

La prise en compte du droit vivant dans les relations entre le Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême en Espagne

Sophie LEBEDEL

Doctorante au Centre de Droit et de Politique Comparés

ATER à l'Université du Sud Toulon-Var

La doctrine du droit vivant touche aux rapports étroits qui existent entre le juge constitutionnel et les juridictions ordinaires. Elle est mise en lumière dans le cadre du contrôle de constitutionnalité concret et a posteriori, puisqu'elle est liée à l'application de la loi par les tribunaux¹. Lorsque la doctrine du droit vivant est appliquée, le juge constitutionnel adopte l'interprétation de la disposition législative telle qu'elle a été formulée par les juridictions ordinaires.

La doctrine du droit vivant est constituée si l'interprétation donnée par le premier juge est confirmée par la suite ; autrement dit, si elle est consolidée. Le droit vivant et la réitération de la décision judiciaire, à travers une ligne jurisprudentielle constante, sont donc deux phénomènes interdépendants. C'est pour cette raison que le professeur Massimo CAVINO voit dans la technique du précédent un moyen de développement du droit vivant². La création d'une ligne jurisprudentielle cohérente est capable de contribuer à exprimer une norme générale et abstraite : la norme vivante.

Bien qu'originnaire d'Allemagne, la doctrine du droit vivant a connu ses heures de gloire en Italie, où elle a été notamment utilisée par la Cour constitutionnelle italienne dans le but de mettre fin aux conflits qui l'opposaient à la Cour de cassation. La Cour constitutionnelle italienne a, ainsi, renoncé à une partie de sa liberté interprétative en prenant, chaque fois que cela était possible, le droit vivant comme base de son propre jugement.

La doctrine du droit vivant a été clairement consacrée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, celle-ci évoquant tour à tour les expressions de « *jurisprudence consolidée* »³, de « *solution interprétative généralement acceptée* »⁴ ou encore de « *jurisprudence dominante* »⁵.

¹ N. MAZIAU, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *D.*, 2011, p. 529.

² Voir M. CAVINO, *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Vol. I, Milan, Giuffrè, 2009, p. 15 et M. CAVINO, « Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice : la sintesi nel diritto vivente », *Diritto e società* n°1, 2001, pp. 159-174.

³ Décision n° 110/1995 du 23 mars 1995, G.U. du 12 avril 1995.

En 1997, la Cour a franchi un pas supplémentaire en considérant que le droit vivant pouvait revêtir une force contraignante. Les juges de la *Consulta* ont justifié leur position en ces termes : « *Lorsqu'il existe une jurisprudence constante et stable, au point d'acquérir le nom de droit vivant, il est possible que la norme, telle qu'interprétée par la Cour de cassation et les juridictions ordinaires, vienne s'imposer lors du contrôle de constitutionnalité, puisque la norme vit désormais dans l'ordonnement de manière tellement ancrée qu'il est difficilement envisageable de la modifier sans l'intervention du législateur ou de cette Cour* »⁶.

En France, où, pourtant, il a été relevé que le droit vivant était une doctrine « *difficilement transposable* »⁷, le Conseil constitutionnel semble finalement avoir reconnu son existence. Depuis l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, le dialogue des juges est favorisé et, donc, le développement du droit vivant, facilité.

Le Conseil a fait une première application du droit vivant dans une décision du 6 octobre 2010⁸ en affirmant qu' « *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* ». Cette formulation sera reprise à l'occasion d'autres QPC, dont celle du 14 octobre 2010⁹.

Mais ce n'est que très récemment que le Conseil constitutionnel a donné des précisions importantes sur la définition du droit vivant. Le 8 avril 2011¹⁰, tout en rappelant sa jurisprudence antérieure¹¹, le Conseil a considéré qu'une jurisprudence peut constituer un changement de circonstances de nature à conduire à ce que le Conseil constitutionnel soit de nouveau saisi d'une disposition précédemment jugée conforme à la Constitution, seulement si cette jurisprudence a d'abord été soumise à la Cour suprême de l'ordre juridictionnel concerné. Le Conseil constitutionnel énonce, ainsi, la règle selon laquelle une ligne jurisprudentielle ayant satisfait à l'épuisement de toutes les voies de recours peut

⁴ Décision n° 110/ 1997 du 9 avril 1997, G.U. du 30 avril 1997.

⁵ Décision n° 188/1998 du 20 mai 1998, G.U. du 3 juin 1998.

⁶ Décision n° 350/1997 du 13 novembre 1997, GU du 26 novembre 1997.

⁷ C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica – PUAM, 2003, 282 p.

⁸ QPC 2010-39, JO 7 octobre 2010, p. 18154, *Cahiers Cons. const.* n° 30/2010 ; *D.* 2010, p. 2744, note F. CHENEDE ; *AJ Famille* 2010, p. 487, obs. F. CHENEDE et p. 489, obs. C. MECARY ; *RTD Civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER.

⁹ QPC 2010-52, JO 15 octobre 2010, p. 18540, *Cahiers Cons. const.* n° 30/2010.

