

# La CEDH et l'Espagne: statut juridique, pratique et signification

*par Carlos Ruiz Miguel*

**Abstract: The ECHR and Spain: legal status, practice and meaning** – The ECHR had a particular legal importance in Spain in addition to its political significance as a commitment to liberal democracy after the Franco dictatorship. The ECHR is a directly applicable supra-legal norm but it is also the main instrument for interpreting fundamental rights of the Constitution. The enforcement of the ECHR by the Spanish courts has raised several questions, which deserve study. The election of Spanish judges to the Court also presented several problems, sometimes of continental scope. The article ends with a quantitative and qualitative analysis of the jurisprudence of the Court of Strasbourg related to Spain.

**Keywords:** Monism; Constitutional interpretation; Execution of ECourtHR rulings; Election of ECourtHR judges; Amparo.

1259

---

## 1. Avant-propos

Quel peut-être l'intérêt pour les non-espagnols de l'examen du rôle en Espagne de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)? Après un récit des circonstances de la signature et la ratification de la CEDH par l'Espagne (1), cet article essaiera d'argumenter que le Droit Espagnol octroie un statut juridique singulier à la CEDH dans le contexte européen (2), et que les problèmes liés à la sélection des juges espagnols de la Cour ont contribué à faire développer le Droit Européen sur ce sujet (3). L'analyse quantitative des arrêts de la Cour concernant l'Espagne offrent quelques données qui méritent attention (4) aussi bien que la question de l'analyse qualitatif des arrêts où l'Espagne était partie (5).

## 2. La signature et ratification de la Convention et de ses Protocoles

Après la mort de Francisco Franco, l'Espagne avait fait un pari sans ambiguïtés pour le modèle de démocratie libérale constitutionnelle. Le gouvernement présidé par M. Adolfo Suárez González voulait intégrer des secteurs de l'opposition et pour démontrer la sincérité de sa politique voulait adhérer à certaines Conventions internationales sur les droits de l'homme qui, à ce moment (1976-1979), avaient une importance particulière pour identifier les États alignés sur un modèle de démocratie libérale.

Dans ce contexte, le gouvernement espagnol décida la signature des deux pactes des Nations Unies de 1966, le Pacte International des Droits Civils et Politiques (PIDCP) et le Pacte International des Droits Économiques, Sociaux et Culturelles (PIDESC). Le ministre plénipotentiaire de l'Espagne signa le PIDCP le 28 septembre 1976, quelques mois seulement après l'entrée en vigueur desdits Pactes<sup>1</sup>. Sept mois après la signature, le 13 avril 1977 le Roi ratifie le PIDCP et le PIDESC<sup>2</sup>. Deux jours après cette ratification, le Roi signe le Décret de convocation pour l'élection des premières Cortes démocratiques après la mort du Franco<sup>3</sup>. Donc, le PIDCP est entré en vigueur *avant* la discussion et approbation de la Constitution Espagnole de 1978.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) a eu une trajectoire un peu différente. Le Ministre espagnol des Affaires Étrangères avait signé la CEDH à Strasbourg le 24 novembre 1977, c'est à dire, un an avant l'approbation de la Constitution (votée par référendum le 6 décembre 1978), mais sa ratification s'est produite le 4 octobre 1979, presque un an *après* l'approbation de la Constitution de 1978, et suivant la procédure constitutionnelle pour la ratification des traités internationaux<sup>4</sup>. En ce moment, l'Espagne avait fait la déclaration prévue dans l'article 46 (dans sa rédaction à l'époque) de la Convention reconnaissant pour une période de 3 ans la juridiction de la Cour.

En ce qui concerne les Protocoles de la CEDH, hors les Protocoles qui modifient les articles de la Convention (Protocoles 3, 5, 8, 11, 14) c'est à noter qu'avant l'approbation de la Constitution, l'Espagne avait signé les protocoles n.1 (20.III.1952), n. 2 (6.V.1963)<sup>5</sup> et 4 (16.IX.1963), qui cependant furent ratifiés plusieurs années plus tard (en 1982, 1990 et 2009)<sup>6</sup>. Les Protocoles 6 (28.IV.1983) et 13 (03.V.2002) sur la peine de morte fut signés et ratifiés<sup>7</sup>, même

<sup>1</sup> Le PIDESC est entré en vigueur le 3 janvier 1976 une fois ratifié par le nombre d'États prévue dans son article 27; le PIDCP entra en vigueur le 23 mars 1976 une fois ratifié par le nombre d'États prévue dans son article 49.

<sup>2</sup> Instrument de ratification publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 103, du 30 avril 1977.

<sup>3</sup> Décret Royal 679/1977, du 15 avril 1977, publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 92, du 18 avril 1977.

<sup>4</sup> Instrument de ratification publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 243, du 10 octobre 1979.

<sup>5</sup> Signé le 23 février 1978, ratifié le 28 août 2009, et publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 249, du 15 octobre 2009.

<sup>6</sup> Le premier protocole (Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales), de 1952, signé par Espagne le 23 février 1978 ne fut ratifié que le 2 novembre 1990, publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 11, du 12 janvier 1991. Le Protocole n. 2 (Protocole n. 2 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales) signé le 23 février 1978, ratifié le 18 mars 1982, et publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 111, du 10 mai 1982. Le Protocole n. 4 (Protocole n. 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention), signé le 23 février 1990 fut ratifié le 16 septembre 2009, publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 247, du 13 octobre 2009.

<sup>7</sup> Protocole n. 6, signé le 28 avril 1983, ratifié le 20 décembre 1984 et publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 92, du 17 avril 1985. Protocole n. 13, signé le 3 mai 2002, ratifié le 27 novembre 2009 et publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 77, du 30 mars 2010.

si les dispositions du dernier restreignent l'application de l'article 15 de la Constitution Espagnole<sup>8</sup>. Le Protocoles n. 7 (22.XI.1984)<sup>9</sup> et n. 12 (4.XI.2000)<sup>10</sup>, furent signés et ratifiés aussi. Néanmoins, le Président du gouvernement espagnol, M. Pedro Sánchez, a déclaré dans les Cortes que l'Espagne ne ratifiera pas le Protocol n. 16 (2.X.2013)<sup>11</sup>.

### 3. Le statut juridique de la Convention européenne en droit espagnol

Le statut de la CEDH en Droit Espagnol vient défini par deux caractéristiques: d'abord sa nature de «traité international», ensuite, que son objet est les «droits de l'homme». C'est en considérant au préalable ces deux caractéristiques qu'on peut examiner son statut dans le droit espagnol.

#### 3.1. Espagne, un système moniste avec prévalence de la norme constitutionnelle

Le système espagnol des relations entre le Droit national et le Droit international est celui d'un système moniste avec prévalence du Droit national constitutionnel.

D'après l'article 96.1 de la Constitution Espagnole (CE), «Les traités internationaux régulièrement conclus et une fois publiés officiellement en Espagne feront partie de l'ordre juridique interne. Leurs dispositions ne pourront être abrogées, modifiées ou suspendues que sous la forme prévue dans les traités eux-mêmes ou conformément aux normes générales du droit international».

Le texte monte l'existence d'un système moniste de relations entre le droit national et le droit international apparaît. En effet, un traité international est en vigueur en Espagne depuis sa publication au Journal officiel, à l'instar des normes des autres États, et il n'a pas besoin d'une loi pour le transformer en droit interne.

Ce monisme, en revanche, appartient au sous-type de système avec primauté du droit national. Mais lorsqu'on se réfère au droit national, il est fait référence à la Constitution et non à la loi. La primauté de la Constitution sur les traités est étayée par le Droit positif et la jurisprudence la Cour Constitutionnelle. La Constitution proclame le principe de la souveraineté nationale (paragraphe 1 du Préambule et 1.2 des CE) et comme Kelsen lui-même avait reconnu l'affirmation de cette souveraineté suppose d'opter pour la primauté du droit national sur le droit international<sup>12</sup>. Ceci est confirmé dans les

---

<sup>8</sup> L'article 15 de la Constitution prévoit que «La peine de mort est abolie, sauf dispositions prévues en temps de guerre par les lois pénales militaires».

<sup>9</sup> Signé le 22 novembre 1984, ratifié le 28 août 2009, et publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 249, du 15 octobre 2009.

<sup>10</sup> Signé le 4 octobre 2005, ratifié le 25 janvier 2008, et publié dans le *Boletín Oficial del Estado* n. 64, du 14 mars 2008.

<sup>11</sup> Europa Press, *El Gobierno rechaza ratificar el protocolo de consulta al TEDH y recuerda que España protege los Derechos Humanos*, 30 novembre 2018, [www.europapress.es/nacional/noticia-gobierno-rechaza-ratificar-protocolo-consulta-tedh-recuerda-espana-protege-derechos-humanos-20181030161744.html](http://www.europapress.es/nacional/noticia-gobierno-rechaza-ratificar-protocolo-consulta-tedh-recuerda-espana-protege-derechos-humanos-20181030161744.html)

<sup>12</sup> H. Kelsen, *Théorie du Droit International Public, RCADI*, tome 84, 1953-III, Leiden/Boston, 1953, 190.

normes constitutionnelles sur les traités internationaux. L'art 95.1 CE indique clairement que «la conclusion d'un traité international contenant des dispositions contraires à la Constitution devra être précédée d'une révision de celle-ci», donc la Constitution est une norme supérieure au traité. L'art même. 96.1 CE établit comme condition préalable pour que les traités internationaux fassent partie du système juridique national qu'ils aient été «valablement conclus». Par conséquent, dans la Constitution elle-même, sa prééminence sur le droit international est claire.

