

LA QUESTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ EN ESPAGNE ¹

123

Le Tribunal constitutionnel espagnol dispose de trois grandes séries de compétences.

En premier lieu, il est chargé de la protection des droits fondamentaux de premier rang (droits proclamés par les art. 14 à 30 de la Constitution) sur saisine des personnes juridiques (qu'elles soient physiques ou morales, qu'elles soient de droit privé ou de droit public) qui s'estiment lésées par un acte émanant en principe des pouvoirs publics (pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un acte législatif, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'un acte parlementaire, d'un acte administratif ou d'un acte juridictionnel) et qui n'ont pas pu obtenir satisfaction de la part du juge ordinaire. C'est le fameux recours d'*amparo* (littéralement recours en protection) qui occupe, et de très loin, l'essentiel de l'activité de juge constitutionnel espagnol puisque, sur les 10 848 recours dont il a été saisi en 2009, 10 792, soit 99,48 %, étaient des recours de ce type.

En second lieu, il est chargé de la résolution des conflits de compétence, soit entre les organes constitutionnels centraux de l'État, soit entre l'État et les Communautés autonomes, auxquels il convient d'ajouter, depuis 1999, les conflits en défense de l'autonomie locale. C'est pour

1. D'un point de vue terminologique, c'est l'expression « question d'inconstitutionnalité » qui est utilisée en Espagne de préférence à celle de « question de constitutionnalité ». Certes, la loi organique 6/2007 du 24 mai 2007 modifiant la loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel (LOTC) a utilisé cette dernière expression dans les articles qu'elle modifiait mais elle n'a pas procédé à un toilettage général de la LOTC qui continue à employer fréquemment l'expression « question d'inconstitutionnalité », expression privilégiée par la doctrine.

lui une compétence marginale puisque, toujours en 2009, il n'a été saisi que de 14 recours de ce type (soit 0,13 %), 13 étant des conflits positifs de compétence entre l'État et les Communautés autonomes, un étant un conflit en défense de l'autonomie locale. Elle le conduit à contrôler des actes administratifs dont il est soutenu qu'ils violent les règles de répartition des compétences entre l'État et ses éléments composants.

124 En troisième lieu, il est chargé du contrôle des normes ayant force de loi, soit sur saisine d'autorités principalement politiques et en dehors de tout litige pendant devant un juge (c'est le recours d'inconstitutionnalité, dénomination espagnole du contrôle dit abstrait qu'exercent la plupart des cours constitutionnelles), soit sur saisine du juge ordinaire et à partir d'un litige pendant devant lui (c'est la question d'inconstitutionnalité, version espagnole du contrôle dit concret). Ici encore, c'est une compétence marginale du Tribunal constitutionnel puisque, en 2009, il n'y a eu que 42 saisines de ce type (soit 0,39 %), 7 correspondant à des recours d'inconstitutionnalité, 35 à des questions d'inconstitutionnalité. Certes, ces chiffres sont sensiblement plus bas que ceux des quatre années antérieures puisque, en 2008, il y a eu 117 procédures de contrôle des normes (24 recours et 93 questions), en 2007, 158 (21 recours et 137 questions), en 2006, 260 (23 recours et 237 questions) et, en 2005, 222 (16 recours et 206 questions). Toutefois, même en 2006 qui est l'année la plus riche en procédures de contrôle des normes, ces dernières n'ont représenté que 2,21 % des affaires engrangées par le Tribunal constitutionnel.

Cela confirme une constatation déjà faite depuis longtemps : le Tribunal constitutionnel espagnol est avant tout le garant du respect des droits fondamentaux par les actes non législatifs des pouvoirs publics ; il n'est qu'accessoirement le garant du respect de l'intégralité des dispositions de la Constitution par les actes ayant force de loi. C'est évidemment une constatation importante pour qui considère que la raison d'être des juridictions constitutionnelles est de contrôler la constitutionnalité des lois. Il s'agit en effet là d'une mission que le Tribunal constitutionnel n'assume qu'exceptionnellement.

On peut d'ailleurs se demander si, au surplus, il ne s'agit pas là d'une mission qu'il assure de moins en moins puisque, comme on peut le noter au vu des chiffres qui ont été donnés plus haut, il y a une baisse régulière des procédures de contrôle des normes ces dernières années, baisse surtout sensible en ce qui concerne les questions d'inconstitutionnalité. L'explication de ce phénomène réside vraisemblablement dans les délais mis par le juge constitutionnel pour statuer. Ce dernier met à l'heure

actuelle plusieurs années (il semblerait que le délai moyen soit de cinq ans) pour statuer sur une question d'inconstitutionnalité. Or, le fait de poser une question d'inconstitutionnalité suspend le procès devant le juge ordinaire, c'est-à-dire l'application de l'acte ayant force de loi au cas *sub judice*. Dans ces conditions, il peut arriver que les parties ou le juge hésitent à soulever une question d'inconstitutionnalité puisqu'ils savent pertinemment que cela va paralyser le cours du procès et l'application de la loi pendant plusieurs années. Le recours en inconstitutionnalité sur saisine d'autorités politiques ne présente pas un tel inconvénient puisqu'il s'agit d'un recours *a posteriori* qui, évidemment, ne suspend pas l'application de la loi déferée (sauf si la saisine vise un acte législatif d'une Communauté autonome, si elle provient du gouvernement et si ce dernier fait usage de la prérogative exceptionnelle que lui confère l'article 161-2 de la Constitution et qui lui permet de suspendre pendant cinq mois maximum l'application de la norme).

