

Annuaire International de Justice Constitutionnelle

2004

Justice constitutionnelle, Justice ordinaire,
Justice supranationale :
À qui revient la protection
des droits fondamentaux en Europe ?

*

La révision de la Constitution

**Annuaire
International
de Justice
Constitutionnelle**

Groupe d'Études et de Recherches
sur la Justice Constitutionnelle
Centre Louis Favoreu
Équipe associée au CNRS (UMR6201)
Aix-en-Provence

**Annuaire
International
de Justice
Constitutionnelle**

XX

2004

ECONOMICA
49, rue Héricart
75015 Paris

3, Avenue R. Schuman
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2005

Annuaire International de Justice Constitutionnelle

Fondé par Louis Favoreu

publié par le

Groupe d'Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle – Centre Louis Favoreu (Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III et CNRS UMR 6201).

Sous le haut patronage de M. le Président de la Cour constitutionnelle d'Autriche, MM. les Présidents de la Cour d'Arbitrage de Belgique, Mme la Présidente du Tribunal constitutionnel d'Espagne, M. le *Chief Justice* des États-Unis d'Amérique, M. le Président du Conseil constitutionnel de France, M. le Président de la Cour constitutionnelle d'Italie, M. le Président du Tribunal constitutionnel du Portugal, M. le Président de la Cour constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne.

Conseil scientifique : O. Bachof (*Université de Tübingen*), M. Cappelletti (*Université de Florence*), L. Elia (*Université de Rome, ancien président de la Cour constitutionnelle d'Italie*), H. Fix-Zamudio (*Université nationale autonome de Mexico, ancien président de la Cour interaméricaine des Droits de l'homme*), E. Garcia de Enterría (*Université de Madrid*), E. McWhinney (*Université de Vancouver*), J. Rivero (*Université de Paris II, †*), F. Rubio Llorente (*Président du Conseil d'État, ancien vice-président du Tribunal constitutionnel d'Espagne*), H. Steinberger (*Université de Heidelberg, ancien juge à la Cour constitutionnelle d'Allemagne*), G. Vedel (*Université de Paris II, ancien membre du Conseil constitutionnel, †*).

Comité de rédaction : M. Baudrez (Toulon), P. Bon (Pau), F. Delpérée (Louvain), T. Di Manno (Toulon), M. Fromont (Paris I), L. Garlicki (Varsovie), J. Iliopoulos-Strangas (Athènes), J. Miranda (Lisbonne), F. Moderne (Paris I), Th. Öhlinger (Vienne), A. Pizzorusso (Pise), M. Rosenfeld (New-York), A. Roux (Aix-Marseille III), E. Smith (Oslo), G. Zagrebelsky (Turin).

Direction et rédaction : A. Roux, assisté de M. Fatim-Rouge Stéfanini et C. Soullière.

Composition et mise en page : C. Soullière.

Ont collaboré à ce volume : E. Alberti, H. Alcaraz, M. Baudrez, F. Bien, T. Bombois, P. Bon, E. Bruce, P. Cambot, E. Carpentier, S. Dagron, F. Delpérée, I. Diallo, Th. Di Manno, M. L. Duarte, M. Fatim-Rouge Stéfanini, F. Fernández Segado, P. Gaïa, L. Garlicki, L. Gay, M. Granat, C. Grewe, A. Harmathy, M. Hottelier, F. Limbach, M. Luciani, F. J. Matía Portilla, J. Miranda, F. Moderne, F. Moline, P. Passaglia, X. Philippe, A. Pizzorusso, A. Rasyon-Roland, B. Renaud, J.L. Requejo Pagés, R. Romboli, M. Safjan, D. H. Scheuing, G. Schmitter, G. Scoffoni, C. Severino, E. Smith, E. Tanasescu, C. Taube, M. Ueno, M. Volmerange, l'équipe du CDPC de Toulon.

Traductions : H. Alcaraz, B. Plonka,

Correspondance : *Rédaction* : GERJC, Faculté de Droit, 3, av. Robert Schuman, 13628 Aix-en-Provence Cedex 01 - Tél. : (0)4 42 17 29 55 ou 57

Courriel : gerjc@univ.u-3mrs.fr - *Site du GERJC* : www.gerjc.u-3mrs.fr

Abonnements et ventes : Editions Economica.

La rédaction n'entend ni approuver, ni réprouver les opinions émises dans le présent annuaire, qui n'engagent que leurs auteurs. Le mode de citation de l'annuaire est : *Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XX-2004, Economica-PUAM.*

© Ed. ECONOMICA, 2005

Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution réservés pour tous les pays

SOMMAIRE

ÉDITORIAL

ÉTUDE

*Du contrôle politique au contrôle juridictionnel.
Évolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine*
par Francisco FERNÁNDEZ SEGADO 11

ESSAIS

L'organe, l'acte et le conflit constitutionnels
par Élise CARPENTIER..... 57

À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle
par Ibrahima DIALLO 93

TABLE RONDE

JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, JUSTICE ORDINAIRE,
JUSTICE SUPRANATIONALE :
À QUI REVIENT LA PROTECTION
DES DROITS FONDAMENTAUX EN EUROPE ?
XX^e Table ronde internationale des 17 et 18 septembre 2004

Hommages à Louis Favoreu

*André Roux, Francis Delpérée,
Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Jacques Bourdon et Didier Maus*

- Allemagne (D. H. Scheuing)..... 141
- Belgique (F. Delpérée) 167
- Espagne (F. J. Matía Portilla) 185
- France (M. Fatin-Rouge Stéfani, P. Gaïa et L. Gay) 213
- Hongrie (A. Harmathy)..... 245
- Italie (M. Luciani, P. Passaglia, A. Pizzorusso et R. Romboli) 251
- Japon (M. Ueno) 295
- Norvège (E. Smith)..... 301

• Pologne (M. Safjan)	311
• Portugal (M. L. Duarte)	325
• Suède (C. Taube)	335
• Suisse (M. Hottelier)	341

<i>Compte rendu des discussions et débats</i> (W. Benessiano et V. Narale)	363
---	-----

COURS INTERNATIONAL DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION XVI^e Cours international du 14 au 16 septembre 2004

Franck Moderne : <i>La notion de révision de la Constitution</i>	424
Jorge Miranda : <i>Le contrôle et les limites de révision de la Constitution</i>	441

CHRONIQUES

ALLEMAGNE (F. Bien, S. Dagron, C. Grewe, F. Limbach et X. Volmerange).....	461
BELGIQUE (T. Bombois, F. Delpérée, F. Moline et B. Renauld).....	505
ESPAGNE (E. Alberti, P. Bon, P. Cambot et J.L. Requejo Pagés)	565
ÉTATS-UNIS (G. Scoffoni).....	631
FRANCE (H. Alcaraz, E. Bruce, E. Carpentier, M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay, G. Schmitter et C. Severino).....	649
ITALIE (Équipe du CDPC <i>Jean-Claude Escarras</i>).....	703
POLOGNE (L. Garlicki)	747
PORTUGAL (J. Miranda).....	761
ROUMANIE (E. Tanacescu)	783
SUISSE (M. Hottelier)	809

INDEX	825
-------------	-----

TABLE RONDE
JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, JUSTICE ORDINAIRE,
JUSTICE SUPRANATIONALE :
À QUI REVIENT LA PROTECTION
DES DROITS FONDAMENTAUX EN EUROPE ?

ESPAGNE

*par Francisco Javier MATIA PORTILLA **

1. Le présent rapport a pour unique but de répondre aux interrogations formulées au sein du premier paragraphe du questionnaire proposé (*un système initial ambigu*), ainsi sont mis en lumière les problèmes examinés. Au fil des réponses, nous proposerons un examen critique, ainsi que nous y invite le paragraphe II (*Le constat du désordre*). Notre contribution au paragraphe III (*Remise en ordre ...*) interviendra au cours du débat.

I - LA PRÉÉMINENCE INITIALE DES JURIDICTIONS NATIONALES

A - Le rôle central des juridictions nationales dans le système initial

1) *La création du Tribunal constitutionnel et le rôle des juridictions ordinaires dans la protection des droits fondamentaux*

2. La soumission des tribunaux à la loi est un phénomène qui plonge ses racines dans la Révolution française, et qui ne fait aujourd'hui l'objet d'aucune discussion dans notre pays. Depuis leur création, les cours et tribunaux ont, notamment, eu pour mission d'assurer l'effectivité des droits subjectifs et des intérêts légitimes des justiciables, reconnus par la loi, face à l'action de tout autre sujet, indépendamment de sa nature (publique ou privée) et de son objet. Cependant, les deux constitutions espagnoles adoptées lors du siècle dernier (le texte républicain de 1931 et son homologue monarchique de 1978) avaient vocation à former un cadre normatif de premier ordre, modifiant la place historiquement réservée jusque-là à la loi et, en matière juridictionnelle, au Tribunal suprême.

* Professeur de Droit constitutionnel (UVA) ; Letrado de adscripción temporal del Tribunal Constitucional.

Ces deux effets ne sont pas indépendants mais, tout au contraire, étroitement reliés. Dès lors que la Constitution a une vocation normative, certaines conséquences logiques se produisent. D'une part, le législateur cède la position privilégiée qu'il occupait au sein de l'État libéral, celle-ci revenant désormais au peuple, entendu comme pouvoir constituant, et son travail législatif, s'il continue à être de nature politique (soumission négative), ne peut méconnaître les règles constitutionnelles. D'autre part, afin de contrôler les excès que le législateur pourrait commettre, il apparaît nécessaire de compter avec un nouvel organe constitutionnel, le Tribunal constitutionnel, qui, à la différence des organes juridictionnels qui prennent place au sein du pouvoir judiciaire, est seulement soumis de manière stricte à la Constitution, à partir de laquelle il doit juger la validité des autres lois.

3. Les normes constitutionnelles qui reconnaissent des droits subjectifs aux justiciables apparaissent, ainsi, comme des droits fondamentaux, dans la mesure où elles imposent un contenu constitutionnel minimal au législateur (bien que celui-ci participe également à la détermination des droits fondamentaux), et où elles peuvent être invoquées directement devant les organes juridictionnels par leurs titulaires. Le constituant, lui-même, a décidé que certains de ces droits méritent, dans des circonstances déterminées, une protection supplémentaire qui peut intervenir sur le plan normatif (exigence de mise en œuvre à travers la loi organique), ou juridictionnel. Nous en tenant à cette dernière hypothèse, il est utile de rappeler que l'article 53 alinéa 2 de la Constitution espagnole dispose que certains droits fondamentaux (ceux qui sont rassemblés dans la Section I du Chapitre II du Titre I de la Constitution, auxquels il faut ajouter le droit subjectif au respect du principe d'égalité consacré par l'article 14 de la Constitution et l'objection de conscience de l'article 30.2 alinéa 2 de la Constitution, bien que ce dernier ne puisse pas entrer, pour des raisons qu'il n'y a pas lieu ici d'exposer, dans la catégorie des droits fondamentaux) peuvent être invoqués, à travers un procès préférentiel et abrégé dans le cadre de la voie judiciaire préalable et, à travers le recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel face aux actes des pouvoirs publics.

En vertu de ce choix constitutionnel, le Tribunal constitutionnel est habilité à contrôler l'action juridictionnelle des tribunaux ordinaires. Cette affirmation signifie, ainsi que le prévoit la Constitution elle-même, que le Tribunal suprême continue d'être « l'organe juridictionnel suprême dans tous les ordres », mais exige que l'on ajoute une importante réserve : « sous réserve de ce qui est prévu en matière de garanties constitutionnelles » (article 123 alinéa 1 de la Constitution). Bien que l'expression choisie (« garanties constitutionnelles ») soit polysémique, elle doit être interprétée au sens large, puisqu'elle vise non seulement la jurisprudence constitutionnelle, dont la raison d'être est sa fonction de garante (ultime, comme nous le verrons) des droits fondamentaux, mais aussi celle qui résulte du contrôle de constitutionnalité des normes ayant rang de loi ou des autres tâches que la Constitution et la loi organique relative à son fonctionnement ont confiées au Tribunal constitutionnel.

4. Examinant les droits fondamentaux, on pourrait penser que la Constitution donne le dernier mot au Tribunal constitutionnel pour ce qui est de droits déterminés, dans certains cas (lorsque sont contestés des actes des pouvoirs publics), et le confie, dans les autres hypothèses, à la juridiction ordinaire (en dernière instance au Tribunal suprême). Mais une telle conception de la question est clairement simpliste et inexacte.

En premier lieu, parce que tous les droits fondamentaux présentent une dimension normative très importante, dans la mesure où l'on se trouve face à des règles constitutionnelles qui doivent être interprétées, en dernière analyse, par le Tribunal constitutionnel. En matière d'interprétation constitutionnelle, une collaboration active

intervient entre les différents opérateurs juridiques (administration, organes juridictionnels...), mais l'interprétation de la règle constitutionnelle relève, en dernière instance, du Tribunal constitutionnel. De ce point de vue, la juridiction peut rechercher, par exemple, si une disposition déterminée ayant rang législatif est contraire, ou non, à une norme constitutionnelle donnée consacrant un droit fondamental, même si ce dernier ne bénéficie pas de la garantie de l'*amparo* constitutionnel (cf. la sentence du Tribunal constitutionnel, ci-après, STC, 164/2001/19 du 11 juillet, dans laquelle est admise la conformité à la Constitution de l'article 4 alinéa 3 de la loi relative aux *Cortes generales* 6/1998, du 13 avril, quant au régime de la sanction des règles consacrées aux articles 33 et 38 de la Constitution).

