

Bulletin d'information trimestriel

N° 34 – Mars 2023

Sommaire

Dépénalisation du Procès

- 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)

Collège SSH - 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, Solène
Arthuys-Bois, Antoine
Bourrel, Olivier Lecucq,
Dimitri Löhner, Caupolicán
Mamolar Camarero

Mise en page :
Claude Fournier

Mot du directeur

Chers lecteurs,

Dans le présent numéro de la *Lettre ibérique*, l'actualité politique et législative espagnole sera plus particulièrement à l'honneur. L'édito, d'abord, reviendra sur la réforme du Code pénal intervenue récemment et destinée notamment à supprimer le délit de sédition au titre duquel ont été lourdement condamnés en 2019 nombre de responsables indépendantistes catalans. Pour souligner, qu'au-delà de son volet politicien tenant à une sorte de pacte entre Pedro Sánchez et l'actuel gouvernement autonome de Catalogne, la réforme se caractérise par une forme de résistance des juges à admettre, dans les termes qui leur sont proposés, la dépénalisation du *Procès* et des processus de ce type qui pourraient de nouveau voir le jour. Collision entre la loi et la justice encore, ensuite, avec l'imbroglio assez incroyable auquel a donné lieu l'application de la loi « seul un oui est un oui » dont la mauvaise formulation a notamment obligé les juges à réduire les peines de nombreux agresseurs sexuels, un comble. Un détour, enfin, par la loi « d'égalité réelle et effective des personnes trans » qui vient d'être adoptée et qui consacre le droit à « l'autodétermination de genre ».

Sur le champ intéressant les institutions et politiques publiques, nous quitterons par la suite l'Espagne, pour signaler le nouvel échec (« jamais deux sans trois ! ») du processus de légalisation de la mort médicalement assistée au Portugal, et, dans un tout autre registre, la « chute libre » constatée au Pérou où la crise politique et la désespérance des citoyens n'ont jamais été si profondes...

Restera, en ce qui concerne la justice constitutionnelle, à rendre compte de la nouvelle crise institutionnelle qui sévit en Espagne en ce qui concerne la désignation des juges au Tribunal constitutionnel et qui s'est révélée par une décision historique du TC suspendant le déroulement de la procédure législative devant le Sénat, et, pour ce qui touche aux droits fondamentaux, à attirer l'attention sur une double condamnation de l'Espagne par la Cour européenne des droits de l'homme, qui vient compléter les 104 condamnations dont elle a été l'objet entre 1988 et 2022 !

Bonne lecture ◊ O. L.

Edito

Dépénalisation du Procès ou quand le juge corrige le politique

Sans que le Gouvernement ne présente évidemment les choses sous cet angle, d'aucuns aura compris que la réforme du Code pénal espagnol, adoptée par le Parlement à la fin du mois de décembre dernier (1), avait pour objet principal de permettre une sorte de « déjudiciarisation » des responsables du *Procès*, c'est-à-dire des responsables catalans ayant mis en œuvre un processus destiné à faire de la Catalogne un État indépendant, processus ayant atteint son paroxysme lors des événements de l'automne 2017 avec, notamment, l'organisation illégale d'un référendum d'auto-détermination et les déclarations d'indépendance subséquentes des autorités de la *Generalitat* (2). Comme on le sait, cette politique jusqu'au-boutiste des *leaders* indépendantistes leur a valu un grand procès au terme duquel, en 2019, la plupart d'entre eux ont été condamnés à de lourdes peines de prison, en particulier pour délits de sédition et de malversation, jusqu'à 13 ans de prison ferme (3).

Le sort judiciaire des nationalistes ainsi condamnés a cependant été nettement revu à la baisse depuis l'investiture de Pedro Sánchez en 2020. Cette inclination est le résultat d'une négociation, plus ou moins officielle, entre le *PSOE* et les partis indépendantistes catalans (surtout *ERC*) consistant en ceci : vous nous soutenez pour l'investiture à la présidence du Conseil, et, en échange, nous nous engageons dans un pacte de pacification, ou de « désinflation », des relations État/Catalogne, passant donc, notamment, par une sorte d'absolution judiciaire de la politique indépendantiste catalane. Ce mouvement favorable aux chefs de file indépendantistes condamnés s'est d'abord traduit par la grâce décidée par le président du Conseil qui a abouti à les libérer prématurément de prison (4). Censée avoir initialement pour objet principal la transposition et l'harmonisation avec les normes répressives européennes, la réforme du Code pénal poursuit en réalité l'entreprise en cherchant à limiter plus encore les effets du « procès du *Procès* ». Le donnant-donnant est d'ailleurs circonstancié puisque cette réforme fait suite au vote des députés catalans qui a, en définitive, permis l'approbation de la loi de finances 2023 initialement bien mal engagée. L'idée générale de la réforme, consiste ainsi, sous couvert de ne pas pour autant dépénaliser le type d'actes considérés, (c'est-à-dire ceux du processus sécessionniste mené à l'automne 2017) à modifier les infractions et surtout les peines qu'ils sont susceptibles de provoquer. Et, on l'aura compris, dans un sens beaucoup plus avantageux pour les indépendantistes activistes de manière générale, et pour les responsables catalans condamnés en 2019 en particulier, le Gouvernement espérant les tirer complètement d'affaire. Deux modifications majeures du Code pénal surtout devaient y concourir.

La première tient à la suppression du délit de sédition, celui-là même sur la base duquel la plupart des responsables catalans ont été condamnés en 2019 à de lourdes peines. Selon l'exposé des motifs de la loi, cette suppression s'explique en raison

La réforme du Code pénal cherche à limiter plus encore les effets du « procès du *Procès* ».

Suppression du délit de sédition, celui-là même sur la base duquel la plupart des responsables catalans ont été condamnés en 2019 à de lourdes peines.

principalement d'une disproportion entre les faits pouvant être incriminés et les peines qui assortissent de telles infractions. En conséquence, la loi étend le délit dit de désordre public, en réprimant « d'une peine de prison de 6 mois à trois ans les personnes, agissant en groupe et aux fins d'attenter contre la paix publique, commettront des actes de violence et d'intimidation sur les personnes et les biens ; ou bloqueront les voies publiques en occasionnant un danger pour la vie ou la santé des personnes ; ou envahiront des installations ou des édifices en altérant gravement le fonctionnement effectif des services essentiels en ces lieux ». Ce nouveau chef d'infraction de désordre public a bien vocation, selon le Gouvernement, à se substituer au délit de sédition supprimé puisqu'il se rapporte précisément aux faits et aux comportements de l'automne 2017 que le Tribunal suprême avait été appelé à connaître au cours du procès du *Procés*, et, au passage, il n'aura échappé à personne que la durée maximale de peine de prison de 3 ans correspond, à quelque chose près, à celle purgée par les responsables catalans condamnés avant d'être graciés.

