



17. F.I.D.E. KONGRESS

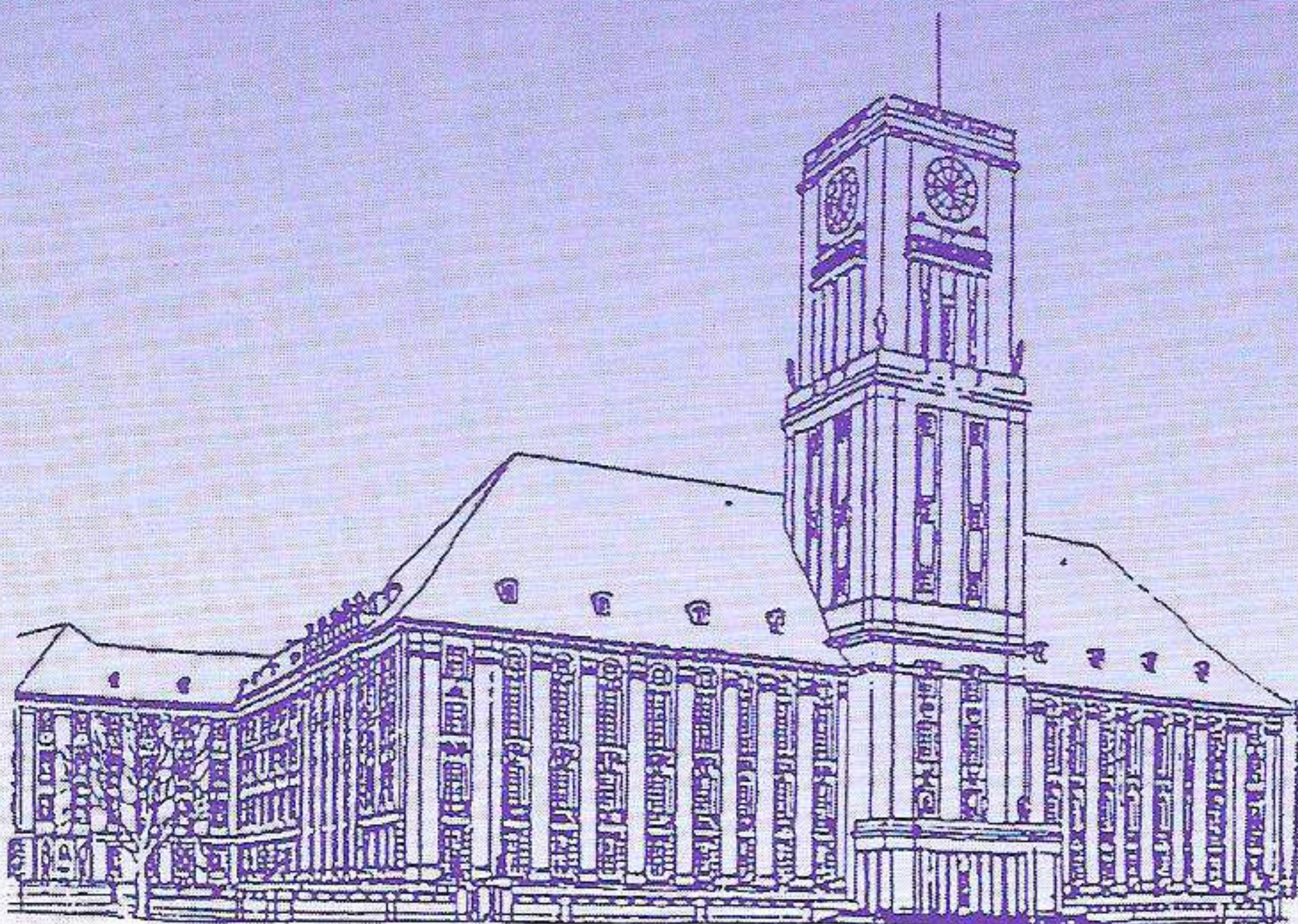
Fédération Internationale pour le Droit Européen
Internationale Föderation für Europarecht
International Federation for European Law

I

Le droit constitutionnel national
et l'intégration européenne

Nationales Verfassungsrecht mit Blick auf die
europäische Integration

National constitutional law vis-à-vis
European integration



Berlin 1996

Le droit constitutionnel espagnol et l'intégration européenne

par Araceli Mangas Martín¹

I. Les rapports entre le droit constitutionnel espagnol et le droit européen jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht

Les rapports entre le droit espagnol et le Droit Communautaire ont été facilités par une tradition légale, jurisprudentielle et doctrinale favorable à la primauté et à l'efficacité des Traités internationaux (et, par analogie, à leur droit dérivé) auxquels l'Espagne est partie. Cette attitude qui trouve ses racines dans l'Ecole Espagnole du Droit des Gens (*l'Ecole de Salamanca*) révèle d'un point de vue moniste, une nécessité de cohérence dans la conduite interne et externe de l'Etat. Les organes de l'Etat dans leur activité normative, qu'elle soit interne ou externe, produisent le droit (interne et international) et pour des raisons de cohérence, ne doivent pas contribuer à créer des normes incompatibles

La Constitution espagnole (ci-après, CE) ne distingue en principe pas entre le traitement à donner aux Traités communautaires et celui à donner au reste des traités. La réception ou l'introduction des Traités communautaires suit donc la procédure générale prévue à l'article 96.1 CE:

"Les Traités internationaux régulièrement conclus, après leur publication officielle en Espagne font partie de l'ordre juridique interne. Leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues que sous la forme prévue dans les Traités eux-mêmes ou conformément aux normes générales du droit international."

Comme n'importe quel autre Traité international, les Traités communautaires s'intègrent au droit interne à partir de leur entrée en vigueur internationale, et en tant que tels ces Traités sont une source directe et sont pleinement efficaces en droit interne, après leur publication au *Boletín Oficial del Estado* espagnol, ils peuvent créer des droits et des obligations dont peuvent se prévaloir directement par les particuliers et pouvant être invoqués devant les organes administratifs et judiciaires.

Les Traités constitutifs des Communautés Européennes, après que le consentement ait été donné conformément aux normes constitutionnelles et communautaires, font partie intégrante du droit interne (pas du droit espagnol); c'est-à-dire qu'ils font partie du droit applicable en Espagne au sens moniste d'unité d'ordres juridiques. Ces Traités et leur droit dérivé jouissent d'une

1 Professeur de Droit International Public de l'Université de Salamanca

autonomie propre dans le système espagnol, ils conservent leur nature propre de Traités internationaux (et de normes dérivées) à compter de la date d'entrée en vigueur.

Evidemment, l'introduction ou la réception en droit interne ne dépend pas de la publication interne, mais de la date conclue au niveau international par les Etats membres pour les Traités ou la date établie pour chaque acte communautaire.

L'efficacité directe à l'égard des particuliers intervient à partir de la publication au *Boletín Oficial del Estado* (B.O.E. ~~O~~ (pour les traités) et au *Journal Officiel des Communautés Européennes* (pour le droit dérivé), la plénitude des effets internes se déployant ainsi. En tout cas, si la publication du Traité au BOE se faisait avec du retard, son application rétroagirait à la date convenue pour l'entrée en vigueur par toutes les parties (le même système est suivi pour les actes internes d'application du droit dérivé). En définitive, par exemple, le AUE et le TUE sont entrés en vigueur en Espagne à la même date que dans tous les autres Etats membres, indépendamment du retard de sa publication officielle au BOE en Espagne.²

Mais, en plus de l'article 96 de la CE, à caractère général, il existe une autre disposition spécifique qui réglemente outre la procédure d'autorisation parlementaire à la majorité absolue, l'attribution de l'exercice de droits de souveraineté à une organisation internationale. En effet, l'article 93 de la CE dispose:

"Une loi organique peut autoriser la conclusion de Traités attribuant à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution. Il incombe aux Cortes Generales ou au Gouvernement, selon les cas, de garantir l'exécution de ces Traités et des résolutions émanant des organismes internationaux ou supra-nationaux qui bénéficient de ce transfert de compétences."

L'article 93 de la Constitution est l'expression de l'acceptation des pleins effets des normes communautaires. L'article 93 permet l'attribution de l'exercice des droits de souveraineté (renonciation translatrice) et il ne s'arrête pas à l'autorisation de l'attribution, mais régit de façon continue notre lien avec l'UE.

2 Cependant, le AUE comme le TUE ont été publiés au BOE avec un certain retard, et par conséquent, il y a une dissociation entre la date d'entrée en vigueur, qui est commune pour tous les Etats membres et la date de publication qui a eu lieu avec un léger décalage par rapport à l'Acte Unique Européen (BOE du 3.7.1987). La négligence la plus importante (deux mois et demi de retard) a eu lieu avec le Traité de l'Union Européenne, publié dans une version pleine d'erreurs au BOE du 13.1.1994, rectifiée par une nouvelle publication complète au BOE du 10.6.1994. De toute façon, les Communautés Européennes ont publié le Traité de l'Union Européenne avec soin et diligence au *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DOCE) du 31.8.1992 (série L n° 224) et il ne faut pas oublier que l'article 96 de la Constitution exige la publication *officielle* sans préciser dans quelle publication, et le DOCE est également une publication *officielle* en Espagne.

