

JOAN SUBIRATS ET JOAN VINTRO

*Le développement législatif
de la Constitution (1979-1982)**

I. — INTRODUCTION

Parmi les qualificatifs qu'a suscités la Constitution espagnole de 1978 il en est sur lesquels se retrouve la quasi-totalité des commentateurs et observateurs politiques : il s'agit d'un texte consensuel, fondamental, ouvert et, d'une certaine manière, ambigu.

La preuve en est que la Constitution s'en remet à des lois postérieures pour l'organisation précise de bon nombre de matières importantes qui, dans le texte constitutionnel, ne sont qu'énoncées ou sommairement ébauchées.

Cette caractéristique de la Constitution espagnole oblige à examiner avec attention le développement législatif du texte constitutionnel dans la mesure où la configuration et la consolidation définitives du système politique dépendent de ce développement.

Tout au long de la première législature ordinaire des *Cortès* démocratiques espagnoles (1979-1982) ont été approuvées nombre de lois de développement constitutionnel parmi lesquelles, en les regroupant par thème, nous avons choisi, pour les commenter ici, celles qui, selon nous, sont les plus significatives pour dessiner les contours essentiels de l'actuelle démocratie espagnole. Ainsi nous pencherons-nous sur la juridiction constitutionnelle, le processus d'autonomie, les forces armées, la suspension des droits et libertés et la mise en œuvre de certains droits individuels et sociaux.

* Traduction de Guy CARCASSONNE.

II. — LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL

1. *Caractères généraux*

Les constituants de 1978 adhéraient à l'idée, d'origine fondamentalement américaine, selon laquelle la suprématie de la Constitution, comme norme juridique asseyant les principes suprêmes d'un ordonnancement, est liée à l'existence d'une justice constitutionnelle chargée de contrôler la conformité à la loi fondamentale des autres normes juridiques. Aussi le titre IX de la Constitution espagnole est-il consacré au Tribunal constitutionnel et, très logiquement, la loi organique n° 2.1979 du 2 octobre 1979 sur le Tribunal constitutionnel (LOTC) fut l'une des premières lois approuvées au cours de la législature ordinaire des *Cortès* démocratiques.

La Constitution et la loi organique suivent le modèle du Tribunal constitutionnel de la République fédérale allemande qui, à son tour, reprend, comme chacun sait, des éléments tant de la tradition américaine que des théories kelséniennes ; à la première est empruntée la conception du tribunal constitutionnel comme véritable juridiction et non comme législateur négatif ; au grand juriste autrichien, la formule structurelle de la juridiction concentrée. Le modèle espagnol présente néanmoins deux différences avec le modèle allemand : le Tribunal constitutionnel espagnol est la juridiction constitutionnelle des systèmes juridiques des autonomies et il n'exerce pas de contrôle sur la constitutionnalité des partis politiques.

2. *Composition et organisation*

A) *Composition*. — Bien que le Tribunal constitutionnel soit, comme on l'a dit, un organe juridictionnel, sa composition révèle certaines différences avec les tribunaux ordinaires de justice : les magistrats du Tribunal constitutionnel n'appartiennent pas nécessairement à la magistrature, leur désignation dépend en grande partie d'organes politiques et leur fonction est temporaire.

Ainsi, conformément à l'article 159 de la Constitution, le Tribunal est composé de douze membres nommés par le roi, quatre sur proposition du Congrès des députés à la majorité des trois cinquièmes, quatre sur proposition du Sénat à la même majorité, deux sur proposition du Conseil général du pouvoir judiciaire et deux sur proposition du gouvernement. Les membres sont désignés pour neuf ans et renouvelables par tiers tous les trois ans.

Les conditions ou qualités qu'ils doivent réunir sont énumérées par le texte constitutionnel de façon relativement large : ils doivent être désignés parmi les magistrats du siège ou du parquet, les professeurs d'université, les fonctionnaires et avocats, tous juristes de compétence reconnue et ayant au moins quinze ans d'expérience professionnelle. Quant aux incompatibilités, les membres du Tribunal constitutionnel auront les mêmes que celles des magistrats, auxquelles s'ajoutent l'interdiction d'exercer une activité judiciaire ou fiscale, toute activité professionnelle ou commerciale, les mandats représentatifs, les charges politiques ou administratives et les fonctions de direction dans un parti ou un syndicat. Cette dernière incompatibilité semble indiquer qu'ils peuvent appartenir à un parti ou un syndicat au contraire des juges et magistrats du siège et du parquet auxquels cela est expressément interdit par l'article 127 de la Constitution.

B) *Organisation.* — Le Tribunal élit son président parmi ses membres. Il travaille en réunion plénière et en chambres qui sont au nombre de deux (art. 6, 7 et 9 LOTC). En règle générale, la compétence est celle de l'assemblée plénière, tandis que les chambres sont compétentes pour toutes les matières qui ne sont pas attribuées à la réunion plénière, essentiellement le jugement des recours d'*amparo* (art. 10 LOTC).

3. *Compétences*

A) *Recours en inconstitutionnalité contre les lois de l'Etat ou des Communautés autonomes.*

a) *Recours direct.* Il s'agit d'un contrôle abstrait des normes résultant d'un désaccord sur l'interprétation de la Constitution quant à sa compatibilité avec une loi déterminée. Le caractère abstrait de ce recours entraîne la compétence exclusive, pour l'intenter, d'organes institutionnels qui, selon l'article 162 de la Constitution, sont le Président du gouvernement, le défenseur du peuple, 50 députés ou 50 sénateurs, les organes exécutifs, et parfois législatifs, des Communautés autonomes. La recevabilité du recours en inconstitutionnalité déposé par l'un de ces organes n'emporte pas, comme le précise l'article 30 LOTC, la suspension de la loi déferée, sauf dans le cas où le gouvernement, par son président, se fonde sur l'article 162 de la Constitution pour attaquer des lois des Communautés autonomes.

