

Bulletin d'information trimestriel

N° 25 – janvier 2021

Sommaire

L'outrage au drapeau

- Vie politique et
institutionnelle
- Justice
constitutionnelle
- Droits
fondamentaux

La lettre ibérique et ibérico-américaine

de l'Institut d'études
ibériques et ibérico-
américaines - Droit et
politique comparés (IE2IA,
CNRS-UMR 7318 DICE)

UFR Droit, Economie et
Gestion - Avenue du
Doyen Poplawski - BP 1633
- 64016 PAU CEDEX
<http://ie2ia.univ-pau.fr>

Directeur de publication :

Olivier Lecucq

Rédacteur en chef :

Hubert Alcaraz

Rédacteurs :

Hubert Alcaraz, Damien
Connil, Olivier Lecucq,
Pilar Lucea Franco, Dimitri
Löhrer, Claire Parjouet

Mise en page :

Claude Fournier

Mot du directeur

Chers lecteurs,

Ce premier numéro de la *Lettre ibérique* est naturellement, pour l'ensemble des membres de l'IE2IA, l'occasion de vous souhaiter, à chacune et chacun d'entre vous, ainsi qu'à vos proches, une excellente année 2021. L'année qui vient de s'achever aura évidemment été marquée, dans la péninsule ibérique et en Amérique-latine, comme partout ailleurs dans le monde, par le désastre de la pandémie du coronavirus, et le désir le plus cher que l'on peut formuler est que 2021 soit l'année qui nous permette de tourner la page de cette crise sanitaire sans précédent et de reprendre, tant bien que mal, une vie normale même si, au-delà des conséquences néfastes de cette terrible période sur le plan social et économique qui dureront encore longtemps, cette vie ne sera sans doute plus tout à fait pareille.

Pour conjurer le mauvais sort, ce premier numéro de l'année fera, à une exception près, abstraction de la situation sanitaire qui, à l'heure de la 3^{ème} vague épidémique et de la diffusion des variants du virus, n'en finit pourtant plus, sur tous les continents, d'occuper la politique publique, de nourrir l'information et de contraindre, ô combien, notre vie quotidienne, professionnelle et sociale, en raison des mesures de lutte réductrices des libertés, mais nécessaires à la protection de la vie et de la santé, sans cesse mises à l'œuvre. C'est ainsi qu'après un édito consacré à la décision du Tribunal constitutionnel espagnol jugeant de la constitutionnalité du délit d'outrage au drapeau national, qui a fait, et pour cause, un certain bruit de l'autre côté des Pyrénées, nous aurons d'abord l'opportunité d'aborder, toujours en Espagne, la question de la répartition des compétences entre l'Etat et les Communautés autonomes dans le cadre, précisément, de la lutte contre la pandémie de Covid-19, s'agissant en l'occurrence de la consommation de cigarettes ; puis, également en matière compétentielle, le transfert vers la Communauté autonome basque de la mise en œuvre du Statut d'autonomie de Gernika ; et, enfin, tour à tour, les accusations contre le régime vénézuélien de Maduro qui n'en finissent plus de se multiplier, la nomination de deux nouveaux membres au Tribunal constitutionnel portugais, la possibilité pour le juge constitutionnel espagnol de suspendre, à titre préventif, les effets de l'acte contesté, et une décision, « pleine de discernement », du juge constitutionnel, portugais cette fois-ci, à propos des rapports des systèmes constitutionnel et européen.

Bonne lecture, et très belle année encore à toutes et tous. ♦ O. L.

Edito

L'outrage au drapeau ou la restriction « politique » de la liberté d'expression

La protection des symboles nationaux n'a rien de spécifique à l'Espagne. Dans de nombreux pays, comme il en va en France (article 433-5-1), le fait, en particulier, de porter outrage à l'hymne ou au drapeau nationaux est constitutif d'un délit passible d'une amende voire d'un emprisonnement. Un tel acte étant considéré comme une remise en cause répréhensible de ce qui exprime l'unité et l'identité nationales. Cette logique répressive ressort, en Espagne, de l'article 543 du code pénal qui condamne d'une peine d'amende « les offenses et outrages effectués publiquement par la parole, par écrit ou par le comportement contre l'Espagne, ses communautés Autonomes, leurs symboles et leurs emblèmes ». La dimension constitutionnelle du délit d'outrage à l'Espagne trouve dans le même temps à s'illustrer particulièrement puisque les entités et les symboles ainsi protégés sont consacrés (article 4) par la Constitution de 1978 qui constitue le fondement juridique de l'Etat social et démocratique espagnol, et qui justifie l'insertion de cette infraction pénale au sein du titre du code pénal consacré aux « délits contre la Constitution ». Il reste que le comportement condamnable peut être aussi l'expression d'une opinion, susceptible de n'occasionner aucun trouble matériel à l'ordre public (ce qui sera le plus souvent le cas), et que, dans ces conditions, il a directement à voir avec les libertés d'expression et d'opinion qui, comme on le sait, figurent parmi les droits fondamentaux les plus précieux pour garantir le caractère démocratique d'une société. C'est ainsi, notamment, que la Cour européenne des droits de l'homme est, de longue date, particulièrement vigilante à ce que toute atteinte à la liberté d'expression soit soigneusement justifiée et s'avère, plus encore que pour les limitations des autres droits fondamentaux, proportionnée aux fins qu'elle poursuit. Entre maints exemples, le juge de Strasbourg n'a ainsi pas eu trop de peine, dans l'affaire du 13 mars 2018 *Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne* (req. n° 51168/15 et 51186/15), a jugé que la condamnation pénale de deux ressortissants espagnols pour avoir mis le feu à une photographie du couple royal au cours d'un rassemblement sur la place publique à l'occasion de la visite institutionnelle du Roi à Gérone en septembre 2007 était contraire à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention. Selon la Cour, l'acte reproché aux requérants s'inscrit en effet dans le cadre d'une critique politique, et non personnelle, de l'institution de la monarchie en général et en particulier du Royaume d'Espagne en tant que nation, et que, par ailleurs, il s'agissait de l'une de ces mises en scène provocatrices qui sont de plus en plus utilisées pour attirer l'attention des médias et qui ne vont pas au-delà d'un recours à une certaine dose de provocation permise pour la transmission d'un message critique sous l'angle de la liberté d'expression.