En outre, parce que les tribunaux ordinaires sont aussi les garants des droits fondamentaux qui bénéficient de l'*amparo* constitutionnel. Le fait que leurs décisions puissent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal constitutionnel, et puissent être soumises à son contrôle, n'exclut pas leur fonction de garantie dans le cadre de la défense de ces droits, mais, tout au contraire, la présuppose.

5. Ce système de collaboration entre la juridiction constitutionnelle et la juridiction ordinaire, en matière de protection des droits fondamentaux, fonctionne, en général, de manière acceptable. On en prendra pour preuve la faible quantité de décisions juridictionnelles qui sont annulées par le Tribunal constitutionnel pour atteinte à un des droits fondamentaux protégés par l'*amparo* constitutionnel. Du point de vue des données statistiques, il est opportun de souligner que durant l'année 2003, 90.02 % des requêtes d'*amparo* examinées furent rejetées, par *providencias* ou *autos*, et ce pourcentage est moins élevé qu'à l'ordinaire où il atteint environ 95%. D'autre part, parmi les cent cinquante deux décisions rendues par les chambres, les requêtes contenues dans quarante sept d'entre elles n'aboutirent pas. À la vue de ces données sommaires (le nombre de décisions ne correspond pas au nombre des affaires tranchées), on peut en déduire que la juridiction ordinaire est sensibilisée à la protection des droits fondamentaux.

En effet, il y a une unité, au sein la matière qui nous occupe, dans le comportement du Tribunal constitutionnel et de la juridiction ordinaire, dans le domaine des droits fondamentaux. Cette collaboration pacifique et fructueuse, dans la protection des droits fondamentaux, n'interdit pas qu'il existe certaines différences de critères, qui posent des problèmes dans l'articulation entre les deux types de juridictions. Ces difficultés ont pour origine, dans certains cas, la réaction de la juridiction ordinaire (spécialement, bien sûr, du Tribunal suprême) face à ce qu'elle juge comme constituant une ingérence inadmissible du Tribunal constitutionnel dans son domaine propre, dans d'autres cas, de ce que la juridiction ordinaire donne de certains droits fondamentaux une interprétation distincte de celle qui est avalisée par le Tribunal constitutionnel, et que celui-ci se trouve dans l'impossibilité de corriger du fait qu'elle apparaît plus protectrice. Nous allons examiner ces deux phénomènes.

2) *Le conflit entre Tribunal constitutionnel et chambre civile du Tribunal suprême*

6. La Chambre civile du Tribunal suprême a mis en cause, à diverses occasions, le comportement du Tribunal constitutionnel. La première critique fut formulée par cette dernière à propos de la sentence 7/1994 du 17 janvier, dans laquelle le Tribunal constitutionnel annulait une sentence de la Chambre civile du Tribunal suprême. Il confirmait ainsi la décision de l'*Audiencia Provincial* de Madrid, ce qui provoqua un

courrier particulier, au nom des magistrats, adressé au Roi afin qu'il modère les excès commis, selon eux, par le Tribunal constitutionnel.

Dans l'affaire en cause, on examinait si des révélations précises réalisées par une personne travaillant pour un personnage célèbre portaient atteinte, ou non, à son intimité. Bien que cette ingérence ait été admise en première instance et en appel (et qu'à cette dernière occasion l'indemnisation fixée par le tribunal *a quo* fut doublée), la Chambre civile, décida qu'il n'y avait pas eu, en l'espèce, de violation (Sentence du Tribunal suprême, STS 157/1996 du 31 décembre). Cette décision fit l'objet d'un recours devant le Tribunal constitutionnel qui jugea qu'il y avait eu atteinte au droit à l'intimité, revenant sur les appréciations du Tribunal suprême (STC 115/2000 du 10 mai). En guise de première manifestation de rébellion, le Tribunal suprême indiqua qu'il n'avait pas d'autre choix que de respecter la décision rendue par le Tribunal constitutionnel, mais en lui déniait tout effet pratique (c'est-à-dire en accordant une indemnisation de vingt cinq mille pesetas, bien au dessous des dix millions de pesetas fixés par le jugement d'appel). Le Tribunal suprême formula une critique expresse à l'égard du comportement, individuel et collégial, des magistrats du Tribunal constitutionnel lors de sa sentence du 5 novembre 2001. La personne visée interjeta un nouveau recours d'*amparo* afin de protéger son droit à l'intimité, recours auquel le Tribunal constitutionnel fit droit, et qui décida de confirmer le *quantum* de l'indemnité fixé par la décision rendue par l'*Audiencia Provincial* de Barcelone, afin d'éviter de nouveaux retards. Souvenons nous que la sentence fut suivie d'une opinion dissidente souscrite par les magistrats Don Vicente Martín de Hijas et Don Guillermo Jiménez Sánchez, dans laquelle ils soutenaient que l'essentiel consistait à confirmer la violation du droit à une protection juridictionnelle effective et à renvoyer l'affaire à la Chambre civile du Tribunal suprême pour qu'elle intervienne à travers une nouvelle sentence, respectant ainsi ce qu'ils considéraient comme le domaine propre de la juridiction ordinaire.

Récemment, la Chambre civile du Tribunal suprême a rendu une sentence (STS 51/2004 du 23 janvier), dans laquelle sont déclarés poursuivis, en matière de responsabilité civile, onze des douze magistrats du Tribunal constitutionnel, en raison de leur action juridictionnelle à l'occasion d'une demande d'*amparo*. Dans celle-ci, le requérant demandait la récusation de tous les magistrats du Tribunal constitutionnel, en même temps qu'il réclamait au gouvernement une initiative législative afin que soit garanti le droit constitutionnel à un examen impartial du recours d'*amparo* engagé. De fait, le recours était dirigé « contre le Tribunal constitutionnel, substitué par une formation garantissant un examen impartial ». La réponse du juge constitutionnel, formulée à travers une *providencia* rendue par l'assemblée plénière, considérait que, dans la mesure où le recours était à adresser un hypothétique tribunal non prévu par la loi, la demande d'*amparo* devait être déclarée irrecevable. Bien qu'il y ait une adéquation évidente entre la demande insolite d'*amparo* et la *providencia* rendue par le Tribunal constitutionnel (ainsi que cela est mis en évidence dans l'opinion dissidente de Francisco Marín Castán sous la sentence du Tribunal suprême), la Chambre civile condamne les magistrats du Tribunal constitutionnel, en se fondant sur le principe de la responsabilité extra-contractuelle de l'article 1902 du Code civil (« Celui qui, par son action ou son omission, cause un dommage à autrui, du fait de sa faute ou de sa négligence, est obligé de réparer ledit dommage »), méconnaissant manifestement l'article 22 de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel (« Les magistrats du Tribunal constitutionnel (...) ne pourront pas être poursuivis pour les opinions exprimées dans l'exercice de leurs fonctions... »). La Chambre civile du Tribunal suprême juge que le Tribunal constitutionnel n'a pas résolu la requête qui lui était soumise, du fait que les magistrats qui le composent ne possèdent pas, ou n'appliquent

pas convenablement, les connaissances juridiques requises, ce qui contribue à bousculer la foi du requérant en la justice, la Chambre civile mettant, par conséquent, une amende de cinq cents euros à la charge de chaque juge.

Face à cette sentence, la première réaction du Tribunal constitutionnel fut le vote d'un accord adopté le 3 février 2004, dans lequel l'immixtion dans les compétences du Tribunal constitutionnel est dénoncée. D'autre part, les magistrats ont engagé un recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel lui-même, par lequel il devra juger si la sentence du Tribunal suprême 51/2004 a porté atteinte à leur droit à une protection juridictionnelle effective et au *ius in officium*.

3) *L'ultra-protection des droits fondamentaux par la Chambre pénale du Tribunal suprême*

7. La Chambre pénale du Haut tribunal adopte l'interprétation donnée par le Tribunal constitutionnel à propos de certains droits fondamentaux, manifestant une sincère préoccupation pour la protection effective des droits fondamentaux.

Si nous envisageons, en effet, l'action de la Deuxième chambre du Tribunal suprême, ce n'est pas en raison de l'information que l'on vient de donner, qui est transposable à un nombre très élevé des organes juridictionnels qui forment le pouvoir judiciaire, mais pour examiner un autre phénomène qui nous semble plus intéressant (mais pas plus important).

On sait que le Tribunal constitutionnel contrôle l'action des tribunaux et juge si, au cours d'un procès pénal déterminé, ceux-ci ont respecté ou non les droits fondamentaux de l'accusé ou du condamné. De cette façon, le Tribunal constitutionnel a posé les règles qui se sont peu à peu imposées à la pratique processuelle criminelle. Ainsi, par exemple, c'est d'ores et déjà un lieu commun de rappeler que tandis que le témoignage de la victime peut être utilisé comme unique preuve à charge dans un procès déterminé, le recueil de la déclaration d'une personne, également mise en cause, exige toujours un indice ou une donnée externe qui vienne accréditer sa véracité. Ce sont de tels standards qui sont, en principe, utilisés par les organes judiciaires.

Pendant, à certaines occasions, les tribunaux ordinaires peuvent être de meilleurs garants que le Tribunal constitutionnel lui-même. C'est, précisément, ce qui s'est produit avec la Chambre pénale du Tribunal suprême qui, face à l'interprétation discutable que le Tribunal constitutionnel a donné de l'article 11 alinéa 1 de la loi organique 6/1985, du 1^{er} juillet, relative au pouvoir judiciaire, n'a pas hésité à adopter une interprétation plus favorable au droit fondamental en cause. Cette règle de nature légale dispose, pour ce qui nous intéresse ici, que « Ne produiront pas d'effet les preuves obtenues, directement ou indirectement, en violation des droits ou libertés fondamentaux ». Bien que le Tribunal constitutionnel ait fait une interprétation rigoureuse de cette règle dans la très importante sentence STC 114/1984, du 29 novembre, sa jurisprudence postérieure a nuancé la portée de la théorie de la preuve réflexe, à travers ce qu'il a dénommé le « lien d'*antijuridicité* ». À partir de la sentence STC 81/1998, du 2 avril, en effet, il choisit de faire dépendre la légitimité d'une preuve résultant de celle obtenue en violation des droits fondamentaux de la relation existant entre celles-ci. Selon cette théorie, pour « tenter de rechercher si ce lien d'*antijuridicité* existe ou pas, nous devons analyser, en premier lieu, la nature et les caractéristiques de l'atteinte au droit au secret des communications matérialisée dans la preuve originaire, ainsi que son résultat, afin de déterminer, si, d'un point de vue interne, son inconstitutionnalité se transmet, ou non, à la preuve obtenue comme conséquence de celle-là, mais, nous devons également considérer, depuis une perspective que nous pourrions désigner comme externe, les nécessités essentielles de

protection qu'exigent la réalité et l'effectivité du droit au secret des communications. Ces deux perspectives sont complémentaires, car c'est seulement si la preuve dite consécutive apparaît juridiquement étrangère à l'atteinte au droit fondamental et l'interdiction de l'opposer n'est pas exigée par les nécessités essentielles de protection dudit droit, qu'il sera possible de considérer que son utilisation effective est constitutionnellement légitime, puisque n'influençant négativement aucun des aspects qui façonnent le contenu du droit fondamental en cause » (STC 81/1998/4). Cela se produit, par exemple, chaque fois qu'il y a aveux de l'accusé, puisque le Tribunal constitutionnel a jugé que ceux-ci dépendent, en dernière analyse, de la volonté de la personne (STC 139/1999/6, du 22 juillet, STC 161/1999/4.c, du 27 septembre, STC 239/1999/9, du 20 décembre ; STC 8/2000/10, du 17 janvier ; STC 149/2001/6, du 27 juin et STC 184/2003/2, du 23 octobre).

