

L'activisme judiciaire, le prix de la transaction démocratique en Espagne

Par Antoni Abat i Ninet*

Introduction

Notre premier objectif est de fournir une définition plausible de l'activisme judiciaire et de son champ d'application, et de déterminer s'ils doivent être appliqués à des décisions concrètes à l'examen. Nous soutenons que l'activisme judiciaire est une théorie américaine, conçue spécialement depuis ses origines pour analyser le rôle de la magistrature dans le système de droit commun. Cet élément ne doit pas être sous-estimé, car l'application de cette théorie à un système continental n'est pas simple, ni directe. Toutefois, elle implique toujours l'acculturation juridique qui doit être replacée dans la nouvelle réalité qu'elle doit affronter. Ce n'est pas simplement de la rhétorique juridique, mais au contraire une application pratique pour doter la théorie de fonctionnalités.

Partant de cette définition, nous nous demandons ce que l'activisme judiciaire implique. Parlons-nous de la "*legislation from the bench*", c'est-à-dire de l'invalidation judiciaire de textes législatifs? Ou est-ce que l'activisme juridique signifie nécessairement de ne pas tenir compte d'un précédent? Le contrôle judiciaire peut-il toujours s'échapper de la politique? Nous soutenons que l'activisme juridique implique toujours une activité qui surmonte le contrôle judiciaire et l'interprétation (le *ius dicere* et non pas le *ius dare*), quel que soit son résultat.

Le deuxième segment de ce travail est axé sur la figure de Baltasar Garzón en tant que procureur de l'*Audiencia Nacional*. Le Juge Garzón est une figure publique, un juge médiatique, et de par ce fait il a suscité beaucoup de critiques de toutes les fonctions officielles. En Espagne, il est assumé qu'un juge doit exercer ses fonctions loin des médias. Nous n'analyserons pas si la répercussion publique de Garzón est due à la signification politique des cas qu'il a instruits, ou bien si cette médiatisation est prémeditée. Mais nous pouvons penser que cette notoriété publique a aidé à étiqueter certaines des actions du Juge comme politiquement motivées.

En tout cas, il semble nécessaire de définir les fonctions d'un procureur de l'*Audiencia Nacional* (Haute Cour), ainsi que la décision concrète, afin de savoir si ses actions recelaient une sorte d'activisme. Une fois que nous aurons défini la figure de Garzón et ses fonctions comme procureur de l'*Audiencia Nacional*, nous analyserons la résolution à l'étude pour déterminer si le Juge est capable d'activisme judiciaire ou non.

Après avoir exposé l'activisme judiciaire dans le cas espagnol, nous traiterons du rôle des Cours constitutionnelles dans les transitions démocratiques qui ont eu lieu dans « les régimes d'horreur » des États qui ont diabolisé leurs prédecesseurs immédiats, comme un moyen de définir les nouvelles identités (Scheppele, Ishi-

yama Smithey, Jacobsohn *et al.*)¹. Ces régimes d'horreur : « réussissent à créer un débat sur la mémoire collective qui fournit un raisonnement public pour l'interprétation d'activisme judiciaire des nouvelles constitutions, de telle façon que l'on donne leurs lectures aux dispositions de droits de l'homme contre les réclamations de l'état »².

La comparaison est basée sur le fait que les États que nous examinons (Espagne, Pologne et Hongrie) ont fait une transition démocratique dans des conditions similaires. Nous pouvons donc vérifier le rôle de la magistrature dans ces transitions, tout en tenant compte des particularités de chaque cas.

Définition et analyse de l'activisme judiciaire dans le système juridique espagnol

L'activisme judiciaire a soulevé un long débat au cours des années 1990, et le terme a assumé un rôle proéminent dans les débats publics, apparaissant régulièrement dans les éditoriaux, les blogues et les débats politiques³. Toutefois, cette discussion n'a pas eu lieu en Espagne, où les débats techniques sur ce phénomène sont rares, mais l'activisme judiciaire y existe bel et bien. En Espagne, il pourrait être décrit comme la « dépuration de la transition démocratique », une transition qui n'est pas terminée, puisque des plaies restent ouvertes. Une transition démocratique qui a commencé avec un ordre juridique et politique, représenté par la préconstitutionnelle loi d'amnistie⁴.