L'article 543 du code pénal condamne d'une peine d'amende « les offenses et outrages effectués publiquement par la parole, par écrit ou par le comportement contre l'Espagne, ses communautés Autonomes, leurs symboles et leurs emblèmes.

La Cour européenne des droits de l'homme est, de longue date, particulièrement vigilante à ce que toute atteinte à la liberté d'expression soit soigneusement justifiée et s'avère, plus encore que pour les limitations des autres droits fondamentaux, proportionnée aux fins qu'elle poursuit.

En matière d'outrage, l'équilibre à trouver entre protection des symboles nationaux et protection de la liberté d'expression n'est cependant pas si aisé à trouver. C'est précisément à ce dilemme qu'a été confronté le Tribunal constitutionnel espagnol dans son arrêt du 15 décembre 2020 (*sentencia* 190/2020). En l'occurrence, le juge constitutionnel était saisi d'un recours d'*amparo* présenté par un représentant syndical

contre le jugement d'une juridiction pénale (confirmé en appel) qui lui avait infligé une amende de 1260 euros en condamnation de l'outrage au drapeau national, prévu donc par l'article 534 du code pénal précité, dont il était jugé coupable. Ce qui lui était en l'espèce reproché est d'avoir tenu, par portevoix, des propos répréhensibles, à savoir : « Ici vous avez le silence de ce "putain" de drapeau (*puta bandera*) » et « Il faut mettre le feu à ce "putain" de drapeau », proférés à l'occasion d'un rassemblement de salariés qui avait lieu tous les matins depuis un certain temps devant une caserne militaire à l'heure de la cérémonie de hissage du drapeau et du chant de l'hymne national par les militaires de la caserne, la manifestation étant le fait des agents d'une société de nettoyage qui intervenaient dans la caserne et qui s'étaient mis en grève pour ne plus avoir reçu leur salaire. Le juge *a quo* a estimé que l'infraction pénale d'outrage envers l'Espagne était constituée en ce que les propos incriminés avaient clairement eu pour intention de dénigrer et d'outrager les symboles constitutionnels de l'Espagne et qu'ils avaient généré du côté de l'autorité et du personnel militaires « un sentiment d'humiliation, proportionnel à la gravité de l'outrage ».

Toute la question était donc pour le Tribunal constitutionnel de juger si les faits de l'espèce pouvaient faire l'objet d'une condamnation pénale sans compromettre l'exercice de la liberté d'expression (en connexion avec la liberté idéologique). Après avoir indiqué que la norme pénale de référence poursuivait sans conteste une fin légitime pour être destinée à protéger les symboles et les emblèmes politiques de l'Etat constitutionnel auxquels correspondent, par le renforcement du sentiment d'appartenance à la communauté de référence, « une fonction intégratrice significative » et « une fonction essentielle de représentation et d'identification » qui doivent s'exercer « avec la meilleure pureté et virtualité possibles », le raisonnement tenu par le juge consiste, dans un premier temps, et comme de coutume, à rappeler la « doctrine » constitutionnelle en matière de liberté idéologique et de liberté d'expression. A cet égard, il rappelle en particulier qu'il s'agit de deux libertés sans l'exercice desquelles il ne serait pas possible de respecter les valeurs supérieures qui sont à la base de la construction de l'Etat de droit et qui constituent les piliers d'une société libre et démocratique. En conséquence, même l'expression critique de la conduite de l'autre, y compris lorsqu'elle peut gêner, inquiéter ou déplaire, est couverte par le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'existe pas de société démocratique. Toutefois, ainsi que le souligne ensuite le Tribunal, de manière tout aussi classique, les libertés en cause ne seraient être absolues et la limitation potentielle ressort notamment de ce que la Constitution ne saurait reconnaître « un prétendu droit à l'insulte » ou à l'outrage. Ni reconnaître ni couvrir un tel droit, de sorte qu'il appartenait au juge de définir si les propos ici condamnés pouvaient en eux-mêmes constituer un exercice licite de la liberté invoquée. Et ce n'est qu'en cas de réponse affirmative que le problème de la proportionnalité de la sanction aux faits reprochés pourrait, toujours au regard des libertés concernées, faire l'objet d'un contrôle.

Mais le Tribunal n'a pas eu besoin d'aller jusque là puisqu'il a considéré que les propos incriminés, qui, insiste-t-il à plusieurs reprises, n'étaient en aucun point « nécessaires pour soutenir le sens et la portée de la revendication professionnelle des salariés de l'entreprise (concernée) », ni même susceptibles de leur être associées, impliquent assurément « non seulement un rejet envers la symbolique politique que représente l'enseigne nationale et, par conséquent, un dénigrement des sentiments d'unité et

Même l'expression critique de la conduite de l'autre, y compris lorsqu'elle peut gêner, inquiéter ou déplaire, est couverte par le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'existe pas de société démocratique.

La Constitution ne saurait reconnaître « un prétendu droit à l'insulte ».

d'affinité que beaucoup de citoyens éprouvent à son égard, mais également une attaque qu'exprime le requérant contre les principes et les valeurs que cela représente » ; notant, du reste, que plusieurs participants à la manifestation en cause ont expressément fait entendre leur réprobation à l'encontre des paroles incriminées. En conséquence, ces dernières ne sauraient être couvertes par la liberté d'expression et échappent à sa protection. Comme l'énonce le Tribunal : « Quand, comme en l'espèce, l'expression d'une idée ou d'une opinion n'est pas nécessaire aux fins qui sont légitimement poursuivies (...) ; quand elle apparaît improvisée et qu'elle n'a rien à voir, en raison de son caractère déconnecté, avec le contexte dans lequel elle se manifeste ; quand, de plus, par les termes employés, elle provoque un réflexe émotionnel d'hostilité ; quand, en définitive, elle révèle un dénigrement envers un symbole respecté et ressenti comme propre à leur identité nationale par beaucoup de citoyens, le message incriminé reste extérieur à l'exercice régulier du droit à la liberté d'expression » (FJ 5-c). Ce qui conduit la Haute juridiction a rejeté le recours.