¹⁰ Conseil constitutionnel, QPC n° 2011-120 du 8 avril 2011, JO 9 avril 2011, p. 6364.

¹¹ Le Conseil constitutionnel a, en effet, repris sa formule selon laquelle « *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* ».

être qualifiée de constante. En d'autres termes, une jurisprudence est consolidée si elle a été, préalablement, confirmée par les Cours suprêmes¹².

Puisqu'elle implique un échange entre les juridictions ordinaires et le juge constitutionnel, la doctrine du droit vivant favorise le dialogue des juges. C'est la prise en compte du droit vivant par la Cour constitutionnelle italienne qui a permis de pacifier l'ordonnement juridique italien. Or, en Espagne, les rapports entre le Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême n'ont pas toujours été au beau fixe. Les deux Tribunaux se sont affrontés des années durant par décisions interposées, à tel point que la doctrine a parlé de « guerre des Tribunaux »¹³.

Puisqu'en Italie, le droit vivant a constitué un remède efficace aux rapports conflictuels entre les Cours, il y aurait un réel intérêt à appliquer la doctrine du droit vivant en Espagne. Mais cette application est-elle, en l'état actuel des choses, réellement envisageable ?

Force est de constater que la suprématie interprétative du Tribunal constitutionnel rend cette doctrine difficilement applicable au contentieux constitutionnel espagnol (I). Pourtant, la prise en compte du droit vivant serait, sans doute, une solution pour rétablir le dialogue entre le Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême (II).

¹² Cf. D. ROUSSEAU, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.*, sept.–oct. 2010, p. 2865 et G. DRAGO, « QPC et jurisprudence constante : fin de partie ? », *Gaz. Pal.*, juin 2011, p. 11.

¹³ Notamment, J. GARCÍA ROCA, *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, México, Editorial Porrúa México, 2009, p. 108 ; G. CAMPANELLI, « Il « diritto vivente » in Spagna : legalita ordinaria e legalita costituzionale nel rapporto tra Tribunal supremo e Tribunal Constitucional », in *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordonamenti di diritto legislativo*, M. Cavino (dir. par), Turin, Giuffrè, 2009, p. 202.

I. Une doctrine mise en échec par la suprématie du Tribunal constitutionnel sur le Tribunal suprême

De nombreux éléments contribuent à empêcher l'application de la doctrine du droit vivant en Espagne. D'abord, les procédures prévues par la LOTC et la LOPJ¹⁴ imposant aux juridictions ordinaires, y compris suprême, de suivre la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, sont loin de favoriser le développement du droit vivant. Ces mécanismes ne donnent pas suffisamment la possibilité au juge constitutionnel espagnol de s'autolimiter et de prendre en compte les interprétations dégagées par les juridictions ordinaires.

Aux termes de l'article 87-1 de la LOTC, « *la jurisprudence des tribunaux rendue à propos des lois, dispositions ou actes jugés par le Tribunal constitutionnel devra être considérée comme corrigée par la jurisprudence résultant des arrêts et ordonnances qui résolvent les recours et les questions d'inconstitutionnalité* ». La suprématie de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel est claire. Les juges ordinaires devront nécessairement suivre les interprétations dégagées par ce dernier, faute de quoi ils seront sanctionnés par le biais de la correction de leur jurisprudence¹⁵. L'article 5.1 LOPJ semble encore plus franchement consacrer la prééminence des décisions du Tribunal constitutionnel. Il impose, en effet, à tous les juges et tribunaux d'interpréter et d'appliquer les lois et les règlements selon les préceptes et les principes constitutionnels, « *conformément à l'interprétation de ces derniers résultant des décisions dictées par le Tribunal constitutionnel en tous types de procès* ».

Selon le professeur Tomas Salvador VIVES, l'interprétation conforme dont fait référence l'article 5.1 LOPJ n'est pas seulement une possibilité qui s'offre au juge ordinaire, mais une obligation qui résulte « *d'un principe hiérarchique* »¹⁶. L'application du droit vivant en est nécessairement freinée : là où il devrait y avoir dialogue, il y a suprématie.

¹⁴ Loi organique du Tribunal constitutionnel et Loi organique du Pouvoir judiciaire.

¹⁵ Il est, toutefois, interdit au Tribunal constitutionnel « *de dicter des instructions générales ou particulières dirigées aux juges inférieurs sur l'interprétation ou l'application de l'ordonnancement juridique* » (article 12.3 LOPJ). Voir, sur ce point, F. J. LAPORTA, « *Vindicación del precedente judicial en España* », *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad autónoma de Madrid*, 1997, p. 277.

¹⁶ L'auteur souligne, par ailleurs, que si l'interprétation de la Constitution effectuée par le juge constitutionnel liait les autres juges, elle acquerrait le même statut normatif que la Constitution elle-même : le Tribunal constitutionnel serait une sorte de constituant perpétuel dont émaneraient des normes suprêmes, supérieures à la loi. Il n'est donc pas souhaitable, selon cet auteur, d'entendre l'article 5.1 LOPJ comme assujettissant totalement le pouvoir judiciaire aux interprétations du Tribunal constitutionnel. Voir T. S. VIVES, « *Tribunales de Justicia y Jurisprudencia Constitucional* », *Poder judicial* n°2, 1986, p. 10.