La seconde modification concernait le délit de malversation dont s'étaient également rendus coupables plusieurs responsables catalans, notamment *Oriol Junqueras* (*leader* de *ERC*) condamné à ce titre à une peine de prison et à 10 ans d'inéligibilité (la sanction encourue étant alors de 2 à 6 ans de prison et de 6 à 10 ans d'inéligibilité). Dorénavant, à partir du moment où la malversation ne procède pas d'un enrichissement personnel mais qu'elle est le fait d'« une autorité ou d'un fonctionnaire qui, sans volonté de se l'approprier, destine le patrimoine public dont il a la charge à des usages particuliers et étrangers à la fonction publique », la sanction encourue est minorée, de 6 mois à 3 ans de prison et de 1 à 4 ans d'inéligibilité. Comme c'était précisément ce qui était reproché à certains responsables catalans lors des événements de l'automne 2017 (notamment en utilisant les fonds de la *Generalitat* pour l'organisation du référendum illégal du 1^{er} octobre), le lien avec la volonté de dépénaliser pour l'avenir les acteurs du *Procés* est vite établi.

Le dessein du Gouvernement a cependant en bonne partie échoué en rencontrant un écueil de taille : le juge. Ce dernier, en l'occurrence le Tribunal suprême, était en effet appelé à intervenir pour tirer les conséquences des modifications du Code pénal ainsi opérées sur les chefs d'accusation et de condamnation du procès du *Procés*, notamment en faisant application du principe classique de rétroactivité de la peine plus douce, ce qui permettait au Gouvernement d'avoir bon espoir que le volet de dépénalisation du pacte de pacification soit satisfait. Le Tribunal suprême est bien intervenu par une ordonnance du 13 février 2013 (5), mais les solutions retenues ne vont pas, tout au moins en bonne partie, dans le sens espéré par le Gouvernement. Qu'en est-il dans les grandes lignes ?

Sur la première modification, la suppression du délit de sédition et sa substitution en délit moins grave de désordre public, le Haut tribunal juge que les faits incriminés ne sauraient relever du délit de désordre public tel qu'il est nouvellement formulé. Reprenant l'argumentation de son arrêt de 2019, il rappelle en effet que le délit de sédition avait été retenu, en résumé, sur la base des actes de rupture avec la légalité multiples, collectifs et répétés, et ce, sans qu'aient été exigés des comportements de violence de la part des intéressés. Or, dans la mesure où le nouvel énoncé du délit de désordre public entend réprimer « les personnes, agissant en groupe et aux fins

La seconde modification concernait le délit de malversation dont s'étaient également rendus coupables plusieurs responsables catalans, notamment *Oriol Junqueras*

Le dessein du Gouvernement a cependant en bonne partie échoué en rencontrant un écueil de taille : le juge.

d'attenter contre la paix publique, [qui] *commettront des actes de violence et d'intimidation sur les personnes et les biens* », il n'est pas adapté aux faits du type de ceux de 2017 qu'on entendrait condamner. Plus grave, le Tribunal juge que la réforme pénale de décembre crée une faille dans l'État de droit car, dorénavant, « la déloyauté constitutionnelle provoquée par le non-respect généralisé des lois et l'inexécution des décisions judiciaires (manquera) de traitement pénal ». En effet, au titre du Code pénal ainsi réformé, « la rupture avec le cadre juridique qui rend possible la vie commune, comme le dépassement des limites relatives aux compétences propres de l'État et la désobéissance tenace aux prescriptions judiciaires ne constitueront des délits qu'à la condition qu'ils soient accompagnés d'actes de violence ou d'intimidation (tels qu'ils sont visés par le nouveau délit de désordre public) ». Plus démonstratif encore, le Tribunal juge que « la création d'un cadre juridique qui préparerait la sécession d'une partie du territoire de l'État, y compris lorsqu'elle s'accompagne d'actes multiples conduisant au non-respect généralisé des lois et à l'inexécution des décisions du Gouvernement et des juges tentant d'y mettre fin, restera en dehors du champ d'intervention du droit pénal ». Sous cet angle, le Gouvernement sera bien en peine de prétendre encore que sa réforme n'avait pas pour effet, sinon pour intention, de faire échapper les promoteurs d'un processus sécessionniste mené sans violence, mais en complète marge de la loi, car, comme le disait aussi le juge Pablo Llarena dans son rapport d'instruction sur cette nouvelle affaire, on est dans « un contexte proche de la dépénalisation » (6).

Le Tribunal juge que la réforme pénale de décembre crée une faille dans l'État de droit.

La malversation aggravée subsiste car le caractère lucratif se distingue également lorsque d'autres bénéfices sont générés.

Sur la seconde modification, le délit de malversation, le Gouvernement n'aura pas davantage gain de cause car, au titre d'une interprétation que d'aucuns pourraient juger audacieuse, le Tribunal suprême juge que l'affaire du *Procés* ne permet pas de faire application du nouveau délit de malversation atténué visant les cas dans lesquels il n'y a pas d'enrichissement personnel. Selon le Haut Tribunal en effet, bien qu'il n'y ait pas d'enrichissement personnel, la malversation aggravée, pour laquelle les responsables du *Procés* ont été condamnés, subsiste car le caractère lucratif se distingue également lorsque d'autres bénéfices sont générés. Plus encore, à ses yeux, il « serait contraire à la plus élémentaire logique juridique que ceux qui accaparent des fonds publics encourrent une peine pouvant aller jusqu'à 8 ans de prison alors que ceux qui destinent ces fonds à une activité délictueuse ou anti juridique – dans notre cas, la célébration d'un référendum interdit – peuvent être sanctionnés d'une (seule) peine d'amende ». L'énoncé du nouveau dispositif pénal étant cependant clair s'agissant des faits incriminés (peine minorée s'il n'y a pas d'enrichissement personnel), on peut penser que le Tribunal a, en quelque sorte, opéré un contrôle de la proportionnalité de la peine... ce qui n'est peut-être pas son rôle. Quoi qu'il en soit, le résultat est que tous les responsables catalans ayant été condamnés en 2019 pour malversation aggravée le demeurent, en particulier au regard de la peine d'inéligibilité qui empêchera les protagonistes (Junqueras, Bassa, Romeva, Turull) de revenir aux responsabilités politiques jusqu'en 2030 ou 2031.

Pour éviter d'être accusé d'irresponsabilité dans la gestion de la crise catalane, le Gouvernement aura beau jeu de prétendre que la démonstration est ainsi faite que la réforme du Code pénal n'avait pas pour but de sortir les acteurs indépendantistes de 2017 des griffes du droit pénal puisque nombre d'entre eux resteront inéligibles pour un bon bout de temps... reste que ce n'est sans doute pas le résultat qu'il escomptait. ♦ O. L.

1. La loi organique 14/2022 du 22 décembre 2022.
2. Plusieurs numéros de *La Lettre ibérique* ont rendu compte des tenants et aboutissants de ce processus ; voir aussi, O. Lecucq, « Le défi catalan », *Revue française de droit constitutionnel*, déc. 2021.
3. Voir n° 22, février 2020, et n° 27, juin 2021, de *La Lettre ibérique*.
4. Voir O. Lecucq, « La grâce des leaders indépendantistes catalans : un pari bienvenu mais risqué », *Blog Le club des juristes*, 19 juillet 2021.
5. *Auto* n° 20107/2023.
6. *Causa especial* n° 20907/2017, 12 janvier 2023.

