.479-495. 10.3917/rfdc.130.0479 . hal-03919938

HAL Id: hal-03919938

<https://hal.science/hal-03919938v1>

Submitted on 3 Jan 2023

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

Mariana Melo Egídio

Assistente convidada, Université de Lisbonne

Damien Connil

*Chargé de recherche CNRS, Univ. Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ., Université de Toulon,
CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France*

Dimitri Löhner

*Maître de conférences en droit public, Univ. Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ., Université de
Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, 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 du second semestre 2020 et de l'année 2021. Dans cette perspective, sont aussi bien analysés les éléments les plus marquants de la vie politique et institutionnelle portugaise (I) que certaines des décisions les plus 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 du pouvoir politique (C).

A. Les élections et leurs conséquences sur le système politique

Au cours de la période 2020-2021, deux élections se sont tenues au Portugal : l'élection pour le Président de la République, le 24 janvier 2021 et les élections municipales, le 26 septembre 2021.

Sans aucune surprise, Marcelo Rebelo de Sousa (Président depuis 2016) a obtenu 60,66 % des voix¹. Malgré le contexte politique de cohabitation, le Premier ministre socialiste António Costa a soutenu la candidature de Marcelo Rebelo de Sousa. Le Parti socialiste a même décidé de ne pas présenter de candidat officiel et de laisser la liberté de vote aux citoyens affiliés au parti².

¹ Le mandat du Président de la République est d'une durée de cinq ans et, selon l'article 123 de la Constitution, le Président de la République ne peut être réélu pour un troisième mandat consécutif. Ce sera donc le dernier mandat de Marcelo Rebelo de Sousa. Pour consulter les résultats électoraux, v. https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2021_pr_mapa_oficial_resultados.pdf.

² Comme souligné dans la chronique précédente, en mai 2020, dans le cadre d'une visite du Président et du Premier ministre à AutoEuropa, António Costa a même relancé Marcelo Rebelo de Sousa pour une réélection en janvier 2021.

Deux aspects ont marqué cette élection : (i) la peur d'une abstention record (les instituts de sondages s'attendaient à ce qu'elle atteigne même les 70 % – en réalité, elle fut d'environ 60 %), au regard du contexte pandémique³ et du consensus autour de la victoire annoncée de Marcelo Rebelo de Sousa et (ii) la campagne électorale qui a servi de « tremplin » au candidat d'extrême droite, André Ventura⁴, lequel a obtenu 11,3 % des voix – ce qui l'a placé en troisième position des candidats à la présidentielle⁵.

S'agissant des élections municipales, pour un total de 3092 paroisses (*freguesias*) et 308 municipalités (*municípios*), le PS a gagné dans près de la moitié des municipalités, recueillant 34,42% des voix et restant toujours en tête dans la plupart des grands centres urbains⁶. Cependant, le socialiste Fernando Medina a perdu Lisbonne, après la victoire surprise de Carlos Moedas, ex-commissaire européen, qui a recueilli 35,8% des voix (contre 31,7% pour le candidat socialiste, maire depuis 2015 et réélu en 2017, sans majorité absolue). Le taux d'abstention a été de 46,3%⁷.

B. L'activité législative

La pandémie de Covid-19, qui avait profondément bouleversé le fonctionnement des institutions au Portugal en 2020 a aussi eu une très forte incidence en 2021, soit sur les rapports entre Gouvernement et opposition, soit sur l'activité législative. Comme déjà mentionné dans la chronique précédente, on pourrait parler d'un « système juridique Covid-19 », bien que transitoire et exceptionnel.

Cet appui a surpris quelques responsables politiques socialistes, puisque l'actuel Président fut le candidat du PSD (centre droit). Même sans l'appui du PS, l'ex-eurodéputée socialiste Ana Gomes a décidé de se présenter aux élections, obtenant environ 12,9 % des voix.

³ Même si des efforts ont été déployés pour faciliter le vote par anticipation, 10000 infections par jour pouvaient empêcher l'exercice du droit de vote. Les élections ne peuvent pas être reportées pendant un état d'urgence, selon la Constitution, et il n'y a pas d'option de vote postal ou électronique. V. la Loi organique n°3/2020, du 11 novembre 2020 (Régime exceptionnel et temporaire d'exercice du droit de vote par anticipation des électeurs en confinement obligatoire, dans le cadre de la pandémie de Covid-19, dans les actes électoraux et référendaires devant se tenir en 2021), dont l'application a été prolongée pour les élections de 2022 par la Loi organique n°1/2021, du 4 juin 2021, (Modifie la loi électorale du Président de la République, clarifie et simplifie la présentation des candidatures par des groupes de citoyens votants et garantit des procédures adéquates pour la tenue d'élections pour les organes des collectivités locales dans le contexte de la pandémie de Covid-19, modifiant plusieurs lois) et par la Loi organique n°4/2021, du 30 novembre 2021 (prolonge, jusqu'en 2022, le régime exceptionnel et temporaire d'exercice du droit de vote anticipé pour les électeurs en confinement obligatoire dans le cadre de la pandémie de Covid-19 et pour les électeurs résidant dans des structures résidentielles et assimilées, modifiant la Loi organique n°3 /2020, du 11 novembre 2020).

⁴ V. également notre précédente chronique, *RFDC*, 2021, p. 243.

⁵ André Ventura fut le seul député élu par le Chega en 2019 (environ 1,3 % des voix). Cependant, son attitude et sa forme de communication, appuyées sur les polémiques, donnaient au parti Chega des prévisions d'obtenir davantage de sièges lors des élections législatives de janvier 2022.

⁶ À Porto, Rui Moreira, un candidat indépendant (orienté centre-droit) et maire depuis 2013, a à nouveau été réélu, s'imposant face aux principaux partis dans la deuxième ville du pays.

⁷ Pour des résultats, v. <https://www.eleicoes.mai.gov.pt/autarquicas2021/resultados/territorio-nacional>.

Après la première déclaration de l'état d'urgence (*estado de emergência*) par le Président de la République⁸, en réponse à une situation prolongée de calamité publique, du 19 mars 2020 jusqu'au 2 mai 2020, le pays est passé à l'*état de calamité* (situation d'exception administrative, mais de normalité constitutionnelle), entamant un plan de déconfinement en trois phases (le 4 mai, le 18 mai et le 1er juin), permettant une réouverture progressive de divers secteurs d'activité.