De plus, la réforme de la LOTC de 2007 est allée dans le sens de la reconnaissance du caractère contraignant de la jurisprudence constitutionnelle, puisqu'elle a modifié l'article 40.2. Cet article prévoit que « *la jurisprudence des tribunaux de justice portant sur des lois, des dispositions et des actes jugés par le Tribunal constitutionnel est censée être corrigée par la doctrine résultant des arrêts et des ordonnances motivés résolvant les procès constitutionnels* ». Dans sa version antérieure, l'article 40.2 prévoyait que la jurisprudence des tribunaux était corrigée par la doctrine résultant des arrêts et des ordonnances motivées résolvant « *les recours et les questions d'inconstitutionnalité* ». Ainsi, la jurisprudence des juridictions ordinaires sera susceptible d'être « corrigée » par la doctrine issue de tous les procès constitutionnels, ce qui inclut désormais les recours d'amparo¹⁷. Le Tribunal constitutionnel est l'interprète suprême de la Constitution (art. 1 LOTC) et les interprétations qu'il rend lient tous les organes judiciaires, qu'ils appliquent directement la Constitution par l'annulation des actes ou règlements inconstitutionnels, ou indirectement en effectuant une interprétation conforme. Par conséquent, « *la relation entre le Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême correspond à la suprématie du premier sur le second* »¹⁸.

Le Tribunal constitutionnel, même s'il s'en défend à travers sa jurisprudence¹⁹, est souvent taxé de 3^{ème} ordre de juridiction ou de « super-cassation »²⁰. Or, le système « vertical », dans lequel se place le recours d'amparo, exclu les hypothèses de collaboration. Il se fonde sur la prééminence de la justice constitutionnelle, qui a la capacité de contrôler et de réviser les actes ou les omissions des juridictions ordinaires²¹.

Selon Manuel ARAGÓN REYES, « *une des fonctions constitutionnelles de l'amparo (avant et après la réforme) est de servir d'instrument de garantie à la contrainte de la juridiction ordinaire par la jurisprudence du Tribunal constitutionnel* »²². Même si la juridiction ordinaire estime qu'une loi est susceptible d'une interprétation distincte de celle

¹⁷ Cette nouvelle formulation de l'article 40.2 LOTC est mise ainsi en conformité avec celle de l'article 5.1 LOPJ qui fait également référence à tous les « types de procès ».

Voir M. ARAGÓN REYES, « La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional », *REDC*, n° 85, 2009, p. 15.

¹⁸ M. ARAGÓN REYES, « Relaciones Tribunal constitucional – Tribunal supremo », *REDC*, n° 76, 2006, p. 175.

¹⁹ Le Tribunal constitutionnel a refusé de s'assimiler à une super-cassation ou à un « censeur » du pouvoir judiciaire dans plusieurs de ses décisions (n° 11/1982, 46/1983, 41/1984, 201/1987, 36/1988, 329/1988 ou encore 184/1992).

²⁰ Cf., entre autres, G. CAMPANELLI, « Il « diritto vivente » in Spagna : legalita ordinaria e legalita costituzionale nel rapporto tra Tribunal supremo e Tribunal Constitucional », *op. cit.*, p. 196 et 198.

²¹ G. ROLLA, « L'interpretazione adeguatrice tra tribunale costituzionale e giudici comuni in Spagna », *Giur. cost.*, 2010, p. 1875.

²² M. ARAGÓN REYES, « La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 36.

adoptée par le Tribunal constitutionnel, elle ne pourra pas se départir de la doctrine de ce dernier, qui le lie, sinon à poser une question d'inconstitutionnalité. Si la juridiction ne respecte par les orientations prises par le Tribunal constitutionnel, sa décision pourra faire l'objet d'un recours d'amparo pour violation de l'article 24 de la Constitution qui consacre la protection judiciaire effective.

Le recours d'amparo est l'épicentre du conflit entre les deux tribunaux. Lorsqu'un citoyen saisit le juge constitutionnel en raison de la violation d'un de ses droits fondamentaux par une décision juridictionnelle, et que la Haute instance estime la prétention fondée, il accordera l'amparo et pourra annuler la décision incriminée. Or, le Tribunal constitutionnel est saisi de l'amparo après épuisement des voies de recours préalables tandis que le Tribunal Suprême constitue le dernier degré de juridiction. Subséquemment, le juge constitutionnel est souvent appelé à juger des affaires dans lesquelles le Tribunal Suprême n'a pas estimé qu'il y avait une violation des droits fondamentaux, ou pis, dans lesquelles il est lui-même à l'origine de la violation.