D'apparence logique et démontrée, la solution ainsi retenue n'a pas emporté l'adhésion unanime des membres de la juridiction, c'est le moins que l'on puisse dire. Bien au contraire, voilà une affaire qui, une fois encore, a divisé le Tribunal en deux blocs opposés avec six voix favorables contre cinq, ces dernières ayant donné lieu, marque d'une opposition tranchée, à autant d'opinions dissidentes. Quand les enjeux sont sensibles, notamment parce qu'ils touchent aux valeurs de ce qui forgerait l'identité espagnole, l'opposition « politique » au sein de la Haute juridiction a, on le voit, tôt fait de sortir au grand jour, sachant qu'il n'est pas indifférent d'observer que le requérant condamné pour outrage est intervenu lors de la manifestation en qualité de représentant d'un syndicat nationaliste galicien, les paroles outrageantes contre le drapeau ayant du reste été proférées en galicien.

Une particularité, originale, de l'opposition exprimée dans cette affaire doit cependant attirer l'attention car, s'il semble naturel que les quatre juges dits « progressistes » pour avoir été nommés par la gauche aient fait valoir leur désapprobation, il est en revanche assez surprenant qu'un des sept juges dits « conservateurs » se soit rallié à ce rejet progressiste et, par conséquent, désolidarisé de son bord politique alors que, ainsi qu'il l'explique, il avait été le premier rapporteur dans cette affaire mais que sa proposition de faire droit à l'*amparo* n'avait justement pas été suivie par la majorité. Les arguments critiques - et convergents - de cette opposition ainsi bigarrée n'en prennent que plus d'importance, et ce, d'autant plus, qu'ils rejoignent également la position défendue par le procureur (*fiscal*) dans cette affaire (et dont ils notent qu'elle a été purement et simplement ignorée par la majorité). Partant du rappel similaire des prémisses de la « doctrine » constitutionnelle du Tribunal en matière de protection des libertés idéologique et d'expression, deux griefs partagés à l'encontre de la décision majoritaire sont plus particulièrement à souligner. En premier lieu, tous les « votes particuliers » insistent sur le fait qu'on ne saurait admettre une déconnexion entre les propos condamnés et le contexte de revendication professionnelle, dans la mesure où ce qui est reproché à l'armée est son absence de réaction face à la détresse des salariés qui, en qualité d'agents de nettoyage, intervenaient dans la caserne et qui lui avaient demandé d'intercéder à leur faveur auprès de l'entreprise récalcitrante. Le requérant, agissant en tant que représentant syndical, a au contraire exprimé la

Une particularité, originale, de l'opposition exprimée dans cette affaire doit cependant attirer l'attention car, s'il semble naturel que les quatre juges dits « progressistes » aient fait valoir leur désapprobation, il est en revanche assez surprenant qu'un des sept juges dits « conservateurs » se soit rallié à ce rejet progressiste.

La solution retenue par la majorité des juges n'est pas complètement à l'abri de la suspicion d'avoir été animée par des motifs un peu plus politiques que juridiques.

frustration et l'incompréhension des salariés face à la passivité militaire et, si cette expression est particulièrement vive, elle n'en demeure pas moins liée au contexte. En second lieu, fort de la jurisprudence européenne (et notamment de l'arrêt précité *Stern Taulats et Roura Capellera*), il est difficile d'estimer que les expressions dénoncées ont dépassé les limites du champ protégé par la liberté d'expression. Outre que de tels propos sont somme toute assez habituels durant ce genre de manifestation collective, ils ne présentent pas la gravité suffisante pour justifier la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression. Il faut en effet rappeler, dans la ligne du juge de Strasbourg, que cette liberté couvre les propos qui importunent, dérangent, voire offensent, et qu'à partir du moment où ils ne constituent pas une incitation à la haine ou ne provoquent pas de trouble à l'ordre public, ils ne sauraient être exclus de sa sphère de protection. Or, en l'occurrence, rien ne permet de conclure qu'il en été ainsi et, d'une même voix, les juges dissidents s'accordent pour regretter que les prétentions du représentant syndical condamné n'aient pas été satisfaites.

Et de considérer par là-même que la solution retenue par la majorité des juges n'est pas complètement à l'abri de la suspicion d'avoir été animée par des motifs un peu plus politiques que juridiques ... **♦ O. L.**

Vie politique et institutionnelle

Fumer ou contaminer, il faut choisir !

En matière de santé, la répartition des compétences entre l'État espagnol et les Communautés autonomes prévoit que Madrid est compétent pour ce qui est de la détermination des bases de la santé et en matière de coordination générale du secteur, tandis que les Communautés, quant à elles, se chargent de l'exercice de la compétence, proprement dite, en matière de santé et d'hygiène. De sorte que les Communautés autonomes peuvent exercer des compétences législatives et réglementaires de mise en œuvre et d'exécution de la réglementation de base retenue par l'État. Les difficultés, récurrentes en matière de partage des compétences du fait de l'absence de critères normatifs clairs et homogènes, sont réapparues de manière particulièrement flagrante depuis plusieurs semaines, dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Covid-19. Et - paradoxe en matière de santé -, c'est la consommation de cigarettes qui a, pour partie, alimenté la controverse.