Cette primauté a également été affirmée dans la propre jurisprudence de la Cour Constitutionnelle espagnole. La Cour s'est prononcée sur cette question. D'une part, avant la ratification et l'entrée en vigueur d'un traité, l'article 95 CE exige la conformité de tous les traités internationaux avec la Constitution, de sorte que sa possible contradiction avec cette dernière nécessite une réforme constitutionnelle pour ratifier le traité<sup>13</sup>. Par ailleurs, une fois qu'ils font déjà partie de l'ordre intérieur (article 96.1 CE) la suprématie de la Constitution est également garantie lorsque le traité est déjà ratifié et en vigueur, étant donné la possibilité de contester sa constitutionnalité aussi bien par la voie du «recours» abstrait de constitutionnalité (articles 27.2.c., 31 et 32.1 de la loi organique de la Cour constitutionnelle [LOTCC]) ou de la «question» concrète de constitutionnalité (article 35 LOTCC).

Pour le reste, la Cour Constitutionnelle a déclaré d'une manière singulièrement claire que «l'opération consistant à exclure des déclarations constitutionnelles par un traité, brisant ainsi la généralité des dispositions de la Constitution, a été soulevée et n'a pas été acceptée» pendant le processus d'élaboration de la Constitution<sup>14</sup>. Ces affirmations soulignent sans aucun doute, tout d'abord, l'importance des procédures de réforme constitutionnelle en tant que garantie de la souveraineté nationale. Le contournement de ces procédures, par conséquent, signifie une fraude au souverain. Deuxièmement, dans la mesure où la suprématie de la Constitution est une défense de la souveraineté, la Cour Constitutionnelle empêche que des règles non constitutionnelles (par exemple, les traités internationaux) puissent contredire les prescriptions du pouvoir constituant, c'est-à-dire de la Constitution. Dans la jurisprudence constitutionnelle, la primauté de la Constitution espagnole sur les traités internationaux est donc claire.

Les traités internationaux ont un caractère infra-constitutionnel mais supra-légal. Celui-ci est dérivé tout aussi de sa force active comme de sa force passive envers la loi. En raison de leur force active, les traités peuvent modifier une loi. Ainsi, l'article 94.1.e) CE envisage qu'un traité implique «la modification ou l'abrogation de toute loi» ou exige des «mesures législatives pour son exécution». En raison de leur force passive, les traités ne peuvent être modifiés par la loi. En effet, quand l'article 96.1 CE affirme que les traités ne peuvent être

---

<sup>13</sup> Déclaration de la Cour Constitutionnelle (DTC), du 1 juillet 1992 (Fondements juridiques numéro 2 et 4).

<sup>14</sup> DTC 1992, Fondement juridique 4.

modifiés, abrogés ou suspendus «que de la manière prévue dans les traités eux-mêmes ou conformément aux normes générales du droit international», on nie qu'un traité puisse être affecté unilatéralement. Cela signifie que le traité jouit d'une force de résistance ou passive contre toute loi ultérieure. Ce statu infra-constitutionnel et supra-légal est accepté par l'écrasante majorité de la doctrine internationaliste<sup>15</sup> et constitutionnaliste<sup>16</sup>.

### 3.2. *Les traités sur les droits de l'homme comme critère interprétatif des droits constitutionnels dans la Constitution espagnole*

En plus de son statut de source du droit directement applicable, en droit espagnol, les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'Espagne sont un élément d'interprétation des normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux selon lesdits traités. L'article 10.2 CE dit que «Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution doivent être interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux sur les mêmes points ratifiés par l'Espagne». Il s'agit d'une clause qui était très innovante à cette époque et qui a inspiré d'autres Constitutions, comme la mexicaine<sup>17</sup>.

La Cour Constitutionnelle a précisé que l'article 10.2 ne «constitutionalise» les droits de l'homme contenus dans les traités internationaux mais en fait un critère pour interpréter les droits fondamentaux contenus dans la Constitution. Pour cette raison la validité des dispositions et des mesures contestées dans les procédures judiciaires spéciales de protection des droits de l'homme (l'*amparo*)<sup>18</sup> doit être mesurée par référence aux dispositions constitutionnelles qui reconnaissent les droits et libertés susceptibles de protection. Les textes référés

---

<sup>15</sup> M. Díez De Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, vol. I, Madrid, 1991, 9<sup>a</sup> ed., 195-198; J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, 1992, 4<sup>a</sup> ed., 201-202; J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez, M.P. Andrés Sáenz De Santamaría, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, 1990, 4<sup>a</sup> ed., 236, 240; L.I. Sánchez Rodríguez, *Los tratados como fuente del ordenamiento jurídico español*, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*. 1984, Vitoria, 1984, 139 ss., 163; Id., *Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno en el sistema español*, en *Derecho Internacional Público: problemas actuales*, Madrid, 1993, 69 ss., 100-101; D. Liñán Nogueiras, *Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho Español*, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVII, 1985, 355 ss., 364.

<sup>16</sup> I. De Otto Y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1989, réimpression de la 2<sup>ème</sup> ed., 124-126; F. Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, vol. I *Principios del Ordenamiento constitucional*, Madrid, 1991, 84; F. Fernández Segado, *El sistema constitucional Español*, Madrid, 1992, 644-645 (mais rejette que les traités jouissent de forcé active sur les lois); J. De Esteban, P.J. González Trevijano, *Curso de Derecho Constitucional Español*, vol. I, Madrid, 1992, 217, 220; E. Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, Madrid, 1992, 161-162.

<sup>17</sup> Dans la réforme constitutionnelle de 2011, on a ajouté un deuxième paragraphe à l'article 1 de la Constitution de 1917 ayant une teneur très similaire à celle de la Constitution espagnole («Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia»).

<sup>18</sup> C. Ruiz Miguel, *Concept, genèse et évolution de l'amparo : le modèle espagnol*, *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n. 15, 2017, 133-151.

par l'art. 10.2 sont une source interprétative qui contribue à une meilleure identification du contenu des droits fondamentaux de la Constitution, mais ils ne sont pas une source «autonome» des droits constitutionnels<sup>19</sup>.

Si l'art. 10.2 CE ne transforme pas les traités en critère d'examen de la constitutionnalité des lois ou des actes des pouvoirs publics qui affectent les droits fondamentaux, non plus l'art. 96.1 CE, selon la Cour Constitutionnelle, a une telle virtualité car cette disposition ne fait que donner aux traités une force passive face à la loi, mais en tels que normes infra-constitutionnelles<sup>20</sup>. Malgré ce qui précède, certaines résolutions du TC ont créé une confusion en établissant qu'en vertu de l'art. 10.2 Les conventions internationales sur les droits fondamentaux signées par l'Espagne ont des effets non seulement sur l'interprétation des droits fondamentaux, mais aussi sur leur réglementation. Il est clair que son effet sur la réglementation découle de l'art. 96 CE et non de l'art. 10.2 CE, en revanche, cela ressort clairement de la jurisprudence dominante du TC, même si nombre de ces accords ont été ratifiés avant l'approbation de la Constitution.

L'art 10.2 CE, qui était à l'époque une clause unique dans le droit constitutionnel comparé, introduit une spécificité dans l'interprétation des droits fondamentaux consacrés par la Constitution Espagnole, en sorte que le critère normatif d'interprétation n'est pas la Constitution elle seule, mais aussi la Déclaration universelle des droits de l'homme et les autres traités signés par l'Espagne sur les droits de l'homme. La jurisprudence constitutionnelle a fait appel à l'art. 10.2 CE pour l'interprétation des règles relatives aux droits fondamentaux dans divers arrêts depuis les premiers moments de l'existence de la Cour<sup>21</sup>. Une attitude confirmée dans des décisions ultérieures sans solution de continuité<sup>22</sup>.

L'utilisation de l'article 10.2 CE soulève plusieurs questions. D'abord, déterminer quels textes sont utilisés comme élément interprétatif. Ensuite, éclairer la portée de l'expression "sur les mêmes questions". Et finalement, quelle est la différente virtualité des différents instruments internationaux.

Sur la première question, il faut dire que l'art. 10.2 CE fait référence à la "Déclaration universelle des droits de l'homme" et à certains "traités et accords internationaux" "ratifiés par l'Espagne". La "Déclaration universelle des droits de l'homme" n'est pas un traité international, mais une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>23</sup>. En ce qui concerne l'expression "traités et accords internationaux", l'article 2.1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 dispose que par «traité» s'entend «un accord international conclu

<sup>19</sup> Arrêts de la Cour Constitutionnelle du 22 mars 1991 (STC 64/1991, fondement juridique 4) et du 6 novembre 2012 (STC 198/2012, fondement juridique 2).

<sup>20</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 14 février 1991 (STC 28/1991, fondement juridique 5).

<sup>21</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 13 février 1981 (STC 5/1981, fondement juridique J 7).

<sup>22</sup> Ordonnance de la Cour Constitutionnelle du 30 septembre 1981 (ATC 96/1981, FJ 2); Arrêts de la Cour Constitutionnelle du 15 octobre 1982 (STC 62/1982, FJ 2), du 25 mars 1983 (STC 23/1983, FJ 2); du 29 novembre 1984 (STC 114/1984, FJ 3), du 30 septembre 1985 (STC 99/1985, FJ 2), etc., etc. jusqu'à aujourd'hui.

<sup>23</sup> A/RES/217 (III) A, du 10 décembre 1948.

par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière». Cependant, en invoquant l'art. 10.2 CE, parfois la Cour constitutionnelle a utilisé des textes qui ne sont pas des «traités et accords internationaux ratifiés par l'Espagne». En effet, la Cour, d'un côté, la Cour a appelé à des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui ne sont évidemment pas un «traité» (comme la résolution 45/95 de l'Assemblée générale des Nations Unies); d'autre côté, elle a également invoqué un texte qui, d'origine internationale, n'était pas un "traité" à ce moment (la "Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne") «proclamée» à Nice en 2000; tout comme elle a aussi invoqué des directives communautaires qui ne sont pas des «traités»<sup>24</sup>.

