

Chronique de droit constitutionnel comparé (janvier 2020 à juin 2020)

Écrit par

Éleonora BOTTINI



Professeure à l'Université de Caen Normandie

Antoine CORRE-BASSET



Professeur à l'Université de Rouen

I. Haute Cour d'Australie, 11 février 2020, *Love v Commonwealth of Australia ; Thoms v Commonwealth of Australia* [2020] HCA 3, [statut constitutionnel des Aborigènes], par E. Bottini

À l'occasion du recours introduit par Daniel Love et Brendan Thoms contre la mesure d'expulsion prise à leur égard, la Haute Cour d'Australie s'est penchée sur la définition de la catégorie constitutionnelle de l'étranger et plus généralement sur la place des Aborigènes dans le droit australien de la citoyenneté. L'arrêt *Love et Thoms* du 11 février 2020 ⁽¹⁾ met en lumière des incohérences fondamentales du système juridique australien par rapport à la reconnaissance des peuples autochtones (« *Aboriginal and Torres Strait Islander peoples* ») par la Constitution.

Les deux requérants, respectivement citoyens de Papouasie-Nouvelle-Guinée et Nouvelle-Zélande, étaient résidents en Australie depuis plusieurs années mais n'avaient jamais demandé la nationalité australienne. Ils étaient en revanche apparentés, par voie d'un des deux parents, à l'un des peuples reconnus comme autochtones par le droit australien. Ayant été condamnés à des peines de prison de plus d'un an, ils étaient susceptibles de tomber sous le coup de la loi sur l'immigration de 1958 ⁽²⁾ qui prévoit la possibilité d'expulser les étrangers condamnés pour crimes d'une certaine gravité. Dans leur recours, M. Love et M. Thoms contestaient la possibilité pour le Gouvernement d'appliquer une telle mesure contre des Aborigènes d'Australie, même si ceux-ci étaient citoyens d'autres pays.

La question à laquelle la Cour accepte de répondre n'est pas celle de savoir si les deux requérants sont ou non des étrangers au titre de la loi sur l'immigration, car seul le Parlement a le pouvoir de définir la catégorie d'étranger mentionnée dans la Constitution à l'article 51(xix) ⁽³⁾. La Cour en revanche s'interroge sur le fait de savoir si la catégorie juridique d'étranger telle qu'elle ressort de l'interprétation posée par le Parlement implique une certaine marge d'appréciation. Il s'agit en effet de décider si les Aborigènes relèvent sans exception possible du régime juridique d'étranger, comme le soutenait le Gouvernement, ou bien d'ajouter une exception implicite à la distinction entre nationaux et étrangers, pour y inclure la catégorie des « ni nationaux, ni étrangers » pour les Aborigènes nés à l'étranger. Dans cette dernière hypothèse, il serait impossible pour cette nouvelle catégorie de personnes de faire l'objet d'une mesure d'expulsion.

L'article 51(xix) de la Constitution est donc au cœur de cette affaire devant la Haute Cour, et son interprétation dans le cas d'espèce se révèle particulièrement complexe. Cet article comporte, à l'instar de l'article 34 de la Constitution française, une liste explicite de compétences relevant du domaine exclusif du Parlement (souligné au § 5 de l'arrêt), et inclut les questions relatives à la citoyenneté.

Cependant, rien dans cet article ne mentionne les Aborigènes. Cela renvoie à une question plus vaste qui traverse le débat constitutionnaliste

australien des dernières décennies : l'absence totale de toute mention des Aborigènes d'Australie dans la Constitution de 1900, entrée en vigueur en 1901, qui ne fait aucune place aux droits ni même à la reconnaissance des populations qui habitaient le territoire australien avant l'arrivée des colonisateurs anglais en 1770. Ayant été écrite alors que l'Australie était une colonie anglaise, la Constitution n'a pas été modifiée lors de l'obtention de l'indépendance pour refléter les changements de souveraineté que cela a pu entraîner⁽⁴⁾. À titre de comparaison, il est intéressant d'évoquer le cas du Canada, où les droits des peuples autochtones ont été consacrés explicitement par le *Constitutional Act* de 1982 (dit rapatriement de la Constitution⁽⁵⁾) dans deux articles (25 et 35), et ultérieurement précisés lors d'une révision constitutionnelle de 1983⁽⁶⁾.

À l'arrivée des Britanniques, tous les habitants des territoires australiens sont devenus automatiquement sujets de la Couronne (ce qui a été confirmé par la *High Court* en 1992⁽⁷⁾) et à partir de la création de la citoyenneté australienne (distincte de celle britannique) en 1948, tous les sujets de la Couronne britannique sont devenus automatiquement citoyens australiens. Encore une fois, aucune spécificité ne fut accordée aux personnes aborigènes. Contrairement à la Nouvelle-Zélande, où un traité a été signé avec les peuples indigènes, le mouvement vers la « reconnaissance constitutionnelle »⁽⁸⁾ de la propriété de la terre avant la colonisation britannique est encore en cours en Australie, et plus en général s'est même renforcé dans les dernières années. En l'absence de réformes sur cette question hautement polémique, le règlement des différends sur le statut des Aborigènes australiens a été largement laissé aux cours de justice. L'arrêt *Love et Thoms* en est un exemple. Dans un retentissant arrêt *Mabo* (n° 2) de 1992, largement cité dans l'arrêt commenté, la Haute Cour a dû décider comment pouvait être établie juridiquement l'appartenance à l'un des peuples autochtones. Elle a défini deux critères : la descendance biologique, et la reconnaissance mutuelle entre la personne et un ou plusieurs anciens du peuple autochtone ou une personne jouissant d'une autorité traditionnelle à l'intérieur de celui-ci⁽⁹⁾.

Comme le souligne Cheryl Saunders dans un commentaire de cet arrêt prononcé en 1992, le droit des étrangers et le droit de la nationalité australiens restent empreints d'un flou juridique : autant le concept juridique d'étranger est défini dans la Constitution, autant rien dans celle-ci ne définit la citoyenneté, qui est prévue par une loi ordinaire. Ainsi, la doctrine et la *High Court* semblent s'accorder sur le fait qu'il est du ressort du Parlement de préciser les contours de la citoyenneté, mais qu'il n'a pas le pouvoir d'interpréter le concept d'étranger « au-delà du sens ordinaire du terme »⁽¹⁰⁾ car celui-ci est de niveau constitutionnel. La création d'une troisième catégorie de personnes, non-étrangers même si non citoyens, n'était possible que par l'interprétation constitutionnelle de la Haute Cour. Il s'agit en effet de décider si l'étranger se définit simplement par la négative comme le non-citoyen (et dans ce cas, les requérants rentrent sans doute possible dans cette catégorie juridique et peuvent être expulsés) ou si des non-citoyens peuvent ne pas être considérés comme des étrangers parce qu'appartenant aux tribus aborigènes de l'Australie (rendant par conséquent leur expulsion impossible).