La Chambre pénale du Tribunal suprême ne partage pas cette analyse. Si dans la STS 1203/2002, du 18 juillet (RJ 2002\7997), il fait déjà allusion au fait que cette théorie du lien de l'*antijuridicité* doit être utilisée avec une grande précaution, ce qui revient à nier toute valeur probatoire aux aveux d'une personne également mise en examen, en relation avec d'autres personnes poursuivies, un pas plus audacieux est franchi dans la sentence postérieure STS 58/2003, du 22 janvier (RJ 2003\1.130), dans laquelle on recherche quelle valeur il convient d'attribuer aux aveux de la personne poursuivie, lorsque ceux-ci résultent d'une information obtenue grâce à la violation de ses droits fondamentaux. Son utilisation indirecte, affirme le Tribunal suprême, « constituerait une proclamation vide de contenu effectif, et même une incitation, à l'utilisation de procédures inconstitutionnelles qui, indirectement, finiraient par produire des effets dans le procès », contrairement à ce qui est prévu dans l'article 11 alinéa 1 de la loi organique relative au pouvoir judiciaire (LOPJ). C'est dans l'examen du lien d'*antijuridicité* qu'apparaît, manifestement, la sensibilité distincte du Tribunal suprême par rapport à celle exprimée, sur le même point, par le Tribunal constitutionnel, puisqu'il l'établit en relation selon une preuve de caractère personnel, telle que les aveux livrés avec toutes les garanties. Le Tribunal suprême considère que ladite confession ne peut produire d'effets probatoires puisque : a) toute l'information utile a été obtenue grâce à l'atteinte à des droits fondamentaux déterminés, y compris celle qui a constitué le fondement des questions posées à l'accusé ; il existe une authentique causalité juridique du fait de sa production dans un cadre juridique formel et de sa réalisation à partir de résolutions judiciaires préalables ; b) les questions formulées doivent être considérées comme captieuses, dans le sens où elles induisent en erreur (article 709 du Code de procédure pénale), puisque l'on dissimule aux personnes interrogées une donnée importante du contexte juridique, essentielle pour l'effectivité de son droit à la défense : celle de l'invalidité radicale de ces éléments à charge. Cette conclusion s'impose, en outre, parce que lorsque l'article 11 alinéa 1 de la LOPJ prive d'effets, directs ou indirects, des preuves déterminées, il interdit également que celles-ci puissent être utilisées comme prémisses du raisonnement probatoire, ce qui rend impossible l'usage de celles-ci en vue d'aboutir à une inculpation. Dans la sentence, accompagnée d'une opinion dissidente d'un magistrat, le Tribunal conclut que la déclaration d'auto-inculpation des requérants trouve sa cause naturelle et juridique dans le résultat de diligences non conformes à la Constitution, et ne doit pas être prise en considération.

Bien qu'en général, le Tribunal constitutionnel impose aux pouvoirs publics un respect plus strict des droits fondamentaux que celui que la juridiction ordinaire elle-même considère comme indispensable, dans cette sentence, le Tribunal suprême met en oeuvre une plus grande protection que celle offerte par le Tribunal constitutionnel. Cette disparité de critères jurisprudentiels pose un problème complexe, car il n'est pas

aisé de déterminer quelle peut être la voie à suivre en vue de reconstituer l'unité, puisqu'il n'est pas possible de censurer, au niveau du juge constitutionnel, la décision du Tribunal suprême. L'unique voie qui, éventuellement permettrait un tel contrôle serait celle de l'*amparo* constitutionnel du défendeur (ce qui nous placerait, au sens strict, en présence d'un « contre-*amparo* »). En tout cas, il semble difficile de penser que l'interprétation retenue par le Tribunal suprême de l'article 11 alinéa 1 de la LOPJ puisse être dite irrationnelle, irraisonnable ou qu'elle soit entachée d'erreur manifeste, et par conséquent, peut-être que l'unique solution consisterait à ce que le Tribunal constitutionnel réexamine la théorie du lien d'*antijuridicité*, en partant, pour cela, de la fonction de garant, en matière de garanties constitutionnelles que la Constitution lui confie.

Dans les sentences du Tribunal suprême que nous venons d'examiner, est consacrée, en somme, une protection plus étendue pour certains droits fondamentaux que celle qui a été posée par le Tribunal constitutionnel. On pourrait dire, en termes graphiques, que nous sommes en présence d'un contenu additionnel ou supplémentaire du droit fondamental, d'origine jurisprudentielle, contenu additionnel qui, en principe, ne soulève aucun grief constitutionnel dans la mesure où ses effets se concrétisent par le prononcé de sentences pénales absolutoires, qui ne devraient pas être, de par leur nature, révisables par la voie de l'*amparo* constitutionnel (car dans le cas contraire, cela transformerait l'*amparo* constitutionnel en un instrument ironique de défense de la liberté).

B - Le rôle subsidiaire des juridictions européennes

8. Nous avons expliqué, antérieurement, que dans le système constitutionnel espagnol, les droits fondamentaux, entendus comme droits subjectifs, sont garantis par les tribunaux ordinaires et, dans certaines hypothèses, par le Tribunal constitutionnel, ce qui permet d'affirmer que les deux juridictions collaborent en cette matière. Même si, du côté d'un organe judiciaire, une rébellion a vu le jour, on peut affirmer que le système fonctionne raisonnablement bien. Est apparu un autre phénomène, qui est que les tribunaux ordinaires peuvent conférer une plus grande portée ou effectivité à un droit fondamental, ce que nous avons désigné comme le contenu jurisprudentiel supplémentaire du droit fondamental.

Notre but, désormais, consiste à examiner les tensions qui, le cas échéant, se produisent entre la jurisprudence constitutionnelle et les tribunaux européens qui traitent d'affaires d'une nature similaire.

1) Sur la Convention européenne des droits de l'homme et les droits qu'elle rassemble

9. L'Espagne est membre du Conseil de l'Europe depuis le 24 novembre 1977. À cette date, elle signa la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et le Premier protocole additionnel, bien que leur ratification et leur entrée en vigueur furent bien distinctes. Tandis que ces deux éléments sont relatifs à l'Accord du 4 octobre 1979, ceux qui touchent au Protocole ne sont intervenus que le 27 novembre 1990. Le Protocole 6, relatif à la peine de mort, signé le 28 avril 1983, avait déjà été ratifié (le 14 janvier 1985) et était entré en vigueur le 1^{er} mars 1985¹.

¹ Les procédures relatives à la CEDH furent communes aux Protocoles 3 et 5, qui amendaient certaines dispositions de la Convention. Postérieurement, le Protocole 2 a été signé, le 23 février

Quant à la Convention, l'État espagnol a formulé, le 4 octobre 1979, certaines réserves relativement aux droits à la liberté et à la sécurité et au droit au procès (articles 5 et 6 de la CEDH, dans la mesure où ils étaient incompatibles avec le régime disciplinaire des Forces armées), le droit à la liberté de réunion et de circulation (en invoquant les articles 28 et 127 de la Constitution espagnole, qui restreignent la liberté syndicale des personnes intégrant les Forces et Corps armés et d'autres corps soumis à la discipline militaire, ainsi que celle des juges, magistrats et représentants du ministère public). Pour ce qui est de la première réserve, le Représentant permanent de l'Espagne au Conseil de l'Europe transmet une Déclaration, le 28 mai 1986, dans laquelle était mentionnée la modification de la loi organique 12/1985, du 27 novembre, relative au régime disciplinaire des Forces armées, sans que cela modifie la réserve initialement énoncée.

D'autre part, l'État a également fait diverses déclarations, en considérant que l'article 10 alinéa 1 de la CEDH est incompatible avec le régime d'organisation de la radiodiffusion et télévision en Espagne. De plus, les articles 15 et 17 de la CEDH ne s'opposent pas aux mesures qui pourraient être adoptées, conformément aux articles 55 alinéa 2 et 116 de la Constitution espagnole qui autorisent la restriction individuelle des droits, dans les hypothèses relatives au terrorisme, ou la suspension générale des droits, qui peut intervenir à la suite de la déclaration de l'état d'urgence.

Finalement, le 27 novembre 1990 est introduite une réserve relative à l'article 1 du Protocole additionnel (1^o) à la CEDH, qui reconnaît le droit de propriété, invoquant la fonction sociale qui, selon l'article 33 alinéa 3 de la Constitution espagnole, limite son contenu, conformément à la loi.

10. Les droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (au sens large, en incluant les protocoles additionnels) ne sont pas des droits fondamentaux mais des droits de l'homme, conformément à l'acception selon laquelle on utilise habituellement cette expression pour faire référence aux droits subjectifs reconnus par des normes de droit international public. Cette affirmation n'est pas simplement rhétorique, mais implique, d'une part, que les critères du contrôle, mis en œuvre dans la Constitution et dans le traité précité, n'ont pas à coïncider et, ce qui est plus important, que l'autonomie doit exister entre la Cour de Strasbourg et le Tribunal constitutionnel. Cela suppose également, d'autre part, qu'en principe, ce dernier n'est pas garant des droits contenus dans la Convention, puisque ce ne sont pas des droits fondamentaux *stricto sensu*.

Il est clair qu'une telle autonomie n'est pas absolue. D'un point de vue général, car les tribunaux ordinaires sont également tenus de respecter les droits fondamentaux (tels qu'ils ont été conçus par le Tribunal constitutionnel) et les droits subjectifs contenus dans la Convention (dont la portée est déterminée par la Cour de Strasbourg), puisqu'ils font partie du droit espagnol (article 96 alinéa 1 de la Constitution). Cette obligation ne pèse pas, en principe, sur le Tribunal constitutionnel qui, dans le cadre du recours d'*amparo*, a pour stricte mission la protection de droits fondamentaux déterminés, sans qu'il ait la possibilité de se prononcer sur aucun autre droit subjectif, aussi important soit-il. Notons, cependant, que l'article 10 alinéa 2 de la Constitution dispose que le Tribunal constitutionnel devra interpréter les droits fondamentaux conformément aux traités et accords internationaux ratifiés par l'Espagne. Et, en vertu de cette règle, le Tribunal constitutionnel doit prendre en considération la

1978, et il fut ratifié et entra en vigueur le 6 avril 1982. Le 11 mai 1994, l'État signa le Protocole 11, qui fut ratifié le 16 décembre 1996 et qui entra en vigueur, finalement, le 1^{er} novembre 1998. Le dernier texte introduit de très importantes modifications en matière de procédure.

jurisprudence de la Cour européenne relative aux droits de l'homme comparables à ceux qui sont mentionnés dans la Constitution espagnole.

2) *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*

11. L'analyse des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne peut être mise en œuvre suivant différentes perspectives. Il n'y a pas lieu ici d'examiner la politique des droits fondamentaux de l'Union européenne, bien qu'il faille relever son importance, compte tenu des succès obtenus (la Turquie par exemple) et des potentialités que celle-ci renferme (*cf.* l'article I-58 du Traité instituant une Constitution européenne), mais nous limiter à rechercher s'il y a un système de droits fondamentaux ordonné au sein de l'Union et tenter d'établir ses relations avec les modèles nationaux.

Comme on le sait, la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne a été une question largement débattue. Bien que les Traités communautaires n'aient pas contenu, dans un premier temps, autre chose que des droits déterminés de nature socioéconomique, les citoyens firent très tôt valoir, devant la Cour de justice des communautés européennes, les droits fondamentaux contenus dans leurs Constitutions respectives. Même si, tout d'abord, la Cour de Luxembourg refusa de prendre en considération de telles requêtes, par la suite, elle offrit une protection prétorienne des droits fondamentaux consacrés, selon elle, à travers les principes généraux du droit. Ce modèle prétorien de protection des droits fondamentaux se vit renforcé lorsque le Tribunal précisa quelles étaient les sources d'inspiration qui donnaient un contenu propre aux principes généraux du droit communautaire que nous venons de mentionner : les traditions constitutionnelles communes (arrêt CJCE Internationale Handersgesellschaft mbH, affaire 11/70, du 17 décembre 1970, *Rec.* 1970, pp. 1125 s.) et les « instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont participé ou adhéré peuvent également fournir des indications qu'il convient de prendre en compte » (arrêt CJCE Nold, affaire 4/73 du 14 mai 1974, *Rec.* 1974, p. 491 s.).

Telle était la situation lorsque notre pays intégra les Communautés européennes, intégration qui fut effective le 1^{er} janvier 1986. Plus tard, les États soutenant l'Union européenne appuyèrent cette création jurisprudentielle, reprise expressément dans l'article F2 du Traité de Maastricht (*cf.* l'actuel article 6.2 TUE et I-7.3 du Traité instituant une Constitution européenne -- ci-après, TCE --), qui déjà visait la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le traité lui-même furent reliés à la citoyenneté de l'Union divers droits fondamentaux de l'Union européenne.

II - LA CONCURRENCE CROISSANTE DES JURIDICTIONS ET DES NORMES EUROPÉENNES

A - Tribunal constitutionnel vs. Cour européenne des droits de l'homme

1) *Introduction*

12. Nous devons remarquer que, de manière générale, la jurisprudence constitutionnelle relative aux droits fondamentaux a été forgée à la lumière de son homologue européenne. Ainsi, par exemple, les références à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sont régulières lors de la construction constitutionnelle de l'interdiction

des traitements inhumains ou dégradants et de la torture (*cf.*, entre autres, les sentences SSTC 120/1990/9, du 27 juin, et STC 7/2004/2, du 9 février). Dans d'autres hypothèses, le Tribunal constitutionnel s'est fait l'écho de la jurisprudence européenne et l'a prise en considération *pro futuro*. C'est le cas, par exemple, des sentences STC 260/200, du 30 octobre, STC 38/2001, du 12 février, STC 41/2001, du 12 février, STC 54/2001, du 26 février, STC 90/2002, du 22 avril et STC 223/2002, du 25 novembre, qui ont confirmé la validité de l'interprétation contenue dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (STEDH) relative au cas *Pérez Rada Cavanillas contre Royaume d'Espagne (c. Espagne)* du 28 mai 1998, quant à la présentation, tardive ou non, d'un recours juridictionnel.