L'état d'urgence a, de nouveau, été déclaré du 24 novembre au 8 décembre 2020 et renouvelé de 15 jours en 15 jours, jusqu'au 30 avril 2021⁹.

Même si les organes législatifs ont adopté des dispositions sur d'autres aspects pendant cette période, les efforts législatifs sont restés dirigés contre la pandémie, comme en 2020 : l'emploi des professionnels de santé, la gestion des restrictions aux libertés comme le droit de circulation ou le droit de grève dans le cadre de l'état d'urgence en sont quelques exemples¹⁰.

La 2e session législative de la XIVe législature, initiée le 15 septembre 2020, fut, comme la précédente session, fortement conditionnée par la crise pandémique, laquelle a déterminé des changements très importants pour le fonctionnement de l'Assemblée de la République.

Jusqu'au 22 juillet 2021, 91 séances plénières ont eu lieu, dont deux solennelles – celle d'investiture du Président de la République et celle pour commémorer le 47e Anniversaire du 25 avril. En comparaison avec la précédente session législative, on constate une augmentation du travail parlementaire en plénière (77 lors de la précédente session législative) et en commission (696 lors de la précédente session législative), malgré la situation épidémiologique. La prévalence du travail parlementaire en commission s'est confirmée. Au 22 juillet 2021, 462 initiatives législatives avaient été présentées à l'Assemblée et au cours de la période analysée, 82 lois ont été publiées¹¹.

L'état d'urgence puis la situation de calamité administrative déclarée ont aussi retardé la publication des études sur le total d'initiatives législatives et de lois publiées pendant la dernière session législative, soit par l'Assemblée, soit par le Gouvernement, ce qui limite les données ici évoquées à ce sujet.

En 2020, selon les études disponibles, 92 lois ont été publiées (contre 128 en 2019). Le nombre de décrets-lois, en revanche, demeure similaire : 173 contre 182 en 2019, même si le mouvement de réduction des textes approuvés par le Gouvernement, initiée

⁸ V. l'article 19 de la Constitution.

⁹ Selon l'article 19-5, la déclaration de l'état d'urgence ne peut avoir une durée supérieure à quinze jours, ou à la durée fixée par la loi en matière de déclaration de guerre, sous réserve d'éventuels renouvellements et dans les mêmes limites. Pour consulter la chronologie des déclarations, v. <https://www.parlamento.pt/Paginas/estado-emergencia.aspx>.

¹⁰ Une liste de la législation approuvée pendant cette période est disponible sur <https://www.parlamento.pt/Paginas/covid19.aspx>.

¹¹ Pour ces données, v. https://www.parlamento.pt/Documents/2021/julho/Balanco_Atividade_Parlamentar_CS_XIV_2_VF.pdf.

précédemment dans le cadre des politiques de *Better Regulation*, a dû être contrarié, comme déjà énoncé dans la chronique précédente¹².

En ce qui concerne les vetos du Président, ainsi qu'on l'a également déjà expliqué, dans le cadre du système portugais, le Président de la République, lorsqu'il reçoit un texte de l'Assemblée ou du Gouvernement, a trois pouvoirs à sa disposition : la promulgation, le veto (fondé sur des raisons politiques, concernant l'opportunité ou le mérite du texte) ou la procédure de contrôle de constitutionnalité. Contrairement à ce qui était l'habitude au cours de ce mandat (ne pas envoyer, par principe, de textes législatifs au Tribunal constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*)¹³, 2021 a été une année d'exceptions.

Ce fut le cas pour le décret de l'Assemblée de la République qui régleme les conditions spéciales dans lesquelles l'anticipation de la mort médicalement assistée n'est pas punissable et modifie le Code pénal, transmis le 18 février 2021 au Tribunal constitutionnel¹⁴, qui l'a jugé inconstitutionnel le 15 mars 2021, ce qui a mené le Président de la République à renvoyer le décret à l'Assemblée de la République, sans promulgation, en vertu de l'article 279-1 de la Constitution¹⁵.

Ce fut aussi le cas du décret portant modification de la Loi sur la cybercriminalité (décret n°167/XIV, de l'Assemblée de la République, modifiant l'article 17 de la Loi n°109/2009, du 15 septembre 2009, dite Loi sur la cybercriminalité). À la suite de l'arrêt du Tribunal constitutionnel, qui en a considéré les dispositions inconstitutionnelles, le Président de la République a renvoyé le texte à l'Assemblée de la République, sans promulgation, en vertu de l'article 279-1 de la Constitution.

En juillet 2021, le Président de la République a décidé de soumettre au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, les dispositions de l'article 6 de la loi n°27/2021, du 17 mai 2021, approuvant la Charte portugaise des droits de l'homme à l'ère digitale qu'il avait

¹² V. le Boletim n.º 9 do Observatório de Legislação Portuguesa, août 2021, disponible sur http://olp.cedis.fjd.unl.pt/wp-content/uploads/2021/10/BOLETIM-OLP-PT-DIGITAL_9_nº4-2.pdf, p. 15 : « Cependant, même dans l'expectative d'une année d'inflation dans le nombre de textes publiés (par exemple, le Journal officiel a été, à plusieurs reprises, autorisée à publier des textes les jours fériés et week-end), une analyse quantitative de la production législative de 2020, par rapport à l'année précédente, permet de constater une baisse, tant au niveau parlementaire (120 lois en 2019 et 92 en 2020) qu'au niveau du Gouvernement (182 décrets-lois en 2019 et 175 en 2020). Deux raisons peuvent expliquer cette différence quantitative : d'une part, 2019 a été une année de fin de législature, avec la hausse habituelle du nombre de textes publiés, donc, une année avec un rendement législatif plus élevé ; d'autre part, 2020 a été l'année dominée par la crise sanitaire et absorbée principalement par la législation Covid. Autrement dit, malgré le fait qu'en 2020, on ait, apparemment, moins légiféré, cela est dû au fait que la législation "normale" a presque complètement été arrêtée. Il faudra donc analyser les prochaines années afin de comprendre s'il y aura ou non une reprise de la législation qui attendait "les temps normaux" ». Soulignons que le législateur a choisi d'introduire des mesures Covid dans la législation séparément et non en modifiant les textes existants, ce qui semble être une option intéressante, car cela facilitera leur identification et leur révocation ultérieure sans perturbations majeures du système juridique.