Par une majorité serrée de quatre juges contre trois, la deuxième solution est choisie, non sans débat interne à la Cour marqué par la présence de quatre motivations différentes pour l'opinion de la majorité (en plus des trois opinions dissidentes). Le tronc commun du raisonnement des juges de la majorité tourne autour de la question de l'« appartenance » des Aborigènes d'Australie au territoire en raison de leur connexion profonde avec le pays qu'ils habitaient avant l'arrivée des colonisateurs britanniques. Cette appartenance ne s'explique pas uniquement par un lien de parenté, mais aussi et surtout par un lien spirituel et culturel avec la terre (§ 451). Cette définition est puisée dans des travaux d'anthropologie, cités par la Cour⁽¹¹⁾. L'une des juges, Michelle Gordon, arrive à une telle conclusion en étudiant la signification du terme « étranger » : « Le terme constitutionnel 'étranger' renvoie à l'altérité, au fait d'être un 'extérieur', à une étrangeté. Le terme constitutionnel 'étranger' ne s'applique pas aux Aborigènes d'Australie, les habitants originels du pays. Un Aborigène d'Australie ne peut être extérieur à l'Australie » (§ 296). De l'avis même de la majorité, il s'agit d'un statut « *sui generis* », une position unique qui soustrait les Aborigènes de la possibilité d'être expulsés du territoire, ce qui laisse songeur quant à la précision juridique d'un tel statut.

La grande divergence d'opinions internes à la Cour rend l'arrêt complexe à analyser et a également contribué à ce que la décision rendue par la Cour prête le flanc à de nombreuses critiques⁽¹²⁾. La principale concerne l'étendue du pouvoir d'interprétation judiciaire. En effet, non seulement la Haute Cour crée une troisième catégorie de résidents en Australie, à mi-chemin entre le citoyen et l'étranger, mais s'octroie également le pouvoir d'étendre les conséquences juridiques du statut d'Aborigène au-delà de l'appartenance territoriale. Jusque-là, la reconnaissance par le droit de l'appartenance d'une personne aux Aborigènes d'Australie avait comme seule conséquence celle de pouvoir demander l'octroi d'un « *native title* ». En effet, lorsqu'une personne ou groupe Aborigène pense pouvoir démontrer un lien ininterrompu avec une partie du territoire d'Australie depuis la colonisation européenne, elle ou il peut soumettre une demande à la Cour fédérale afin d'obtenir un « *native title* ». Un tel titre entraîne pour les titulaires la reconnaissance de droits et intérêts des populations aborigènes sur la terre et les eaux en conformité à leurs coutumes et droit traditionnel. Les *native titles* ont été introduits en vertu d'une loi de 1993⁽¹³⁾ adoptée à la suite de l'arrêt *Mabo*, et impliquent le droit de vivre sur ces terres et les occuper pour des motifs liés aux traditions, comme y tenir des cérémonies, engager des activités culturelles, chasser, pêcher et cueillir des ressources traditionnelles comme plantes médicinales, bois ou ocre. D'ailleurs, l'un des deux requérants, M. Thoms, était en possession de ce titre.

Avec ce nouvel arrêt rendu par la High Court, le statut d'Aborigène s'étend désormais au statut de migrant, et cela (pour le moment) uniquement en vertu d'une décision de justice. Cela ne signifie pas cependant que le statut constitutionnel des Aborigènes d'Australie est enfin dénoué de toute ambiguïté, la Cour n'ayant pas souhaité aller au bout de son raisonnement en rendant toutes les personnes appartenant à un peuple autochtone des

citoyens australiens à part entière. De l'opinion de certains commentateurs ⁽¹⁴⁾, il est difficile d'évaluer pour le moment les conséquences pratiques que le Gouvernement tirera d'une telle décision au-delà des faits de l'espèce, mais il pourrait s'agir d'une pierre ultérieure pour le mouvement pour la reconnaissance qui s'accélère à l'aide des développements récents comme la fermeture au public de la montée au rocher *Uluru*, sacré pour les Aborigènes d'Australie, entrée en vigueur le 25 octobre 2019 ⁽¹⁵⁾.

II. Aperçu de la jurisprudence constitutionnelle allemande, par A. Corre-Basset

La Cour constitutionnelle fédérale allemande a rendu pendant le premier semestre 2020 plusieurs décisions qui méritent d'être présentées. La première d'entre elles, celle qui déclare contraire à la Constitution allemande le programme PSPP de la BCE (décision 2 BvR 859/15 du 5 mai 2020), a déjà été suffisamment présentée pour qu'on ne juge pas utile, malgré l'écho qu'elle a eu ⁽¹⁶⁾, d'y revenir.

Avant de détailler l'arrêt sur le suicide assisté, nous signalerons brièvement à nos lecteurs quelques décisions marquantes. À l'occasion de plusieurs espèces, le juge constitutionnel allemand a confirmé l'extension qu'il donne à l'action des droits fondamentaux. Extension géographique, d'abord : par la décision 1 BvR 2835/17 du 19 mai 2020, il a ainsi étendu aux ressortissants étrangers la protection dont bénéficient les citoyens allemands contre la surveillance de leurs moyens de communication par le service de renseignements allemand (*Bundesnachrichtendienst* -- BND). Si la protection des droits fondamentaux particuliers peut être différente entre le territoire allemand et l'étranger, la Cour établit que « la soumission de la puissance publique allemande aux droits fondamentaux n'est pas limitée au territoire national » ⁽¹⁷⁾. Extension fonctionnelle ensuite : un arrêt en formation restreinte paraît confirmer la reconnaissance de l'effet horizontal des droits fondamentaux qu'on pouvait apercevoir dans l'arrêt interdiction de stade ⁽¹⁸⁾. Pour casser une décision de la Cour d'appel de Berlin qui avait donné tort à un aveugle demandant à pouvoir entrer dans un cabinet médical avec son chien d'aveugle, malgré l'interdiction générale faite par ce cabinet d'amener avec soi des animaux, la Cour constitutionnelle rappelle que les discriminations, même indirectes, subies par des personnes handicapées sont contraires à la Loi fondamentale, et affirme que ce principe, puisqu'il « rayonne » (*Ausstrahlungswirkung*) dans le droit civil, doit guider l'interprétation que font les juges ordinaires de ce droit ⁽¹⁹⁾. Comme dans la célèbre affaire *Lüth* qui avait permis de dégager cette théorie de l'effet rayonnant ⁽²⁰⁾, cela permet au juge constitutionnel de porter le regard sur une affaire qui paraissait être du seul ressort des juridictions civiles.