b) *Recours indirect ou exception d'inconstitutionnalité.* Dans cette hypothèse, le problème de constitutionnalité surgit comme

question préjudicielle à l'application d'une loi dans la résolution d'un contentieux devant n'importe quel type de juridiction. En ce sens, l'article 163 de la Constitution et l'article 35 LOTC disposent que si un juge ou une juridiction estiment que la loi applicable à l'espèce et de la validité de laquelle dépend la solution est susceptible d'être contraire à la Constitution, ils doivent poser la question au Tribunal constitutionnel.

c) Effets des décisions dans les recours en inconstitutionnalité. Les décisions du Tribunal constitutionnel rendus dans ces matières sont, selon l'article 38.1 LOTC, couvertes de l'autorité de chose jugée, elles s'imposent à tous les pouvoirs publics et produisent des effets *erga omnes*. Les décisions d'inconstitutionnalité déclarent la nullité de la loi déferée (art. 39.1 LOTC), mais ne permettent pas de réviser — sous réserve d'exceptions très concrètes — les procès ayant abouti à des jugements définitifs revêtus de l'autorité de chose jugée (art. 40.1 LOTC), bien que la jurisprudence des tribunaux soit réputée devoir se conformer à la doctrine résultant de la décision du Tribunal constitutionnel (art. 40.2 LOTC).

B) *Recours d'«amparo»*. — Sommairement, on peut dire qu'il s'agit des recours intentés par les particuliers, après avoir épuisé toutes les voies judiciaires ordinaires, pour défendre leurs droits fondamentaux qualifiés tels par l'article 53.2 de la Constitution (c'est-à-dire ceux énoncés aux articles 14 à 30 du texte constitutionnel) contre de possibles violations résultant de normes ou comportements des pouvoirs publics (art. 41 LOTC).

L'élévation, par la Constitution elle-même, de ces droits fondamentaux à la condition de valeurs supérieures de l'ordonnancement implique que leur soit accordée une position de suprématie dans l'interprétation de toutes les autres normes ; d'où la cohérence du renforcement de leur protection à travers le recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel.

La décision faisant droit au recours devra, selon l'article 55.1 LOTC, contenir une ou plusieurs des dispositions suivantes : déclaration de nullité de la décision attentatoire au plein exercice des droits protégés, la reconnaissance du droit en conformité avec son contenu constitutionnellement déterminé, le rétablissement du requérant dans l'intégrité de son droit.

C) *Conflits constitutionnels*. — Conformément à l'article 161.1.c) et d) de la Constitution et à l'article 59 LOTC, le Tribunal constitutionnel connaît des conflits relatifs aux compétences et attributions

dévolues par la Constitution, les statuts d'autonomie et les lois, et qui opposent :

a) L'Etat et une ou plusieurs Communautés autonomes. Si le conflit est ouvert par le gouvernement, il peut utiliser l'article 161.2 de la Constitution, même s'il s'agit de dispositions sans force de loi, et l'application de la norme élaborée par la Communauté autonome est aussitôt suspendue.

b) Deux Communautés autonomes, ou davantage, entre elles.

c) Le gouvernement au Congrès des députés, ou au Sénat ou au Conseil général du pouvoir judiciaire, ou n'importe lesquels de ces organes entre eux.

Cette compétence du Tribunal constitutionnel est logique compte tenu de ce que tout conflit entre pouvoirs publics constitutionnels est un conflit constitutionnel, mettant en question le système d'organisation établi par la Constitution, le Tribunal constitutionnel, dans les pays où il existe, étant l'instance appropriée pour le résoudre.

Les décisions du Tribunal constitutionnel dans ces conflits devront déterminer l'autorité titulaire de la compétence controversée et, le cas échéant, constater la nullité ou prononcer l'annulation des dispositions ou actes ayant donné lieu au conflit.

D) *Recours préalable d'inconstitutionnalité.* — Ce recours permet un contrôle préalable d'inconstitutionnalité avant la ratification de certains traités (art. 95.2 de la Constitution) ou l'approbation des projets de statuts d'autonomie ou de lois organiques (art. 79 LOTC). Les autorités recevables à agir sont celles qui peuvent former le recours normal contre les statuts et lois organiques.

La décision du Tribunal constitutionnel n'a pas simplement valeur doctrinale ; elle fait obstacle à la ratification d'un traité, à l'approbation référendaire d'un statut d'autonomie ou à la promulgation d'une loi organique jusqu'à ce que les dispositions viciées d'inconstitutionnalité soient modifiées, ceci n'interdisant pas, une fois la norme entrée en vigueur, que soit intenté un nouveau recours en inconstitutionnalité. Notons enfin que les traits généraux de ce recours préalable en inconstitutionnalité montrent que le modèle suivi ici par le législateur espagnol rappelle, malgré les différences, le Conseil constitutionnel français qui a compétences obligatoire et préalable en matière de lois organiques (non assimilables à celles de la Constitution espagnole) et facultative en matière de traités.

4. *Jurisprudence*

Depuis sa première décision du 2 février 1981, le Tribunal constitutionnel a rendu un total de 128 décisions, dont 83 sur recours d'*amparo* et aucune sur recours préalable d'inconstitutionnalité.

Schématiquement, les décisions font preuve d'une grande rigueur juridique, ce qui a permis que les critères utilisés bénéficient d'un accueil favorable dont résulte le prestige progressivement acquis par le Tribunal constitutionnel comme interprète suprême de la Constitution.

Parmi les éléments de portée générale que le Tribunal a d'ores et déjà fixés dans sa jurisprudence encore peu fournie se détachent les suivants : la confirmation de la suprématie de la Constitution, la mise en œuvre concrète de la mission du Tribunal comme interprète de la Constitution mais non comme législateur négatif ou comme innovateur constitutionnel, la valeur reconnue aux principes généraux du droit présents dans la Constitution, des précisions conceptuelles dans divers domaines et en particulier dans le droit des Autonomies, le développement du concept d'inconstitutionnalité devenu applicable à des lois antérieures à la Constitution, la forme de la protection des droits fondamentaux, etc.