125

Même si le nombre des questions d'inconstitutionnalité a tendance à baisser plus rapidement que celui des recours d'inconstitutionnalité, il lui reste sensiblement supérieur. C'est là d'ailleurs une tendance assez générale, le droit comparé montrant que là où il y a un contrôle concret sur saisine du juge, le nombre des recours sur saisine des autorités politiques n'est jamais très élevé, surtout si le contrôle abstrait qui en découle est, comme le contrôle concret généré par la question, un contrôle *a posteriori*. Tout se passe en effet comme si les autorités politiques avaient tendance à se défaire sur le juge de la tâche de faire respecter la primauté de la Constitution. Il est vrai que le juge constitutionnel ne statuera généralement qu'au bout d'un long laps de temps pendant lequel la norme contestée s'appliquera de telle sorte qu'elles ne tireront de la saisine aucun gain politique immédiat. En revanche, il en va différemment si le contrôle abstrait est *a priori* (ce qui est exceptionnel en droit comparé), car les autorités politiques voient là un moyen de prolonger devant le juge constitutionnel leur combat politique, d'autant plus que la saisine bloque l'entrée en vigueur de la norme contestée tant que le juge constitutionnel n'a pas statué.

Le nombre des questions étant ainsi sensiblement plus élevé que celui des recours (et les recours portant beaucoup plus souvent que les questions sur des problèmes de répartition des compétences entre l'État et les Communautés autonomes, car ces problèmes intéressent particulièrement les autorités de saisine, au nombre desquelles il y a d'ailleurs les gouvernements et assemblées des Communautés autonomes lorsque la norme en cause est susceptible d'affecter leur autonomie), elles

constituent ainsi la voie principale de contrôle de la conformité des lois aux dispositions constitutionnelles de quelque nature qu'elles soient.

C'est une voie de droit qui a d'ailleurs favorisé des rapports relativement harmonieux entre le juge ordinaire et le juge constitutionnel en matière de garantie de la primauté constitutionnelle, des rapports en tout cas sensiblement plus harmonieux que ceux qui ont pu découler des recours d'*amparo*. Lorsque le Tribunal constitutionnel statue sur un recours d'*amparo*, il est dans l'immense majorité des cas saisi d'un arrêt rendu par le juge ordinaire auquel il est reproché de ne pas avoir protégé les droits fondamentaux proclamés par la Constitution. Dès lors, s'il estime le recours fondé et accorde l'*amparo*, il annulera la décision du juge ordinaire qui n'a pas assuré cette protection. Le recours d'*amparo* place ainsi le juge ordinaire dans une nette position de subordination hiérarchique par rapport au Tribunal constitutionnel et il a pu s'en froisser. À vrai dire, c'est surtout le juge ordinaire suprême, le Tribunal suprême (tout particulièrement sa chambre civile), qui a eu une certaine difficulté à admettre qu'il n'était plus « suprême » bien que l'article 123-1 de la Constitution précise qu'il « est l'organe juridictionnel supérieur dans tous les domaines, sauf en ce qui concerne les dispositions sur les garanties constitutionnelles ». Il en a découlé des conflits récurrents entre l'une et l'autre des deux hautes instances. En revanche, le mécanisme de la question favorise plutôt la collaboration entre les deux ordres de juridiction puisque c'est la juridiction ordinaire qui nourrit de ses doutes le prétoire du juge constitutionnel. Il en a dès lors résulté, non pas des conflits récurrents comme dans l'hypothèse précédente, mais plutôt un dialogue constant entre les deux ordres de juridiction quant à la portée des dispositions constitutionnelles et à celle des dispositions législatives qui leur étaient confrontées. Certes, comme on le verra, le Tribunal suprême n'a pas été une autorité de saisine très active, à la différence des juges du fond. Mais, au moins, la question n'a pas été à l'origine de conflits majeurs avec le juge constitutionnel.

C'est ce mécanisme de la question d'inconstitutionnalité que l'on voudrait brièvement présenter au lecteur en insistant sur les différences qu'il présente par rapport à la procédure française de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

À dire vrai, il est largement semblable aux mécanismes de contrôle concret que l'on trouve dans les autres pays d'Europe qui ont opté pour un contrôle concentré de la constitutionnalité des lois, notamment l'Italie et l'Allemagne. Il y a en effet sans conteste un modèle européen du contrôle concret qui a été suivi à peu près fidèlement partout et c'est

certainement la version française du contrôle concret, la QPC, qui présente le plus d'originalité (sans parler du contrôle concret tel qu'il est pratiqué au Portugal qui, en réalité, n'a rien à voir avec le modèle européen du contrôle concret puisqu'il combine des mécanismes diffus de contrôle de la constitutionnalité des lois et des mécanismes concentrés).

Prévu par l'article 163 de la Constitution, le mécanisme de la question d'inconstitutionnalité a été développé par les articles 26 et suivants de la loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979 modifiée relative au Tribunal constitutionnel (LOTC). Plus précisément, le titre II de la LOTC est consacré aux « procédures de déclaration d'inconstitutionnalité », c'est-à-dire à ce que l'on a appelé plus haut les procédures de contrôle des normes, qu'il s'agisse du contrôle abstrait sur saisine d'autorités principalement politiques (le recours d'inconstitutionnalité) ou du contrôle concret sur saisine du juge ordinaire (la question d'inconstitutionnalité). Il commence par aborder un certain nombre de dispositions communes à l'une et à l'autre voie de droit puis traite des dispositions spécifiques à l'une puis à l'autre (du moins des dispositions spécifiques principales puisqu'on trouve d'autres dispositions spécifiques ailleurs dans la LOTC). C'est la démarche dont on s'inspirera en exposant, dans une première partie, les caractéristiques de la question qui sont identiques à celles du recours et, dans une seconde partie, celles qui lui sont spécifiques. Une telle démarche présente en effet l'avantage de montrer que le contrôle des normes a été, en Espagne, conçu comme un tout en dépit des différences structurelles qui existent forcément entre ses deux branches.

127

LES CARACTÉRISTIQUES COMMUNES À LA QUESTION ET AU RECOURS

Sur trois points principaux, la question et le recours sont soumis (presque) exactement aux mêmes règles : les normes dont il peut être demandé au Tribunal constitutionnel de contrôler la constitutionnalité, les normes que prend en compte le Tribunal constitutionnel lorsqu'il les contrôlent et les effets de l'arrêt rendu par lui.