Il est important de noter que l'activisme judiciaire est à l'origine un concept américain, créé et pensé par et pour la tradition légale américaine. L'application de ce concept à un système continental n'est pas linéale ou libre; elle implique une profonde acculturation juridique. Il est bien connu que le rôle du système judiciaire et des Cours constitutionnelles / suprême dans un système de *common law* (contrôle diffus) est différent dans le système continental (contrôle concentré). De fait, le rôle du pouvoir judiciaire est une des différences les plus significatives entre les

deux systèmes: il affecte directement l'activisme judiciaire. En analysant l'activisme judiciaire dans le système espagnol, le point de départ et les paramètres sont clairement différents du système américain. Sous la forme américaine de *judicial review*, les premières questions constitutionnelles sont soulevées dans le cadre de litiges⁵. Dans le cadre de la *révision judicial*, ce n'est pas le cas.

Une première particularité du cas espagnol est que l'activisme peut être attribué à un magistrat sur un plan strictement juridique. Le Juge Garzón exerce des fonctions exclusivement juridictionnelles; ce qui n'est pas le cas d'une cour constitutionnelle, qui est également une instance politique dans les systèmes continentaux. En ce sens, nous comprenons qu'une cour constitutionnelle continentale qui s'immisce dans la sphère politique en interprétant, contrôlant ou mettant en application la Constitution, exerce des compétences régulières. Mais lorsqu'une cour juridictionnelle ordinaire joue un rôle politique, elle viole la séparation des pouvoirs. Cela est un point transcendental dans le cas des cours constitutionnelles continentales, qui, lorsqu'elles développent la fonction de « législateur négatif », expulsent les normes inconstitutionnelles du système. Dans le système juridique espagnol, continental et concentré, les fonctions que développe la Cour constitutionnelle ne peuvent être exercées par la cour juridictionnelle ordinaire.

La notion d'activisme judiciaire est juridiquement indéterminée, ce qui donne lieu à des définitions doctrinaires contradictoires, comme inexiste, vague, péjorative, obscure et incohérente⁶.

Nous considérons que l'indétermination sémantique et juridique de l'activisme judiciaire peut être limitée grâce à une interprétation littérale. Le mot « activisme » implique l'utilisation d'une action directe et perceptible pour parvenir à un résultat⁷. D'autre part, le concept « action » est très général, bien que sa définition soit très utile, car elle démontre que l'activisme est toujours lié à un résultat concret. En ce sens, chercher un résultat judiciaire concret lors d'un procès viole les principes et garanties juridiques.

Les juges ne sont pas partie, et un verdict doit être fondé exclusivement sur l'interprétation de la loi et de la preuve. De plus, les juges interprètent et appliquent la loi en se basant sur les faits démontrés et non la recherche d'un résultat concret. Autrement dit, le fonctionnement judiciaire est basé sur le simple syllogisme aristotélicien : P - Q, où P représente les faits et Q, les conséquences juridiques. Le juge ne peut pas modifier cette structure logique pour obtenir une conséquence juridique déterminée Q en interpréter les faits.

Selon le Juge Paul Mahoney, il y a activisme judiciaire lorsque : « Les juges [modifient] la loi de ce qui précédemment était, ou a été, déclaré comme des sources légales existantes, substituant ainsi les décisions par la décision cherchée, remplaçant le législateur (*representatives bodies*) »⁸. Cette définition n'est pas liée avec un résultat concret, mais est limitée à une sorte de législation incorrecte, lourdement influencée par le système de droit commun et la tradition légale américaine. Pourrions-nous considérer, conformément à cette définition, le rejet ou l'admission d'une plainte criminelle à cause des motivations politiques, comme un acte d'activisme judiciaire?

Nous soutenons que le cœur de l'activisme judiciaire n'est pas le résultat, mais l'interprétation et l'argumentation orientées que le juge adopte pour obtenir une décision concrète. Ce fait contredit certains principes de procédure constitutionnelle, comme le principe de certitude juridique, mais aussi l'interdiction d'action arbitraire des autorités publiques⁹. De plus, ne pas recevoir une réclamation fondée sur la protection des droits de l'homme contredit le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux¹⁰.

La doctrine définit l'activisme judiciaire, soulignant d'autres caractères. Ainsi Green indique que l'activisme judiciaire devrait être défini comme l'abus de pouvoir exercé en dehors des limites du rôle judiciaire¹¹. L'activisme judiciaire implique un abus, parce que le résultat orienté vers l'action est un excès du juge dans l'exercice de ses fonctions; cela n'est pas forcément un pouvoir non supervisé.