En effet, selon une étude de la Commission de santé publique du Conseil interterritorial du système national de santé, publiée le 2 juillet 2020, fumer suppose une élévation du risque de progression de l'épidémie de Covid-19, en même temps que cela comporte des risques additionnels liés à la manipulation du masque, au contact proche des doigts avec la bouche ou, encore, à la projection de gouttes respiratoires susceptibles de contenir de la charge virale. Fort de ce constat, le ministère de la santé et les Communautés autonomes, durant le mois d'août, sont tombés d'accord, au sein d'un conseil interterritorial extraordinaire, afin de mettre en œuvre des actions coordonnées en matière de santé publique. C'est même l'objet de la Déclaration d'actions coordonnées (DAC) de santé publique, adoptée conformément aux dispositions de l'article 65 de la loi 16/2003 du 28 mai de cohésion et de qualité du système national de santé. Dans ce cadre, la consommation de tabac et de produits assimilés est rangée parmi le groupe des actions

Selon la Commission de santé publique du Conseil interterritorial du système national de santé fumer suppose une élévation du risque de propagation de l'épidémie de Covid-19.

coordonnées en matière de santé publique prévoyant désormais l'interdiction de cette consommation dans les espaces publics dès lors qu'une distance minimale entre individus d'au moins 1,5 mètre ne peut être respectée. Mais une telle mesure ne peut avoir une efficacité directe puisqu'elle suppose que chaque Communauté autonome assure la mise en œuvre effective de cette interdiction de fumer par le biais d'instruments normatifs adéquats et au sein de son propre domaine de compétences. A partir de là, chaque Communauté a donc assuré l'exécution de cette interdiction générale de fumer dans les espaces publics selon des modalités qui lui sont propres.

Ainsi, certaines ont choisi d'imposer, via une ordonnance du ministère de la santé de la Communauté autonome, le port obligatoire du masque dans les espaces publics chaque fois qu'il n'est pas possible de maintenir une distanciation sociale d'au moins deux mètres. D'autres ont mis en œuvre la restriction par le biais d'un accord de gouvernement exigeant le port permanent du masque dans les espaces publics lorsqu'une distance minimale de 1,5 mètre entre les personnes ne peut être assurée. En revanche, peu ont élargi l'interdiction de fumer à tout l'espace public, c'est-à-dire indépendamment du respect d'une distance minimale. En toute hypothèse, c'est la diversité qui caractérise donc les instruments juridiques ordonnant localement de telles mesures, de même que la distance interpersonnelle minimale exigée.

La loi 28/2005 du 26 décembre relative aux mesures sanitaires face au tabagisme permet aux Communautés autonomes d'interdire de fumer dans des espaces déterminés.

Pourtant, le choix de l'instrument normatif revêt une importance particulière dans la mesure où s'il est celui de l'interdiction, il revient à la Communauté de l'établir par le biais d'une norme locale de rang législatif, sur le fondement de l'article 7 de la loi 28/2005 du 26 décembre relative aux mesures sanitaires face au tabagisme et encadrant la vente, la fourniture, la consommation et la publicité des produits du tabac qui permet aux Communautés autonomes d'interdire de fumer dans des espaces et lieux déterminés. Au contraire, le plus souvent, les Communautés ont préféré relier l'interdiction de fumer et le fait que l'usage du masque permet d'assurer le maintien des conditions générales de sécurité en matière sanitaire. Elles ont alors adopté des textes de valeur réglementaire qui n'imposent que des sanctions légères. Cette hétérogénéité n'est pas sans susciter des débats, allant jusqu'à l'annulation contentieuse de certaines de ces mesures par le juge administratif espagnol, ce dernier estimant qu'une Communauté autonome ne dispose pas, par le truchement d'une ordonnance de nature administrative et en l'absence de déclaration préalable de l'état d'alarme, de la compétence de limitation, avec une certaine intensité tout de même, des droits fondamentaux. Par la suite, ce sont les Tribunaux supérieurs de justice (juridictions d'appel au niveau des Communautés autonomes) qui ont jugé que la confirmation juridictionnelle d'une mesure sanitaire n'est exigée que pour les mesures impératives qui portent atteinte ou restreignent une liberté ou un droit fondamental. Or, selon eux, l'interdiction de fumer dans les espaces publics ne peut être conçue comme une limitation de droits fondamentaux, de sorte que les mesures adoptées par les Communautés autonomes se sont ainsi trouvées validées. Entre exercice de l'autonomie politique et liberté de fumer, la première l'emporte. ♦ P. L.F. – H. A.

Gernika 2020

Les exécutifs espagnol et basque sont tombés d'accord sur un transfert au bénéfice de cette communauté de la compétence de gestion des aides préalables aux plans de départs volontaires à la retraite en cas de licenciement économique, mais aussi de la compétence d'exécution de la réglementation sur les produits pharmaceutiques et de celle de prestations de santé d'assurance scolaire. La prise en charge de ces matières, prévue dans le Statut d'autonomie de Gernika de 1979, était en attente depuis lors et représente un montant total de 7,5 millions d'euros. Selon le communiqué de presse de l'exécutif basque, l'accord a été signé lors d'une réunion, par visioconférence, de la « commission mixte des transferts [de compétences] », présidée par la ministre de la Politique territoriale et de la fonction publique, Carolina Darias, et le conseiller basque à la gouvernance publique et à l'autogouvernement, Josu Erkoreka.

A partir de maintenant, et ainsi que cela est prévu dans le Statut de Gernika, l'*Euskadi* prend en charge ces compétences, de sorte que les deux gouvernements, espagnol et basque, ont estimé que l'*Euskadi* retirerait désormais 6,24 % des 7,5 millions d'euros, que représentent ces transferts, du versement annuel à l'État espagnol (le *Cupo*) pour l'exercice des compétences non encore transférées. Cet accord est le premier intervenu après que les deux gouvernements ont, en février dernier, négocié un chronogramme de mise en œuvre intégrale du Statut de Gernika. Avant cela, la commission mixte ne s'était plus réunie depuis avril 2019.

L'urgence sociale justifiait, pour partie, cet accord car il s'agit d'offrir une couverture économique aux travailleurs proches de l'âge de la retraite qui ont à souffrir des procédures de restructuration des entreprises supposant une cessation totale ou partielle d'activité. Ce transfert s'accompagne également de celui des prestations de santé liées à l'assurance scolaire. Le gouvernement de Pedro Sánchez opérera le transfert annuel au gouvernement basque de 96 % de la collecte totale en *Euskadi* de l'assurance scolaire que chaque étudiant acquitte au moment de son inscription. En matière de pharmacovigilance, les deux gouvernements ont également accepté que l'*Euskadi* prenne en charge les fonctions et services liés à la réglementation relative aux services pharmaceutiques. A cet égard, la Communauté autonome contrôle maintenant les messages publicitaires, elle en évalue la portée sur le grand public et à destination des professionnels du secteur, conformément aux règles en vigueur. Dans le même sens, c'est au niveau de la Communauté autonome basque qu'est pris en charge la vérification du respect des bonnes pratiques ou encore le contrôle de la qualité des médicaments. Une fois de plus, au-delà de l'apparence purement technique et aride des questions envisagées, c'est en réalité la qualité de l'autonomie dont jouissent les territoires espagnols qui est en cause. Loin d'être secondaire, elle est au cœur du « vouloir vivre ensemble », d'autant plus lorsqu'elle renvoie à des montants aussi considérables. ♦ H. A.