Sur la deuxième question, la Cour constitutionnelle a traité de la portée de l'expression «sur les mêmes questions»: faut-il suivre à ce sujet un critère formel ou matériel? La teneur de l'article 10.2 semble indiquer un critère formel selon lequel seules les conventions sur droits de l'homme *nominatim* pourraient être invoqués à cet égard. Cependant, plusieurs résolutions de la Cour ont préféré un critère matériel, de sorte que certains articles ou normes contenus dans des traités qui, dans son ensemble, ne visent pas les droits fondamentaux, peuvent être invoqués comme éléments interprétatifs aux fins de art. 10.2 CE. À cet égard, le traité de la Communauté économique européenne ou l'accord bilatéral entre l'Espagne et la France du 9 avril 1969 sur l'entraide judiciaire en matière pénale entre les deux États ont été considérés comme des traités sur droits fondamentaux<sup>25</sup>.

La troisième et dernière question est celle de la virtualité différente des instruments normatifs utilisables pour l'interprétation selon l'art. 10.2 CE. En fait, les différents instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme peuvent être divisés en deux groupes fondamentaux: le premier et celui des instruments qui ne contiennent que (ou fondamentalement) une déclaration de droits; et, le second est celui des ceux qui, en plus de contenir une déclaration de droits, établissent un mécanisme d'interprétation de cette déclaration. Le cas le plus clair du premier groupe est celui de la "Déclaration universelle des droits de l'homme" ou de la "Convention internationale des droits de l'enfant". Dans le second groupe, on peut citer le protocole facultatif du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (qui confère au "Comité des droits de l'homme" le pouvoir d'entendre les plaintes de particuliers contre des États parties au Pacte), la Convention européenne des droits de l'homme ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Néanmoins, dans ce deuxième groupe la

---

<sup>24</sup> Tous ces instruments qui ne sont pas des traités furent invoqués par la Cour dans son arrêt du 30 novembre 2000 (STC 292/2000, FJ 8).

<sup>25</sup> Arrêts de la Cour Constitutionnelle du 30 janvier 1989 (STC 16/1989, concernant la convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959), du 18 juillet 1989 (STC 132/1989, FJ 12, concernant l'article 7 du Traité instituant la Communauté économique européenne du 24 mars 1957), du 1 juillet 1991 (STC 145/1991, FJ 3, concernant l'article 119 du Traité instituant la Communauté économique européenne du 24 mars 1957, la Directive 75/117 du 10 février, et les conventions C100 et C111 de l'OIT).

Cour Constitutionnelle espagnole a exprimé quelques nuances parce qu'elle considère que les avis («communications») du Comité des droits de l'homme qui découlent de plaintes individuelles, «ne sont pas des résolutions judiciaires, car le Comité n'a pas de pouvoirs juridictionnels» et ne «ne peuvent pas constituer une interprétation authentique du Pacte (des droits civils et politiques)»<sup>26</sup>. Par conséquent, seuls les deux autres documents (CEDH et CDF) méritent une attention particulière.

### *3.3. La CEDH et la CourEDH selon le Droit Constitutionnel espagnol*

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), signée à Rome le 4 novembre 1950, dans le cadre du Conseil de l'Europe, innove dans le Droit International parce qu'elle ne se borne à une déclaration de droits (comme l'avait fait auparavant la Déclaration Américaine des droits de l'homme et la Déclaration universelle des droits de l'homme), mais établit également un mécanisme de surveillance et d'interprétation, axée à cette époque dans la Commission Européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) basées tous les deux à Strasbourg.

L'invocation de l'article 10.2 CE des traités relatifs aux droits de l'homme en général pose le problème suivant: pour interpréter les normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux, il est nécessaire de recourir à d'autres normes internationales sur le même sujet qui, néanmoins, ont besoin à leur tour d'interprétation, en particulier en raison de l'ambiguïté des déclarations internationales rédigés en sorte d'obtenir l'acceptation d'un grand nombre des différents États. En revanche, la Convention de Rome, a la particularité d'avoir des mécanismes juridiques et politiques (le Comité des Ministres et la Commission européenne des Droits de l'Homme entre 1954 et 1999) et de nature juridictionnelle (la CourEDH).

#### *3.3.1. La CEDH n'est pas «constitutionalisé» mais constitue un critère additionnel d'interprétation des normes constitutionnelles.*

Quelques années après l'adhésion d'Espagne à la Convention de Rome un auteur avait soutenu la thèse selon laquelle l'article 10.2 CE, en plus de permettre l'invocation devant les juridictions espagnoles de l'interprétation des arrêts de la CourEDH sur le sujet, ouvrait la porte à la possibilité de contester la constitutionnalité des lois qui étaient en contradiction avec les interprétations de la Convention faite par la Cour de Strasbourg<sup>27</sup>. D'une certaine manière, cette thèse reviendrait à parler d'un "bloc de la constitutionnalité" des droits fondamentaux (par analogie avec la notion créée par le Conseil Constitutionnel

<sup>26</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 21 novembre 2005 (STC 296/2005, FJ 3).

<sup>27</sup> E. Linde Paniagua, *Eficacia del Convenio en el Derecho Español*, in E. García de Enterría, E. Linde, L. Ortega Álvarez, M. Sánchez Morón, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos: estudio de la convención y de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humano*, Madrid, 1983, 2ème ed., 181.



français<sup>28</sup>), qui serait composé par la Constitution, les droits de l'homme signés et ratifiés par l'Espagne, à la Convention de Rome en particulier et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Convention de Rome. De cette manière, ces éléments du "bloc" devraient être considérés comme les normes (ou paramètre) qui définissent la *constitutionnalité* à laquelle doit s'assujettir toute loi, objet de contrôle ou acte normatif affectant les droits fondamentaux.

Cependant, cette thèse n'est pas partagée par la doctrine ni par la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle. Dans la doctrine, on a insisté pour que l'art. 10.2 CE est une directive ou un critère d'interprétation préférentiel, mais ne constitue pas une *constitutionnalisation* des accords internationaux relatifs aux droits de l'homme. Pour sa part, la jurisprudence constitutionnelle, même s'il y a une décision exceptionnelle qui se rapproche de cette thèse a déclaré qu'un traité sur les droits fondamentaux (ou la jurisprudence de la CourEDH, ajoutons-nous) ne devient pas en soi un critère (paramètre) de la *constitutionnalité* de la loi para son invocation sous l'article 10.2 CE, parce que le critère de la constitutionnalité n'est intégrée que par le précepte constitutionnel définissant le droit ou liberté<sup>29</sup>, même si «interprétée, quant aux profils exacts de son contenu conformément au traité ou à l'accord international»<sup>30</sup>. L'exception à cette thèse se trouve dans la décision sur l'affaire *Bultó*<sup>31</sup> (ou *Barberà, Messeguer et Jabardo*<sup>32</sup>) où la Cour constitutionnelle disait que «du jugement déclaratoire de la CourEDH, dont le caractère impératif est incontestable, il doit être déduit, en tant qu'effet indirect du même, une infraction à l'art. 24.2 CE». En d'autres termes, le TC considérait en l'espèce que l'article 10.2 CE avait plus qu'un simple effet interprétatif mais également un effet d'application indirecte. Cet effet applicatif indirect signifiait que la déclaration de la CEDH selon laquelle il y avait une violation d'un droit de la CEDH qui figure également dans la constitution espagnole impliquait que la Constitution été également violée, raison pour laquelle la Cour Constitutionnelle serait compétent, par voie d'amparo constitutionnel pour examiner l'affaire. Cette doctrine a été réitérée une fois, deux ans plus tard, mais n'a pas été suivie plus tard.

La preuve de que l'article 10.2 CE ne constitutionnalise pas la CEDH est qu'une interprétation conforme à la CEDH mais *contra constitutionem* n'est pas acceptée. On cherche alors une interprétation pas seulement compatible avec les autres normes constitutionnelles, mais aussi avec ces conventions internationales, de sorte que si l'interprétation de ces normes est conforme aux autres préceptes constitutionnels, mais en désaccord avec ces conventions, cette

---

<sup>28</sup> Décision n. 71-44 DC du 16 juillet 1971.

<sup>29</sup> Arrêts de la Cour Constitutionnelle du 3 mars 1988 (STC 37/1988, fondements juridiques 5 et 6); 18 juillet 1989 (STC 132/1989, fondement juridique 12), 14 février 1991 (STC 28/1991, fondement juridique 5) et 22 mars 1991 (STC 64/1991, fondement juridique 4).

<sup>30</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 16 décembre 1991 (STC 245/1991, fondement juridique 3).

<sup>31</sup> Le nom de la victime, José María Bultó Marqués.

<sup>32</sup> Les noms des condamnés par l'assassinat du M. Bultó: Francesc Xavier Barberá, Antoni Messegué et Ferrán Jabardo.

interprétation doit être rejetée au profit d'un autre qui soit également d'accord avec ces traités. À cette égard même si Delgado Barrio (ancien président de la Cour suprême et ancien membre de la Cour Constitutionnelle) ait déclaré à plusieurs reprises qu'en matière de droits fondamentaux, la Constitution constitue une norme minimale au regard de la Convention, nous estimons que l'art. 53 CEDH établit tout à fait le contraire, c'est-à-dire que c'est la Convention qui fonctionne comme une norme de minimums au niveau européen en termes de droits fondamentaux, pouvant accorder une Constitution une protection supérieure à celle de la Convention, mais non inférieure à celle-ci. En effet, l'art. 53 CEDH dit qu' «Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie» c'est qui est cohérent avec l'arrêt *Handyside* où «La Cour relève que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme»<sup>33</sup>.