Comme Green, d'autres secteurs doctrinauxlient « l'action » et le « résultat » dans la définition de l'activisme judiciaire. En ce sens, Baxi reconnaît que dans tous les cas où une décision bénéficie au peuple, il n'y a pas d'activisme judiciaire... il affirme également qu'un juge n'est pas activiste dans le sens « de l'utilisation militante du pouvoir judiciaire au service des droits fondamentaux »¹².

Cette définition de l'activisme ne considère pas la façon avec laquelle le juge interprète les dispositions légales pertinentes en question, et se concentre uniquement sur l'intention de la décision de jouer un rôle socialement transformateur. Par conséquent, une décision qui manque de suivre à la fois les précédents et les règles standards d'interprétation législative, mais assure la promotion des droits de l'homme, ne sera pas considérée comme activiste¹³. Dans ce même sens, Cohn et Kremnitzer ont aussi soutenu qu'une décision protégeant des valeurs constitutionnelles ne peut non plus être considérée comme de l'activisme¹⁴. Même si cette interprétation lie action et résultat à la définition d'activisme, nous sommes confrontés à deux sphères différentes. Deux faits et une recherche d'un résultat concret par un pouvoir judiciaire signifieront « activisme », donc une sorte d'excès qui peut être retenu.

Une question différente est celle de savoir si l'activisme judiciaire est justifié, légitime, nécessaire ou positif. À première vue, il semble que la protection judiciaire et l'application des droits de l'homme justifieraient l'activisme judiciaire, malgré le risque pour la démocratie et l'État de droit que cet activisme implique.

Ce débat est lié à une question fondamentale de la théorie de la démocratie et au concept de « démocratie militante ». Quel est le but suprême d'un juge? Une réponse standard sera la justice par l'application de la loi, mais qu'est-ce qui prévaut? Où est la limite? Cohn et Kremnitzer, et d'autres auteurs supposent qu'une prise complètement libre de décisions judiciaires, non politisée ou non téléologique, est impossible et inaccessible¹⁵. Cela est probablement une question clé pour répondre à la définition de l'activisme judiciaire. Mais si cette hypothèse est

vraie, l'activisme judiciaire sera toujours inévitable dans le champ d'application de l'appareil judiciaire. Par conséquent, nous devrons grader « l'activisme » et évaluer chaque cas concret afin de savoir si le pouvoir judiciaire cherche un résultat orienté. Et si c'est le cas, s'il est justifié ou non. Il est très difficile d'obtenir des paramètres généraux pour cette question, mais nous considérons que la modération doit être prioritaire sur l'activisme. Une question surgit alors : est-il possible de réaliser une justice réparatrice à travers la contrainte judiciaire?

Comme nous l'avons déclaré plus tôt, l'activisme judiciaire implique nécessairement une action orientée vers un résultat concret. Mais quel genre d'action judiciaire peut être qualifié d'activiste? Selon Green, avant le XX^e siècle, les juristes se sont référés au concept de législation judiciaire, c'est-à-dire que les juges font la loi positive. Cet auteur décrit d'une façon schématique les interprétations modernes de l'activisme judiciaire, en arrangeant n'importe quelle *erreur de droit sérieuse*. Une fois exclues les erreurs provoquées par l'incompétence, nous ne pouvons pas considérer comme activisme judiciaire les cas où les tribunaux ignorent les précédents, ou les faits¹⁶.

Toutes ces actions ne sont pas simplement des erreurs, mais des actions volontaires orientées vers un résultat concret. Il n'y a aucune erreur. La seconde connotation d'activisme judiciaire que Green soulève sera liée à n'importe quel résultat, mais si les juges ont été évalués uniquement sur la désirabilité politique de leurs décisions, la notion d'activisme judiciaire peut ne pas être pertinente. Une troisième définition considérera l'activisme judiciaire comme toute décision d'annulation d'un statut démocratique¹⁷. La dernière, qui est la plus répandue aujourd'hui, sera un mélange des significations définies ci-dessus¹⁸.

Par conséquent, pour déterminer si Baltasar Garzón est possible d'activisme judiciaire, nous pouvons vérifier sa décision concrète, selon les différentes définitions du phénomène. La section suivante traite de sa résolution et des fonctions d'un procureur de l'*Audiencia Nacional*.

Qui est Baltasar Garzón?