Les Traités internationaux qui sont autorisés sur ce fondement juridique peuvent de la même façon transférer des compétences existantes ou créer de nouvelles compétences, comme créer de nouveaux droits et de nouvelles institutions non prévues par la Constitution ou étendre à d'autres personnes des droits envisagés dans celle-ci.³

L'adhésion de l'Espagne aux Communautés Européennes nous a apporté de nouveaux droits et de nouvelles libertés, à nous et aux citoyens des autres pays membres. C'est presque une évidence que de rappeler que les Traités communautaires créent des droits nouveaux (entre autres, élections au Parlement Européen) ou étendent certains droits appartenant au ressortissant d'un pays au citoyen communautaire (libre circulation et résidence, élections municipales) et que ces effets juridiques sont compris dans le champ d'application de l'article 93 de la CE.

I.1. Les conflits entre le droit constitutionnel espagnol et le droit européen

I.1.a. Effets sur la souveraineté de l'Etat et le droit constitutionnel matériel

Les situations de contradiction entre le droit espagnol et le Droit Communautaire ne se sont pas présentées dans les termes d'"atteintes à la souveraineté de l'Etat", ni d'"atteintes à l'organisation interne de l'Etat", ni d'"atteintes au droit constitutionnel matériel".

Les Traités communautaires ne peuvent pas contenir de telles atteintes, et la Constitution espagnole ne les accepterait pas.

En réalité, il ne peut y avoir de conflit entre le droit constitutionnel et les Traités communautaires, et ceci avant ou après Maastricht. Pour des raisons de cohérence déjà mentionnées, la Constitution espagnole n'admet pas que l'Etat espagnol donne son consentement à un traité contraire à ses dispositions. Notre système juridique exige que la contradiction soit éliminée: ou nous n'acceptons pas d'être partie à ce traité ou nous procédons à une réforme de la Constitution espagnole.

Il est par conséquent dépourvu de toute logique juridico- politique de parler d'atteintes portées par le Droit Communautaire à la souveraineté, au partage interne des compétences ou au droit constitutionnel matériel. Aucune approche

3 Nous avons analysé la portée de l'article 93 de la CE dans diverses études: A. Mangas Martín, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, 2ème ed.; "La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario europeo" (Commentaire de l'arrêt du TC 28/1991), dans *Revista de Instituciones Europeas* 1991-2, pages 587-623; "Los Tratados internacionales (artículos 93 à 96 de la CE)", dans *Revista de Derecho Político* 1992, n° 36, p. 419-437; "La Declaración del TC sobre el art. 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente", *Revista Española de Derecho Internacional* 1992-2, pages 381-393.

sérieuse ne peut admettre qu'un traité international puisse porter atteinte à la souveraineté d'un Etat.

Au coeur des relations pacifiques et respectueuses entre le droit constitutionnel de tout Etat membre et les Traités constitutifs d'un processus d'intégration politique se trouve le fait que les Etats acceptent volontairement ce processus et réglementent dans leur Constitution l'attribution de l'exercice de certains droits de souveraineté.

La Constitution espagnole a prévu cette possibilité à l'article 93: dans les Traités une partie des pouvoirs de l'Etat est attribuée aux institutions communautaires; l'exercice de ces pouvoirs se fait conformément aux procédures et aux effets prévus dans les traités.

Nous ne pouvons pas sérieusement parler de conflit avec la constitution. Il convient de ne pas oublier que la Constitution a prévu l'attribution de l'exercice de compétences qui, jusqu'en 1986, appartenaient à des institutions internes et qui, depuis lors, sont exercées par les institutions communautaires dans les conditions prévues par les Traités (pas par la Constitution espagnole). Pour comprendre la coexistence harmonieuse entre la Constitution espagnole et le Droit Communautaire, il est important de se souvenir que c'est la *Constitution espagnole elle-même (art. 93) qui permet au Droit Communautaire originaire et dérivé de déployer pleinement ses principes et l'ensemble de ses effets; c'est par la volonté propre de la Constitution que se produit une substitution des dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires par les dispositions des Traités et des actes communautaires.*

Les Traités constitutifs en vigueur avant la réforme de Maastricht n'ont donc porté (ni même après la réforme de Maastricht) aucune atteinte à la souveraineté espagnole. Leurs exigences ont été acceptées par les institutions représentatives du peuple espagnol (*Cortes Generales* et Gouvernement) et ce "sacrifice" est prévu par la Constitution elle-même.

En définitive, les Traités communautaires ont eu des effets importants sur les pouvoirs de l'Etat, mais ils n'ont pas porté atteinte à la souveraineté de l'Espagne ni à son droit matériel (par exemple, la "constitution économique").

I.1.b. Effets sur l'organisation interne de l'Etat

Lorsque l'Espagne consent à s'obliger par un traité, elle le fait dans le strict respect de son ordre constitutionnel, dont le système des Communautés Autonomes constitue la pierre angulaire. Qui plus est, il y a un conditionnement mutuel entre la constitutionnalité de l'attribution de compétences des Communautés Autonomes ("compétences dérivées de la Constitution") aux Communautés Européennes et la participation des Communautés Autonomes à l'application du Droit Communautaire et, en général, à l'intégration européenne. L'article 93 de la Constitution, qui est le fondement juridico-constitutionnel ayant

prévu l'attribution de compétences, a quelques limites en tant que *lex specialis*, par exemple, le droit à l'autonomie des nationalités et des régions.

Mais ce ne sont pas les Traités communautaires qui portent atteinte au partage des compétences interne. Les Traités ne réglementent pas et ne conditionnent pas non plus la formation de la volonté de l'Etat; la position nationale prend forme de façon interne et l'exécution de la norme communautaire se fait également conformément au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale.

En Espagne, il y a eu un grand débat doctrinal et des conflits abondants devant le Tribunal Constitutionnel en ce qui concerne la participation des Communautés Autonomes (ci-après, CA) à la formation et à l'application du Droit Communautaire en raison d'une interprétation rigide et incohérente de la Constitution par le Gouvernement (plus précisément par certains Avocats de l'Etat) comme par le Tribunal Constitutionnel *jusqu'en 1991*.

Les principales questions controversées, relativement à l'application du Droit Communautaire par les CA étaient celles concernant la portée des notions d'application ou d'exécution, de la compétence de l'Etat en matière d'aménagement général de l'économie et de la législation fondamentale de l'Etat, du contrôle du respect des traités, de la responsabilité internationale de l'Etat et de la confusion entre ce qui est étranger et ce qui a un caractère communautaire.

Cette attitude peu compréhensive avec la structure autonome de l'Etat espagnol n'a été en aucune façon causée par le Droit Communautaire; mais il est certain que l'intransigeance du gouvernement et du Tribunal Constitutionnel, jusqu'en 1991, a provoqué certains doutes et certaines réticences quant aux effets de l'adhésion de l'Espagne aux Communautés Européennes: l'exercice de compétences internes (de l'Etat, des Communautés Autonomes, etc) n'aurait pas uniquement été attribué aux institutions communautaires, comme l'autorise l'article 93 de la Constitution, *mais aussi aux institutions centrales de l'Etat*, effet que n'admet pas l'article 93 de la Constitution et qui n'est pas non plus l'effet recherché. Mais l'atteinte n'a pas été portée directement par le Droit Communautaire.

Il est vrai que, dans les premières années, la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel n'a pas contribué à cette pacification, mais elle a plutôt contribué à exacerber le harcèlement avec sa conception globalisante des relations internationales, et en ne réussissant pas à faire la différence entre l'adoption de modalités d'application réglementaire et l'exécution, entre l'application et la responsabilité internationale et enfin entre ce qui a un caractère communautaire et ce qui est étranger.

On sait que les normes communautaires sont liées avec ce qui traditionnellement et jusqu'en 1986 était dans une bonne mesure, le commerce extérieur ou le régime douanier et tarifaire, ou la planification de l'activité économique (n° 10 à 16 de l'article 149.1 de la CE) qui contamineraient toute compétence véritablement autonome en lui donnant le caractère d'"étrangère" et

la transformerait automatiquement en compétence de l'Etat, en quelque chose d'intouchable pour les CA.

Le Tribunal Constitutionnel a commencé à voir la lumière à partir de 1991, après les critiques sensées de la doctrine et le profond souci régnant dans les CA en raison du dépouillement de compétences auquel aboutissait cette jurisprudence, et il a pris un tournant important qui a contribué à la pacification de ces domaines.

Les CA se limiteraient à la simple application administrative uniquement dans le cas où la norme communautaire aurait trait à une matière pour laquelle, aux termes du Statut d'autonomie, la Communauté Autonome n'aurait qu'une simple fonction d'exécution. Mais si dans la matière faisant l'objet d'une réglementation par un traité ou par le droit dérivé, lui appartiennent des fonctions législatives (ou réglementaires), la Communauté Autonome pourra adopter des actes de réglementation (législatifs ou réglementaires) portant application de la norme communautaire. Par conséquent, nous pensons que le terme "exécution" peut comprendre l'adoption de modalités d'application législative et réglementaire si la compétence autonome en raison de la matière est exclusive, à condition qu'à son tour la norme communautaire n'ait pas absorbé la compétence autonome normative.