¹³ La seule exception fut en août 2019 quand le Président a, pour la première fois, demandé à ce que soit contrôlé *a priori* le texte concernant la procréation médicalement assistée. V. chron. précédente, RFDC, 126-2021, p. 247.

¹⁴ <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/02/presidente-da-republica-submete-decreto-da-eutanasia-ao-tribunal-constitucional/>.

¹⁵ <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/03/presidente-da-republica-veta-eutanasia-por-inconstitucionalidade/>.

promulgué en mai 2021. Le Président a invoqué la jurisprudence récente du Tribunal traduisant un souci de plus en plus marqué et strict quant à la nécessité d'une plus grande densification et détermination des notions ayant un impact sur les « droits, libertés et garanties », comme le démontre la décision n°474/2021, concernant le droit à l'autodétermination de l'identité et de l'expression de genre et la protection de l'identité sexuelle de chacun. Un important débat public sur le contenu et les modalités d'application des dispositions précitées de la loi a également existé, bien qu'elle fût approuvée sans aucun vote contre et sans que le contenu de l'article 6, qui avait suscité une bonne partie de la polémique, ne soit révoqué ou modifié jusqu'à présent.

Depuis 2016, le Président de la République a exercé son droit de veto 25 fois – trois en 2016, deux en 2017, six en 2018, six en 2019, cinq en 2020 et trois en 2021 – année de sa réélection. Après son élection, en janvier 2017, Marcelo Rebelo de Sousa se définissait comme un chef d'État qui ne recourt pas au Tribunal constitutionnel comme « une sorte de défense », mais qui exerce le veto politique « sans aucun complexe », en cas de forts désaccords. La plupart des vetos du Président concernent les textes de l'Assemblée (seulement 4 sur 25 concernaient des décrets-lois).

Au cours de la période 2020-2021, les vetos présidentiels aux textes de l'Assemblée et du Gouvernement – ainsi que certains commentaires formulés à l'occasion de leur promulgation – méritent une analyse plus détaillée.

À l'instar de l'année précédente, même lorsqu'il a promulgué des textes – sans exercer son droit de veto – le Président a, dans certains cas, formulé des commentaires critiques vis-à-vis des textes concernés.

Parmi eux, on peut signaler la promulgation du décret de l'Assemblée de la République qui régit l'utilisation et l'accès par les forces et services de sécurité et par l'ANEPC aux systèmes de vidéosurveillance pour capter, enregistrer et traiter des images et du son (*bodycams*), en considérant les avis globalement favorables du Conseil Supérieur du Pouvoir Judiciaire, du Conseil Supérieur du Ministère Public, de l'Association Nationale des Municipalités Portugaises, de l'Autorité Nationale d'Urgence et de Protection Civile (ANEPC), de la GNR et de la PSP, ainsi que compte tenu de l'urgence invoquée pour l'introduction du nouveau régime juridique¹⁶.

C'est aussi le cas du décret de l'Assemblée de la République qui modifie le régime du télétravail, modifiant le Code du travail et la loi n°98/2009, du 4 septembre 2009, qui régleme le régime d'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles. Le Président de la République « attire l'attention sur le fait que la loi rentre

¹⁶ <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/12/presidente-da-republica-promulga-bodycameras/>.

dans des détails réglementaires d'application complexe », mais « compte tenu du contexte et de l'urgence de cette matière législative », il opte pour la promulgation¹⁷.

Pour ce qui est des vetos, on peut relever plusieurs points.

Tout d'abord, en novembre 2021, le Président de la République a utilisé le veto politique pour la 25e fois, lors du renvoi au Parlement de la loi qui dépénalise l'euthanasie. En février, Marcelo Rebelo de Sousa avait déjà exercé le droit de veto pour un texte sur le même sujet, mais avec des motifs (non politiques) différents. Pour la deuxième fois depuis sa prise de fonction le 9 mars 2016, il avait alors saisi le Tribunal constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. À la majorité, les juges du Tribunal ont déclaré, en mars, le texte inconstitutionnel pour « densité normative insuffisante » de l'article 2-1, qui établissait les conditions pour que la mort médicalement assistée cesse d'être punissable¹⁸. Le Parlement a revu le texte et en a approuvé une nouvelle version le 5 novembre, avec des votes pour de la majorité du PS et BE, du PAN, du PEV, de l'Initiative libérale, des 13 députés PSD et des députés non-inscrits Joacine Katar Moreira et Cristina Rodrigues. Deux députés socialistes et trois sociaux-démocrates se sont abstenus. La majorité du banc PSD a voté contre, ainsi que PCP, CDS-PP et Chega et sept députés PS. Le Président a justifié le veto afin que les députés puissent clarifier la notion de « maladie incurable » et aussi pour revenir sur l'option de « maladie mortelle » qui a cessé d'être exigée pour justifier la demande de prise en charge médicale¹⁹. Selon le Règlement de l'Assemblée de la République, la confirmation d'un texte faisant l'objet d'un veto ne peut avoir lieu qu'à partir du 15e jour suivant la réception du message motivé du Président – cela signifie que seul le Parlement réuni après les élections anticipées du 30 janvier 2022 pourra à nouveau débattre et voter d'un texte sur cette question.

Ensuite, le 24 août 2021, le Président de la République a exercé le veto politique, en renvoyant au Parlement le décret de l'Assemblée de la République n°176/XIV, sur la « Modification des règles-cadres du Programme d'appui à l'économie locale (PAEL) », approuvé par le PS, le PCP et le PEV. Il invoquait le fait qu'il pourrait avoir des effets concrets sur les collectivités locales et leurs responsables et qu'il avait été envoyé pour promulgation après convocation des élections locales et après le délai de dépôt des candidatures. Le Président de la République a renvoyé le texte, sans promulgation, demandant qu'une décision soit prise à son sujet après l'exécution de l'acte électoral, c'est-à-dire un mois et deux jours à partir du moment du veto²⁰.

¹⁷ <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/11/presidente-da-republica-promulga-decreto-da-assembleia-da-republica-162056/>.

¹⁸ V. la décision n°123/2021, du 12 avril 2021.

¹⁹ V. <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/11/presidente-da-republica-devolve-sem-promulgacao-decreto-da-assembleia-da-republica-sobre-morte-medicamente-assistida/>.

²⁰ <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/08/pr-devolve-sem-promulgacao-decreto-da-ar-sobre-a-alteracao-as-regras-de-enquadramento-do-programa-de-apoio-a-economia-local-pael/>.