Ce nouveau transfert de compétences poursuit la mise en œuvre du Statut d'autonomie de Gernika de 1979.

Depuis avril 2019, plus aucun transfert de compétences n'était intervenu.

L'exercice de ces compétences représente une somme de 7,5 millions d'euros.

Contre le régime de Nicolas Maduro, les accusations se multiplient...

Tristement connue pour ses multiples crises institutionnelles (dont cette *Lettre* s'est déjà fait l'écho), la République bolivarienne du Venezuela est plus que jamais au centre de l'attention internationale. Son Président Nicolas Maduro – qui a accédé au pouvoir suite à la mort d'Hugo Chavez en 2013 et a été réélu le 20 mai 2018 – est désormais régulièrement inquiété par des enquêtes pour crimes contre l'humanité.

De fait, le conflit politique entre l'actuel Président et l'opposition – jusque-là menée par Juan Guaidó, Président par intérim auto-proclamé depuis le 23 janvier 2019 – a amplifié le recours à la violence, dans un contexte où les forces sécuritaires étatiques se livraient déjà à de nombreuses exactions.

Les premières enquêtes sont menées par la Cour Pénale Internationale. Dès le 8 février 2018, le Venezuela fait l'objet d'un examen préliminaire portant sur « [les] crimes qui auraient été commis dans cet État partie depuis avril 2017 au moins, dans le contexte des manifestations et des troubles politiques y afférents ». La violence excessive employée par – ou parfois contre – les forces de l'ordre lors des manifestations, la détention des opposants politiques au pouvoir et les mauvais traitements qui leurs sont infligés sont plus particulièrement visés. À la suite de cette première enquête, le 27 septembre 2018, la République argentine, le Canada, la République du Chili, la République de Colombie, la République du Paraguay et la République du Pérou ont adressé un renvoi, demandant spécifiquement au Procureur « d'ouvrir une enquête sur des crimes contre l'humanité qui auraient été commis sur le territoire du Venezuela depuis le 12 février 2014 ».

C'est sur ces premières accusations qu'une Mission internationale indépendante d'établissement des faits sur la République bolivarienne du Venezuela (« la Mission ») est mise sur pieds par la résolution 42/25 du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies le 27 septembre 2019. Elle dispose d'un an pour accomplir trois missions. Elle est chargée d'« enquêter sur les cas d'exécution extrajudiciaire, de disparition forcée, de détention arbitraire et de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants depuis 2014 », de garantir l'effectivité du droit à la justice des victimes par la traduction des bourreaux devant la justice et de rédiger un rapport de mission.

Ce dernier a été présenté le 16 septembre dernier à Genève, et les chiffres révélés sont dramatiques. Ne serait-ce que pour les exécutions extra-judiciaires, l'enquête menée sur 16 cas d'opérations militaires, policières ou conjointes établit qu'elles se sont soldées par 53 exécutions. 2 500 autres incidents ont fait l'objet d'une étude, laquelle relate ces incidents à plus de 5 000 meurtres – arbitraires ou non – commis par les forces de sécurité.

Dans le même ordre d'idée, les Opérations pour la libération du peuple (« OLP »), initialement destinées à la lutte contre la criminalité, ont été le prétexte d'une mise en détention arbitraire de nombreuses personnes, mais également de plusieurs exécutions extrajudiciaires. Ainsi, entre 2015 et 2017, 413 personnes ont été tuées, « parfois [...] à bout portant » durant les 140 OLP examinées par la Mission.

Selon l'article 7 du Statut de Rome, la qualification d'une violation des droits de l'Homme comme un crime contre l'humanité suppose que l'exaction soit commise "dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique", "contre une population civile" et "en connaissance de cette attaque".

Se pose alors la question de l'identité des auteurs de ces exactions. L'enquête internationale révèle que l'Unité d'enquêtes scientifiques, pénales et criminelles (« CICPC ») et les Forces d'action spéciales (« FAES ») de la Police nationale bolivarienne sont responsables de plus de la moitié des meurtres. Difficile dès lors pour le pouvoir en place de nier son implication dans les faits commis. Au point que pour Marta Valiñas, présidente de la Mission, « les autorités et les forces de sécurité vénézuéliennes ont, depuis 2014, planifié et exécuté de graves violations des droits de l'homme, dont certaines - y compris les exécutions arbitraires et le recours systématique à la torture - constituent des crimes contre l'humanité ».

Cette qualification internationale des crimes commis par le régime Maduro est intervenue dans un contexte politique tendu. En effet la campagne pour les élections législatives du 06 décembre 2020 fut marquée par les tensions entre l'opposition et la majorité présidentielle. Dès le 04 septembre 2020, le Président vénézuélien décide de gracier plus d'une centaine d'opposants politiques, en vue d'une « réconciliation nationale ». Si cette mesure a pu être considérée comme un premier pas vers la pacification du contexte politique et la fin des violences, il n'en demeure pas moins qu'une partie de l'opposition est restée sceptique et a choisi de boycotter les élections. Par conséquent, officiellement, la victoire des partisans du Président fut quasi-totale ; la nouvelle Assemblée, entrée en fonction le 05 janvier 2021, est composée à 90% de chavistes. Mais Juan Guaido n'a pas dit son dernier mot. En tant que président de l'ancienne Assemblée, il continue organiser des réunions – dont le lien est tenu secret pour plus de sécurité -, de faire voter des lois, et de dénoncer le fait que « la dictature [...] torture en ce moment même ». Le dédoublement institutionnel semble ainsi s'enraciner peu à peu, tandis que la situation humanitaire se dégrade de jour en jour. Reste à savoir si les accusations portées sur la scène internationale seront suivies d'effets. ♦ C. P.