C'est à la lumière de l'évolution radicale qui s'est produite dans la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel après l'arrêt 76/1991 sur les graines et les plantes de pépinière importées de pays tiers, qu'il faut comprendre son affirmation selon laquelle "les obligations communautaires ne modifient pas le partage interne des compétences"⁴ et que, peu après, dans l'arrêt 115/1991 relatif aux "graines et plantes de pépinières" en provenance de l'environnement communautaire, elle en arrive à considérer sans importance que la norme à mettre en application soit de Droit Communautaire, puisque "l'exécution suit les critères constitutionnels et statutaires de partage entre l'Etat et les CA".⁵ D'après une décision postérieure, ces critères "ne sont modifiés ni par l'entrée de l'Espagne dans la CEE, ni par la promulgation de normes communautaires; la cession de l'exercice de compétences à des organismes communautaires n'implique pas que les autorités nationales ne soient plus soumises, en tant que pouvoirs publics, à la Constitution et au reste de l'ordre juridique".⁶

Encore plus explicite et éclairante sur sa nouvelle conception des "relations internationales" et leurs conséquences sur la compétence en matière de développement et d'exécution du Droit Communautaire est son affirmation figurant dans l'arrêt 79/1992: "l'Etat ne peut pas par principe s'abriter derrière sa compétence exclusive en matière de relations internationales (art. 149.1.3°) pour étendre le

4 TC, arrêt 76/1991, du 11 avril (*semillas y plantas de vivero importadas de países terceros*), BOE 14.5.1991, motif de droit 3.

5 TC, arrêt 115/1992, du 23 mai, (*semillas y plantas de vivero - no importadas -*), BOE du 19.6.1991, motif de droit 1.

6 TC, arrêt 236/1991, du 12 décembre, (*control metrológico*), BOE du 15.1.1992.

domaine de ses compétences à toute activité constituant l'adoption de modalités d'application, l'exécution ou l'application de la Constitution et des Traités internationaux et, en particulier, du droit dérivé européen. Si c'était le cas, compte tenu de l'élargissement progressif de la sphère matérielle d'intervention de la Communauté Européenne, le domaine de compétences que la Constitution et les statuts attribuent aux Communautés Autonomes devrait se vider considérablement".⁷

En outre, même s'il paraît évident de le rappeler, l'intégration de l'Espagne, de tout Etat, dans les Communautés Européennes a pour effet permanent d'attribuer des compétences dérivées de la Constitution aux institutions communautaires entraînant ainsi la dépossession des pouvoirs centraux (*Cortes*, Gouvernement) ou des pouvoirs autonomes (législatifs ou exécutifs). Il faudra donc examiner dans chaque cas, à la vue de ce qui est réglementé par la norme communautaire, quelles sont les institutions internes qui sont privées de compétence. Ce que l'on ne peut pas soutenir c'est que l'adhésion de l'Espagne aux Communautés Européennes n'a en aucun cas dépossédé de certaines compétences les pouvoirs centraux relativement au partage des compétences entre l'Etat et les CA.

Il existe donc des normes communautaires qui ont eu pour effet d'absorber ce qui était une compétence de l'Etat (aménagement général, les bases, etc.). Les normes communautaires peuvent selon les cas empêcher ou réduire la portée et l'intensité de l'adoption de mesures législatives et réglementaires, l'Administration centrale et l'Administration autonome se limitant à en surveiller simplement le respect.

C'est pourquoi, lorsque la compétence législative et réglementaire des CA doit tenir compte, en vertu de la Constitution ou du Statut d'autonomie, de la législation fondamentale ou de l'aménagement général de l'Etat, nous estimons que ces principes ou fondements peuvent être remplacés par le contenu de la norme communautaire. L'attribution ne serait pas faite aux CA, mais en fait le bénéficiaire en serait la Communauté Européenne par l'effet de l'article 93 de la Constitution espagnole. En définitive, nous estimons qu'il n'est pas possible d'admettre les lois étatiques "de réception" dans le système espagnol.

Le fait que le Traité ou la norme communautaire soit en vigueur ne peut enlever, dans les matières réglementées par le Traité ou par les normes communautaires, la compétence qui peut appartenir aux CA. En définitive, le partage interne des compétences entre les institutions centrales de l'Etat et les CA ne peut se voir modifié lorsqu'il faut appliquer les normes communautaires et cette application ne se limite pas nécessairement au simple respect et à la simple surveillance de son accomplissement.

7 TC, arrêt 79/1992, du 28 mai, (*diversas órdenes ministeriales sobre ganado vacuno*), BOE du 16.6.1992.

En conséquence, les CA peuvent adopter des mesures législatives et réglementaires portant application du Droit Communautaire, si la matière nécessitant des mesures d'application relève de leur compétence en vertu de leur statut d'autonomie respectif.

Ainsi donc, les Communautés Autonomes espagnoles ont un droit propre de participer à la formation de la position nationale à travers des mécanismes internes de collaboration entre le gouvernement et les CA, position nationale qui sera plus tard défendue par le Gouvernement devant les institutions communautaires. Elle ont également un droit propre à adopter des mesures d'application et à exécuter les normes communautaires pouvant concerner les compétences assumées par chaque Communauté Autonome dans son statut particulier.

En définitive, les Traités n'ont pas non plus porté atteinte à l'organisation interne de l'Etat.

I.2. Les solutions des conflits entre le droit constitutionnel espagnol et le droit européen

I.2.a. Les solutions apportées par le pouvoir constituant espagnol

Bien que nous l'ayons déjà indiqué, il est intéressant de rappeler que les Traités constitutifs comme les actes des institutions communautaires jouissent de la primauté par rapport aux normes internes à la lumière de la Constitution espagnole (article 96.1 cité plus haut). Il est certain que la primauté du Droit Communautaire comme celle du Droit international est fondée sur leur nature propre, et d'autre part, l'engagement au respect figure explicitement dans les Traités (articles 5 TCE, 86 TCECA et 192 EURATOM). Cependant, il est possible de renforcer la primauté des normes communautaires (originaires et dérivées) dans les dispositions constitutionnelles (articles 93 et 96 de la CE).

La Constitution espagnole affirme de façon indirecte, mais sans équivoque, que les Traités ont la primauté en cas de conflit avec les normes internes au dernier alinéa de l'article 96.1: "Leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues que sous la forme prévue dans les Traités eux-mêmes ou conformément aux normes générales du droit international".

Un traité ou une norme dérivée ne peuvent donc pas être modifiés, abrogés ou suspendus de façon unilatérale, par exemple par une loi des *Cortes* ou par une loi autonome, ou par un décret-loi, mais elle peut l'être par la volonté concertée des Etats parties à ce traité: la force de résistance du traité face à la loi est la garantie de la primauté du traité sur les lois antérieures ou postérieures contraires. Par conséquent, les lois internes demeureront inappliquées en cas de contradiction avec un traité en vigueur pour l'Espagne.

A la différence d'autres Etats membres, en Espagne, le Droit Communautaire n'a pas eu d'influence sur les rapports entre le droit international et le droit

interne; son application par les particuliers et par les organes administratifs et judiciaires a été facilitée parce que notre système constitutionnel, suivant la tradition légale, doctrinale et jurisprudentielle, est un système moniste ou d'unité des ordres juridiques, et il intègre tout traité comme source directe de droit, tel qu'il est, conservant sa nature juridico-internationale et ses effets juridiques propres: tout Traité international jouit de la primauté sur la loi (de l'Etat ou de la Communauté Autonome) et est susceptible d'application directe.⁸

Bien que cela soit évident, il faut indiquer que la primauté et l'application directe des Traités internationaux conclus par l'Espagne se réfèrent à l'ensemble de la législation espagnole, provenant de l'Etat comme des Communautés Autonomes. En effet, dans la majorité des statuts d'autonomie, l'application du droit émanant de la Communauté Autonome dans les matières relevant de sa compétence exclusive, "par préférence à tout autre" est expressément ou tacitement prévue. Cette prééminence de certaines normes des Communautés Autonomes se comprend dans le rapport existant entre le droit de l'Etat et le droit des Communautés Autonomes en la matière dans le cadre de la répartition des compétences entre l'Etat et les Communautés Autonomes, mais le droit autonome ne peut prévaloir en cas de conflit sur les Traités internationaux (et par conséquent sur les actes des organisations internationales) de même qu'il ne peut prévaloir sur la Constitution qui prévoit cette primauté du traité à laquelle est soumise toute notre législation.

La Constitution espagnole, de même que beaucoup d'autres constitutions, ne régit pas le traitement des actes des organisations internationales, c'est pourquoi le régime d'intégration et de primauté des Traités s'appliquent par analogie, étant donné que la formation et les effets des actes du droit dérivé sont réglementés par le traité constitutif. Les Traités internationaux et le droit en

8 Le Tribunal Suprême, avant la Constitution de 1978, avait indiqué que "les engagements internationaux dérivés d'un instrument expressément convenu, qu'il s'appelle traité, protocole ou autre, ont la primauté en cas de conflit ou de contradiction avec les sources du droit interne qui pourraient être différentes de ce qui a été stipulé" (arrêt du 27 février 1970, *Aranzadi*, 1970, n. 658) et le même tribunal dans un arrêt postérieur, reprenant le paragraphe indiqué, ajoute: "doit prévaloir en cas de désaccord (...) l'application de ce qui a été établi dans la Convention" (arrêt du 17 juin 1971, *Aranzadi*, 1971, n. 3191).