Mais si les conflits les plus aigus entre les deux Tribunaux se sont concentrés dans les cas d'annulation des décisions de justice ordinaire, ce n'est pas tant l'annulation par elle-même qui fait controverse, mais la solution apportée par le juge constitutionnel pour rétablir le requérant dans son droit. Il est arrivé que le juge constitutionnel, non seulement annule l'arrêt du Tribunal suprême, mais décide de déclarer définitif le jugement d'une juridiction ordinaire qui avait été cassée par ce même Tribunal suprême. Ce fut le cas, notamment, lors d'un recours d'amparo rendu le 17 septembre 2001²³. Le juge constitutionnel décida d'annuler l'arrêt du Tribunal Suprême et de fixer le montant de l'indemnité conformément à la décision du juge de première instance. Le Tribunal suprême jugea très sévèrement l'attitude du Tribunal constitutionnel d'autant que, selon lui, le juge constitutionnel s'était immiscé dans l'évaluation de l'indemnisation alors qu'il ne devait pas apprécier les faits.

Il est vrai que les cas dans lesquels on constate une immixtion du Tribunal constitutionnel dans les attributions des juridictions ordinaires sont légion. On décompte, d'ailleurs, moult décisions qui laissent la porte ouverte à des possibles incursions du juge constitutionnel dans la sphère du contrôle de la légalité ordinaire : par exemple, le Tribunal constitutionnel a affirmé que, dans le cadre du recours d'amparo, il lui est possible de vérifier si, non seulement une norme était applicable au cas concret, mais également si cette norme a été appliquée correctement²⁴. La doctrine a constaté, à ce propos, que « *les interférences du*

²³ Décision n° 186/2001 du 17 septembre 2001, BOE du 19 octobre 2001. On peut relever d'autres affaires opposant le Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême, dont celle du 17 janvier 1994 à l'occasion du recours d'amparo n° 7/1994, BOE du 17 février 1994.

²⁴ Décision n° 46/1982 du 12 juillet 1982, BOE du 4 août 1982.

Tribunal constitutionnel dans la fonction propre des tribunaux ordinaires ont été aussi fréquentes que variées »²⁵.

Le Tribunal constitutionnel doit s'abstenir de connaître des faits et d'émettre des considérations sur l'action des organes judiciaires, sauf lorsqu'il s'agit de la contestation de la violation d'un droit, sa préservation et son rétablissement²⁶ ; le travail du Tribunal se borne à vérifier si le comportement du juge a entraîné ou non une violation des droits fondamentaux. Selon l'article 54 de la LOTC, le Tribunal constitutionnel devra s'interdire toute « *considération sur l'agissement des organes juridictionnels* »²⁷.

Le juge constitutionnel ne peut réexaminer les preuves et ne doit pas se substituer au juge ordinaire dans la prise en considération des faits avérés. Cependant, le Tribunal a considéré qu'il était compétent pour vérifier si, au moins, le juge avait exercé une prise en compte suffisante des preuves²⁸, et si son analyse juridique était justifiée, car dans ce cas « *l'erreur peut se traduire par une décision lésant un droit fondamental* »²⁹.

En réalité, le Tribunal constitutionnel se trouve dans une absolue difficulté de maintenir séparées les sphères de compétences constitutionnelles et ordinaires. Pour preuve, dans sa jurisprudence, le Tribunal a affirmé que « *la distinction entre juridiction constitutionnelle et ordinaire ne pouvait être établie en cantonnant la première aux questions de constitutionnalité et la seconde à celles de la simple légalité* », puisque la suprématie de la Constitution ne peut tolérer deux plans séparés et indépendants³⁰. Dans le même sens, le

²⁵ J. L. MANZANARES SAMANIEGO, « La delimitacion de competencia entre el Tribunal Supremo y el Tribunal constitucional » in *La aplicacion jurisdiccional de la Constitucion*, G. RUIZ-RICO RUIZ (ed.), Valence, Tirant lo blanch, Alternativa, 1997, p.67.

²⁶ Selon l'article 44.1 b LOTC et affirmé par le Tribunal constitutionnel lui-même dans une décision n° 41/1984 du 21 mars 1984, BOE du 25 avril 1984.

²⁷ Une partie de la doctrine s'est montrée très critique envers cette disposition. F. RUBIO LLORENTE et M. ARAGÓN REYES ont, en effet, affirmé que cet ordre d'abstention était totalement inutile et que l'indépendance des organes juridictionnels avait été suffisamment garantie par l'article 44-1 de la LOTC. Voir F. RUBIO LLORENTE et M. ARAGON REYES, « La jurisdicción constitucional », in *La Constitucion española de 1978. Estudio sistematico*, A. PREDIERI et E. GARCIA DE ENTERRIA (dir.), Madrid, Civitas, 2^{ème} ed., 1981, p. 880.

²⁸ Décision du Tribunal constitutionnel n° 31/1981 du 28 juillet 1981, BOE du 13 août 1981. En fait, le Tribunal constitutionnel, à l'image de ses homologues européens dont le Conseil constitutionnel, exerce le contrôle de proportionnalité et de l'erreur manifeste d'appréciation. La seule différence, et non des moindres, est que ces contrôles s'effectuent non à l'encontre du législateur mais des juges.