Baltasar Garzón est un célèbre procureur public en Espagne, puisqu'il traitait quelques-unes des plus importantes affaires criminelles du pays, impliquant dans ses poursuites publiques des personnes notoires. La renommée de Garzón précède la fameuse poursuite de Pinochet, Videla, et de 39 autres dictateurs militaires sud-américains. Dans une perspective domestique, la figure de ce Juge est également rattachée à des polémiques dans la sphère publique et politique. Pour cette raison, certains médias juridiques et politiques ont qualifié, dans un sens péjoratif, le procureur de l'*Audiencia Nacional* comme un « *start judge* ». En 1988, Garzón a adhéré à la position du procureur de l'*Audiencia Nacional*, grâce à ce qu'ont instruit certaines de ses causes en matière de stupéfiants et d'opérations antiterroristes avec couverture médiatique.

En 1993, Garzón a décidé d'interrompre sa carrière judiciaire pour participer à la politique. Il a occupé les fonctions de secrétaire d'État à la Justice jusqu'à 1994, lorsqu'il s'est resigné et est revenu à la magistrature. Son retour à l'appareil judiciaire a causé beaucoup de controverses en Espagne depuis qu'il a instruit le cas G.A.L. (« la guerre sale » contre le terrorisme) impliquant certains de ses anciens collègues de parti politique¹⁹. En tant que procureur public, Garzón a examiné l'organisation E.T.A et aussi le terrorisme « islamiste ».

Le 5 novembre 1998, Garzón a contribué de manière décisive à l'exécution et à la protection universelle du droit international humanitaire, quand il a considéré la juridiction espagnole compétente pour poursuivre les crimes de génocide, torture et terrorisme engagés au Chili, dans la mondialement connue « affaire Pinochet » et la demande d'extradition au Royaume-Uni à être poursuivis en Espagne²⁰. Garzón a aussi considéré la juridiction espagnole compétente pour juger les fonctionnaires argentins sous les charges de génocide, au sujet de la disparition de citoyens espagnols pendant la dictature argentine de 1976-1983. Dans ce contexte, au 19 avril 2005, l'*Audiencia Nacional* a reconnu coupable le répresseur argentin Adolfo Scilingo en le

condamnant à 640 ans de prison. En octobre 2008, Garzón a admis la compétence de l'*Audiencia Nacional* pour examiner les charges de détention illégale et des crimes contre l'humanité, des disparitions enregistrées pendant la Guerre civile espagnole et les premières années de la dictature de Francisco Franco. Cette résolution a aussi ordonné l'ouverture de 19 charniers disséminés partout en Espagne. La décision a été portée en appel par le bureau du Procureur général (*Ministerio Fiscal*) de l'*Audiencia Nacional*.

En novembre 2008, une haute instance judiciaire, la *Sala de lo Penal de l'Audiencia Nacional* (Chambre criminelle de la Cour) a déclaré Garzón incompétent pour instruire le cas. Le 26 mai 2009, la Cour suprême a admis une plainte contre Garzón pour avoir commis un abus de confiance dans son admission afin d'examiner les crimes de la Guerre civile espagnole et le régime de Franco. Le 7 avril 2010, la Cour suprême, par l'ordre du magistrat Luciano Varela, a poursuivi la procédure contre Garzón et suspendu de façon temporaire le procureur dans ses fonctions judiciaires. La suspension du Juge a causé des manifestations politiques énormes contre l'impunité du régime de Franco. En ce sens, *Human Rights Watch* a dénoncé un double standard de la Justice espagnole jugeant des crimes au Chili et en Argentine, mais poursuivant le Juge qui a voulu faire de même en Espagne.

Le rapport annuel 2011 d'Amnistie internationale condamne l'accusation contre Baltasar Garzón, stipulant qu'il a été l'unique juge qui a essayé de juger des crimes universels contre l'humanité, et finalement a été séparé de ses fonctions²¹. Suite à son expulsion judiciaire, Baltasar Garzón a été conseiller de la Cour internationale de Justice à La Haye, et est actuellement avocat.

L'exhumation de charniers. Le génocide sous le régime de Franco

La résolution judiciaire sous analyse est l'*Auto du Juzgado Central de Instrucción 5, Audiencia Nacional*, 16 octobre 2008²². À ce stade, il est important de définir, dans une perspective comparative, l'*Audiencia Nacional* et les fonctions d'un magistrat de cette Haute Cour. L'*Audiencia*

Nacional est une haute cour espagnole basée à Madrid qui a compétence et juridiction dans tout le territoire. La Cour est divisée en trois chambres : pénale, administrative et sociale. La Chambre pénale décide sur les crimes affectant l'intérêt national, par exemple le terrorisme, le trafic de drogues, les crimes contre la famille royale et la fraude à grande échelle. L'*Audiencia Nacional* a été créée par décret en janvier 1977, sous le gouvernement de transition d'Adolfo Suárez, dans une décision controversée depuis sa création.