Vie politique et institutionnelle

Un pas de plus vers le retour en Espagne des « fuyards » catalans ?

L'un des volets du procès du *Procés* concerne aussi le retour, et le jugement, des « fuyards », c'est-à-dire le retour et le jugement des responsables catalans poursuivis pour leur participation au processus de sécession de la Catalogne mais qui ont choisi d'échapper à la justice espagnole en trouvant refuge ailleurs en Europe. C'est le cas, en particulier, de l'ancien président de la *Generalitat*, Carles Puigdemont, qui s'est installé en Belgique. La fuite n'a cependant pas refréné les juges espagnols dans leur intention de déférer les intéressés pour qu'ils rendent compte de leurs actes pénalement répréhensibles. C'est ainsi que le juge instructeur du Tribunal Suprême en charge de l'affaire, Pablo Llarena, a lancé à leur encontre plusieurs mandats d'arrêts européens, dans l'espoir que les pouvoirs publics des pays européens concernés, et singulièrement leurs juges, remettent les personnes ainsi réclamées. Si cette perspective est bien celle du mandat d'arrêt européen régi par la Décision-cadre du Conseil européen du 13 juin 2002, rien n'est cependant aussi simple, et les juges, en l'occurrence belges, qui ont été saisis des demandes considérées, ont, pour le moment, refusé d'y donner suite. Deux séries d'arguments ont été avancées par ces derniers pour faire obstacle à la remise. L'une comme l'autre semblent toutefois aujourd'hui ne plus tenir.

Le premier motif opposé par le juge belge à la remise des intéressés était fondé sur le fait, qui valait notamment pour Carles Puigdemont, que les personnes poursuivies pouvaient se prévaloir d'une immunité parlementaire au titre de leur mandat de député au Parlement européen. Or, par un vote du 8 mars 2021, le Parlement européen a levé cette immunité s'agissant des responsables catalans, précisément pour que la justice espagnole puisse prospérer à leur encontre. Le juge Pablo Llarena a ainsi pu réitérer les mêmes mandats d'arrêts européens (sur cet épisode, voir O. Lecucq, « Levée d'immunité parlementaire européenne contre les responsables catalans : le coup d'arrêt des fuyards ? », *Le Club des juristes*, 30 mars 2021).

Le second motif opposé par le juge belge à la remise des intéressés mettait directement en cause la procédure judiciaire engagée en Espagne contre Puigdemont et consorts car, selon lui, le Tribunal suprême espagnol, à partir duquel avaient donc été lancés les mandats d'arrêts européens litigieux, était une juridiction incompétente pour

connaître des faits reprochés aux leaders indépendantistes. C'est ce second pan du refus de la juridiction belge qui vient toutefois d'être mis à mal par un arrêt de la Cour de Luxembourg du 31 janvier 2023 rendu à la suite de plusieurs questions préjudicielles renvoyées par le juge Pablo Llarena. En substance, la Cour a en effet jugé qu'une autorité judiciaire d'exécution, qui doit décider de la remise d'une personne destinataire d'un mandat d'arrêt européen, ne peut le refuser en se fondant sur le fait que cette personne court le risque d'être jugée, après sa remise à l'État membre émetteur, par une juridiction incompétente en la matière. Sauf dans deux cas. D'une part, si « ladite autorité judiciaire dispose d'éléments objectifs, fiables, précis et dument actualisés qui révèlent l'existence de déficiences systémiques ou généralisées dans le fonctionnement du système judiciaire de l'État membre émetteur ou de déficiences qui affectent la protection judiciaire d'un groupe objectivement identifiable de personnes auquel appartient l'intéressé, à la lumière de l'exigence d'un tribunal établi par la loi, et qui impliquent que les justiciables affectés se voient privés, de manière générale, dans ledit État membre, d'une voie de recours effective permettant de contrôler la compétence de la juridiction pénale chargée de les juger ». D'autre part, si « (la même autorité judiciaire) constate que, dans les circonstances particulières de l'affaire, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que, au vu, en particulier, des éléments fournis par la personne objet du mandat d'arrêt européen relatifs à sa situation personnelle, à la nature de l'infraction qui lui est reprochée, au contexte factuel dans lequel le mandat d'arrêt a été édicté ou de toute autre circonstance importante, la juridiction, qui aura probablement à connaître de la procédure à laquelle devra se soumettre la personne considérée dans l'État membre, manque manifestement de compétence pour ce faire ».

En substance, la Cour a en effet jugé qu'une autorité judiciaire d'exécution, qui doit décider de la remise d'une personne destinataire d'un mandat d'arrêt européen, ne peut le refuser en se fondant sur le fait que cette personne court le risque d'être jugée, après sa remise à l'État membre émetteur, par une juridiction incompétente en la matière.

Il sera tout de même difficile pour un juge d'un pays membre de l'Union européenne de considérer le système judiciaire espagnol à ce point déficient.

Les défenseurs des responsables catalans visés par les mandats d'arrêts européens rapportés ont eu beau jeu d'interpréter cet arrêt dans un sens favorable à leurs clients, considérant que la Cour a bien réservé le cas d'une déficience du système juridique de nature à mettre en cause les droits fondamentaux des personnes incriminées, ce qui, à leurs yeux, est précisément le cas s'agissant des poursuites diligentées à l'encontre des chefs de file indépendantistes. Reste qu'une toute autre interprétation est sans doute plus plausible car il sera tout de même difficile pour un juge d'un pays membre de l'Union européenne, tenu par le principe du respect mutuel (des systèmes juridiques et juridictionnels) qui imprègne l'ensemble du dispositif du mandat d'arrêt européen, de considérer le système judiciaire espagnol à ce point déficient et de voir dans les procédures engagées la mise en cause manifeste des droits fondamentaux des intéressés au regard notamment des exigences du procès équitable. Et, en définitive, d'imaginer que la plus haute juridiction ordinaire d'Espagne n'est pas compétente pour juger des délits liés à la réalisation d'un processus de sédition destiné, en dehors de toute voie légale et au mépris de décisions de justice, à ce qu'une partie du peuple et du territoire espagnols devienne indépendante. ♦ O. L.

La loi « seul un oui est un oui », une pomme de discorde inattendu au sein du gouvernement espagnol

À l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi organique 10/2022 du 6 septembre de garantie intégrale de la liberté sexuelle, le dernier numéro de *La lettre ibérique et ibéro-américaine* a consacré un article à sa portée. Cette loi, dite aussi « seul un oui est un oui », était le cheval de bataille de *Podemos*, le parti minoritaire de la coalition du gouvernement progressiste, et notamment de la ministre de l'égalité, Irene Montero. Contre toute attente, la loi n'a pas mis un terme au débat autour des violences sexistes en Espagne, au contraire, les effets non-escomptés ont servi de carburant à la droite, toujours empreinte à critiquer la ministre. L'un des « projet star » du gouvernement a fini par se retourner contre les deux partis de la coalition seulement quelques mois avant les élections municipales et régionales.

Contre toute attente, la loi n'a pas mis un terme au débat autour des violences sexistes en Espagne.

Les modifications des barèmes des peines ont provoqué la révision à la baisse des peines prononcées contre des agresseurs sexuels et des violeurs.