²⁹ Décision du Tribunal constitutionnel n° 184/1992 du 16 novembre 1992, BOE du 18 décembre 1992. Le juge constitutionnel avait déjà affirmé à plusieurs reprises cette position, notamment dans les décisions n° 46/1983 du 25 mai 1983, BOE du 17 juin 1983 et n° 201/1987 du 16 décembre 1987, BOE du 8 janvier 1988.

³⁰ Décision n° 50/1984 du 5 avril 1984, BOE du 25 avril 1984.

juge constitutionnel a considéré qu'il était délicat d'opérer « *une distinction claire entre légalité constitutionnelle et ordinaire* », et tout aussi difficile de respecter les compétences réciproques du Tribunal constitutionnel et du Tribunal suprême³¹.

La suprématie du juge constitutionnel dans l'interprétation de la Constitution, mais aussi des lois³², ne laisse guère d'espace aux juridictions ordinaires. Tant les textes organiques que l'attitude du Tribunal constitutionnel contribuent à bloquer le dialogue des juges, inhérent à la doctrine du droit vivant. Pourtant, le développement de cette doctrine au sein de l'ordonnement juridique espagnol paraît être une solution intéressante à envisager.

³¹ Décision n° 30/1993 du 25 janvier 1993, BOE du 24 février 1993.

³² M. ARAGÓN REYES, « Relaciones Tribunal constitucional – Tribunal supremo », *op. cit.*, p. 175 et s.

II. Une doctrine nécessaire pour rétablir le dialogue entre le Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême

L'étude de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel montre que le juge espagnol n'hésite pas à contredire les interprétations existantes, même lorsqu'elles sont consolidées. Il est des hypothèses dans lesquelles le Tribunal constitutionnel décide de retenir une position distincte de celle des juridictions ordinaires, par laquelle il avance sa propre interprétation de la loi. Dans les décisions n° 212/1994, 37/1995 ou encore 63/2005, le Tribunal constitutionnel refuse de suivre une ligne jurisprudentielle pourtant consolidée par les juridictions ordinaires. Le juge constitutionnel affirme volontiers sa suprématie interprétative et a clairement admis qu'il pouvait procéder à une interprétation conforme à la Constitution, même en contradiction avec l'interprétation dégagée par les juridictions ordinaires³³.

Pourtant, il arrive également que le juge constitutionnel espagnol considère la jurisprudence du Tribunal suprême et prenne en compte le droit vivant. Par exemple, dans une décision n° 161/2006, le Tribunal constitutionnel a « sauvé » une disposition de loi suspectée d'inconstitutionnalité en recourant à une décision interprétative calquée sur une interprétation dégagée par le Tribunal suprême quelques années plus tôt³⁴. Selon le juge constitutionnel, en effet, l'interprétation donnée par le Tribunal suprême « *est parfaitement adaptée pour fonder le jugement de constitutionnalité* ». De même, dans la décision n° 125/2008 du 20 octobre 2008³⁵, le juge constitutionnel a fait référence à « *la ligne jurisprudentielle stable et consolidée du Tribunal suprême* ».

Dans certaines hypothèses, le Tribunal constitutionnel n'hésite pas à rejeter des demandes d'amparo lorsque celles-ci ont pour objet des questions relevant de la sphère de compétence de la légalité ordinaire³⁶. Le juge constitutionnel entend montrer qu'il respecte les interprétations dégagées par les juridictions ordinaires, et notamment celles du Tribunal suprême. Le recours au droit vivant semble être, alors, une option qu'envisage le Tribunal constitutionnel au moment de rendre ses décisions.

En fait, le Tribunal constitutionnel est partagé entre l'importance de prendre en considération le droit vivant et sa volonté d'affirmer sa propre interprétation. La décision

³³ Décisions n° 83/1983 du 21 octobre 1983, BOE du 7 novembre 1983 et n° 37/1986 du 20 mars 1986, BOE du 9 avril 1986.

³⁴ Décision du Tribunal suprême n° 1469/1998 du 4 mars 1998.

³⁵ BOE du 21 novembre 2008.

³⁶ C'est le cas, notamment, dans les décisions n° 50/1984, 230/1988, 272/1996 et 148/1998.

n° 131/2006³⁷ est un parfait exemple de cet état de fait. Dans cette affaire, l'Assemblée plénière s'est divisée sur le point de savoir si le contrôle de constitutionnalité devait se fonder sur la loi brute ou sur la norme vivante, c'est-à-dire telle qu'elle ressortait de l'interprétation conforme du Tribunal suprême. La question qui divisait les juges constitutionnels était, en réalité, de savoir si le Tribunal constitutionnel devait apprécier les interprétations vivantes existantes, et éventuellement les suivre, ou s'il devait procéder à l'examen de constitutionnalité sans se soucier de la jurisprudence des juridictions ordinaires. La majorité des juges a considéré que doivent être déclarées inconstitutionnelles uniquement les dispositions pour lesquelles il est impossible de parvenir à une interprétation conforme à la Constitution. Par conséquent, il convient d'examiner l'ensemble des interprétations conformes, dont celles qui ont été dégagées antérieurement. Pour les juges dissidents, au nombre de trois, dont la Présidente du Tribunal, le contrôle de constitutionnalité doit s'effectuer non sur « *l'interprétation de la loi mais sur la loi elle-même, ou autrement dit, non sur la norme produite par l'interprétation mais sur la disposition normative, c'est-à-dire le texte ou la disposition légale* ». Cette division au sein de la formation la plus solennelle du Tribunal constitutionnel n'est pas étonnante, puisqu'elle ne fait que refléter la position jurisprudentiellement contrastée du juge constitutionnel espagnol. Celui-ci semble avoir tranché dans un sens, puis dans un autre³⁸, sans parvenir à garder une position claire et univoque.