Cependant, dans d'autres affaires, les décisions adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme ont généré un certain malaise au sein de notre doctrine. Il faut rendre compte, même brièvement, de la jurisprudence de la Cour européenne relative à l'Espagne et examiner dans quelle mesure les condamnations étaient justifiées.

2) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

D'un point de vue général, les condamnations de notre pays sont relativement rares et se limitent habituellement à des droits fondamentaux déterminés.

13. Divers arrêts de la Cour européenne ont jugé que des garanties processuelles n'ont pas été respectées en Espagne. Deux arrêts importants sont intervenus relativement au droit d'accès au recours. Dans l'arrêt *Pérez de Rada Cavanillas*, du 28 octobre 1998, le droit d'accès au recours est supposé violé, du fait que le requérant, ignorant en droit, tente d'adapter son comportement et de remplir les formalités imposées par la réglementation espagnole en vue d'interjeter, selon les délais et les formes requises, un recours civil de *reposición* (§§44 s.). L'arrêt de la Cour, *García Manibardo c. Espagne*, du 15 février 2002, intervient dans la même matière ; il y est jugé « qu'en l'obligeant à consigner le montant de la condamnation, l'*Audiencia Provincial* a empêché la requérante de se prévaloir d'un recours existant et disponible, de sorte que celle-ci a subi une entrave disproportionnée à son droit d'accès à un tribunal. Par conséquent, il y a eu violation de l'article 6 § 1 » (§ 45). D'autre part, plus récemment, l'arrêt *Stone Court Shipping Company SA c. Espagne*, du 28 octobre 2003, s'est prononcé dans une hypothèse très intéressante. Dans notre pays, il est de règle générale que les recours sont interjetés devant l'organe judiciaire matériellement et territorialement compétent. Cependant, exceptionnellement, il est permis que le dernier jour du délai de saisine, on puisse se présenter devant le juge de *Guardia* de Madrid. Le problème posé à la Cour de Strasbourg consistait à savoir si il était porté atteinte au droit d'accès au recours du fait que le Tribunal suprême avait déclaré irrecevable le recours déposé devant le juge de *Guardia* de Madrid un jour avant que ne s'achève le délai pour sa formation. La Cour estime la violation établie (ce qui est contraire à la jurisprudence constitutionnelle en la matière, SSTC 260/200 du 30 octobre, 38/2001 et 39/2001, toutes deux du 12 février, et 54/2001/2 du 26 février) puisque la réglementation nationale n'apparaît pas suffisamment claire lorsqu'elle impose que la présentation des documents nécessaires au recours devant le juge de *Guardia* de Madrid ne peut pas intervenir valablement après le dernier jour impératif du délai de saisine (§ 38), ce qui rend excessivement rigoureuse la décision adoptée par le Tribunal suprême (§ 42). L'arrêt est accompagné d'une opinion dissidente convaincante du juge Pastor Riudrejo, à laquelle se joint le juge Maruste, et dans laquelle il note que la faculté de présenter un recours auprès d'un organe juridictionnel distinct de celui premièrement compétent, et durant un délai plus long, constitue un privilège, et comme telle peut

être réglemantée uniquement en vue de permettre son exercice jusqu'au dernier moment (§ 2). En outre, il observe que le présent arrêt générera une certaine insécurité dans le fonctionnement des organes juridictionnels espagnols, dès lors qu'il ne précise pas la date jusqu'à laquelle le requérant pourra présenter un recours ou un document devant le juge de *Guardia* (§ 4).

Par ailleurs, l'arrêt *Barberá, Messegué et Jabardo c. Espagne* (du 6 décembre 1988) considère que, pour diverses raisons (la transmission tardive des requérants de Barcelone à Madrid, la modification dans la composition du tribunal qui allait les juger avant l'ouverture des débats, leur durée brève et, surtout, le fait que des éléments probatoires très importants ne furent pas envisagés et débattus de manière adéquate devant l'*Audiencia Nacional* en présence des accusés et sous contrôle public), il a été porté atteinte au droit à un procès équitable (article 6.1 de la Convention) (§ 89). Diverses condamnations sont intervenues pour méconnaissance du principe d'impartialité juridictionnelle (arrêts *Castillo Algar* du 28 octobre 1998, § 49, *Perote Pellón c. Espagne* du 25 juillet 2002, du fait que le président du tribunal et le magistrat rapporteur qui rendirent la condamnation étaient intervenus à de nombreuses étapes relatives au jugement du requérant et à sa détention préventive, durant l'instruction, § 51 ; et *Pescador Valero c. Espagne* du 17 juin 2003, § 26, dans lequel il est jugé que le principe peut être violé lorsque participe à la formation de jugement un professeur d'une Université qui a pris part à l'élaboration de l'acte administratif discuté lors du recours contentieux).

L'arrêt *Hiro Balani c. Espagne*, du 9 décembre 1994, juge que le Tribunal suprême n'a pas répondu à l'une des prétentions de l'entreprise requérante (§ 28). La solution est semblable dans l'arrêt *Ruiz Torrija c. Espagne*, du même jour, relativement à une sentence rendue par l'*Audiencia Provincial* de Madrid (§ 30). Cela suppose que l'inadéquation, du fait d'une omission, peut donner lieu à la protection de la Cour de Strasbourg.

L'arrêt *Gabbari Moreno c. Espagne* du 22 juillet 2003 aura, dans l'avenir du droit pénal espagnol, une importance très grande puisque c'est la première fois que l'État espagnol a été condamné pour violation de l'article 7.1 de la Convention, disposition qui impose le respect du principe de légalité pénale et qui dispose, également, que personne ne peut être condamné d'une peine supérieure à celle qui est en vigueur au moment de la commission de l'infraction. La censure intervient, dans cette affaire, car la Cour constate que l'exigence de sécurité juridique inhérente au principe de légalité des délits et des peines impose, au minimum, une modification du *quantum* de la peine prononcée, ce qui ne fut pas le cas en l'espèce (§ 32).

Ont également été censurées à Strasbourg, à diverses occasions, différentes procédures juridictionnelles du fait de leur durée injustifiée (cf. les arrêts *Unión Alimentario Sanders, SA c. Espagne* du 7 juillet 1989, § 43, *González Doria Durán de Quiroga c. Espagne* du 28 octobre 2003, sur le fondement de la durée globale du procès pénal dirigé contre le requérant – quatorze ans ; cf. la sentence STC 5/1985 du 23 janvier, § 34 ; l'arrêt de la Cour européenne *López Sole y Martín de Vargas c. Espagne* du 28 octobre 2003, à propos d'un procès qui dura quatorze ans, huit mois et deux jours, §§ 26 et 30 ; et l'arrêt *Quiles González c. Espagne* du 27 avril 2004, où fut considérée excessive la durée de seize ans, onze mois et treize jours, d'un procès portant sur une pension de retraite, rejetant l'argument du gouvernement tenant à la charge de travail du Tribunal supérieur de justice de Valence (§§ 27 et 29).

14. D'autres arrêts de la Cour de Strasbourg ont condamné le Royaume d'Espagne pour violation de divers droits matériels.

Dans l'arrêt *Castells* (du 23 avril 1992), c'est la liberté d'expression du requérant qui est protégée, celui-ci ayant publié un article très critique à l'égard du gouvernement, à l'occasion des attentats terroristes commis dans le Pays basque (§ 48). Quelques années après, la Cour de Strasbourg donne raison à un employé de la télévision, critique quant à certaines décisions prises par le groupe audiovisuel, et qui fut sanctionné par son licenciement (arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février, §§ 48 et 49).

La liberté personnelle a été prise en considération par la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 5 de la Convention, selon une vision propre, dans l'arrêt *Riera, Blume et autres c. Espagne* du 14 octobre 1999, dans lequel la Cour présume ce droit violé du fait que les requérants, adeptes de la secte CEIS (Centre ésotérique de recherches) furent transférés par la police dans un hôtel, où ils furent soumis à un traitement de déprogrammation dans le but de retrouver leur équilibre psychique. Il s'agit d'une privation de liberté (§31) qui fut, au moins (§ 33), admise par les autorités (§35). L'arrêt *Scott c. Espagne* du 18 décembre 1996 a jugé que s'est produite une violation du droit de toute personne, retenue en détention préventive, d'être présentée à un juge, ou libérée dans un délai raisonnable (§ 83).

Les arrêts *López Ostra c. Espagne*, du 9 décembre 1994, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, du 30 juin 1998 et *Iglesias Gil y U.I. c. Espagne*, du 29 avril 2003, présentent un intérêt particulier puisqu'ils se réfèrent tous au droit à la vie privée. Dans le premier arrêt cité, est protégé le droit à la vie privée de Mme López Ostra, qui aurait été perturbé parce que les autorités nationales n'auraient pas adopté les mesures tendant à ce que cessent les désagréments causés par une station d'épuration des eaux et des résidus (émanations de gaz, odeurs pestilentielles et pollution). Dans le § 56, la Cour admet une telle responsabilité.

L'arrêt *Valenzuela Contreras* était, dans une certaine mesure, une décision prévisible, compte tenu de la jurisprudence fixée à l'occasion de très nombreux autres arrêts antérieurs sur le droit fondamental au secret des communications. Dans celui-ci, la Cour affirme que le droit interne (synthétiquement, l'article 18 alinéa 3 de la Constitution et l'article 579, abrogé, du Code de procédure pénale) n'était pas prévisible, raison pour laquelle, indépendamment des garanties accordées par l'organe juridictionnel dans l'espèce, la Cour s'est prononcée dans le sens d'une ingérence dans la vie privée de la personne affectée par la mesure (§ 60). La portée de cette décision sera nuancée, postérieurement, par l'arrêt *Prado Bugallo c. Espagne* du 18 février 2003. La Cour de Strasbourg y souligne que la règle de l'article 579 du Code de procédure pénale a été modifiée, réglemant désormais expressément les modalités du contrôle de l'interception des conversations téléphoniques (§ 29). Cependant, la Cour considère que n'ont pas été adoptées toutes les conditions exigées par sa jurisprudence (§ 30), ce qui la pousse à relever que les insuffisances de la loi « ont été palliées en grande partie par la jurisprudence, principalement celle du Tribunal suprême » (§ 32), ce qui permettrait de penser que sa décision en l'espèce ne serait pas la même que celle adoptée cinq années plus tôt. Si elle juge, finalement, que la violation s'est effectivement produite, c'est parce que l'évolution jurisprudentielle « est intervenue après les décisions du juge d'instruction ordonnant l'interception des conversations téléphoniques des personnes qui participaient à l'activité délictuelle dirigée par le requérant. Ainsi, elle ne peut être prise en considération dans le cas présent » (*idem*).

La décision *Iglesias Gil y U.I. contra Espagne* trouve son origine dans la requête d'une mère exigeant que les autorités interviennent dans la récupération du fils de son ex-mari, emmené d'abord en France, puis en Belgique, avant d'aller enfin aux États-Unis. La mère recherche la protection des tribunaux pénaux, ce qui touche à la pratique de diverses diligences qui pourraient démontrer la commission du délit de soustraction

de mineur et l'émission d'un mandat d'arrêt international pour le père, en vue de récupérer l'enfant. La requérante contestait spécialement le rejet systématique du juge d'instruction, de prendre un ordre de recherche international de son enfant, « ce qui constitue, à ses yeux une violation de l'obligation positive de protection de l'enfant et de sa famille » (§ 19). La Cour de Strasbourg rappelle que l'article 8 impose des obligations positives aux États (§ 49). Aucune mesure ne fut adoptée par les divers organes judiciaires pour faciliter l'exécution des décisions rendues en faveur de la mère et du mineur (§ 59). La condamnation s'appuie, une fois de plus, sur l'insuffisance de la législation espagnole en matière de soustraction des mineurs, comme le prouve la loi organique LO 9/2002, du 10 décembre, modifiant le Code pénal sur ce point (§ 61). La Cour en conclut que « les autorités espagnoles ont omis de mettre en œuvre les efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante au retour de son enfant et le droit de ce dernier à retrouver sa mère, méconnaissant ainsi son droit au respect à la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention » (§ 62). À la lecture de ces développements, on peut conclure que la Cour de Strasbourg confère au droit contenu à l'article 8 de la CEDH une dimension positive, qui dépasse la vision traditionnelle du droit de liberté ou de résistance.

15. Bien que de nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme mettent en cause la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, certains formulent des critiques expresses, que ce soit parce que le tribunal n'a pas protégé un droit fondamental déterminé, ou parce que la Cour considère que ses agissements ont produit la violation d'un droit protégé dans la Convention européenne des droits de l'homme (quasiment toujours celle de l'article 6).