Aucun gouvernement ne peut éviter que l'opinion publique soit scandalisée lorsque les gros titres annoncent, jour après jour, qu'un infâme délinquant bénéficie de la réforme légale de l'exécutif.

En vigueur depuis le 7 octobre 2022, la réforme du Code pénal concernant les délits contre la liberté sexuelle a montré ses premières conséquences pratiques début novembre. Les modifications des barèmes des peines ont provoqué la révision à la baisse des peines prononcées contre des agresseurs sexuels et des violeurs à cause de l'application incontournable de l'article 2.2 du Code pénal espagnol : « les lois pénales qui favorisent le condamné ont un effet rétroactif, même si, au moment où elles entrent en vigueur, un jugement définitif a été rendu et que le sujet purge une peine ». Dans la plupart des cas, la durée de la peine ne s'est vue que peu réduite (environ 600 remises de peine début mars) tandis que les libérations (peu nombreuses, 65 au total pour l'instant) se sont cantonnées à des situations où le condamné avait presque purgé sa peine.

En tout état de cause, aucun gouvernement ne peut éviter que l'opinion publique soit scandalisée lorsque les gros titres annoncent, jour après jour, qu'un infâme délinquant bénéficie de la réforme légale de l'exécutif. Peu importe que les tribunaux aient refusé la plupart des pétitions de réduction de peines, la loi « seul un oui est un oui » risque d'être l'échec politique le plus cuisant du gouvernement de Pedro Sánchez. Dans une première partie, nous examinerons l'enjeu juridique de la polémique ; puis, dans une deuxième partie, nous aborderons la controverse politique suscitée.

Les nuances juridiques de la polémique

Nul ne peut nier que le droit pénal s'avère être un domaine complexe et sensible. Dans une société où la dimension punitive de la politique pénale règne toujours, la vulgarisation des réformes en matière pénale se révèle un défi pour les autorités, incapables, à l'ère de la numérisation et la militance du clic, d'expliquer les nuances juridiques de la politique criminelle. Y réfléchir à tête reposée est d'autant plus nécessaire concernant les délits sexuels.

Bien que la loi mette en place un système intégral de protection au profit des femmes, le problème repose sur la réforme des articles 178 à 184 du Code pénal. Les délits contre la liberté sexuelle s'articulaient auparavant à travers trois types de délits. D'un côté, **l'agression sexuelle** (ancien article 178) dans le cas d'utilisation de violence ou

intimidation avec une peine de 1 à 5 ans (délit aggravé 5-10 ans). Ensuite, selon l'ancien article 179, lorsque l'agression sexuelle consiste en une pénétration par voie vaginale, anale ou orale, ou en l'introduction de membres ou d'objets corporels par l'un des deux premiers moyens, l'auteur est puni comme auteur de **viol** d'une peine d'emprisonnement de 6 à 12 ans (délit aggravé 12-15 ans). Les causes d'aggravation étaient le caractère dégradant, la pluralité de agresseurs, la vulnérabilité de la victime, parmi d'autres conduites particulièrement répréhensibles. Finalement, le délit d'**abus sexuel** visait des actes portant atteinte à la liberté sexuelle sans violence ni intimidation et sans consentement. Les abus sexuels non consentis s'exerçaient sur des personnes privées de sens ou souffrant de troubles mentaux, ainsi que ceux dont la volonté a été annulée par l'usage de drogues, de médicaments ou de toute autre substance naturelle ou chimique (ancien article 180). La peine prévue pour l'abus était de 1 à 3 ans et de 4 à 10 ans en cas de pénétration. Cette triple structure se répète dans le cas où la victime est mineure de 16 ans avec des peines plus élevées.

Comme nous l'indiquions déjà dans le dernier numéro de *La Lettre*, la nouvelle loi non seulement a supprimé la distinction entre abus et agression mais a modifié également complètement la philosophie de l'ordre juridique en la matière en faisant du consentement explicite l'axe central du dispositif pénal en matière de violences sexistes et sexuelles. En effet, le délit d'abus ouvrait la voie à des sanctions moins lourdes pour la simple raison que la victime était privée de sens. Il s'agissait d'une anomalie au sein d'une société réputée féministe surtout si l'on considère que la victime était interrogée lors du procès afin de déterminer s'il y avait eu consentement ou pas.

La nouvelle loi non seulement a supprimé la distinction entre abus et agression mais a modifié également complètement la philosophie en faisant du consentement explicite l'axe central du dispositif pénal en matière de violences sexistes et sexuelles.

En conséquence, la nouvelle loi fusionne agression et abus, et impose le consentement explicite. De cette façon, des comportements douteux qui se trouvaient auparavant dans une zone grise, n'échapperont plus, dorénavant, à une action en justice. En revanche, les barèmes de peines ont diminué. Les agressions sexuelles sont désormais punies avec une peine de 1 à 4 d'emprisonnement (2-8 ans la version aggravée), et le viol de 4 à 12 ans (7-15 aggravée). Afin de suppléer la suppression du délit d'abus, les nouveaux articles permettent au juge d'atténuer la peine par agression en tenant compte du « caractère mineur de l'acte et à la situation personnelle du coupable ». Il en va de même pour les agressions sexuelles sur mineurs de 16 ans.

Les réductions de peines dont nous avons été témoins s'expliquent par l'application d'une loi pénale plus favorable. Il est vrai que la peine supérieure reste similaire dans la plupart de cas. La peine inférieure a ainsi été diminuée dans de nombreuses situations. Le cas le plus récurrent est celui illustré dans la l'arrêt du Tribunal suprême 4677/2022 du 21 décembre. D'après la loi, avant la réforme, le viol sur une mineure de 16 ans était puni par une peine de 12 à 15 d'emprisonnement. À l'occasion d'un recours ordinaire de cassation, une fois en vigueur la nouvelle norme, le Tribunal s'est vu dans l'obligation de réviser la peine. L'*Audiencia Provincial* d'Almeria avait opté pour le minimum légal, 12 ans d'emprisonnement. La propre jurisprudence du tribunal est claire à cet égard : afin de déterminer le régime le plus bénéfique, il faut prendre en compte le barème dans l'ensemble. C'est-à-dire, bien que la peine de 12 ans soit comprise aussi dans le barème de la nouvelle loi, de 10 à 15 ans, le tribunal est dans l'obligation de l'adapter au minimum légal actuel, 10 ans.

Dans la Sentence du Tribunal Suprême 4686/2022 du 15 décembre, nous sommes en présence d'un cas similaire. En l'occurrence, un homme de 19 ans a été déclaré coupable de 4 délits d'abus sur mineurs, puni de 2 ans d'emprisonnement pour chacun. Cette conduite, avant punie de 1 à 3 ans d'emprisonnement, est désormais considérée comme un « acte à caractère sexuel » puni de 2 à 6 ans. Toutefois, la peine peut être atténuée à un degré inférieur en raison du caractère mineur de l'acte et de la situation personnelle du coupable, autrement dit, une peine de 1 à 2 ans. Finalement, étant donné la gravité moindre de l'acte et l'âge du condamné, le tribunal a opté pour une peine de 1 an par chaque délit.