III. — LES AUTONOMIES

1. *Les données du problème*

Il ne fait aucun doute que le processus d'autonomie a été l'un des thèmes qui ont le plus retenu l'attention politique en Espagne dans la période 1979-1982 et un de ceux qui ont engendré le plus de controverses doctrinales et juridiques.

Dans la gamme large et complexe des questions qui se sont posées sur les autonomies, on peut isoler deux problèmes fondamentaux : les vicissitudes de la mise en route effective des deux Communautés autonomes ayant la plus ancienne tradition et dont les statuts ont été adoptés en premier (Catalogne et Pays basque) ; la tentative pour parvenir sur l'ensemble du territoire à une généralisation des Communautés autonomes avec un contenu uniforme et homogène.

Dans les pages qui suivent nous aborderons de manière concise l'un et l'autre aspect de la dynamique autonomiste, tout en faisant des références obligatoires aux dispositions de la Constitution et des statuts, à l'apport du Tribunal constitutionnel, aux virtualités des Pactes d'autonomie du 31 juillet 1981 et à l'incidence éventuelle du

très contesté projet de loi organique d'harmonisation du processus d'autonomie (*proyecto de Ley Organica de Armonizacion del Proceso Autonomico*, LOAPA).

2. *Les autonomies catalane et basque*

L'entrée en vigueur de la Constitution espagnole de 1978, et en particulier de son titre VIII, a permis que, dans un délai rapide, les deux peuples d'Espagne ayant le plus vif sentiment nationaliste et la plus grande tradition autonomiste puissent accéder, après d'intenses négociations parlementaires et extraparlimentaires, à un régime d'autonomie véritable. En effet, après avoir suivi la procédure de l'article 151 de la Constitution et de la deuxième disposition transitoire, la Catalogne et le Pays basque ont approuvé par référendum leurs statuts d'autonomie en octobre 1979 et procédé aux élections pour leurs parlements respectifs en mars 1980.

Des dispositions des lois organiques portant statut de la Catalogne et statut du Pays basque on doit retenir quatre aspects majeurs :

a) L'organisation des institutions d'autogouvernement : parlement, gouvernement et tribunal supérieur de justice.

b) La détermination des compétences assumées et leur caractère (exclusif ou partagé, exécutif et/ou législatif, etc.). Il s'agit de deux Communautés autonomes qui, en vertu de l'article 151.1 de la Constitution, pouvaient immédiatement inclure dans leur statut le plus haut niveau de compétences permis par la Constitution.

c) L'articulation du transfert des services par des commissions mixtes composées paritairement par des représentants de l'Etat et des Communautés autonomes.

d) La fixation des ressources financières. A ce sujet il faut relever que là où la Catalogne a recouru à un système d'évaluation et de dévolution individualisées de chacun des transferts effectués par l'Etat, au Pays basque on a eu recours au système des *Conciertos Economicos* en vertu desquels évaluation et dévolution se font globalement. L'une et l'autre méthode sont reconnues par la loi organique sur le financement des Communautés autonomes (1981), mais le premier système demeure celui du droit commun.

L'élément qui a indubitablement posé le plus de problèmes politiques et suscité les plus vives controverses juridico-doctrinales est celui relatif à l'application pratique du partage des compétences. Lorsqu'en effet les parlements basque et catalan commencèrent à légiférer dans certains domaines pour lesquels ils avaient statutairement compétence (régime local, fonction publique, protection des

espaces naturels, etc.) le Gouvernement central a commencé à systématiquement déférer ce type de lois au Tribunal constitutionnel. Il est alors apparu que la relative imprécision de la Constitution et de ces statuts dans les concepts en matière de compétence, déjà signalée par une bonne partie de la doctrine, se transformait en difficulté pour le bon fonctionnement des autonomies catalane et basque. Aussi était-il urgent de préciser, entre autres, des questions telles que la signification constitutionnelle et statutaire des termes « compétences exclusives » lorsqu'ils apparaissaient dans des domaines où et l'Etat et les Communautés autonomes avaient des compétences, la portée de l'expression « législation de base » de l'Etat, le moment et le lieu du développement législatif, par les Communautés autonomes, des normes de base imposées par l'Etat.

C'est le Tribunal constitutionnel qui, dans une série de décisions comme celles des 2 février, 14 et 28 juillet, 5, 12 et 16 novembre et 18 et 22 décembre 1981, a mené à bien cet indispensable travail de clarification. Dans ces décisions, le Tribunal constitutionnel a confirmé le principe constitutionnel selon lequel l'autonomie des Communautés autonomes est politique et, partant, législative, mais limitée par la suprématie de la Constitution ; il a souligné l'existence de compétences exclusives mais relevé le caractère équivoque du terme dans la Constitution et les statuts ; il a admis la possibilité pour les Communautés autonomes de légiférer, dans les domaines de compétence partagée, au cas où l'Etat omet d'élaborer une nouvelle législation de base, en prenant pour telle celle alors en vigueur. Les précisions du Tribunal constitutionnel ont eu un double effet sur les autonomies catalane et basque : d'une part, elles ont réaffirmé leurs compétences législatives dans certains domaines ; elles ont provoqué d'autre part une grande prudence au moment de légiférer qui s'est traduite, concurremment avec d'autres facteurs, par une faible production législative.