Au vu d l'article 53 CEDH il est surprenant que Cour Constitutionnelle ait à plusieurs reprises utilisé la Convention comme norme maximale pour introduire des limitations à certains droit contenus dans la Constitution, qui ne sont pas proclamés dans la Convention. C'est ce qui s'est passé concernant l'interprétation des arts. 20.1 a) et b) CE (liberté d'information et d'expression) au regard de l'art. 10.1 (troisième phrase) CEDH. La clause du CEDH, tel qu'interprétée par la CourEDH fut invoqué par la Cour Constitutionnelle pour interpréter restrictivement l'article 20 CE et limiter le droit à la liberté d'expression et d'information par des télévisions locales et par câble, dans lesquelles les possibilités techniques étaient bien plus larges que dans le système de télévision par ondes hertziennes, bien si l'article 5e CEDH ne permettait pas interpréter l'article 10.1 CEDH comme pouvant limiter le droit à la liberté d'expression ou d'information par le moyen de la télévision par câble, qui pourrait être déduit de l'article 20.1 a) et b) CE<sup>34</sup>.

### 3.3.2. *Quelques fois les Tribunaux espagnoles la s'écartent de la jurisprudence de Strasbourg...*

Malgré l'article 10.2 CE, parfois la jurisprudence espagnole s'écarte de la jurisprudence de Strasbourg. La Cour Constitutionnelle invoque d'habitude les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et, en particulier, la CEDH

<sup>33</sup> *Handyside c. Royaume Uni*, 7 décembre 1976, § 48, Series A n. 24.

<sup>34</sup> La Cour Constitutionnelle déclara que la limitation établie par voie légale considérant la télévision par câble comme un «service public» (et, en tant que tel, soumis à un système d'intervention administrative préalable) était constitutionnel parce qu'il est «autorisé par l'article 10.1 de la Convention Cour européenne des droits de l'homme». Cfr. Arrêts de la Cour Constitutionnelle du 17 décembre 1990 (STC 206/1990, Fondement juridique 6), 3 juin 1991 (STC 119/1991, Fondement juridique 5), et 3 octobre 1991 (STC 189/1991, Fondement juridique 4).

dans son interprétation par la Cour de Strasbourg, elle ne suit pas toujours doctrine établie par la Cour de Strasbourg. On peut trouver une évidence de cette affirmation dans l'affaire de l'examen de la constitutionnalité qui avait introduit le «mariage homosexuel» dans le système juridique espagnol. La CourCEDH a décidé à plusieurs reprises sur la question, toujours refusant reconnaître un «droit au mariage homosexuel». D'abord, la CourEDH a déclaré que la distinction entre une union homosexuelle et un mariage afin de ne permettre l'adoption que dans le second cas, ne violait pas le droit à la non-discrimination<sup>35</sup>. Ensuite, la CourEDH a déclaré que l'article 12 CEDH (droit au mariage) n'imposait pas à l'État l'obligation de permettre aux couples de même sexe d'avoir accès au mariage<sup>36</sup>. Néanmoins, la Cour Constitutionnelle espagnole bien que citant les arrêts de la CourEDH arrive à la conclusion opposée<sup>37</sup>.

On peut trouver aussi une affaire où la Cour suprême («organe juridictionnel supérieur dans tous les ordres, sauf dans les cas prévus en termes de garanties constitutionnelles», conformément à l'article 123 CE) s'est écartée de la jurisprudence de Strasbourg. Face à une affaire dans laquelle il fallait décider si des ordonnances municipales interdisant la pratique nudiste dans les rues violaient la liberté d'expression, un sujet sur lequel la CourEDH s'avait prononcé quelques mois plus tôt (dans l'affaire *Gough* où la Cour avait reconnu que le nudisme pouvait être une forme de liberté d'expression, même si dans le cas d'espèce le Royaume-Uni s'était conformé aux exigences de la CEDH dans la limitation de ce droit<sup>38</sup>), la Cour Suprême a déclaré que le nudisme n'était pas une forme de liberté d'expression<sup>39</sup>.

*3.3.3. ... et une autre fois la Cour Suprême applique une présumée doctrine de la Cour Européenne qui n'existe pas.*

On trouve aussi dans le Droit espagnol la situation contraire, c'est à dire, des affaires où les cours ont invoqué une doctrine de la CourEDH qui n'existait pas pour légitimer ses décisions. L'affaire la plus claire est l'arrêt de 1987 reconnaissant la transsexualité en Espagne<sup>40</sup>. Dans l'espèce, pour soutenir la reconnaissance juridique de la transsexualité, la Cour suprême a plaidé qu'il y avait des déclarations favorables de la Commission européenne des Droits de l'Homme ("arrêts" (*fallos*) les appelait incorrectement la Cour Suprême<sup>41</sup>). Les

<sup>35</sup> Fretté c. France, n. 36515/97, § 42 & 43, ECHR 2002-I.

<sup>36</sup> Schalk and Kopf c. Autriche, n. 30141/04, § 58-64, ECHR 2010.

<sup>37</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 6 novembre 2012 (STC 198/2012).

<sup>38</sup> Gough c. Royaume Uni, n. 49327/11, § 150, 28 octobre 2014.

<sup>39</sup> Arrêt de la Cour Suprême (4ème Section de la 3ème Chambre), du 23 janvier 2015 (recours 1882 / 2013).

<sup>40</sup> Arrêt de la Cour Suprême (1ère Chambre), du 3 juillet 1987 (juge rapporteur, Latour Brotons).

<sup>41</sup> «En cambio, en la práctica judicial ya se han producido diversos fallos abordando el problema y con solución favorable al cambio de sexo desde el punto de vista legal (...). Este criterio se ha seguido por la Comisión Europea de Derechos Humanos, en relación con el informe emitido por la misma que junto con el Reino de Bélgica instaron el conocimiento del Tribunal de Estrasburgo con ocasión de la sentencia de 4 de octubre de 1980 proferida en el «affaire Van Oosterwijck», siquiera el Tribunal no entrara a conocer del fondo del asunto

inexactitudes de l'arrêt accordé par la majorité furent très bien révélées dans l'opinion dissidente signée par plusieurs membres de la Cour<sup>42</sup>. En plus on peut ajouter qu'il était étonnant déclarer le 3 juillet 1987 à propos de l'affaire Rees que «l'arrêta n'a pas été rendue publique jusqu'à présent», quand l'arrêt (qui n'avalisa pas la décision prise par la Cour Suprême) ... été datée du 26 octobre 1986! et diffusé en décembre 1986 par la CEDH, qui l'avait également annoncé dans un communiqué de presse.

Le fait certain est que aussi dans l'arrêt antérieure (affaire *Rees* de 1986<sup>43</sup>) à cette décision de la Cour Suprême, que dans l'arrêt postérieure à celle-ci (affaire *Cossey* de 1990<sup>44</sup>), la CourEDH bien que présumant un lien entre le prétendu droit à la reconnaissance de la transsexualité et la droit à la protection de la vie privée (article 8 CEDH), considère que les obligations positives pour l'État découlant de l'article 8 CEDH ne pouvaient aller jusqu'à condamner l'Etat pour n'avoir pas procédé à la reconnaissance de la transsexualité avec des effets rétroactifs (par exemple, modifiant les actes de naissance) comme prétendait la Cour Suprême espagnole<sup>45</sup>. Les affirmations exprimées supra ne peuvent pas être démenties, à mon avis, par le fait de que la Cour de Strasbourg, en 1992 avait changé sa position<sup>46</sup> dans un arrêt très contesté<sup>47</sup>. En tout état de cause, le fait incontestable est que la Cour suprême espagnole avait invoqué une doctrine européenne inexistante (la CourEDH ayant rejeté les avis de la Commission européenne des droits de l'homme) pour justifier la légalisation de la transsexualité Espagne.

1270

### 3.4. L'exécution des arrêts de la CourEDH

Une des questions les plus débattues, pas seulement en Espagne, mais dans l'ensemble européen est celui de l'exécutivité des arrêts de la CourEDH. Le premier arrêt de la Cour Européenne contre l'Espagne avait déjà suscité la

---

por motivos puramente formales. La misma Comisión ha reiterado su criterio favorable en el informe emitido el 12 de diciembre de 1984 en el denominado «affaire Rees», aun cuando no se haya hecho pública la sentencia hasta ahora» (Arrêt de la Cour Suprême, 1ère Chambre, du 3 juillet 1987, fondement juridique 3).

<sup>42</sup> «No nos consta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya reconocido ese derecho. Sorprende la cita de la sentencia de dicho Tribunal de fecha 6 de noviembre de 1980, número 40 (Van Oosterwijck contra Bélgica) ya que en la misma se decidió, por 13 votos contra 4, «que no podía entrarse a examinar el fondo del asunto por falta de agotamiento de los recursos internos». En cuanto al otro asunto a que se alude, por ser el informado por la Comisión Europea de Derechos Humanos el 12 de diciembre de 1984 (asunto Rees), debe advertirse que corresponde, no a un transexual, sino a un intersexual, según el informe médico, por lo cual el caso varia sustancialmente respecto del aquí justiciable». Opinion disidente des juges Jaime Santos Briz, Cecilio Serena Velloso, Rafael Pérez Gimeno et Matías Malpica y González Elipe.

<sup>43</sup> *Rees c. Royaume Uni*, du 17 octobre 1986, Series A n. 106.

<sup>44</sup> *Cossey c. Royaume Uni*, du 27 septembre 1990, Series A n. 184.

<sup>45</sup> *Rees c. Royaume Uni*, du 17 octobre 1986, § 44, Series A n. 106; *Cossey c. Royaume Uni*, du 27 septembre 1990, §§ 31, 38 y 39, Series A n. 184.

<sup>46</sup> *B. c. France*, du 25 mars 1992, § 63, Series A n. 232-C.