Un séisme politique de premier ordre

Il va sans dire que les libérations ont été accompagnées d'une grande polémique. La première réaction du ministère de l'égalité rejetant la responsabilité de l'échec a provoqué le mécontentement du monde judiciaire. Dans un premier temps, Irene Montero a accusé les juges de faire une interprétation contraire à l'esprit de la loi afin de torpiller sa réforme. La secrétaire d'État, Ángela Rodríguez, pour sa part, a même suggéré que les magistrats ne sont pas suffisamment formés en matière de genre. Bien que l'affaire soit assez grave, les Espagnols ont assisté à un lynchage médiatique démesuré contre les dirigeants du ministère.

Podemos se décharge de sa responsabilité et accuse les magistrats de machisme.

Alors, qui est le responsable de cette situation ? Il est certain qu'une disposition transitoire limitant les révisions aurait évité cette polémique, une technique déjà utilisée par le législateur précédemment. Nul ne peut ignorer que le ministère de la justice, contrôlé par le Parti socialiste, a été le coauteur de la loi. Un parti politique qui est censé avoir une expérience solide en matière de gouvernement. Pilar Llop, la ministre socialiste, a fini par accepter sa responsabilité. Le Conseil général du pouvoir judiciaire avait noté la possibilité de modifications de peines d'emprisonnement dans son rapport sur la loi de février 2021 mais sans vraiment alerter de la portée du problème.

Quoi qu'il en soit, cinq mois après son entrée en vigueur, la loi « seul un oui est un oui » reste un sujet brûlant au sein du gouvernement. *Podemos* se décharge de sa responsabilité et accuse les magistrats de machisme. Cependant, le Parti socialiste est déterminé à agir. Le Congrès des députés abordera en mars la nouvelle modification du Code pénal proposée par le groupe parlementaire socialiste. Toujours est-il que la loi la plus favorable sera imposée même si la future réforme rend les infractions plus sévères, c'est-à-dire, le gouvernement ne peut pas défaire les effets de la loi organique 10/2022.

♦ C. M. C.

Adoption par le Parlement espagnol de la loi « d'égalité réelle et effective des personnes trans »

Entendu comme la possibilité reconnue à une personne de modifier le sexe mentionné sur ses documents d'identité sans autre formalité qu'une simple déclaration publique indiquant la non-conformité avec le sexe assigné à la naissance, le droit à « l'autodétermination de genre » a finalement été consacré en Espagne avec le vote, le 16 février 2023, de la loi « d'égalité réelle et effective des personnes trans ».

Enfin... Car le texte, porté par la ministre de l'Égalité Irene Montero (*Podemos*) a été âprement discuté et a fait l'objet de longs débats pendant plusieurs mois. Ainsi, le Parti socialiste, divisé sur le sujet, avait-il déposé en octobre 2022 plusieurs amendements tendant à exiger l'accord d'un juge pour les demandes de changement de genre formulées par les jeunes de 14 à 16, avant de renoncer, en décembre, sous la pression de *Podemos*, qui l'accusait de retarder la procédure législative.

Bien qu'adopté à une large majorité par 191 voix pour (Parti socialiste, *Podemos*, partis nationalistes basques et catalan), 60 voix contre (*Vox*) et 91 abstentions (Parti Populaire), le texte est l'objet de critiques notamment d'une partie du mouvement féministe proche du Parti socialiste (Alliance contre l'effacement des femmes) qui craint que des personnes de sexe masculin s'auto-identifiant comme femmes puissent participer à des compétitions sportives féminines ou se faire incarcérer dans des prisons pour femmes. Plus largement, l'Alliance contre l'effacement des femmes reproche à la loi de conduire à « l'effacement juridique du sexe biologique », de rendre « impossible l'application de toute action destinée à corriger la discrimination dont souffrent les femmes dans l'espace public », ou encore « d'inoculer chez les enfants les stéréotypes sexistes ».

Le contraste est saisissant avec les lois « Trans » adoptées sans réelles difficultés par 14 régions autonomes (sur les 17 au total) et aux termes desquelles toute personne est autorisée à changer le nom et le sexe indiqués sur leur carte de santé sans avoir à produire aucun justificatif particulier. Ces lois permettaient également aux enfants de changer leur prénom et de définir, en toute liberté, leur identité de genre à l'école.

Il est vrai cependant que la loi votée par le Parlement espagnol va plus loin que les lois régionales en vigueur en ne se limitant pas à la seule modification des documents de santé. Concrètement, elle permet à toute personne de plus de 16 ans de modifier le sexe porté sur sa carte d'identité et son passeport en se rendant simplement au registre civil pour indiquer son genre et en confirmant cette décision 3 mois plus tard. La loi supprime ainsi l'obligation en vigueur jusque-là, de justifier d'un diagnostic médical certifiant une « dysphorie de genre » et d'un traitement hormonal pendant au moins deux ans. En ce qui concerne les personnes âgées de 14 à 16 ans, l'autorisation des parents est requise, alors qu'une autorisation judiciaire est exigée pour les enfants de 12 à 14 ans. En tout état de cause, le changement d'identité n'est pas irréversible, la loi organisant la possibilité de revenir au genre antérieur librement.

Une discussion âpre

Un texte ambitieux, une
procédure simplifiée

S'inscrivant dans la droite ligne des recommandations de l'Organisation mondiale de la santé qui a retiré en 2019 la transidentité de la liste des troubles mentaux, le texte permet ainsi à l'Espagne de rejoindre le Danemark, premier pays d'Europe à avoir accordé, en 2014, ce droit de changement aux personnes trans.

On soulignera, enfin, que le texte a pour objet de renforcer les sanctions en cas de discrimination des personnes trans dans l'accès au logement ou à un emploi, de prohiber les thérapies de conversion visant à changer leur identité de genre. Il permet également aux hommes trans ayant conservé leur « capacité de gestation » d'avoir accès aux techniques de reproduction assistée du système national de santé. ♦ A. B.

« Jamais deux sans trois »

Nouvel échec du processus de légalisation de la mort médicalement assistée au Portugal

Le 30 janvier 2023, le Tribunal constitutionnel portugais a rendu une nouvelle décision, dans le cadre du processus de légalisation de la mort médicalement assistée, entrepris il y a de cela plus de deux ans par la majorité parlementaire de gauche.

La Haute juridiction avait déjà été saisie, par le président de la République Marcelo Rebelo de Sousa, d'une première loi adoptée par l'Assemblée de la République le 29 janvier 2021 (136 voix pour, 78 voix contre et 4 abstentions). Le texte soumis à l'examen du Tribunal constitutionnel se fixait alors pour objectif d'ouvrir le recours à la mort médicalement assistée aux Portugais majeurs vivant sur le territoire et se trouvant « dans une situation de souffrance extrême, présentant des lésions irréversibles » ou atteints « d'une maladie incurable ». Dans sa décision n° 123/2021 du 15 mars 2021, le Tribunal avait consacré le principe selon lequel l'inviolabilité de la vie humaine, telle que garanti par l'article 24-1 de la Constitution, ne saurait être entendu comme un devoir de vivre dans n'importe quelle circonstance et avait, ainsi, ouvert la porte à une possible légalisation de l'euthanasie. Il avait néanmoins conclu à l'inconstitutionnalité partielle du dispositif législatif dont il était saisi, en raison du caractère excessivement indéterminé des concepts de « souffrance extrême » et de « lésions irréversibles », sources d'entorses au principe de prévisibilité de la loi (v. La lettre ibérique, n° 26, avril 2021, p. 8). Un premier échec qui avait conduit le Parlement à revoir sa copie.