Après la promulgation de la constitution, le Tribunal Suprême a maintenu sa jurisprudence sur l'intégration des Traités internationaux dans l'ordre juridique interne et leur rang hiérarchique supérieur: en présence d'un affrontement entre une convention et une loi postérieure, il a affirmé que "la Convention, étant devenue partie de l'ordre juridique espagnol, est pleinement en vigueur dans notre pays, sans qu'elle puisse être interprétée comme étant abrogée par le statut des travailleurs dont la publication lui est postérieure, car la Constitution espagnole garantissant le principe de légalité et de hiérarchie des normes (art. 9.3), la convention précitée doit primer" (arrêt du 22.5.1989, *Aranzadi*, n. 3877). Le Tribunal Constitutionnel a également reconnu la supériorité hiérarchique des Traités sur la loi dans plusieurs affaires. Dans l'arrêt 28/1991, du 14 février, le Tribunal Constitutionnel a insisté sur le fait que l'article 96.1 de la CE habilite les juges et les tribunaux espagnols, en cas d'affrontement entre un traité et une loi (antérieure ou postérieure), à choisir le traité comme règle applicable au litige. (motif de droit 5)

découlant peuvent créer en Espagne, par eux-mêmes, des droits et des obligations pouvant être directement exigés par les particuliers et invoqués devant les organes judiciaires et administratifs (dispositions à effet direct).

Pour conclure, les Traités communautaires en Espagne font partie de l'ordre interne en tant que tels (réception automatique), en ce sens que ni l'éventuelle autorisation des *Cortes*, ni la publication de ces Traités au BOE ne les transforment en normes internes. Par conséquent, en Espagne, les normes internes demeurent inappliquées en cas de contradiction avec un traité communautaire (ou avec n'importe quel traité) ou avec un acte découlant de ces traités.

Maintenant, la primauté et l'efficacité du Droit Communautaire en Espagne ne disposent pas seulement de l'appui constitutionnel général que trouve n'importe quel Traité international en Espagne (l'article 96 CE), mais elles sont spécifiquement renforcées par l'article 93 de la Constitution grâce auquel le Droit Communautaire peut pleinement déployer ses caractéristiques particulières.

En effet, tout rapport entre le droit espagnol et le Droit Communautaire doit être envisagé du point de vue de l'article 93 CE, lequel autorise dans les domaines attribués aux institutions communautaires et réglementés dans les traités, les modifications nécessaires afin d'exclure la compétence et la norme nationales (dépossession corrélatrice des pouvoirs législatif, exécutif et des institutions juridictionnelles – y compris le Tribunal Constitutionnel –) dans chaque cas concret, et afin de les remplacer par la compétence et la norme communautaires.

Le conflit entre la Constitution et la norme de droit dérivé mérite une analyse séparée.

En effet, lorsque l'on parle de conflit théorique, ce sur quoi il faut réfléchir en premier lieu, est l'*origine* de la norme de droit dérivé, la légalité à laquelle elle doit se soumettre et s'il existe un organe juridictionnel de droit commun auquel a été attribué le monopole du contrôle de la légalité de ces actes.

En effet, les normes de droit dérivé sont des actes adoptés par les institutions communautaires en vertu des pouvoirs normatifs dont les Etats membres se sont défaits et des procédures réglementées par les Traités avec les effets et les systèmes de contrôle juridictionnel qui y sont convenus. En définitive, elles ont une autonomie propre, dans leur origine, dans leur formation, dans leurs effets et dans leur contrôle de légalité: cela est dû aux Traités et non à une Constitution particulière.

En vertu de la volonté expresse du constituant espagnol, le Droit Communautaire dérivé est accepté tel qu'il est, avec ses exigences propres quant à sa formation et aux effets prévus par les propres Traités que nous avons acceptés. C'est pourquoi, l'enquête sur sa validité par rapport à une norme de rang supérieur doit être effectuée par rapport aux Traités communautaires eux-mêmes: c'est à eux qu'elle doit son origine et c'est à eux qu'elle doit se conformer. Le

modèle de la légalité du droit dérivé est le droit originaire, c'est-à-dire les traités.⁹

Il faudra vérifier que l'acte communautaire a été adopté dans le cadre des compétences communautaires et dans le respect des principes, des objectifs et des procédures d'adoption convenues par les Etats membres dans les traités. Il faudra également tenir compte du fait que l'Espagne, comme tous les Etats membres, outre la cession de certains pouvoirs normatifs appartenant aux *Cortes* et au Gouvernement (en plus des CA), a cédé des pouvoirs appartenant aux organes juridictionnels espagnols. La compétence du Tribunal Constitutionnel espagnol pour contrôler la conformité des Traités internationaux (et implicitement du droit dérivé) a été modifiée en ce sens que le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé a été attribué à la Cour de Justice des Communautés Européennes et qu'il ne la possède donc plus. Le Tribunal Constitutionnel ne peut se situer au-dessus ou en marge de l'article 93 de la Constitution espagnole et il doit s'en tenir à l'existence d'une Cour de Justice communautaire qui, n'étant ni supérieure ni inférieure, est l'unique juge de la légalité communautaire conformément aux compétences que les Etats membres lui ont attribué (articles 164 à 188, en particulier articles 173, 177 et 184 TCE).

Puisque le canon ou le modèle de la légalité du droit dérivé est uniquement de Droit Communautaire et que la CJCE est le seul juge compétent pour juger de la validité du droit dérivé, l'article 93 de la Constitution empêche le Tribunal Constitutionnel de contrôler la constitutionnalité du droit dérivé communautaire. Un éventuel conflit entre le droit dérivé et la Constitution ne peut donc pas être résolu – ni ne l'a été jusqu'à maintenant – par le Tribunal Constitutionnel puisque cette compétence lui a été enlevée en vertu de l'article 93 de la Constitution et qu'elle a été attribuée à la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Cet ensemble d'arguments ne change pas dans l'hypothèse où est alléguée une violation par une norme de droit dérivé des droits fondamentaux protégés par la Constitution espagnole, bien que le facteur de respect mutuel soit le facteur déterminant (voir II.2.b))

En effet, généralement, dans le cas d'un quelconque conflit entre la Constitution et le droit dérivé, pour attaquer et contrôler la légalité de l'acte communautaire, plusieurs options offertes par le Droit Communautaire lui-même peuvent être suivies: si dans le cadre d'un litige, la légalité de l'acte communautaire est mise en doute devant le juge national, ce dernier peut analyser l'acte à la lumière du Droit Communautaire et confirmer la pleine validité de cet acte;¹⁰ mais si le juge du litige particulier observe des éléments d'invalidité à la

9 Pour la CJCE "la validité de tels actes ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire", arrêt du 17.12.1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70; 13.12.1979, *Hauer*, 44/79.

10 Cour de Justice des Communautés Européennes, arrêt du 22.10.87, Foto-Frost, 314/85: "les juridictions peuvent examiner la validité d'un acte communautaire et, si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité que les parties invoquent devant elles, rejeter ces moyens en

lumière du Droit Communautaire, il n'est pas habilité à déclarer cette invalidité et il devra poser une question préjudicielle devant le CJCE (art. 177 TCE). Ce que le juge national ne doit pas faire c'est poser une question de constitutionnalité au TC, puisque la Constitution n'est pas le modèle ou le canon juridique du droit dérivé – bien que nous ayons déjà indiqué qu'elle n'est pas étrangère au Droit Communautaire – et, en outre, l'arrêt interne n'aurait d'effets qu'en Espagne, et se produirait alors une atteinte très grave à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire. Si la Cour de Justice des Communautés Européennes estime que l'acte communautaire est contraire aux traités, cette déclaration a un effet *erga omnes* dans tous les Etats membres; l'acte communautaire, dont la légalité est mise en doute, peut être attaqué directement devant la juridiction communautaire: les particuliers, habilités en vertu de l'article 173 TCE pourront introduire un recours en nullité devant le TPI; les institutions et les Etats membres pourront également introduire ce recours devant la CJCE dans les conditions prévues par l'article 173 TCE.

Il ne faut pas non plus oublier que les principales institutions de décision des Communautés Européennes (le Conseil et le Parlement Européen) sont respectivement constituées par des membres des gouvernements des Etats et par des parlementaires directement élus par les peuples des Etats membres: nos gouvernements et les députés qui nous représentent ne doivent pas contribuer à adopter des actes contraires aux Traités, et s'ils étaient adoptés par le jeu des majorités, il reviendrait au Gouvernement espagnol de veiller au respect de la légalité en introduisant le recours en nullité sus-mentionné devant la CJCE.

I.2.b. Les solutions apportées par le législateur espagnol

Que les conflits entre la Constitution et les Traités internationaux soient résolus par une loi constituerait une atteinte au régime constitutionnel. C'est pourquoi, le législateur espagnol n'a pas réglementé la solution à un éventuel conflit, puisque la Constitution espagnole fournit le critère de solution. Il a déjà été indiqué que parfois le législateur espagnol, même dans des codes de grande tradition, subordonne expressément ses normes à ce qui a été établi par un traité international auquel l'Espagne est partie.