Enfin, le veto précédent avait été exercé le 22 avril, également sur un texte du Parlement, relatif à la procréation médicalement assistée (PMA) par insémination après le décès du donneur²¹, pour que l'Assemblée de la République puisse examiner les solutions qui y sont consacrées, notamment à la lumière du principe de sécurité juridique et dans le contexte systématique des autres normes pertinentes de l'ordre juridique national en matière de succession. Le 5 novembre le Président a toutefois promulgué le texte, en considérant que les amendements approuvés par l'Assemblée répondaient à plusieurs des objections soulevées et que, pour le reste, l'Assemblée de la République avait exercé sa compétence pour confirmer le texte, surmontant le veto dans les conditions prévues par la Constitution.

C. Les organes du pouvoir politique

1. Le Président et le Gouvernement

En 2020 et 2021, face à la situation sanitaire, le Président et l'opposition parlementaire se sont alliés à la majorité. Après une première phase de succès dans la lutte contre la pandémie qui s'est traduit par la chute du nombre de nouveaux cas, l'exclusion de quelques pays comme destination touristique – non sans conséquence sur l'économie portugaise – a motivé de fortes critiques de l'opposition vis-à-vis de la gestion de la crise par le Gouvernement et en particulier à l'égard de l'action de la Ministre de la Santé et du Directeur Général de la Santé.

À la suite du rejet le 27 octobre 2021 (par les députés du PSD, BE, PCP, CDS-PP, PEV, Chega et IL)²² du projet de budget pour 2022, le Président de la République a annoncé le 4 novembre 2021 la dissolution du Parlement et la convocation de nouvelles élections législatives anticipées²³, le 30 janvier 2022. Cependant et pour respecter l'article 113-6 de la Constitution, ainsi que l'article 19 de la Loi électorale pour l'Assemblée, le décret de dissolution a été publié le 5 décembre au Journal officiel²⁴.

Le Président a défendu dans son message que le rejet du budget a « totalement réduit la base de soutien du Gouvernement », alors que 2022 sera « une année décisive pour la sortie durable de la pandémie et de la crise sociale qui nous ont frappés ». L'échec du vote du budget de l'État « n'a pas été un rejet de circonstance, pour des divergences mineures, mais fondamentales », a argumenté le Président.

De fait, il marque la fin de l'alliance entre les forces de gauche – la *geringonça* (machin bringuebalant) établie depuis 2015 et annonce des mouvements stratégiques entre les partis.

²¹ <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/04/inseminacao-pos-morte-presidente-da-republica-solicita-ao-parlamento-que-reveja-disposicoes-sucessorias/>.

²² 117 votes contre, 108 votes pour (PS) et les abstentions du PAN (3 députés) et des deux députés non-inscrites.

²³ Un an avant la date prévue, à l'automne 2023. V. <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/11/declaracao-do-presidente-da-republica-ao-pais/>.

²⁴ V. le Décret du Président de la République n°91/2021, <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-presidente-republica/91-2021-175397134>.

Soulignons que des signes avant-coureurs de l'éloignement du PCP et du BE s'étaient déjà manifestés – le PCP n'avait pas approuvé le budget rectificatif de 2020.

Par ailleurs, quelques affaires préoccupantes des années antérieures sont encore d'actualité, avec des procédures pénales toujours en cours, comme le vol d'armes à Tancos en 2017²⁵.

Au cours du dernier trimestre 2021, l'opinion pouvait penser que, après l'approbation du budget de l'État, le Premier ministre eût procédé à un remaniement ministériel, en particulier en ce qui concerne le Ministre de l'Intérieur, Eduardo Cabrita, après que son image a été mise en cause par différents événements.

La présidence portugaise du Conseil de l'Union européenne, au premier semestre 2021, est passée presque inaperçue, à cause de la pandémie.

2. Le Tribunal constitutionnel

Quatre nouveaux juges du Tribunal constitutionnel ont été élus en 2021, pour les sièges laissés vacants par Manuel da Costa Andrade (Président de l'institution, qui avait terminé son mandat au mois de février²⁶) et trois autres juges dont le mandat se terminait en juillet (Fernando Vaz Ventura, Maria de Fátima Mata-Mouros et Maria José Rangel Mesquita). Les Professeurs José Afonso Nunes de Figueiredo Patrão et José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias²⁷ et les juges Maria Benedita Malaquias Pires Urbano et António José da Ascensão Ramos ont été élus en octobre par l'Assemblée de la République, avec 145 votes pour, 54 votes blancs et 9 nuls, lors d'une élection à laquelle 208 des 230 députés ont participé. Tous les noms ont été proposés par le PSD, sauf António Ramos, dont le nom a été proposé par le PS.

Aux termes de la Constitution, pour être élus, les candidats devaient obtenir le soutien d'une majorité des deux tiers des députés, pour autant qu'elle soit supérieure à la majorité absolue des députés en fonction.

3. La *Provedora de Justiça*

Le 19 novembre 2021, Maria Lúcia Amaral, professeure à l'Université Nova de Lisbonne et juge Tribunal constitutionnel entre 2007 et 2016, a été nommée une deuxième fois *Provedora de Justiça* par l'Assemblée de la République, avec 176 votes pour, 30 votes blancs et 2 votes nuls.

Conformément aux dispositions de l'alinéa h) de l'article 163 de la Constitution, l'élection du *Provedor* requiert la majorité des deux tiers des députés présents, à condition qu'elle soit

²⁵ V. chron. précédente, *RFDC*, 2021, p. 250.

²⁶ João Caupers est depuis le nouveau Président du Tribunal.

²⁷ Il s'agissait de la deuxième tentative du Parlement d'élire l'intéressé, comme expliqué dans la chronique précédente.

supérieure à la majorité absolue des députés élus, le vote étant à bulletin secret. Le vote et l'élection qui a suivi ont eu lieu deux jours après l'audition de l'intéressée en commission des affaires constitutionnelles, des droits, des libertés et des garanties.

Maria Lúcia Amaral avait été désignée *Provedora*, pour la première fois, le 20 octobre 2017, sur proposition du PSD, pour succéder à José de Faria Costa, *Provedor* de 2013 à 2017.

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. La première porte sur le contrôle du financement des partis politiques et des campagnes électorales (A), la deuxième sur la mort médicalement assistée (B), la troisième sur l'état d'exception et la compétence du pouvoir exécutif (C) et la quatrième sur la cybercriminalité (D).