<sup>47</sup> Opinions dissidentes des juges Matscher, Pinheiro Farinha, Pettiti, Valticos, Loizou et Morenilla.

question. À cette époque, la Cour Constitutionnelle dans un arrêt controversé de 1991 avait déterminé de reconnaître la force exécutive de l'arrêt de la CourEDH dans l'affaire Barberá, Messegué et Jabardo<sup>48</sup>. Mais la Cour Constitutionnelle s'était très tôt écartée de sa propre doctrine en 1993 lors de la demande d'exécution d'un autre arrêt de la Cour Européenne dans l'affaire Ruiz-Mateos<sup>49</sup>. Depuis ce moment la Cour Constitutionnelle avait refusé d'exécuter plusieurs arrêts de la CourEDH dans les affaires Castillo Algar<sup>50</sup>, Riera Blume<sup>51</sup>, Perote<sup>52</sup> et Fuentes Bobo<sup>53</sup>).

La situation a subi une mutation lors de l'arrêt de la CourEDH dans l'affaire Del Río Prada. Le lendemain de l'arrêt européen, même si la requérante à Strasbourg ne l'avait pas demandé, la cour pénale espagnole (*Audiencia Nacional*) avait décidé reconnaître force exécutive à l'arrêt de Strasbourg<sup>54</sup> d'une façon tout à fait irrégulière<sup>55</sup>. Après un «accord» de la Cour Suprême, pas moins irrégulière, l'Espagne a approuvé deux lois qui octroient force exécutive (avec une exception) aux arrêts de Strasbourg. La première de ces lois affirme de façon générale s'il y a un arrêt de la Cour Européenne constatant une violation de la Convention dont les effets encore persistent et il n'y a pas un autre moyen d'en mettre au fin, on peut introduire devant la Cour Suprême un recours de révision; en plus la loi modifie les lois sur la procédure militaire, du contentieux-administrative et civile<sup>56</sup>. D'après la seconde, on règlemente la procédure de révision dans l'ordre juridictionnelles pénal<sup>57</sup>. Il faut noter qu'il n'y a eu modification de la loi sur la procédure dans l'ordre juridictionnelle social.

#### 4. Les juges espagnols de la cour et la question de sa sélection

La sélection des juges espagnols de la Cour de Strasbourg a suscité parfois de polémiques et des problèmes, aussi juridiques que politiques, au niveau européen tout comme au niveau national. Depuis 1978 huit espagnols, dont une seule femme (la dernière en date). D'abord, pour l'élection du juge espagnol en 2002 dans l'Assemblée Parlementaire du Conseil d'Europe s'est posé un sérieux problème au niveau européen; ensuite, la proposition des juges par le gouvernement espagnol fut contestée dans le contentieux-administratif à deux reprises (2008 et 2017); finalement, l'examen des candidats espagnols devint humiliante pour le gouvernement espagnol en 2018. Les situations présentées

<sup>48</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 16 décembre 1991 (STC 245/1991).

<sup>49</sup> Ordonnances de la Cour Constitutionnelle du 31 janvier 1994.

<sup>50</sup> Ordonnances de la Cour Constitutionnelle du 24 avril 2001 (ATC 96/2001).

<sup>51</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 10 octobre 2005 (STC 240/2005).

<sup>52</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 12 décembre 2005 (STC 313/2005).

<sup>53</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 3 juillet 2006 (STC 197/2006).

<sup>54</sup> Ordonnance 61/2013, du 22 octobre 2013, Chambre Criminal de l'Audiencia Nacional (en formation plénière).

<sup>55</sup> C. Ruiz Miguel, *The "Del Río Prada" Judgements and the Problem of the Enforcement of ECtHR Decisions*, in M. Pérez Manzano *et al.* (eds), *Multilevel Protection of the Principle of Legality in Criminal Law*, Berlin, 2018, 229-231.

<sup>56</sup> Article 5 bis de la Loi Organique 7/2015, du 21 juillet.

<sup>57</sup> Loi 41/2015, du 5 octobre.

méritent de considération en vue de l'amélioration du système européen de sélection et certains cas ont probablement y ont probablement contribué à certains changements.

#### *4.1. La relation des juges espagnoles à la Cour de Strasbourg*

Voici un bref parcours des membres espagnoles de la CourEDH (hors les juges *ad hoc*) jusqu'aujourd'hui.

##### *1°. Eduardo García de Enterría (1978-1986)*

Le premier juge espagnol à la Cour était un renommé Professeur de Droit Administratif à l'Université Complutense de Madrid. Il ne fut pas spécialement actif dans la Cour. Il n'avait pas rédigé des opinions séparées et son activité était réduite à ce temps-là ou les juges n'étaient pas obligés à avoir une disponibilité exclusive à la Cour. Un juriste très important au niveau du Droit Administratif espagnol mais dont son passage par la Cour est resté inaperçu.

##### *2°. Juan Antonio Carrillo Salcedo (1986-1989)*

Le deuxième juge espagnol était lui aussi un Professeur, mais de Droit International Public à l'Université de Seville. Son mandat fut court et lui aussi n'a pas rédigé des opinions séparées marquants et n'a pas laissé une empreinte dans la Cour.

##### *3°. José María Morenilla Rodríguez (1990-1998)*

Le troisième juge est un des deux juges espagnoles qui ne provenait pas du corps des professeurs de l'Université. Il avait un long parcours comme juriste dans le Ministère de la Justice et avait présenté plusieurs rapports au nom de l'Espagne devant des organismes internationaux (comme le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies). Avant sa nomination lui était juge de la Cour Suprême espagnole. Jusqu'à présent il a été le deuxième juge espagnol à dépenser plus de temps à la Cour (après López Guerra). Il était un juge très dévoué à la Cour dans laquelle s'est aligné contre les positions plus activistes.

##### *4°. José Antonio Pastor Ridruejo (1998-2003)*

Le quatrième juge espagnol était encore un Professeur de Droit International Public, à l'Université Complutense de Madrid. Lui avait été conseiller auprès du Ministère des Affaires Étrangères et avait expérience dans la négociation technique des certains traités internationaux. Il ne fut pas spécialement actif dans son service dans la Cour. Son mandat fut quelques mois prorogés par effet du scandale suscité avec l'élection du juge espagnol en 2002 (dont on parlera ci-après).

##### *5°. Javier Borrego Borrego (2003-2008)*

Comme nous aurons opportunité de dire, l'élection du successeur du juge Pastor Ridruejo fut très controversée et avait suscité un problème jamais posé auparavant dans l'Assemblée du Conseil de l'Europe. Javier Borrego était

« Avocat de l'État » membre du corps des avocats au service de l'administration publique en Espagne, (*abogados del Estado*). Tout comme l'autre juge non-professeur (Morenilla Rodríguez), le juge Borrego fut très dévoué à son travail à la Cour et s'était aligné contre des positions activistes.

6°. *Luis López Guerra (31-01-2008 - 2014 + 2015 – 14-03-2018)*

López Guerra est un Professeur de Droit Constitutionnel à l'Université Carlos III de Madrid, mais il a fait la plupart de son parcours professionnel hors des salles de la Faculté et c'est pour ça que sa désignation fut controversée (comme nous rappelleron ci-dessous). López Guerra fut élu à une grande majorité de 112 voix face aux 25 de *Concepción Escobar* et aux 7 de *Alejandro Sainz*. Élu en première instance pour une période de 6 ans jusqu'au 2014, la réforme de la Convention par le Protocole numéro 14, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juin 2010, lui permettait de rester jusqu'au 2017. Il est le juge espagnol qui a resté plus longtemps à la Cour où il a été président de la Section 8<sup>ème</sup> et donc membre de la Grande Chambre. López Guerra fut un juge très actif dans la Cour où il a soutenu des positions activistes.

7°. *María Elósegui Itxaso (15-03-2018 - 2026)*

Elósegui est Professeure de Philosophie du Droit à l'Université de Saragosse et son élection est le fruit d'un certain hasard. Elle est la première femme espagnole dans la Cour (après l'élection ratée de Margarita Retuerto et la candidature manquée de soutien de Concepción Escobar). Même s'il est tôt pour dresser un bilan de sa contribution à la Cour, il semble que la juge Elósegui s'aligne sur des positions non-activistes.

#### 4.2. *Les controverses dans la sélection des juges espagnoles*

##### 4.2.1. *L'élection ratée de Retuerto*

En 2002, le gouvernement espagnol avait proposé une liste des trois candidats: *Margarita Retuerto Buades* (avocate et Médiateur intérimaire), *Aurelio Pérez Giralda* (diplômât) et *Pablo Ruiz-Jarabo Quemada* (diplômât) ayant exprimé sa préférence pour Mme. Retuerto. Mais le scandale éclata lorsque quelques membres espagnols de l'Assemblée avaient dénoncé que le cv de Mme. Retuerto contenait des fausses déclarations parce qu'elle prétendait avoir été magistrat de la Cour Suprême lorsqu'elle était en réalité membre du Conseil de la Magistrature. Mais le gouvernement espagnol ne désista de son soutien.

Une fois que le scandale s'était produit, dans la sous-commission sur la sélection des juges on avait décidé de proposer le diplômât Pérez Giralda et alors c'était l'imprévu. Dans la première votation, le 25 septembre 2002, Mme. Retuerto avait obtenu 76 voix (soit un vote par dessous de la majorité absolue requise à ce moment) alors que Pérez Giralda eu 68 voix et M. Ruiz-Jarabo 8 voix. Dans la deuxième votation, le 27 septembre 2002, Mme. Retuerto et M.

Pérez Giralda étaient égalisés à 73 voix. Une situation inédite, non prévue dans le règlement.

Le gouvernement espagnol décida en décembre 2002 retirer la liste déjà présentée et la substituer par une nouvelle liste composée par *Javier Borrego Borrego* (Avocat de l'État et agent du gouvernement de l'Espagne auprès de la Cour Européenne), *Félix Fernández-Shaw Toda* (diplomate) et *Manuel Rivero González* (avocat de l'État). Finalement, l'Assemblée élut M. Borrego par une large majorité des 113 voix le 29 janvier 2003.