Justice constitutionnelle

Tribunal constitutionnel portugais : deux nouveaux membres

Depuis le 14 juillet dernier, le Tribunal constitutionnel compte deux nouveaux membres : José João Abrantes et Maria da Assunção Raimundo, jusqu'alors respectivement Professeur à la Faculté de droit de l'Université Nouvelle de Lisbonne et Juge du Tribunal suprême.

Conformément aux dispositions de l'article 222 de la Constitution et de l'article 16 de la Loi n° 28/82 du 15 novembre 1982 relative à l'organisation, au fonctionnement et à la procédure du Tribunal constitutionnel, les nouveaux membres de la Haute juridiction ont été désignés par un vote de l'Assemblée de la République à la majorité qualifiée (194 pour, 24 blancs, 10 nuls).

José João Abrantes et Maria da Assunção Raimundo remplacent Clara Sottomayor qui avait démissionné de ses fonctions en juillet 2019 et qui était membre du Tribunal constitutionnel depuis 2016 (après avoir été membre du Tribunal suprême) et Cláudio

*Artigo 16º(Votação) Lei
nº28/82 du 15 novembre 1982*

[...]

*4. Consideram-se eleitos os
candidatos que obtiverem o
voto de dois terços dos
deputados presentes, desde
que superior à maioria
absoluta dos deputados em
efectividade de funções.*

Monteiro (Universitaire, ancien député de l'Assemblée de la République de 1995 à 2002), qui avait également été nommé membre du Tribunal constitutionnel en 2016 et qui a, lui, démissionné en janvier 2020.

Cette désignation au mois de juillet est intervenue après un premier vote de l'Assemblée de la République en février 2020 qui n'avait pas permis aux candidats alors présentés par le Parti socialiste – António Clemente Lima et Vitalino Canas – d'atteindre la majorité des deux tiers des députés présents (93 voix pour sur 219 votants). De sorte que de nouveaux candidats avaient été présentés par la même formation politique ; et, ce, alors que Clara Sottomayor avait, elle, été présentée sous la législature précédente par le *Bloco de Esquerda*. ♦ D. C.

5. A lista dos eleitos é publicado na 1ª Série-A do Diário da República, sob a forma de resolução da Assembleia da República, no dia seguinte ao da eleição.

Recours d'amparo et suspension des effets de l'acte contesté

Les poursuites pénales engagées à l'encontre des dirigeants indépendantistes catalans continuent de nourrir une jurisprudence importante. Parmi les derniers développements et pour ce qui est de la protection des droits et libertés, une décision rendue par le Tribunal constitutionnel le 9 septembre 2020 (ATC 89/2020) a donné l'occasion à la Haute juridiction de préciser les conditions dans lesquelles, dans le cadre d'un recours d'*amparo*, le juge constitutionnel peut prononcer, à titre préventif, la suspension des effets de l'acte contesté.

En l'espèce, les requérants, MM. Puigdemont et Comín, contestaient les mesures adoptées à leur encontre (*órdenes nacionales de búsqueda, detención e ingreso en prisión*). Leur demande était notamment fondée sur la nécessité de garantir leur libre circulation en vue de respecter les obligations qui sont désormais les leurs en tant que membres du Parlement européen depuis les élections de mai 2019. Il faut, d'ailleurs, mentionner à cet égard la réponse donnée par la Cour de justice de l'Union européenne à une question préjudicielle posée par les juridictions espagnoles dans le cadre des poursuites pénales à l'encontre des dirigeants indépendantistes catalans (mais qui ne concernait pas les requérants de l'espèce) quant à l'immunité parlementaire des membres de l'assemblée européenne (CJUE 19 décembre 2019, affaire C-502-19) ; réponse néanmoins prise en compte par les juridictions dans le volet de l'affaire qui concernait MM. Puigdemont et Comín dans la mesure où, au-delà du maintien des mesures initiales, la levée de leur immunité parlementaire a également été sollicitée.

La demande des requérants ayant été rejetée (et ce rejet confirmé) par le Tribunal suprême, les requérants ont introduit un recours d'*amparo*. Selon eux, les mesures qui les visaient portaient atteinte à différents droits fondamentaux garantis : en particulier, le droit d'accès aux charges publiques et le droit des citoyens de participer aux affaires publiques par l'intermédiaire de leurs représentants (art. 23 de la Constitution espagnole), le droit à la liberté personnelle (art. 17 de la Constitution), le droit d'entrer et de sortir librement d'Espagne (art. 16 de la Constitution), le droit à l'égalité application de la loi (art. 14 de la Constitution) et le droit au juge (art. 24 de la Constitution).

Par une ordonnance (*providencia*) du 14 juillet 2020, l'assemblée plénière du Tribunal constitutionnel (art. 10.1 LOTC) a admis le recours d'*amparo* en considérant que celui-ci justifiait « une décision sur le fond de la part du Tribunal constitutionnel en raison de son importance constitutionnelle particulière (*especial trascendencia constitucional*) » (art. 50.1 LOTC) dès lors « qu'il pose une question ou porte sur un aspect de droit fondamental sur lequel le Tribunal n'a pas eu l'occasion de se prononcer et [...] qu'il soulève une question de droit ayant des répercussions économiques ou sociales significatives et générales » (FJ 1).

Le Tribunal précise, cependant, de manière très claire que l'objet de la décision ici évoquée n'est, en réalité, qu'un élément particulier de procédure dans le cadre « du recours d'*amparo* dénonçant, pour l'essentiel, une atteinte aux droits de représentation politique des requérants, en tant que membres élus du Parlement européen » (FJ - *fundamento jurídico* - 1). Car, en effet, l'enjeu en l'espèce n'était pas la question de fond que soulève le recours d'*amparo* (qui n'est donc pas l'objet de la décision du 9 septembre 2020) mais une question de procédure incidente : la possibilité de suspendre les effets de l'acte contesté dans le cadre du recours d'*amparo*.

C'est sur ce point, et après avoir rejeté la demande de renvoi préjudiciel soulevée par les requérants (FJ 2), que le Tribunal apporte le plus d'éléments (FJ 3).