A. Contrôle du financement des partis politiques et des campagnes électorales. Nouveau régime. Première décision du Tribunal constitutionnel.

Décision n°421/2020 [Ass. Plén./contrôle des comptes] du 14 juillet 2020

Par sa décision du 14 juillet 2020 (n°421/2020), le Tribunal constitutionnel a eu à connaître d'une affaire dans le cadre de ses compétences en matière de contrôle des comptes des partis politiques et des campagnes électorales. Cette décision mérite de retenir l'attention en ce qu'elle constitue la première décision du Tribunal constitutionnel mettant en œuvre le nouveau régime applicable en la matière tel qu'il résulte de la Loi organique n°1/2018 du 19 avril 2018. Le Tribunal constitutionnel était, en l'espèce, saisi de recours présentés par un parti politique et par le mandataire financier de ce dernier à l'encontre de décisions rendues par l'EFCP (« *Entidade das Contas e Financiamentos Políticos* »), en application de l'article 9 al. e de la Loi relative au Tribunal constitutionnel. Cette disposition prévoit, en effet, que la Haute juridiction est compétente pour « connaître, d'un recours de pleine juridiction, en assemblée plénière, des décisions rendues par l'EFCP en matière de régularité et de légalité des comptes des partis politiques, y compris ceux des groupes parlementaires, des députés uniques représentants d'un parti et des députés n'appartenant à aucun groupe ou des députés indépendants, de l'Assemblée de la République ou des Assemblées législatives des Régions autonomes, et des campagnes électorales, en application de la loi, y compris des décisions d'imposer des amendes ».

Pour le Tribunal constitutionnel, la décision de 2020 est donc – aussi – l'occasion de préciser le nouveau régime applicable en matière de contrôle du financement des partis politiques et des campagnes électorales. Le juge constitutionnel souligne d'ailleurs que « le

changement le plus significatif concerne la compétence pour apprécier la régularité et la légalité des comptes [...] qui, jusqu'alors, revenait au Tribunal constitutionnel et qui est désormais attribuée à l'ECFP », sous le contrôle, le cas échéant, du juge constitutionnel (art. 9 al. 2 et art.103-A de la Loi relative au Tribunal constitutionnel et art. 23 de la Loi organique n°2/2005, du 10 janvier 2005 relative à l'organisation et au fonctionnement de l'ECFP).

Revenant sur le régime défini par la Loi organique de 2018, le Tribunal constitutionnel précise, tout d'abord, l'étendue de sa compétence. Plus précisément, il s'interroge sur les décisions de l'ECFP (identification des irrégularités et/ou sanctions prononcées) qui peuvent faire l'objet d'un recours devant lui. Il analyse donc ces décisions au regard, notamment, de la définition des actes administratifs énoncée à l'article 148 du code de procédure administrative (« les décisions qui, dans l'exercice des pouvoirs juridico-administratifs, visent à produire des effets juridiques sur une situation individuelle et concrète »). Le Tribunal s'interroge également sur le point de savoir si ces décisions, considérées comme des actes administratifs sont, en outre, susceptibles de recours juridictionnel. La décision de juillet 2020 fait alors référence aux dispositions de l'article 268-4 de la Constitution portugaise, cite la jurisprudence du Tribunal (particulièrement la décision n°499/1996) et prend appui sur les travaux de la doctrine. Le Tribunal note, de plus, la particularité des requérants lorsqu'un parti politique est visé par une décision de l'ECFP.

Le Tribunal met, ensuite, en évidence les contours de son contrôle en indiquant « le sens et la portée ». De ce point de vue, la Haute juridiction reprend les conclusions qui étaient les siennes dans sa décision n°979/1996 qui, selon le Tribunal, restent, à cet égard, « pertinentes et actuelles » malgré les changements intervenus (v. également la décision n°563/2006), pour concentrer le contrôle sur la vérification du respect des règles comptables et financières spécifiquement imposées en la matière.

Le Tribunal rappelle, enfin, la particularité et l'importance des partis politiques dans le cadre de l'État de droit démocratique. Le Tribunal souligne « la spécificité (organique, fonctionnelle et finaliste) des partis politiques » ainsi que leur rôle en citant notamment les articles 10 et 51 de la Constitution. Le Tribunal insiste sur le fait que les partis en tant qu'associations de citoyens doivent bénéficier des droits et libertés reconnus à ces dernières (art. 46 de la Constitution) tout en justifiant les exigences particulières qui peuvent s'imposer à eux compte tenu de leurs fonctions de « représentation du peuple » et d'« exercice du pouvoir politique ». Aussi, pour le Tribunal, sa propre intervention, dans le cadre du contrôle des comptes, « doit également être comprise comme une forme de garantie du respect de la liberté d'organisation et d'action des partis politiques, l'accomplissement par eux de leurs fonctions constitutionnelles dans le cadre des principes que la Constitution et la loi imposent à leur exercice [...] ».

Appréciant le fond des recours présentés devant lui, le Tribunal constitutionnel examine les griefs soulevés en l'espèce et fait partiellement droit aux demandes des requérants. La décision est, en outre, accompagnée de plusieurs opinions séparées.

B. Mort médicalement assistée

Décision n°123/2021 [Ass. plén./contrôle a priori] du 15 mars 2021

Dans sa décision n°123/2021, l'Assemblée plénière du Tribunal constitutionnel était appelée à se prononcer, dans le cadre d'un contrôle *a priori*, sur la conformité à la Constitution de la loi autorisant la mort médicalement assistée, adoptée le 29 janvier 2021 par l'Assemblée de la République. Soutenu par le Parti socialiste, le Bloc de gauche et certains députés du Parti social-démocrate, ce texte, approuvé avec 136 voix pour, 78 voix contre et 4 abstentions, ouvre la possibilité du recours à la mort médicalement assistée aux Portugais majeurs vivant sur le territoire du pays et se trouvant « dans une situation de souffrance intolérable, avec une lésion irréversible d'une extrême gravité selon le consensus scientifique, ou souffrant d'une maladie incurable et mortelle » (art. 2-1). Dans ces hypothèses, la mort médicalement assistée n'est pas punissable lorsqu'elle est réalisée dans certaines conditions : la demande doit être validée par plusieurs médecins et, en cas de doutes sur la capacité de la personne à faire un choix « libre et éclairé », l'intervention d'un psychiatre est prévue. En outre, le médecin du patient doit, en présence de témoins, recueillir une dernière fois sa volonté de mettre fin à ses jours. La loi prévoit, également, que la mort assistée pourra être pratiquée dans des établissements du service national de santé ou tout autre lieu choisi par le patient à condition qu'il réponde aux exigences cliniques et de confort adéquates.