#### 4.2.2. L'élection controversée de López Guerra

À la fin du mandat du juge Borrego, le gouvernement faisait une liste avec trois candidats, *Luis López Guerra* (Professeur de Droit Constitutionnel de l'Université Charles 3 de Madrid), *Concepción Escobar Hernández* (Professeure de Droit International Public, et conseillère auprès du Ministère des Affaires Étrangères) et *José Alejandro Sáiz Arnáiz* (Professeur de Droit Constitutionnel de l'Université Pompeu Fabra de Barcelone). Le candidat sur lequel le Gouvernement ne cachait pas sa préférence était López Guerra. Celui-ci était un ancien magistrat de la Cour Constitutionnel (1986-1995), proposé par le Parti socialiste qui fut vice-président (1992-1995) de la Cour et après Membre du Conseil de la Magistrature (1996-2001) proposé par le parti socialiste, duquel fut élue vice-président, et après député régional du Parti Socialiste (2003-2004), et alors Secrétaire du Ministère de la Justice (2004-2008) dans un gouvernement du parti socialiste.

Son inclusion dans la liste fut contestée du fait de ses positions politiques, en plus de que l'élaboration de la liste était faite par le gouvernement sans aucune procédure publique. La Cour Suprême rejeta le recours dans son arrêt daté le 27 octobre 2008<sup>58</sup>, dicté quand López Guerra avait déjà pris charge de son poste de juge.

#### 4.2.3. L'élection hasardeuse d'Elósegui

Jusqu'au moment de proposer le successeur de Luis López Guerra, le gouvernement préparait sa triade de façon tout à fait discrétionnaire. Mais en janvier 2017 on a approuvé un nouveau système de sélection des membres de la liste des candidats de l'Espagne<sup>59</sup>. La résolution fut contestée devant la justice parce qu'on considérait que l'interdiction des candidats ayant plus de 61 ans d'âge était inconstitutionnelle. La Cour Suprême annula cette disposition<sup>60</sup> et l'appel aux candidatures fut réitéré en juillet 2017<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Arrêt de la Cour Suprême (Chambre 3<sup>ème</sup>, Section 7<sup>ème</sup>), de 27 octobre 2008 (juge rapporteur, Lucas Murillo de la Cueva).

<sup>59</sup> Resolución de 25 de enero de 2017, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017, por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Boletín Oficial del Estado* du 31 janvier 2017.

<sup>60</sup> Arrêt de la Cour Suprême (Chambre 3<sup>ème</sup>, Section 4<sup>ème</sup>), de 31 mai 2017 (juge rapporteur Pico Lorenzo), *Boletín Oficial del Estado* de 9 juin 2017.

<sup>61</sup> Resolución de 24 de julio de 2017, de la Subsecretaría, por la que se publica el anuncio de



Il y avait 17 pétitions à être inclus dans la liste des candidates, et les trois finalement retenus pour composer la triade furent: *María Elósegui Ichaso* (Professeure de Philosophie du Droit à l'Université de Saragosse), *José Martín y Pérez de Nanclares* (Professeur de Droit International Public et conseiller juridique auprès du Ministère des Affaires Étrangères) et *Francisco Pérez de los Cobos Orihuel* (ancien présidente de la Cour Constitutionnelle)<sup>62</sup>. Le gouvernement avait laissé entendre sa préférence pour Pérez de los Cobos, même si la normative actuellement existante oblige à présenter les candidats par ordre alphabétique.

Cependant, le gouvernement échoua dans son pari parce que la Commission de l'Assemblée Parlementaire avait proposé à Martín y Pérez de Nanclares<sup>63</sup> (avec 7 voix) contre Elósegui (3 voix) et zéro voix pour Pérez de los Cobos. Cependant, dans la votation finale de l'Assemblée, le 23 janvier 2018, c'était Elósegui qui a été élue, même si elle était la candidate la moins favorisée par le Gouvernement, par 114 voix contre 76 du professeur *José Martín y Pérez de Nanclares* et seulement 37 voix de *Pérez de los Cobos Orihuel* le favori du gouvernement.

## 5. Analyse quantitative sur les arrêts concernant l'Espagne

### 5.1. Les données

Les statistiques de la CourEDH<sup>64</sup> et du Conseil Espagnol du Pouvoir Judiciaire<sup>65</sup> offrent un ensemble des données sur l'application de la CEDH en Espagne qui nous permettent de tirer quelques conclusions.

Entre 1979 (date de l'adhésion de l'Espagne à la CEDH) et 2018, la CourEDH a prononcé 167 arrêts concernant l'Espagne. C'est un nombre très inférieur à d'autres pays comme la Turquie (3532 arrêts), la Russie (2501), l'Italie (2396), la Roumanie (1434), l'Ukraine (1304), la Pologne (1166) ou la France (1013). Le nombre des arrêts ayant à l'Espagne comme partie dans le procès est pareil à celui de Finlande (198), Suisse (189), Pays-Bas (164) ou la Suède (153), si bien ces pays comptent avec une population inférieure à celle de l'Espagne.

---

la apertura del plazo para presentar candidaturas para participar en la terna de candidatos propuestos por el Reino de España a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, encargada de la designación de un Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Boletín Oficial del Estado* du 26 juillet 2017.

<sup>62</sup> Assemblée Parlementaire. Conseil de l'Europe, Doc. 14460 (19 décembre 2017).

<sup>63</sup> Assemblée Parlementaire. Conseil de l'Europe, Doc. 14455, Add. 2 (17 janvier 2018).

<sup>64</sup> *Violations par article et par État 1959-2018*, [www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2018\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_FRA.pdf); *La Cour Européenne des Droits de l'Homme en faits & chiffres 2018*, [www.echr.coe.int/Documents/Facts\\_Figures\\_2018\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2018_FRA.pdf).

<sup>65</sup> Consejo General Del Poder Judicial, *España ante los tribunales de justicia europeos. Una visión a través de los datos estadísticos*, Boletín de información Estadística N° 56, juin 2018, [www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/DOCUMENTOS%20DE%20INTERES/N%2056%20Informe%20España%20en%20los%20Tribunales%20de%20Justicia%20Europeos.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/SALA%20DE%20PRENSA/DOCUMENTOS%20DE%20INTERES/N%2056%20Informe%20España%20en%20los%20Tribunales%20de%20Justicia%20Europeos.pdf).

Parmi ces 167 décisions, la Cour a constaté au moins une violation de la Convention dans 112 arrêts, soit, 67'06% des requêtes ayant été admises par la Cour. Un chiffre très lointain des cas des certains pays comme l'Ukraine (97'70% des arrêts ayant trouvé une violation), la Russie (94'56%), la Slovénie (92'01%), la Slovaquie (89'15%), la Turquie (88'56%), la Pologne (83'87%). Des proportions proches à celle de l'Espagne peuvent être trouvés dans l'Italie (76'37%), le Portugal (75'44%), la France (72'65%), l'Autriche (70'33%), la Belgique (69'44%), l'Irlande (63'88%), la Norvège (62'05%), la Suisse (58'20%), le Royaume Uni (57'58%) ou le Pays-Bas (56'10%).

Si on fait une pondération entre le nombre des arrêts ayant constaté une violation de la Convention et le nombre des habitants du pays concerné, pour la période 1959-2017 l'Espagne est le pays qui a subi la moindre proportion des arrêts contraires par million d'habitants d'entre tous les membres du Conseil de l'Europe. L'Espagne a subi 2'21 condamnations par million d'habitants. Seulement deux autres pays européens se trouvent au-dessous du seuil de la chiffre «3»: le Danemark (2'61 arrêts contraires par million d'habitants entre 1950 et 2017) et l'Allemagne (2'34). Il s'agit des chiffres très lointains des celles des États comme le San Marino (301'24), le Liechtenstein (211'58), la Slovénie (159'25), Malta (117'32) avec une énorme proportion des arrêts ayant trouvé une violation de la Convention. Mais le nombre des condamnations par million d'habitants, reste aussi lointaine des autres États ayant une proportion similaire à celle de l'Espagne des arrêts contraires dans les affaires admises par la Cour, tel est le cas de l'Italie (302), le Portugal (25'12), la France (10'87), l'Autriche (31'00), la Belgique (15'06), la Suisse (12'59).

Si on parvient à une analyse des droits de la Convention sur lesquelles la Cour Européenne a constaté une violation par l'Espagne l'article le plus souvent non respecté est l'article 6 CEDH comprenant le droit à un procès équitable (50 arrêts / 44'64% du total des arrêts contre l'Espagne), la durée de la procédure (16 arrêts / 14'29%) et la non-exécution (1 arrêt / 0'90%). Ensuite on trouve les violations du droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 CEDH (16 arrêts / 14'29%), et de l'article 3, comprenant aussi l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (1 arrêt / 0'90%) que l'absence d'une enquête effective (12 arrêts / 10'71 %). Finalement, la Cour a constaté plusieurs violations d'autres articles de la Convention : l'article 10 (8 arrêts), l'article 5 (5 arrêts), les article 7 et 14 (4 arrêts chacun), l'article 13 (2 arrêts) et l'article 1 du premier protocole (2 arrêts), en plus de 3 arrêts constatant d' «autres articles de la Convention» d'après la statistique officielle.

### *5.2. Quelques hypothèses*

Les données ci-dessus exposées nous montrent au moins trois aspects qui méritent une explication. Ces aspects concernent le droit à un procès équitable (art. 6), le droit à la protection de la vie privée (art. 8) et le droit à la non-discrimination (art. 14).