Alors que la récente décision de la Cour constitutionnelle italienne portant sur l'assistance au suicide restait d'une portée relative en ce qu'elle se fondait principalement sur un article spécifique de la Constitution, celui qui permet de ne pas recevoir de soins contre son gré ⁽²¹⁾, l'arrêt qu'a rendu sur la même question la Cour constitutionnelle fédérale le 26 février dernier ⁽²²⁾ résout la question à l'aide du principe le plus fondamental sans doute de l'ordre constitutionnel allemand, la dignité humaine.

Contrairement à la loi italienne, les dispositions du Code pénal allemand portant sur l'assistance au suicide ne pénalisaient pas par principe l'assistance au suicide, mais interdisaient en revanche de pratiquer celle-ci de manière professionnelle (*geschäftsmäßig*) ⁽²³⁾. Le § 217, en son alinéa 2, exemptait ainsi de la peine qu'il prévoyait en règle générale ceux qui agissaient de manière non professionnelle, et qui étaient par ailleurs parent ou proche de celui qu'ils aidaient à mourir. L'assistance au suicide n'était donc pas interdite, mais soumise à des conditions si restrictives qu'elle devenait en pratique extrêmement rare. Le législateur d'ailleurs, pour protéger le droit à la vie garanti lui aussi par la Loi fondamentale, avait bien espéré, comme en témoignent les travaux préparatoires, rendre pour ainsi dire impossible le suicide assisté. Au terme d'un contrôle de proportionnalité confrontant le droit à décider de sa mort et le devoir qu'a l'État de protéger la vie des individus, la Cour a déclaré nul le § 217 du Code pénal, autorisant ainsi de manière générale l'assistance au suicide. Du point de vue de la technique juridique, on pourrait s'attarder sur la manière très fouillée qu'a le juge allemand de procéder au contrôle de proportionnalité. Dans le cadre contraint de cette chronique, nous pourrions cependant seulement présenter l'élément essentiel de l'arrêt, l'interprétation du principe de dignité humaine.

La disposition en cause porte atteinte, selon la Cour, au droit qu'a chacun au libre épanouissement de sa personnalité (*Persönlichkeitsrecht*) garanti par l'art. 2, al. 1 de la Loi Fondamentale. Cet article permet de protéger les éléments qui, sans être l'objet d'un droit-liberté particulier et explicitement nommé dans la Loi Fondamentale, doivent être garantis au niveau constitutionnel en raison de « leur signification constituante pour la personnalité » d'un individu (« konstituierende Bedeutung für die Persönlichkeit ») ⁽²⁴⁾, ou plutôt de l'individu tel que le conçoit l'ordre constitutionnel allemand, fondé selon une jurisprudence constante de la Cour sur le respect et la protection de la dignité humaine et de la liberté : un individu capable d'exercer libre arbitre et responsabilité ⁽²⁵⁾. C'est donc en réalité le principe de dignité humaine (protégé par l'art. 1, al. 1 LF) qui permet de déterminer le contenu précis de cette protection ⁽²⁶⁾. On voit le problème : encore faudrait-il savoir de quelle dignité l'on parle. De celle qui protège le sujet contre les atteintes extérieures ou de par laquelle on prétend protéger l'individu contre lui-même ? Contrairement au juge administratif français dans la fameuse et heureusement isolée décision *Morsang-sur-Orge* ⁽²⁷⁾, le juge constitutionnel allemand comprend la dignité comme autonomie de la personne. L'existence même d'une protection de la dignité humaine présuppose, pour la Cour constitutionnelle fédérale, que « l'homme se détermine et se développe librement » ⁽²⁸⁾.

Cette conception de la dignité protège donc très efficacement l'action individuelle contre l'État, au point d'inclure également le droit à décider de sa mort. L'autonomie de l'individu est en effet absolue, et n'est limitée ni par la pseudo contradiction logique (vouloir sa mort, ce serait nier sa propre dignité, qui ne nous est donnée qu'avec la vie), ni par l'État, qu'il soit conçu comme puissance ou comme ordre social : ce ne sont pas seulement les représentations de valeurs qu'on trouve au fondement d'un ordre juridique ou les commandements religieux qui sont impuissants à emprisonner cette autonomie, mais même « les idées communes sur la manière dont on doit en agir avec la vie et la mort ou des réflexions se voulant objectives, car fondées sur la raison » ⁽²⁹⁾. Contrairement à la dignité-contrainte, cette compréhension de la dignité comme autonomie comprend le droit à l'absurdité et à la marginalité.

On voit dans cet exemple la puissance qu'a dans l'argumentation du juge constitutionnel allemand l'idée d'un ordre de valeurs de la Loi fondamentale. Une fois celui-ci établi (tout le texte reposerait sur la conjonction de la liberté et de la dignité), toutes les dispositions peuvent être interprétées à la lumière de ce principe premier. On en voit cependant du même coup la fragilité : cet ordre de valeurs prétendu est lui-même le résultat d'une interprétation, et d'une interprétation qui ne paraît pas fondée sur autre chose que sur la conviction du juge. C'est d'autant plus dommage ici qu'une autre voie s'ouvrait à lui. Au lieu de déduire le contenu du droit à la personnalité du principe surplombant de dignité, il aurait pu, pour assurer un peu mieux son postulat, faire une lecture circulaire de ces deux premiers articles. On pourrait, sans trop forcer son raisonnement d'ailleurs, montrer que la protection si générale d'un droit à la libre personnalité (art. 2 LF) implique que la dignité (art. 1 LF) soit protégée comme dignité-autonomie. L'idée de l'ordre axiologique est cependant si bien ancrée, sans doute, dans la manière de faire de la Cour, qu'elle n'a pas profité de l'occasion qui lui était donnée.

III. Les cours étrangères et l'urgence sanitaire

Le premier semestre de l'année 2020, qui fait l'objet de cette chronique, a été marqué par le développement, dans tous les pays du monde, de l'épidémie de COVID-19. La grande majorité des pays ont réagi avec la mise en place de mesures plus ou moins strictes de confinement et de distanciation sociale. Ces mesures ont rapidement fait l'objet de recours devant les cours de justice, ordinaires comme constitutionnelles et suprêmes, qui se sont prononcées pour certaines assez rapidement. Pour cette chronique nous avons donc décidé, au lieu de choisir seulement un petit nombre de décisions étrangères significatives, de proposer un panorama plus large des arrêts liés à la pandémie. En prenant les deux matières principales de ces arrêts, cette section a été divisée entre les arrêts centrés sur la protection des droits fondamentaux (A) et ceux rattachables à la séparation des pouvoirs (B). Il ne s'agit évidemment pas de prétendre à l'exhaustivité, mais plutôt de montrer des exemples significatifs de jugements constitutionnels en relation avec la pandémie.

A. La protection des droits et libertés fondamentales, par A. Corre-Basset

Le propre des situations dites d'exception est de rendre plus aisées les atteintes au système juridique ordinaire, et en particulier aux droits et libertés fondamentales. Cela a été d'autant plus visible au printemps dernier, lorsque de nombreux États ont adopté des mesures restreignant les libertés individuelles afin de contenir la circulation du nouveau coronavirus.

