



**HAL**  
open science

# Quand la séparation des pouvoirs interfère dans la lutte contre le Covid-19

Olivier Lecucq

► **To cite this version:**

Olivier Lecucq. Quand la séparation des pouvoirs interfère dans la lutte contre le Covid-19. 2022, pp.13-15. hal-03977134

**HAL Id: hal-03977134**

**<https://univ-pau.hal.science/hal-03977134v1>**

Submitted on 7 Feb 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.

## **Quand la séparation des pouvoirs interfère dans la lutte contre le covid-19**

On le sait, comme la plupart des autres pays affectés, la lutte contre la pandémie de Covid-19 a conduit l'Etat espagnol à prévoir des mesures exceptionnelles pour parer à la propagation et aux méfaits du virus. Dans les précédents numéros de la *Lettre ibérique*, il a notamment été question du recours au dispositif constitutionnel de l'état d'alarme dont le régime, destiné à juguler ce type de crises sanitaires majeures, engendre dans le même temps de nombreuses contraintes, voire des dangers, à l'égard des droits fondamentaux. Intervenu à plusieurs reprises, le Tribunal constitutionnel s'est ainsi efforcé de suivre une ligne d'équilibre entre légitimité des restrictions (gestes barrière, limitation des déplacements, des activités culturelles, sociales et économiques, etc.) exigées par la situation exceptionnelle et garantie minimale, tout aussi justifiée, des droits et libertés des personnes.

L'arrêt n° 70/2022 du 2 juin 2022 du Tribunal constitutionnel, rapporté ici, s'inscrit dans ce cadre mais de manière toutefois originale car la question de constitutionnalité qui en est à l'origine a conduit le juge constitutionnel à mobiliser le principe de séparation des pouvoirs sous un angle novateur, non plus seulement, comme cela avait pu se présenter antérieurement, en considération des compétences et des relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, mais également en considération de la répartition des rôles entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. La loi dont il était saisi prévoyait en effet la possibilité pour les communautés autonomes espagnoles de prendre des mesures sanitaires restrictives de liberté en vue de lutter contre le fléau pandémique, ce qui n'était évidemment pas très nouveau (sinon que cette habilitation générale répondait au transfert global de cette compétence sanitaire vers les communautés autonomes décidé par décret-royal après la fin de l'état d'alarme), mais avec une particularité, elle pour le coup tout à fait novatrice en la matière : l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable à l'entrée en vigueur de telles mesures dès lors que ces dernières impliquaient privation ou restriction de droits fondamentaux. C'est sur cet aspect inédit que s'est concentré l'examen de constitutionnalité. La solution retenue, l'inconstitutionnalité du dispositif, ne va pas sans laisser perplexe ainsi que le montrent du reste les opinions dissidentes de trois magistrats du Tribunal.

Le raisonnement du juge est clair et tient en deux grandes considérations.

En premier lieu, l'instauration d'un régime d'autorisation judiciaire pour l'entrée en vigueur des mesures administratives considérées heurte le principe de séparation des pouvoirs en ce qu'il attribue aux organes judiciaires des fonctions étrangères à leur office défini par la Constitution (art. 106.1 et 117). La réserve de compétence juridictionnelle conférée au pouvoir judiciaire empêche qu'un autre pouvoir puisse s'en voir attribuer l'exercice, mais, comme le précise le Tribunal, « en sens inverse, (elle) empêche aussi que les juges et tribunaux exercent des attributions publiques étrangères au pouvoir de juger et de faire exécuter ce qui a été jugé » ; « autrement dit, le principe d'exclusivité juridictionnelle est le pendant du principe de réserve de juridiction et le corollaire de l'indépendance judiciaire » (FJ 6). Bien que l'article 117-4 de la Constitution dispose que : « Les Juges et Tribunaux n'exerceront pas davantage de fonctions que celles indiquées par l'alinéa précédent [fonction juridictionnelle et exécution de la chose jugée] et *que celles qui leur sont expressément attribuées par la loi pour garantir n'importe quel droit* », le Tribunal réduit presque à néant cette dernière « nuance » en estimant qu'elle ne doit pas être interprétée dans le sens d'une possibilité d'étendre le champ de compétence du pouvoir judiciaire vers n'importe quel autre type de fonctions non juridictionnelles qui, ce faisant, viendrait déborder les missions du pouvoir judiciaire, et ce, comme le souligne encore l'arrêt, « afin d'éviter le déséquilibre institutionnel qu'impliquerait l'intrusion du Pouvoir judiciaire dans des tâches constitutionnelles réservées à un autre pouvoir de