En deux ans et demi de fonctionnement, en effet, le Parlement catalan a adopté un total de 33 lois pour 24 au Parlement basque. Sur ce total de 57 lois, à peine la moitié a un contenu matériel plus ou moins significatif, les autres étant soit de simple approbation budgétaire soit de contenu et de portée extrêmement limités. Si par véritable autonomie politique on entend la pleine capacité législative, ce bilan peut paraître modeste. De fait, de nombreux facteurs sont intervenus, externes et internes aux Communautés elles-mêmes, qui pourraient expliquer cette réalité. Ainsi la capacité législative basque et catalane a-t-elle été affectée par la problématique du partage des compétences et la solution que lui a donnée le

Tribunal constitutionnel. Ont également influé les oscillations de la politique du gouvernement central à l'égard des autonomies, la carence de l'Etat dans l'élaboration des lois de base que les Communautés autonomes pourraient développer et la relative lenteur du transfert des services à certains moments. De même faut-il prendre en considération des facteurs internes aux Communautés elles-mêmes, comme par exemple l'absence de majorité suffisante du parti du gouvernement catalan au sein du parlement (*Convergencia i Unio*) ou les tensions internes qui traversent le Parti nationaliste basque qui, bien que disposant en pratique d'une majorité, ne traduit pas cette hégémonie dans une plus grande capacité législative. N'oublions pas non plus le fait que les gouvernements autonome basque et catalan ont préféré une politique de gestion et d'administration des recettes — très importantes dans des cas comme la santé ou l'enseignement — utilisant la législation étatique en vigueur lorsqu'ils ne la jugent pas conflictuelle plutôt que de s'engager sur le chemin de la création d'un corpus législatif propre qui pourrait les user de façon tant interne qu'externe.

Cette absolue prééminence du dispositif constitutionnel dans la régulation des autonomies, conjuguée avec l'instabilité progressive de la politique du gouvernement UCD, l'apparition de la part de toutes les autres Communautés préautonomes d'une volonté d'égalité avec les autonomies catalane et basque, la méfiance de certains secteurs de l'institution militaire, avant et après la tentative de coup d'Etat du 23 février 1981, à l'égard de tout le processus d'autonomie, a conduit à une situation de confusion et d'impasse¹ de la politique d'autonomie générale, et a permis au Gouvernement et au premier parti de l'opposition (PSOE) de se mettre d'accord en juillet 1981 pour signer des pactes d'ordonnancement du processus d'autonomie après avoir étudié un rapport sur la question préparé en mai 1981 par une commission d'experts présidée par le P^r Garcia de Enterría.

Dans les pactes d'autonomie du 31 juillet 1981 les dispositions suivantes méritent d'être relevées :

a) L'établissement d'une carte des autonomies comprenant 16 Communautés autonomes (Andalousie, Aragon, Asturies, Baléares, Canaries, Cantabrique, Castille-Manche, Castille-Léon, Catalogne, Estrémadure, Galice, Rioja, Madrid, Murcie, Pays valencien et

1. On peut citer en exemple le cas des statuts galicien et andalou adoptés conformément à l'article 151. Dans le statut galicien le parti gouvernemental prétendait introduire une clause restrictive absente dans les statuts catalan et basque ; dans le cas andalou, l'UCD s'est opposée sans succès au recours à l'article 151 de la Constitution.

Pays basque) dont la date de constitution définitive est fixée au 1^{er} octobre 1983. A ces Communautés doivent s'ajouter les cas particuliers de la Navarre, Ceuta et Melilla.

b) A l'exception de la Catalogne, du Pays basque, de la Galice et de l'Andalousie, la constitution des autres Communautés autonomes par la voie de l'article 143 de la Constitution. Cela signifie que pendant une période de cinq ans ces Communautés ne pourront exercer de compétences que dans les matières énoncées à l'article 148 de la Constitution, et ce n'est qu'à l'issue de ce délai qu'elles pourront réformer leur statut et accéder à l'autonomie maxima autorisée dans le texte constitutionnel.

c) La généralisation de l'organisation institutionnelle de base des Communautés autonomes à travers l'existence dans chacune d'elles d'une assemblée législative et d'un conseil de gouvernement. Ceci suppose d'appliquer aux Communautés constituées selon l'article 143 la disposition de l'article 152.1 de la Constitution qui, en principe, était exclusivement applicable aux Communautés constituées selon l'article 151.

d) La révision de la technique des commissions mixtes pour transférer les services aux Communautés autonomes au profit de la création de nouvelles commissions sectorielles de transferts qui assurent une meilleure homogénéité et simultanéité de ces transferts.

Les pactes d'autonomie, en définitive, généralisent les Communautés autonomes sur tout le territoire espagnol et uniformisent le contenu de l'autonomie bien que subsiste entre les Communautés autonomes de l'article 151 et celles de l'article 143 une différence qui peut être simplement transitoire si les secondes transforment leur statut une fois écoulé le délai de cinq ans.

La portée pratique de la signature des pactes d'autonomie a connu deux manifestations essentielles : d'une part, durant les années 1981 et 1982 a été approuvée la majeure partie des statuts d'autonomie, ce qui marque une indiscutable avancée dans la consolidation d'un Etat des Autonomies. D'autre part, les pactes d'autonomie comportaient la présentation et la discussion du projet très polémique de LOAPA qui a suscité de vives controverses parlementaires et des manifestations populaires de rejet, spécialement en Catalogne et au Pays basque. Ce projet de loi, actuellement (janvier 1983) déféré au Tribunal constitutionnel par des recours préalables d'inconstitutionnalité, entend, selon ses défenseurs, régler de manière précise une série de matières du droit des autonomies que ni la Constitution ni les statuts ne clarifient suffisamment : la portée des compétences exclusives, la signification des normes de base de l'Etat, la règle

de la prééminence du droit de l'Etat, la précision des compétences exécutives, le rôle des *diputaciones* provinciales, le régime général des administrations des Communautés autonomes, la forme des transferts de services, la fonction publique. Ses détracteurs — partis des nationalités et Parti communiste — estiment qu'un tel projet est anti-constitutionnel pour des raisons de forme en ce qu'il ne figure pas parmi les hypothèses constitutionnelles de lois organiques ou de lois d'harmonisation, et pour des raisons matérielles dans la mesure où il modifie de manière détournée la Constitution et les statuts d'autonomie sur divers aspects et particulièrement dans les critères de répartition des compétences. Dans les nationalités historiques, en outre, existe le soupçon de caractère politique que la LOAPA s'avère être un instrument par lequel la généralisation des autonomies se ferait selon des critères restrictifs et défavorables pour les Communautés autonomes qui ont assumé et peuvent assumer le plus haut niveau de compétences.