Or, une chose est que le législateur ordinaire espagnol ne soit pas compétent pour apporter des normes de solution pour régler les conflits entre la Constitution

concluant que l'acte est pleinement valide"; en revanche, "elles n'ont pas le pouvoir de déclarer invalides les actes des institutions communautaires. (...) Cette exigence d'uniformité est particulièrement impérieuse, lorsque la validité d'un acte communautaire est en cause. Des divergences entre les juridictions des Etats membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique. (...) La cohérence du système exige que le pouvoir de constater l'invalidité du même acte, si elle est soulevée devant une juridiction nationale, soit réservé à la Cour", le contrôle de la légalité (articles 173, 184 et 177) est ainsi exclusivement confié à la Cour.

et le droit européen, auquel il doit se soumettre, c'est une autre chose qu'il se soumette effectivement au Droit Communautaire et le respecte. Qu'il s'agisse de certaines lois de finances ou de lois transposant des directives et autres actes, le législateur espagnol n'a pas toujours été respectueux des obligations européennes que les *Cortes Generales* (le parlement espagnol) elles-mêmes ont acceptées.

1.2.c. Les solutions apportées par le juge espagnol

Après dix ans d'application du Droit Communautaire en Espagne, il existe déjà une abondante jurisprudence en la matière, ce qui est révélateur de l'importance pratique de l'ordre juridique communautaire et de la perméabilité de nos juges et de nos tribunaux aux particularités innovatrices et aux exigences de ce droit. Nous observons de la part de tous les juges et tribunaux de rangs inférieur et supérieur (et des juridictions aussi diverses que peuvent l'être la juridiction ordinaire, le Tribunal de défense de la concurrence et le Tribunal économique-administratif) une compréhension du phénomène juridique de l'intégration, révélatrice du respect porté par la juridiction à la volonté populaire exprimée dans la constitution. Bien que cela soit paradoxal, ce respect n'est pas aussi évident en ce qui concerne le Tribunal Constitutionnel espagnol qui s'est replié, pour certains problèmes, sur une position peu respectueuse de la volonté et du texte constitutionnel.

Ainsi un arrêt hâtif du Tribunal Suprême (du 28 avril 1987, *Aranzadi*, n° 4499) attribue au Droit Communautaire "efficacité directe et caractère de prééminence en vertu de la cession partielle de souveraineté que suppose l'adhésion de l'Espagne à la Communauté, autorisée par la loi organique 10/1985, du 2 août, en application de l'article 93 de notre Constitution, fait sur mesure pour cette circonstance". Dans le même sens, un arrêt du 18 février 1988, du Tribunal Supérieur d'Extremadura souligne la primauté du Droit Communautaire sur le droit constitutionnel interne.

Il a parfois été commis des erreurs gravissimes résultant d'une ignorance crasse du système juridique espagnol et du système communautaire: dans l'arrêt du 21 décembre 1988 (chambre pénale ou 2ème chambre, *Aranzadi*, n° 9680) le Tribunal Suprême nie tout efficacité directe aux articles 9.1 et 12 du TCE, ignorant par là les fondements essentiels du Droit Communautaire et la jurisprudence élémentaire *Van Gend en Loos* de 1962. Il définit le Droit Communautaire comme un ensemble de normes de programmation, à caractère d'orientation et simplement inter-étatiques. Il méconnaît le système des sources du TCE (article 189) et une erreur d'anthologie de la sottise situe le système des sources dans l'article 100 TCE, estimant que le Droit Communautaire ne dispose que de l'article 100 comme seul instrument normatif.

Laissant de côté cet affront honteux, d'autres chambres du Tribunal Suprême (en général, celles du contentieux-administratif) ont très correctement appliqué les normes communautaires. Ainsi le Tribunal Suprême se référant à un règle-

ment communautaire, l'a défini "comme principale manifestation du pouvoir législatif communautaire" et a reconnu ses effets immédiats, simultanément et uniformément dans tous les Etats membres (arrêt du 17 avril 1989).

Bien que plusieurs autres arrêts ayant cet aspect favorable à la primauté et à l'efficacité directe du Droit Communautaire pourraient être cités, le Tribunal Suprême a reconnu de nouveau dans l'arrêt du 24 avril 1990 (3ème chambre, *Aranzadi* n° 2747), en se référant aux actes des institutions que "les normes [internes] antérieures contraires au Droit Communautaire devront être considérées comme abrogées et les normes postérieures contraires devront être réputées inconstitutionnelles pour incompétence – articles 93 et 96, et 1 de la Constitution espagnole –, mais il ne pourra pas être exigé que le juge ordinaire pose une question d'inconstitutionnalité (article 163 de la Constitution espagnole) pour que la norme étatique demeure inappliquée, car il est lié par la jurisprudence de la Cour de Justice qui a établi le principe *pro comunitate*".

Nous observons également une attitude de coopération des juges espagnols dans l'application du Droit Communautaire par la soumission de questions préjudicielles fondées sur l'article 177 TCE. Deux mois à peine après l'adhésion (1er janvier 1986), en mars 1986, arrivait devant la CJCE la première question préjudicielle posée par le Tribunal Central du Travail. Il est certain qu'il a fallu un certain temps au Tribunal Suprême pour accepter l'idée de poser des questions préjudicielles, mais après avoir surmonté les réticences initiales, il a posé des questions ou a utilisé la jurisprudence *CILFIT*, de sorte qu'il a assuré le respect des obligations suprêmes de l'Espagne. Beaucoup d'autres Tribunaux Supérieurs des Communautés Autonomes ont posé des questions préjudicielles (Catalogne, Canaries, Communauté de Valence, Andalousie, etc.)

Il se produit parfois certaines contradictions au sein de la jurisprudence d'un même tribunal, certains arrêts du Tribunal Suprême ont estimé que la mise en cause des lois ne relevait pas de sa compétence et qu'il ne pourrait pas non plus déclarer ces lois inapplicables en cas de contradiction avec des normes communautaires (arrêts des 23, 26, 28, 29 et 30 novembre 1990, 3ème chambre), et que la compétence appartient au Tribunal Constitutionnel (qui l'a clairement refusée). Cela semble cependant être une tendance déjà dépassée.

A titre d'exemple, nous pourrions citer un autre arrêt du Tribunal Suprême du 6 juillet 1993 (3ème chambre du contentieux administratif), dans lequel il reconnaît qu'un décret royal pris en application d'une disposition des Traités pourrait modifier une loi antérieure, même si ce n'était pas le décret royal qui provoquait la modification, mais la réglementation communautaire si elle est contraire aux prévisions de la loi nationale, "puisque l'on sait que dans un conflit de normes à ce niveau supra-national, est sous-jacente la subétaticité qui dépossède l'Etat membre de certaines attributions".

Le Tribunal Constitutionnel s'est pour sa part, dans l'arrêt n° 28 du 14 février 1991, également référé à l'éventuelle contradiction entre une norme communautaire et la loi interne postérieure, et a confirmé le pouvoir appartenant

aux juges ou aux tribunaux espagnols de ne pas appliquer le cas échéant les dispositions légales contraires au droit communautaire. Bien qu'il y ait eu avant 1991 un arrêt de moindre importance, l'arrêt 28/1991 du Tribunal Constitutionnel s'est prononcé sur l'éventuelle contradiction entre une norme communautaire et la loi interne postérieure, et a confirmé la jurisprudence *Costa c. ENEL* et *Simmenthal* relative au pouvoir des juges et des tribunaux de ne pas appliquer le cas échéant les dispositions légales contraires au Droit Communautaire.¹¹ C'est la partie la plus correcte de cet arrêt.

Dans cette affaire et dans une autre affaire postérieure (arrêt n° 64 du 22 mars 1991), le Tribunal Constitutionnel s'est déclaré incompétent pour contrôler la conformité de l'activité des pouvoirs publics nationaux au Droit Communautaire. Il considère qu'il appartient aux juges et aux tribunaux ordinaires et à la Cour de Justice des Communautés Européennes de procéder à ce contrôle. Il a ainsi affirmé "que la mission consistant à garantir l'application correcte du Droit Communautaire européen par les pouvoirs publics nationaux est donc une question à caractère infra-constitutionnel, et par conséquent exclue du domaine de la procédure de protection constitutionnelle comme des autres procédures constitutionnelles".¹²

Cependant, il est possible d'utiliser le recours en protection constitutionnelle et les autres moyens de défense constitutionnelle à l'égard des actes internes d'application du Droit Communautaire lorsqu'on estime qu'il y a violation des droits fondamentaux et des libertés énoncées dans la Constitution.

L'arrêt sus-mentionné du 14 février 1991 affirme de façon surabondante et erronée au sujet du rang ou du caractère infra-constitutionnel des normes communautaires en droit espagnol que: "(...) l'éventuelle infraction à la législation communautaire par des lois ou des normes postérieures de l'Etat ou des Communautés Autonomes ne transforme pas en litige constitutionnel ce qui n'est qu'un conflit entre normes infra-constitutionnelles devant être résolu dans le domaine de la juridiction ordinaire" (motif de droit 5, c'est nous qui soulignons)

Nous avons profondément critiqué cette affirmation¹³ et grâce aux critiques de la doctrine espagnole, cette erreur a été peu à peu corrigée et en bonne partie rectifiée après l'arrêt 180/1993 du 31 mai (affaire *FOGASA*) lorsqu'a été apportée la nuance, selon laquelle la norme communautaire est non constitutionnelle (par rapport à sa qualification précédente de norme infra-constitutionnelle).¹⁴

Il est certain, comme nous l'avons indiqué aux paragraphes précédents, que le rang du droit international (coutumier, conventionnel et institutionnel) est

11 Arrêt du TC, 28/1991, du 14 février, (BOE du 15.3.1991).

12 Arrêt du TC, 64/1991, du 22 mars, (BOE du 24.4.1991).

13 Dans notre étude "La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario europeo" (Commentaire de l'arrêt du TC 28/1991), dans la Revista de Instituciones Europeas 1991-2, pages 618 et suivantes.