La première donnée est que la proportion des violations de l'article 6 (59'82% du total des violations de l'Espagne constatés par la Cour) est très inférieur au nombre des fois que la violation de sa norme nationale homologue est invoquée (pas nécessairement constaté), l'article 24 de la Constitution Espagnole, constatés par la Cour Constitutionnelle. En effet, selon les statistiques de la Cour Constitutionnelle dans les procédures de protection spéciale des droits fondamentaux (*amparo constitucional*) le pourcentage des affaires où ce droit fut invoqué oscille entre un maximum du 89'22% (10234 affaires) en 2006 et un minimum du 72'68% (5570 affaires) en 2014<sup>66</sup>. Il est vrai que pas toutes les affaires introduites dans la Cour sont déclarées recevables et donc, les statistiques de la Cour Européenne et de la Cour Constitutionnelle n'ont pas pour objet les mêmes faits. À ce stade de la recherche on peut formuler l'hypothèse d'un éventuel décalage entre la proportion des violations constatés de l'article 6 CEDH par la Cour de Strasbourg et les violations de l'article 24 CE par la Cour Constitutionnelle. Si l'hypothèse était vérifiée, on pourrait constater que le système d'*amparo* aboutit à une amélioration de la protection des droits autour du procès.

La deuxième donnée est que le droit le second le plus invoqué devant la Cour Constitutionnelle, c'est à dire le droit à l'égalité et à l'interdiction de la discrimination consacré dans l'article 14 CE fait l'objet d'un nombre très petit des arrêts contre l'Espagne devant la Cour Européenne. Avec le même *caveat* on voit comme l'interdiction de la discrimination est invoqué dans un appréciable nombre des *amparos* : un maximum de 23,66 % (1 600 affaires) en 2000 et un minimum de 13,77 % (992 affaires) en 2015<sup>67</sup>. En revanche, il y a seulement 4 arrêts constatant la violation par l'Espagne de l'article 14 CEDH, soit 3'57% du total des affaires contraires à l'Espagne. La conclusion provisoire qu'on peut tirer est que dans l'Espagne la discrimination a une dimension très réduite et que la Cour Constitutionnelle réprime avec effectivité les éventuelles discriminations.

La troisième donnée concerne le droit à la protection de la vie privée. Le dernier rapport d'activité de la Cour Constitutionnelle (du 2017) dit que le pourcentage des *amparos* où on a invoqué une éventuelle violation du droit à la protection de la vie privée (droit à l'*intimité*, selon la Constitution) est du 3'91 % du total (246 requêtes). Cependant, la violation du droit à la protection de la vie privée et familiale de l'article 6 CEDH fait le 14'29% des arrêts contre l'Espagne (16 arrêts). Même si on peut réitérer le *caveat* déjà exprimé concernant le différent objet des statistiques, il y a une explication plausible pour ce décalage des chiffres dans le fait que l'objet de l'article 8 CEDH (notamment après son interprétation par la CourEDH) est devenu beaucoup plus large que celui de l'article 18 CE qui, paradoxalement, apparaît *prima facie* comme plus large car incluant le droit à la protection de l'honneur (pas inclus dans la CEDH) et la protection de l'image<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Cfr. C. Ruiz Miguel, *Concept, genèse et évolution de l'amparo : le modèle espagnol*, CRDF, 15, 2017, 141, note 82.

<sup>67</sup> *Ivi*, 41, note 83.

<sup>68</sup> Un constat déjà fait un 1994 que la CourEDH n'a cessé de confirmer (Cfr. C. Ruiz Miguel,

## 6. Analyse qualitative. Les principaux arrêts concernant l'Espagne

Une analyse qualitative des principaux arrêts de la Cour de Strasbourg concernant l'Espagne nous permet d'évaluer l'impact de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour EDH pas seulement sur le système juridique espagnol, mais aussi sur la politique intérieure, et parfois extérieur, de l'État.

### 6.1. *L'Arrêt Barberà, Messegué et Jabardo, du 6 décembre 1988*

L'Espagne, qui avait adhéré la Convention en 1979, subit pour la première fois un arrêt constatant une violation de la Convention presque dix ans après. Il s'agissait d'une affaire politiquement très sensible. Les cours espagnoles avaient condamné en 1982 à plusieurs membres d'un groupe terroriste catalaniste EPOCA (Exèrcit Popular Català) pour avoir assassiné, le 9 mai 1977, un entrepreneur catalan dénommé José María Bultó. Trois des impliqués avaient porté un amparo devant la Cour Constitutionnelle que celle-ci déclara irrecevable en 1983. Ils avaient alors porté l'affaire à la Commission Européenne des Droits de l'Homme qui déclara la violation de la Convention par l'Espagne. Alors en décembre 1986 et janvier 1987 la Commission et le Gouvernement espagnol avaient porté l'affaire à la Cour. *L'Arrêt Barberà, Messegué et Jabardo, du 6 décembre 1988* (accordé par une serré majorité de 10 voix contre 8), établissait une violation de l'article 6.1 (droit à un procès équitable)<sup>69</sup>. Les retombées de l'arrêt furent importantes. La Cour Suprême ayant considéré que l'arrêt de Strasbourg n'avait pas de force exécutive, elle refusa de répéter la procédure et la Cour Constitutionnelle dans un controversé arrêt<sup>70</sup> décida que l'arrêt de la Cour Européenne avait une force exécutive malgré le texte de la Convention et les dispositions en vigueur en Espagne à cette époque.

1278

### 6.2. *Arrêt Ruiz Mateos, du 23 juin 1993*

L'affaire Ruiz-Mateos a son origine dans une situation qui avait marqué la politique et le Droit Constitutionnel en Espagne dans les années '80 du siècle XX. José María Ruiz-Mateos était à l'époque le plus important entrepreneur de l'Espagne et après une polémique avec le Ministre de l'Économie à l'époque, soudainement le gouvernement décida l'expropriation de ses entreprises avec un «royal décret-loi». Ayant quelques doutes sur la constitutionnalité de la mesure le gouvernement présenta aussi devant le parlement une loi d'expropriation des

---

*El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1994).

<sup>69</sup> Barberà, Messegué and Jabardo c. Espagne, 6 Décembre 1988, § 89, Series A n. 146 («Eu égard au transfert tardif des requérants de Barcelone à Madrid, au changement inopiné dans la composition du siège aussitôt avant l'ouverture des débats, à la brièveté de ceux-ci et, surtout, à la circonstance que des éléments de preuve très importants ne furent pas produits et discutés de manière adéquate à l'audience, en présence des accusés et sous le contrôle du public, la Cour conclut que la procédure en cause, considérée dans son ensemble, n'a pas répondu aux exigences d'un procès équitable et public. Il y a donc eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)»).

<sup>70</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 16 décembre 1991 (STC 245/1991).

entreprises de Ruiz-Mateos. Le décret-loi fut contesté par l'opposition parlementaire devant la Cour Constitutionnelle qui dans une controversée décision avec égalité des voix dans la Cour, se prononça pour la constitutionnalité du décret-loi<sup>71</sup>. Ensuite c'était une cour qui à travers une question de constitutionnalité portait la loi d'expropriation des entreprises de Ruiz-Mateos devant la Cour Constitutionnelle qui déclara cette fois aussi sa constitutionnalité<sup>72</sup>. M. Ruiz-Mateos porta l'affaire à la Cour Européenne qui en 1993 constatait une violation de l'article 6.1 (droit à un procès dans un "délai raisonnable", mais aussi le droit à un procès équitable avec une procédure contradictoire) parce que dans la procédure sur la constitutionnalité de la loi devant la Cour Constitutionnelle la loi espagnole n'avait prévu l'audition de la personne concernée par une loi adressé seulement à lui, provoquant ainsi la privation des moyens de défense<sup>73</sup>. Au vu du précédent de l'affaire Bultó, M. Ruiz-Mateos demanda à la Cour Constitutionnelle l'exécution de l'arrêt de la Cour Européenne, mais celle-là changeant (ou nuanciant) sa doctrine la refusa avec l'argument que pas tous les arrêts de Strasbourg avaient force exécutive, mais seulement ceux ayant un contenu pénal<sup>74</sup>. Cette affaire est à l'origine d'une modification de la Loi organique de la Cour Constitutionnelle approuvée en 2007<sup>75</sup>.

### 6.3. Arrêt *López Ostra*, du 9 décembre 1994

Contrairement aux affaires Barberà et Ruiz-Mateos, l'affaire López Ostra n'avait pas suscité aucun débat dans l'opinion publique. Mais la décision de la Cour Européenne avait une grande portée au niveau européenne, parce que c'est dans cette décision que la Cour élargie le droit à la protection de la vie privée (article 8 de la Convention) pour protéger la personne contre certaines agressions environnementales<sup>76</sup>.

### 6.4. Arrêt *Herri Batasuna et Batasuna*, du 30 juin 2009

Voici une autre affaire avec des grandes retombées politiques dans l'Espagne. Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme séparatiste basque, le parlement avait approuvé en 2002 une nouvelle loi des partis politiques<sup>77</sup>. En application de cette loi, la Cour Suprême avait décidé la dissolution des partis «Herri Batasuna» et «Batasuna» lui considérant comme des branches de l'organisation terroriste «ETA». La Cour Constitutionnelle rejeta le recours de cette organisation<sup>78</sup>. La Cour Européenne confirmant sa doctrine établie dans d'autres affaires concernant la Turquie déclara la non-violation des articles 10, 11 (liberté de

<sup>71</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 2 décembre 1983 (STC 111/1983).

<sup>72</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 15 janvier 1991 (STC 6/1991).

<sup>73</sup> Ruiz-Mateos c. Espagne, du 23 juin 1993, Series A n. 262.

<sup>74</sup> Ordonnances de la Cour Constitutionnelle du 31 janvier 1994.

<sup>75</sup> Nouvelle rédaction de l'article 37.2 de la loi 2/1979, organique de la Cour Constitutionnelle, introduite par la loi organique 6/2007.

<sup>76</sup> López Ostra c. Espagne, du 9 décembre 1994, Series A n. 303-C.

<sup>77</sup> Loi organique 6/2002, du 27 juin, des Partis Politiques.

<sup>78</sup> Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 16 janvier 2004 (STC 5/2004).

réunion et d'association), 3 du Protocol n° 1 (droit à des élections libres) et 13 (droit à un recours effectif) de la Convention.