Parmi ces décisions, certaines apparaissent, avec une force particulière ; ce sont celles qui établissent que, dans la procédure de divers recours d'*amparo*, des retards indus ont vu le jour. La première référence à cette question résulte de l'important arrêt *Ruiz Mateos c. Espagne*, du 23 juin 1993, § 51. Il est également intéressant de rappeler, dans le cadre de ce rapport, l'arrêt *Díaz Aparicio c. Espagne*, du 11 octobre 2001, § 22, dans lequel il est affirmé que ne constituent un délai raisonnable ni la durée totale du procès (cinq ans, deux mois et cinq jours), ni le laps de temps concret qui s'étend entre le 12 décembre 1997 et la sentence du Tribunal constitutionnel, STC 43/1999, du 22 mars (cf. les motifs 11 et 12 de cette dernière décision). Finalement, dans l'arrêt *Sánchez c. Espagne*, du 25 novembre 2003, est examiné le cas d'un requérant qui présenta sa requête en *amparo* le 28 novembre 1994, requête qui fut examinée par la sentence du 16 mai 2000, attirant l'attention à trois reprises du Tribunal afin qu'il se préoccupe du déroulement de la procédure, et critiquant son silence quant à la durée de celle-ci (§ 33, ce qui distingue cette affaire de l'espèce *Caldas Ramírez de Arellano c. España*, n° 68874/2001, CEDH 2003).

L'arrêt *Ruiz Mateos c. Espagne*, du 23 juin 1993, est particulièrement intéressant car il y est soutenu que le principe du contradictoire exige que, lorsqu'un tribunal demande le contrôle de la validité d'une loi au Tribunal constitutionnel (par la voie de la question d'inconstitutionnalité), la personne visée par cette norme a le droit de connaître et de discuter les observations des autres parties (§ 63). Bien qu'il soit vrai que les lois spéciales et de cas unique génèrent certains défis pour le droit, dans l'affaire qui nous occupe, il n'est pas difficile de démontrer que la solution de la Cour européenne est discutable, puisqu'elle part d'une prémisse erronée : la question d'inconstitutionnalité n'est pas une voie de recours qui a pour objet la défense des droits du requérant, mais vise à l'assainissement des normes ayant rang législatif, qui peuvent être non conformes à la Constitution. De ce fait, la présence dans l'instance des personnes affectées par les lois contestées ne paraît pas nécessaire devant le Tribunal

constitutionnel. La Cour de Strasbourg, elle-même, semble avoir nuancé les affirmations contenues dans le cas *Ruiz Mateos* dans l'arrêt, plus récent, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, du 27 avril 2004 (non encore définitif au moment où nous écrivons ces lignes). Cet arrêt trouve son origine factuelle dans la décision de construire un barrage à Itoiz, décision qui fut annulée du fait qu'il s'agissait d'un espace protégé. Les faits étaient les suivants : le Parlement *foral* de Navarre adopte une loi forale (9/1996) qui interdit l'exécution de cette dernière décision juridictionnelle et permet de poursuivre les travaux de construction. L'association des riverains affectés demande à l'*Audiencia Nacional* qu'elle renvoie devant le Tribunal constitutionnel certaines règles contenues dans la loi forale ; bien que l'*Audiencia Nacional* fasse droit à cette demande, le Tribunal constitutionnel rejette la question d'inconstitutionnalité du fait de la commission d'erreurs dans la présentation de ladite question (*Auto* du 21 mai 1998). L'*Audiencia Nacional* renvoie une nouvelle question d'inconstitutionnalité, à l'occasion de laquelle l'association des riverains fait parvenir, grâce à l'*Audiencia Nacional*, ses observations. Le Tribunal constitutionnel finit par déclarer que la nouvelle loi est pleinement constitutionnelle, dans sa sentence 166/2000 du 14 mai, ce qui, selon les requérants, méconnaît le principe d'égalité des armes, puisque leur intervention est inexistante dans le cadre de l'examen de la question d'inconstitutionnalité. La Cour de Strasbourg ne partage pas l'analyse des auteurs de la saisine, rappelant que la loi contestée a une vocation générale et n'affecte pas exclusivement les requérants (§ 58). Par ailleurs, l'*Audiencia Nacional* avait renvoyé les allégations des requérants au Tribunal constitutionnel. Cet élément, relié au fait que ces derniers ne s'adressèrent jamais directement au Tribunal constitutionnel, et au fait que celui-ci donna une réponse argumentée à leurs observations (§ 61), conduit la Cour de Strasbourg à considérer qu'il n'y a pas eu de violation de l'égalité processuelle. Pour ce qui est de l'éventuelle immixtion du législateur au cours d'un procès juridictionnel, la Cour écarte une telle hypothèse, du fait du caractère général de la loi.

Enfin, et d'ores et déjà selon une conception distincte, il convient de rappeler que la Cour de Strasbourg a approuvé, dans l'arrêt *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, du 25 janvier 2000, dans lequel était également invoquée une éventuelle violation du droit d'accès au juge, la vision adoptée par don Vicente Gimeno Sendra, don Enrique Ruiz Vadillo et don Manuel Jimenez de Parga y Cabrera, dans l'opinion dissidente sous la sentence de l'assemblée plénière 160/1997, du 2 octobre, dans laquelle on pouvait lire : « Selon la majorité, la nouveauté de la théorie de la Chambre du contentieux administratif du Tribunal suprême, selon laquelle la computation du *dies a quo*, dans le délai de prescription d'un an posé par l'article 40 alinéa 3 de la LRJAE, à partir du jour de la publication de la sentence, respecte les exigences du droit à la protection juridictionnelle, constitue, selon nous, une interprétation irraisonnable de l'article 1969 du Code civil, comportant une violation dudit droit fondamental ». La Cour partage l'analyse exprimée dans ladite opinion dissidente, du fait que la détermination correcte du *dies a quo* était discutable et que les requérants n'avaient pas été parties au procès antérieur (§ 38).

3) La réaction du Tribunal constitutionnel espagnol

a) Des prises en compte positives de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

16. Dans certains cas, le Tribunal constitutionnel a pris bonne note des décisions de la Cour de Strasbourg et les a prises en considération à l'heure de rechercher si une violation déterminée d'un droit fondamental s'était produite.

Ainsi, par exemple, quant à l'éventuelle concurrence de retards injustifiés, le Tribunal constitutionnel a validé la doctrine contenue dans l'arrêt de la Cour européenne *Unión Alementaria Sanders c. Espagne*, afin de juger si on se trouvait dans de tels cas (SSTC 69/1994/2, du 28 février, 53/1997/unique, du 17 mars, 109/1997/2, du 2 juin, 195/1997/3, du 11 novembre, 99/1998/1, du 4 mai, 198/1999/6, du 25 octobre et 223/1999/3, du 29 novembre) ou non (STC 58/1999/6, du 12 avril). En d'autres occasions, il a cité, dans le même but, l'arrêt *Ruiz Mateos* (cf. STC 86/1995/4 du 14 décembre).

Il s'est produit la même chose avec la jurisprudence européenne relative aux éventuelles violations de la liberté d'expression commises par l'État espagnol (arrêts de la Cour européenne *Castells c. Espagne*, du 23 avril 1992, et *Fuentes Bobo c. Espagne*, du 29 février 2000). Les deux sont cités, par exemple, dans les sentences 160/2003/4, du 15 septembre, et 20/2002/5, du 28 janvier. Il utilise aussi, pour motiver le jugement reconnaissant le bien-fondé de la requête d'*amparo*, le cas *Castells* dans les sentences SSTC 297/2000/6 et 7, du 11 décembre. Il refuse l'*amparo* constitutionnel dans les sentences SSTC 99/2002/5, du 6 mai, 204/2001/6, du 15 octobre, 49/2001/5, du 26 février, 112/2000/6, du 5 mai, 180/1999/4, du 11 octobre, 336/1993/6.b, du 15 novembre, 190/1992/5, du 16 novembre. Finalement il rejette l'*amparo* constitutionnel dans l'*auto* ATC 125/2001/2 du 18 mai.

La jurisprudence du Tribunal constitutionnel, relative au principe d'impartialité juridictionnelle, est tributaire de la jurisprudence européenne en la matière (cf. SSTC 69/2001/2 et 4.a du 17 mars, 231/2002/3, du 9 décembre, 5/2004/2, du 16 janvier et, spécialement, 39/2004/2-4, du 22 mars, parmi les plus récentes).

Relativement à l'inadéquation en matière d'omission, le Tribunal constitutionnel rappelle souvent que tout défaut de réponse aux questions posées par les parties produit une atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective, suivant en cela les arrêts de la Cour européenne *Ruiz Torija c. Espagne* et *Hiro Balani c. Espagne*, du 9 décembre 1994 (SSTC 8/2004/4, du 9 février, 114/2003/3, du 16 juin, entre autres), une pondération étant nécessaire suivant les circonstances propres à chaque espèce (SSTC 2/2004/4, du 14 janvier, 116/2002/2, du 20 mai, 205/2001/2, du 15 octobre, 253/2000/2, du 30 octobre, 212/2000/4.a, du 18 septembre, 187/2000/4, du 10 juillet, 16/1998/4, du 26 janvier, 26/1997/4, du 11 février, parmi tant d'autres).

L'arrêt *Pérez Rada de Cavanillas c. Espagne* a eu une importance particulière dans notre pays ainsi qu'en témoigne la STC 223/2002 4 et 6, du 25 novembre (cf. également les SSTC 90/2002/4 du 22 avril). Il a aussi, probablement, été tenu compte d'autres arrêts de la Cour de Strasbourg. L'arrêt *Riera Blume c. Espagne* est cité dans la sentence STC 82/2003/5, du 5 mai, l'arrêt *Perote Pellón c. Espagne*, du 27 juillet 2002, dans la sentence STC 39/204/3, du 22 mars – dans laquelle, certainement, intervenait comme requérant M. Perote lui-même. En guise de dernier exemple, on notera que le Tribunal constitutionnel a repris la jurisprudence issue de l'arrêt *Scott c. Espagne*, dans le but d'examiner si la liberté personnelle du requérant avait été violée (cf. SSTC 305/2000/8, du 11 décembre, et 147/2000/6 *in fine*, du 29 mai).

(Voir, plus généralement, *supra*, § 9).

b) Des prises en compte contestables de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

- La nature distincte des droits protégés

17. L'hypothèse développée dans ce paragraphe consiste à soutenir que les droits fondamentaux (que le constituant a consacrés dans la Constitution espagnole) sont

distincts des droits de l'homme contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme (au sens large, en incluant les Protocoles additionnels).

Si une telle conception est correcte, il est possible qu'un acte qui porte atteinte à un droit subjectif déterminé, contenu dans la Convention européenne des droits de l'homme, n'ait pas, nécessairement, violé un droit fondamental. De ce point de vue, l'affirmation, formulée par le Tribunal constitutionnel dans sa sentence 245/1991, du 16 décembre, selon laquelle le jugement de la Cour européenne considérant, dans une hypothèse déterminée, que le droit fondamental à un procès équitable a été méconnu, entraîne, *eo ipse*, une atteinte à l'article 24 alinéa 2 de la Constitution espagnole, est contestable. L'allégation selon laquelle, de manière générale, toute lésion d'un droit protégé par la Convention européenne suppose, en elle-même, la violation d'un droit constitutionnel est discutable.

Ce que l'on entend par là, c'est que la Cour de Strasbourg n'est pas compétente pour se prononcer sur l'atteinte à un quelconque droit fondamental consacré par notre Constitution, mais sur les droits subjectifs contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme (entendue au sens large) que l'État espagnol s'est engagé à respecter.

18. En se fondant sur l'autonomie réciproque que présentent les droits fondamentaux et les droits de la Convention européenne des droits de l'homme, il faut se souvenir, par ailleurs, que l'article 10 alinéa 2 de la Constitution espagnole (*cf. supra* paragraphe 8 *in fine*) impose au Tribunal constitutionnel de prendre en considération les traités et accords internationaux afin de déterminer le contenu et la portée des droits fondamentaux.

Cette règle constitutionnelle prévoit une clause interprétative qui pose à la charge du Tribunal constitutionnel certaines obligations, au moment de fixer le contenu et la portée des droits fondamentaux constitutionnalisés, mais qui ne peut être utilisée, évidemment, pour introduire de nouveaux droits fondamentaux ne disposant pas d'une base constitutionnelle, ou pour transformer leur nature.

De cette façon, le Tribunal constitutionnel a éludé, dans certaines hypothèses, la question de l'obligation interprétative découlant de l'article 10.2 de la Constitution espagnole et, dans d'autres cas, il a utilisé la jurisprudence de la Cour de Strasbourg afin de modifier la nature d'un droit constitutionnel déterminé.

a) Si l'on considère que l'article 10.2 de la Constitution génère une obligation, à la charge du Tribunal constitutionnel, le fait que ce dernier limite les effets de la jurisprudence élaborée par la Cour de Strasbourg relativement à un droit de l'homme qui a d'évidentes similitudes avec un droit constitutionnel, paraît contestable.

De ce point de vue, il est possible de remarquer que le Tribunal constitutionnel a fait une lecture biaisée de la doctrine issue de l'arrêt *Valenzuela Contreras* de la Cour de Strasbourg. Comme on s'en souvient, dans celui-ci, il était jugé que la réglementation espagnole en matière d'interception des conversations téléphoniques était défectueuse (article 18 alinéa 3 de la Constitution et article 579, abrogé, du Code de procédure pénale), ce qui aboutissait à la violation de ce droit.