Le Tribunal constitutionnel se trouvait ainsi saisi de l'examen de la loi à la demande du Président de la République, Marcelo Rebelo de Sousa. Ce dernier soulevait deux doutes d'inconstitutionnalité : i) le caractère excessivement indéterminé de la notion de souffrance intolérable ; ii) le caractère excessivement indéterminé de la notion de lésions irréversibles d'une extrême gravité. Selon le chef de l'État, ces imprécisions étaient de nature à mettre en jeu la sécurité juridique. Il fondait, par ailleurs, son recours en inconstitutionnalité sur la violation du droit à la vie consacré par l'article 24-1 de la Constitution (« la vie humaine est inviolable ») et interprété conformément au principe de dignité de la personne humaine garanti par l'article 1^{er} du texte constitutionnel portugais.

La décision rendue le 15 mars 2021 par le Tribunal constitutionnel est riche d'enseignements à plusieurs égards.

En premier lieu, le Tribunal précise qu'il est indispensable de considérer les prescriptions de l'article 2-1 de la loi comme un tout inséparable. Chacun des critères cumulatifs sur lesquels repose la légalité de la collaboration volontaire de professionnels de santé dans l'anticipation du décès d'une personne à sa demande ne saurait en effet s'appliquer de

manière isolée et autonome. Souscrire à une telle lecture de l'énoncé reviendrait à manipuler la pensée du législateur dont le choix s'est porté sur l'unité de sens de l'article 2 de la loi. La complémentarité structurelle de cette disposition implique, en d'autres termes, une unité téléologique qui empêche toute segmentation dont il résulterait que chaque condition d'accès à la mort médicalement assistée pourrait acquérir une signification normative autonome susceptible d'être considérée isolément.

En deuxième lieu, et il s'agit peut-être là du principal apport de la décision, le Tribunal constitutionnel considère que l'inviolabilité de la vie humaine, consacrée par l'article 24-1 de la Constitution, ne constitue pas un obstacle insurmontable à une législation consistant à légaliser, sous certaines conditions, la pratique de la mort médicalement assistée. Selon le Tribunal, le droit à la vie ne saurait être transformé en un devoir de vivre en toutes circonstances. En ce sens, la Haute juridiction rappelle que le concept de personne propre à une société démocratique, laïque et plurielle sur le plan éthique, moral et philosophique justifie que l'opposition entre le devoir de protéger la vie et le respect de l'autonomie personnelle face à des situations de souffrance extrême puisse conduire le législateur à autoriser la mort médicalement assistée lorsqu'elle est demandée par le patient lui-même. Étant entendu que cela ne saurait toutefois se faire dans n'importe quelles conditions. Le Tribunal précise en effet que la légalisation de la mort médicalement assistée impose l'institution d'un système de protection juridique de nature à sauvegarder, sur le plan matériel et procédural, les droits fondamentaux mis en cause, à savoir le droit à la vie et l'autonomie personnelle de ceux qui demandent l'anticipation de leur mort et de ceux qui y collaborent. Dans cette perspective, les conditions dans lesquelles la mort médicalement assistée est possible doivent être claires, précises, prévisibles et contrôlables.

C'est précisément au regard de ces exigences que le Tribunal constitutionnel se prononce, en troisième et dernier lieu, sur la question du caractère excessivement indéterminé des notions de souffrance intolérable et de lésions irréversibles d'une extrême gravité. S'agissant, tout d'abord, de la notion de souffrance intolérable, l'assemblée plénière juge que cette dernière, bien qu'imprécise, peut être déterminée selon les règles du corps médical. Concernant, ensuite, le concept de lésions irréversibles d'une extrême gravité, le Tribunal constitutionnel estime, en revanche, que son imprécision ne permet pas de délimiter, avec la rigueur indispensable, les situations de vie pour lesquelles il peut être appliqué, et ce quand bien même l'on prend en considération le contexte normatif dans lequel il s'inscrit. Pour cette raison, le Tribunal conclut à l'inconstitutionnalité de cette disposition au motif de sa contrariété avec le principe de prévisibilité de la loi, corollaire des principes de l'État de droit démocratique et de la réserve de loi parlementaire garantis par les articles 2 et 165-1-b) de la Constitution²⁸.

En conséquence, l'Assemblée de la République a adopté le 5 novembre 2021, à une majorité de 138 voix sur 227, un nouveau texte début novembre 2021. Bien que reformulée pour

²⁸ L'article 165-1-b) prévoit en effet que « sauf habilitation législative accordée au gouvernement, il est de la compétence exclusive de l'Assemblée de la République de légiférer sur les droits, les libertés et les garanties ».

tenir compte de la décision du Tribunal constitutionnel, cette loi n'a pas plus suscitée l'adhésion du chef de l'État qui lui a opposé dans la foulée son droit de veto. C'est une fois de plus l'indétermination des raisons pouvant justifier le recours à la mort médicalement assistée qui est pointée du doigt par le Président de la République. Ce dernier attend notamment des députés qu'ils précisent si le recours à l'euthanasie pourrait être autorisé en cas de « *maladie fatale* », « *incurable* » ou seulement « *grave* », dans la mesure où l'ensemble de ces termes figurent dans le texte qui lui a été soumis. Ainsi que le prévoit l'article 136-2 de la Constitution, ce veto peut être surmonté si l'Assemblée de la République confirme son vote à la majorité absolue des députés en droit d'exercer leur mandat. Dans ce cas, le Président de la République doit promulguer le texte dans un délai de huit jours à compter de sa réception. Reste que le veto du chef de l'État est intervenu alors qu'il avait déjà annoncé sa décision de dissoudre le Parlement et de convoquer des élections législatives anticipées²⁹. Le veto du Président de la République semble ainsi marquer la fin d'un processus législatif de légalisation de la mort médicalement assistée entamé en février 2020, sauf s'il est repris par l'Assemblée nouvellement élue à la suite des élections anticipées du 30 janvier 2022.