14 Arrêt du TC, 180/1993, du 31 mai, F.J. 3 (BOE du 5.7.1993).

supérieur à la loi et inférieur à la constitution. Or, l'article 93 de la CE n'établit pas seulement la procédure d'autorisation des Traités d'adhésion, mais il gouverne de *façon continue* l'intégration de l'Espagne aux Communautés et donc les rapports entre le droit espagnol (y compris la constitution) et le droit communautaire. La primauté du Droit Communautaire sur le droit interne est absolue comme l'a récemment reconnu de nouveau la Cour de Justice des Communautés Européennes: primauté de toutes ses normes (originaires et dérivées) par rapport à toute norme interne, y compris constitutionnelle.

Jusqu'à maintenant cet conflit éventuel entre norme communautaire et loi postérieure n'a pas donné lieu à la soumission d'une question d'inconstitutionnalité, mais il a donné lieu à un recours comme celui susmentionné du Parlement basque contre la Loi électorale espagnole empêchant le cumul des mandats parlementaires. Dans le cadre de ce litige, il a été demandé au Tribunal Constitutionnel de déclarer le caractère inconstitutionnel d'une loi (dans d'autres litiges, le défaut de protection judiciaire effective à propos de la directive relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur), une norme de Droit Communautaire antérieure à une loi interne incompatible ne s'appliquant pas.

Il est possible que dans certains cas, particulièrement dans celui de lois ou de dispositions d'une loi dont le champ d'application ne concerne que des questions communautaires, la loi n'ait pas respecté l'article 96 de la CE, disposition qui interdit spécialement aux Cortes d'adopter des lois contraires aux Traités valablement conclus par l'Espagne, et l'article 93 qui permet et protège l'attribution de compétences internes aux institutions communautaires et empêche qu'elles soient récupérées de façon unilatérale.

La contradiction entre la loi interne postérieure et la Constitution n'est pas, et n'est pas en général, matérielle; or, il y a eu violation du partage des compétences et du principe de cohérence gouvernant l'action interne et externe de l'Etat espagnol. Il est évident que dans *certain*s cas de contradiction frontale provenant d'une norme interne, dont l'adoption a été provoquée par la norme communautaire, et dont le champ d'application est limité aux domaines communautaires, la Constitution a été violée (articles 93 et 96 CE) et que, si ces dispositions font partie de la Constitution – comme c'est évident –, le Tribunal Constitutionnel devra en être le gardien, spécialement dans certaines circonstances très spéciales pour éviter "le calvaire" de la prolifération de procédures judiciaires destinées à demander l'inapplication d'une loi contraire au droit communautaire.

L'article 96 CE contient une injonction claire et précise: les dispositions d'un traité (et, par analogie, du droit dérivé) ne peuvent être modifiées qu'en la forme établie par le traité; une injonction qui s'adresse en premier lieu à tous les organes ayant un pouvoir normatif en exigeant d'eux une cohérence juridique avec les obligations internationales de l'Espagne; les Cortes, le Gouvernement, les Communautés Autonomes, etc. violeraient la Constitution s'ils adoptaient des

normes contraires aux Traités auxquels l'Espagne est partie. En second lieu, l'injonction s'adresse aux organes de contrôle juridictionnel, Tribunal Constitutionnel et organes judiciaires, pour que le cas échéant, ils contrôlent et sanctionnent les actions des pouvoirs publics qui ne se soumettent pas à la Constitution.

En la matière, la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel n'est qu'en partie respectueuse des exigences du Droit Communautaire. Dans de nombreux arrêts, le Tribunal Constitutionnel s'est déclaré incompétent pour contrôler la conformité de l'activité des pouvoirs publics nationaux au Droit Communautaire, qu'il s'agisse d'examiner si la loi était contraire à la Constitution en raison de la violation du Droit Communautaire, ou de fournir sa protection face à un arrêt n'ayant pas tenu compte de la jurisprudence de la CJCE ou encore si une question préjudicielle n'avait pas été posée.

Il est évident que, bien que soit alléguée une violation des articles 93 et 96 de la CE, pour parvenir à cette conclusion, le TC devrait confronter la loi ou l'action judiciaire au Droit Communautaire, mais c'est alors que surgit le grand empêchement pour le TC: ce haut Tribunal ne considère pas être le gardien ni l'interprète du Droit Communautaire; sa compétence se limite au contrôle de la conformité à la Constitution. Le TC considère cependant que ce contrôle appartient aux juges et tribunaux ordinaires, et à la Cour de Justice des CE. Il a ainsi affirmé: "que la mission de garantir la correcte application du Droit Communautaire européen par les pouvoirs publics nationaux est donc une question (...) non constitutionnelle (...) et par conséquent exclue du champ d'application de la procédure de protection constitutionnelle comme des autres procédures constitutionnelles". Cela confirme donc que contre une loi ou un arrêt qui contrevient au Droit Communautaire, il n'est pas possible de recourir aux voies de contrôle de la constitutionnalité.

Ces deux dernières argumentations ne sont que relativement correctes: le contrôle diffus de la conformité de la loi au Droit Communautaire par le juge du litige particulier est une compétence reconnue par le Droit Communautaire et exigée pour garantir le plein effet de la norme communautaire. Et c'est la solution la plus pratique et la plus immédiate dans les cas particuliers. Parce que la norme communautaire à effet direct est la même pour tous, – effet objectif –, non seulement le juge dans le cadre du litige, mais aussi l'organe administratif et les particuliers doivent choisir la norme communautaire si c'est celle qui est applicable au rapport particulier, et ils doivent exclure sans plus l'application de la loi nationale, sans avoir à attendre que la disposition contradictoire soit abrogée ou modifiée ou déclarée inconstitutionnelle, conformément à la jurisprudence communautaire, par exemple *Defrenne*, *Costanzo* et *Simmenthal*.

D'autre part, les arguments utilisés par le Tribunal Constitutionnel espagnol ne sont pas les plus appropriés, puisque des raisons analogues pourraient être avancées par le Tribunal Suprême (il n'a pas compétence en matière de contrôle

de la loi par rapport au Droit Communautaire fondée sur la Constitution) et par l'ensemble des juridictions ordinaires.

Les conséquences pratiques de cette doctrine jurisprudentielle du Tribunal Constitutionnel sont les suivantes:

En premier lieu, lorsqu'est en vigueur une loi antérieure ou postérieure à la norme communautaire et qui lui est contraire, les juges peuvent ne pas l'appliquer, mais la loi sera toujours en vigueur et le TC ne la déclarera pas inconstitutionnelle puisqu'il estime qu'une loi contraire au Droit Communautaire n'implique pas de violation des articles 93 (attribution de compétences) et 96 de la CE (cette disposition établit que les Traités ne pourront pas être modifiés ou abrogés de façon unilatérale par l'Espagne).

Cela exigera des citoyens qu'ils engagent des procédures judiciaires pour obtenir, au cas par cas, avec un grave risque pour leur patrimoine et une mise à l'épreuve de leur patience, l'application uniforme du Droit Communautaire. En outre, cela exempte le pouvoir législatif de son obligation constitutionnelle de respecter les traités, le contrôle de l'action normative des *Cortes* étant refusé.

En second lieu, en se refusant à contrôler la conformité du pouvoir judiciaire par rapport aux obligations internationales expressément protégées par la constitution, "le droit au juge légal du Droit Communautaire" (interprétation et application uniforme par la CJCE) n'est pas garanti en Espagne. En général, les juges et les tribunaux espagnols appliquent le Droit Communautaire – en des termes comparables aux juges d'autres Etats membres – de façon correcte et acceptable, mais dans certains cas, ils ont montré de la réticence à poser une question préjudicielle (art. 177 TCE) et le Tribunal Constitutionnel s'est refusé à accorder sa protection lorsque plusieurs citoyens ont demandé l'annulation d'arrêts de l'organe judiciaire compétent en dernière instance parce qu'il avait refusé de poser une question préjudicielle à la CJCE.¹⁵ Bien que l'organe judiciaire de dernière instance conserve le droit de décider s'il est pertinent de poser une question préjudicielle, le Tribunal Constitutionnel s'est refusé à juger si, vu le cas, il était ou non pertinent de poser une question préjudicielle. Il s'est également refusé, même s'il y a une jurisprudence de la CJCE, à contrôler le point de savoir si l'organe judiciaire avait suivi ou non la doctrine de la CJCE.

Le Tribunal Constitutionnel devrait réfléchir à la vue des grands pas qui ont été faits en France (décision du Conseil d'Etat dans l'affaire Nicolo du 20.10.1989), en Italie par la *Corte Costituzionale* dans son arrêt du 10.11.1994 ou par la *House of Lords* au Royaume-Uni dans son arrêt du 3.3.1994, pour assurer une protection judiciaire effective des particuliers contraints d'intenter des dizaines ou des centaines de procès. Ce sont des tribunaux soucieux de la protection des droits des particuliers.

15 Dans les arrêts 111/1993, du 25 mars (BOE du 27.4.1993) et 180/1993 du 31 mai (BOE du 5.7.1993), il déclare que "(...) la décision de poser une question préjudicielle appartient exclusivement et irrévocablement à l'organe judiciaire (...)". (motif de droit 2).