La Cour a reçu des critiques acerbes des sphères politique et professionnelle qui l'ont vue comme l'héritière du Tribunal franquiste d'ordre public (TOP). L'*Audiencia Nacional* a des compétences pour traiter les crimes du terrorisme basque au détriment des tribunaux ordinaires basques (conformément au principe constitutionnel de « juge naturel prédéterminé par la loi », les Tribunaux basques devraient être ceux qui traitent des crimes du terrorisme). L'*Audiencia Nacional* apparaît sur le plan médiatique à partir de 1996 avec les demandes ouvertes aux membres de la junte militaire en Argentine et la poursuite de Pinochet, arrêté à Londres en 1998, sur un ordre émis par l'*Audiencia Nacional*.

Le 14 décembre 2006, 22 procès criminels ont été déposés devant le *Juzgados Centrales de Instrucción* (*Audiencia Nacional*) pour engager des accusations contre Francisco Franco, les responsables politiques et les chefs militaires du régime pour crimes contre l'humanité commis pendant la Guerre civile espagnole (1936-1939) et les années de l'après-guerre. L'admission du cas de Garzón est basée sur un plan préconçu et permanent d'élimination systématique des opposants politiques à travers plusieurs décès, tortures, exils et disparitions forcées.

Le procureur général (*Ministerio Fiscal*) a émis un avis considérant que l'*Audiencia Nacional* n'était pas compétente pour intenter ces actions en justice, parce que les faits rapportés n'étaient pas considérés comme des crimes contre l'humanité ou des génocides, et soumis à la Ley 46/1977 du 15 octobre 1977, loi d'amnistie. Il est très important de souligner que nous sommes dans une première étape de la procédure.

Comme nous le verrons, ce fait est crucial pour la question qui nous concerne dans cet article.

Le Code de procédure pénale espagnol divise le processus en deux grands segments. La première de ces sections, appelée *Diligencias Previas* (procédure préliminaire), est dirigée par un procureur (Magistrat) qui instruit l'affaire. L'objectif principal de ce stade est de découvrir des preuves. Cette première étape prend fin avec une résolution judiciaire appelée *Auto de Acomodación*. Puis un ou plusieurs juges traiteront la deuxième phase de la procédure pénale (*juicio oral*), qui se termine par un verdict. Garzón, comme instructeur, jamais ne résoudra un cas, mais instruira et examinera, et ce fait est également important pour déterminer si Garzón a procédé à de l'activisme judiciaire dans cette résolution.

Avant d'examiner un cas, la première question que le ministère public soulève est celle de l'admission d'une plainte. La décision est prise sur la base « formelle » et les motifs « d'essence ». Les paramètres formels sont le lieu (*ratione materiae*) et la juridiction (compétence territoriale). Autrement dit, il faut savoir si la Cour est responsable de traiter la question. Les paramètres « essentiels » sont basés sur les faits et les preuves rapportés. Si de ces faits et de ces évidences nous pouvons admettre l'existence potentielle de preuves raisonnables d'une infraction criminelle, le tribunal est compétent. Une admission judiciaire ne signifie donc pas la culpabilité.

Après la division entre les paramètres « formels » et « indispensables », le raisonnement de Garzón peut être récapitulé par les aspects suivants : A) Arguments formels : i) Les faits décrits dans la plainte n'ont jamais été jugés criminellement par la Justice espagnole, donc l'impunité a été la règle devant quelques événements qui seraient considérés comme des crimes contre l'humanité; ii) Les faits peuvent être contemplés comme crimes permanents des détentions illégales dans le cadre des crimes contre l'humanité. En vertu de la loi espagnole²³, l'*Audiencia Nacional* a la compétence matérielle et territoriale; et iii) L'échec de la poursuite pénale de ces faits agirait contre les droits des victimes et des familles de ces victimes²⁴.

B) Arguments « essentiels » : i) L'insurrection militaire du 18 juillet 1936 était une décision parfaitement planifiée pour en finir avec le gouvernement républicain espagnol. L'attaque, l'arrestation, et même l'élimination physique des plus hauts représentants de l'État étaient une phase nécessaire pour développer et exécuter la détention, la torture, les disparitions forcées et l'élimination physique de milliers de personnes pour leurs considérations politiques, sociales et idéologiques; ii) Le nombre total de disparitions rapportées dans la plainte s'élève à 114 266 personnes. Le système de « disparition forcée » a été utilisé méthodiquement pour empêcher ou entraver l'identification des victimes et nuire à l'action de la Justice; iii) Les actions ont été coordonnées et dirigées par les successives Juntas Militaires et les structures paramilitaires de la Falange; iv) Ce type de crimes est affecté par la non-rétroactivité de la loi pénale; v) Les crimes sont toujours permanents parce que les détentions illégales sont devenues disparitions forcées de personnes. Par conséquent, il s'agit d'un type de consommation permanente, ce qui le rend imprescriptible; vi) Il est impossible d'appliquer une amnistie (des pardons généraux) à ce type de crimes.