Les normes contrôlées

Alors que, en France, une QPC ne peut être posée qu'à propos d'« une disposition législative », la formule que l'on trouve à l'article 163 de la Constitution espagnole est déjà plus extensive puisqu'elle vise toute « norme ayant force de loi ». Mais l'article 27-2 de la LOTC a donné à cette formule une portée encore plus large puisqu'il précise que la question

(tout comme le recours) peut être posée à propos de six grandes catégories de dispositions.

En premier lieu, il y a les traités internationaux qui, non seulement sont susceptibles d'un contrôle abstrait *a priori* sur saisine du gouvernement ou de l'une ou l'autre des deux chambres en application de l'article 95 de la Constitution (seule compétence *a priori* du Tribunal constitutionnel depuis qu'a été supprimée en 1985 sa compétence en matière de contrôle *a priori* des lois organiques), mais également d'un contrôle *a posteriori* tant abstrait que concret.

En second lieu, il y a les lois organiques qui, aux termes de l'article 81 de la Constitution, sont celles qui se réfèrent au développement des droits fondamentaux et des libertés publiques, celles qui approuvent les statuts d'autonomie et le régime électoral général et toutes celles auxquelles la Constitution a reconnu un tel caractère.

En troisième lieu, il y a les autres lois, étant entendu que la compétence du Tribunal constitutionnel ne se limite pas aux seules lois post-constitutionnelles (c'est-à-dire postérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1978), mais concerne également les lois pré-constitutionnelles (c'est-à-dire antérieures à la Constitution de 1978). Toutefois, si la compétence du Tribunal constitutionnel est exclusive en ce qui concerne les premières, contrôle concentré oblige, elle ne l'est pas s'agissant des secondes. En effet, dès l'un de ses premiers arrêts (arrêt 4/1981 du 2 février 1981), le Tribunal a estimé à leur propos que le juge ordinaire pouvait en tout état de cause ne pas les appliquer s'il considérait qu'elles avaient été abrogées par la Constitution ou, en cas de doute, saisir le Tribunal constitutionnel d'une question d'inconstitutionnalité les concernant. En d'autres termes, la confrontation des lois pré-constitutionnelles à la Constitution est opérée tant par le Tribunal constitutionnel si elle est analysée comme un problème de hiérarchie des normes qui relève de sa compétence que par le juge ordinaire si elle est considérée comme un problème de succession des normes dans le temps qui relève de la compétence de ce dernier.

En quatrième lieu, il y a les dispositions normatives et actes de l'État ayant force de loi, ce qui, pour l'essentiel (mais pas exclusivement), concerne les deux catégories d'actes de l'exécutif ayant force législative qui existent en droit espagnol. D'abord, les décrets législatifs (au sens espagnol du terme), c'est-à-dire les normes ayant force de loi prises par le gouvernement sur délégation du Parlement en application de l'article 82 de la Constitution. Ensuite, les décrets-lois (au sens espagnol du terme), c'est-à-dire les normes provisoires ayant force de loi prises

par le gouvernement sans délégation préalable du Parlement en cas d'extraordinaire et urgente nécessité, possibilité ouverte par l'article 86 de la Constitution. Toutefois, s'agissant des décrets législatifs, l'article 27-2 b de la LOTC prend bien soin de préciser que la compétence du Tribunal constitutionnel s'exerce sans préjudice de ce qui est prévu par l'article 82 de la Constitution qui vise notamment « la compétence propre des tribunaux ». Cette restriction a été interprétée (à partir de l'arrêt 51/1982 du 19 juillet 1982) comme permettant au juge ordinaire de sanctionner également les décrets législatifs qui excéderaient les termes de l'habilitation votée par le Parlement (contrôle de l'*ultra vires*). En d'autres termes, les décrets législatifs relèvent de la compétence exclusive du Tribunal constitutionnel – car ils sont considérés en Espagne comme des actes législatifs dès leur édicition –, sauf dans l'hypothèse où ils ne respectent pas les termes de la loi d'habilitation, vice que le juge ordinaire peut alors sanctionner. Quoi qu'il en soit, cette compétence de principe de la juridiction constitutionnelle à l'égard des actes législatifs de l'exécutif est logique et tranche heureusement avec ce qui se passe en France à propos des mêmes actes. On sait en effet que les ordonnances de l'article 38 de la Constitution, qui peuvent être rapprochées des décrets législatifs espagnols, sont considérées de façon largement artificielle comme des actes administratifs tant qu'elles n'ont pas été ratifiées (ratification qui n'existe pas en Espagne au motif que, le Parlement ayant délégué sa compétence, elle est inutile) et sont donc contrôlées par le juge administratif. Elles ne sont contrôlées par le juge constitutionnel que si elles ont été ratifiées et à la condition que la loi de ratification lui soit déférée. Quant aux décisions prises en application de l'article 16 et qui portent sur des matières législatives (pour s'en tenir à ce seul autre exemple), qui peuvent être rapprochées des décrets-lois espagnols, elles échappent à tout contrôle juridictionnel de quelque juge que ce soit, ce qui n'est certainement pas la solution la plus satisfaisante.

En cinquième lieu, il y a les règlements des assemblées parlementaires.

En sixième lieu enfin, il y a, par analogie, un certain nombre d'actes des Communautés autonomes : les lois des Communautés autonomes (qui sont exclusivement des lois ordinaires puisque la figure des lois organiques n'existe qu'au niveau du droit de l'État) ; les dispositions normatives et actes des Communautés autonomes ayant force de loi, ce qui correspond aux actes ayant force de loi pris par les gouvernements autonomes après habilitation de l'assemblée autonome (décrets législatifs autonomes qui, comme les décrets législatifs de l'État, peuvent être sanctionnés également par le juge ordinaire lorsqu'ils excèdent les

termes de la loi d'habilitation) car, au niveau de l'ordre juridique des Communautés autonomes, il n'existe pas d'actes législatifs qui puissent être pris par l'exécutif sans habilitation préalable du Parlement en cas d'extraordinaire et urgente nécessité comme le sont les décrets-lois de l'État; les règlements des assemblées législatives des Communautés autonomes.