Le Tribunal constitutionnel a détaché cette carence normative des décisions judiciaires concrètes qui limitent le droit au secret des communications dans chaque espèce, revenant sur l'action de ces organes (SSTC 49/1999/5 du 5 avril, et 184/2000/6.c du 23 octobre – citant déjà l'arrêt de la Cour *Prado Bugallo c. Espagne*) ; cela est critiquable non seulement du point de vue de l'article 10 alinéa 2 de la Constitution, mais aussi compte tenu de la réserve de loi, à laquelle sont soumis les droits fondamentaux (article 53 alinéa 1 de la Constitution). Dès lors, la sentence STC 169/2001, du 16 juillet, apparaît d'un intérêt évident ; le juge constitutionnel juge

qu'est violé le droit à la liberté personnelle du fait des insuffisances que présentait la législation qui permettait la limitation du droit au secret des communications.

b) D'autre part, le Tribunal a réalisé une construction discutable du droit à l'intimité, consacré par l'article 18 alinéa 1 de la Constitution espagnole, altérant sa nature, suivant en cela l'arrêt de la Cour européenne *López Ostra*, méconnaissant les limites interprétatives de l'article 10.2 de la Constitution.

L'arrêt *López Ostra*, précité, a été envisagé trois fois par le Tribunal constitutionnel. La plus récente – et contestable – référence est intervenue dans la sentence STC 16/2004/3, du 23 février, dans laquelle il affirme que dans plusieurs « décisions il est noté que, dans des cas déterminés d'une spéciale gravité, certains dommages à l'environnement, même s'ils ne mettent pas en danger la santé des personnes, peuvent porter atteinte à leur droit au respect de leur vie privée et familiale, en les privant de la jouissance de leur domicile, selon les termes de l'article 8.1 de la Convention de Rome (arrêts de la Cour européenne du 9 décembre 1994, § 51, et du 19 février 1998, § 60) » (affirmation déjà contenue dans la STC 119/2001/6 du 24 mai). De cette manière, le Tribunal conclut qu'en l'espèce le droit à « l'intimité personnelle et familiale, dans le cadre du domicile » est mis en cause (FJ4), analyse qui, selon nous, est erronée. Notre Constitution ne consacre pas un droit à la vie privée, mais un droit à l'intimité, qui, dès lors, n'intervient pas, originellement, comme un instrument au service d'un libre développement de la personnalité impliquant des obligations positives à la charge des pouvoirs publics, mais qui apparaît comme un droit négatif de non ingérence. Admettre un critère distinct aurait dû amener le Tribunal à considérer comme violé le droit à l'inviolabilité du domicile, conformément au jugement de l'affaire *López Ostra*, affirmation que la sentence STC 16/2004 évite du fait de sa pure et simple incompatibilité avec la vision du domicile traditionnellement utilisée dans notre pays, liée à l'immixtion de tierces personnes dans le cadre du domicile.

Si ces réflexions sont exactes, on devrait en conclure que la protection contre les bruits violent le droit contenu à l'article 8.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais pas la règle de l'article 18 (alinéas 1 et 2) de la Constitution. Nous voilà, par conséquent, face à un droit subjectif que les organes juridictionnels doivent respecter, mais pas d'un droit fondamental qui pourrait être protégé par le Tribunal constitutionnel. C'est que, d'un point de vue strictement interne, le droit à un environnement acoustique adéquat n'a aucune relation avec le droit de l'environnement (cf. STC 199/1996/2 du 3 décembre).

• L'intervention de particuliers dans les recours en contrôle de constitutionnalité

19. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner les défauts argumentaires de l'arrêt *Ruiz Mateos c. Espagne*, du 23 juin 1993, dans la mesure où il impose l'obligation que le Tribunal constitutionnel entende les parties au procès intervenant dans le cadre d'une question d'inconstitutionnalité. Cependant, malgré tout, le Tribunal constitutionnel semble avoir pris en compte cette jurisprudence discutable, bien que de manière critique. Il faut se référer à l'*auto* ATC 378/1996/2, du 17 décembre, dans lequel on peut lire :

« Il est nécessaire de rappeler que ce Tribunal a jugé dans des occasions antérieures que, lors de procédures de déclaration d'inconstitutionnalité – recours et question d'inconstitutionnalité – les règles de sa loi organique – articles 32, 34 et 37 LOTC – fixent précisément les personnes et les entités, publiques ou privées, ou les organes, qui peuvent légitimement participer à ces procédures, sans qu'il soit fait

référence aucune aux possibles interventions des personnes assistantes, puisqu'il n'est pas possible d'admettre, en principe, la comparution de personnes morales ou physiques autres que celles qui sont expressément visées par ces règles. Cela ne produit aucune hypothèse de non protection des personnes physiques ou morales dont les intérêts peuvent être affectés par la sentence de ce Tribunal (AATC 124/1981, 387/1982, 132/1983, 172/1986, 309/1987, 1203/1987, 280/1990), puisque, ainsi que le souligne l'*auto* ATC 172/1986 "du fait du caractère strictement objectif des procédures d'inconstitutionnalité, il n'est pas acceptable que, d'une manière ou d'une autre, on puisse faire valoir des intérêts distincts de ceux du pur et simple contrôle ou défense de la loi attaquée ou examinée".

Il existe donc, dans les recours d'inconstitutionnalité, une doctrine constitutionnelle solide, selon laquelle, conformément aux articles 32 et 34 de la LOTC, le législateur a construit ledit procès de manière telle qu'il permette uniquement la comparution des organes, ou éléments d'organes, limitativement énumérés dans les règles susvisées et dans les hypothèses qu'elles envisagent ; de telle sorte que sont exclues de la procédure toutes autres personnes physiques ou morales, quels que soient les intérêts qu'elles peuvent avoir à la survie ou à l'invalidation de la loi ou des actes ou situations juridiques mis en œuvre ou survenus en application de la loi (AATC 387/1982, 33/1986, 1203/1987, 280/1990). Comme ce Tribunal a eu l'occasion de l'indiquer dans l'*auto* ATC 172/1995, et qui est confirmé dans la présente décision, la nature abstraite de ces recours, limités au jugement de la constitutionnalité d'une loi, doit exclure, de manière générale, l'intervention de toute personne distincte de celles qui sont envisagées par les articles 162 de la Constitution et 32 et 34 de la LOTC, dont on peut clairement inférer que, dans le recours d'inconstitutionnalité, ne sont pas admises d'autres comparutions que celles qui sont expressément envisagées par lesdites règles.

Il nous reste seulement à ajouter que, en conséquence des raisonnements exposés, entre cette espèce et celle qui est invoquée, dans son mémoire, par l'association des requérants, il n'y a aucun parallèle ni quant au type de procès, ni quant à son objet, puisqu'il s'agit d'un recours d'inconstitutionnalité contre une loi qui n'est pas unique et dont les effets vont au-delà du collectif intégré au sein de l'association requérante » (voir, également, AATC 178/1996/2-4, du 26 juin, et 9/1995/4 du 19 décembre) ».

De manière générale, le Tribunal a considéré que la doctrine, contenue dans l'arrêt mentionné de la Cour de Strasbourg, est uniquement applicable lorsque le requérant a été partie au procès juridictionnel *a quo* (cf. ATC 239/1999/1 du 13 octobre, et la jurisprudence antérieure citée) et que, par hypothèse, il ne peut pas intervenir dans le cadre du recours d'inconstitutionnalité (ATC 216/1999/2 du 15 septembre).

20. Les développements précédents ont donc permis de mettre en évidence certaines incohérences ou imperfections dans l'articulation de la juridiction constitutionnelle espagnole et de la Cour de Strasbourg. Un tel exposé ne prétend pas à l'exhaustivité, et il est possible d'envisager d'autres cas. Par exemple, après avoir lu l'arrêt de la Cour européenne *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, du 25 janvier 2002, est-il possible de continuer à affirmer sérieusement que la computation des délais constitue une question de stricte légalité ? (cf. STC 30/2004/2 du 4 mars, parmi les plus récentes). Ou bien, comme l'a fait remarquer avec justesse Eduardo García de Enterría, l'arrêt de la Cour *Stone Court Shipping Company SA c. Espagne*, du 28 octobre 2003, ne suppose-t-il pas une censure de l'affirmation du Tribunal constitutionnel selon laquelle le canon constitutionnel du droit d'accès aux recours est distinct de celui du droit d'accès à la justice ?

B - Tribunal constitutionnel vs. Cour de justice des communautés européennes

1) La CIG 2004 et les droits fondamentaux de l'Union européenne

21. Durant ces dernières années, l'effort de l'Union européenne s'est concentré sur deux fronts de nature distincte. D'une part, sur l'élaboration d'un catalogue propre de droits fondamentaux. D'autre part, sur l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (cf. sous paragraphe C). Ces deux processus ont culminé, sur le plan communautaire, avec le Traité par lequel est instituée une Constitution pour l'Europe. Laissant de côté, ici, la genèse et la portée de ces dispositions, il faut souligner que le modèle qui en est issu ne se caractérise ni par sa clarté ni par sa cohérence interne.

La Convention et la CIG 2004 ont choisi de superposer la Charte de Nice aux autres dispositions adoptées antérieurement, ce qui fait que le système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne se caractérise par une imprécision, due à de nombreux facteurs :

- Le pari d'un catalogue propre des droits fondamentaux aurait dû se traduire par la disparition de l'article 6.2 TUE, puisque y figurait une liste de droits fondamentaux incompatible avec le caractère ouvert des droits protégés. La prévision d'une clause telle que celle contenue dans l'article 10 alinéa 2 de la Constitution espagnole représente une question distincte par rapport au contenu et non à l'existence des droits fondamentaux.

- La règle selon laquelle tout droit contenu dans la Convention européenne des droits de l'homme est, de ce fait, un droit fondamental de l'Union européenne (cf. l'article I-7.3 TCEI) est malheureuse. D'une part, car elle confond les droits subjectifs que l'Union européenne s'engage à respecter devant le Conseil de l'Europe (droits de l'homme) avec les autres, correspondants ou non, qui sont conçus comme indispensables dans le cadre de l'Union européenne (droits fondamentaux). Cette distinction peut paraître purement théorique, mais pourrait avoir une conséquence processuelle. Il ne serait pas impensable que soit établi un recours d'*amparo* devant la Cour de justice des communautés européennes, en vue de la protection des droits fondamentaux, laissant aux mains des tribunaux nationaux, en tant que juges communautaires, le contrôle du bon respect des droits subjectifs des individus. D'autre part, parce que cela génère une insécurité juridique quant à la portée effective des droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme, du fait que leur protection « doit être garantie dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » (affaire 11/70, *Internationale Handersgesellschaft mbH*, *Rec.* 1970, p. 1125 s.), ce qui, évidemment, détermine et conditionne leur régime juridique.

- L'incorporation effective d'un catalogue de droits fondamentaux devrait avoir refondu les dispositions contenues dans les Traités portant sur des matières analogues. Au lieu de procéder ainsi, et éviter les répétitions tout en simplifiant les Traités, les États ont choisi d'inclure une règle dans laquelle il est indiqué que : « Les droits reconnus par la présente Charte qui sont mentionnés dans d'autres parties de la Constitution seront mis en œuvre dans les conditions et dans les limites définies par celles-ci » (article II-52.2 TCE). Cela affaiblit, même sans le vouloir, l'efficacité normative de la Charte elle-même.

22. Un des défauts du système communautaire de protection des droits fondamentaux est l'existence de domaines matériels dans lesquels la compétence de la Cour de Luxembourg est limitée (cela est spécialement sensible à propos du pilier Justice et affaires intérieures), ainsi que l'inexistence de règles processuelles spécifiques pour leur protection. Ces problèmes ont été examinés par le Groupe de travail II et la CIG 2004, et ils ont été à l'origine de quelques réflexions et réformes incorporées au Traité instituant une Constitution pour l'Union européenne. Sur ce point, il est opportun de relever que, bien que dans l'article III-376 on continue d'affirmer que la Cour de justice des communautés européennes n'est pas compétente pour se prononcer sur des dispositions particulières relatives à l'exécution de (a) la politique extérieure et de sécurité commune (articles I-40 et I-41 TCE) et de (b) la politique de sécurité et de défense commune (article I-40 TCE), ni sur les dispositions de l'article III-293 TCE lorsqu'elles se réfèrent à la politique extérieure et de sécurité commune, sa compétence est consacrée, pour ce qui nous intéresse ici, en vue de se prononcer sur les recours interjetés dans les conditions prévues par l'article III-365 TCE et « relatifs au contrôle de la légalité des décisions européennes par lesquelles sont établies des mesures restrictives à l'égard des personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil » dans les politiques mentionnées et, également, dans celle relative à la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (article I-41 TCE). En outre, l'article 365.4 TCE prévoit que toute personne physique ou morale pourra exercer un recours en annulation contre les actes réglementaires qui l'affectent directement et qui ne comprennent pas de mesures d'exécution. Dans les autres cas, ils pourront toujours accéder aux organes juridictionnels étatiques qui agissent, dans ces hypothèses, comme juges communautaires.