C. État d'exception. État d'urgence. Compétences et étendue du pouvoir exécutif.

Décision n°352/2021 [3e section/ contrôle concret] du 27 mai 2021

Dans le contexte de la crise sanitaire, le Tribunal constitutionnel a été amené, par une décision du 27 mai 2021 (n°353/2021) à préciser les conditions dans lesquelles le pouvoir exécutif peut agir en période d'application de l'état d'urgence. Plus exactement, le Tribunal constitutionnel était saisi d'un recours afin qu'il se prononce sur la constitutionnalité de la règle énoncée à l'article 43-6 du Décret n°2-B/2020 du 2 avril 2020 en vertu duquel « désobéissance et résistance aux ordres légitimes des entités compétentes, pratiquées en violation des dispositions du présent décret, sont sanctionnées pénalement et les peines respectives sont aggravées d'un tiers, dans leurs limites minimales et maximales, conformément à l'article 6-4 de la Loi n°27/2006 du 3 juillet 2006 ».

Comme l'explique le Tribunal, était ici en jeu le non-respect de l'obligation de confinement prévue par le décret précité qui renvoie aux dispositions de l'article 348-1 du code pénal. Mais, dans le cadre du contrôle concret de constitutionnalité dont il était saisi sur le fondement de l'article 70-1 *al. a* de la Loi n°28/82, le Tribunal constitutionnel avait à connaître d'une décision de justice retenant l'inconstitutionnalité de l'aggravation des limites du cadre pénal des infractions en cause dans le contexte de l'espèce.

La question centrale était donc de savoir si le pouvoir exécutif, dans le cadre de l'état d'urgence (art. 19 de la Constitution), pouvait prévoir l'aggravation de la sanction pénale alors que « la définition des crimes, des peines, des mesures de sûreté [...] ainsi que la

²⁹ Dissolution intervenue à la suite du rejet, par un vote de l'Assemblée de la République du 27 octobre 2021, du projet de budget pour 2022 du gouvernement socialiste d'Antonio Costa.

procédure pénale » relève, en principe, de la « compétence exclusive de l'Assemblée de la République » (art. 165-1 *al. c* de la Constitution).

Avant d'y répondre, le Tribunal constitutionnel consacre de longs développements aux « états d'exception » qui, aux termes de la Constitution portugaise, permettent « la suspension de l'exercice des droits » : l'état de siège et l'état d'urgence (art. 19 de la Constitution).

Prenant largement appui sur l'histoire et le droit comparé, la Haute juridiction revient, d'abord, sur les termes employés pour désigner ce type d'hypothèses et ce qu'elles impliquent. La décision évoque ainsi, par exemple, le droit allemand, la tradition anglosaxonne, les « droits latins » et souligne que « ce qui justifie la déclaration d'un état d'exception est le fait qu'il existe des circonstances dans lesquelles l'application régulière des normes constitutionnelles mettrait en danger la subsistance de l'ordre constitutionnel. [...] Par conséquent, l'état d'exception implique une dérogation globale et transitoire aux règles constitutionnelles ». Le juge poursuit pour mettre en évidence que le pouvoir exécutif, en ce cas, « est investi de prérogatives extraordinaires, de sorte que l'on peut parler d'une suspension de l'exercice des droits fondamentaux et de la séparation régulière des pouvoirs. L'état d'exception paraît, ainsi, recéler le paradoxe selon lequel l'ordre constitutionnel se défend par l'effacement même de son essence ».

Le Tribunal propose, ensuite, une analyse du « modèle portugais d'exception constitutionnelle » qu'il situe entre deux modèles-types, celui de la dictature romaine d'une part et celui organisé par la Loi fondamentale allemande de 1949 d'autre part. Pour la juridiction constitutionnelle, l'article 19 de la Constitution du Portugal retient une « voie médiane » : « un modèle de suspension régulée » (« *modelo de suspensão regulada* ») qui se caractérise, précise la décision, par deux éléments que sont « une défense proportionnelle de l'ordre constitutionnel » et « des limites catégoriques aux pouvoirs d'urgence ».

Poursuivant l'analyse, le Tribunal ajoute que la mise en œuvre de l'état d'exception n'implique pas seulement la suspension de l'exercice des droits fondamentaux, ce que la décision identifie comme son « aspect matériel », mais également une « extension des compétences du pouvoir exécutif », autrement dit un « aspect organique ». De ce point de vue, le Tribunal observe une distinction entre la déclaration et l'exécution de l'état d'urgence ; la première revenant au Président de la République tandis que la seconde est confiée au Gouvernement. Pour le Tribunal cette distinction « permet de réaliser, dans le cadre du régime d'exception, les deux principales dimensions du principe de séparation des pouvoirs, à savoir une garantie de modération politique et un impératif d'adéquation fonctionnelle ».

Revenant à la question au cœur du recours, le Tribunal estime que le Gouvernement, en période d'état d'urgence, pouvait décider d'augmenter les limites minimales et maximales du cadre pénal de la désobéissance. Pour cela, le Tribunal constitutionnel s'appuie sur les

dispositions de l'article 19-8 de la Constitution qui prévoient que « La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence confère aux autorités la compétence leur permettant de prendre les mesures nécessaires et adéquates à un prompt rétablissement de la normalité constitutionnelle ». Dans sa décision, le juge explique que cela ne contrevient pas aux exigences de l'article 19-7 de la Constitution en vertu duquel la mise en œuvre de l'état d'exception « ne peut notamment remettre en cause l'application des normes constitutionnelles relatives à la compétence et au fonctionnement des organes de souveraineté [...] ». Le pouvoir reconnu au Gouvernement « repose sur un titre extraordinaire (la déclaration de l'état d'exception), revêt un caractère temporaire (la validité du décret présidentiel) et vise un but spécifique (le rétablissement de la normalité constitutionnelle) ». Le Tribunal rappelle néanmoins que ce pouvoir ne saurait être « ni arbitraire, ni absolu » et qu'il est encadré, au plan matériel d'une part – via l'exigence de proportionnalité et le contrôle juridictionnel – comme au plan institutionnel d'autre part, à travers la possible mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement (art. 190 de la Constitution) et le contrôle parlementaire de l'application de l'état d'exception (art. 162 *al. b* de la Constitution). Le Tribunal ajoute encore que « l'exécutif opère, dans ce cadre constitutionnel très particulier, en qualité de législateur extraordinaire *ex ratione necessitatis* ».