Les normes de référence

130 Alors que, en France, une QPC ne peut être posée que dans l'hypothèse d'une violation des droits et libertés que la Constitution garantit, ce qui a conduit le Conseil constitutionnel à faire le départ entre de tels droits et libertés et les autres normes de nature constitutionnelle, la conception espagnole de la question d'inconstitutionnalité (et du recours) ne connaît pas une telle restriction puisqu'il suffit d'une violation d'un « précepte constitutionnel » pour que la saisine du Tribunal constitutionnel soit possible.

Les normes de référence ne se limitent pas d'ailleurs aux seuls préceptes constitutionnels compte tenu de la rédaction de l'article 28 de la LOTC. En effet, ce dernier précise que font également partie des normes de référence les lois qui, dans le cadre de la Constitution, ont été édictées afin de délimiter les compétences de l'État et des différentes Communautés autonomes ou pour régir ou harmoniser les compétences de ces dernières. La structure territoriale de l'État n'est pas en effet définie par les seules dispositions constitutionnelles. Bien au contraire, ces dernières renvoient souvent à la loi le soin de la préciser. Sur le fondement de la LOTC, certaines de ces lois, qui sont souvent des lois organiques, font partie des normes de référence ou, pour utiliser une expression qu'emploie très souvent le Tribunal constitutionnel depuis un arrêt 10/1982 du 23 mars 1982, du bloc de la constitutionnalité, un bloc de la constitutionnalité qui a donc un contenu beaucoup plus étendu qu'en France et comprend notamment un nombre significatif de lois.

Il en va ainsi sans conteste des statuts d'autonomie des Communautés autonomes, normes institutionnelles de base de chaque Communauté autonome selon les termes mêmes de l'article 147-1 de la Constitution.

Il s'agit également des lois prévues par l'article 150 de la Constitution, lois-cadres édictées par l'État dans les matières relevant de sa compétence pour en définir les principes que devront appliquer les lois des Communautés autonomes, lois de transfert ou de délégation de compétences aux Communautés autonomes, lois d'harmonisation des compétences de ces dernières.

Il s'agit aussi des lois édictées sur habilitation expresse de la Constitution ou des statuts d'autonomie pour délimiter le contenu des compétences autonomes, par exemple la loi organique de financement des Communautés autonomes compte tenu des dispositions de l'article 157-3 de la Constitution.

C'est enfin le cas des lois dites de base que l'État édicte pour définir les bases de la réglementation d'une matière déterminée.

Les effets de l'arrêt rendu par le Tribunal constitutionnel

Les arrêts rendus par le Tribunal constitutionnel ont évidemment autorité de chose jugée. Ils lient tous les pouvoirs publics. Ils ont des effets généraux dès leur publication au *Bulletin officiel* de l'État, équivalent espagnol du *Journal officiel* français.

131

Lorsqu'ils relèvent une inconstitutionnalité (inconstitutionnalité qui, en vertu de l'article 39-1 de la LOTC, peut être fondée sur la violation de n'importe quel précepte constitutionnel, qu'il ait été ou non invoqué au cours de la procédure, ce qui revient à dire que toute inconstitutionnalité est d'ordre public), ils doivent déclarer la nullité de la disposition contestée, nullité qui a en principe des effets *ex tunc*, c'est-à-dire rétroactifs. Toutefois, le Tribunal constitutionnel s'est, à l'occasion, affranchi de ces exigences et a déclaré parfois une disposition inconstitutionnelle sans la déclarer pour autant nulle ou (et) estimé que sa décision n'avait que des effets *ex nunc*, c'est-à-dire *pro futuro*.

Si l'on s'en tient aux textes (Constitution, LOTC), les choses sont relativement simples (sans doute trop simples compte tenu des spécificités des cas d'espèce) : la déclaration d'inconstitutionnalité emporte nullité de la disposition contestée ; cette déclaration d'inconstitutionnalité a en principe des effets *ex tunc*.

C'est l'article 39-1 de la LOTC qui lie inconstitutionnalité et nullité puisqu'il dispose que, « lorsque l'arrêt relèvera une inconstitutionnalité, il déclarera également la nullité des dispositions contestées ainsi que, le cas échéant, celles des autres dispositions de la même loi, disposition ou acte ayant force de loi auxquelles elle doit être étendue par voie de connexité ou de conséquence ».

Quant à l'effet *ex tunc* de principe, il résulte d'une interprétation *a contrario* de l'article 40-1 de la LOTC aux termes duquel « les arrêts déclarant l'inconstitutionnalité [...] ne permettront pas de réviser des procès conclus par un arrêt ayant force de chose jugée au cours desquels l'on aura appliqué les lois, dispositions ou actes inconstitutionnels ». En

132 effet, si cet article a pris soin de réserver le cas particulier des arrêts du juge ordinaire passés en force de chose jugée, c'est que, normalement, la nullité a un effet rétroactif, l'acte attaqué étant censé n'avoir jamais existé. D'ailleurs, il arrive que le Tribunal constitutionnel souligne que l'inconstitutionnalité implique la nullité *a radice* de la loi ou son invalidité *ex origine*, voire souligne expressément l'effet *ex tunc* de ses décisions (voir par exemple son arrêt 171 / 1985 du 13 décembre 1985). Il reste que cet effet *ex tunc* n'est pas total puisqu'il bute, comme l'imposait l'article 161-1 a de la Constitution à propos du recours d'inconstitutionnalité et comme le reprend l'article 40-1 de la LOTC tant pour le recours que pour la question, sur le respect de l'autorité de chose jugée : les arrêts bénéficiant de l'autorité de chose jugée et qui ont appliqué la loi déclarée inconstitutionnelle ne sont pas, par exception et comme on l'a déjà indiqué, affectés par cette déclaration. Cette exception, qui limite la portée de l'effet *ex tunc*, connaît toutefois à son tour une exception prévue par l'article 40-1 *in fine* de la LOTC, celle « des procès pénaux ou des procès contentieux administratifs concernant une procédure de sanction dans lesquels, du fait de la nullité de la norme qui aura été appliquée, il résulte une réduction de la peine ou de la sanction ou une exclusion, une exemption ou une limitation de la responsabilité ». En d'autres termes, bien que la nullité ait un effet rétroactif, elle ne permet pas de remettre en cause les arrêts passés en force de chose jugée qui ont appliqué la disposition inconstitutionnelle sauf dans le cas des procès pénaux ou des procès répressifs administratifs où le fait de ne pas appliquer cette disposition se traduirait par une réduction de la peine ou de la sanction ou une atténuation de la responsabilité, cas où la rétroactivité joue alors à plein.