La Haute juridiction rappelle, tout d'abord, les dispositions de l'article 56 de la Loi organique relative au Tribunal constitutionnel. Elle souligne ainsi que le recours d'*amparo* n'a pas, en principe, d'effet suspensif (art. 56.1). Cependant, dans l'hypothèse où l'exécution de l'acte contesté provoquerait pour le requérant un préjudice tel qu'il ferait perdre au recours sa finalité, le juge constitutionnel peut en prononcer la suspension « à condition qu'elle ne porte pas d'atteinte grave à un intérêt constitutionnellement protégé ou aux droits fondamentaux et libertés d'une autre personne » (art. 56.2), de même qu'il peut adopter « toute mesure préventive et provisoire qui, compte tenu de sa nature, peut s'appliquer à la procédure d'*amparo* et tend à éviter que le recours ne perde sa finalité (art. 56.3 LOTC). Le Tribunal précise que « cette faculté [...] est fondée sur la nécessité d'assurer l'effectivité de la future décision, c'est-à-dire la préservation de l'intégrité des droits fondamentaux dont l'atteinte est dénoncée » (FJ 3 a). Le Tribunal indique également que le préjudice potentiel, susceptible de justifier une mesure de suspension, est celui qui, « irréparable », rendrait le recours d'*amparo* « illusoire et nominal » (ATC 212/2009), que ce préjudice doit être « réel ou, du moins, imminent » et qu'il doit apparaître comme la « conséquence directe de l'exécution de l'acte [contesté] » (FJ 3 c).

Le Tribunal ajoute que la mise en œuvre d'une suspension des effets d'un acte tel qu'une décision de justice doit être appréciée de manière « restrictive » parce qu'elle « entraîne une perturbation de la fonction juridictionnelle et suppose une ingérence du juge constitutionnel dans les décisions du juge ordinaire qui, si elle peut être justifiée, doit être appréhendée avec prudence, au cas par cas, afin d'éviter que le Tribunal constitutionnel n'exerce une compétence qui ne lui est pas constitutionnellement reconnue mais qui appartient à la juridiction ordinaire » (FJ 3 b, citant notamment ATC 38/2018).

Enfin, pour le Tribunal, l'adoption d'une mesure conservatoire doit répondre à l'exigence de préservation de l'efficacité du recours d'*amparo* « sans préjuger de ce que devrait être le sens de la décision à venir qui y mettra fin » (FJ 3 d, citant notamment AATC 64/1990 et 319/2003) et « dans l'hypothèse où l'*amparo* porte sur une décision de justice prévoyant une mesure restrictive ou privative de liberté, celle-ci ne saurait être laissée sans effet du fait d'une mesure préventive de suspension car cela équivaldrait alors à l'octroi anticipé de l'*amparo* sollicité » (FJ 3 e, citant AATC 202/1999, 4/2006 et 22/2018).

En l'espèce, le Tribunal considère que la suspension des effets de l'acte contesté par le recours d'*amparo* remettrait en cause « la nécessité et la légitimité » des mesures visées ainsi que les raisons qui ont fondé le juge ordinaire « à les adopter et à les maintenir malgré la reconnaissance des privilèges et immunités attachés à la qualité de parlementaires européens » (FJ 4). Sans préjuger de la solution au fond, le Tribunal rejette donc la demande de suspension. ♦ D. C.

***Tribunal constitutionnel portugais :
une décision pleine de discernement au sujet des rapports de systèmes constitutionnel et européen***

C'est à n'en pas douter une décision historique qu'a rendu le Tribunal constitutionnel portugais le 15 juillet 2020. Dans le cadre de son arrêt n° 422/2020, la juridiction constitutionnelle a en effet pris position, pour la première fois, sur la relation entre le droit de l'Union européenne et l'ordre constitutionnel portugais. Une jurisprudence qui mérite d'être soulignée, à plus forte raison que la position du Tribunal constitutionnel, pleine de discernement, détone comparativement à la décision rendue le 5 mai dernier par son homologue allemand au sujet du programme de rachats d'actifs (*quantitative easing*) mise en œuvre par la Banque centrale européenne (BCE).

En l'espèce, le Tribunal constitutionnel portugais était saisi, dans le cadre d'un contrôle concret, d'un recours mettant en cause la conformité à l'article 13 de la Constitution (principe d'égalité) de l'article 19, paragraphe 1, a) du règlement (CEE) n° 222085, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Interprétation selon laquelle la garantie à laquelle sont soumis les opérateurs qui demandent le paiement à l'avance de la subvention à l'exportation n'expire pas après la preuve de l'exportation effective. Elle peut, au contraire, jouer après exportation lorsque la défectuosité ou la mauvaise qualité des produits exportés sont, par exemple, constatées.

Aussi le juge constitutionnel portugais était-il directement saisi de la question du rapport des systèmes constitutionnels et européens.