4. *Perspective future*

La LOAPA, malgré sa vocation prétendument clarificatrice, autorise, comme l'a souligné l'actuel ministre de l'administration territoriale du Gouvernement socialiste, plusieurs lectures. C'est pourquoi, en supposant même que le Tribunal constitutionnel ne relève aucun motif d'inconstitutionnalité, il sera peut-être possible d'éviter les possibles effets restrictifs de ce projet de loi par la négociation entre le Gouvernement et les Communautés autonomes.

En toute hypothèse, ce qui paraît assez clair c'est que l'organisation autonomiste de l'Etat espagnol s'engage sur la voie, à dater de la signature des pactes d'autonomie, de l'adoption pratique du modèle du fédéralisme coopératif.

IV. — LES FORCES ARMÉES

Préalablement à la législation que nous analysons, et comme cela a déjà été mentionné dans une autre partie de ce volume², la modification des ordonnances militaires royales qui dataient de Charles III supposait une certaine garantie de stabilité démocratique en incluant parmi ses articles le respect obligé des militaires pour l'ordre constitutionnel et la possibilité de désobéir aux ordres

2. V. Pere VILANOVA, *supra*, L'armée et la transition.

attentatoires à la charte fondamentale. Malheureusement, la tâche de modernisation et de réforme qu'impliquaient les nouvelles ordonnances militaires n'a pas encore connu les développements réglementaires qu'exigent les ordonnances particulières aux trois armes et l'exercice des droits et devoirs individuels. Au cours de cette législature, néanmoins, les *Cortès* ont adopté à une quasi-unanimité la loi organique sur les critères de base de la défense nationale et l'organisation militaire. Cette loi définit les fonctions de chacun des organes supérieurs de la défense et l'organisation militaire, établit sa forme de coordination et la dépendance de la Junte des chefs d'état-major à l'égard du Président du Gouvernement, et fixe les normes de son propre développement. Cette loi, bien qu'approuvée en 1980, n'a pas encore été suivie de ses décrets d'application.

Demeurent en suspens des projets très avancés dans leur élaboration comme celui relatif à l'organisation militaire qui suppose la nouvelle division du territoire national en régions militaires de telle sorte que cette division soit rendue plus cohérente avec les impératifs de la défense extérieure. Reste également pendant la loi sur l'enseignement militaire, instrument très important de l'adéquation de cet enseignement au nouvel ordre constitutionnel et susceptible de permettre une meilleure intégration de l'armée à la société civile espagnole. Il faut encore signaler parmi les projets en instance celui qui règle les modalités du service militaire et qui devra inclure l'objection de conscience et l'organisation corrélative d'un service social de substitution.

Sans grande importance matérielle mais avec une forte portée symbolique, il faut mentionner la loi approuvée en 1980 par laquelle est modifiée la formule du serment au drapeau que prêtent les forces armées. Dans la nouvelle réglementation la fidélité à la Constitution figure parmi les composantes du serment.

V. — LA SUSPENSION DES DROITS ET LIBERTÉS

Conformément aux prévisions constitutionnelles en la matière, mais aussi en raison des activités constantes des groupes terroristes, et particulièrement en conséquence de la tentative de coup d'Etat du 23 février 1981, les *Cortès* espagnoles ont approuvé durant la première législature une série de lois que nous pouvons ranger sous la rubrique spécifique de la suspension des droits et libertés. La défense même de l'Etat exige, dans des circonstances exceptionnelles, la limitation temporaire de l'exercice des libertés, c'est-à-dire la

limitation de droits et garanties déterminés. Tel paraît être le sens des trois lois importantes adoptées durant ces années :

1) La loi organique qui régleme les hypothèses prévues à l'article 55.2 de la Constitution espagnole (suspension individuelle) (1980).

2) La loi organique qui régleme les états d'alerte, d'exception et de siège (1981).

3) La loi organique qui modifie et complète certains articles du code pénal et du code de justice militaire (loi de défense de la Constitution) (1981).

Dans la première des trois lois citées, il s'agit de développer les hypothèses constitutionnelles de l'article 55.2, qui permettent la suspension individuelle des droits suivants :

a) Le droit à être mis en liberté ou présenté à un juge dans un délai maximum de 72 heures ;

b) Le droit à l'inviolabilité du domicile et, partant, l'impossibilité de toute perquisition sans consentement ou décision judiciaire ;

c) Le droit à l'inviolabilité des communications, qu'elles soient postales, télégraphiques ou téléphoniques.

L'article 1.1 de cette loi détermine les sujets de telles mesures : personnes présumées intégrées à des bandes terroristes ou liées à des éléments de ce type et qui, d'une manière ou d'une autre, interviennent dans des actions qui perturbent la sécurité publique. Peuvent également entrer dans le champ de la suspension individuelle des droits ceux qui se livrent à l'apologie publique ou encouragent les atteintes à la sécurité.

Le débat sur cette loi a opposé les positions du Gouvernement centriste, appuyé par les députés de l'Alliance populaire, qui prétendaient renforcer le rôle des organes du pouvoir exécutif, et celles des socialistes et communistes qui tendaient à renforcer le rôle du juge, donnant à l'opinion de ce dernier un caractère décisif au moment de la suspension. Finalement de larges facultés furent confiées au juge, qui de toute façon contrôle les possibilités que la loi consent à l'exécutif. Le Parlement ne reste pas non plus en marge de l'application de la loi, dans la mesure où tous les trois mois au moins, ou chaque fois que le demandent deux groupes parlementaires, le Gouvernement devra informer les *Cortès* sur l'utilisation et le résultat des mesures prévues par la loi.