Si, dans la plupart des cas, le Tribunal constitutionnel s'en est tenu aux règles prévues par la LOTC (et la Constitution) qui viennent d'être décrites, il lui est arrivé toutefois (il est vrai essentiellement à propos de recours et non de questions) de s'en écarter en déclarant l'inconstitutionnalité d'une norme sans prononcer sa nullité ou (et) en ne reconnaissant à son arrêt qu'une portée *ex nunc*.

Il arrive parfois au Tribunal constitutionnel de disjoindre inconstitutionnalité et nullité, c'est-à-dire de déclarer une disposition inconstitutionnelle sans pour autant en prononcer la nullité. C'est notamment le cas dans deux hypothèses. La première est celle dans laquelle on a affaire à une inconstitutionnalité par omission : une fois une loi déclarée inconstitutionnelle, non pas à raison de ce qu'elle dispose, mais à raison de ce qu'elle ne dispose pas, il ne sert à rien de la déclarer nulle car cela

ne corrige pas l'omission du législateur, ce qui ne peut être fait que par ce dernier (voir par exemple l'arrêt 45 / 1989 du 20 février 1989). La seconde est celle dans laquelle la nullité risque de provoquer un vide juridique qui risque d'être encore plus préjudiciable que l'inconstitutionnalité (voir par exemple l'arrêt 195 / 1998 du 1^{er} octobre 1998).

Autre indice des libertés prises par le Tribunal constitutionnel, il lui est arrivé également de restreindre les effets *ex tunc* de ses décisions par rapport à ce que prévoit la LOTC, voire de ne leur reconnaître que des effets *ex nunc*, c'est-à-dire *pro futuro* (voir par exemple l'arrêt 45 / 1989 du 20 février 1989 qui, il est vrai, concernait un recours et non une question de telle sorte que ne se posait pas le problème des incidences de la déclaration d'inconstitutionnalité dans l'affaire à l'origine de la saisine de la juridiction constitutionnelle, problème qui implique que, même si la décision n'a que des effets *pro futuro*, elle doit s'appliquer quand même dans l'affaire qui a déclenché l'intervention du juge constitutionnel – ce que les Autrichiens appellent « la prime du saisissant »).

133

Telles sont donc les caractéristiques de la question d'inconstitutionnalité qui sont communes avec celles du recours d'inconstitutionnalité. Il importe maintenant d'aborder celles qui sont spécifiques à la question.

LES CARACTÉRISTIQUES SPÉCIFIQUES À LA QUESTION

La première caractéristique spécifique a évidemment trait à l'auteur de la question qui est ici le juge ordinaire et non pas des autorités principalement politiques comme dans le cas du recours. Sont également spécifiques un certain nombre de règles relatives aux conditions de la question et à son examen par le Tribunal constitutionnel.

L'auteur de la question

L'auteur de la question est, comme en France, le juge ordinaire, mais il y a ici deux particularités par rapport au système français de la QPC.

En premier lieu, alors que, en France, la question ne peut être posée au Conseil constitutionnel que par les juges ordinaires suprêmes puisque a été mis en place un mécanisme de filtrage, il n'en va pas de même en Espagne où la question peut être directement posée au Tribunal constitutionnel par n'importe quel juge, tribunal ou cour, quelle que soit sa place dans la hiérarchie des instances juridictionnelles. Certes, lors du processus d'élaboration de la Constitution, avait été envisagée un temps la possibilité de limiter la saisine du Tribunal constitutionnel à certains juges (par exemple les juges d'appel ou le juge de cassation) mais, finalement, l'article 163 de

la Constitution a reconnu à tout organe juridictionnel la possibilité de saisir le Tribunal constitutionnel. Bien évidemment, il faut que l'organe juridictionnel agisse dans le cadre de ses attributions juridictionnelles et non de ses attributions administratives. En conséquence, un juge, lorsqu'il inflige une amende à un juré qui refuse de comparître, ne peut poser une question d'inconstitutionnalité car il n'agit pas dans le cadre des premières mais seulement des secondes (ordonnance – *auto* – 140/1997 du 8 mai 1997). Par ailleurs, un arbitre ne peut pas non plus poser une question d'inconstitutionnalité car il n'exerce pas une activité proprement juridictionnelle mais simplement para- ou quasi juridictionnelle (ordonnance 259/1993 du 20 juillet 1993).

134 En second lieu, alors que, en France, la question ne peut être posée d'office par le juge mais exclusivement à l'initiative des parties, il n'en va pas de même en Espagne où elle peut être également posée à la seule initiative du juge. En d'autres termes, alors que, en France, la question a été considérée comme une arme donnée au seul justiciable, en Espagne, elle est une arme accordée aussi au juge. Le fait que la question puisse être posée à l'initiative des parties ne doit évidemment pas abuser sur la portée de cette possibilité : les parties ont simplement le droit de demander au juge de poser la question ; elles n'ont aucun droit à ce qu'il la pose (voir par exemple l'arrêt 130/1994 du 9 mai 1994) ; le fait de poser ou ne de pas poser la question est une prérogative exclusive du juge (ordonnance 148/1986 du 25 novembre 1986). S'il ne la pose pas, il n'y a pas là violation du droit constitutionnel à une protection juridictionnelle effective susceptible de fonder un recours d'*amparo* (ordonnance 10/1983 du 12 janvier 1983). Tout au plus pourrait-on considérer que le juge qui se refuse à poser une question alors que la demande lui en est faite par les parties devrait au moins motiver son refus, sous peine, cette fois-ci, de s'exposer à un recours d'*amparo* pour violation du droit constitutionnel à une protection juridictionnelle effective, mais la jurisprudence demeure incertaine sur ce point (voir toutefois l'arrêt 35/2002 du 11 février 2002).