Le Tribunal constitutionnel espagnol semble choisir, la plupart du temps, la solution de procéder à une interprétation à la lumière de la Constitution plutôt que de favoriser le droit vivant. Les « interprétations vivantes » des juridictions ordinaires sont généralement écartées au profit de l'interprétation conforme du juge constitutionnel.

Pourtant, le poids attribué à la jurisprudence du Tribunal suprême devrait conduire le Tribunal constitutionnel à renoncer à sa liberté interprétative lorsqu'existe un droit vivant. Le législateur organique a, en effet, entendu doter la doctrine du Tribunal suprême d'une force considérable.

En cela, le droit espagnol fait figure d'exception au milieu des autres systèmes juridiques de la famille romano-germanique. Il est le seul à attribuer une véritable force normative à la jurisprudence ; d'aucuns qualifient même cette exception ibérique « *d'anomalie* »³⁹. Le

³⁷ Décision du 27 avril 2006, BOE du 26 mai 2006.

³⁸ Le Tribunal constitutionnel a, en effet, considéré qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier l'interprétation dont la disposition soumise à son examen avait été attachée (Décision n° 11/1981 du 8 avril 1981, BOE du 25 avril 1981). Il a ensuite décidé, sans expliciter le moindre revirement de jurisprudence, que le contrôle de constitutionnalité portait sur la norme « vivante » (Décisions n° 4/1981 du 2 février 1981, BOE du 24 février 1981 ; 111/1993 du 25 mars 1993, BOE du 27 avril 1993 ; 76/1996 du 30 avril 1996, BOE du 31 mai 1996 ; 24/2004 du 24 février 2004, BOE du 26 mars 2004 et 138/2005 du 26 mai 2005, BOE du 22 juin 2005).

³⁹ V. FRANCESCHELLI, « La giurisprudenza come fonte del diritto e la "Doctrina legal" del Tribunal Supremo spagnolo », in *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, C. Grassetti (intr. par),

Code civil espagnol fait expressément référence à la force et au pouvoir créateur de la jurisprudence⁴⁰. Les dispositions préliminaires de ce même code indiquent que « *la jurisprudence complétera l'ordonnement juridique avec la doctrine qu'établira de manière constante le Tribunal suprême dans l'interprétation de la loi, la coutume, et les principes généraux* »⁴¹.

Le Tribunal suprême s'est attaché à définir la notion de *doctrina legal* dans une décision datant du 2 juin 1926, et l'a énoncée en ces termes : « *Il a été attribué au Tribunal suprême la haute mission d'appliquer les principes généraux du droit dans les litiges soumis à son jugement définitif* ». Dans la réalisation de cette tâche, celui-ci élabore « *dans sa jurisprudence constante, des normes qui doivent être suivies par les tribunaux inférieurs, dans la mesure où la violation de ces principes peut être motif de cassation de la décision* ».

Tout comme celle du droit vivant, pour que la « doctrine légale » soit constituée, elle doit être consolidée, c'est-à-dire qu'il faut que « *deux arrêts au moins* » du Tribunal suprême consacrent « *l'existence d'une certaine règle de droit* »⁴². Une décision isolée, a précisé, à de nombreuses reprises, le Haut Tribunal⁴³, « *ne constitue rien d'autre qu'un précédent qui, par l'autorité du Tribunal suprême, peut être pris en considération pour résoudre des questions similaires ou analogues* ».

La « doctrine légale » est une curiosité du système espagnol chargée d'une grande autorité⁴⁴, équivalente à celle de la loi. Le Tribunal suprême a affirmé, en ce sens, que « *la*

Milan, Giuffrè, 1985, p. 245. Il faut noter, toutefois, que dans d'autres systèmes juridiques, les décisions judiciaires peuvent avoir une force analogue à celle de la *doctrina legal* espagnole. C'est le cas des décisions de la Cour suprême mexicaine pour les recours d'amparo qui possèdent le caractère de jurisprudence, ou encore les *assentos* du Tribunal suprême de justice du Portugal qui ont force obligatoire générale sur la base de l'article 2 du Code civil portugais. Par ailleurs, l'article 1er du Code civil suisse permet de recourir, devant le silence de la loi, « *à la doctrine et à la jurisprudence la plus autorisée* ».

⁴⁰ D'ailleurs, lors de la phase d'élaboration et de discussion du projet du Code civil, il avait été avancé l'idée de faire figurer la jurisprudence consolidée en tant que source du droit. Cf. *ibid.* p. 254.