La loi organique qui règle les états d'alerte, d'exception et de siège se situe dans ce que l'on a appelé du nom générique d'état de nécessité, qui implique l'impossibilité de maintenir la normalité constitutionnelle avec les pouvoirs ordinaires dont dispose l'Etat.

Les hypothèses objectives qui pourraient entraîner la déclaration par le Gouvernement de l'état d'alerte se réfèrent aux catastrophes ou calamités naturelles, incluant la paralysie des services publics coïncidant avec ces phénomènes, ou les situations de pénurie de produits de première nécessité. L'état d'alerte, qui ne suppose la suspension d'aucun droit, ne peut être prorogé au-delà de quinze jours sans autorisation des *Cortès*. L'état d'exception peut être décrété par le Gouvernement, après accord du Congrès des députés, quand est en danger le libre exercice des droits et libertés ou gravement altéré l'ordre public et que les moyens ordinaires sont impuissants à rétablir la normalité. La durée, qui ne peut excéder trente jours, le champ géographique d'application et les droits affectés figureront expressément dans l'autorisation du Congrès des députés. Enfin, la loi règle la déclaration de l'état de siège qui, traditionnellement, a été dénommé en Espagne état de guerre. Son application est circonscrite aux cas où « se produit ou menace de se produire une insurrection ou un acte de force contre la souveraineté ou l'indépendance de l'Espagne, son intégrité territoriale ou l'ordre constitutionnel », cette situation ne pouvant recevoir de solution par d'autres moyens (art. 32.1). L'initiative appartient au Gouvernement et son approbation au Congrès des députés. La déclaration de l'état de siège entraîne évidemment que le pouvoir civil est supplanté par le pouvoir militaire en même temps que l'élargissement des compétences de la juridiction militaire. Quant à la suspension des droits et garanties elle s'ajoutera à celle déjà prévue par l'état d'exception qui concerne les garanties du détenu (art. 17.3 CE).

La loi de défense de la Constitution trouve son origine dans la tentative de coup d'Etat du 23 février 1981. Elle a des précédents comme la loi de défense de la République de 1931 et, de façon tout à fait distincte, la loi de sécurité de l'Etat approuvée en 1941 en plein franquisme d'après guerre. Dans la loi qui nous occupe sont opérées de fait diverses modifications du code pénal et du code de justice militaire destinées à sanctionner ceux qui « s'allient publiquement pour abroger, suspendre ou modifier totalement ou partiellement la Constitution ». Seront également qualifiés rebelles ceux qui prétendront destituer le chef de l'Etat, dissoudre les *Cortès*, empêcher les élections, ou tout autre acte d'égale gravité que la loi recense. De même inclut-elle dans le code pénal des sanctions pour quiconque utiliserait les moyens de communication pour conspirer, proposer ou provoquer les actes précédemment mentionnés, y compris le délit de rébellion militaire.

VI. — L'ENSEIGNEMENT NON UNIVERSITAIRE

Une des lois les plus polémiques approuvées dans la première législature constitutionnelle des Cortès espagnoles a été la loi organique sur les établissements d'enseignement (*Ley Organica de Centros Escolares*, LOECE). La loi fut adoptée le 19 juin 1980 après un large débat et grâce au fait que les minorités nationalistes basque et catalane, conjointement avec les députés de l'Alliance populaire, ont soutenu de leurs voix le projet du Gouvernement centriste, projet durement critiqué par les socialistes et les communistes.

La nécessité de cette loi résultait de la Constitution elle-même. L'article 27, lui-même très controversé, exigeait un développement normatif concrétisant ses dispositions et répondant aux renvois à des lois futures qui se trouvent dans certains de ses alinéas. La situation de l'enseignement en Espagne est très distincte de celle du reste de l'Europe. 40 % de l'enseignement non universitaire se trouve entre des mains privées, quand dans le reste de l'Europe ce chiffre ne dépasse jamais 10 %. Cette réalité, qui fut déjà sujet de graves conflits sous la II^e République, fut très présente tant dans la rédaction du principe constitutionnel que lors de la discussion du projet de statut des établissements d'enseignement.

Le projet du Gouvernement centriste tentait de défendre l'influence de l'enseignement privé en lui garantissant sa subsistance économique et le respect de son idéologie qui, en règle générale, est de contenu fondamentalement religieux.

La préoccupation des écoles privées, en effet, était que le développement de l'enseignement public et sa gratuité ne les conduisent pas à la banqueroute financière. Hors l'existence de subventions aux écoles privées, affirmaient les représentants de ces dernières, serait mis en danger le principe constitutionnel qui garantit la liberté de l'enseignement. La loi approuvée tient compte de cette aspiration et ainsi affirme dans son article 5.2 : « L'État, par la loi sur le financement de l'enseignement obligatoire, garantira la liberté fondamentale de choisir l'établissement pour les niveaux où l'enseignement est imposé comme obligatoire et, par conséquent, gratuit. »

D'un autre côté, furent également sujets de frictions la réglementation des organes de direction des établissements et le niveau de participation des professeurs, élèves et parents d'élèves. En fin de compte, dans les établissements publics, la loi fait du directeur, nommé par l'administration, celui qui exerce les fonctions les plus importantes et significatives, ne laissant au Conseil de direction,

formé de professeurs, élèves et parents d'élèves, qu'une fonction de supervision établie en termes très généraux.

En ce qui concerne l'organisation des établissements privés, a également suscité de très vives polémiques la possibilité, admise dans la loi, pour ces établissements d'adopter une doctrine éducative propre avec pour seule limite le respect des principes et déclarations de la Constitution. Ce projet doit servir d'inspirations aux professeurs dans leur mission éducative, ce que la gauche des *Cortès* (socialistes et communistes) a considéré comme une quasi-suppression du principe de liberté de l'enseignant en chaire reconnu dans la Constitution. L'imposition de cette doctrine peut se répercuter sur le droit du travail en ce qu'est ouverte la possibilité de licencier un enseignant quand la direction de l'établissement estime que son enseignement, et jusqu'à sa vie privée elle-même ne correspondent pas à la doctrine adoptée³.