D'un point de vue statistique, la plupart des questions proviennent des juges de première instance alors que le Tribunal suprême ne saisit que peu, peut-être parce que, s'il y a un problème de constitutionnalité, il a déjà été vu par le juge inférieur, peut-être également par réticence à reconnaître la suprématie de la justice constitutionnelle sur la justice ordinaire (même si, comme on l'a déjà indiqué, c'est plus le recours d'*amparo* que la question d'inconstitutionnalité qui a été à l'origine de tensions entre le Tribunal suprême et le Tribunal constitutionnel). Par exemple, sur les 35 questions qui ont été posées en 2009,

27 l'ont été par des juges de première instance, 4 par des tribunaux supérieurs de justice qui sont les organes juridictionnels supérieurs des Communautés autonomes, une par l'Audience nationale (une juridiction compétente sur tout le territoire national pour juger certains crimes et délits comme, par exemple, les actes de terrorisme), deux par le Tribunal suprême et une par le Tribunal constitutionnel (système dit de l'auto-question d'inconstitutionnalité – ou question d'inconstitutionnalité interne – qui permet au Tribunal constitutionnel, saisi d'un recours d'*amparo*, qui, par définition, ne peut porter sur une loi mais seulement sur un acte parlementaire, un acte administratif ou un acte juridictionnel, de déclencher une procédure de contrôle de constitutionnalité de la loi lorsque l'inconstitutionnalité de l'acte parlementaire, administratif ou juridictionnel portant atteinte aux droits fondamentaux résulte en réalité d'une loi en application de laquelle il a été pris).

135

Les conditions de la question

Il y a à la fois des conditions de fond et des conditions de procédure.

Les conditions de fond

Du point de vue du fond, la question d'inconstitutionnalité ne peut être posée que si deux conditions qui lui sont propres (et auxquelles il convient d'ajouter évidemment les conditions communes à la question et au recours qui ont été précédemment étudiées) sont cumulativement remplies.

- En premier lieu, il faut qu'elle vise une norme applicable au procès et de la validité de laquelle dépend l'issue de ce dernier. Il y a là deux exigences qui sont en étroite relation, ne serait-ce que parce qu'elles empêchent le juge ordinaire de s'interroger en termes abstraits sur la constitutionnalité d'une norme ayant force de loi, habilité qu'il n'est qu'à s'interroger à l'occasion d'un cas concret (arrêt 166/2007 du 4 juillet 2007). Toutefois, ces deux exigences n'en demeurent pas moins distinctes. La première, que l'on trouve également dans le mécanisme français de la QPC, est une condition nécessaire qui doit être remplie pour que la seconde exigence soit satisfaite, mais elle n'en est pas une condition suffisante : tel est par exemple le cas si, une fois reconnu qu'une norme applicable n'est pas valide, il n'en découle pas qu'il convient de satisfaire le *petitum* de la demande compte tenu de la possibilité d'invoquer à sa place une norme valide (arrêt 17/1981 du 1^{er} juin 1981). La seconde, fréquemment qualifiée d'exigence de *relevancia* (un terme qui existe en

espagnol, en portugais, en italien ou en anglais mais pas à proprement parler en français) et que l'on ne trouve plus dans le mécanisme de la QPC tel qu'il a été finalement dessiné, implique, pour citer des expressions utilisées par le Tribunal constitutionnel, une dépendance absolue, un lien de subordination, une relation directe et logique ou encore une interrelation nécessaire entre la validité de la norme et l'issue du procès. Elle fait de la question d'inconstitutionnalité espagnole une authentique question préjudicielle, tandis que la QPC à la française, qui n'a pas à satisfaire à une telle exigence, n'est qu'une question préjudicielle imparfaite. Évidemment, une norme abrogée peut satisfaire à ces exigences si, lorsqu'elle était encore en vigueur, elle avait été appliquée au procès en cours et si l'issue de ce dernier dépend de sa validité.

136 Dans son ordonnance de renvoi, le juge doit, en application de l'article 35-2 de la LOTC, démontrer que ces exigences sont satisfaites. Il ne suffit pas qu'il affirme qu'elles le sont. Toutefois, le contrôle qu'exerce le Tribunal constitutionnel sur ce point est exceptionnel. Il considère en effet que, en principe, la question de l'application de la norme au procès et le lien entre sa validité et l'issue de ce dernier relèvent de la seule appréciation du juge ordinaire de telle sorte que, normalement, il se borne à un contrôle formel : il vérifie que l'ordonnance de renvoi contient bien une démonstration sur ce point mais il n'en apprécie pas la pertinence. Il n'en va différemment que dans les cas, au demeurant exceptionnels, où le juge ordinaire s'est livré à une appréciation manifestement déraisonnable : par exemple, lorsqu'il est évident que la norme ayant force de loi n'est pas applicable au procès (arrêt 133/2004 du 22 juillet 2004), par exemple encore lorsque l'argumentation sur le lien entre la validité de la norme et l'issue du procès manque notablement de consistance (arrêt 141/2008 du 30 octobre 2008).

- En second lieu, il faut que le juge auteur de la question doute de la constitutionnalité de la norme. L'article 163 de la Constitution permettant au juge ordinaire de saisir le Tribunal constitutionnel lorsqu'il considère qu'une norme ayant force de loi peut être contraire à la Constitution et cette formule ayant été reprise littéralement par l'article 35-1 de la LOTC, le juge ordinaire n'a pas à être convaincu que la norme est inconstitutionnelle. Il suffit qu'il doute de sa constitutionnalité. Ce doute est son doute personnel. Selon une jurisprudence constante du Tribunal constitutionnel, il ne peut pas se limiter à reprendre à son compte les argumentations des parties ou du ministère public sans argumentation propre. Il ne peut pas non plus affirmer dans son ordonnance de renvoi

qu'il doute sans exposer les raisons qui le conduisent à ce faire. Il doit développer son argumentation, une argumentation à laquelle le Tribunal constitutionnel répondra dans sa décision. Cette argumentation n'a pas à évoquer de façon exhaustive toutes les raisons qui le conduisent à douter de la constitutionnalité de la norme mais elle doit être quand même suffisamment développée, évoquant les arguments qui sont rationnellement suffisants pour que son doute de constitutionnalité puisse être considéré comme pertinent (voir par exemple l'arrêt 224/2006 du 6 juillet 2006).