Cela s'était traduit par l'adoption, le 5 novembre 2021, d'un nouveau texte destiné à encadrer plus rigoureusement le recours à la mort médicalement assistée. Recueillant une majorité de 138 voix sur 227, cette deuxième loi n'avait, cependant, pas plus suscité l'adhésion de Marcelo Rebelo de Sousa. Ainsi que la Constitution l'y autorise, le chef de l'État lui avait opposé son veto au motif, ici également, de l'imprécision des raisons susceptibles de justifier le recours à l'euthanasie. L'actuel président de la République attendait, notamment, des députés qu'ils précisent si le recours à l'euthanasie peut être autorisé en cas de « *maladie fatale* », « *incurable* » ou seulement « *grave* », dès lors que l'ensemble de ces termes figuraient dans le texte de loi. Deuxième échec donc, malgré la possibilité offerte à l'Assemblée de la République de surmonter le veto présidentiel par un vote à la majorité absolue des députés. Une possibilité purement théorique, en l'occurrence, dans la mesure où, par un concours de circonstances, le veto du chef de

La dissolution de l'Assemblée de la République par Marcelo Rebelo de Sousa fin 2021 est intervenue à la suite du rejet par cette dernière du projet de budget pour 2022 du gouvernement socialiste d'Antonio Costa.

Le Tribunal constitutionnel, dans sa décision n° 123/2021 du 15 mars 2021, a ouvert la porte à une possible légalisation de l'accès à la mort médicalement assistée sous réserve d'un cadre législatif clair et précis.

l'État était intervenu alors qu'il avait déjà annoncé sa décision de dissoudre le Parlement et de convoquer des élections législatives.

Dans l'impasse, le processus législatif a, toutefois, repris à la suite des élections anticipées du 30 janvier 2022 (v. La lettre ibérique n° 30, mars 2022, p. 1). Loin d'abdiquer, la nouvelle majorité socialiste issue du scrutin a proposé une troisième version du texte, définitivement adoptée par l'Assemblée de la République le 9 décembre dernier. C'est précisément cette troisième version que le Tribunal constitutionnel était appelé à examiner dans le cadre de sa décision n°5/2023. Toujours aussi sceptique quant à la constitutionnalité du dispositif législatif, le président de la République a, en effet, décidé de saisir une nouvelle fois la Haute juridiction. Or, là encore, cette dernière a conclu à l'inconstitutionnalité partielle du texte soumis à son examen. Le législateur, ainsi que l'indique la décision, s'est certes efforcé de densifier et de clarifier certains concepts indéterminés contenus dans la première version de la loi. Mais il en a également modifié d'autres aspects essentiels dont il résulte des incertitudes au sujet du champ d'application exact de la nouvelle loi. Selon le Tribunal constitutionnel, ce sont singulièrement les dispositions relatives au type de souffrance qui ouvre l'accès à une mort médicalement assistée qui posent problème. En énumérant trois catégories de souffrances – « physique, psychologique et spirituelle » – liées par la conjonction « et », le législateur a fait naître un doute, qu'il lui appartient d'éclaircir, quant au fait de savoir si celles-ci doivent être cumulatives ou alternatives. Un troisième échec loin d'être insurmontable certes, mais qui suppose, une fois de plus, que le législateur revoie sa copie. ♦ D. L.

C'est la troisième fois que l'Assemblée de la République adopte, sans succès, un projet de loi en faveur de l'accès à la mort médicalement assistée.

Chute libre

Trois mois après l'échec de la tentative de coup d'État du président de l'époque, Pedro Castillo, destitué puis remplacé le 7 décembre dernier par celle qui était jusque-là sa vice-présidente, Dina Boluarte, aucune issue n'apparaît à la crise politique et sociale dramatique et intense que connaît le Pérou.

Un même spectacle se répète, jour après jour. Une présidente qui se refuse à démissionner et demande au Congrès de convoquer des élections anticipées. Des membres du Congrès qui disent vouloir aller aux urnes mais qui rejettent tous les projets de loi fixant une date pour les élections législatives. Des manifestants qui en ont assez des inégalités, de la pauvreté, du racisme et dont près de 60 ont déjà été victimes de la répression policière. Des forces de sécurité peu formées, mal payées, aux conditions de travail épouvantables qui répriment violemment les manifestations. En un mot, le désespoir.

Depuis l'éclatement de l'agitation sociale en décembre 2022, une mobilisation massive des régions vers la capitale au cours des semaines passées et trois mois de violences, deux Pérou se font face. D'un côté, celui de Lima, un Pérou plus blanc, plus riche, éduqué dans les écoles privées, qui forme l'élite économique, politique et sociale. De l'autre, le Pérou de l'intérieur, des régions andines, de la toundra et des peuples originels, le Pérou des pauvres et des marginalisés, qui descend dans la rue depuis un peu plus de huit semaines et qui ne veut pas abandonner tant que les choses ne bougeront pas. Même si personne

Le 7 décembre 2022, Pedro Castillo, dit le « président des pauvres », élu majoritairement par les régions rurales du pays, dissout le Congrès qui s'apprête à le destituer.

Le même jour, Pedro Castillo est destitué et Dina Boluarte investie présidente.

Les manifestations, accompagnées souvent de violences, se multiplient.

ne sait plus très bien ce qu'il faut changer pour faire disparaître disparités sociales et régionales, racisme et corruption. Pour commencer, la démission de Dina Boluarte – perçue par l'électorat de Pedro Castillo comme une traîtresse à son égard - et l'organisation d'élections générales. Mais ensuite ?

La crise politique n'a pas débuté avec l'élection de Pedro Castillo, tant la fracture entre les citoyens et les politiques est profonde, certains leaders parvenant parfois à émerger mais sans parvenir à rallier la majorité. Rappelons qu'en 2021, ni Keiko Fujimori, la fille de l'ancien dictateur, ni Pedro Castillo ne sont parvenus au second tour avec plus de 20 % des voix. Et la victoire électorale n'est plus synonyme de gouvernabilité. En quatre ans, le Pérou a connu six présidents. Tous ont fini par se déchirer avec le Congrès, qui a finalement eu le dernier mot. Et tandis que le Pérou pleure ses morts et que la violence embrase encore de nombreuses régions, y compris une partie de Lima, la présidente et le Congrès sont de nouveau engagés dans cette lutte de pouvoir. Le seul accord auquel ils sont, à ce jour, parvenus consiste dans l'organisation d'élections anticipées... en avril 2024. Comment le citoyen peut-il y croire ?

Plus radicalement, comment le citoyen peut-il encore croire ? Plus de 70 % des Péruviens affirment ne pas savoir pour qui voter. N'attendant plus rien de l'État, la plupart survit sans manifester le moindre intérêt pour la politique ou pour ses concitoyens, alors que les inégalités continuent d'alimenter la colère de la rue. La voie est aujourd'hui sans issue et ni la présidente ni les députés ne paraissent s'en inquiéter. ♦ H. A.