Plusieurs articles de la LOECE ont fait l'objet d'un recours d'inconstitutionnalité de la part de 64 sénateurs socialistes en octobre 1980. Parmi les griefs d'inconstitutionnalité invoqués méritent particulièrement d'être retenus ceux concernant la doctrine éducative des établissements privés et les formes de participation à la direction des écoles en général.

Le Tribunal constitutionnel, dans une décision du 13 février 1981, n'a donné raison aux requérants que sur des points marginaux et a rejeté la requête dans ses aspects essentiels. Le Tribunal a confirmé que la possibilité d'établir une doctrine éducative propre à chaque établissement faisait partie de la liberté de les créer, reconnue par la Constitution. S'il n'en allait pas ainsi, affirme la décision, la liberté de créer des centres d'enseignement ne serait ni plus ni moins qu'une manifestation du principe de la liberté d'entreprendre qui figure dans un autre précepte constitutionnel. Il convient de rappeler, néanmoins, que quatre des douze membres du Tribunal constitutionnel ont émis une opinion dissidente par laquelle ils marquaient leur désaccord avec ce considérant de la décision⁴.

3. En septembre 1982 une enseignante de Mollet (province de Barcelone) a été licenciée par la direction de l'établissement privé où elle exerçait ses fonctions qui a considéré que son activité ne correspondait pas à la doctrine éducative de l'établissement. L'enseignante a saisi la juridiction du travail qui a déclaré le licenciement infondé, mais la direction a opté pour l'indemnisation plutôt que la réintégration. L'affaire est actuellement pendante devant le Tribunal central du travail et pourrait ultérieurement faire l'objet d'un recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel.

4. Les quatre membres du Tribunal constitutionnel défendaient, entre autres, l'idée selon laquelle il n'était pas possible d'admettre l'élaboration d'une telle doctrine éducative lorsque les parents d'élèves n'avaient pas la possibilité d'opter

Enfin, prouvant la vigueur de la polémique soulevée par cette loi organique, signalons que le Groupe parlementaire socialiste a déposé une proposition de loi tendant à modifier divers articles de la LOECE. Cette proposition, qui fut prise en considération, n'a pas abouti en raison de la dissolution préalable des *Cortès* le 31 août 1982.

VII. — LE DIVORCE

L'introduction du divorce en Espagne a été qualifiée comme étant la réforme législative la plus importante réalisée dans l'ordre privé depuis la fin du XIX^e siècle. Nous ne pensons pas qu'il s'agisse là d'une affirmation exagérée. En Espagne, on est passé directement par l'effet de la Constitution d'un système qui concevait le mariage civil comme subsidiaire, pour ceux qui manifestaient ne pas professer la religion catholique, à un système laissant la liberté de choix aux conjoints. Puis, en fin de compte et par la voie ouverte dans l'article 32.2 de notre Constitution⁵ a été admise la possibilité de prévoir une procédure de divorce.

En 1981, les *Cortès* ont approuvé une loi réglementant le mariage dans le code civil, et établissant les procédures à suivre en cas de nullité, séparation et divorce. Le résultat en fut la modification du code civil qui, dans son nouvel article 85, admettait le divorce comme cause de dissolution du mariage. Ainsi rompait-on avec une très ancienne tradition espagnole — seulement interrompue par la courte durée d'application de la loi sur le divorce de la II^e République — qui considérait le mariage comme indissoluble jusqu'à la mort de l'un des conjoints.

Le législateur espagnol a conçu le divorce comme remède à un échec irréversible du projet de vie conjugale. Ainsi, sous réserve de l'hypothèse très grave, prévue comme cinquième cause de divorce, de la condamnation pour attentat sur la vie du conjoint, de ses ascendants ou descendants, tous les autres motifs ont pour base la cessation effective de la vie commune, depuis plus ou moins longtemps

pour un autre établissement scolaire. Faute de quoi serait compromise la liberté de choix de l'établissement de la part des parents (art. 27.3 de la Constitution) qui devraient envoyer leurs enfants dans un établissement financé par des fonds publics (et ainsi, dans une certaine mesure, avec leur contribution personnelle) dont ils n'approuveraient pas la doctrine.

5. L'article 32.2 de la Constitution espagnole dispose que : « La loi fixe les formes du mariage, l'âge et la capacité pour le contracter, les droits et devoirs des conjoints, les causes de séparation et dissolution et leurs effets. »

selon les diverses hypothèses envisagées et le degré d'accord entre les conjoints. La possibilité de divorce par consentement mutuel n'existe pas dans notre ordre juridique mais, de fait, on y aboutit en n'exigeant qu'une année de séparation préalable lorsque les deux conjoints sont d'accord pour la dissolution ; en outre, ils bénéficient alors d'un raccourcissement notable des délais.

Il reste à signaler enfin que le législateur n'a pas introduit dans la réglementation du divorce ce que l'on a appelé la « clause de durée », par laquelle le juge pourrait refuser le divorce quand la dissolution du mariage serait susceptible d'affecter sensiblement les intérêts de l'un des époux ou des enfants.

En conclusion, la réforme du régime matrimonial en a accentué le caractère privé et contractuel, rendant la dissolution plus objective et réduisant l'arbitraire judiciaire.