⁴¹ Cette « doctrine » qu'évoque le Code civil a été reprise par le décret du 4 novembre 1838, nommé *Real Decreto regulador de Recurso*. Celui-ci établit que le recours au Tribunal suprême pouvait être fondé sur la violation de la loi mais aussi de la *doctrina legal*. Celle-ci repose sur une tradition ancienne en vigueur entre le XVIe et le XVIIIe siècle non seulement en Espagne, mais aussi au Portugal et dans les Etats pré-unitaires italiens, à l'exception de l'Etat Sarde qui reconnaissait déjà la force obligatoire des précédents du Tribunal Suprême.

⁴² R. DAVID, « La jurisprudence », *RRJ*, 1985, p. 792.

⁴³ Arrêts du Tribunal suprême du 10 février 1886, 7 juin 1924, 4 juillet 1928, 27 octobre 1930, 8 novembre 1946, 14 novembre 1951, 27 mars 1952.

⁴⁴ Selon V. FRANCESCELLI, on ne peut pas comprendre la signification et la portée de la *doctrina legal* dans l'évolution du système juridique espagnol si on ne prend pas en compte le prestige dont étaient revêtus les tribunaux civils dans l'histoire. En effet, la Constitution de Cadix de 1812 reconnaissait au *Supremo*

doctrine issue d'une jurisprudence largement réitérée mérite le même respect que la loi écrite »⁴⁵. Il est vrai que son nom de « doctrine légale » ne laisse guère de doute quant à la force que le législateur espagnol souhaitait lui attribuer.

Pour preuve, comme l'a précisé le Tribunal suprême dans la décision de 1926, la violation de la *doctrina legal* entraîne une sanction immédiate pour la décision incriminée. L'atteinte à la jurisprudence consolidée du Tribunal suprême est, en effet, un motif de recours en cassation⁴⁶. De fait, selon Alejandro NIETO GARCÍA, il est plus commode pour les juridictions ordinaires de citer le Tribunal suprême que la loi elle-même⁴⁷. La « doctrine légale », « se révèle comme l'expression concrète de l'autorité créatrice et contraignante du Tribunal suprême »⁴⁸.

Cette consécration éclatante de la « doctrine légale » doit nécessairement contribuer à ce que le Tribunal constitutionnel se laisse « convaincre » par les interprétations du juge suprême. En effet, les deux Tribunaux luttent à armes égales : les décisions du Tribunal constitutionnel sont protégées par la LOTC, et la jurisprudence du Tribunal suprême est consacrée par le Code civil. Il ne doit donc pas y avoir prééminence de l'un sur l'autre.

Il est parfois avancé que la tension entre les deux Tribunaux est la conséquence de l'incapacité du Tribunal constitutionnel de faire preuve de *self-restraint*⁴⁹. En fait, il semble que ce n'est pas tant l'autolimitation du juge constitutionnel que la confiance entre les

Tribunal de Justicia, dans son article 261, de larges pouvoirs comme celui d'être l'organe du recours en nullité contre une décision qui violerait la loi. Par suite, le Tribunal suprême fut aboli en 1814 avec la Constitution de Ferdinando IV, puis reformé en 1820 pour être de nouveau aboli en 1823, et enfin définitivement reconstitué en 1834 sous la dénomination de « *Supremo Tribunal de España e Indias* ». Dès le *Real Decreto regulador de Recurso*, le Tribunal suprême fut chargé du recours en cassation, non seulement pour violation de la loi mais aussi pour violation de la jurisprudence du Tribunal suprême lui-même. Suivie la *Real Cédula* de janvier 1855 qui a admis le recours en cassation pour violation de la loi dans les Indes ou de la jurisprudence des tribunaux complétant les vides de la loi. Le 5 octobre de la même année, la *Ley del enjuiciamiento civil* a prévu le recours en cassation contre les décisions rendues « *contre la loi et contre la doctrine produite par la jurisprudence des tribunaux* ». Le recours en violation de la loi et de la doctrine légale fut définitivement prévu par les articles 1691 et 1692 de la *Ley del enjuiciamiento civil* de 1881. Voir V. FRANCESCHELLI, « La giurisprudenza come fonte del diritto e la "Doctrina legal" del Tribunal Supremo spagnolo », *op. cit.* p. 251 et s.

⁴⁵ Arrêt du Tribunal suprême du 11 décembre 1922.

⁴⁶ Cette possibilité a été reconnue légalement dès 1881 par la *Ley de enjuiciamiento civil*.

⁴⁷ A. NIETO GARCÍA, « El precedente judicial », in *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcie, Universidad de Murcia, 1989, p. 635.

⁴⁸ V. FRANCESCHELLI, « La giurisprudenza come fonte del diritto e la "Doctrina legal" del Tribunal Supremo spagnolo », *op. cit.* p. 267.