Baltasar Garzón a accepté la compétence de l'*Audiencia Nacional* pour poursuivre ces faits sous conditions, parmi lesquelles, la création d'un comité d'experts et d'un comité de fonctionnaires de la Cour suprême, afin de rechercher et localiser les victimes dans une période raisonnable, mais aussi pour le rétablissement et l'identification des restes humains. Avec l'admission de ces plaintes, le Juge engage l'accusation criminelle des responsables du régime franquiste.

Nous soutenons qu'une bonne manière de savoir si Garzón a fait de l'activisme dans cette décision judiciaire politiquement transcendante, est de soumettre cette résolution au schéma de Green, exposé susdit. Le premier cas d'activisme judiciaire est relatif à n'importe quelle erreur légale sérieuse. Selon l'instance considérant la décision de Garzón, celle-ci pourrait être jugée comme une erreur juridique ou non. Nous soutenons qu'une erreur « sérieuse » devrait nécessairement impliquer la difficulté

ou l'impossibilité de réformer la loi ou ses conséquences.

En ce sens, l'admission de Garzón est le premier acte d'un processus pénal, mais il existe plusieurs possibilités de classer l'affaire et de modifier la décision initiale. Dans un sens opposé, un refus serait irrémédiable. La résolution de Garzón est-elle indésirable ou controversée? En tout cas elle ne représente pas le résultat, mais le premier pas pour l'obtention du résultat. Est-ce que la résolution ignore un statut démocratique? Le procureur de l'État dans ce cas a déclaré que les faits relatifs à la plainte ont été touchés par la Loi d'amnistie de 1977.

Comme le Juge Garzón l'affirme dans sa résolution, selon le droit humanitaire international et la jurisprudence de la Cour suprême espagnole, une loi d'amnistie n'est pas applicable dans les cas instruisant les crimes contre l'humanité, le génocide et la torture. Le procureur de l'État ne peut pas revendiquer la loi d'amnistie; l'application serait nulle *Iuris et de Iure*. Un acte contre les droits humains des victimes.

Il est également important de mentionner que la loi espagnole d'amnistie est une institution antidémocratique et préconstitutionnelle. Ainsi, l'article 1.1 indique que la loi a été spécifiquement approuvée pour pardonner tous les crimes liés aux plaintes qui cherchent une couverture juridique des victimes au détriment des droits de l'homme. Garzón ne légifère pas avec la décision. Il ne fait pas de droit positif, mais il applique le droit humanitaire international.

En tout cas, si nous considérons que Garzón fait une sorte de législation « négative », il évitera une loi préconstitutionnelle, antidémocratique et contraire aux droits de l'homme. Selon Baxis, Kremnizer, Cohn et d'autres, la promotion des droits de l'homme ne peut être considérée comme de l'activisme judiciaire. Garzón ouvre le chemin pour la défense des droits de l'homme chez lui. L'unique objectif qu'il semble chercher est de rétablir la justice dans le cadre de ses fonctions judiciaires. Le prix qu'il a payé a été l'expulsion de la carrière judiciaire en Espagne.

Le rôle des autres tribunaux constitutionnels dans les transitions démocratiques

Dans ce dernier segment, nous comparons les effets que Garzón a visés par sa résolution avec le rôle des cours (constitutionnelles) dans les transitions démocratiques en Hongrie et en Pologne. La comparaison semble plausible, car comme Rosenfeld le fait remarquer, la Constitution espagnole de 1978 donne lieu à un nouveau modèle constitutionnel qui a influencé les transitions récentes dans d'autres démocraties constitutionnelles, comme en Europe centrale et orientale après 1989²⁵. Rosenfeld affirme :

La transition pacifique en Espagne de la dictature de Franco à la démocratie constitutionnelle au milieu des années 1970, et sa capacité de développer une dynamique culturelle constitutionnelle au cours des deux dernières décennies est vraiment remarquable. En outre, le cas espagnol est d'autant plus frappant qu'il peut difficilement être considéré comme une anomalie. Au lieu de cela, il marque un point tournant [sic] vers des transitions pacifiques à la démocratie constitutionnelle qui a atteint des proportions mondiales depuis les années 1980. Au cours des deux dernières décennies, la majorité des transitions concernées en Europe orientale et centrale... ont été pacifiques²⁶.