VIII. — LE STATUT DES TRAVAILLEURS

L'article 35.2 de la Constitution dispose que : « La loi fixera un Statut des travailleurs. » Une fois achevé le processus constituant et ouverte la première législature en mars 1979, le Gouvernement présidé à nouveau par Adolfo Suarez a jugé prioritaire le dépôt d'un projet de loi de Statut des travailleurs. Celui-ci est intervenu en mai de la même année et, après que sur les points les plus conflictuels un consensus s'est dégagé entre la Confédération patronale et le syndicat socialiste UGT (juillet 1979), la procédure parlementaire s'est engagée. Le débat sur le projet a été marqué par l'accord entre les groupes parlementaires UCD et socialiste, accord qui a permis de vaincre l'opposition de droite venant de l'Alliance populaire et, surtout, l'opposition de gauche venant du groupe communiste qui représentait les positions de l'autre grande centrale syndicale (les Commissions ouvrières).

Le projet de loi fut finalement adopté dans les derniers jours de 1979 et est entré en vigueur en février 1980. Il y a lieu d'en retenir les importantes conséquences quant aux droits collectifs et individuels des travailleurs.

En ce qui concerne leurs droits collectifs, le Statut règle essentiellement les mécanismes de représentation dans l'entreprise et le système de négociation collective. Dans ce sens, il reconnaît le rôle des syndicats et des associations patronales et élimine ou rend marginale toute intervention de l'Etat. Le noyau de base de la représentation et de la négociation sera le comité d'entreprise qui, d'une

certaine manière, reprend les aspects les plus positifs de l'ancien *Jurado* d'entreprise, institution liée au syndicat vertical franquiste. Ce comité est élu démocratiquement par tous les travailleurs de l'entreprise.

S'agissant des droits individuels des travailleurs, le Statut opère un changement moins important. De fait, la réglementation franquiste, avec son mélange de paternalisme, de populisme et de répression, protégeait le travailleur contre l'arbitraire patronal en échange d'une renonciation à l'utilisation des instruments classiques de la lutte ouvrière. En ce sens, la position du patronat face au Statut était de réclamer une certaine libéralisation dans les relations employeurs-employés, mais le Statut n'a que partiellement répondu à cette attente. C'est ainsi qu'a été restreint le licenciement disciplinaire mais qu'ont été maintenus les obstacles aux licenciements pour cause économique ou de crise. Ont été également assouplies l'embauche de personnel et la procédure de dépôt de bilan, évitant que toute suspension de paiements entraîne automatiquement la faillite de l'entreprise et le licenciement massif des salariés. Enfin, le Statut a établi des systèmes souples pour faciliter la mobilité du personnel à l'intérieur de l'entreprise, tant entre services ou départements qu'entre les divers centres de production.

IX. — QUELQUES CONCLUSIONS

Sans vouloir tenter de dresser un bilan rigoureux et exhaustif de ce qu'a été la première législature pleinement constitutionnelle des *Cortès* espagnoles depuis la mort de Franco, nous voudrions mettre l'accent sur quelques conclusions relatives au développement législatif de la Constitution au cours de ces années, en même temps que signaler quelques dossiers toujours en suspens.

Des 259 lois adoptées dans la législature, laissant de côté celles de portée ou de signification limitées, et la centaine de lois qui se bornent à la création d'emplois publics ou à l'approbation de crédits extraordinaires, il ne reste qu'environ 70 lois que l'on peut considérer comme le développement législatif de la Constitution, c'est-à-dire qui entendent adapter le droit positif légal aux principes et dispositions du nouveau texte fondamental.

Dans cette perspective, nous pouvons affirmer que le domaine dans lequel on a le plus avancé est celui de la construction de l'Etat des autonomies, qui, prévisiblement, verra son institutionnalisation acquise vers le milieu de l'année 1983. On a, par ailleurs, créé une

institution aussi fondamentale que le Tribunal constitutionnel et a été introduite dans l'ordre juridique espagnol une figure, celle du Défenseur du Peuple, déjà largement admise dans le nord de l'Europe. Durant ces années ont été poursuivies la modernisation et la réforme des forces armées, rapprochant son évolution de celle du nouvel ordre démocratique du pays. La problématique du terrorisme et la menace de coup d'Etat ont provoqué l'approbation rapide d'un ensemble de lois qui, quoique ayant prévu une application prudente, peuvent en pratique apporter certaines limitations ou insécurités dans l'ordre des droits et libertés. S'agissant de l'enseignement non universitaire a été approuvé, au cours de cette première législature, et après une dure polémique, la norme fondamentale de son organisation et de son fonctionnement : le Statut des établissements d'enseignement. Enfin nous devons détacher, dans la sphère des droits individuels et sociaux, l'approbation du divorce qui suppose une véritable révolution de l'institution familiale, dans une société comme l'espagnole qui a historiquement été très traditionaliste à ce sujet. Le Statut des travailleurs affirme les droits individuels et collectifs des travailleurs au sein de l'entreprise, mettant fin aux institutions du syndicalisme vertical du franquisme.

Toutefois, des thèmes et questions importants, évoqués dans la Constitution, restent en suspens, au point que certains n'ont pas encore fait l'objet de projets de lois. Ainsi n'a pas été approuvée dans ces années la loi organique sur le pouvoir judiciaire, pas plus que le nouveau code pénal. N'est pas non plus parvenue à la fin de la procédure la loi organique sur les corps et forces de sécurité de l'Etat. Après trente huit-mois de débats et projets et quatre changements de ministres, le Gouvernement a retiré le projet de loi d'autonomie universitaire, texte clé pour compléter l'organisation éducative espagnole. Signalons enfin que dans ces années il a été fait très peu pour affronter la réforme de l'administration publique. De fait le Gouvernement UCD s'est borné à faire approuver une timide loi sur les incompatibilités dont il n'a pas publié ensuite les décrets d'application. Sa mise en œuvre par le Gouvernement socialiste se heurte en ce moment même à de grandes résistances.

En définitive le bilan est déséquilibré en ce que le développement législatif de la Constitution a été caractérisé par une certaine timidité, due à la situation interne contradictoire du Gouvernement et du parti de l'UCD, aggravée en outre par l'absence de majorité absolue du Parlement.