La Chambre des Lords distingue entre l'obligation du juge du litige particulier de ne pas appliquer la loi du parlement (contrôle juridictionnel diffus, conformément à la jurisprudence *Simmenthal*) et la question d'importance publique qui se pose lorsqu'une loi du parlement britannique viole une norme de Droit Communautaire originaire ou dérivé causant de sérieux préjudices aux particuliers. Cela cesse alors d'être une simple question particulière résolue dans un litige particulier et par l'arrêt déclarant la non application. Dans de telles situations (par un recours qui *mutadis mutandis* équivaldrait au recours en inconstitutionnalité en Espagne), indépendamment de l'acte d'application au cas particulier, la *House of Lords* accepte de déclarer de façon abstraite et générale l'incompatibilité de la loi sur l'égalité des opportunités avec les directives relatives à l'égalité de traitement des travailleurs masculins et féminins; cette déclaration générale et abstraite d'incompatibilité a des effets *erga omnes*. Elle ne la déclare pas invalide, sinon inapplicable de façon générale, mais elle ne force pas, dans des cas particulièrement graves, les particuliers à devoir obtenir la protection de leurs droits à coup de procès judiciaires.

Comme l'a affirmé E. García de Enterría, cette opposition objective et fondée entre la loi et la norme communautaire présente plus de garanties que la simple inapplication de la loi et a "un salutaire effet purgatif ou dépuratif pour l'ordre juridique", préférable à la "contradiction tranchée par tout juge lorsqu'il doit appliquer cette loi et il n'appartient à aucun autre juge de l'appliquer"; à son avis, le système britannique est le plus sûr, il présente le plus de garanties¹⁶. La Chambre des Lords avait déjà fait preuve d'un respect exquis des obligations à charge de l'Etat britannique en posant – sans complexes – plusieurs questions préjudicielles.

L'exemple britannique, comme l'exemple français et l'exemple italien, de la déclaration générale et abstraite de l'incompatibilité d'une loi avec le Droit Communautaire dans des situations d'intérêt public devrait être pris en compte en Espagne pour assurer une véritable protection judiciaire effective.

En définitive, le TC espagnol se refuse à faire respecter les obligations communautaires des pouvoirs de l'Etat espagnol.

I. 2. d. Les solutions apportées par le juge communautaire

La CJCE n'a pas eu à juger des conflits concrets entre le droit constitutionnel et le droit européen. D'autre part, un rapport national n'est pas le lieu opportun pour aborder la jurisprudence de la CJCE sur les rapports entre le droit interne, y compris le droit constitutionnel, et le droit communautaire. La jurisprudence de

16 *García de Enterría, E.*: "Un pas capital en Droit constitutionnel britannique: le pouvoir des juges de mettre en cause dans l'abstrait et de façon générale les lois du parlement en raison de leur contradiction avec le Droit Communautaire (arrêt Equal Opportunities Commission de la Chambre des Lords du 3 mars 1994)", dans *Revista de Instituciones Europeas* 1994-3, page 741.

la CJCE a donné des solutions générales applicables à tous les Etats membres et la juridiction ordinaire espagnole l'a respectée: inapplicabilité (*Costa c. ENEL, Simmenthal, Ford España*), non opposabilité des structures internes (*Internationales Handelgesellschaft, Nold*), possibilité de mesures conservatoires (*Factortame*), responsabilité de l'Etat (*Francovich*), etc.

I.2.e. Les solutions apportées par le législateur communautaire ou le rédacteur des Traités ultérieurs

Les conflits entre le droit constitutionnel et le Droit Communautaire n'ont été réglémentés par aucune norme communautaire de droit dérivé ni par des modifications des traités.

I.3. Appréciation d'ensemble

Le bilan est dans l'ensemble positif. Il y a naturellement des lumières et des ombres. Les lumières, il faut les trouver dans l'"actif" constitué par la constitution, par notre tradition légale, doctrinale et jurisprudentielle, et par une application bonne et acceptable des juges et tribunaux espagnols (juridiction ordinaire).

Les ombres se trouvent dans le "passif" du Tribunal constitutionnel. La juridiction constitutionnelle a fait une interprétation critiquable de la constitution, méconnaissant parfois le sens même du texte constitutionnel. De toute façon, il faudra attendre qu'il évolue. Précisément en matière d'application du Droit Communautaire par les Communautés autonomes, il a pris un virage à 180 degrés, jusqu'en 1990 il leur a nié tout droit quant au développement et à l'application. En 1991, il est enfin sorti de son erreur. Il est possible qu'à l'avenir il comprenne que, bien que la contradiction entre loi et Droit Communautaire ne le rende pas compétent et que le conflit doive être tranché par le juge ordinaire, dans certaines circonstances, il aura à contrôler le point de savoir si les articles 93 et 96 de la Constitution ont été respectés (articles dont il ne veut pas être le garant) par les pouvoirs publics, en particulier s'agissant de lois constituant des violations généralisées des droits des particuliers et dans les cas où les juges ordinaires se refusent sans justification à recourir à la Cour de Justice des CE ("droit au juge légal").

II. Les problèmes qui se posent depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht

II.1. Les difficultés nouvelles

II.1.a. Difficultés du fait du développement du droit constitutionnel espagnol

Il n'y a pas eu de réforme autonome de la Constitution espagnole depuis sa promulgation en 1978. La seule réforme constitutionnelle (consistant en l'ajout de deux mots – "et passif" –) a été motivée par la ratification du Traité de Maastricht.

II.1.b. Difficultés du fait du développement de l'Union Européenne

Lorsqu'une nouvelle disposition des Traités communautaires est incompatible avec la Constitution espagnole et ne peut être sauvée par l'article 93 (comme cela s'est produit pour le traité de Maastricht), il y a alors lieu à une réforme de la Constitution.

Si les nouvelles dispositions communautaires concernaient le titre préliminaire (l'Etat social et démocratique – pluralisme politique et syndical, empire du droit –, la langue, le système des Communautés Autonomes, la structure constitutionnelle des pouvoirs publics, le respect des droits et des libertés fondamentales et reconnus aux articles 15 à 29 (titre I) et la forme monarchique de l'Etat (titre II), c'est la "*boîte de Pandora*" qui s'ouvrirait dans notre système politique (article 168 de la CE), car devrait être entamée une révision complexe de la Constitution: la simple proposition de révision requiert l'approbation des 2/3 des deux Chambres des *Cortes* et leur dissolution automatique. Après les élections générales, les nouvelles chambres doivent ratifier le nouveau texte constitutionnel par une majorité des 2/3. Le nouveau texte et ses amendements doivent être approuvés par référendum populaire. C'est en définitive très difficile.

Mais si les nouvelles dispositions communautaires ne concernaient pas ce "noyau particulièrement dur", (comme cela s'est produit avec le Traité de Maastricht) mais qu'elles exigeaient une réforme de la Constitution, la réforme serait alors souple et réalisable (article 167): les deux chambres devraient approuver la réforme par une majorité des 3/5; si elles ne parvenaient pas à se mettre d'accord, la majorité absolue au Sénat et des 2/3 au Congrès suffiraient. Il n'y aurait pas besoin de référendum, sauf si, dans un délai de 15 jours, un dixième des députés ou des sénateurs le demandait (lors de la réforme constitutionnelle de 1992, les parlementaires espagnols n'ont pas demandé la tenue d'un référendum).

Évidemment, il en ressort qu'il existe certaines limites constitutionnelles à l'attribution de compétences et donc aux futurs développements de l'Union européenne.

L'article 93 de la Constitution espagnole n'autorise pas une attribution incontrôlée ni illimitée de compétences qui pourrait mettre en danger la survie de l'Espagne en tant qu'Etat démocratique, souverain et indépendant: il n'est pas dit que peuvent être attribuées "les" compétences constitutionnelles, mais qu'il est possible d'attribuer "l'exercice de compétences" ..., c'est-à-dire de certaines compétences et de quelques compétences seulement.

Les limites très difficiles à franchir dans la Constitution en vigueur, résideraient dans une attribution de souveraineté qui mettrait en danger la survie de la Constitution et de l'Etat eux-mêmes, en affectant ses éléments essentiels tels que l'Etat social et démocratique (pluralisme politique et syndical, empire du droit), l'unité nationale, la langue officielle, le système des Communautés Autonomes, la structure constitutionnelle des pouvoirs publics, la forme monarchique de l'Etat et le respect des droits et des libertés fondamentales reconnus au titre I. II. 2.

II.2.a. Le remède hiérarchique: la supériorité du Droit Communautaire sur le droit constitutionnel espagnol

Il faut revenir de nouveau sur la position des Traités communautaires par rapport à la Constitution. Il s'agit d'une question particulièrement délicate, car la Constitution est l'expression de la volonté souveraine du peuple espagnol manifestée par le pouvoir constituant, et un éventuel conflit ne devrait pas être nécessairement tranché en termes de hiérarchie, mais plutôt en cherchant des solutions fondées sur le principe de cohérence qui doit gouverner l'activité intérieure et extérieure de l'Etat.

Il est certain que les Traités internationaux en général ne jouissent en Espagne que d'un rang hiérarchique supérieur à la loi (article 96.1 de la CE). Mais nous avons déjà indiqué que le cas particulier des Traités communautaires devait être examiné non seulement à la lumière de la disposition générale, mais aussi de la disposition spécifique (article 93 de la CE).