Ces restrictions, en général, n'enfreignaient pas par principe les Constitutions nationales. Il est en effet courant que la vie ou la santé bénéficient d'une protection constitutionnelle, et que leur protection justifie ainsi de porter atteinte à d'autres principes de même rang. Cela a conduit les juges à exercer le contrôle de proportionnalité, afin de vérifier si ces atteintes demeuraient dans ce qu'admettait la Constitution en cause.

À des questions semblables, les différents juges ont apporté, selon leurs habitudes ou selon la situation sanitaire locale, des réponses parfois différentes. Il en est ainsi, notamment, de la conciliation de ces mesures avec la liberté de manifester. La question s'est posée d'abord en **Allemagne**, où la méfiance envers les restrictions prises au nom d'un état d'exception était particulièrement vive. Dans **l'affaire 1 BvR 828/20** tranchée par la CCF le 15 avril 2020, le requérant avait voulu organiser une manifestation qui, tout en reconnaissant le danger présenté par l'épidémie, entendait attirer l'attention du public sur les risques que la situation faisait peser sur les libertés publiques. Il avait déclaré sa manifestation en indiquant les mesures prises pour éviter que celle-ci ne devienne un foyer de contagion : distance de sécurité de dix mètres entre les participants, rappel des règles sanitaires, présence d'un service d'ordre pour les faire respecter... L'administration avait pourtant interdit la manifestation, se fondant sans plus de précisions sur la protection de la sécurité et de l'ordre publics.

La CCF donne raison au requérant en se fondant sur les mesures que celui-ci avait prises. La loi sur les manifestations ne permet en effet pas d'en interdire une sans s'assurer que la menace qu'elle représenterait pour l'ordre public ne pourrait pas être écartée par des précautions moins attentatoires à la liberté de manifester. En l'espèce, les mesures ont paru suffisantes, et l'interdiction annulée. Au contraire, l'interdiction des messes avait été maintenue en référé du fait du risque que les rassemblements religieux, sans précautions particulières, représentaient ⁽³⁰⁾.

En **Espagne**, en revanche, la Centrale unitaire des travailleurs n'a pas pu obtenir en justice de pouvoir organiser un défilé du premier mai à Vigo, malgré les précautions prises pour éviter toute contagion à cette occasion. Le syndicat avait en effet imaginé un défilé en voiture, afin que, chacun

restant dans son véhicule, nul ne contaminant son prochain. Tout en reconnaissant l'importance du droit de manifester, le **Tribunal constitutionnel espagnol** a donné raison à l'administration, qui avait interdit la manifestation. La pondération entre ce droit et la protection de la santé et de la vie, également considérées comme des valeurs constitutionnelles, est faite au profit de ces dernières. En effet, les modalités pratiques de la manifestation ne permettaient pas, selon le Tribunal, de garantir l'absence de contagion, et risquaient surtout de conduire à des engorgements dans la ville qui, en raison de la configuration des lieux, auraient pu rendre plus difficile l'accès à l'hôpital alors que l'épidémie était encore extrêmement virulente⁽³¹⁾.

La situation sanitaire peut en partie expliquer ces divergences, et d'autant plus que c'est d'un point de vue concret qu'est effectuée la pondération par les juges espagnol et allemand. Alors que l'Allemagne est restée relativement épargnée, l'Espagne a été l'un des pays européens les plus touchés par le coronavirus. On peut imaginer, dans ce contexte, que le juge ait été enclin à accepter des limitations plus importantes aux libertés publiques. On doit aussi remarquer, cependant, les différences dans la manière d'appréhender les mesures destinées à concilier des exigences d'abord contradictoires. En Allemagne, le contentieux des manifestations et des mesures devant être prises pour les organiser sans risquer de porter atteinte à l'ordre public est largement développé, et la CCF a sanctionné en particulier le refus des autorités de les étudier sérieusement. Dans l'arrêt du Tribunal espagnol, au contraire, il semble que ces mesures ne fassent pas l'objet de la même considération. Alors que les organisateurs s'étaient mis à la disposition des autorités pour modeler la manifestation de manière à l'organiser sans porter atteinte à la santé publique, aucune discussion ne paraît avoir eu lieu. Quant à l'argument principal du juge (le risque d'embouteillage empêchant la circulation des ambulances), il aurait justement été possible d'y remédier par des mesures d'organisation.

Les juges constitutionnels ont également eu à connaître de la conciliation entre mesures de lutte contre l'épidémie et liberté d'aller et venir. Comme dans la plupart des pays touchés, en effet, la **Fédération de Bosnie-Herzégovine** avait édicté des mesures de confinement extrêmement strictes, mais limitées aux personnes de plus de soixante et moins de dix-huit ans (les unes considérées plus fragiles, les autres pensées plus contaminantes). Après avoir contrôlé la proportionnalité de cette mesure, la Cour constitutionnelle a déclaré cette ordonnance inconstitutionnelle, sans toutefois l'annuler puisqu'une annulation sans période de transition aurait pu être un remède pire que le mal. Si le but poursuivi était légitime, la solution choisie atteint trop gravement la liberté d'aller et venir, sans que le gouvernement eût recherché si des mesures plus douces eussent pu être mises en œuvre, et surtout sans qu'il eût prévu de terme à ce confinement. Ce caractère potentiellement perpétuel rendait la chose particulièrement inacceptable⁽³²⁾.

On remarquera que la question n'avait pas été envisagée au prisme du principe d'égalité, sans doute parce que son utilisation, même pour rejeter la discrimination, eût permis d'envisager au moins de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes, et de faire peser le fardeau de l'épidémie sur une seule part de la population. Le **juge constitutionnel allemand**, confronté à une question semblable, s'est lui aussi gardé de s'engager sur ce terrain incertain. Saisi d'une requête demandant à limiter aux personnes à risque ou risquant de faire circuler le virus (âgées de plus de soixante-cinq ans ou travaillant à l'hôpital) les restrictions aux libertés individuelles, il a rejeté la requête en rappelant notamment que, quel que soit le fondement scientifique de la demande, celle-ci reviendrait à méconnaître la plus élémentaire conscience sociale en demandant à une part (d'ailleurs importante) de la population d'accepter une atteinte extrêmement importante à ses droits fondamentaux pour le bien de tous. Au contraire, il revient au législateur de répartir les charges sur l'ensemble de la société ; il n'est donc pas disproportionné d'imposer à tous des contraintes relativement légères, pour en épargner d'insupportables à certains⁽³³⁾.