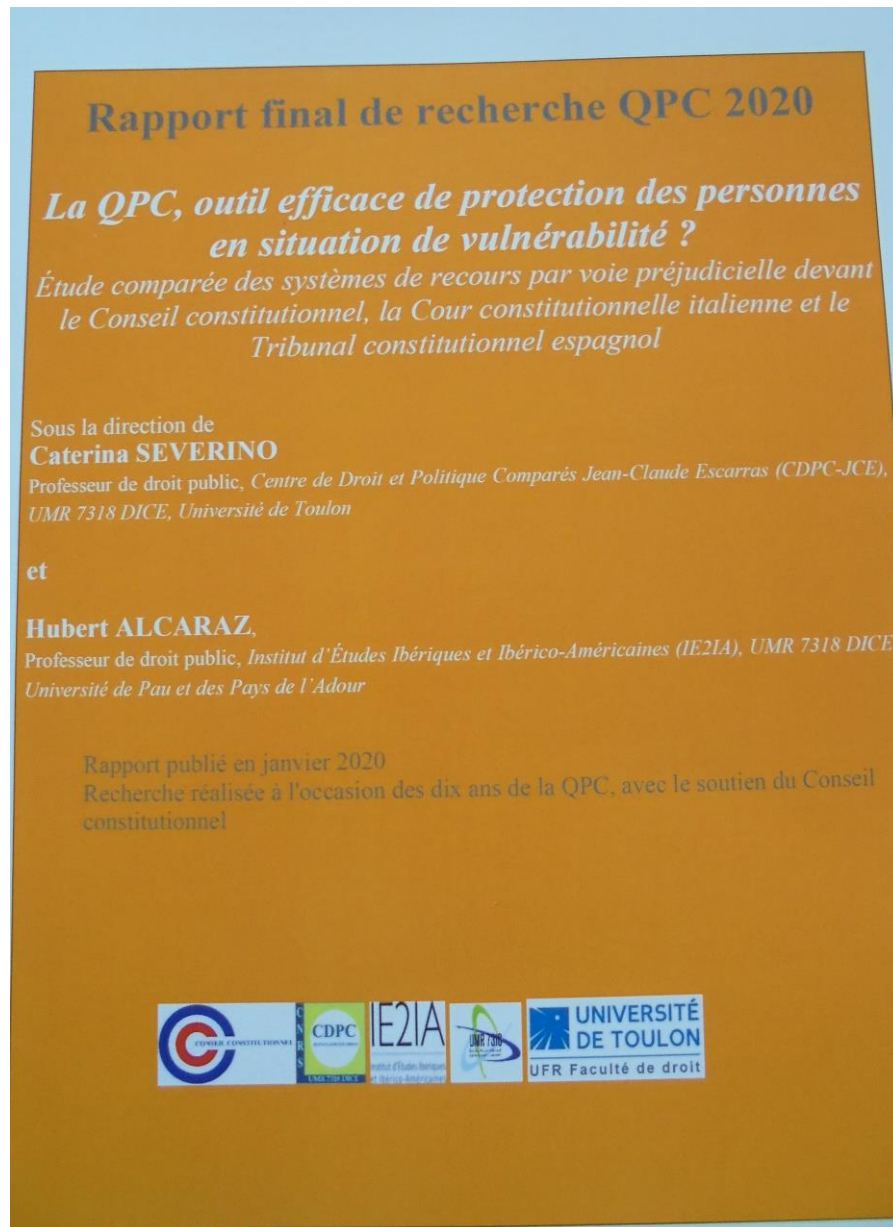
Afin de rendre sa décision, le Tribunal souligne en premier lieu que cette question doit être analysée à la lumière de l'article 8-4 de la Constitution portugaise (« *les dispositions des traités relatifs à l'Union européenne et les normes édictées par ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences respectives, sont appliquées dans l'ordre interne, conformément au droit de l'Union, dans le respect des principes fondamentaux de l'État de*

droit démocratique ») dont il résulte la pleine application au sein de l'ordre juridique portugais des principes de l'effet direct (CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*) et de la primauté (CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*) du droit de l'Union européenne. Par ces principes, le Tribunal rappelle que la CJUE a contribué à l'affirmation d'un nouvel ordre juridique ayant une identité distincte de celle des Etats membres et dont la singularité permet à l'Union européenne de ne pas céder aux « *particularismes et idiosyncrasies régionales* ». A cet endroit, le Tribunal constitutionnel fait observer l'importance d'une coopération active des tribunaux nationaux avec la CJUE, notamment par le biais du mécanisme de renvoi préjudiciel, afin de garantir l'uniformité d'interprétation des directives européennes.

Ces précisions apportées, le Tribunal constitutionnel se prononce plus directement sur la répartition de ses compétences et celles de la CJUE pour apprécier la validité des normes juridiques qui composent l'ordre juridique de l'Union européenne. Le Tribunal, sur le fondement de l'article 8-4 de la Constitution portugaise, distingue ainsi deux hypothèses. Celle où il s'agit d'apprécier une norme européenne à la lumière d'un principe de l'État de droit démocratique qui, dans le cadre de l'Union européenne, jouit d'une valeur matériellement équivalente à celle reconnue dans la Constitution portugaise. Celle où, au contraire, la norme européenne en cause est potentiellement incompatible avec un principe de l'État de droit démocratique portugais qui ne connaît pas d'équivalent au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, tel que la définition du territoire portugais (article 5 de la Constitution) ou l'unité de l'État (article 6 de la Constitution). Ce n'est que dans cette seconde hypothèse, par définition exceptionnelle et dans laquelle « l'effectivité des valeurs fondamentales de l'État de droit démocratique » ou « l'identité constitutionnelle de la République » sont en jeu, que le Tribunal constitutionnel accepte de contrôler le droit de l'Union européenne au regard de la Constitution dans la mesure où la CJUE ne serait pas en mesure d'assurer un contrôle fonctionnellement équivalent au sien. Il s'agit là, en somme, d'une limite, particulièrement circonscrite, au principe selon lequel l'ordre juridique européen garantit, notamment à travers le contrôle exercé par la CJUE, un degré de protection des valeurs de l'État de droit démocratique équivalent à celui du système constitutionnel portugais et dont il résulte que le Tribunal constitutionnel doit s'abstenir d'apprécier la compatibilité des normes juridiques européennes avec la Constitution, ce qu'il a fait en l'espèce.

Disons-le sans détour, le Tribunal constitutionnel a ici rendu un arrêt plein de bon sens sur le plan juridique. A l'heure où les juges de Karlsruhe, on le disait, se sont improvisés censeurs des jugements rendus par la CJUE en affirmant que son arrêt du 11 décembre 2018, par lequel elle estime que la décision du conseil des gouverneurs de la BCE relative au PSPP (*quantitative easing*) reste dans le champ de compétences de la BCE, néglige manifestement l'importance du principe de proportionnalité qui s'applique à la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, le Tribunal constitutionnel portugais a, au contraire, fait le choix, et c'est heureux, de demeurer dans le cadre de son office de juge constitutionnel. ♦ D. L.

DERNIÈRES PUBLICATIONS



Cliquer sur l'image pour lire le rapport sur le site du Conseil constitutionnel

Sous la direction scientifique de
Hubert ALCARAZ et Olivier LECUCQ

L'exécution des décisions de justice

Colloques & Essais



Institut Francophone
pour la Justice et la Démocratie