Dans ces conditions, on peut trouver que la rédaction de l'article 35-2 de la LOTC n'est pas satisfaisante. Comme on l'a déjà indiqué, cet article impose au juge ordinaire de démontrer dans son ordonnance de renvoi que la norme contestée est applicable au procès et que de sa validité dépend l'issue de ce dernier. Il lui impose également de préciser la norme dont l'inconstitutionnalité est suspectée de même que la disposition constitutionnelle qui est supposée être violée. Mais il ne lui impose pas *expressis verbis* d'argumenter sur sa possible inconstitutionnalité, c'est-à-dire de développer son doute de constitutionnalité. Or, la jurisprudence constitutionnelle exige qu'il le fasse sous peine de rejet de la question (voir l'arrêt précité 224/2006 du 6 juillet 2006). Dès lors, l'article 35-2 de la LOTC aurait dû le préciser explicitement, d'autant plus qu'il a été réécrit en 2007.

137

Quoi qu'il en soit, il est très rare que les juges ordinaires soient muets ou peu disert sur leur doute de constitutionnalité. Le plus souvent, ils l'exposent avec force détails, suscitant ainsi un dialogue fructueux entre le juge ordinaire et le juge constitutionnel. Cela tranche avec le laconisme dont fait preuve en France le Conseil d'État, ou la Cour de cassation, lorsqu'il décide de saisir le Conseil constitutionnel au motif que la question d'inconstitutionnalité est sérieuse. Il n'argumente pas sur le caractère sérieux de la question, peut-être de peur de couper l'herbe sous les pieds du Conseil constitutionnel. On peut le regretter. En dépit de l'excellence de son secrétariat général, le Conseil constitutionnel n'est pas à ce point bien armé sur le terrain de la compétence juridique qu'il puisse se passer d'une première analyse de la pertinence de la question d'inconstitutionnalité telle qu'elle serait menée dans ses grandes lignes par l'arrêt de renvoi.

Les conditions de procédure

La question ne peut être posée par le juge qu'à l'issue de la procédure et dans le délai qui lui est imparti pour rendre son arrêt.

Avant de prendre sa décision, il doit impérativement entendre les

parties et le ministère public afin que ces derniers, dans un délai de dix jours, prennent position sur la pertinence de la question ou sur le fond de cette dernière. Pour le Tribunal constitutionnel, il ne s'agit pas là d'exigences purement formelles mais, au contraire, de la condition *sine qua non* d'un déroulement adéquat du procès constitutionnel permettant aux parties et au ministère public de participer au processus de formation de l'opinion du juge sur la pertinence de poser la question (voir par exemple l'ordonnance 145/1993 du 4 mai 1993), en confirmant ou au contraire en dissipant ses doutes sur l'inconstitutionnalité présumée de la disposition en cause.

Une fois les parties et le ministère public entendus, le juge a trois jours pour rendre sa décision qui prend la forme d'une ordonnance. Cette ordonnance est insusceptible de recours de quelque nature qu'il soit.

138 S'il décide de ne pas poser la question, le problème pourra être de nouveau abordé lors des instances ultérieures et tant que le procès ne se sera pas conclu par une sentence définitive.

S'il décide de poser la question, cela suspend évidemment le procès en cours devant lui dans l'attente de la décision du juge constitutionnel. En revanche et comme le précise expressément l'article 163 de la Constitution, cela ne suspend pas la norme suspectée d'inconstitutionnalité. Il en résulte que, si un autre juge, dans un autre procès, a à appliquer la même norme, il est tenu de le faire sauf s'il a lui-même des doutes sur sa constitutionnalité, auquel cas il peut saisir à son tour le Tribunal constitutionnel, ce qui a pour effet de suspendre le procès pendant devant lui. Dans ces conditions, il arrive qu'une même norme fasse l'objet de questions d'inconstitutionnalité successives. Si elles arrivent dans un laps de temps très proche, elles peuvent évidemment être jointes pour connexité. En revanche, si tel n'est pas le cas, la jonction pour connexité est inopportune car elle a pour conséquence de retarder l'examen de la première question. Aussi, depuis une ordonnance 489/85 du 11 juillet 1985, le Tribunal constitutionnel décide tout simplement de suspendre le processus d'examen de la nouvelle question jusqu'à ce qu'il ait statué sur la question antérieure ou sur les questions antérieures qui avaient fait l'objet d'une jonction. Mais c'est là aborder déjà le problème de l'examen des questions d'inconstitutionnalité par le juge constitutionnel.

L'examen de la question par le Tribunal constitutionnel

Traditionnellement, l'examen des questions d'inconstitutionnalité relevait de la compétence de l'assemblée plénière du Tribunal constitutionnel. Tel

n'est plus automatiquement le cas depuis la réforme de la LOTC opérée en 2007. Dorénavant, son article 10-1 c) dispose que l'assemblée plénière ne connaît que des questions d'inconstitutionnalité qu'elle se réserve, les autres étant transmises aux (deux) chambres selon un tour objectif.

Deux autres précisions sont toutefois plus importantes.