2) *La réserve de juridiction imposée par le Tribunal constitutionnel espagnol*

23. Voici quelques-uns des dysfonctionnements qui caractérisent le futur système de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne. Il faut examiner les tensions que, le cas échéant, ce système peut générer par rapport à celui qui est développé, au plan national, par le Tribunal constitutionnel. S'il est clair que l'objet des deux structures de protection est distinct et autonome (*droits constitutionnels v. droits de l'Union*), et que le dernier mot relève, dans chaque cas, d'instances différentes (*Tribunal constitutionnel v. Cour de justice des communautés européennes*, en dernière instance), il est probable que l'interprétation des deux organes soit divergente lorsqu'elle porte sur des droits de portée identique. Dans de tels cas, le Tribunal constitutionnel espagnol a exprimé, clairement – y compris textuellement, cf. *BVerfGE* 73, 387 et *BVerfGE* 73, 339 – avec la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht*, une éventuelle réserve de juridiction qui s'exercerait si l'acte communautaire attentatoire aux droits fondamentaux n'avait pas été contrôlé au plan communautaire. En effet, « dans la mesure où est attaqué par un recours direct un acte des pouvoirs publics qui, ayant été dicté en exécution du droit communautaire, pourrait porter atteinte à un droit fondamental, la connaissance de cette requête relève de cette juridiction constitutionnelle, indépendamment du fait de savoir si l'acte est ou non régulier au regard de l'ordonnement communautaire et sans préjudice de la valeur que celui-ci a au regard des dispositions de l'article 10 alinéa 2 de la Constitution (STC 64/1991/4 du 22 mars) ».

24. Bien que l'on puisse arrêter, ici, notre analyse, il est nécessaire d'observer que même si le contrôle du Tribunal constitutionnel est conçu comme une thérapeutique extraordinaire, il n'est pas impossible qu'il doive en faire usage un jour, du fait de la prodigieuse indulgence de la Cour de Luxembourg à l'égard des institutions communautaires. Cet élément peut s'appuyer sur le faible nombre de décisions de la Cour de justice des communautés européennes jugeant qu'il y a eu violation de certains droits fondamentaux, arrêts exceptionnellement rares si on laisse de côté la jurisprudence relative au principe d'égalité et de non discrimination. L'atteinte à des droits fondamentaux matériels de la part des institutions de l'Union européenne a été constatée en de rares occasions, ce qui contraste avec les affirmations réitérées de la vivacité d'un système de protection des droits fondamentaux et avec la doctrine du standard maximum en matière de sauvegarde des droits fondamentaux, qui interdit à la Cour de Luxembourg d'« admettre des mesures incompatibles avec les droits reconnus et garantis par les Constitutions » (CJCE *Nold*, du 14 mai 1974, affaire 4/73, *Rec.* 1974, p. 508). À titre d'exemple de ce phénomène, il est judicieux de rappeler que l'arrêt de la Cour, *Chemical Ibérica et autres*, du 17 octobre 1989 (affaires conjointes 97, 98 et 99/87, *Rec.* 1989, pp.3165 s.) a méconnu, de manière flagrante, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol qui avait jugé que les personnes morales (et plus particulièrement les entreprises) étaient titulaires du droit fondamental à l'inviolabilité du domicile (STC 137/1985, du 17 octobre). La décision de la Cour de Luxembourg pourrait, non seulement, générer un conflit avec la juridiction constitutionnelle de notre pays, mais ignore, également, la doctrine du standard maximum de protection résultant de l'arrêt *Nold*.

C - Cour de justice des communautés européennes vs. Cour européenne des droits de l'homme

25. Du fait que le centre de légitimité politique de l'Union européenne repose sur les États membres, la Cour de justice des communautés européennes devrait comprendre que s'impose à elle aussi bien le respect des droits constitutionnels (à la protection desquels les organes constitutionnels chargés de cette mission ne peuvent renoncer) que celui des droits de l'homme consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme (puisque la Cour de Strasbourg a jugé, par de forts arguments, que son contrôle pouvait viser des actes d'application de normes ou de dispositions communautaires – *cf. infra*, paragraphe 27). Le premier point a déjà été examiné antérieurement. Quant à la seconde limitation, il est utile de relever que le Traité, par lequel une Constitution pour l'Union européenne est institué, envisage l'adhésion éventuelle de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme (article I-7.2 *ab initio*), dépassant les réticences de la Cour de Luxembourg (*cf.* rapport de la CJCE du 28 mars 1996 - *Rec.* 1996/1, pp. 1759-1790). L'initiative de l'assemblée plénière du Groupe de travail II (incorporation de la Charte/adhésion à la CEDH) de la Convention qui a élaboré le projet de traité dans le cadre de la CIG 2004, est également une invitation à ce que l'on introduise un mécanisme qui permette que l'Union et les États concernés puissent comparaître comme « codéfendeurs » devant la Cour de Strasbourg, ce qui permettrait de garantir que celle-ci ne se prononce pas sur la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres (*cf.* le rapport final du Groupe II, qui peut être consulté sur le document de la Convention CONV 354/02 ; WG II 16, de 22/10/2002, p. 14).

26. De fait, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a développé un contrôle croissant, indirect, sur le droit communautaire, en utilisant pour cela la Convention européenne des droits de l'homme, comme le rappelle Carmen Morte Gómez.

Il est utile de rappeler que si la Commission européenne des droits de l'homme avait choisi de ne pas contrôler les agissements communautaires, en tenant compte du principe de protection équivalente (Décision du 9 février 1990, relative à l'affaire *M & Co c. France*), la Cour s'est déclarée, postérieurement, compétente pour contrôler les normes nationales transposant des textes communautaires (cf. arrêt *Cantoni c. France*, du 15 novembre 1996). L'arrêt *Mattheus c. Royaume-Uni*, du 18 février 1999, a fait l'objet d'une certaine diffusion du fait qu'il portait sur un processus électoral spécifiquement communautaire. Récemment, divers recours ont été formés contre tous les États membres de l'Union européenne, discutant des actes authentiquement communautaires ou de l'Union européenne. S'il est certain que les demandes formées dans les affaires *Société Guérin Automobiles* (décision du 4 juillet 2000) et *Sénateur Lines* (décision de la grande salle du 10 mars 2004) ont été rejetées, il faut rappeler que la dernière ne l'a pas été sur le fondement d'une déclaration d'incompétence de la part de la Cour européenne, mais du fait de ce que l'amende avait été annulée. De fait, l'affaire *Bosphorus Airways c. Irlande* a été déclarée recevable. Outre ces références, on doit se souvenir de l'arrêt *Koua Poirrez c. France*, du 30 septembre 2003, qui offre une bonne synthèse de la vision de la conception de la Cour de Strasbourg à l'égard du droit de l'Union européenne.

D - La position de la juridiction ordinaire

1) *Loi et traité international*

27. Il est certain que, jusqu'à aujourd'hui, d'importants problèmes, résultant de ce que les juges ordinaires seraient allés au-delà de leurs fonctions, n'appliquant pas des normes ayant force de loi, les considérant incompatibles avec des normes contenues dans des traités internationaux, ne se sont jamais produits. Il n'est pas exclu que ce phénomène soit, paradoxalement, tributaire de l'article 10.2 de la Constitution.

Cependant, un tel danger est renforcé par différentes conceptions adoptées par notre Tribunal constitutionnel relativement à diverses matières. Ainsi, d'une part, quant au cas spécifique exposé dans ce sous paragraphe, le Tribunal constitutionnel a indiqué, à plusieurs reprises, que les problèmes d'articulation qui peuvent se produire entre les traités internationaux (STC 49/1988/14, du 22 mars, sur l'Accord de Larran conclu avec le Saint Siège), ou les dispositions communautaires (STC 213/1994/3, du 14 juillet, en autres), et les normes infraconstitutionnelles ne présentent pas une nature constitutionnelle. Cette jurisprudence résulte de l'idée que le droit communautaire n'est pas un canon de la constitutionnalité (cf., par exemple, STC 197/1996/8, du 28 novembre). D'autre part, le Tribunal a réaffirmé avec force que la décision de l'organe juridictionnel espagnol de poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg (qui, évidemment, peut porter sur l'interprétation ou la validité d'une norme communautaire, compte tenu d'un droit fondamental communautaire déterminé) appartient, exclusivement et de manière irrésistible, à l'organe juridictionnel chargé de résoudre le litige (STC 180/1993/2, du 31 mai, en autres).

Même si cette jurisprudence est très raisonnable, en termes de critères d'efficacité (qui doivent être également pris en compte dans le domaine de la juridiction constitutionnelle), elle consacre une plus grande marge de manœuvre en faveur du pouvoir judiciaire (en général, aux opérateurs juridiques) par rapport à la loi interne. Néanmoins, une récente et très importante sentence du Tribunal

constitutionnel a mis en évidence le fait que cette liberté n'est pas illimitée. Dans la STC 58/2004/9, du 19 avril, le Tribunal a jugé que « la décision de ne pas appliquer le droit interne (...) du fait de son incompatibilité supposée avec le droit communautaire (...), sans avoir préalablement posé la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité constitutif de la Communauté européenne (TCE, ancien article 177 TCEE), adoptée par un organe juridictionnel dont la décision n'est pas susceptible d'un recours ordinaire ultérieur, dans une affaire où l'organe juridictionnel lui-même adopte une solution distincte de toute la doctrine juridictionnelle interne intervenue sur cette matière – construite sur le base du critère fourni par la Cour de justice des communautés européennes dans divers arrêts – suppose la méconnaissance des garanties qui font partie du procès, puisque cette prétention du système des sources était absolument imprévisible pour l'auteur du recours d'*amparo* ». Par cette affirmation, le Tribunal a fait un pas très important, non exempt de risques, vers la restriction de la marge de manœuvre dont disposent les organes juridictionnels.

2) *L'organe juridictionnel comme garant des droits fondamentaux et de l'application des actes communautaires*

28. Les organes du pouvoir judiciaire sont appelés à protéger tant les droits fondamentaux, que ceux qui ont été reconnus dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit de l'Union européenne. Relativement aux droits fondamentaux qui ne bénéficient pas de la garantie de l'*amparo* constitutionnel, comme à l'égard de ceux qui sont consacrés par des textes internationaux qui ne trouvent pas de pendant dans notre texte constitutionnel, ils ont le dernier mot pour ce qui est de leur protection.

Si le droit subjectif trouve son origine au sein de l'Union européenne, l'organe juridictionnel peut utiliser la question préjudicielle devant la Cour de Luxembourg, afin que celle-ci se prononce sur l'interprétation ou la validité d'un acte communautaire par rapport à ce droit. L'unique hypothèse de conflit susceptible de se produire résulterait du cas où la Cour de Luxembourg donnerait un contenu plus limité à un droit fondamental consacré dans la Constitution. Face à un tel postulat, extrême, l'unique voie processuelle qui pourrait éventuellement être utilisée par l'organe juridictionnel consisterait, le cas échéant, à poser une question d'inconstitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel. Cette hypothèse est envisageable dans le cas où la violation trouve son origine dans une norme ayant force de loi transposant, en droit interne, une norme communautaire (contenu dans un règlement communautaire ou, plus fréquemment, dans une directive). Si une telle norme n'existait pas, il serait possible d'utiliser le mécanisme consistant à contester, devant le Tribunal constitutionnel, la loi d'adhésion au Traité, puisque, comme l'a jugé la Cour constitutionnelle italienne, celle-ci peut être contrôlée par lui (*cf.* les sentences classiques 183/1974, du 18 décembre, et 170/1984, du 5 juillet, relatives, respectivement, aux affaires *Frontini* et *Granital*). Le fait que l'exercice d'un tel contrôle serait discutable représente une question distincte (on examine la norme interne parce que, dans un acte communautaire, étranger au droit espagnol, on a violé une règle constitutionnelle) et très difficile à envisager, du fait de ses effets radicaux.

29. Or, dans de tels cas, les particuliers peuvent, également, agir devant le Tribunal constitutionnel. S'il s'agit d'un droit fondamental qui bénéficie de la garantie de l'*amparo*, en engageant directement un recours, en suivant la jurisprudence de l'arrêt de la Cour de Luxembourg elle-même, ou, en toute hypothèse, son exécution. S'il s'agit d'un autre droit fondamental, en invoquant, dans leur requête d'*amparo*, l'atteinte au

droit à une protection juridictionnelle effective, du fait de l'intervention d'une décision juridictionnelle arbitraire.

III - UN SYSTÈME DÉARTICULÉ ? REMARQUES CONCLUSIVES ET PROPOSITIONS DE RÉFORME

30. Au vu des données exposées dans les paragraphes précédents, il est clair, en effet, que nous sommes en présence d'un certain désordre en la matière, renforcé, en plusieurs occasions, par une confusion doctrinale (qui, parfois, comme nous l'avons vu, s'est propagée à l'intérieur du Tribunal constitutionnel), quant à la distinction entre les droits fondamentaux et les droits de l'homme. Il est inévitable que de telles tensions se produisent (d'autant plus que, dans notre pays, il existe le contenu prescriptif de l'article 10.2 de la Constitution), et notre tâche est d'assurer la cohérence de ce triple système de protection des droits fondamentaux.