Décrété au début du mois de décembre 2022, élargi et prolongé, l'état d'urgence reste en vigueur dans sept régions du Pérou.

Justice constitutionnelle

Histórico

Le 19 décembre 2022, l'Espagne a connu le climax (le dernier ?) d'une crise institutionnelle sans précédent depuis le retour de la démocratie. En effet, par une ordonnance (auto), le Tribunal constitutionnel espagnol a suspendu, de manière provisoire et urgente, le déroulement de la procédure législative devant le Sénat, interdisant ainsi l'examen par les sénateurs de deux amendements déjà adoptés par le Congrès des députés. Coup d'État pour les uns, musellement du Parlement pour les autres, les mots n'ont pas été assez forts contre cette décision adoptée par le juge constitutionnel à une faible majorité de six contre cinq. Or, la crise trouve justement son origine (immédiate) dans les difficultés de renouvellement de la juridiction constitutionnelle. En effet, depuis juin 2022, quatre de ses membres auraient dû être remplacés, ainsi que le prévoit l'article 159 de la Constitution de 1978. Composé de douze membres, le Tribunal constitutionnel est renouvelé par tiers tous les trois ans et il revenait cette fois au gouvernement et au Conseil général du pouvoir judiciaire de proposer, chacun, deux nouveaux membres. Toutefois, le Conseil, équivalent du Conseil supérieur de la magistrature français, lui-même composé majoritairement de conseillers désignés par le Parti Populaire (*Partido Popular* ou PP), dans l'opposition, en ne désignant pas les deux membres qu'il lui revient en principe de choisir, entendait bloquer la procédure. L'objectif, évident, était d'éviter un basculement de l'équilibre entre magistrats conservateurs et magistrats progressistes au sein du Tribunal constitutionnel. Mécaniquement, par le biais de ces nominations, sa composition ne serait plus de six

Le 19 décembre 2022, le Tribunal constitutionnel a, pour la première fois de son histoire, ordonné la suspension de l'examen d'un texte par le Parlement

magistrats conservateurs et cinq progressistes mais de sept magistrats progressistes et d'un bloc conservateur de quatre puisque la nomination de deux magistrats par le gouvernement socialiste de Pedro Sánchez modifiera la majorité en faveur des progressistes. De ce tiers sortant relevaient Pedro González-Trevijano, alors président du Tribunal constitutionnel, Antonio Narváez, nommés à l'époque par le gouvernement de Mariano Rajoy, mais aussi Juan Antonio Xiol, vice-président de la juridiction constitutionnelle, et Santiago Martínez-Vares, désignés quant à eux à l'époque par l'organe directeur des juges.

Pour tenter de mettre fin à ce blocage, le gouvernement a alors fait déposer deux amendements à une proposition de loi organique de réforme du code pénal. N'entretenant aucun lien matériel avec le texte en discussion, ils avaient pour objet de modifier la loi organique relative au pouvoir judiciaire (LOPJ) et la loi organique relative au Tribunal constitutionnel (LOTIC) afin de réduire les majorités requises pour la désignation des membres du Tribunal constitutionnel et parvenir, ainsi, avec six mois de retard au renouvellement prévu. Le recours à cette méthode a immédiatement suscité la controverse, certains allant jusqu'à le juger inconstitutionnel, sur la forme comme sur le fond. De son côté, le groupe parlementaire du PP a alors formé un recours *d'amparo* devant le Tribunal constitutionnel, soutenant que l'examen de ces deux amendements, sans lien avec le texte en discussion, portait atteinte à leur droit à la participation politique consacré par l'article 23 de la Constitution. Surtout, ils ont assorti leur recours d'une demande de suspension de l'examen des amendements en cause, mesure provisoire visant à éviter, selon eux, que le déroulement de la procédure parlementaire ne leur cause des dommages difficilement réparables. Repoussant les demandes de récusation des magistrats dont le mandat était caduc depuis six mois, qui visaient notamment le président de la cour constitutionnelle, formées par le gouvernement et le groupe *Unidas-Podemos*, le Tribunal constitutionnel a accepté d'octroyer cette mesure mettant, de cette façon, fin à l'examen des deux amendements litigieux. Pour la première fois de son histoire, le Tribunal constitutionnel a donc décidé de paralyser le traitement d'une initiative législative après son approbation par le Congrès des députés et dans l'attente d'un débat au Sénat, nouant une crise sans précédent. Et il est fort douteux que la désignation, finalement intervenue le 9 janvier dernier, de quatre magistrats par le Conseil général du pouvoir judiciaire et le gouvernement parvienne seule à l'apaiser.

◊ H. A.

Le 9 janvier 2023, avec un peu plus de six mois de retard, quatre membres du Tribunal constitutionnel ont été désignés

Pedro González-Trevijano, jusque-là président du Tribunal, Antonio Narváez, Juan Antonio Xiol, et Santiago Martínez-Vares ont achevé leur mandat

Droits fondamentaux

CEDH

Double condamnation de l'Espagne

Entre 1988 et 2022, l'Espagne a été condamnée 104 fois par la *Cour européenne des Droits de l'homme (CEDH)*. On a pu remarquer la récurrence des condamnations pour violation de l'article 3, de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, douze au total. Fin 2022, l'Espagne est condamnée à deux reprises pour deux autres situations.

Dans une première affaire (*CEDH, Ayuso Torres c/ Espagne, 8 novembre 2022, n°74729/17*), la Cour a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention, protégeant la liberté d'expression.

M. Ayuso Torres est militaire et professeur d'Université. Au cours d'un débat télévisé, il a évoqué le processus de transition espagnol, de la dictature militaire à la démocratie. Il a alors qualifié la Constitution espagnole de « pseudo-constitution », de « fausse et bâtarde ».

C'est alors que se pose la question des limites à sa liberté d'expression. Notamment au vu de son statut militaire, car l'État se concentre sur les compétences spécifiques d'honnêteté et de loyauté de ses membres. L'ordre militaire a décidé, de cette façon, d'engager des procédures disciplinaires à son encontre, bien que la prescription ait été dépassée. Il est ainsi établi que M. Ayuso Torres serait allé au-delà des limites imposées à la liberté d'expression accordée au personnel militaire. Par ces décisions, l'administration laisse entendre que, s'il n'avait pas bénéficié de la prescription, il aurait été sanctionné, à hauteur d'un mois d'exclusion ce qui représente la peine maximale. Pour la CEDH, elles font donc office d'avertissement, voire de menace, sous couvert de contrariété à la sécurité nationale et la défense de l'ordre public. Pourtant, la décision interne avait elle-même reconnu que l'intention première de l'intervention au sein de ce débat n'était pas d'attaquer le texte constitutionnel mais d'apporter une déclaration dans un contexte culturel et scolaire particulier.