L'auteur poursuit en affirmant :

La reconstruction culturelle de la mémoire historique de la guerre civile a joué un rôle majeur en Espagne dans l'interligne de la transition pacifique. La blessure sévère que la guerre civile sanglante a infligée à la propre image de l'Espagne, dut être guérie avant qu'elle puisse prendre l'avance vers la démocratie. Et cela a été accompli par la reconstruction culturelle de l'identité historique du pays²⁷.

La résolution de Garzón semble mettre en jeu cette réconciliation nationale, contestant cette réalisation. La question clé est de savoir si le Juge a dépassé le cadre de ses compétences ou non, essayant de mettre en œuvre les droits universels de l'homme. Nous considérons que l'activisme judiciaire implique l'invalidation d'un

texte législatif. En ce sens, si une règle approuvée par une chambre fasciste des députés accorde une amnistie à un génocide, elle ne peut être légitime. De plus, cette loi d'amnistie est contraire aux traités internationaux et aux résolutions ratifiées dernièrement par l'Espagne.

Comme Scheppelle l'expose, les États suivent une nouvelle définition d'eux-mêmes, une nouvelle identité complètement différente de celles des régimes antérieurs, qui étaient écrites dans la Constitution²⁸. Mais comme nous le verrons, un texte constitutionnel n'est pas toujours une solution finale pour fermer la porte aux questions constitutives qui restent ouvertes. Scheppelle indique que dans la politique constitutionnelle du régime de posthorreur, les cours bénéficient d'une grande marge de manœuvre, particulièrement dans les cas où il y a un accord sur ce qu'étaient les dommages du régime précédent. Ce qui n'a jamais eu lieu en Espagne, où la transition n'a reconnu aucun crime antérieur. Nous pourrions la définir comme une transaction au lieu d'une transition²⁹.

En ce sens, Wojciech Jaruzelsky, le dernier dictateur communiste en Pologne, a été jugé avec huit autres dirigeants communistes pour la répression contre l'opposition de *Solidarność* (Solidarité), durant laquelle des douzaines de personnes ont été tuées. Mais tous les pays ne choisissent pas la même solution; la Cour constitutionnelle de Hongrie a déclaré que dans le nouveau régime d'État de droit, la raison purement instrumentale suffirait pour changer les garanties de base de la sécurité juridique. Le fait que les dirigeants de l'ancien régime aient commis des crimes horribles sans conséquences légales ne peut être utilisé comme une raison constitutionnelle présente. La loi ne pouvait être rétroactivement modifiée pour créer un problème de sécurité juridique³⁰.

Si l'on compare le cas espagnol avec ces deux autres transitions démocratiques, il est nécessaire de remarquer l'une des grandes différences : dans le cas de Garzón, la décision est fondée sur un crime de génocide, et cela est important non seulement sur le plan procédural, mais aussi celui de la légitimation.

Un autre élément important à préciser dans le cadre de cette comparaison est que Baltasar Garzón n'est pas magistrat d'une cour constitutionnelle, mais d'un corps strictement judiciaire. La Cour constitutionnelle en Espagne est un organisme indépendant avec une juridiction spéciale, limitée à l'interprétation, au contrôle et à l'application de la Constitution. La nature de la Cour est à la fois politique (en raison de la transcendance politique des décisions) et judiciaire (composée par des juges avec une loi similaire à celles d'autres juges ordinaires; en outre, les décisions de la Cour constitutionnelle sont en forme de jugements). Cette double nature représente une grande différence par rapport à d'autres systèmes concentrés comme celui de la France, où le Conseil constitutionnel est clairement un organe politique, alors que la Cour constitutionnelle espagnole n'est pas l'autorité judiciaire compétente pour examiner les crimes de la Guerre civile espagnole et le régime de Franco.

Conclusion

En 1952, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand a jugé l'inconstitutionnalité du Parti national-socialiste basé sur une disposition spécifique dans la Constitution. Les rédacteurs de la Constitution allemande ont dû considérer si les principes dirigeants de la démocratie devaient limiter la liberté absolue d'établir des partis sur la base d'une idée politique, et si les partis qui cherchent à abolir la démocratie en utilisant des moyens démocratiques devaient être exclus de la vie politique³¹.