Ce dernier cas permet de rappeler la responsabilité particulière qu'ont les pouvoirs publics en période d'épidémie. Ce qu'on peut retirer des décisions présentées, c'est le délicat équilibre que cherchent à maintenir les juges constitutionnels entre conscience du caractère particulièrement grave de la situation et respect des droits fondamentaux. Cela passe par la reconnaissance des pouvoirs particuliers qui reviennent à l'exécutif (soit du fait de la loi, soit parce que, comme en Bosnie-Herzégovine, le législateur a trop longtemps négligé son office), par le rappel des limites constitutionnelles que forment les droits fondamentaux, mais aussi par une exigence adressée à l'exécutif : celui-ci doit exercer ces pouvoirs particuliers avec tout le sérieux possible. C'est ce qu'on peut lire dans le contrôle de proportionnalité généralement poussé qui est exercé (la décision espagnole faisant ici exception) : si le juge le mène ainsi, c'est pour interdire au gouvernement de se reposer trop facilement sur l'idée un peu floue de circonstances exceptionnelles. Les décisions qu'il prend doivent être strictement mesurées à la situation, et propres à y répondre sans atteinte trop grave aux libertés fondamentales. Les entorses au fonctionnement normal des pouvoirs ne sont acceptables que dans ce cadre.

Dans la plupart des cas, le problème était celui d'un exécutif profitant de l'épidémie pour outrepasser ses pouvoirs. Au **Brésil**, cependant, le président Bolsonaro a d'abord minimisé le sérieux de la situation, jusqu'à ce que les chiffres des contaminations et des décès publiés quotidiennement l'en empêchent. Le gouvernement brésilien a alors décidé de cesser la publication de ces chiffres. Saisi contre cette décision, le **Tribunal suprême fédéral** a ordonné la reprise de la publication. La Constitution du 5 octobre 1988 fait en effet du principe de publicité une obligation constitutionnelle à la charge de l'administration (art. 37), afin de garantir à la population une connaissance effective de l'état du pays. Ce principe, affirme la cour, est consubstantiel « au plein exercice du principe démocratique »⁽³⁴⁾. Ici encore, donc, on voit que les droits fondamentaux, en l'espèce les droits politiques, sont utilisés par le juge constitutionnel pour contrôler l'action de l'exécutif face à l'épidémie.

B. La séparation des pouvoirs, par E. Bottini

Pendant le premier semestre de l'année 2020, les mesures parfois très strictes prises pour lutter contre la pandémie ont non seulement porté atteinte aux droits et libertés des individus, mais également soulevé des questions quant à l'autorité des auteurs des mesures et, dans le cas du chevauchement des mesures prises à des niveaux de gouvernements différents, quant à la répartition entre les différents pouvoirs.

Une intéressante réflexion doctrinale récente fait état de deux problématiques opposées qui se sont développées pendant cette période, les deux liées au rôle du pouvoir exécutif : l'excès de pouvoir exécutif (« *executive overreach* ») et son contraire, la carence de ce même pouvoir (« *executive underreach* ») ⁽³⁵⁾. Les décisions des cours suprêmes et constitutionnelles sélectionnées pour la période sont une illustration de la réaction du pouvoir judiciaire envers ces deux situations opposées. Si les cas d'abus du pouvoir exécutif en période d'urgence sont bien connus et peuvent être illustrés par de nombreux exemples plus ou moins récents (on pense par exemple aux mesures prises par le Premier ministre hongrois Viktor Orbán au printemps 2020 ⁽³⁶⁾), le renoncement du pouvoir exécutif est moins fréquent dans le droit contemporain de l'urgence. Le résultat d'un tel renoncement est l'incompétence négative du pouvoir exécutif, qui aurait les informations et les moyens pour réagir à une crise (par exemple sanitaire) mais décide, pour des raisons politiques et stratégiques diverses de ne pas agir alors même qu'il disposerait des compétences juridiques pour le faire. Les exemples des États-Unis et du Brésil sont topiques pour illustrer la réticence des exécutifs fédéraux et notamment des deux chefs d'État, Donald Trump et Jair Bolsonaro ⁽³⁷⁾, à prendre des mesures fortes pour lutter contre la pandémie dès ses débuts. Dans ces deux cas, ce sont les autorités locales - étatiques, s'agissant de deux fédérations, mais également provinciales et municipales - qui ont pris le relais, provoquant souvent des conflits de compétences dont les cours suprêmes ont été saisies.

Au Brésil, le Tribunal suprême fédéral s'est fondé sur le principe de la séparation des pouvoirs pour protéger les compétences locales en matière de lutte contre l'épidémie d'éventuels ordres contraires de la part du Gouvernement fédéral. Le président Bolsonaro ayant adopté une position fortement contraire au confinement de la population (aucun confinement au niveau national n'a été prononcé) et à la fermeture des activités économiques, ce sont surtout les États du Brésil qui ont pris des telles mesures. Dans un **arrêt du 8 avril 2020 (ADPF 672 / DF)** ⁽³⁸⁾, le Tribunal suprême fédéral a considéré qu'il se devait de reconnaître et garantir les compétences concurrentes des autorités locales dans le cadre de l'adoption ou du maintien des mesures restrictives pendant la pandémie (obligation de respecter la distanciation sociale, quarantaine, suspension des activités scolaires, restrictions commerciales, limitation des activités culturelles et de la circulation des personnes). Saisie par le Conseil fédéral de l'Ordre des avocats brésiliens, qui craignait que le Gouvernement fédéral mette fin à toutes les mesures de confinement et fermeture prises au niveau local, la plus haute cour brésilienne s'est prononcée sur la répartition des pouvoirs en la matière.

La Cour applique principalement les principes de la séparation verticale des pouvoirs, et donc du fédéralisme -- considérés comme fondamentaux par les juges au regard de la Constitution brésilienne -- et cherche à les préserver par le contrôle de constitutionnalité. La solution choisie par le Tribunal suprême est assez radicale : le Gouvernement fédéral n'a pas le pouvoir d'abroger des mesures locales contre la COVID-19 ; les autorités locales jouissent donc d'une autonomie large en la matière, sans préjudice de mesures tout aussi restrictives prises au niveau fédéral le cas échéant, car la Fédération bénéficie d'une compétence générale en matière de santé publique. Dans deux autres arrêts, **du 15 avril 2020 (ADI 6341)** ⁽³⁹⁾ et **du 6 mai 2020 (ADI 6343)** ⁽⁴⁰⁾, concernant respectivement la distanciation sociale, la quarantaine et la fermeture des commerces, et les déplacements interétatiques, le Tribunal a adopté des solutions très similaires.