Dans un souci de proportionnalité, la Cour rappelle que, dans les faits, le programme télévisé lui-même est réputé pour aborder des sujets à controverse. Celui du cas d'espèce avait ainsi permis un débat public autour d'un sujet d'intérêt général. Le témoignage de M. Ayuso Torres ne concernait que son opinion personnelle. La Cour de poursuivre que, bien que le demandeur n'ait pas été un élu représentant, et n'ait pas délivré de discours politique *stricto sensu*, il avait apporté son point de vue sur ce qui pourrait être considéré comme étant de nature politique. Son propos n'appelait à aucune forme d'action, et ne pouvait pas en aucun cas être blessant. Il n'avait pas d'impact sur l'exercice de son pouvoir public ou sur ses performances en tant que membre militaire.

La Cour souligne, par ailleurs, qu'il était aussi professeur des universités. Dans ce cadre, il avait déjà tenu des propos similaires au cours de l'exercice académique, sans conséquences. Pourtant, les tribunaux internes n'avaient pas pris en compte son statut d'enseignant de droit constitutionnel. Si le droit à la liberté d'expression attaché à son enseignement pourrait s'avérer contradictoire de la sphère militaire, il semblerait pourtant que le demandeur n'avait eu aucun mal à cumuler les deux statuts. De plus, du point de vue de la Cour, l'affaire portait pourtant essentiellement sur le droit d'expression du demandeur en tant que professeur. Ainsi, elle concernait, indubitablement, sa liberté académique, incluant liberté d'expression et d'action.

La Cour se réfère alors à une affaire statuée en 2018, dans laquelle un professeur des universités turques avait également participé à une émission de télévision, cette fois-là sans autorisation du doyen de l'université. Elle avait alors décidé qu'une telle interdiction nuisait à sa liberté académique et liberté d'expression personnelle (*CEDH, Kula c. Turquie, 19 juin 2018, n° 20233/06*).

Article 44 de la LOTC prévoit trois conditions au recours d'*amparo* :

« a) toutes les voies de droit prévues au sein de l'ordre juridictionnel par les règles processuelles pour l'affaire en cause ont été épuisées ;

b) la violation du droit ou de la liberté est imputable de manière immédiate et directe à une action ou à une abstention d'un organe juridictionnel indépendamment des faits qui ont donné lieu au procès au sein duquel cette action ou abstention s'est produite, faits dont, en aucun cas, le Tribunal constitutionnel ne pourra avoir à connaître ;

c) que l'atteinte au droit constitutionnel en cause, s'il y a lieu, ait été formellement relevée, aussitôt que possible une fois connue ».

Cette affaire vient aussi rappeler l'affaire *M.D. et autres c. Espagne*, n°36584/17, où les requérants, vingt magistrats de Catalogne, avaient signé en 2014 un manifeste selon lequel la population catalane avait le « droit de décider » de la question d'indépendance de la Catalogne. En effet, suite à ce manifeste la police avait constitué des dossiers sur eux – avec des photos tirées de la base de données de la police –, qui ont ensuite été divulgués à la presse, se sont vus faire l'objet de mesures disciplinaires pour avoir exprimé leur opinion.

Si pour les magistrats, la Cour avait qualifié la violation de l'article 8 (« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »), la Cour conclut, cette fois, à la violation de l'article 10 (liberté d'expression). Elle s'aligne ainsi à sa jurisprudence antérieure, et la lecture de cet arrêt laisse penser que si M. Ayuso Torres n'avait eu que le statut de militaire, elle aurait tout de même fait primer la protection de sa liberté d'expression.

Dans une seconde affaire (*CEDH, Olivares Zúñiga c. Espagne*, 15 décembre 2022, n°11/18), la Cour s'est intéressée au cas d'une avocate en Espagne, Mónica Ileana Olivares Zúñiga. Cette dernière avait été licenciée de ses fonctions en 2013 pour des raisons disciplinaires. En 2014, la juridiction du travail espagnole avait déclaré ce licenciement injuste, mais pas au point d'être nul et non avenue. Le Tribunal Suprême, en 2015, rejeta son pourvoi.

En 2017, elle tenta d'introduire un recours *d'amparo*. Celui-ci, pour rappel, est introduit devant le Tribunal Constitutionnel et permet de réagir contre les violations des droits fondamentaux et des libertés publiques commises par les pouvoirs publics de l'État (comprenant les Communautés Autonomes, les entités territoriales, corporatives ou institutionnelles, ainsi que leurs fonctionnaires ou agents), dans des dispositions, des actes, des décisions, des résolutions, des omissions ou par voie de fait. Plus particulièrement, le recours *d'amparo* peut être introduit contre des décisions de l'Administration Judiciaire, et de façon « mixte » contre des actes ou dispositions tant des administrations publiques que des tribunaux de justice. Il permet, notamment, de demander la préservation ou la réparation d'atteintes concrètes et effectives aux droits fondamentaux. En l'espèce, le Tribunal constitutionnel espagnol avait conclu au rejet de ce recours, considérant que la requérante n'avait pas épuisé toutes les voies de recours pour pouvoir y accéder. Plus particulièrement, il lui était demandé de procéder à un recours en annulation de la décision du Tribunal Suprême.

La Cour EDH a, ici, attaché une importance particulière à la pertinence de la procédure et de l'action en annulation comme un « remède » préalable à l'appel devant le Tribunal constitutionnel, au moment des actions en justice menées par le demandeur et de son point de vue. En ce sens, la loi espagnole ne prévoyait de possibilité de procéder à un recours en annulation à l'encontre d'une décision que dans le cas où ladite décision aurait violé un droit fondamental, et ne pourrait se voir opposer ni appel ordinaire, ni recours en cassation. Dès lors que le Tribunal Suprême avait statué sur les points de droit et que la demandeuse avait soulevé les points concernant ses droits fondamentaux, il lui était tout à fait possible de penser que l'action en annulation n'aboutirait nécessairement pas. Ces mêmes droits fondamentaux, ainsi que l'a souligné la Cour, avaient d'ailleurs été évoqués à tous les niveaux juridictionnels. De plus, le Tribunal constitutionnel lui-même avait

reconnu, en 2019, que le système précédemment en vigueur avait créé une insécurité juridique et manquait de prévisibilité au même titre que les autres types de recours disponibles avant *l'amparo*.

La Cour EDH avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur le recours *d'amparo*, décidant que le Tribunal constitutionnel qui oppose à un demandeur le manque d'importance des droits constitutionnellement protégés, ne viole pas l'article 6§1 de la Convention, qui protège le droit à un procès équitable et l'accès à un tribunal (*CEDH, Arribas Antón v. Spain, 20 janvier 2015, n°16563/11*, concernant le licenciement d'un assistant infirmier).

Toutefois, si le droit d'exercer un recours peut bien entendu être soumis à des conditions légales, les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure (*Walchli c. France, n° 35787/03, 26 octobre 2007, § 29 ; Evaggelou c. Grèce, 44078/07, 20 juin 2011, § 23*). Il arrive en effet qu'une application particulièrement rigoureuse d'une règle procédurale porte atteinte au droit d'accès à un tribunal dans son essence même (*Labergère c. France, n° 16846/02, 26 décembre 2006, § 23*). C'est ainsi que la Cour conclut, en l'espèce, à la violation de l'article 6 qui garantit le droit à un procès équitable. **♦ S. A.-B.**