Le Tribunal ne considère donc pas les dispositions en cause comme contraires à la Constitution et ordonne la réformation de la décision juridictionnelle contestée.

D. Cybercriminalité

Décision n°687/2021 [Assemblée plénière/contrôle a priori] du 30 août 2021

Le Tribunal constitutionnel était ici saisi par le Président de la République d'un recours en inconstitutionnalité contre les dispositions de l'article 5 du décret n°167/XIV approuvé par l'Assemblée de la République le 20 juillet 2021 et portant modification de l'article 17 de la loi n°109/2009 du 15 septembre sur la cybercriminalité. En l'espèce, le décret mis en cause avait pour objet de transposer la directive (UE) n°2019/713 du 17 avril 2019 relative à la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, avec pour conséquence une modification substantielle de la procédure de saisie des correspondances électroniques dans le cadre d'une enquête pénale prévue par l'article 17 de la loi sur la cybercriminalité. Là où une telle saisie relevait jusqu'alors de la compétence exclusive du juge, le décret étendait cette compétence à toute autorité judiciaire, c'est-à-dire également au ministère public. Plus encore, le texte litigieux permettait que, dans certaines circonstances, cette prérogative puisse revenir aux organes de police criminelle ; le contrôle du juge intervenant alors dans un second temps, par exemple pour rejeter la pertinence des preuves recueillies.

Le Président de la République, auteur de la saisine, estimait que cette modification emportait un changement de paradigme en matière d'accès au contenu des communications électroniques. En autorisant le ministère public à ordonner la saisie de ces communications

dont la pertinence dans le cadre de l'affaire n'est soumise à l'appréciation du juge que dans un second temps, le législateur porterait une atteinte disproportionnée au droit à l'inviolabilité du domicile et de la correspondance (art. 34 de la Constitution) et au droit à l'utilisation de l'informatique (art. 35 de la Constitution). Le chef de l'État rappelait, en outre, que la Commission nationale pour la protection des données avait émis des doutes sur ce nouveau régime en raison d'« une dégradation manifeste du niveau de protection des citoyens ».

C'est dans ce contexte que le Tribunal constitutionnel était donc appelé à se prononcer, dans le cadre d'un contrôle *a priori*, sur la conformité à la Constitution du décret du 20 juillet 2021. L'Assemblée plénière du Tribunal, à l'unanimité des magistrats, conclut à l'inconstitutionnalité du nouveau régime de saisie des correspondances électroniques. La Haute juridiction estime que donner au ministère public la possibilité d'ordonner la saisie de ces correspondances entraînerait une restriction disproportionnée des droits fondamentaux à l'inviolabilité des correspondances et des communications et à la protection des données à caractère personnel dans le cadre de l'utilisation des technologies informatiques, en tant que manifestations spécifiques du droit à la vie privée. Le Tribunal constitutionnel considère, par ailleurs, qu'autoriser le ministère public à ordonner la saisie de communications électroniques emporterait une violation du principe de la réserve de compétence du juge et des garanties constitutionnelles de la défense dans le cadre de la procédure pénale. En d'autres termes, une violation de l'article 32-4 de la Constitution aux termes duquel « toute instruction relève de la compétence d'un juge. Il peut, conformément à la loi, déléguer à d'autres autorités l'accomplissement des actes de l'instruction qui ne portent pas directement sur les droits fondamentaux ».

La motivation de la décision ne manque pas de convaincre. Le Tribunal constitutionnel rappelle en effet que l'objectif de découverte matérielle de la vérité inhérent à l'enquête pénale constitue un motif légitime de limitation du droit à l'inviolabilité de la correspondance et au secret des communications, énoncé par l'article 34-1 et 4 de la Constitution, et du droit à la protection des données à caractère personnel dans le domaine informatique, consacré par l'article 35-1 et 4 de la Loi fondamentale. Cela posé, la restriction portée à ces droits, qui constituent une manifestation du droit plus général au respect de la vie privée, ne peut se faire que dans le respect, d'une part, des principes d'exceptionnalité, de nécessité et de proportionnalité qui s'imposent aux lois restreignant l'exercice des droits fondamentaux (art. 18-2 de la Constitution) et, d'autre part, de l'exigence spécifique, en matière de procédure pénale, d'intervention d'un juge d'instruction (art. 32-4 de la Constitution). Bien que les objectifs propres à l'enquête pénale justifient des restrictions aux droits fondamentaux qui ne seraient pas admises dans d'autres domaines, le Tribunal attire également l'attention sur le fait que le risque d'atteinte à la liberté des citoyens est particulièrement élevé dans le cadre des procédures pénales. C'est pourquoi la Constitution impose l'intervention d'un juge d'instruction, en tant que représentant d'un organe souverain, indépendant, impartial et spécialement dédié à la protection des droits fondamentaux, qualités que ne garantit pas le ministère public en tant que représentant de

l'État. Dit autrement, il existe, selon le Tribunal constitutionnel, un lien étroit entre l'autorisation constitutionnelle accordée au législateur de restreindre l'inviolabilité de la correspondance en matière de procédure pénale (art. 34-4 de la Constitution³⁰) et la compétence première du juge d'instruction pour pratiquer des actes directement contraires aux droits fondamentaux (art. 32-4 de la Constitution). Il s'ensuit qu'un régime juridique qui exclut l'intervention préalable du juge d'instruction pour la pratique d'actes d'enquête pénale impliquant une immixtion dans la sphère privée des citoyens ne sera conforme à la Constitution que s'il existe une justification complète, solide et bien déterminée, et ne pourra en aucun cas dépasser les limites étroites d'une solution exceptionnelle. Or, ces conditions n'étant en l'occurrence pas remplies, le nouveau régime de saisie des communications électroniques, dans la mesure où il ne répond ni aux exigences de nécessité et de proportionnalité des restrictions portées aux droits fondamentaux (art. 18-2 de la Constitution), ni à l'obligation d'intervention préalable d'un juge d'instruction pour l'accomplissement des actes d'instruction qui portent directement atteinte aux droits fondamentaux (art. 32-4 de la Constitution) est, en toute logique, déclaré inconstitutionnel par le Tribunal constitutionnel.

³⁰ Aux termes de cette disposition, « toute ingérence des pouvoirs publics dans la correspondance, les télécommunications, ou tout autre moyen de communication, est interdite, hormis les cas prévus par la loi en matière de procédure pénale ».