La question sous-jacente, rendue plus actuelle encore par la pandémie, est celle des compétences concurrentes entre la Fédération et les États au Brésil. La santé en fait partie, et savoir quel niveau de gouvernement est compétent en cette matière dépend en principe de l'intérêt local. Puisque les critères ne sont pas clairs, plusieurs doutes surgissent. La jurisprudence du Tribunal suprême fédéral doit donc décider au cas par cas, et la réponse est souvent peu linéaire. La Constitution prévoit que tous les niveaux peuvent légiférer en fonction des spécificités locales ; le Tribunal a ensuite précisé qu'en période de pandémie le président peut décider quels sont les services essentiels, qui peuvent donc rester ouverts pendant le confinement. Néanmoins, cela n'exclut pas la possibilité pour les États et les communes de prendre des mesures plus spécifiques et plus restrictives pour lutter contre la pandémie. Le Tribunal suprême a en outre tenu à préciser que toutes les mesures prises doivent respecter des critères scientifiques et doivent être cohérentes. L'absence de cohérence résulterait dans un arbitraire des pouvoirs publics, contraire à la Constitution. Sur ce point, les juges sont catégoriques : des critères scientifiques existent au niveau international et notamment de l'Organisation mondiale de la Santé, qui a rendu publiques des mesures « connues pour être efficaces » contre le virus. Ces critères doivent être respectés par le président sous peine de tomber sous le coup du contrôle juridictionnel. Le Tribunal suprême, soucieux du débat qu'il pourrait provoquer quant à l'interventionnisme judiciaire en matière de compétences de l'Exécutif, affirme qu'« il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de remplacer le jugement en opportunité du président de la République dans l'exercice de ses pouvoirs constitutionnels » ; dans le même temps, « il est de son devoir constitutionnel d'effectuer un contrôle juridictionnel pour vérifier la régularité de l'exercice du pouvoir exécutif discrétionnaire au regard de la constitutionnalité des mesures prises, *de vérifier la réalité des faits* et aussi la *cohérence logique de la décision avec les situations concrètes* ».

Ainsi, en l'absence de mesures prises au niveau local, les décisions moins restrictives du niveau fédéral s'appliquent. En revanche, lorsque les États prennent des mesures plus sévères de fermeture des activités (comme cela a été le cas dans la plupart des États), elles s'appliquent en lieu et place des mesures fédérales ; cela vaut également, en sens inverse, pour les municipalités qui cherchent à relativiser les fermetures et permettre à certaines

activités de ouvrir. Cela a été le cas pour un magasin de barbier qui a demandé de pouvoir ouvrir alors que l'État l'en empêchait : le Tribunal a obligé la commune où se trouvait le magasin à appliquer la mesure étatique, alors qu'au niveau fédéral les salons de beauté et coiffeurs étaient considérés comme des services essentiels ⁽⁴¹⁾. La mesure de fermeture était en effet, selon les juges, à la fois cohérente avec les intérêts locaux et conforme aux critères scientifiques.

Aux États-Unis, un schéma décisionnel similaire s'applique : les États ont pris l'essentiel des mesures de lutte contre la propagation du virus à la fois en raison de leur compétence constitutionnelle et du fait de la position réticente du président Trump. Dans le cadre étatique, la question de (l'absence de) responsabilité des décideurs publics a été la clé pour déclarer l'illégalité des mesures de confinement qui avaient été prises par l'administration et non directement par le pouvoir exécutif ou législatif. Ainsi, la **Cour suprême du Wisconsin** a considéré le 13 mai 2020 ⁽⁴²⁾ que la Secrétaire de l'Agence publique de la santé avait excédé ses pouvoirs en prolongeant et renforçant le confinement ordonné dans un premier temps par le Gouverneur de l'État. Si la première mesure n'avait guère été contestée, la seconde, assortie de sanctions pénales pour sa violation, a été attaquée par le Parlement étatique du Wisconsin. La Cour a considéré, par une majorité serrée de quatre contre trois, que la mesure était en effet illégale du fait de l'absence de responsabilité de l'administration devant le pouvoir législatif. L'Agence de la santé avait excédé les pouvoirs de l'exécutif, prévus par la déclaration d'état d'urgence émanant du Gouverneur, elle-même prise sur un fondement législatif. La discussion devant la Cour s'articule autour de la qualification juridique de la mesure de prolongement du confinement. Les parlementaires requérants soutenaient que, s'agissant d'une mesure générale et impersonnelle (« *rule* »), elle aurait dû suivre la procédure législative ; l'Agence de la santé, au contraire, soutenait qu'il s'agissait d'un ordre exécutif (« *order* ») et par conséquent une telle procédure n'était pas nécessaire. Le caractère indéniablement général et impersonnel de l'application de la mesure de confinement, ainsi que les sanctions pénales dont la nouvelle mesure est assortie, ont fait pencher la Cour du côté des requérants et la mesure a donc été annulée. La question du contrôle législatif de la mesure est également évoquée par la Cour, qui affirme que même à supposer que l'Agence de la santé ait agi en conformité avec les pouvoirs d'urgence du législateur (ce qui ne semble pas être le cas d'après la Cour), « dans le cas d'une pandémie, qui se prolonge mois après mois, le Gouverneur ne peut se reposer sur les pouvoirs d'urgence indéfiniment » (§ 41).

Bien évidemment, la séparation des pouvoirs doit être respectée également par le pouvoir judiciaire lui-même : c'est ce qu'affirme la **Cour suprême (fédérale) des États-Unis** lors du rejet d'un recours le **29 mai 2020** ⁽⁴³⁾. Une église de Californie contestait la mesure dictée par le Gouverneur limitant à 25 % la fréquentation des lieux de culte et les rassemblements religieux à un maximum de 100 personnes. Les juges ont considéré que cette limitation était conforme au Premier Amendement, qui garantit la liberté de religion et d'expression, puisque des limitations similaires s'appliquent aux lieux et rassemblements laïques, les seules exceptions étant relatives aux commerces essentiels. La Cour suprême ne s'étend pas sur le fond : elle considère en effet que lorsqu'est en jeu la santé publique et que les données médicales et scientifiques sont incertaines, les décideurs publics - élus et donc politiquement responsables - doivent avoir une grande marge de manœuvre dans la prise de décision. Ainsi « lorsque ces limites ne sont pas dépassées, elles ne doivent pas être remises en question par un » pouvoir judiciaire fédéral non élu », qui n'a pas les connaissances, la compétence et l'expertise nécessaires pour évaluer la santé publique et qui n'a pas de comptes à rendre à la population ». Les trois juges les plus conservateurs de la Cour, Thomas, Kavanaugh et Gorsuch (les deux derniers ont été nommés par Donald Trump) ont exprimé une opinion dissidente allant dans le sens d'une violation de la liberté constitutionnelle de culte puisque ces limitations ne s'appliqueraient pas, selon eux, à des commerces « laïques » tels que les supermarchés, centres commerciaux, pharmacies, fleuristes et distributeurs de cannabis (sic).

Enfin, dans plusieurs pays, la problématique de la séparation des pouvoirs pendant la crise sanitaire est apparue lorsque l'action des Parlements a été mise en suspens pendant la phase aiguë de l'épidémie. Certaines cours constitutionnelles sont donc intervenues pour protéger la fonction et l'autonomie du pouvoir législatif, en appelant au respect de la séparation constitutionnelle des pouvoirs. Les litiges sur la répartition des pouvoirs dans cette période de pandémie ont pu faire éclater des conflits politiques plus profonds, attisés par la crise sanitaire.