Pour cela, nous devons partir d'une prémisse : les paramètres établis dans la Constitution et dans la Convention européenne des droits de l'homme sont autonomes et leur interprétation relève, respectivement, en dernier ressort, du Tribunal constitutionnel (indépendamment de l'existence d'un recours d'*amparo*) et de la Cour de Strasbourg. Ces deux paramètres doivent être, au moins, respectés par la Cour de justice des communautés européennes, bien que l'on puisse envisager d'autres droits autonomes dans ce domaine. Par ailleurs, si notre hypothèse n'est pas inexacte, il ne sera pas possible d'identifier un interprète suprême, au-delà de chacun de ceux qui appartiennent aux différents systèmes de protection des droits subjectifs, et qui interviendrait dans le même espace et le même temps. Dès lors, apparaît essentielle la fonction de délimitation précise de la nature et de la portée du droit subjectif invoqué (cf. paragraphe 4).

31. Au surplus, l'examen de l'interaction entre les systèmes prévus pour la sauvegarde des droits fondamentaux dans la Constitution espagnole, dans le Traité dans lequel est instituée une constitution pour l'Union européenne, et, des droits de l'homme, dans le cadre du Conseil de l'Europe, n'est pas une tâche aisée. Pour ce qui est des relations existantes entre les juridictions supérieures qui chapeautent chacun de ces ensembles institutionnels (Tribunal constitutionnel, Cour de Luxembourg, Tribunal de Strasbourg), il y a des facteurs que nous n'avons même pas encore pris en considération, et qui méritent sans doute réflexion. La surcharge de travail qui pèse sur le Tribunal constitutionnel espagnol présente, sans contestation possible, un intérêt majeur ; le Tribunal a choisi d'accélérer l'examen des recours d'*amparo*, repoussant, paradoxalement, les affaires qui lui étaient soumises dans le cadre des fonctions qui lui sont le plus naturelles (spécialement pour ce qui concerne les procès de constitutionnalité des normes ayant force de loi). À côté de celui-ci, apparaît un autre phénomène : l'augmentation des recours engagés devant les institutions du Conseil de l'Europe, ce qui permet d'en déduire que cette jurisprudence sera chaque jour plus importante. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que durant l'année 2003, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu neuf arrêts relatifs à notre pays, qui ne constituent qu'un cinquième des décisions rendues entre 1989 et 2004.

32. La conjonction de ces deux facteurs permet d'approfondir une idée que notre doctrine évoque, quant à l'éventuelle suppression ou limitation du recours d'*amparo* dans notre pays, recours qui empêche le Tribunal constitutionnel de remplir, dans un délai raisonnable, ses autres fonctions constitutionnelles. L'éventuelle restriction de l'*amparo* peut se réaliser de diverses manières (en excluant de ce recours le droit à une protection

juridictionnelle, en permettant de contester seulement, par la voie de cette procédure, certaines décisions rendues par des organes juridictionnels), ou en choisissant de faire disparaître du texte constitutionnel un recours qui, s'il fut essentiel en 1978, du fait du nombre important de fonctionnaires au sein du pouvoir judiciaire, comme de l'administration générale de l'État, formés à la lumière de règles juridiques très différentes de celles consacrées par le texte constitutionnel, n'est peut être plus, aujourd'hui, aussi indispensable. Un argument supplémentaire en ce sens réside dans la normalisation qui commence à apparaître dans l'utilisation des requêtes présentées devant la Cour européenne des droits de l'homme. Si ce pas est franchi, il faut souligner que le Tribunal constitutionnel ne perdra pas tout rôle, dans la mesure où il continuera d'être l'interprète suprême des normes constitutionnelles qui consacrent des droits fondamentaux (dans ce sens rappelons-nous, entre autres, la sentence STC 341/1993, du 18 novembre, dans laquelle il fut jugé que l'article 21 alinéa 2 de la loi organique 1/1992, du 21 février, portait atteinte à l'article 18 alinéa 2 de la Constitution, relatif au droit fondamental à l'inviolabilité du domicile).

De ce point de vue, il est possible de tenter de voir positivement, malgré ses éventuelles erreurs (présentes, certainement, dans toute instance de nature pseudo – juridictionnelle), l'activisme développé par la Cour européenne des droits de l'homme, comme une frontière en matière de droits de l'homme qui, d'un côté, libèrera d'une pesante charge le Tribunal constitutionnel et, de l'autre, contribuerait à l'établissement d'une culture européenne commune en matière de droits de l'homme, ce qui pourrait être bénéfique lors d'un éventuel processus constituant qui se réaliserait un jour dans le cadre de l'Union européenne.

33. Il serait souhaitable, en effet, qu'il y ait une convergence européenne en matière de droits de l'homme. Nous ne sommes pas face à un défi aisé. Le catalogue des droits fondamentaux d'un futur État européen ne constitue pas un questionnement purement académique ou intellectuel (ainsi que l'ont montré certains des problèmes que présente, depuis sa genèse, la Charte de Nice), mais est en relation directe avec la culture propre à chaque société. L'existence d'un droit à la dignité en Allemagne, d'un droit à l'honneur en Espagne, et des importantes nuances qui distinguent le droit à l'intimité dans notre pays et la liberté individuelle en France, met en lumière le fait que les droits fondamentaux nécessitent, pour mériter cette dénomination, d'être ressentis, socialement estimés. Le processus d'homologation des droits fondamentaux apparaît, de ce point de vue, comme un défi passionnant.

Il est important de signaler, néanmoins, que, selon nous, un tel processus d'homologation des droits, appliqués par les Cours de Strasbourg et de Luxembourg, ne peut méconnaître la spécificité du mouvement européen d'intégration (*cf.* paragraphe 18.b), ce qui peut influencer le régime juridique des droits réglementés par celui-ci, et nous ne sommes pas optimistes sur ce point, au moins si l'on se place à court terme. Toutefois, une telle évolution serait le cadre dans lequel pourraient être spécialement utile l'instauration des mécanismes cités dans l'alinéa III.B *in fine* (conférences de concertation, etc...) de la grille d'analyse proposée.

34. Si, conformément à ce que l'on a vu précédemment, on optait pour une exclusion du recours d'*amparo* de la Constitution espagnole, peut être conviendrait-il de créer une voie processuelle spécifique aux organes juridictionnels, afin qu'ils puissent accéder au Tribunal constitutionnel, dans des hypothèses où ils considèrent que l'application d'une norme déterminée non soumise à son contrôle serait susceptible de porter atteinte à un droit constitutionnel, posant ainsi une norme de « fermeture » du système.

Note bibliographique et de documentation

Les sentences du Tribunal constitutionnel ont été citées en mentionnant, si nécessaire, le fondement juridique dans lequel l'idée que l'on souhaitait souligner était formulée. Ainsi, par exemple, STC 164/2001/9, du 11 juillet, signifie que nous faisons référence au fondement juridique 9 de la sentence 164/2001, du 11 juillet. Les textes sont disponibles on-line (www.boe.es). Il en va de même pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://www.echr.coe.int/>) et celle de la *Corte Costituzionale* italienne (<http://www.cortecostituzionale.it/>). Les références au Traité instituant une Constitution pour l'Europe sont faites conformément au document CIG 87, du 6 août 2004.

Par ailleurs, plusieurs des idées développées dans ce rapport trouvent leur origine dans des travaux déterminés, qu'il convient d'indiquer. Pour cela nous utilisons, une fois de plus, le système de numérotation du texte.

3. L'idée selon laquelle le législateur contribue à la délimitation des droits fondamentaux a été brillamment exposée par Javier Jiménez Campo (« *El legislador de los derechos fundamentales* », in AA.VV, *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto. Oviedo*, 1993), d'autres ouvrages représentant, également, des références essentielles : Pedro Cruz Villalón (« *El legislador de los derechos fundamentales* », *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos* 2 -1989/90-) et Manuel Medina Guerrero (« *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid, 1996).

5. Les données statistiques relatives au Tribunal sont issues du rapport annuel (*Memoria*) de l'année 2003.

6. Relativement à ce que nous avons désigné comme la *réaction* de la Chambre civile du Tribunal suprême, les travaux suivants nous ont été d'une grande utilité : Francisco Rubio Llorente (« *El guardián de la Constitución* ». *Claves de Razón Práctica* 142, mayo 2004) et Luis E. Delgado del Rincón (« *Inviolabilidad frente a responsabilidad de los magistrados del Tribunal Constitucional (comentario de la STS, Sala Primera de 23 de enero de 2004, en el caso de la condena a los magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad civil)* », manuscrit aimablement offert par l'auteur et publié ultérieurement dans la *Revista Española de Derecho Constitucional*. 72, p. 267 ss. L'évolution du conflit a été traitée, plus précisément, dans le premier travail cité, pp. 18-20, et l'affirmation selon laquelle le Tribunal suprême a violé l'article 22 de la LOTC a été mise en lumière dans le second. L'hypothèse selon laquelle le comportement du Tribunal suprême n'est pas motivée par les excès commis par le Tribunal constitutionnel, mais plus justement parce que celui-ci tient à bien contrôler son action, est développée dans une autre étude du professeur Rubio Llorente, sur « *La convergencia de jurisdicciones* », aimablement communiqué en vue de l'élaboration de ce rapport. Un exposé minutieux de tous les événements intervenus dans l'affaire Presley peut être consulté dans Rubio Llorente, Francisco : « *Secrets d'alcôve et droits fondamentaux* ». In VV.AA, *Mouvement du Droit public* (Mélanges Franck Moderne), Dalloz, Paris, 2004, pp. 927-947.

7. La théorie du Tribunal constitutionnel du lien d'*antijuridicité* a été critiquée par l'auteur de ces lignes (in « *Legislador, derechos fundamentales y proceso (comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril)* », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58 (2000)), le texte cité figurant à la p. 270. Le dépassement de cette théorie, résolument attaquée par la Chambre pénale du Tribunal suprême, a été décrit dans l'étude de Pedro Martín García : « *La conexión de antijuridicidad : solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita* », *Revista Jurídica de Catalunya*, 4 (2003), pp. 75-100. Certaines réflexions personnelles de l'auteur de ce rapport ont été avancées dans le compte rendu de cette étude, qui verra le jour dans la *Revista Española de Derecho Constitucional*. Quant à la question du contrôle polémique sur les décisions pénales absolutoires, l'étude récente de Francisco Caamaño sur *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, est très intéressante. Les références RJ renvoient aux numéros du *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* qui rassemblent les sentences mentionnées.

8b. La relation entre l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme López Ostra et le droit de l'environnement a été examinée dans divers travaux, parmi lesquels se détache celui de Francisco Velasco Caballero (« *La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso López Ostra contra España)* », *Revista Española de Derecho Constitucional* 45, 1995).

11, 21 y 23. Ces paragraphes, consacrés au système communautaire de protection des droits de l'homme, rassemblent des affirmations formulées antérieurement dans divers travaux : « *Los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea* » (coécrit avec Francisco Julián Fonseca Morillo), in AA.VV, *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, 1996, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997 ; « *Seis tesis, un comentario y dos hipótesis de futuro sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* », in VV.AA, *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*, Septem, Oviedo, 2001 et « *La eficacia de la Carta de Niza* », in VV.AA, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

17, 18, 21a y 30. Il a été affirmé que l'article 10.2 de la Constitution espagnole a une portée limitée, permettant d'enrichir l'interprétation des droits fondamentaux, mais non l'incorporation d'autres droits, nouveaux (cf. Saíz Arnaíz, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 79 ss.) et que nous sommes face à une règle dont l'utilisation est obligatoire (*ibid.*, pp. 205 s. ; le fait qu'il n'existe pas de solution juridique face à un éventuel inaccomplissement de la part du Tribunal constitutionnel constitue une question distincte). L'efficacité interprétative variable que, de ce point de vue, doivent avoir les arrêts de la Cour européenne López Ostra et Valenzuela Contreras a été traitée par l'auteur de ces lignes in « *Legislador,....* », *cit.*

20. On fait ici référence au travail d'Eduardo García de Enterría sur « *La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, Stone Court Shipping Company, S.A. c/ España, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos. : una censura expresa a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*

efectiva : necesidad de una rectificación radical de las posiciones restrictivas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva », Revista de Administración Pública, 163 (2004).

22, 25 y 27. Les données fournies relativement à l'action du Groupe de travail II et de la CIG 2004, dans laquelle celui-ci s'inscrit, ont été relevées dans une autre étude de cet auteur sur « *Los derechos fundamentales y los derechos humanos en la CIG'2004* », *Teoría y Realidad Constitucional*, en cours d'impression. Par ailleurs, le compte rendu de certaines décisions du Tribunal constitutionnel relatives à des aspects déterminés du droit communautaire sont également extraites d'un ouvrage à part entière, encore en cours d'élaboration, sur « *El Derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* ».

26. Les données relatives à l'extension du contrôle de la Cour de Strasbourg aux actes nationaux pris en application du droit communautaire, et au comportement de l'Union européenne, ont été tirés de l'excellent résumé réalisé par Carmen Morte Gómez, dans son étude sur « *El papel del Convenio Europeo en la Carta de los derechos fundamentales* », publié in Álvarez Conde, Enrique y Garrido Mayol, Vicente (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*. Tirant lo blanch. Valencia, 2004. Vol. II, p. 1603 ss.