⁴⁹ Cf. L. LÓPEZ GUERRA, « Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional », in *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valence, Tirant lo Blanch, 1997, p. 61 et M. ARAGÓN REYES, « Quelques considérations sur le recours d'amparo », *AJJC*, 2002, p. 17.

juridictions qui fait défaut. L'engagement de la responsabilité civile de onze magistrats constitutionnels par le Tribunal suprême en 2004 en est la preuve évidente⁵⁰. Or, ce déficit de confiance de part et d'autre est difficilement justifiable tant les interprétations du Tribunal suprême, comme les décisions du Tribunal constitutionnel, sont consacrées – voire sacralisées – par le législateur.

Toutefois, il convient de souligner que la dernière réforme de la LOTC va, de manière générale, dans le sens d'un apaisement des tensions entre le Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême.

Avant la réforme, une des causes d'irrecevabilité⁵¹ de l'amparo était le manque manifeste « *de contenu justifiant une décision du Tribunal constitutionnel portant sur le fond de cette dernière* ». En 2007, le législateur organique a décidé d'inverser la procédure en vigueur pour faire de l'irrecevabilité du recours d'amparo la règle et sa recevabilité, l'exception. S'inspirant, en partie, de la procédure de recevabilité des recours constitutionnels allemands⁵², l'article 50.1 de la LOTC a prévu que l'amparo serait recevable à la condition que « *le contenu du recours justifie une décision sur le fond de la part du Tribunal constitutionnel en raison de son importance constitutionnelle spéciale* », « *celle-ci s'appréciant en tenant compte de l'importance du recours pour l'interprétation de la Constitution, pour son application ou pour son efficacité générale et pour la détermination du contenu et de la portée des droits fondamentaux* ».

En imposant la recherche d'une « importance constitutionnelle spéciale » pour déclarer la demande recevable, le législateur organique semble avoir changé la nature du recours d'amparo, le faisant passer d'un recours subjectif à un recours essentiellement objectif. En effet, l'amparo est devenu clairement un instrument de surveillance constitutionnelle et non plus un outil de protection des droits fondamentaux. Puisque c'est la violation des droits des requérants qui constitue le principal motif de fâcherie entre le Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême, l'objectivation du recours d'amparo peut, sans doute, contribuer à réduire les différends entre les deux Tribunaux.

Un autre changement permis par la réforme de 2007 est le renforcement de la position de protecteur des droits fondamentaux des juridictions ordinaires. La procédure, prévue à

⁵⁰ Pour un rappel des faits de l'affaire, voir, notamment, L. E. DELGADO DEL RINCÓN, « Inviolabilidad frente a responsabilidad de los magistrados del Tribunal constitucional (Comentario de la STS, Sala Primera de 23 de enero de 2004, en el caso de la condena a los magistrados del Tribunal constitucional por responsabilidad civil) », *REDC*, n° 72, 2004, pp. 267-314 et G. CAMPANELLI, « Il « diritto vivente » in Spagna: legalita ordinaria e legalita costituzionale nel rapporto tra Tribunal supremo e Tribunal Constitucional », *op. cit.*, p. 213 et s.

⁵¹ Le terme « irrecevabilité » est employé par défaut dans la mesure où il n'existe aucun mot français pour traduire le mot espagnol « *inadmisión* ».

⁵² S. NICOT, « Il a fallu sauver le Tribunal constitutionnel... (La fin de l'illusion de l'accès universel au juge de l'amparo constitutionnel ?) », *Revue d'actualités juridiques, l'Europe des Libertés*, n° 25, pp. 9-17.

l'article 241.1 de la LOPJ, permet au juge de réparer une éventuelle violation d'un droit protégé lorsque est constatée une « infraction processuelle », c'est-à-dire un vice de forme concernant le dispositif du jugement ou qui aurait eu pour conséquence de léser un droit fondamental. La modification de l'ancien article 241.1 de la LOPJ avait deux objectifs : d'abord, le maintien du caractère subsidiaire du recours d'amparo ; ensuite, d'accorder à la juridiction ordinaire la possibilité de remédier à la violation du droit fondamental⁵³.

Le but poursuivi est de réduire le nombre de recours d'amparo présenté devant le Tribunal constitutionnel tout en renforçant le rôle des juridictions ordinaires dans la protection des droits. Par le mécanisme de l'article 241.1, la juridiction ordinaire peut prendre les mesures nécessaires pour réparer la violation avant que soit déclenché le recours d'amparo. En effet, ce dernier sera irrecevable si ce « remède judiciaire préalable » n'a pas été envisagé lorsque la violation des droits fondamentaux est imputable au juge de dernière instance. Cette protection, de la part des juridictions ordinaires, concerne tous les droits fondamentaux susceptibles d'amparo.

Si elle ne règle pas définitivement le risque de conflit entre le Tribunal constitutionnel et le Tribunal suprême, la réforme de la LOTC a entendu s'attaquer à certains des points de tensions entre les deux juridictions. Cette réforme contribue certainement à rétablir un dialogue ému par les conflits juridictionnels successifs. Toutefois, elle ne peut, à elle seule, régler l'intégralité du problème : comme en Italie, la fin de la « guerre des juges » pourrait bien intervenir par une prise en compte accrue du droit vivant.

⁵³ M. ARAGÓN REYES, « La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional », *op. cit.*, 2009, p. 21.