Au Kosovo, la **Cour constitutionnelle** a considéré, le **31 mars 2020** (**KO 54/20** ⁽⁴⁴⁾), que le Gouvernement n'avait pas l'autorité constitutionnelle pour interdire la circulation de véhicules pour une grande partie de la journée et de la nuit ; seul le Parlement aurait pu limiter de telle manière les droits et libertés. En effet, le Premier ministre avait ordonné le 24 mars un couvre-feu pour tous les véhicules privés entre 10 heures et 16 heures et entre 20 heures et 6 heures du matin. Cette décision exécutive se fondait sur une loi de 2008 concernant les mesures de santé publique en cas de propagation de virus, mais avait été prise sans adopter de loi pour la partie concernant la « restriction » des droits et libertés constitutionnels (§ 9). Il n'y avait pas non plus eu d'adoption parlementaire d'un état d'urgence, pour laquelle un vote parlementaire était également nécessaire, qui aurait pu permettre une « dérogation » aux droits et libertés. Le président de la République Hashim Thaçi (appartenant à l'opposition politique) a donc saisi la Cour constitutionnelle afin d'enjoindre au Gouvernement de soumettre l'état d'urgence à un vote parlementaire, un régime qui aurait conféré plus de pouvoirs au président ⁽⁴⁵⁾. Cela a eu comme conséquence une crise de gouvernement : le 25 mars, une motion de censure a été votée contre le Gouvernement, dont la coalition était guidée par Albin Kurti, qui a dû présenter ses démissions même si son Gouvernement a continué de s'occuper des affaires courantes jusqu'à son remplacement le 3 juin 2020. Entre-temps, la Cour constitutionnelle avait modulé dans le temps les effets de sa décision d'inconstitutionnalité au 13 avril afin de donner le temps au Parlement de prendre les mesures nécessaires afin de combattre l'épidémie.

En Colombie, dans le cadre des mesures contre l'épidémie, le Gouvernement avait décidé par décret le 28 mars (article 12 du décret-loi n° 491) que le

Parlement ne pouvait se réunir que par voie virtuelle. La **Cour constitutionnelle colombienne**, le **9 juillet 2020** ⁽⁴⁶⁾, a déclaré l'article 12 du décret contraire à la Constitution. En effet, l'activité du Parlement, en tant qu'organe constitutionnel, n'est régulée que par la Constitution elle-même, la loi et le Règlement parlementaire. Toute intervention de la part d'un autre pouvoir public n'est pas nécessaire et contraire à la séparation des pouvoirs. Ainsi, la Cour considère que le Parlement est entièrement autonome dans l'organisation de son activité, y compris lorsqu'il s'agit de passer aux séances virtuelles en réaction à la pandémie. Les juges ont par ailleurs décidé que l'arrêt de la Cour, dont le caractère controversé est de nouveau montré par une majorité de cinq contre quatre, ne prend effet que *pro futuro*, afin de ne pas invalider les délibérations et votes qui ont déjà eu lieu par voie virtuelle.

Comme dans le cadre de la protection des droits et libertés fondamentales, les cours suprêmes et constitutionnelles évoquées cherchent à ménager un équilibre délicat pour préserver la séparation constitutionnelle entre les pouvoirs, tout en admettant des aménagements possibles en période de crise sanitaire. En effet, toute période d'urgence se caractérise par un accroissement de la fonction exécutive, qui dicte la conduite à suivre (y compris lorsqu'elle décide de renoncer à agir). Les juges sont parfois là pour rééquilibrer cette tendance, sans oublier de devoir justifier la légitimité de leur propre fonction face à des pouvoirs politiques élus et donc responsables.

(1): L'arrêt est disponible en langue anglaise à l'adresse suivante : [\[http://classic.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2020/3.html#fnB17\]](http://classic.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2020/3.html#fnB17). Je tiens à remercier Erika Arban (Université de Melbourne) et Lionel Zevounou (Université Paris Nanterre) pour avoir accepté de relire ce commentaire.

(2): *Migration Act* 1958, disponible à l'adresse suivante : [\[http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ma1958118/\]](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ma1958118/).

(3): « Le Parlement fédéral pourra faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement de la Fédération sur les sujets suivants : (...) Naturalisations et étrangers ».

(4): # C. Saunders, « The Constitutional Status of Indigenous Australians », *Verfassungsblog*, 20 février 2020, [\[https://verfassungsblog.de/the-constitutional-status-of-indigenous-australians/\]](https://verfassungsblog.de/the-constitutional-status-of-indigenous-australians/)

(5): J. Jeanneney, « La Constitution, au Canada, est-elle canadienne ? Remarques sur le « rapatriement » de 1982 », à paraître in *Révolution, Constitution, décentralisation. Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020, p. 347-360.

(6): [\[https://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/cap_1983.html\]](https://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/cap_1983.html)

(7): # *Mabo v Queensland (n° 2)* (dit « Mabo case ») [1992] HCA 23 ; (1992) 175 CLR 1 (3 June 1992). Cet arrêt est disponible en langue anglaise à l'adresse : [\[http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1992/23.html\]](http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1992/23.html). Pour un commentaire, v. I. Merle, « Le *Mabo* case : L'Australie face à son passé colonial », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 53e Année, No. 2 (Mar. - Apr., 1998), p. 209-229.

(8): # D. Lino, *Constitutional Recognition : First Peoples and the Australian Settler State*, Federation Press, 2018.

(9): C. Saunders, « The Constitutional Status of Indigenous Australians », art. cit.

(10): *Ibid.*

(11): Au § 363 : T. Bauman, G. Macdonald, *Unsettling Anthropology : The demands of native title on worn concepts and changing lives*. Canberra, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies (AIATSIS), 2011.

(12): E. Synot, « The rightful place of First Nations : Love & Thoms », *Australian Public Law*, 6 mars 2020, [\[https://auspublaw.org/2020/03/the-rightful-place-of-first-nations-love-thoms/\]](https://auspublaw.org/2020/03/the-rightful-place-of-first-nations-love-thoms/)

(13): Le texte de loi est disponible à l'adresse : [\[https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00054\]](https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00054)

(14): E. Synot, « The rightful place of First Nations : Love & Thoms », art. cit. ; C. Saunders, « The Constitutional Status of Indigenous Australians », art. cit. ; E. Arcioni, R. Thwaites, « Aboriginal Australians not vulnerable to deportation », *Australian Public Law*, 6 mars 2020.