La décision du Tribunal allemand a été le point de départ de la théorie de la démocratie militante. Dans notre cas, la Constitution représente les valeurs fondamentales du nouvel ordre démocratique libre, mais aussi un pacte politique. Défier la transition démocratique (même si nous revendiquons le respect des droits de l'homme) signifie défier le pacte constitutif, et les *Hütter der Verfassung Schmittien* deviennent les gardiens des transitions. Il faut alors se demander si une Constitution stable et une transition démocratique peuvent être utilisées comme arguments pour empêcher une investigation judiciaire d'un crime contre l'humanité.

Notes

- * L'auteur est professeur de Droit, *Center for Comparative and European Constitutional Studies*, Université de Copenhague (Danemark).
- 1 Voir Kim Lane Scheppelle, «Constitutional Interpretation After Regimes of Horror» dans Susanne Karstedt, dir, *Legal Institutions and Collective Memories*, Oxford, Hart Publishing, 2009; Shannon Ishiyama Smithey et John Ishiyama, «Judicial Activism in Post-Communist Politics» (2002) 36:4 Law & Soc'y Rev 719; Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2010.
 - 2 Scheppelle, *supra* note 1 à la p 233.
 - 3 Keenan D. Kmiec, «The Origin and Current Meaning of Judicial Activism» (2004) 92:5 Cal L Rev 1441 à la p 1442.
 - 4 Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistia, BOE 1977, n° 248 [Loi d'annistie] (Espagne).
 - 5 Scheppelle, *supra* note 1 à la p 234.
 - 6 Voir Craig Green, «An Intellectual History of Judicial Activism» (2009) 58:5 Emory LJ 1195; Madhav Koshla, «Addressing Judicial Activism in the Indian Supreme Court: Towards an Evolved Debate» (2009) 32:1 Hastings Intl & Comp L Rev 55.
 - 7 Cambridge International Dictionary of English, 1995, *sub verbo*, «activism».
 - 8 Dragoljub Popovic, «Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights» (2009) 42:3 Creighton L Rev 361 à la p 362.
 - 9 Constitución Española, BOE 1978, n° 311.1, art 9.3 [Constitution espagnole] (Espagne).
 - 10 Ibid, art 24.1; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, art 6 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [Convention européenne des droits de l'homme]; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, JO C 364/1, art 47 (entrée en vigueur : 1^{er} décembre 2009).
 - 11 Green, *supra* note 6 à la p 1205.
 - 12 Koshla, *supra* note 6 à la p 59.
 - 13 Ibid.
 - 14 Margit Cohn et Mordechai Kremer, «Judicial Activism: A Multidimensional Model» (2005) 18 Can JL & Jur 333 à la p 348.
 - 15 Ibid.
 - 16 Green, *supra* note 6 à la p 1198.
 - 17 Kmiec, *supra* note 3 à la p 1447.
 - 18 Green, *supra* note 6 à la p 1204.
 - 19 Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción n°5, Madrid, 29 juillet 1998, STS 2/1998 (Espagne).
 - 20 Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción n° 5, Madrid, 3 novembre 1998, sumario 19/97-J (Espagne).
 - 21 Voir Reed Brody, «The world needs Spain's universal jurisdiction law» (27 mai 2009), *Human Rights Watch*, en ligne : <www.hrw.org/es/news/2009/05/27/world-needs-spain-s-universal-jurisdiction-law>; Amnistie Internationale, «Informe anual 2011: El estado de los derechos humanos en el mundo» (2011), en ligne: <www.amnesty.org/es/annual-report/2011>.
 - 22 Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción n° 5, Madrid, 16 octobre 2008, AAN 399/2006 V (Espagne).
 - 23 Ley Organica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE 1985, n° 157, art 65(1)(a) et 88 (Espagne).
 - 24 Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, Rés AG 60/147, Doc off AG NU, 60^e session, Doc NU A/RES/60/147.
 - 25 Michel Rosenfeld, «Constitution-Making, Identity Building and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example» (1998) 19 Cardozo L Rev 1891; András Sajó, «Preferred Generations: A Paradox of Restoration Constitutions» dans Michel Rosenfeld, dir, *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham, Duke University Press, 1994, 477.
 - 26 Rosenfeld, *supra* note 25 à la p 1893.
 - 27 Ibid à la p 1920.
 - 28 Scheppelle, *supra* note 1 à la p 249.
 - 29 Ibid à la p 251.
 - 30 Ibid.
 - 31 Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Constitutional Court*, 2^e éd, Durham, Duke University Press, 1998.