l'Etat, et dont la conséquence serait de rompre avec le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, qui est consubstantiel à l'Etat social et démocratique de droit (art. 1.1 CE) » (FJ 6).

Ce qui conduit au second trait majeur du raisonnement qui est, d'autre part, de considérer qu'en conférant le pouvoir d'autorisation judiciaire incriminé, le loi affecte le principe constitutionnel selon lequel, ainsi que le résume la Note informative du Tribunal n° 52/2022 (2 juin 2022), « le pouvoir réglementaire est attribué par la Constitution (et par les Statuts des Communautés autonomes, s'il y a lieu) au pouvoir exécutif de manière exclusive et excluante, interdisant ainsi au législateur de le convertir en un pouvoir partagé avec le pouvoir judiciaire, ce qui est le cas lorsque l'application de normes réglementaires est conditionnée par une autorisation judiciaire préalable ». A quoi s'ajoute dans ce dernier cas de figure la mise en cause du principe de l'efficacité de l'action administrative pareillement garanti par la Constitution (sur tous ces points voir FJ 7). En somme, d'après le juge constitutionnel, en permettant un contrôle *ex ante* du pouvoir judiciaire sur des actes réglementaires et non plus seulement un contrôle *ex post*, la loi a opéré une confusion entre les fonctions propres du pouvoir exécutif et des tribunaux de justice qui réduit inconstitutionnellement aussi bien le pouvoir réglementaire que l'indépendance et la réserve de juridiction du pouvoir judiciaire.

C'est précisément le refus du Tribunal d'admettre, de manière générale, toute possibilité de contrôle judiciaire *a priori* à l'encontre d'actes réglementaires, quelles que soient les circonstances, qui a motivé les opinions dissidentes de trois juges. Selon ces derniers, le Tribunal n'a en effet pas pris, en tout cas pas suffisamment, la mesure des circonstances qui, pour le législateur, justifiaient d'instaurer un mécanisme d'autorisation judiciaire préalable, en un mot : la finalité du dispositif législatif en cause. Or, toujours selon les juges dissidents, dans l'exercice qu'il lui revenait de pondérer les divers principes constitutionnels affectés par la loi examinée, le Tribunal aurait dû prendre en considération l'intention du législateur qui était de « servir de contrepoids au pouvoir discrétionnaire de l'administration tenant à un cadre législatif très peu dense, dans un contexte où sont en jeu les droits fondamentaux ». Et cela d'autant plus que la loi n'a pas perverti l'office des juridictions sollicitées car en intervenant préalablement à l'entrée en vigueur des mesures visées, le pouvoir judiciaire demeure dans son rôle exclusif, il ne fait pas acte réglementaire, il contrôle en amont sa légalité au regard (en particulier) du respect des droits fondamentaux. Autrement dit, on ne change pas le curseur, on le déplace. Aussi n'est-il pas interdit de penser qu'en raison du potentiel hautement attentatoire aux droits et libertés des diverses mesures de lutte contre le Covid-19, peut-être davantage encore lorsqu'elles sont décidées par des autorités locales, la « nuance » visée par l'article 117-4 de la Constitution, c'est-à-dire la possibilité pour le législateur d'étendre le champ normal de compétence de pouvoir judiciaire, aurait pu opportunément trouver à s'appliquer en l'espèce sans que le principe de séparation des pouvoirs en soit aussi indument bousculé. **O. L.**