(15): # « L'Uluru, rocher sacré des Aborigènes d'Australie, officiellement interdit aux grimpeurs », *Le Monde*, 25 octobre 2019, [\[https://www.lemonde.fr/international/article/2019/10/25/1-uluru-rocher-sacre-des-aborigenes-d-australie-officiellement-interdit-aux-grimpeurs_6016892_3210.html\]](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/10/25/1-uluru-rocher-sacre-des-aborigenes-d-australie-officiellement-interdit-aux-grimpeurs_6016892_3210.html)

(16): Voir D. Simon, « Nouvelle guerre des juges : « bras d'honneur » ou « bras de fer » ? », *Europe*, 6, 2020, p. 6 ; R. Weber, « L'arrêt BCE : tension dans la

relation de coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de l'Union européenne », *JP Blog*, 13 mai 2020 ([\[http://blog.juspoliticum.com/2020/05/13/larret-bce-tension-dans-la-relation-de-cooperation-entre-la-cour-constitutionnelle-federale-et-la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne-par-ruth-weber\]](http://blog.juspoliticum.com/2020/05/13/larret-bce-tension-dans-la-relation-de-cooperation-entre-la-cour-constitutionnelle-federale-et-la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne-par-ruth-weber)) ; J.-C. Zarka, « L'arrêt du 5 mai 2020 de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne concernant le programme PSPP de la Banque centrale européenne », *Petites affiches*, 2020/133, p.7.

(17) : BVerfGE, décision 1 BvR 2835/17 du 19 mai 2020, point 1 du résumé de la décision (« Leitsätze »).

(18) : BVerfGE, décision 1 BvR 3080/09 du 11 avril 2018. Voir à ce propos notre chronique, *Titre VII*, 3, 2019.

(19) : BVerfGE, décision 2 BvR 1005/18 du 30 janvier 2020, § 34.

(20) : BVerfGE 7, 198, 207 (décision *Lüth* du 15 janvier 1958, 1 BvR 400/51).

(21) : Cour constitutionnelle italienne, 24 septembre 2019, n° 242/2019 (chronique d'E. Bottini dans cette revue, 4, 2020).

(22) : BVerfGE, 2 BvR 2347/15 et autres, 26 février 2020.

(23) : Le terme allemand, quoique généralement utilisé pour le registre des affaires (donc de l'activité lucrative), n'exclut pas pour autant, dans ce paragraphe du code pénal au moins, l'activité bénévole mais organisée. Des associations à but non lucratif étaient aussi plaignantes, reprochant justement au législateur de ne pas distinguer entre l'esprit de lucre et le bénévolat. La CCF leur a donné raison.

(24) : § 205 ; la Cour reprend ici telle quelle la formule dégagée dans l'arrêt « Scientologie » (1 BvR 1531/96 du 10 novembre 1998, BVerfGE 99, 185, 193).

(25) : « Die Achtung und der Schutz der Menschenwürde und der Freiheit sind grundlegende Prinzipien der Verfassungsordnung, die den Menschen als eine zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähige Persönlichkeit begreift » (§ 205) ; la Cour reformule ici la position adoptée dès la décision « Interdiction de la KPD » (décision 1 BvB 2/51 du 17 août 1956, BVerfGE 5, 85, 204).

(26) : § 206.

(27) : CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727.

(28) : *Ibid.* La CCF reprend ici une jurisprudence constante (depuis la décision 1 BvL 14/76 du 21 juin 1977, « détention à perpétuité », BVerfGE 45, 187, 227).

(29) : « Maßgeblich ist der Wille des Grundrechtsträgers, der sich einer Bewertung anhand allgemeiner Wertvorstellungen, religiöser Gebote, gesellschaftlicher Leitbilder für den Umgang mit Leben und Tod oder Überlegungen objektiver Vernünftigkeit entzieht », § 210.

(30) : BVerfGE, décision 1 BvQ 28/20 du 10 avril 2020. La Cour se repose notamment de manière très détaillée sur les connaissances médicales disponibles au moment de la décision, telles qu'elles sont établies par l'Institut Robert Koch (l'institut public chargé en Allemagne de la surveillance et de la prévention des maladies).

(31) : Tribunal constitutionnel Espagnol, 30 avril 2020, affaire 2056/2020.

(32) : Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, décision AP 1217/20 du 22 avril 2020 (*Lejla Draganić et A.B.*), particulièrement les § 51-60.

(33) : BVerfGE, décision 1 BvR 1021/20 du 13 mai 2020, en particulier § 9.

(34) : Décision ADPF 690 MD / DF du 8 juin 2020.

(35) : Pour une théorisation de ces deux tendances opposées dans le cadre de la réaction à la pandémie de COVID-19, v. D. E. Pozen, K. L. Scheppele, « Executive underreach, in pandemics and otherwise », *American Journal of International Law*, n° 114, à paraître octobre 2020.

(36) : On pense notamment à la loi du 29 mars 2020, présentée par Viktor Orbán au Parlement hongrois et qui de fait exclut le Parlement lui-même de la réponse à la pandémie : <https://perma.cc/9LMR-YS3L>.

(37) : Ce qui a été souligné à plusieurs reprises par les médias français et internationaux ; voir par exemple [\[https://www.nytimes.com/2020/04/01/world/americas/brazil-bolsonaro-coronavirus.html\]](https://www.nytimes.com/2020/04/01/world/americas/brazil-bolsonaro-coronavirus.html) ;

(38) : Le texte de l'arrêt est disponible à l'adresse :

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5885755>]. Je tiens à remercier Michele Zezza (Université de São Paulo, Brésil) pour son aide dans la compréhension de ces arrêts.

(39) : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>]

(40) : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442816>]

(41) : Dans un arrêt du Tribunal suprême fédéral brésilien du 21 mai 2020, (SS) 5383, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443812>].

(42) : Wisconsin Supreme Court, *Wisconsin Legislature v. Palm*, 2020 WI 42, disponible à l'adresse <https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/2020/2020ap000765-0a.html>].

(43) : Cour suprême des États-Unis, *South Bay United Pentecostal Church, v. Gavin Newsom, Governor of California*, 590 U.S. _ 2020, https://www.livelaw.in/pdf_upload/pdf_upload-375615.pdf].

(44) : L'arrêt est disponible en anglais à l'adresse : <https://gjk-ks.org/en/decisions-from-the-review-sessions-held-on-30-and-31-of-march-2020/>]

(45) : <https://exit.al/en/2020/03/31/constitutional-court-rules-against-kosovo-governments-restrictive-coronavirus-measures/>]

(46) : Le communiqué de presse de l'arrêt est disponible en espagnol à l'adresse : <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?El-Congreso-de-la-Rep%C3%BAblica-debe-decidir-de-manera-aut%C3%B3noma-e-independiente-la-realizaci%C3%B3n-de-sesiones-no-presenciales:-Corte-Constitucional-8957>]

Citer cet article

Éleonora BOTTINI ; Antoine CORRE-BASSET. « Chronique de droit constitutionnel comparé (janvier 2020 à juin 2020) », Titre VII [en ligne], n° 5, *La sécurité juridique*, octobre 2020. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-constitutionnel-compare-janvier-2020-a-juin-2020>