Evidemment, les Traités communautaires ne peuvent violer les principes fondamentaux des systèmes constitutionnels qui ont eux-mêmes permis cette attribution, mais dans les domaines attribués aux Communautés Européennes, les Traités prévalent sur toute norme interne, y compris la Constitution espagnole. La Constitution continue de régir pleinement les domaines qui demeurent dans le champ de l'exercice de la souveraineté nationale, mais dans les matières attribuées à l'Union, ce sont les Traités (et le droit dérivé) qui gouvernent et, en cas de conflit, ils jouissent de la suprématie; les Traités communautaires ne sont donc pas infra-constitutionnels, ils sont en tout cas "extra ou méta-constitutionnels". Heureusement, le Tribunal Constitutionnel, comme nous l'avons déjà indiqué, a peu à peu corrigé cette erreur détectée par la doctrine et qui a été en bonne partie

rectifiée par un arrêt de 1993 (précité, affaire *FOGASA*), en disant qu'il s'agissait de normes "non constitutionnelles".¹⁷

Dans le cas d'une éventuelle contradiction entre une disposition des Traités et la Constitution, il faut examiner la contradiction à la lumière de l'article 93 de la Constitution pour rechercher si l'attribution de l'exercice de compétences exigée par la disposition litigieuse du traité est protégée par l'attribution prévue par l'article 93, ou si elle va au-delà de ce qui est envisagé par cette disposition constitutionnelle et exige une réforme de la Constitution.

Cela signifie que l'article 93 n'est pas – comme l'a affirmé de façon erronée le Tribunal Constitutionnel – une disposition "de nature" exclusivement "organico-procédurale" (arrêt précité 28/1991), en ce sens qu'"il se limite à réglementer le mode de passation d'une certaine catégorie de Traités internationaux". Or, le Tribunal Constitutionnel espagnol reconnaît dans le même alinéa, que seuls les Traités qui suivent cette procédure devront être confrontés à cette disposition dans un procès relatif à la constitutionnalité,¹⁸ car cette disposition constitue l'ultime fondement du rattachement de l'Espagne.

Il est évident qu'une éventuelle contradiction entre Traités communautaires et Constitution ne pourra être résolue que par la protection qu'offre la Constitution elle-même dans l'article 93, ou bien si cette disposition ne couvrirait plus les attributions exigées par les Traités, avec la portée qui y est prévue, il serait alors nécessaire de réformer la Constitution, par les procédures prévues aux articles 166 à 169, pour l'adapter aux traités. L'autre option est de se retirer de l'Union Européenne.

La Constitution prévoit la possibilité du contrôle préalable de la constitutionnalité des Traités auxquels l'Etat envisage de donner son consentement (article 95.2). C'est la procédure qui a été suivie à l'occasion de la contradiction observée entre le traité de l'Union Européenne et la Constitution espagnole.

Si l'une des chambres (le Congrès ou le Senat, à la majorité simple) ou le Gouvernement observait une contradiction entre la Constitution et le texte du traité "dont le texte est déjà fixé définitivement, mais auquel l'Etat n'a pas encore donné son consentement" (article 78.1 de la LOTC), elle ou il pourra demander au Tribunal Constitutionnel de déclarer si cette contradiction existe ou non. Si le haut Tribunal déclarait le caractère inconstitutionnel du traité, dans le domaine communautaire, il n'y aurait qu'"une unique" solution: commencer la révision préalable de la Constitution (article 95.1) par les mécanismes prévus aux articles 166 à 169 de la Constitution. L'"autre" solution – irréaliste – serait le retrait de l'Union. La réforme constitutionnelle pourrait également se faire à cette fin sans qu'il soit nécessaire de recourir au Tribunal Constitutionnel si la contradiction entre le traité et la Constitution était évidente.

→ 17 TC, arrêt 180/1993 du 31 mai (affaire *FOGASA*), BOE du 3 mai 1993, motif de droit 3.

18 Ces affirmations contradictoires se trouvent dans le même arrêt 28/1991, motif de droit 4.

En définitive, il s'agit d'éviter tout conflit avec la Constitution.

Cette prévision constitutionnelle de contrôle préalable a été utilisée à l'occasion du processus de ratification du traité de l'Union Européenne. Le Gouvernement espagnol a demandé au Tribunal Constitutionnel d'examiner le point de savoir si le Traité de Maastricht était conforme à la constitution, et en particulier si l'article 8 B.2 du Traité de la Communauté Européenne (droit de suffrage passif des citoyens de l'Union aux élections municipales) était compatible avec l'article 13.2 de la CE (qui excluait ce droit pour les étrangers). Le Tribunal a limité son examen au deuxième problème et n'a ni répondu à la requête générale du gouvernement, ni examiné la constitutionnalité de la nouvelle institution de la "citoyenneté de l'Union", ni celle d'autres innovations institutionnelles du Traité de Maastricht comme l'ont fait d'autres tribunaux constitutionnels dans d'autres États membres.

Le Tribunal Constitutionnel a résolu cette affaire si importante dans sa déclaration du 1er juillet 1992, en affirmant que l'article 8. B.2 du Traité de Maastricht était en contradiction avec l'article 13.2 de la CE.¹⁹ Les *Cortes Generales* adoptèrent alors la première réforme de la Constitution en modifiant l'article 13.2 (BOE du 28 août), en ajoutant les termes "et passif" afin de permettre que le droit au suffrage actif "et passif" (éligibilité) soit exercé par les étrangers (tous les étrangers, et pas seulement les citoyens de l'Union auxquels ce droit était limité dans le Traité de l'Union) dans nos processus électoraux municipaux s'il en est ainsi décidé par la loi ou par un Traité tel que celui de l'Union Européenne.

II.2.b. Le remède consensuel: le respect mutuel des ordres juridiques communautaire et national

Il ne fait pas de doute que les normes communautaires, originaires ou dérivées, ne peuvent violer ni les principes fondamentaux du système constitutionnel de chaque Etat membre (dans notre cas, le titre préliminaire: l'Etat de droit, l'unité nationale, la structure des Communautés Autonomes, les principes de l'ordre juridique, etc.) ni les droits fondamentaux et les libertés garanties par la Constitution (titre I).

L'article F1 et 2 du traité de l'Union reconnaît l'obligation pour les institutions de l'Union de respecter l'identité nationale des Etats membres et les droits fondamentaux tels qu'ils "résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres" et tels qu'ils sont garantis par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme "en tant que principes généraux du Droit Communautaire".

Par conséquent, le patrimoine constitutionnel en matière de droits fondamentaux de chaque Etat fait partie du "droit" dont le respect doit être garanti par la

19 TC, déclaration du 1er juillet 1992 (*Tratado de Maastricht*), BOE du 24 juillet 1992.

Cour de Justice des Communautés Européennes. Dans ces matières, il est indispensable qu'il y ait un respect mutuel entre les deux ordres juridiques, et la CJCE doit être sensible dans de telles situations et s'incliner pour le respect du droit constitutionnel en tant que partie du Droit communautaire lui-même.

La CJCE doit veiller au respect des principes fondamentaux de l'Etat de droit, en particulier au respect du *standard* constitutionnel en matière de droits fondamentaux qui sont garantis aux citoyens par la Constitution de leur Etat, de sorte que l'intégration aux Communautés Européennes ne puisse en aucune façon supposer une diminution des droits fondamentaux ni un danger pour la survie d'une identité nationale. Le respect du *standard* minimum de droits et de garanties constitutionnels, ainsi que des principes qui sont communs aux constitutions des Etats membres ne peut être violé par les institutions communautaires ni méconnu par la CJCE.

Finalement, la Constitution de chaque Etat membre n'est pas étrangère au Droit Communautaire lui-même et à la compétence de la CJCE, laquelle a pour mission d'"assurer le respect du droit", du "Droit" tout court (article 164) dans l'interprétation et l'application des Traités et du droit dérivé.

Donc, si une norme de droit dérivé viole des droits fondamentaux, elle doit être éliminée *erga omnes* dans toute l'Union Européenne et seule la CJCE peut le faire, et en aucun cas les tribunaux constitutionnels nationaux, car cela constituerait une atteinte à l'unité du Droit Communautaire et n'assurerait pas un plein respect du patrimoine commun en matière de droits fondamentaux dans toute l'Union. Le Tribunal Constitutionnel espagnol reconnaît avec bon sens qu'"il ne peut être présenté de recours en protection constitutionnelle contre des normes ou des actes des institutions de la Communauté".²⁰ Dans ces situations, les Etats membres devraient assumer leur responsabilité de défenseurs objectifs de l'attribution de compétences constitutionnelles et introduire devant la CJCE un recours en nullité contre l'acte dérivé, sous réserve des éventuelles voies de recours à la portée de différentes personnes ayant un intérêt pour agir.

20 TC, arrêt 64/1991, du 22 mars, (A.P.E.S.C.O.), motif de droit 4, BOE du 24 avril 1991. Naturellement, le contrôle du tribunal constitutionnel peut être exercé sur les actes nationaux pris en exécution du Droit Communautaire pouvant porter préjudice à un droit fondamental, mais pas sur l'acte communautaire et pas non plus le point de savoir si l'acte national est ou non régulier du strict point de vue de l'ordre juridique communautaire.