#### 6.5. *Arrêt Muñoz Díaz, du 8 décembre 2009*

Voici une autre affaire qui n'avait pas suscité des remous dans l'opinion publique mais qui a eu une portée au niveau européenne. Il s'agit d'une affaire où une femme mariée seulement selon la "loi" rom demande à l'État une pension de réversion. Dans une décision avec une opinion fortement dissidente du juge Myjer la Cour avait déclaré la violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocol n° 1 (protection de la propriété)<sup>79</sup>. L'arrêt a signifié un soutien au multiculturalisme.

#### 6.6. *Arrêt Gutiérrez Suárez, du 1 juin 2010*

M. José Luis Gutiérrez Suárez était un des plus prestigieux journalistes espagnols. Dans son journal il s'était fait écho d'une information aussi publiée dans le journal français «Le Monde» concernant l'implication d'une des entreprises du roi du Maroc (Domaines Royaux) dans le trafic de drogue. Le roi marocain avait déjà porté plainte en France, avec gain de cause, contre les journalistes Jean-Marie Colombani et Eric Incyan, qui en revanche avaient obtenu la victoire à la Cour Européenne<sup>80</sup>. Au même temps, le roi du Maroc avait essayé la même opération devant la juridiction espagnole, mais les retards de la procédure expliquent que l'affaire soit arrivée elle aussi à Strasbourg, mais plusieurs ans plus tard. L'arrêt de la Cour, cohérent avec le précédent de l'affaire Colombani constata une violation de l'article 10 (liberté d'information)<sup>81</sup>.

#### 6.7. *Arrêt Del Río Prada (Grand Chambre), du 21 octobre 2013*

L'affaire Del Río Prada en quelque sorte ressemble celui de Barberà, Messegué et Jabardo. Tous les deux concernaient des personnes condamnées pour des assassinats terroristes. Tous les deux avaient suscité des grands débats dans l'opinion publique. Tous les deux ont eu des suites très contestées par certains auteurs en Espagne. Le noyau de l'affaire était de déterminer si une interprétation d'une loi de 1973 faite par la jurisprudence de la Cour Suprême pourrait être changée, bien entendu que sur le même texte de la loi. L'affaire avait une portée substantielle importante sur le système des sources du droit en Espagne et la décision de la Cour, déclarant qu'il y avait une violation de l'article 5.1 (droit à la liberté et à la sécurité) et de l'article 7 (pas de peine sans loi) devrait être exécutée<sup>82</sup>. Mais la partie dispositive de l'arrêt présentait un problème de grande envergure parce que la version anglaise n'était pas concordante avec la version française ce qui ne fut pas obstacle pour que la cour

<sup>79</sup> Muñoz Díaz c. Espagne, n. 49151/07, ECHR 2009.

<sup>80</sup> Colombani et autres c. France, n. 51279/99, ECHR 2002-V.

<sup>81</sup> Gutiérrez Suárez c. Espagne, n. 16023/07, 1 juin 2010.

<sup>82</sup> Del Río Prada c. Espagne [GC], n. 42750/09, ECHR 2013.

pénale espagnole (Audiencia Nacional) rend exécutive cet arrêt tout de suite, c'est qui était très contestable<sup>83</sup>.

*6.8. Arrêt A.C. et autres, du 22 avril 2014*

Cette affaire est une des deux affaires où la Cour a déclaré la violation de l'article 13 de la Convention par l'Espagne. Comme l'affaire Gutiérrez Suárez, cette affaire impliquait aussi le Maroc. Il s'agissait d'un groupe des sahraouis qui s'étaient enfui du territoire occupé du Sahara Occidental après la destruction, en novembre 2010, du camp de protestation d'Akdeïm Izik à la capitale du territoire, El Aaiun, et la répression qu'y a suivie. Ces personnes avaient demandé l'asile politique en Espagne, mais le gouvernement refusa d'étudier sa sollicitude et ordonna lui délivrer au Maroc. La Cour finalement avait déclaré qu'il y a eu violation de l'article 13 (droit à un recours effectif) combiné avec les articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction des traitements inhumains)<sup>84</sup>.

*6.9. Arrêt Arribas Antón, du 20 janvier 2015*

L'affaire Arribas Antón cherchait à contester la nouvelle régulation établie en 2007 sur la recevabilité du recours d'amparo constitutionnel. Mais dans sa décision la Cour Européenne a fait des considérations qui ont un intérêt au-delà de l'Espagne parce que la Cour n'a pas simplement déclaré que la nouvelle régulation espagnole n'était pas une violation de l'article 6.1 (droit d'accès à un tribunal), mais elle a aussi déterminé que tout État peut introduire des limitations en ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours, néanmoins, les limitations appliquées ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que ce droit s'en trouve atteint dans sa substance même<sup>85</sup>. De cette façon, la Cour Européenne déclare contraire à la Convention l'introduction d'un système de recevabilité inspiré dans le modèle du *certiorari* nord-américain.

*6.10. Arrêt Stern Taulats et Roura Capellera, 13 mars 2018*

Dans cette affaire, la Cour Européenne est allée jusqu'à vider de contenu la prévision du Code pénal espagnol qui punit les injures au Roi. D'après la Cour, brûler publiquement la photographie du roi préalablement placé la tête vers le bas constitue «débat politique». Il s'en suit qu'imposer une peine d'emprisonnement par une infraction commise dans un cadre de débat politique, en ce qu'elle représente la plus forte réprobation juridique d'un comportement, constitue une ingérence dans la liberté d'expression qui n'était pas proportionnée au but légitime poursuivi ni nécessaire dans une société démocratique et signifiait une violation de l'article 10 (liberté d'expression)<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> C. Ruiz Miguel, *The "Del Río Prada" Judgements*, cit., 216 et 228-230.

<sup>84</sup> A.C. and Others c. Espagne, n. 6528/11, 22 avril 2014.

<sup>85</sup> Arribas Antón c. Espagne, n. 16563/11, 20 janvier 2015.

<sup>86</sup> Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne, n. 51168/15 et 51186/15, § 42, 13 mars 2018.

6.11. *Arrêt N.D. et N.T., 3 octobre 2017 (chambre), renvoyé à la Grande Chambre (Arrêt 13 février 2020)*

Voici une affaire avec une portée extraordinaire pour tous les pays européens, notamment, ceux de l'Union Européenne avec des frontières externes. L'arrêt de la Chambre<sup>87</sup> constate que l'expulsion des personnes ayant entrée par la force dans l'Espagne hors des points de passage établis à la frontière, est une violation de l'article 4 du Protocole n. 4 (Interdiction des expulsions collectives d'étrangers). Au moment de rédiger ce texte la Grande Chambre n'a pas encore rendu son arrêt, mais une confirmation de l'arrêt de la Chambre pourrait signifier vider de sens les points de passage frontaliers des États membres de la Convention. L'arrêt fut renvoyé à la Grande Chambre. Une confirmation de l'arrêt de la Chambre risquait de vider de sens les points de passage frontaliers des États membres de la Convention. Cela explique que l'arrêt définitif de la Grande Chambre, à l'unanimité, dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 4 du Protocole no 4 à la Convention ni de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 4 du Protocole no 4. La Grande Chambre de la Cour estime les requérants eux-mêmes s'étaient mis en danger en participant à l'assaut donné aux clôtures frontalières hispano-marocaines à Melilla, le 13 août 2014, en profitant de l'effet de masse et en recourant à la force. Ils n'avaient pas utilisé les voies légales existantes pour accéder de manière régulière au territoire espagnol conformément aux dispositions du code frontières Schengen relatives au franchissement des frontières extérieures de l'espace Schengen. Dès lors, au regard de sa jurisprudence constante, la Cour a estimé que l'absence de décision individuelle d'éloignement peut être imputée au fait que, à supposer effectivement qu'ils aient voulu faire valoir des droits tirés de la Convention, les requérants n'ont pas utilisé les procédures d'entrée officielles existant à cet effet, et qu'elle est donc la conséquence de leur propre comportement<sup>88</sup>.

6.12. *Décision Aumatell i Arnau, 4 octobre 2018*

Finalement il faut souligner la décision d'irrecevabilité prise par la Section 3<sup>ème</sup> de la Cours concernant la requête introduite par Montserrat Aumatell i Arnau qui fut désigné comme membre de la Commission électorale d'un référendum illégale pour la sécession de la Catalogne. La Cour Constitutionnelle avait ordonné aux membres de cette Commission électorale de s'abstenir de participer dans ladite Commission sous la menace d'une amende. Aumatell prétendait que l'agissement de la Cour Constitutionnelle était une violation des articles 6.1, 7, 13 et 14 de la Convention mais tous ses arguments furent rejetés par la Section de la Cour Européenne<sup>89</sup>. Cette décision a une grande importance dans le cadre des procédures judiciaires en cours pour sanctionner la tentative de sécession inconstitutionnelle de la région catalane.

<sup>87</sup> N.D. et N.T. c. Espagne, n. 8675/15 et 8697/15, 3 octobre 2017.

<sup>88</sup> N.D. et N.T. c. Espagne [GC], n. 8675/15 et 8697/15, 15 février 2020, § 231

<sup>89</sup> Aumatell i Arnau c. Espagne, n°. 70219/17, 4 octobre 2018.



Cette décision s'ajoute à une autre, moins connue, prise en 2010, concernant une loi régional basque pour organiser un référendum, elle aussi déclarée inconstitutionnelle, où la Cour Européenne affirme que «l'on ne saurait estimer, (...), que la Convention impose à l'État l'obligation d'organiser des referenda»<sup>90</sup>.

*Carlos Ruiz Miguel*  
Faculté de Droit  
Université de Saint-Jacques de Compostelle  
carlos.ruiz@usc.es

---

<sup>90</sup> Euzko Jeltzalea – Partido Nacionalista Vasco c. Espagne, n° 14674/09, du 16 février 2010.