La première a trait à la possibilité qui est reconnue au Tribunal de rejeter *in limine litis* la question d'inconstitutionnalité. L'article 37-1 de la LOTC l'habilite en effet à rejeter d'emblée l'examen de la question lorsque les conditions de procédure n'ont pas été respectées ou lorsque la question posée est « notoirement infondée ». C'est cette dernière hypothèse qui est la plus intéressante, d'autant plus que le Tribunal constitutionnel n'a jamais caché qu'elle présentait un certain degré d'imprécision qui lui donnait une marge d'appréciation non négligeable (ordonnance 389/1990 du 29 octobre 1990). D'une manière générale, le Tribunal constitutionnel entend par là les hypothèses dans lesquelles le doute de constitutionnalité invoqué par le juge ordinaire se fonde sur une interprétation de la norme contestée ou de la disposition constitutionnelle possiblement violée absolument différente de celle qui est répandue au sein de la communauté juridique ou de celle qui a déjà été consacrée par le Tribunal constitutionnel (ordonnance 352/1990 du 2 octobre 1990). Si tel est le cas, le Tribunal constitutionnel peut rejeter la question par une ordonnance motivée sans autre procédure que l'audition du procureur général de l'État.

139

La seconde précision concerne les autorités ou personnes qui peuvent intervenir devant le Tribunal constitutionnel (dans l'hypothèse, évidemment, où la question d'inconstitutionnalité n'aurait pas été rejetée *in limine litis*).

À ce propos, le texte initial de la LOTC (alors l'article 37-2 devenu, depuis 2007, l'article 37-3) disposait simplement que la question était transmise au Congrès des députés, au Sénat, au procureur général de l'État, au gouvernement et, dans l'hypothèse où serait en cause une loi ou un acte ayant force de loi d'une Communauté autonome, aux organes législatifs et exécutifs de cette dernière afin que tous puissent intervenir devant le Tribunal constitutionnel et argumenter sur la question dans un délai de quinze jours. En revanche, il n'était pas prévu que les parties devant le juge ordinaire interviennent devant le juge constitutionnel.

Comme on le sait, l'Espagne a été sur ce point condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans son arrêt du 23 juin 1993 *Ruiz Mateos c. Espagne*, la Cour, considérant que les cours constitutionnelles, lorsqu'elles statuent en matière de contrôle concret, étaient soumises aux

140 exigences de l'article 6 de la Convention, estime que, au cas d'espèce, la non-intervention devant le juge constitutionnel des parties devant le juge ordinaire constituait une violation du droit à un procès équitable. Toutefois, les circonstances de l'affaire étaient particulières et l'arrêt a pu être interprété comme une solution d'espèce dépourvue de portée générale. Était en effet en cause un décret-loi du gouvernement expropriant un groupe bancaire et financier, Rumasa, appartenant à M. Ruiz Mateos. Un juge ordinaire ayant posé au Tribunal constitutionnel espagnol une question d'inconstitutionnalité concernant ce décret-loi, ce dernier avait statué sans entendre les parties devant la juridiction ordinaire et notamment M. Ruiz Mateos, d'où la saisine par ce dernier de la Cour de Strasbourg. L'affaire était donc particulière en ce sens que la norme qui l'avait déclenchée n'était pas une loi à caractère général et impersonnel, mais un acte de force législative ne concernant qu'une seule personne (*ley de caso único* ou *ley singular* selon la terminologie espagnole) et l'arrêt de la Cour de Strasbourg pouvait être considéré comme ne visant que cette seule hypothèse. En d'autres termes, si la loi était une loi d'espèce, les parties devant le juge ordinaire devaient intervenir devant le juge constitutionnel sous peine d'une violation du droit à un procès équitable. En revanche, s'il s'agissait d'une loi à portée générale et impersonnelle, point n'était besoin que les parties devant le juge ordinaire interviennent devant le Tribunal constitutionnel : le contrôle de ce dernier n'est dit concret que parce qu'il prend naissance à partir d'un cas concret ; en réalité, le juge constitutionnel, se bornant à confronter la norme contestée à une norme constitutionnelle, exerce un contrôle aussi abstrait que le contrôle du même nom. C'est d'ailleurs de la sorte que, dans un premier temps, le Tribunal constitutionnel a compris la jurisprudence *Ruiz Mateos* : il n'a pas modifié son attitude sauf dans les cas exceptionnels où l'on avait affaire à une loi d'espèce (voir, par exemple, l'ordonnance 174/1995 du 6 juin 1995).

À supposer que l'on veuille bien admettre que le contrôle concret est en réalité un contrôle aussi objectif que le contrôle abstrait (ce qui, d'ailleurs, reste à démontrer), il n'empêche que l'issue du procès devant le juge constitutionnel détermine celle du procès devant le juge ordinaire de telle sorte que les parties devant ce dernier sont au premier chef intéressées par le procès constitutionnel. C'est d'ailleurs pour cela que, en droit comparé, leur intervention est généralement admise devant la cour constitutionnelle et qu'il n'y a eu guère d'hésitation à ce qu'il en aille en particulier ainsi devant le Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC. Dans ces conditions, le droit espagnol pouvait apparaître bien rétrograde.

Aussi, lors de l'importante modification de la LOTC opérée en 2007 et à laquelle il a déjà été fait allusion plusieurs fois, a été introduit dans son article 37 un alinéa second nouveau selon lequel, si la question d'inconstitutionnalité n'a pas été rejetée *in limine litis* et est donc instruite, les parties devant le juge ordinaire pourront intervenir devant le Tribunal constitutionnel pour développer devant lui les allégations qu'elles estiment pertinentes.

R É S U M É

Très largement inspirée du contrôle concret de la constitutionnalité des lois tel qu'il fonctionne depuis longtemps en Italie et en Allemagne, la question d'inconstitutionnalité espagnole présente un certain nombre de spécificités par rapport à la QPC française : elle ne concerne pas seulement les lois mais, plus généralement, tous les actes ayant force de loi quel qu'en soit l'auteur ; les normes de référence ne sont pas les seuls droits et libertés garantis par la Constitution mais cela concerne l'ensemble des dispositions constitutionnelles de même que certaines lois particulières ; il n'y a pas de filtrage par le juge ordinaire suprême puisque tout juge peut saisir directement le Tribunal constitutionnel ; le juge peut ce faire à la demande des parties mais aussi d'office ; dans son ordonnance de saisine, il a l'habitude de développer largement les raisons qui le conduisent à douter de la constitutionnalité de la norme, suscitant ainsi un dialogue fructueux avec le Tribunal constitutionnel.